



**HAL**  
open science

## La performativité du langage constitutionnel

Florent Larroque

► **To cite this version:**

Florent Larroque. La performativité du langage constitutionnel. Droit. Université Montpellier, 2016. Français. NNT : 2016MONTD035 . tel-01544573

**HAL Id: tel-01544573**

**<https://theses.hal.science/tel-01544573>**

Submitted on 21 Jun 2017

**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.



# THÈSE

Pour obtenir le grade de  
Docteur

Délivré par l'**Université de Montpellier**

Préparée au sein de l'école doctorale  
Droit et Science politique

Et de l'unité de recherche Centre d'Etudes et de  
Recherches Comparatives Constitutionnelles et Politiques  
(CERCOP)

Spécialité : **Droit public**

Présentée par **Florent LARROQUE**

Titre de la thèse :

**La performativité du langage constitutionnel**

Soutenue le 05 décembre 2016  
devant le jury composé de

**Monsieur Jean-Marie DENQUIN**

Professeur émérite de droit public à l'Université Paris X Nanterre  
*Rapporteur*

**Monsieur Jean-Yves CHEROT**

Professeur de droit public à l'Université d'Aix-Marseille  
*Rapporteur*

**Monsieur Etienne PICARD**

Professeur émérite de droit public à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

**Monsieur Pierre-Yves GAHDOUN**

Professeur de droit public à l'Université de Montpellier  
*Président*

**Monsieur Alexandre VIALA**

Professeur de droit public à l'Université de Montpellier  
*Directeur de thèse*



*L'Université de Montpellier n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cet ouvrage ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.*

Thèse réalisée au sein du Centre d'Etudes et de Recherches  
Comparatives, constitutionnelles et Politiques  
(CERCOP)

Faculté de droit et de Science politique

39, rue de l'Université

34030 Montpellier



## RESUME EN FRANÇAIS

Depuis Austin et ses travaux sur les énoncés performatifs, il est d'acception commune que le langage ne sert plus seulement à décrire une réalité mais aussi à agir, à créer sa propre réalité. Si le droit est d'abord un langage avant d'être une norme, cette dernière dépendrait, tant dans sa nature que dans sa force, d'une faculté spécifique de son énonciation. Tel est le point de départ de l'étude sur la performativité du langage constitutionnel, une performativité qui en ferait un langage spécifique, pour un droit singulier. Sa particularité viendrait ainsi d'un acte de langage qui serait propre au dire constituant, un dire créateur d'un état de chose qui ne tiendrait son existence que de lui. Cette capacité créatrice du langage fait apparaître le langage constitutionnel comme un langage qui *constitue* un monde, un ordre juridique, plutôt qu'il le régulerait. La norme constitutionnelle se présente comme une norme qui n'est pas comme les autres, chargée d'une normativité atypique. C'est ici l'apport de la distinction searlienne entre les règles constitutive et normative. La règle constitutionnelle se singularise donc *in fine* vis-à-vis de la règle inférieure par sa dimension constitutive, indépassable, intransgressable, que le juge constitutionnel accepte et entretient à travers sa jurisprudence.

---

## TITRE ET RESUME EN ANGLAIS

### **The performativity of constitutional language**

Since Austin and his work on performative sentences, it has been commonly accepted that language is no longer used only to describe a real fact, but also to act and create one's own reality. If law is first and foremost a language before being a norm, the latter is likely to depend, both in its nature and its force, upon specific speech production. Such is the starting point of the research on the performativity of the constitutional language, a kind of performativity which can be regarded as language-specific for a particular type of law. Thus, its specificity may come from a speech act proper to constitutional statements and creating a situation which may only exist by it. This creative capacity of language shows the constitutional language as a language which *constitutes* a world, not simply to control it, but rather to order it legally. The constitutional norm appears to be a different one, full of atypical normativeness. This appertains to Searle's distinction between constitutive and normative rules. *In fine*, the constitutional rule, therefore, calls attention to the inferior rule by its constitutive, impassable, and unbreakable dimension which the constitutional judge accepts and maintains through his jurisprudence.

---

## DISCIPLINE : DROIT PUBLIC

---

**MOT CLES :** performatif – norme – règle – règle constitutive – règle normative – contrôle de constitutionnalité – langage – discours – énoncé – énonciation – concept – pouvoir constituant

---

**KEY WORDS :** performative, norm, rule, constitutive rule, normative rule, constitutionality control, language, discourse, sentence, speech, concept, constituent power.

# SOMMAIRE

|  |            |
|--|------------|
| INTRODUCTION .....   | 7          |
| <b>PREMIERE PARTIE : L’ACTION CREATRICE DU LANGAGE CONSTITUTIONNEL</b> | <b>49</b>  |
| <b>TITRE PREMIER : LA FORME DE L’ACTION CREATRICE</b> .....            | <b>52</b>  |
| Chapitre 1 : L’identification d’une forme spécifique .....             | 54         |
| Chapitre 2 : L’identification d’une forme multiple .....               | 115        |
| <b>CONCLUSION DU TITRE I</b> .....                                     | <b>178</b> |
| <b>TITRE II : LE CONTEXTE DE L’ACTION CREATRICE</b> .....              | <b>180</b> |
| Chapitre 1 : Une création <i>ex nihilo</i> .....                       | 182        |
| Chapitre 2 : Une création généralisée .....                            | 247        |
| <b>CONCLUSION DU TITRE II</b> .....                                    | <b>305</b> |
| <b>CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE</b> .....                          | <b>307</b> |
| <b>SECONDE PARTIE : L’ŒUVRE DU LANGAGE CONSTITUTIONNEL</b> .....       | <b>309</b> |
| <b>TITRE I : UNE ŒUVRE DOUBLE</b> .....                                | <b>312</b> |
| Chapitre 1 : La création d’objets individualisés .....                 | 314        |
| Chapitre 2 : La création d’objets individualisables .....              | 381        |
| <b>CONCLUSION DU TITRE I</b> .....                                     | <b>442</b> |
| <b>TITRE II : UNE ŒUVRE CONSTITUTIVE</b> .....                         | <b>444</b> |
| Chapitre 1 : Une œuvre indépassable .....                              | 446        |
| Chapitre 2 : Une œuvre <i>jugée</i> indépassable.....                  | 511        |
| <b>CONCLUSION DU TITRE II</b> .....                                    | <b>571</b> |
| <b>CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE</b> .....                           | <b>573</b> |
| <b>CONCLUSION GENERALE</b> .....                                       | <b>575</b> |
| <b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....   | <b>581</b> |
| <b>TABLE CHRONOLOGIQUE DES DECISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL</b>    |            |
| <b>CITEES</b> .....  | <b>606</b> |

|                                 |            |
|---------------------------------|------------|
| <b>INDEX ALPHABETIQUE.....</b>  | <b>581</b> |
| <b>TABLE DES MATIERES .....</b> | <b>617</b> |



# PRINCIPALES ABREVIATIONS

|                     |   |
|---------------------|---|
| <b>AFDC</b>         | Association française de droit constitutionnel  |
| <b>AFLS</b>         | Association for French Language Studies   |
| <b>AIJC</b>         | Annuaire international de justice constitutionnelle   |
| <b>AJDA</b>         | Actualité juridique du droit administratif  |
| <b>al.</b>          | Alinéa  |
| <b>art.</b>         | Article   |
| <b>Ass.</b>         | Assemblée du contentieux (Conseil d'Etat)   |
| <b>BULAG</b>        | Bulletin de linguistique appliquée et générale.   |
| <b>Cass.</b>        | Cour de cassation (civ., chambre civile ; soc., chambre sociale ; crim., chambre criminelle ; plén., assemblée plénière ; mixte, chambre mixte) |
| <b>CC</b>           | Conseil constitutionnel   |
| <b>CE</b>           | Conseil d'Etat  |
| <b>Chron.</b>       | Chronique   |
| <b>C.I.E.R.E.C.</b> | Centre interdisciplinaire d'études et de recherches sur l'expression contemporaine  |
| <b>C.N.R.S.</b>     | Centre national de la recherche scientifique  |
| <b>Coll.</b>        | Collection  |
| <b>Concl.</b>       | Conclusions   |
| <b>Cons.</b>        | Considérant   |
| <b>coord.</b>       | coordination  |

|                 |  |
|-----------------|--|
| <b>CRDF</b>     | Centre de recherche sur les droits fondamentaux  |
| <b>dact.</b>    | dactylographié(e)  |
| <b>DC</b>       | Contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, lois organiques, des traités des règlements des Assemblées |
| <b>dir.</b>     | sous la direction de   |
| <b>ed(s)</b>    | éditeur(s)   |
| <b>JO.</b>      | Journal officiel de la république française  |
| <b>L</b>        | Déclassement des textes législatifs au rang réglementaire  |
| <b>L.G.D.J.</b> | Librairie générale de droit et de jurisprudence  |
| <b>LPA</b>      | Les petites affiches   |
| <b>op. cit.</b> | précité  |
| <b>p.</b>       | page   |
| <b>pp.</b>      | pages  |
| <b>préc.</b>    | précité  |
| <b>P.U.A.M.</b> | Presses universitaires d'Aix-Marseille   |
| <b>P.U.F.</b>   | Presses universitaires de France   |
| <b>RDP.</b>     | Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger                                     |
| <b>Rec.</b>     | Recueil des décisions (CC, CE)   |
| <b>rééd.</b>    | réédition  |
| <b>repr.</b>    | réimpression   |
| <b>RFDA</b>     | Revue française de droit administratif   |

|                  |  |
|------------------|--|
| <b>RFDC</b>      | Revue française de droit constitutionnel |
| <b>RJT</b>       | Revue juridique Thémis                   |
| <b>RTD. civ.</b> | Revue trimestrielle de droit civil       |
| <b>s.</b>        | et suivants                              |
| <b>trad.</b>     | traduction                               |
| <b>UCL</b>       | Université catholique de Louvain         |
| <b>vol.</b>      | volume                                   |

## INTRODUCTION

*Words ! Mere words ! How terrible they were ! How clear, and vivid, and cruel ! One could not escape from them. And yet what a subtle magic there was in them ! They seemed to be able to give a plastic form to formless things, and to have a music of their own as sweet as that of viol or of lute. Mere words ! Was there anything so real as words ?<sup>1</sup>*

*Oscar Wilde (The Picture of Dorian Gray)*

1. Les mots ont cette vertu étonnante de pouvoir donner vie à des choses qui n'ont finalement d'existence qu'à travers eux. Telle est la force de l'écrivain qui décrit le monde fantasmagorique de son œuvre littéraire. Quant au droit, l'usage des mots, des bons mots, est un prérequis pour le juriste désireux de convaincre son auditoire. L'adage juridique en est l'illustration parfaite et manifeste l'art du verbe qui caractérise la règle bien pensée. Bien dite, elle reste à l'esprit et produit ses effets régulateurs de manière efficace.
2. Le droit est évidemment un langage avant d'être une règle. Il assure une certaine communication<sup>2</sup>, qu'elle soit de la connaissance juridique ou bien de la bonne conduite à

---

<sup>1</sup> « Les mots ! De simples mots ! Qu'ils étaient redoutables ! Qu'ils étaient clairs, et pénétrants et cruels ! Personne ne pourrait s'en défaire. Et pourtant, quelle subtile magie les habitait ! Ils semblaient capables de donner une plastique aux choses informes, et avoir leur propre mélodie, douce comme celle d'une viole ou d'un luth. De simples mots ! Y avait-il autre chose de plus réel que les mots ? » (traduction par moi-même).

<sup>2</sup> Cf. TERRE F., « Le choix des mots », *Droit et justice*, n° 34, printemps-été 2010, p. 2 et s.

adopter en société. Il se distingue du langage ordinaire par un lexique, une syntaxe et une sémantique spécifiques<sup>3</sup>, souvent empreints de ses origines latines qui en fait un langage particulier, représentant parfois une langue étrangère pour le *quidam* qui n'y serait pas rompu. Aussi est-il nécessaire de revenir aux sources du droit pour comprendre ce langage, pour l'appréhender d'une manière juste et lever le voile sur la brume qui l'entoure, tantôt à dessein, tantôt inconsciemment.

3. Nombreux sont les juristes qui se sont essayés à l'étude du langage, jusqu'à la limite du savoir du linguiste. De Portalis à Paul Amselek en passant par Hans Kelsen et le courant analytique italien emmené par Norberto Bobbio, beaucoup ont entrepris l'aventure de l'étude juridique du langage du droit afin d'embrasser leur discipline avec plus d'acuité. De l'autre côté, nombreux sont les linguistes à s'être essayés à l'analyse du langage du droit jusque dans la limite du savoir du juriste. John L. Austin fondait même sa théorie novatrice des actes de langage (*speech acts*) sur un corpus de formules issues du droit mais sans toutefois en tirer les conséquences pratiques que seul le juriste pouvait entrevoir. Le langage est enfin l'outil privilégié de certains politistes et économistes d'outre Atlantique qui voient dans ce mode de communication une voie vers la constitution de rapports sociaux particuliers, et dont il serait l'instrument. Par conséquent, apanage de l'écrivain, le langage est une extraordinaire mine d'informations permettant de décrypter l'humain et sa place dans le monde.

4. Pendant longtemps, le langage a été presque exclusivement regardé comme un simple appareil de représentation du monde. Fondé sur une conception généralisée d'une énonciation essentiellement contemplative<sup>4</sup> et constituant ce que Wittgenstein tenait pour un « tableau du monde »<sup>5</sup>, le langage faisait l'objet d'une conception réduite à la seule communication de faits indépendants de lui. Le signe n'était alors qu'une représentation du monde, une « transposition de la réalité »<sup>6</sup>. Aussi, la sémantique issue de Frege et du premier Wittgenstein pensait le langage comme un outil descriptiviste, conduisant à ce que le sens d'une phrase soit défini au regard de ses conditions de vérité et d'un certain état de

---

<sup>3</sup> Cf. LEROYER A-M., « La spécificité du langage du droit », in « Parler droit », *Droit et justice, op. cit.*, p. 8 et s.

<sup>4</sup> Cf. JAUBERT A., *La lecture pragmatique*, Paris, Hachette, 1990, p. 127.

<sup>5</sup> Cf. WITTGENSTEIN L., *Tractatus Logico-philosophicus*, Paris, Gallimard, 1961, p. 33.

<sup>6</sup> *Ibid.*

chose que la phrase dépeint<sup>7</sup>. Une telle philosophie obligeait à identifier l'état de chose énoncé qui, « s'il est réel », rend vraie la proposition, et alléguait de ce fait une fonction descriptive du langage<sup>8</sup>. La langue se comprenait alors selon un rapport avec le réel. Si le signe linguistique était nécessairement à relier à une expérience partagée du monde, la signification linguistique dépendait donc d'un rapport direct à la réalité jugé indispensable. Elle formait ainsi le patron de la confection d'assertions vraies ou fausses<sup>9</sup>. Une approche de cette sorte fondait un représentationnalisme<sup>10</sup> basé sur une relation empirique entre le langage et son objet qu'est le monde.

5. Dans la lignée de Ferdinand de Saussure, le signe linguistique portait en lui deux éléments, comme les faces d'une même pièce, correspondant à un « signifiant » et un « signifié »<sup>11</sup> dont l'association, aussi *arbitraire*<sup>12</sup> que soit le signe, est issue d'une convention. Le langage fait ainsi figure d'ensemble de conventions sur l'être du monde dans une visée communicative par le truchement d'une représentation mentale du fait brut dans l'esprit de l'autre. Il constitue alors un fond culturel, un « arrière-plan » (*background*) sous la plume de John Searle<sup>13</sup>, bâti sur un accord originel vis-à-vis de la désignation du monde sensible. De cette manière, il se présenterait comme la voie d'accès, à la fois obligatoire et privilégiée, à la connaissance, non seulement des pensées, mais aussi des faits<sup>14</sup>. Un postulat en ce sens obligeait donc à considérer le langage comme construit autour d'assertions sur le monde, sujettes à l'examen de la vérité et de la fausseté, autrement dit, pour parler comme Austin, à la question de savoir si elles sont « fidèles aux faits » (*fair to facts*)<sup>15</sup>.

---

<sup>7</sup> Cf. LAUGIER S., « Actes de langage et état de choses : Austin et Reinach », *Les études philosophiques*, 2005/1, n° 72, p. 82.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> Cf. STRAWSON P. F., « On Referring », *Mind*, vol. 59, 1950, p. 223.

<sup>10</sup> François Récanati définissait ainsi le représentationnalisme : « le représentationnalisme en matière d'énoncés consiste à isoler comme leur fonction essentielle la représentation des états de choses : ont un sens les énoncés qui, décrivant des états de choses, ont une valeur de vérité déterminée et déterminable par l'expérience » (cf. RECANATI F., *La transparence et l'énonciation*, Paris, Le Seuil, 1978, p. 91).

<sup>11</sup> Cf. BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale, I*, Paris, Gallimard, 1966, p. 49.

<sup>12</sup> Ce terme est emprunté à Saussure lui-même. Ce qualificatif qui s'impose aujourd'hui lorsqu'on évoque le signe.

<sup>13</sup> Cf. SEARLE J. R., *The Construction of Social Reality*, New York, The Free Press, *La construction de la réalité sociale*, TIERCELIN C. (trad.), Paris, Gallimard, 1998, p. 169

<sup>14</sup> Cf. FRYDMAN B., *Le sens des lois*, Bruylant, L.G.D.J., 2007, p. 533.

<sup>15</sup> Voir en ce sens l'étude de John L. Austin sur ce point (cf. AUSTIN J. L., « Unfair to facts », in *Philosophical papers*, Oxford, Clarendon Press, 1961).

6. Néanmoins, comme Hobbes l'évoquait déjà dans *Le Léviathan*, Bentham dans *De l'ontologie et d'autres textes sur les fictions*, ou encore le second Wittgenstein dans ses *Investigations philosophiques*, il est certains usages du langage qui dérogent à cette vision descriptiviste. Qu'il serve à influencer l'autre par le biais d'*abus*<sup>16</sup> et de *jeux de langage*<sup>17</sup>, ou bien qu'il s'emploie à nommer des choses qui n'auraient pas d'existence sensible mais constitueraient des abstractions indispensables à la communication<sup>18</sup>, le langage recouvrerait une dimension qui n'est pas affiliée au monde des faits.

7. L'examen du langage du droit devra donc s'attarder sur cette autre dimension. Il ne fait aucun doute que les mots du droit ne peuvent se contenter d'une vision représentationnaliste. L'énonciation juridique correspond non plus à la description d'une réalité sociale qui en serait indépendante mais constituent plutôt ce que Reinach associait à une énonciation « au service de l'acte social »<sup>19</sup>, impliquant ce qu'Austin désignera sous le terme d'*énonciation performative*<sup>20</sup>. Un choix terminologique reflétant une capacité du langage à agir, à *performer* (*perform*)<sup>21</sup>. Aussi, les règles juridiques ne sont assurément pas des descriptions car il est évident que leur objectif de régulation ne peut découler d'une pareille utilisation de la langue. Pour reprendre les mots d'Austin lui-même, « il est clair que les énoncer ce n'est pas décrire ce qu'il faut bien dire que je suis en train de faire en parlant ainsi : c'est le *faire* »<sup>22</sup>. Par conséquent, le droit constitutionnel, en tant que branche du droit, semble partager cette particularité. Il est peu probable que la Constitution, et *a fortiori* la jurisprudence du Conseil constitutionnel, se résument à un simple testament d'une observation de ce qui est. D'où viendrait alors cet état de chose que l'on rapporte ?

8. Du fait de sa spécificité politique, le droit constitutionnel affiche une performativité aiguë. Ainsi se justifie l'attention portée sur la performativité du langage constitutionnel, une performativité qui se montre pourtant sous un jour propre à la parole du pouvoir constituant qui est incontestablement un pouvoir exceptionnel, hors norme, de par son essence composite. Afin d'en cerner l'identité et la singularité, il conviendra dans cette

---

<sup>16</sup> Cf. HOBBS T., *Léviathan*, TRICAUD F. (trad.), Paris, Dalloz, 1999, pp. 28-29.

<sup>17</sup> Cf. WITTGENSTEIN L., *Investigations philosophiques*, Paris, Gallimard, p. 118 et s.

<sup>18</sup> Cf. BENTHAM J., *De l'ontologie, et autres textes sur les fictions*, CLERO J.-P. & LAVAL C. (trad.), Le Seuil, 1997, pp. 79-85.

<sup>19</sup> Cf. REINACH A., « Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes » (1913), repr. in *Gesammelte Schriften*, Halle, Niemeyer, (1921), CROSBY J. F. (trad.), *Aletheia*, n° 3, 1964, p. 20.

<sup>20</sup> Cf. AUSTIN J. L., *Quand dire, c'est faire*, Paris, Le Seuil, 1991, p. 41.

<sup>21</sup> *Ibid.*, pp. 41-42.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 41.

introduction de définir l'objet double de la performativité du langage constitutionnel (I). Pour ce faire, il apparaît nécessaire d'adopter une méthode analytique, à l'instar des philosophes du langage, qu'il soit ordinaire ou juridique (II), adaptée à un champ d'étude complexe, autant politique que juridique ou contextuel (III). Une approche en ce sens permettra enfin de dégager une problématique à l'étude (IV).

## **I – UN OBJET DOUBLE**

9. Entreprendre une étude de la performativité du langage constitutionnel ne peut s'accommoder d'une lecture simple du droit constitutionnel et de la parole du pouvoir constituant. Le dire constitutionnel, politique par excellence en ce qu'il cristallise l'organisation de la domination d'une classe gouvernante sur un ensemble d'individus, semble revêtir des traits particuliers tenant à la nature péremptoire de sa formulation. Les travaux de Jean-Marie Denquin ont su montrer que la parole politique était nécessairement et essentiellement performative<sup>23</sup>. Ce postulat invite donc à penser la performativité du droit constitutionnel dans sa dimension linguistique (a). Mais réduire cette étude à la seule analyse linguistique risque de la soumettre au défaut du linguiste non aguerri à l'exercice juridique. Aussi faut-il considérer un objet portant sur la nature du droit constitutionnel en général (b), et dont l'examen linguistique révélera la singularité.

### **a) La performativité**

10. Parler de performativité du droit constitutionnel implique de la regarder sous plusieurs angles. Le droit constitutionnel, comme le droit pris dans sa globalité, est d'abord un langage. Mais, en tant qu'outil attiré du pouvoir, il est aussi éminemment politique. Il est enfin institutionnel en ce qu'il traite de l'organisation de l'Etat et de la société. Il faut alors présumer une triple caractéristique de la performativité constitutionnelle tenant à sa dimension linguistique (1), politique (2) et institutionnelle (3).

---

<sup>23</sup> Cf. DENQUIN J.-M., *La politique et le langage*, Paris, M. Houdiard, 2007.



## 1. La performativité du langage

11. Depuis Austin, et Reinach avant lui, le langage ne se pense plus dans sa seule fonction de représentation du réel. Austin et Reinach l'assimilent à un « phénomène »<sup>24</sup> courant, vécu tous les jours par les individus<sup>25</sup>. Austin établit ainsi une distinction, qu'il juge au départ fondamentale, entre des énoncés qu'il qualifie de *constatifs*<sup>26</sup>, et d'autres qui seraient *performatifs*<sup>27</sup>. Les premiers représentent l'ensemble des affirmations (*statements*), susceptibles d'être vraies ou fausses, les secondes recouvrent toutes les autres affirmations qui ne sont pas « destinées à rapporter ou à communiquer quelque information pure et simple sur les faits », ou bien qui ne le seraient « que partiellement »<sup>28</sup>. Il offre alors une analyse linguistique de ce qu'avait entraperçu Reinach en dégagant trois niveaux de langage. Le niveau *locutoire* tout d'abord, symbolise « l'acte de dire quelque chose » et regroupant trois actes, *phonétique*, *phatique* et *rhétorique*<sup>29</sup>. Il est celui que l'on voit, que l'on entend. Mais loin de se limiter à une approche plate du langage, le linguiste d'Oxford en fait ressortir une certaine profondeur. Aussi, il révélera la partie immergée de l'iceberg linguistique en mettant en lumière un acte *illocutoire* (*in locutio*)<sup>30</sup>, traduisant ce que *fait* le locuteur *en* disant quelque chose<sup>31</sup>. Il y ajoutera un deuxième degré en dévoilant un niveau *perlocutoire* (*per locutio*) correspondant à l'effet de l'acte de langage, l'acte « que nous provoquons ou accomplissons *par* le fait de dire »<sup>32</sup>.

12. C'est sous le prisme de cette profondeur du langage, qu'elle soit illocutoire ou perlocutoire que la performativité du langage constitutionnel trouve son intérêt et sa spécificité, tant au regard de la loi qu'au regard d'autres normes. Mais si Austin a pu dégager des règles énonciatives caractéristiques de ce qu'il nomme la performativité

<sup>24</sup> Cf. AUSTIN J. L., *Quand dire, c'est faire*, op. cit., p. 37.

<sup>25</sup> Cf. REINACH A., « Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes », op. cit., p. 8.

<sup>26</sup> Cf. AUSTIN J. L., *Quand dire, c'est faire*, op. cit., p. 39.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>29</sup> Il les définira comme étant la production de sons – *acte phonétique* –, la production de vocables ou de mots organisés autour d'une grammaire – *acte phatique* – et l'utilisation de ces mots dans un sens et au regard d'une référence plus ou moins déterminés – *acte rhétorique* (*ibid.*, p. 109-110). François Récanati affiliera d'ailleurs la détermination de la signification à l'acte phatique et celle du sens de l'énoncé à l'acte rhétorique (cf. RECANATI F., *Les énoncés performatifs : contribution à la pragmatique*, Paris, Minuit, 1986, p. 225).

<sup>30</sup> François Récanati préférera les désigner *locutionnaire* et *illocutionnaire*. Mais ce choix n'a aucune incidence sur leur signification.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 113 ; LAUGIER S., « Actes de langage et état de choses : Austin et Reinach », op. cit., p. 80.

<sup>32</sup> Cf. AUSTIN J. L., *Quand dire, c'est faire*, op. cit., p. 119.

*explicite*<sup>33</sup> en raison de la présence visible de certains traits spécifiques à l'action produite par l'énoncé, la performativité ne s'y réduit pas. Elle s'exprime aussi bien à l'aide d'énoncés d'apparence descriptive, si tant est qu'ils soient transposables en énoncés performatifs explicites<sup>34</sup>. Austin les désignera sous le vocable de performatifs *implicites* ou *primaires* en ce qu'ils requièrent une interprétation circonstancielle<sup>35</sup>. La forme n'aurait alors aucune importance, la finalité de l'énoncé faisant l'essentiel du travail d'identification de sa potentielle performativité.

**13.** C'est enfin au regard d'une propriété surprenante que la performativité marque sa singularité : sa capacité à *échouer*. Comme tout acte non linguistique, l'acte de langage est susceptible de rencontrer le succès ou bien simplement de manquer sa cible. Austin a pu ainsi modeler son invention en exposant les *insuccès* comme un élément déterminant de la performativité<sup>36</sup>. Ni vrai ni faux, l'énoncé performatif peut réussir l'acte qu'il énonce, ou non, sans que la réalisation de l'action qu'il porte ne soit à remettre en cause. Une promesse restera donc une promesse accomplie, quand même bien elle n'aurait pas été tenue<sup>37</sup>, ce qui ne conditionne pas ses conditions de vérité car l'énoncé performatif est nécessairement vrai en ce qu'il constitue sa propre réalité : il est *sui-référentiel*<sup>38</sup>. Ce trait de la performativité du langage fait partie intégrante de la notion de performativité.

**14.** Toutefois, la théorie de la performativité ne s'arrête pas à sa dimension purement linguistique. La fertilité de la thèse austinienne des actes de langage a aussi inspiré la réflexion politiste, un angle de vue intéressant lorsqu'il s'agit d'étudier l'œuvre du constituant.

## *2. La performativité politique*

**15.** Le volet politique de la performativité est aujourd'hui largement admis. Que ce soit Judith Butler aux Etats-Unis ou Jean-Marie Denquin en France, chacun a su profiter des

---

<sup>33</sup> L'énoncé serait ici le reflet de l'acte en arborant « une expression très significative et très claire [...] pour nommer l'acte même » accompli « en formulant l'énonciation » (*ibid.*, p. 62).

<sup>34</sup> *Ibid.*, pp. 85-86.

<sup>35</sup> *Ibid.*, pp. 62-63.

<sup>36</sup> *Ibid.*, pp. 50-52.

<sup>37</sup> Voir en ce sens AUSTIN J. L., « Performative utterances », in *Philosophical papers, op. cit., passim*.

<sup>38</sup> Cf. DUCROT O., *Dire et ne pas dire : principes de sémantique linguistique*, Paris, Hermann, 1991, p. 298-299 ; BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale, 1, op. cit.*, p. 80.

fortunes du performatif pour appréhender le dire politique dans sa totalité pragmatique. Il n'est plus question de prendre véritablement en compte la dimension locutoire de la parole politique, celle-ci étant de toutes les manières mise au service de la force de conviction du message véhiculé<sup>39</sup>.

16. Si l'on en croit Jean-Marie Denquin, le langage politique est par essence performatif. Les acteurs politiques n'ont ainsi que la parole comme moyen d'action. Agir pour un homme politique c'est parler<sup>40</sup>. Aussi, le dire politique est nécessairement performatif car il produit quelque chose, il constitue sa propre réalité dans un acte de communication<sup>41</sup>. Le langage politique est donc pourvu d'un niveau illocutoire. Mais c'est évidemment sa dimension perlocutoire qui est ici prégnante. La finalité de la communication politique étant la *conviction*, elle met l'accent sur l'effet désiré<sup>42</sup> qui découle de l'acte accompli. Le droit, et le droit constitutionnel presque plus que les autres branches, ne peut être appréhendé sans admettre, à l'instar de Carl Schmitt, qu'il est imprégné du politique. Il est l'incarnation même de l'agir politique, parfois général et impersonnel, parfois individuel et personnel. Le politique est alors performatif, un performatif singulier axé sur la fonction perlocutoire de l'énonciation aux fins de susciter l'obéissance ou l'adhésion.

17. Mais la performativité politique ne s'y limite pas. Elle s'entend aussi comme un discours politique et social établissant des rapports de reconnaissance dans la sphère publique, dans les relations interindividuelles, ou bien dans celles qu'entretiennent les individus avec les instances politiques étatiques. La mère de la *Queer theory*, Judith Butler a pu faire valoir cette nature à la fois sociale et étatique à travers son étude des discours de haine, voire même de la question identitaire<sup>43</sup>. La performativité politique s'exprime ici en tant qu'agir dans la sphère publique, notamment par le truchement de la « déclaration »<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> Jean-Marie Denquin justifiera ce choix en ce que le langage politique servirait la cause d'une « communication politique » tendant vers la séduction et non la transmission d'un savoir (cf. DENQUIN J.-M., *La politique et le langage*, op. cit., p. 27).

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 112.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 120.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 93. Plus largement, l'auteur déterminera que la communication politique n'a pas vocation à traduire de manière transparente une réalité mais vise à produire un certain effet (*ibid.*, p. 36).

<sup>43</sup> Voir en ce sens BUTLER J., *Le pouvoir des mots, politique du performatif*, Paris, Amsterdam, 2004 ; BUTLER J., *Trouble dans le genre. Le féminisme et la subversion de l'identité*, La Découverte Poche, 2006.

<sup>44</sup> Judith Butler prend d'ailleurs l'exemple d'une interdiction faite par l'armée américaine de se *déclarer* homosexuel car cette *déclaration* constituerait une réalité en ce que le discours homosexuel et le « coming out » représenteraient une « conduite » homosexuelle (cf. BUTLER J., *Le pouvoir des mots, politique du performatif*, op. cit., pp. 167 et s.).

### *La performativité du langage constitutionnel*

La encore, c'est le niveau perlocutoire qui détermine la nature de l'acte de langage. La performativité politique s'analysera donc une nouvelle fois en termes psychologiques<sup>45</sup>, attestant d'une dimension « somatique » du discours politique<sup>46</sup>. Le langage, et en particulier le langage politique, est ainsi principalement considéré comme une « puissance d'agir », comme « un acte et ses conséquences »<sup>47</sup>.

**18.** Enfin, tout comme la performativité du langage, c'est la faculté à échouer qui fait office d'élément déterminant. Qu'il vise le langage des acteurs politiques, ou celui de la sphère publique, l'acte de langage politique accompli peut s'avérer être un échec « s'il ne produit pas ses effets »<sup>48</sup>, autrement dit, s'il ne séduit pas ou bien s'il n'engendre pas la conséquence identitaire escomptée.

**19.** Cette approche de la performativité sied parfaitement au langage constitutionnel qui concrétise l'acte politique suprême, l'acte politique par excellence, un acte qui « sent la poudre » comme le disait autrefois André Hauriou car il est l'archétype du choix politique<sup>49</sup>. Cependant, la performativité constitutionnelle recouvre une troisième dimension, celle d'un langage auquel échoit « un rôle constituant car il fait l'institution »<sup>50</sup>.

### *3. La performativité institutionnelle*

**20.** Le droit, et le droit constitutionnel n'y fait pas défaut, est une abstraction, distincte du réel sensible expérimentable. Parfaitement révélée par la théorie des deux corps du roi, la face institutionnelle de l'être du monde serait due pour certains à une faculté du langage à soutenir cette réalité, voire à en être responsable.

**21.** On a pu depuis longtemps découvrir des objets spéciaux, des concepts, des notions, qui n'ont aucun référent sensible mais doivent leur existence à un fait de langage. C'est le cas de ce que Paul Amselek nomme « les objets mentaux », ces faits « de pure pensée », ces faits que l'ont dit, contrairement aux faits du monde sensible qu'on ne dit pas

---

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>49</sup> Cf. DENQUIN J.-M., *La politique et le langage*, op. cit., p. 117.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 122.

puisqu'on ne peut qu'en parler<sup>51</sup>. Ils sont ainsi exempts de la vérifiabilité car ils ne correspondent qu'à un « contenu de pensée »<sup>52</sup>. Ce caractère conceptuel est à rapprocher des travaux de Jérémy Bentham sur les entités fictives, des êtres exclusivement issus du langage<sup>53</sup> et dont l'existence en dépend<sup>54</sup>. Dans son analyse de la fiction, il est arrivé à cette conclusion qu'elle représentait « un mode de représentation par lequel les entités fictives [...] sont revêtues du costume des entités réelles » et pose ainsi un lien consubstantiel entre l'existence d'un langage humain différent de celui des créatures animales et l'existence d'une modalité fictionnelle<sup>55</sup>. La performativité du langage constitutionnel devra prendre en compte cette dimension en ce qu'elle semble de toute évidence être l'instrument d'élaboration de cette fiction mentale qu'est le droit, cette chose dont on ne peut parler que parce qu'elle a été dite.

**22.** Mais le volet institutionnel de la performativité du langage s'illustre particulièrement sous la plume de John Searle. Dans son étude des règles, il pose une distinction entre les faits bruts et des faits qu'il désigne comme « institutionnels », représentant des faits sociaux dépendant de l'opinion humaine<sup>56</sup>. La qualité institutionnelle est alors ici le symbole d'une *institution*, une abstraction figurant un état de chose conventionnel découlant d'un acte de langage réussi<sup>57</sup>. Selon l'économiste américain, leur formation solliciterait deux conditions : le fait institutionnel doit en partie être constitué par des représentations mentales et ces représentations doivent dépendre du langage<sup>58</sup>. Il offre ainsi une place privilégiée à l'énonciation performative dans la création de ces faits spécifiques.

**23.** Aussi, l'étude de la performativité ne peut se passer de cette dimension institutionnelle. Le langage a cette capacité à façonner des abstractions pour véhiculer des idées, qu'elles soient nouvelles ou simplement indispensables à la communication. Cette aptitude à emprunter la voie de la fiction confère au langage la propriété particulière de

---

<sup>51</sup> Cf. AMSELEK P., *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Collin, 2012, p. 326.

<sup>52</sup> Cf. AMSELEK P., « Les fonctions normatives ou catégories modales », in *L'architecture du droit*, BECHILLON (de) D., BRUNET P., CHAMPEIL-DESPLATS V. *et al.* (dir.), Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Economica, 2006, p. 51.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>54</sup> Cf. BENTHAM J., *De l'ontologie, et autres textes sur les fictions*, *op. cit.*, p. 85.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> Cf. SEARLE J. R., *The Construction of Social Reality*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 87.

faire évoluer l'interlocuteur dans un monde différent du réel, un monde abstrait qui dépendra de ce qui en est dit.

24. L'objet linguistique de cette étude est donc un objet en trois dimensions qu'il s'agira d'analyser. Il peut y en avoir d'autres, mais elles n'intéressent pas le langage constitutionnel. Néanmoins, la composante linguistique ne peut suffire à une étude juridique du droit constitutionnel. Il faudra donc considérer un objet juridique tenant à la nature du droit constitutionnel dans un système de normes hiérarchisées.

### **b) La nature du droit constitutionnel**

25. Penser le droit constitutionnel comme issu d'une énonciation performative oblige à revenir sur sa nature de norme. Envisager le droit constitutionnel comme le produit d'un langage qui agit, d'un acte de langage, conduit ainsi à imaginer une correspondance entre les actes illocutoires et perlocutoires, et l'énonciation d'une obligation, d'un commandement. L'étude de la performativité du langage constitutionnel devra alors tenir compte de la célèbre distinction humienne entre l'*être* et le *devoir-être* (1), selon que l'acte de langage met l'accent sur la force illocutoire de son énonciation ou sur l'obligation de s'y conformer. Une telle réflexion porte fatalement l'attention sur l'analyse de la qualité de norme dévolue au droit constitutionnel (2).

#### *1. La distinction entre être et devoir-être*

26. La distinction entre l'*être* et le *devoir-être*, initiée par David Hume, a souvent été reprise, que ce soit pour juger de la raison et de la morale<sup>59</sup> ou pour discuter de la norme<sup>60</sup>, et notamment au regard de la notion de volonté.

---

<sup>59</sup> Cf. KANT E., *Critique de la raison pratique. Fondements de la métaphysique des mœurs*, BARNI J. (trad.), Paris, 1848. Son approche se fera toutefois autour d'une distinction entre ce qu'il présente comme la raison dans son usage spéculatif (ou théorique), entraînant le sujet sur le « champ de l'expérience », tenant donc de l'*être* des choses, et la raison dans son usage pratique, portant sur la morale et relevant du *devoir-être* en ce qu'elle répond à la question : « que dois-je faire ? » (cf. KANT E., *Critique de la raison pure*, Quadrige, P.U.F., 2014, p. 543).

<sup>60</sup> Cf. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, EISENMANN Ch. (trad.), Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 1962, pp. 7 et s.

27. Hans Kelsen a amplement développé la question autour de la différenciation entre l'acte de volonté et sa signification. Emboitant le pas d'Emmanuel Kant<sup>61</sup>, il propose une assimilation de l'*être* (*Sein*) comme étant un acte de volonté exempt de tout jugement moral à son sujet<sup>62</sup>. Aussi l'*être* est un fait, « le fait réel de l'acte de volonté »<sup>63</sup>. L'intérêt de cette vision de l'*être* pour l'étude de la performativité du langage constitutionnel vient de ce que le père du normativisme le fait découler d'une proposition linguistique. L'acte de volonté produisant un fait réel s'apparenterait alors à un acte de langage dont l'être même serait ce qui est fait à travers lui. Le *Sein* kelsenien représenterait ainsi le produit de la force illocutoire d'un énoncé, ce *fait* issu d'un acte de volonté exprimé.

28. D'autre part, le juriste autrichien distingue ce *fait* de la signification objective de l'acte de volonté dont il ressort, et qu'il qualifie de *devoir-être* (*Sollen*)<sup>64</sup>, alors que Kant y confère plutôt une dimension morale en ce qu'il est sous-tendu par la notion de « bien »<sup>65</sup>. Une fois encore, Kelsen fait découler le *devoir-être* d'une donnée linguistique, attachée, non plus à l'acte de volonté seul, mais à la signification qu'il revêt aux yeux de tous. Il faut à nouveau rapprocher cela de la théorie des actes de langage en ce que le *Sollen* dépend lui-aussi de la force illocutoire de l'énonciation. Ainsi le fait de l'acte de volonté procédant d'une proposition devient un commandement, quelle que soit sa valeur, positive ou négative.

29. L'acte de langage constitutionnel doit donc s'examiner à travers ces deux notions en raison de l'attachement, chez Kelsen comme chez Kant, à une proposition linguistique. Aussi l'étude de la performativité constitutionnelle devra faire ressortir l'un ou l'autre suivant que l'illocutoire produise un *Sein* ou à un *Sollen*. Toutefois, la question du *devoir-être* renvoie naturellement à la notion de « norme », laquelle fait figure d'acte de langage évident et vise à conditionner les comportements de ceux à qui elle s'adresse. Néanmoins, la nature particulière du droit constitutionnel suggère que ce dernier ne soit pas tout à fait une norme comme les autres.

---

<sup>61</sup> Cf. KANT E., *Critique de la raison pratique. Fondements de la métaphysique des mœurs*, op. cit., pp. 194 et s.

<sup>62</sup> Cf. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 7.

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> *Ibid.*, pp. 7-8.

<sup>65</sup> Cf. KANT E., *Critique de la raison pratique. Fondements de la métaphysique des mœurs*, op. cit., pp. 239-241.



2. *La qualité de norme constitutionnelle*

30. La considération du *Sollen* par Hans Kelsen laisse parfois entrevoir une certaine confusion entre l'*être* et le *devoir-être*. Une confusion qui, malgré la faculté de l'illocutoire à produire des normes juridiques, reste toutefois intrigante lorsqu'il s'agit d'un ensemble d'habilitations comme l'est le droit constitutionnel. Un sentiment qui se ressent d'autant plus que la doctrine réaliste française a pu proposer une démarche distinctive, inféodant l'apparition de la norme à un acte d'interprétation d'un juge.

31. Si selon Paul Amselek, la règle est « constituée par la signification »<sup>66</sup>, la norme ne fait pas partie des « observables »<sup>67</sup>. Plus encore, il expose que « l'illocutoire, c'est ce qui donne au locutoire – à ce que dit le locuteur – non pas sa force mais sa fonction ou finalité »<sup>68</sup>. Par conséquent, il faut se livrer à une investigation concernant la capacité prescriptive des dispositions constitutionnelles à faire office d'« instrument de direction des conduites institutionnelles »<sup>69</sup>. Pareille vision semble confortée par la conception d'une finalité habilitante de certaines règles, combinant *être* et *devoir-être* chez Kelsen<sup>70</sup>, prescrivant une conduite – car la norme juridique est nécessairement prescriptive<sup>71</sup> – à une institution dans l'exercice d'une compétence normative<sup>72</sup>. Il s'agira ici de la concevoir comme une méta-norme, une norme sur la production d'autres normes<sup>73</sup>, tenant principalement du *devoir-être*. Il faut alors voir dans la Constitution un système de *contraintes* au sens de Jhering<sup>74</sup>, même si elle ne pose aucune sanction autre que la validité ou non de la norme générale prise selon ses prescriptions<sup>75</sup>. C'est là, l'illustration de cette fusion entre l'*être* et le *devoir-être* où la norme constitutionnelle ne présente la qualité de

---

<sup>66</sup> Cf. AMSELEK P., *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, op. cit., p. 69.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 283.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 400.

<sup>70</sup> Cf. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 10.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 102.

<sup>72</sup> Cf. TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2006, p. 14.

<sup>73</sup> Voir en sens les propos de Riccardo Guastini sur la hiérarchie normative dans un esprit logique ou linguistique à l'occasion de laquelle il expose l'hypothèse d'une distinction entre la norme N1 et la norme N2 en ce que la première porte sur la seconde. Elle fait alors office de métalangage de N2 et représente une méta-norme (cf. GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, trad. et présentation CHAMPEIL-DESPLATS V., Paris, Dalloz, 2010, p. 77).

<sup>74</sup> Cf. JHERING (von) R., « L'évolution du droit », DE MEULNAERE O. (trad.), Paris, 3<sup>ème</sup> édition, 1901, p. 215.

<sup>75</sup> Cf. KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Bruylant, L.G.D.J., 2010, p. 197.



norme, de droit, que relativement aux normes générales instaurant une sanction auxquelles elle sert de fondement<sup>76</sup>.

**32.** Une position qui ne convainc pas forcément à la lecture des travaux de John Searle sur les règles constitutives et normatives. Si les règles constitutives représentent des règles régissant la création et la définition de nouveaux comportements, les règles normatives, ou régulatrices, gouvernent des formes de comportements préexistant à l'énoncé de celle-ci<sup>77</sup>. Ceci aurait pour conséquence de voir la règle sous le jour, soit d'une sorte de qualification, constituant l'*être* du comportement – « X vaut Y dans la situation S » – soit d'une régulation impérative – « faites X » ou « si Y alors faites X »<sup>78</sup>. Aussi, la fonction habilitante des énoncés constitutionnels étudiée par Guillaume Tusseau<sup>79</sup> rejoindrait la finalité constitutive en ce qu'elle permettrait d'agir dans un certain sens, de produire une norme « en tant que ». L'acte aura la valeur de norme générale car il aura été pris par l'organe désigné et suivant la procédure prescrite par la norme habilitante. Il serait alors *permis* dans le sens d'une « possibilité », d'une existence « en tant que », et non *permis* dans le sens d'une « autorisation ». Une vision en ce sens aurait ainsi plutôt tendance à assimiler les dispositions habilitantes constitutionnelles, non pas à des normes générales, chargée d'une valeur éthique, mais à des règles constitutives qui n'en seraient finalement pas.

**33.** Il n'est alors pas véritablement de convergence entre les diverses conceptions des règles du type auquel appartiennent les dispositions constitutionnelles. Tantôt, elles apparaissent comme des normes particulières dépourvues de sanction mais qui tiennent leur caractère obligatoire de leur fonction habilitante soutenant la production de normes générales et leur validité. Tantôt, elles apparaissent comme un ensemble de définitions, relevant plus de l'*être* que du *devoir-être* normatif.

**34.** Mais c'est surtout vis-à-vis du traitement de la signification et du sens<sup>80</sup> que la Constitution apparaît comme une norme qui n'est pas comme les autres. Si Michel Troper

---

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> Cf. SEARLE J. R., *Les actes de langage : essai de philosophie du langage*, Paris, Hermann, coll. Savoir, 1972, p. 72.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>79</sup> Voir en ce sens TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation, op. cit., passim.*

<sup>80</sup> Il faudra distinguer ici entre la signification conformément à la distinction entre l'acte *phatique* et l'acte *rhétique* exposé par François Récanati. Si la première représente le rapport qu'entretient l'énoncé avec le

a affirmé tantôt que le texte, constitutionnel ou non d'ailleurs, n'avait ni sens ni signification préalablement établis, le caractère prescriptif se déduisant du sens<sup>81</sup>, la norme constitutionnelle en tant que *devoir-être* tiendrait en ce que le juge l'interprète comme telle. Aussi, la normativité se présenterait comme la mise au jour d'un acte rhétorique qui ne peut être que celui dégagé – créé ? – par le juge, transformant une règle de compétence en une obligation devant être respectée. Ce ne serait alors plus la signification qui ferait la norme mais le sens, et donc l'acte *locutoire* pris dans sa complétude. Une position qui s'accorde assez singulièrement avec l'idée d'un niveau *illocutoire* indépendant de ce qui est apparemment énoncé. Un même acte de langage peut alors très bien revêtir diverses formulations plus ou moins elliptiques, comme un même énoncé peut révéler divers actes de langage selon les constructions mentales des interlocuteurs<sup>82</sup>.

**35.** Devant un objet aussi complexe, mêlant linguistique et droit, il s'avère indispensable d'adopter une méthode spécifique propre à la fois à l'examen linguistique et à l'analyse juridique. A cet égard, il semble qu'une démarche analytique soit la plus appropriée en ce qu'elle sert de fondement, tant à la réflexion sur le langage qu'à celle sur le droit.

## II – UNE METHODE ANALYTIQUE

**36.** Lacan parlait ainsi de la méthode analytique : « ses moyens sont ceux de la parole en tant qu'elle confère aux fonctions de l'individu un sens ; son domaine est celui du discours concret en tant que réalité trans-individuelle du sujet ; ses opérations sont celles de l'histoire en tant qu'elle constitue l'émergence de la vérité dans le réel »<sup>83</sup>. Aussi, s'il fallait choisir une méthode, elle est assurément analytique et repose sur un fondement à la fois théorique (a) et technique (b).

---

réel, le *phème*, le sens correspond à l'orientation donnée à cette signification dans une direction précise, le *rhème*.

<sup>81</sup> Cf. TROPER M., « Le réalisme et le juge constitutionnel », in *Le réalisme en droit constitutionnel, Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, juin 2007, p. 127.

<sup>82</sup> Cf. LARROQUE P., « De la norme à la pratique... », in *L'ajustement dans la TOE d'Antoine Culioli*, Catherine FILIPPI-DESWELLE (dir.), Rouen, *Epilogos*, n° 3, Collection linguistique, 2012, p. 238.

<sup>83</sup> Cf. LACAN J., « Fonction et champ de la parole et du langage en psychanalyse », *La psychanalyse*, n° 1, *Sur la parole et le langage*, 1956, p. 103.

### **a) Une méthode analytique théorique**

37. La méthode analytique employée dans cette étude sera assise sur quatre approches essentielles : la déduction (1), la distinction (2), l'énonciation (3) et la dialectique (4).

#### *1. Une approche déductive*

38. L'analyse requiert une attitude spécifique vis-à-vis de l'objet observé. Si l'on peut s'accorder avec John L. Austin et Sandra Laugier que le langage comme donné contient tout ce dont nous avons besoin<sup>84</sup>, l'étude de la performativité constitutionnelle nécessite de se référer en priorité à ce qui se dévoile sous nos yeux avant de prêter attention à ce qui est en profondeur. Cette méthode déductive, agrémentée d'un certain degré d'empirisme, imposera de déconstruire le discours constitutionnel pour en faire ressortir ses « phénomènes »<sup>85</sup>.

39. Rechercher la justesse de l'analyse oblige à se contenter de ce que le langage propose. Du reste, il n'est de réalité pour l'analyste que ce qui lui est offert à voir, sauf à extrapoler certains résultats issus d'une observation superficielle et à se rendre coupable d'une généralisation *a priori* qui n'en serait que trop réductrice. Point n'est ici question d'opérer une vérification objective du langage constitutionnel. Il est préférable de se contenter de ce que dit le constituant ou encore le juge constitutionnel. Il faut donc considérer ce qui est *dit* comme seule réalité disponible<sup>86</sup>. De plus, la logique déductive impose de procéder à une analyse partant du général vers le particulier. Cette démarche régressive invite à décomposer le réel donné par le langage pour en dégager ses éléments constitutifs, éléments qu'il faudra ensuite déconstruire pour en révéler les atomes.

40. De cette manière, le droit constitutionnel, en tant que langage, s'entendra comme un réel devant être apprécié en tant que tel, un réel devant être disséqué puis reconstitué selon les résultats déduits de l'analyse. En outre, l'analyse de la performativité implique de déduire le fait, le « phénomène », des éléments composant l'énonciation que sont la

---

<sup>84</sup> Cf. LAUGIER S., « Actes de langage et état de choses : Austin et Reinach », *op. cit.*, p. 77.

<sup>85</sup> Cf. AUSTIN J. L., « A Plea for Excuses », in *Philosophical papers*, *op. cit.*, p. 130.

<sup>86</sup> Cette démarche reprend les canons de la psychanalyse relatés par Benveniste (cf. BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale*, 1, *op. cit.*, p. 75).

signification, le sens, ou encore l'intention, et notamment au moyen d'un outil indispensable : la distinction.

## *2. Une approche distinctive*

41. Les tenants de la philosophie analytique ont soutenu une méthode faisant de la définition et de la distinction les outils fondamentaux de leur analyse du droit. L'étude de la performativité constitutionnelle implique de toute évidence d'adopter une démarche identique. Les commentateurs de Riccardo Guastini ont su déceler une telle méthode dans les travaux du philosophe italien, méthode qu'il partage avec Norberto Bobbio<sup>87</sup>. Leur attrait pour le langage fait de cette approche un instrument indispensable. Bobbio, comme Riccardo Guastini, proposent une analyse du langage, un décorticage des composantes linguistique du droit, requérant un travail de définition de celles-ci<sup>88</sup>. Il faudra ainsi à leur suite distinguer entre plusieurs éléments du langage et du langage constitutionnel en particulier.
42. Le langage en lui-même fait montre de plusieurs niveaux, allant du plus large au plus précis. Il prend la forme de discours dont l'atome reste l'énoncé, l'unité de discours primaire.
43. Le discours, l'ensemble des énoncés s'inscrivant dans une certaine énonciation, peut lui aussi se diviser en plusieurs catégories. Bobbio propose ici une classification qu'il s'agit de reprendre tenant en une distinction entre le discours descriptif, susceptible d'être vrai ou faux, et le discours prescriptif ou normatif, exempt de toute valeur de vérité<sup>89</sup>, et correspondant respectivement au discours scientifique et au discours législatif<sup>90</sup>. Mais il procèdera à une mise en lumière d'une troisième catégorie portant sur le discours poétique<sup>91</sup>.

---

<sup>87</sup> Voir en ce sens VIALA A., « Riccardo Guastini, traduit de l'italien et présenté par Véronique Champeil-Desplats, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Paris, 2010 », in *Mutation ou crépuscule des libertés publiques ?*, *Jus Politicum*, n° 5 ; cf. GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*

<sup>88</sup> Voir en ce sens la préface de Riccardo Guastini dans BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, Bruylant, Paris, L.G.D.J, 1998, p. 1 et s. ; GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 15 et s.

<sup>89</sup> Cf. GUASTINI R., préface à BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, *op. cit.*, p. 2.

<sup>90</sup> *Ibid.*, pp. 111-112.

<sup>91</sup> *Ibid.*

44. Mais c'est au regard des énoncés que la distinction du courant analytique italien fait valoir sa plus grande qualité. Bobbio invite à regarder le langage comme composé de trois types d'énoncés, posés en regard avec le triptyque discursif : l'*assertion* (discours scientifique), la *prescription* (discours législatif), et la *proposition expressive* (discours poétique)<sup>92</sup>. Si cette triade s'avère intéressante pour traiter avec justesse la performativité du langage constitutionnel, il faudra toutefois l'accompagner d'une autre distinction entre l'*énoncé* et la *norme*. Envisagée comme relevant exclusivement du discours prescriptif chez Hans Kelsen, la norme est souvent employée de manière alternative pour désigner la prescription juridique comme l'énoncé sur lequel elle repose. Riccardo Guastini invite ainsi à considérer l'appellation de *norme* dans sa définition la plus stricte, c'est-à-dire en tant que sens découlant de l'interprétation d'un *énoncé* représentant seulement la *disposition* textuelle qui en est la source<sup>93</sup>.

45. Cependant, la notion de *norme*, sur laquelle se focalise la majeure partie de la réflexion juridique, requiert de nouveau un découpage en fonction de ce qu'elle fait. Il faudra encore une fois emprunter une taxinomie établie par la philosophie analytique italienne.

46. Bobbio différencie quatre classes de normes. Les normes qu'il qualifie de *catégoriques* et qui imposent un comportement jugé bon en soi et à observer de manière inconditionnée, s'opposent aux normes dites *hypothétiques* imposant un comportement, jugé bon lui aussi, mais seulement pour atteindre un certain objectif, leur observation étant laissée au choix du destinataire. Il y ajoutera des normes *pragmatiques* posant un résultat mais laissant le destinataire libre des moyens à mobiliser pour y parvenir, et des normes *directives* imposant seulement de les garder à l'esprit<sup>94</sup>.

47. Toutefois, c'est au regard de deux autres distinctions que la performativité du langage constitutionnel sera traitée. Tout d'abord, une tripartition normative, proposée par Bobbio tenant à la qualité *permissive*, *impérative* ou bien représentant un *conseil*<sup>95</sup> offrira un prisme intéressant, notamment vis-à-vis de l'auteur et du destinataire de la norme. Si la norme *permissive*, représente une « faculté », les normes *impératives* et les *conseils*, quant

---

<sup>92</sup> *Ibid.*, pp. 112-113.

<sup>93</sup> Cf. GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 41-42.

<sup>94</sup> Cf. BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, *op. cit.*, p. 121.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 149.

à eux, sont définis par le maître italien selon le type d'obligation qu'ils contiennent : la norme *impérative* renvoie à une « obligation externe », tandis que le *conseil* porte sur une « obligation interne »<sup>96</sup>. L'autre distinction est posée par Hart et concerne les normes *primaires*, régulant les conduites, et les normes *secondaires* régulant la production de norme<sup>97</sup>. Une distinction qui tend à recouper celle des *normes de conduite* et des *normes d'organisation* développée par Friedrich von Hayek mais ne peut s'y réduire totalement<sup>98</sup>.

48. L'étude de la performativité du langage constitutionnel selon une méthode analytique implique donc une attitude distinctive et définitoire suivant une typologie propre à la philosophie italienne. Mais elle requiert aussi une approche énonciative fondée, non pas sur une perception des rapports entre les différents opérateurs linguistiques, mais sur l'énonciation, autrement dit, sur le rapport entre un locuteur et un interlocuteur, ou comme le dit Benveniste « la mise en fonctionnement de la langue par un acte individuel d'utilisation »<sup>99</sup>.

### 3. Une approche énonciative

49. Si le mérite de Saussure a été de montrer que la langue pouvait être regardée comme un système, l'étude de la performativité constitutionnelle ne peut se limiter à cette

---

<sup>96</sup> *Ibid.* Cette distinction entre « obligation externe » et « obligation interne » renvoie à la conception du droit chez Kant. Selon lui, le droit imposerait, en vertu de son caractère impératif un devoir extérieur, rendant l'action « *objectivement* nécessaire ». Il l'oppose au devoir intérieur qui est « *subjectif* » en ce qu'il est rattaché au principe de « détermination de l'arbitre à cet action ». L'« obligation externe » serait donc *objective*, tandis que l'« obligation interne » serait *subjective*. Kant en conclura que « les devoirs qui découlent de la législation juridique ne peuvent être que des devoirs extérieurs, car cette législation n'exige pas que l'Idée de ce devoir qui est intérieure, soit par elle-même principe de détermination de l'arbitre du sujet agissant » et qu'elle ne peut lui rattacher que des « mobiles extérieurs ». (cf. KANT E., *Métaphysique des mœurs*. Première partie, *Doctrine du droit*, PHILONENKO A. (trad.), Vrin, 1971, p 93). Aussi est-il possible de rapprocher la distinction entre obligations internes et obligations externes de celle entre les « devoirs internes » et les « devoirs externes » du philosophe allemand (*ibid.*, p. 111). Une distinction qui n'est toutefois pas sans rappeler celle de Hobbes à propos des lois obligeant « *in foro interno* » et « *in foro externo* » (littéralement « devant le Tribunal interne » et « devant le Tribunal externe » (cf. HOBBS T., *Léviathan*, *op. cit.*, p. 158). Cette corrélation entre la distinction kantienne et la distinction hobbesienne est d'ailleurs particulièrement mise en valeur par Simone Goyard-Fabre qui expose que l'obligation morale de Kant « commande *in foro interno* » alors que l'obligation juridique est un « devoir extérieur » signifiant « l'hétéronomie du sujet de droit soumis à la contrainte (*Zwang*) d'un commandement *in foro externo* » (cf. GOYARD-FABRE S., *Les embarras philosophiques du droit naturel*, Vrin, 2002, p. 111).

<sup>97</sup> Cf. HART H. L. A., *Le concept de droit*, VAN DE KERCHOVE M. (trad.), Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, coll. Droit, 2005, pp. 113-118.

<sup>98</sup> Cf. BOBBIO N., *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie de du droit*, SOLDINI D. (trad.), Dalloz, coll. Rivages du droit, 2012, p. 151.

<sup>99</sup> Cf. BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale*, 2, Paris, Gallimard, 1974, p. 80.

approche structuraliste. Il faudra d'ailleurs ici distinguer *langue* et *langage* en ce que la première renvoie à une vision systémique de l'acte de parole, tandis que le second relèvera de l'*énonciation* proprement dite.

50. Jean-Jacques Rousseau évoquait déjà l'idée d'un discours en tant qu'institution sociale impliquant des individus et leur appropriation du système<sup>100</sup>. Il faut donc partir du postulat que la parole se résume à une utilisation et donc un *langage* devant être analysé sous le prisme d'une pratique discursive et énonciative dans une visée communicative. Si la théorie des actes de langage repose essentiellement sur cette dimension énonciative du langage, elle se fonde sur l'idée que lorsqu'un énonciateur produit un énoncé, son interlocuteur, le récepteur, va lui donner une valeur, un sens, selon un certain contexte, après l'avoir déconstruit et reconstruit en fonction des différents marqueurs énonciatifs présents dans l'énoncé<sup>101</sup>.

51. Une telle approche ne peut alors faire l'impasse de la fonction, ou plutôt *des* fonctions du langage proposées par Roman Jakobson. Le langage, et en particulier son caractère communicatif, seraient ainsi formés autour de plusieurs fonctions, le qualifiant par rapport au but poursuivi par l'acte de parler. Le linguiste russe en distingue six en relation avec divers éléments qu'il nomme « facteurs de langage ». Aussi, le langage dispose d'une fonction dite *phatique*, relative au contact entre les interlocuteurs. Mise en œuvre dans l'objectif de créer un lien verbal, elle est particulièrement visible dans des énoncés évoquant banalement le temps qu'il fait, ou encore dans des locutions telles que « allo » ou « n'est-ce pas ? ». Une seconde fonction dite *émotive* (ou « expressive ») est portée sur l'expression du destinataire de l'énoncé. Elle exprime l'attitude du locuteur à l'égard de ce dont il parle, consistant en des interjections dans le langage courant et apparaît, dans le langage juridique, par une mise en scène énonciative de la solennité. Une troisième fonction dite *conative* vise une orientation particulière vers le destinataire. Elle trouve son expression la plus pure dans le vocatif et l'impératif et s'observe aisément dans les ordres, les conseils ou bien les commandements. Une quatrième fonction dite *métalinguistique* a trait au code utilisé. Elle prend souvent la forme de questions telles « que voulez-vous dire ? » ou bien « comprenez-vous ce que je veux dire ? » lors desquelles les interlocuteurs s'assurent de bien utiliser le même langage. Mais elle est aussi

<sup>100</sup> Cf. ROUSSEAU J.-J., *Essai sur l'origine des langues* [1781], Paris, Flammarion, 1993, pp. 53-126.

<sup>101</sup> Cf. CULIOLI A., *Variations sur la linguistique, Entretiens avec Frédéric Fau*, préface et notes VIEL M., Langres, Klincksieck, Paris, 2009, pp. 186-187.



apparente quand le locuteur précise la qualité de son énonciation grâce à des locutions comme « à dire vrai » ou « je n'irai pas quatre chemins ». Une cinquième fonction dite *poétique* met l'accent sur le message pour son propre compte. Archétype de l'art verbal, elle transparait dans les adages juridiques, ou encore dans les slogans politiques tels que « I like Ike »<sup>102</sup> et « Travailler plus pour gagner plus ». Enfin la sixième, et la plus importante selon Jakobson, fonction dite *référentielle* est celle qui touche au contexte de l'énonciation, qu'il s'agisse d'un contexte verbal, aussi appelé parfois co-texte, ou situationnel<sup>103</sup>.

**52.** Au-delà la dimension contextuelle du langage invite à réfléchir sur le contexte temporel de l'énonciation. Si l'on sait que la langue n'est pas un artéfact statique, qu'elle évolue avec le temps, il semble impossible d'analyser la performativité constitutionnelle dans sa complétude en confinant l'étude à une seule donnée temporelle. Il faut alors, pour plus de justesse, adopter une approche dialectique.

#### *4. Une approche dialectique*

**53.** Tout comme l'étude de la langue, l'étude du droit constitutionnel suscite un double regard temporel sur le système de normes. Adopter une approche dialectique permet ainsi d'apprécier le langage constitutionnel à la fois dans une logique portée sur l'observation synchronique d'un ordre juridique, celui de la V<sup>ème</sup> République, pour lui-même, et dans une optique diachronique de l'acte constituant de manière plus générale.

**54.** Fondée sur la notion de contingence, l'étude synchronique entend regarder un phénomène pour son propre compte et dans une modalité temporelle unique, un événement extrait d'une quelconque représentation évolutive. Aussi s'agira-t-il d'appréhender la performativité du langage constituant de 1958 sous un prisme synchronique. Autrement dit, l'analyse de la performativité du langage constitutionnel devra prendre en compte l'acte de langage constitutionnel de la V<sup>ème</sup> République, en tant que donné privilégié, et en ce que les conclusions dégagées apporteront à la compréhension de ce système en particulier.

---

<sup>102</sup> Cet exemple, proposé par Jakobson était le slogan politique de la campagne présidentielle de Dwight Eisenhower en 1952.

<sup>103</sup> Cf. JAKOBSON R., *Essais de linguistique générale : les fondations du langage*, Paris, Minuit, 2003, pp. 209-220.



**55.** Il est toutefois à noter que la performativité constitutionnelle engendre tout autant la nécessité de s'élever au-dessus de l'étude d'un système normatif spécifique et d'élargir le champ de vision à l'ensemble des actes constituant qui ont jalonné l'histoire constitutionnelle et politique française. L'approche diachronique fera alors ressortir des caractéristiques propres au dire constituant sans le circonscrire dans une définition uniquement contemporaine. La complexité temporelle de l'énonciation des droits de l'Homme dans le Préambule de la Constitution de la V<sup>ème</sup> République impose pareille démarche en tant qu'elle réunit trois expressions des droits fondamentaux issues d'époques différentes. Mais l'ambition d'une théorisation de la performativité du langage constitutionnel suggère, elle aussi, une telle prise en charge de l'acte de langage constituant en ce qu'elle offre une vue du dessus, un regard généralisé de ses propriétés performatives.

**56.** L'importance d'une approche dialectique se déduit assez bien lorsqu'on considère les failles de chacun de ces deux angles de vue. D'un côté, la synchronie montre l'ordre juridique dans son unicité. Si elle permet une analyse fine d'un système normatif en particulier en mettant en valeur sa spécificité à la fois architecturale et politique, elle n'offre qu'une vision limitée à un seul ordre juridique, et donc peu satisfaisante dans le cadre d'une étude générale de la performativité du langage constitutionnel. De l'autre, la diachronie fait valoir une évolution de l'acte constituant au regard d'une observation historique, propice à une conceptualisation de la parole du pouvoir constituant, selon qu'il s'exprime dans une époque donnée parsemée de variations politiques et constitutionnelles. Elle a toutefois le désavantage de laisser échapper les particularités propres à chacun des systèmes de normes en gommant certaines spécificités politiques qui auraient amené à une constitutionnalisation différente des états constitutionnels antérieurs et postérieurs.

**57.** Par conséquent, l'approche énonciative, associée à une attitude déductive axée sur la distinction permettra de mettre au jour la juste réalité de la performativité du langage constitutionnel, tant d'un point de vue synchronique que diachronique. Néanmoins, pareille méthode, si elle a pu prouver sa valeur, tant au sein de la théorie juridique que de la théorie linguistique, nécessite une approche plus technique afin d'apporter un appui conséquent à la réflexion.

**b) Une méthode analytique technique**

58. La doctrine linguistique a souvent l'habitude de décortiquer les énoncés par le truchement de techniques variées. Ils proposent ainsi une reconstruction de l'acte de dire en décomposant les énoncés selon leurs rapports avec le réel, avec la situation de leur énonciation, ou encore leur structure grammaticale. L'aspect technique de l'analyse du langage constitutionnel comportera donc quatre composantes constituant des procédés régulièrement pratiqués par la doctrine linguistique. Ainsi, il faudra porter un intérêt particulier sur la morphosyntaxe (1), et la sémantique (2). Mais l'étude de la performativité invite tout autant à se pencher sur la pragmatique (3) et le contexte de l'énonciation (4).

*1. Une approche morphosyntaxique*

59. L'analyse morphosyntaxique traite des relations entre les opérateurs linguistiques. Elle porte essentiellement sur la syntaxe et la grammaire utilisée par l'énonciateur d'un fait de langue. L'intérêt n'est évidemment pas d'inférer toute l'intention énonciative de l'agencement des énoncés, mais celui-ci peut pourtant révéler certains indices cruciaux quant à la nature de l'acte de langage.

60. A l'image de Monsieur Jourdain qui faisait de la prose sans le savoir, nous travaillons tous les jours sur la syntaxe de nos énoncés et choisissons nos mots suivant la situation. La considération morphosyntaxique est donc naturelle à la communication, parfois même elle est inconsciente, et révèle souvent des intentions dissimulées sous une forme énonciative propre à la relation qu'entretiennent les interlocuteurs. La doctrine linguistique a donc fait de l'analyse morphosyntaxique un outil pratique pour détecter la réalité de ce qui est dit. John L. Austin supposait d'ailleurs que la grammaire avait un impact sur la reconnaissance de la performativité d'un énoncé<sup>104</sup>, si bien qu'il envisageait en premier lieu qu'elle se présente sous la forme d'un « indicatif présent » exprimé à la « première personne du singulier » et à la « voie active »<sup>105</sup>. Cette forme marquait explicitement, selon lui, un engagement du locuteur dans l'accomplissement d'un acte dans le temps présent. Mais le linguiste anglais a pu relativiser cette forme en présentant la

---

<sup>104</sup> Cf. AUSTIN J. L., *Quand dire, c'est faire*, op. cit., p. 83.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 81 et s.

possible existence de performatifs *primaires* dont la performativité n'est pas apparente au niveau grammatical et sémantique<sup>106</sup>. Il faut alors opérer une *transposition* morphosyntaxique visant à remplacer les termes des énoncés par d'autres et conduisant à aménager la syntaxe de manière à obtenir un nouvel énoncé grammaticalement juste. Cette technique révélera la performativité sous-jacente de l'énoncé originel<sup>107</sup>, autrement dit, son sens implicite et conforme à l'intention du locuteur.

**61.** Aussi, l'analyse morphosyntaxique doit s'effectuer sur deux axes : l'axe syntagmatique (l'abscisse) et l'axe paradigmatique (l'ordonnée). Le travail sur l'axe paradigmatique implique ici une opération d'échange des termes de l'énoncé ou bien des locutions ayant une valeur métonymique, synonyme, ou paraphrastique. A la manière d'un cadenas à code dont on tourne les molettes pour obtenir les chiffres indispensables à son ouverture, l'analyse paradigmatique permettra d'obtenir la valeur sémantique originelle du segment de phrase et de l'interchanger avec celui qui est apparent. Néanmoins, cette reconstruction paradigmatique induit nécessairement un rétablissement de l'axe syntagmatique dans sa justesse grammaticale. Consistant en un remplacement de la structure grammaticale au regard du choix des mots sélectionnés au terme de l'analyse paradigmatique, la reconstruction de l'axe syntagmatique, comme la modification des chiffres du cadenas donne un nouveau code, donnera un nouvel énoncé reflétant, au moins en partie, l'intention de l'énonciation. L'utilisation combinée de ces deux opérations de transposition offrira ainsi une reconstruction globale de l'énoncé. Mais il va sans dire que toucher à l'un ou l'autre a des répercussions sur le second, les deux axes, paradigmatique et syntagmatique, étant interdépendants.

**62.** Par ailleurs, il faudra prendre en compte dans cette démarche les différents opérateurs de repérage, qu'ils soient situationnels, temporels ou bien conceptuels<sup>108</sup> tels que les pronoms relatifs, les déterminants ou bien les adverbes. Ils représentent ainsi parfois les indices d'une énonciation préconstruite, implicite et souvent sous-entendue. Ils ont alors pour fonction de replacer l'énonciation dans contexte en raison de l'absence de valeur sémantique propre en ce qu'ils n'ont aucun référent sensible. Ils n'ont alors de

---

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 85-86.

<sup>108</sup> Antoine Culioli parlera plutôt de « domaine », ou encore de « notion » lorsqu'il s'agit de la référence conceptuelle (cf. CULIOLI A., *Pour une linguistique de l'énonciation, opérations et représentations*, I, Ophrys, 1990, pp. 47-81).

valeur sémantique que de par leur fonction dans l'énonciation<sup>109</sup>, laquelle déterminera leur sens.

63. Mais cette analyse morphosyntaxique suppose une approche à la fois différente mais nécessaire à son exercice. Si le travail sur l'axe paradigmatique invite à s'interroger sur la valeur sémantique du segment de phrase examiné, il apparaît indispensable d'adopter une approche sémantique du langage constitutionnel dont la révélation d'une spécificité performativité semble dépendre.

## *2. Une approche sémantique*

64. Le rejet de la thèse représentationnaliste n'empêche pas de tenir compte du rapport entre l'énoncé et ce qu'il représente. Adopter une approche sémantique permettra, entre autres, de faire valoir certaines données constitutionnelles inhérentes au sens des mots employés.

65. La sémantique a trait au lien entre les mots et les choses qu'ils représentent<sup>110</sup> et s'attache traditionnellement aux conditions de vérité des énoncés par la confrontation avec la réalité qu'ils tendent à montrer. Mais si l'acte illocutoire ne dépend pas nécessairement de sa correspondance sémantique avec le locutoire, il se peut, et c'est fréquemment le cas, que ce dernier contienne des indices à son propos. Aussi, l'analyse sémantique portera principalement sur le locutoire, notamment sur les deux actes *phatique* et *rhétique*, déterminant la signification et le sens de l'énoncé, ou des mots qui le composent.

66. Toutefois, il est de ces choses qui n'ont de réalité qu'intelligible et non sensible. Aussi, l'approche sémantique sert de prisme à la saisie des concepts ou des notions issues de l'intelligence humaine, qui ne peuvent être connus qu'à travers les mots mêmes utilisés pour les désigner. C'est ainsi que les entités fictives exposées par Jérémy Bentham sont appréhendées et reçues par l'auditeur. Cette approche offre également un angle de vue intéressant sur le supplément de valeur qu'apportent les ligateurs de phrases tels que « et »,

---

<sup>109</sup> Cf. BOURQUIN G., « De l'indéfini au défini : un aspect de l'organisation du sens grammatical », in *L'organisation du sens*, C.I.E.R.E.C., Travaux 68, Université Jean Monnet, de Saint-Etienne, 1990, pp. 105-123.

<sup>110</sup> Cf. RECANATI F., *Les énoncés performatifs : contribution à la pragmatique*, op. cit., p. 12.

« notamment », ou bien des opérateurs déictiques<sup>111</sup>. Dépourvus de référent sensible, leur valeur sémantique peut de cette manière être dégagée de leur fonction de mise en relation avec un contexte<sup>112</sup>, lequel est le plus souvent textuel. Il s'agira ici de ce que François Récanati nomme le *sens pragmatique* des mots qu'il opposera à leur *sens descriptif*<sup>113</sup> tiré de la sémantique *vériconditionnelle*<sup>114</sup>.

67. Enfin, l'approche sémantique « fonctionnelle » fera un outil efficace pour analyser certains verbes à la complexité manifeste tels que *pouvoir* et *devoir*. Habituellement entendus comme des foncteurs déontiques posant une *obligation* ou bien une *permission* par la doctrine juridique, l'angle de vue linguistique sémantico-pragmatique leur admet une autre fonction, non plus normative mais modale<sup>115</sup>. Ainsi, le sens peut varier selon la fonction conférée aux mots et semble permettre d'élargir encore le champ lexical des termes, et donc des énoncés constitutionnels. Une telle conclusion oblige à compléter l'étude de la performativité constitutionnelle avec une approche pragmatique du langage constituant.

### 3. Une approche pragmatique

68. L'étude de la performativité ne peut se passer d'une analyse pragmatique. En tant qu'acte de langage, l'énoncé, ou bien l'énonciation performative impose une relation entretenue avec un fait, le leur précisement. L'analyse pragmatique apparaît donc comme un passage obligé.

---

<sup>111</sup> L'adjectif « déictique », dérivé de la « deixis » généralement employé par la doctrine linguistique se dit, d'après le dictionnaire Larousse de tout élément linguistique dont la fonction consiste à articuler l'énoncé sur la situation particulière dans laquelle il est produit ou à l'inscrire dans un discours. En d'autres termes, l'opérateur déictique vient montrer la chose ou l'état de chose, dont on parle, un peu à la manière d'un panneau. Ainsi, ils font valoir une attitude énonciative portant sur *la* chose. Ils servent alors à la désigner précisément en la replaçant dans une contexte spécifique ou dans une situation donnée.

<sup>112</sup> Cf. BOURQUIN G., « De l'indéfini au défini : un aspect de l'organisation du sens grammatical », *op. cit.*, p. 106.

<sup>113</sup> Cf. RECANATI F., *Les énoncés performatifs : contribution à la pragmatique*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>114</sup> *Ibid.*

<sup>115</sup> Cf. AMSELEK P., « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », in *La théorie des actes de langage, éthique et droit*, AMSELEK P. (dir.), Paris, P.U.F., 1986, p. 142.

69. Charles Morris définissait la pragmatique comme portant sur la relation des signes à leurs utilisateurs<sup>116</sup>. Elle s'intéresse alors à « l'axe locuteur-auditeur », à « l'échange de parole » en tant qu'« activité intersubjective » ou pratique sociale », en d'autres termes, « ce qu'on fait avec des mots »<sup>117</sup>. La pragmatique porte donc sur le *fait de l'énonciation*, indépendamment de sa relation représentative du réel<sup>118</sup>, puisque, en définitive, l'énonciation institue sa propre réalité à la manière des énoncés « indexicaux » de Bar-Hillel<sup>119</sup>, desquels on ne peut « dissocier la relation sémantique du signe à l'objet et la relation pragmatique du signe à ses utilisateurs »<sup>120</sup>.
70. Elle impose alors de prendre en compte l'intention insufflée à l'énonciation, laquelle intention s'avère centrale dans l'examen de la performativité en ce qu'elle représente véritablement, depuis Austin lui-même, un des éléments constitutifs de l'acte de langage<sup>121</sup>. Certains, à l'instar de Strawson qui dédiera une analyse spécifique<sup>122</sup>, ou bien Paul Amselek, considéreront même cette donnée intentionnelle comme « transcendant » l'acte de langage, le « colorant » d'une finalité spécifique<sup>123</sup>.
71. L'approche pragmatique impliquera ainsi une étude comportementaliste de l'énonciation, voire même instrumentale<sup>124</sup>. Ce n'est pas le langage lui-même qui est observé mais bien « l'usage qui en est fait »<sup>125</sup>. C'est donc une analyse des usages qu'offre la pragmatique, invitant à replacer cet usage dans le contexte particulier de l'énonciation.

#### *4. Une approche contextuelle*

72. L'étude du contexte est éminemment linguistique et touche à un élément proprement technique de l'analyse textuelle. Il offre, entre autre chose, une vision

---

<sup>116</sup> Voir en ce sens MORRIS Ch. W., *Foundations of the Theory of Signs*, Chicago, Chicago University Press, 1938.

<sup>117</sup> Cf. RECANATI F., *Les énoncés performatifs : contribution à la pragmatique*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>119</sup> Cf. BAR-HILLEL Y., « Indexical Expressions », in *Mind*, n° 63, 1954, pp. 359-379.

<sup>120</sup> Cf. RECANATI F., *Les énoncés performatifs : contribution à la pragmatique*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>121</sup> Cf. AUSTIN J. L., *Quand dire, c'est faire*, *op. cit.*, pp. 49-50.

<sup>122</sup> Cf. STRAWSON P. F., « Intention and Convention in Speech Acts », in *Logico-Linguistic Papers*, Londres, Methuen, 1971, pp. 149-169.

<sup>123</sup> Cf. AMSELEK P., « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », *op. cit.*, p. 133.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 134.

<sup>125</sup> Cf. RECANATI F., *Les énoncés performatifs : contribution à la pragmatique*, *op. cit.*, p. 15.

complète de l'énonciation et donc de l'acte de langage qui ne peut se comprendre que dans sa situation.

73. La notion de contexte revêt deux réalités distinctes. Elle désigne traditionnellement la situation dans laquelle l'énonciation est prononcée. Certains linguistes évoqueront à son propos les notions de temps et de lieu<sup>126</sup>, d'autres considèreront des circonstances générales de la communication<sup>127</sup> qui correspondent principalement au contexte socioculturel et aux attitudes envers un co-énonciateur, un sujet, ou le but de la communication<sup>128</sup>. Mais le contexte peut aussi représenter l'ensemble des éléments du texte, explicites ou implicites, qui accompagnent l'énoncé et qui participent à la détermination du sens<sup>129</sup>. Un processus de référence, à la fois textuel et situationnel qui permet la reconstruction du fait de langue dans une énonciation ancrée dans une relation tant discursive qu'environnementale<sup>130</sup>.

74. L'étude de la performativité constitutionnelle devra prendre en compte cette donnée, en particulier parce qu'elle contribue à l'identification d'un acte de langage alors que l'énonciation affiche une tournure constative. Suivant le contexte de l'énonciation « il y a un taureau dans le champ »<sup>131</sup>, il est alors possible d'y assigner une fonction descriptive ou performative. De manière plus générale, si la performativité n'est pas explicite, reconnaître une propriété performative à l'énoncé requiert une interprétation au regard des

---

<sup>126</sup> Cf. BIRDSWHISTELL R., « Some body motion elements accompanying American English » in *Communication concepts and Perspectives*, Washington D.C., Spartan Books, 1967, « L'analyse kinésique », *Language* n° 10, 1968.

<sup>127</sup> Cf. JOLY A. & O'KELLY D., *L'analyse linguistique des textes anglais*, Paris, Nathan, 1988, p. 23.

<sup>128</sup> Cf. LARROQUE P., « Le rôle du contexte en anglais non-standard », in GIRARD-GILLET G. (dir.), *Aux marges du texte. Texte et co-texte*, C.I.E.R.E.C., Travaux 128, Université Jean-Monnet, Saint-Etienne, 2006, p. 149.

<sup>129</sup> Certains parleront même de « co-texte » afin de désigner cet aspect contextuel situationnel exclusivement verbal (voir en ce sens PAULIN C., « Etude sémantico-syntaxique d'unité polylexémiques dont le noyau est go : la construction du sens par le co-texte », in GIRARD-GILLET G. (dir.), *Aux marges du texte. Texte et co-texte*, op. cit., pp. 15-32). On retrouve cette exigence dans les propos de Jean-Yves Chérot et de Hart, notamment au regard de l'impossibilité de saisir le sens ou la signification d'un mot s'il n'est pas compris comme inséré dans une énonciation, autrement dans son usage (voir en ce sens CHEROT J.-Y., « L'analyse des concepts en droit : sur quatre thèses de Hart et quelques questions », *Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif*, n° 38, P.U.A.M., 2013, p. 2275).

<sup>130</sup> En déterminant que « la référence fait partie intégrante de l'énonciation », Benveniste dira que ces conditions d'énonciation « vont régir tout le mécanisme de la référence dans le procès d'énonciation, en créant une situation singulière » (cf. BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale*, 2, op. cit., p. 82).

<sup>131</sup> Cet exemple est emprunté à John L. Austin (cf. AUSTIN J. L., *Quand dire, c'est faire*, op. cit., p. 86).

« circonstances particulières » de l'énonciation<sup>132</sup>. La diversité des énonciations possibles pour produire une même réalité verbale impose donc une analyse axée sur une recontextualisation du procès d'énonciation.

75. La mise en œuvre d'une méthode analytique est donc un instrument indispensable lorsqu'il s'agit d'appréhender le langage, qu'il soit ordinaire ou juridique. Mais le langage juridique fait montre de la même diversité que le langage ordinaire, en particulier parce qu'il requiert une réception par les individus. Le langage constitutionnel n'échappe pas à cette règle. Il est un droit complexe, mêlant politique, sociologie, et droit (pour ne citer que cela). Ainsi, l'analyse de la performativité du langage constitutionnel repose indubitablement sur un champ d'étude lui aussi complexe.

### III – UN CHAMP D'ETUDE COMPLEXE

76. Entreprendre une analyse du langage constitutionnel implique un champ d'étude assez vaste et diversifié. Si cette complexité s'en ressent s'agissant du langage ordinaire, il semble difficile qu'il en soit autrement pour le langage du droit, et *a fortiori* pour le langage constitutionnel. Toutefois, l'apport du structuralisme saussurien, invitant à observer la langue comme un système, suppose que toute étude du langage se fasse en considération des relations entre les opérateurs linguistiques qui seraient spécifiques à ce système. Dès lors, il faut définitivement circonscrire le champ de la présente étude au droit constitutionnel français (a). Mais encore, la nature hybride du droit constitutionnel étant avérée, le corpus sur lequel se fonde l'analyse de la performativité constitutionnelle ne peut se contenter de sa seule dimension normative et doit inévitablement contenir des éléments discursifs de nature politique (b). Enfin, le travail sur l'énonciation constitutionnelle, source de l'acte de langage, ne peut se faire qu'au regard d'une étude de son contexte, lequel, à l'instar du langage ordinaire, n'est pas sans montrer une certaine hétérogénéité (c).

---

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 63. Certains diront même que les performatifs « ne sont tels que dans des circonstances précises » (cf. FUCHS C. & LE GOFFIC P., *Initiation aux problèmes des linguistiques contemporaines*, Paris, Hachette, 1985, p. 121).



### **a) La circonscription au droit constitutionnel français**

77. L'étude ayant trait au langage constitutionnel, elle ne peut s'appliquer qu'au droit français. Les raisons de ce choix tiennent principalement dans ce que la langue est un système de représentations et d'agencement de la pensée. Aussi, pour reprendre les mots de Benveniste, « les distinction que chaque langue manifeste doivent être rapportées à la logique particulière qui les soutient et non soumise d'emblée à une évaluation universelle »<sup>133</sup>. De même que toute conception mentale est dépendante du langage, celui-ci est structuré différemment selon la langue employée<sup>134</sup>. Dès lors, si certains aspects de la performativité du langage s'avèrent universellement partagés par l'ensemble des systèmes de langue, en ce qu'ils seraient inhérents à la communication, ceux portant sur la nature de l'acte de langage en lui-même et ses implications divergent d'une langue à l'autre relativement à son système car « chaque langue est spécifique et configure le monde à sa manière propre »<sup>135</sup>. Un tel postulat n'empêchera toutefois pas de faire quelques incursions dans les droits étrangers, qu'ils soient francophones ou non, notamment dans l'objectif d'une comparaison négative ou pour faire valoir un caractère universel à l'acte de langage constitutionnel.

78. Par ailleurs, si l'on donnait il y a peu une connotation constitutionnelle au droit de l'Union européenne, en particulier au droit primaire<sup>136</sup>, il apparaît difficile d'inclure une réflexion sur cette question. Ce choix se justifie de deux manières.

79. D'une part, le droit de l'Union européenne fait montre d'une complexité et d'une instabilité inhérentes à ses origines économiques. A cet égard, il revêt principalement les

---

<sup>133</sup> Cf. BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale*, I, op. cit., p. 82.

<sup>134</sup> Cette spécificité de la langue s'illustre aisément en comparant le français et l'anglais. Alors qu'il pleut « des cordes » et qu'il « tombe des halberdes » en France, il pleut « des chats et des chiens » (*it's raining cats and dogs*) en Grande-Bretagne. De même, la manière de signifier la réception d'une information par un inconnu change littéralement de sens. Aussi, si en France « on m'a dit que... », en Grande-Bretagne « I have been told » (*j'ai été informé*). Enfin, et plus proche du monde juridique, les mots prononcés lors d'un mariage et signifiant le consentement par les deux parties présentent eux aussi une différence notable, par leur rapport direct à l'acte qu'elles accomplissent. Si les mariés francophones s'acquitteront d'un simple « oui », éloigné sémantiquement de l'acte de langage effectué, les mariés anglophones exprimeront un « I do » littéralement « je fais », même si « do » n'est ici que la réitération de l'auxiliaire employé dans la forme interrogative de l'officier de cérémonie). Le rapport sémantique à la réalité diffère donc d'un système de langue à un autre, malgré leur proximité.

<sup>135</sup> Cf. BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale*, I, op. cit., p. 82.

<sup>136</sup> Voir en ce sens l'étude commandée par la Direction Générale des Etudes du parlement européen et qui s'intitule « Quelle Charte constitutionnelle pour l'Union européenne ? – Stratégie et options pour renforcer le caractère constitutionnel des Traités ».

atours d'une organisation internationale, intégrant des Etats plus ou moins souverains, mais sans toutefois les englober dans une *fédération* à proprement parler, qu'elle soit comprise *stricto sensu* ou bien dans une représentation confédérale.

80. D'autre part, le droit de l'Union européenne s'inscrit dans un cadre international, soumis, certes à sa manière, aux règles du droit international qui permet le retrait d'un Etat, sans qu'il puisse être assimilé à une sécession. En atteste le « Brexit », la sortie du Royaume-Uni de l'Union, qui s'est opéré sans heurt autre qu'un émoi politique, et dans une certaine mesure social. De plus, malgré la tentative de doter l'Europe d'une Constitution<sup>137</sup>, ils n'ont abouti qu'à la chimère d'un contrat international se donnant les allures d'une œuvre constituante. Dès lors, l'essence conventionnelle du droit primaire de l'Union ne peut jaillir une essence constitutionnelle, les deux étant naturellement distinctes. Il est aisé de voir que le champ d'étude du droit constitutionnel est ici tout autant juridique que politique et que l'analyse du langage constitutionnel doit nécessairement porter sur un corpus réunissant ces deux qualités.

### **b) Un corpus juridico-politique**

81. La nature hybride du droit constitutionnel, oscillant entre acte politique et acte juridique, implique un matériau composite. Aussi, le champ de l'étude de la performativité du langage constitutionnel sera basé sur un corpus double, alliant nature juridique et nature politique, et tenant au discours constitutionnel textuel (1) accompagné de son interprétation jurisprudentielle (2) et politique (3).

#### *1. Le discours constitutionnel textuel*

82. L'étude de la performativité constitutionnel s'appuie nécessairement sur l'œuvre constituante contemporaine, autrement dit, la Constitution du 4 octobre 1958. Toutefois, l'expression « Constitution de 1958 » recouvre plusieurs réalités. Il y a bien évidemment l'ouvrage d'origine, celui établi le 4 octobre 1958 sous l'autorité du Général de Gaulle et

---

<sup>137</sup> Voir le Traité établissant une Constitution pour l'Europe signé à Rome le 29 octobre 2004, et dont la ratification a été avortée par les refus français et néerlandais.

instaurant la V<sup>ème</sup> République. Mais elle correspond aussi à la version actuelle de la Constitution, consolidée de ses révisions. Il ne sera cependant pas entrepris d'analyse spécifique des révisions en tant que telles, et donc des lois de révisions. Dans la mesure où elles sont intégrées au texte principal, à tel point qu'il n'est plus possible de les appréhender séparément du texte originel, il ne paraît pas justifié de les considérer pour elles-mêmes. Il faudra donc examiner la Constitution de 1958 dans sa version actualisée de manière homogène, et parfois même, lorsque le texte l'évoque, joint des lois organiques précisant les détails techniques de la disposition constitutionnelle.

**83.** Elaborer une théorisation de l'acte de langage constituant implique aussi d'entendre le discours constitutionnel textuel de la manière la plus large possible. Il faut alors étendre l'analyse à l'ensemble des Constitutions apparues depuis la Révolution de 1789, qu'elles soient républicaines, impériales, autocratiques (régime de Vichy), ou encore à certaines lois constitutionnelles eseuées telles que la loi du 10 juillet 1940 ou bien celle du 3 juin 1958. D'autre part, les Chartes monarchiques seront comprises comme des Constitutions, Quand bien même le concept de « charte » renverrait à un accord entre le monarque et ses sujets à travers lequel il leur concède des droits et consent à une limitation de sa souveraineté (une essence conventionnelle en somme), ce choix terminologique semble sans incidence sur la nature du texte qui s'apparente à une Constitution analogue aux autres.

**84.** Cette ambition suppose également de s'intéresser aux droits fondamentaux, en particulier devant cette exigence morale que s'imposaient les constituants révolutionnaires d'accompagner chacune de leurs Constitutions d'une déclaration des droits de l'Homme. Mais l'étude des droits fondamentaux est tout autant dictée par leur prééminence actuelle tant dans le discours politique que dans celui du juge de la constitutionnalité des lois<sup>138</sup>.

## *2. Le discours constitutionnel jurisprudentiel*

**85.** Il apparaît impossible d'étudier un texte sans porter le regard sur son interprète authentique car selon la doctrine réaliste troperienne, c'est de lui, et de lui seul, que

---

<sup>138</sup> Marcel Gauchet dira qu'ils sont devenus « la norme organisatrice de la conscience collective et l'étalon de l'action publique » (cf. GAUCHET M., « Quand les droits de l'homme deviennent une politique » Revue Le débat, n° 110, mai-août 2000, in *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002, p. 330).

procèdent la norme et le sens de la Constitution<sup>139</sup>. Dans le cadre de la V<sup>ème</sup> République, le discours constitutionnel jurisprudentiel est bien évidemment celui du Conseil constitutionnel. L'étude jurisprudentielle du discours constitutionnel sera centrée sur cette institution, même si les juridictions ordinaires ont pu développer une sorte de jurisprudence constitutionnelle interprétative. Il faudra néanmoins la mettre à l'écart et se limiter au travail du Conseil constitutionnel. En effet, cette question a pu être largement traitée par le passé<sup>140</sup>. Mais surtout, traiter de la performativité du langage constitutionnel suppose de se concentrer sur son interprète authentique en ce qu'il est le seul habilité à « dire la Constitution ». Si les juridictions ordinaires ont su élaborer une jurisprudence constitutionnelle, elle n'est qu'incidente au regard de celle du Conseil constitutionnel, d'autant qu'ils se sont régulièrement dédouanés d'effectuer explicitement un contrôle de la constitutionnalité de la loi.

**86.** Mais si elle sera exclusivement focalisée sur la jurisprudence des neuf Sages, l'étude ne portera pas sur l'intégralité de celle-ci. La raison en est qu'il ne s'agit pas ici d'offrir une analyse contentieuse de l'état du droit constitutionnel mais au contraire d'employer la jurisprudence dans une logique illustrative et complémentaire des conclusions qui seront présentées concernant le texte constitutionnel. De cette manière, le produit de l'office *a priori* apparaît tout indiqué. Aussi faudra-t-il observer les grandes décisions du Conseil constitutionnel, celles qui ont apporté une évolution importante par une interprétation audacieuse. Il pourra ainsi être procédé à l'examen de certains considérants phares, tirés de décisions telles que la décision *Liberté d'association*<sup>141</sup> ou la décision *Prix et revenus*<sup>142</sup> qui ont non seulement fait évoluer le texte constitutionnel, mais aussi la manière de considérer la Haute instance.

**87.** Il ne faudra cependant pas laisser de côté sa jurisprudence *a posteriori* en ce qu'elle met en œuvre les droits fondamentaux et implique une interprétation particulière de ceux-ci. De plus, l'emprunt de techniques purement juridictionnelles fait de la jurisprudence du

---

<sup>139</sup> Comme le rappelle Michel Troper dans une contribution aux Cahiers du Conseil constitutionnel, « il n'y a de droit que produit par le juge » (cf. TROPER M., « Le réalisme et le juge constitutionnel », in *Le réalisme en droit constitutionnel, Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, juin 2007, p. 126).

<sup>140</sup> Voir en ce sens BONNET J., *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2009.

<sup>141</sup> CC, n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association*, Rec., p. 29, JO, 18 juillet 1971, p. 7114.

<sup>142</sup> CC, n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, *Loi sur les prix et les revenus*, Rec., p. 57, JO, 31 juillet 1982, p. 2470.

Conseil issue de la question prioritaire de constitutionnalité un instrument intéressant d'analyse de la performativité du langage constituant. Là encore, malgré l'importance des juridictions ordinaires et leur rôle de filtre dans le processus d'examen de la loi décriée, il faut exclure du champ de cette étude leurs décisions à la fois de rejet et de transmission des questions au Conseil constitutionnel. Elles semblent en effet n'avoir qu'un impact incident sur l'état du droit constitutionnel en comparaison des décisions émanant directement de la rue de Montpensier.

**88.** Toutefois, limiter le champ de l'étude au droit constitutionnel dans sa dimension purement juridique ne peut être satisfaisant. Il est avant tout l'expression d'une décision politique, de la décision politique suprême. Le discours des acteurs politiques est alors une mine d'informations, tant au niveau de l'interprétation qu'ils peuvent ou ont pu faire de la Constitution que des conséquences du discours politique constitutionnel sur la réalité du fonctionnement institutionnel. Il mérite ainsi d'être intégré dans le champ de cette étude.

### *3. Le discours politique constitutionnel*

**89.** L'étude de la performativité constitutionnelle ne peut faire l'économie du discours politique portant sur la Constitution, qu'il en offre une interprétation particulière ou bien qu'il traite de la validité de l'état du droit constitutionnel qui lui est contemporain. Si ce champ d'investigations s'avèrera plutôt restreint, il est néanmoins important. Aussi comprendra-t-il différents discours du Général de Gaulle tant sur l'avenir de l'ordre juridique de la III<sup>ème</sup> République après la chute du régime de Vichy<sup>143</sup> que sur la conception des rapports institutionnels au niveau de l'Etat<sup>144</sup>. Mais le pan politique du champ de la présente étude intégrera aussi des discours prononcés par des parlementaires tels que celui, désormais célèbre, de Paul Reynaud<sup>145</sup> ou bien d'autres issus des travaux de l'Assemblée nationale portant sur le Conseil constitutionnel ou les rapports avec le Président de la République. Enfin, le champ politique du discours constitutionnel devra aussi s'étendre à certains discours institutionnels comme celui prononcé par Pierre

---

<sup>143</sup> Cf. De GAULLE C., « Discours radiodiffusé du 12 juillet 1945 », in *Discours et messages*, Tome 1 (« Pendant la guerre »), Plon, Paris, 1970, p. 511.

<sup>144</sup> Voir le discours du Général de Gaulle prononcé à Bayeux le 16 juin 1946.

<sup>145</sup> Voir le discours du député Paul Reynaud lors de la 1<sup>ère</sup> séance du jeudi 4 octobre 1962 devant l'Assemblée nationale – Journal Officiel vendredi 5 octobre 1962.

Mazeaud, alors Président du Conseil constitutionnel, et traitant de la politique de l'institution quant à certaines questions de droit<sup>146</sup>. Il ne s'agit bien-sûr là que d'un échantillon dont l'utilité restera véritablement explicative ou illustrative, mais l'analyse de certains segments de phrases fourniront des éléments de comparaison avec la réalité ou son évolution, notamment en ce qui concerne la pratique des institutions, et déterminera en partie le produit de l'acte de langage constitutionnel.

90. Néanmoins, apprécier un tel corpus pour lui-même conduirait à développer des conclusions qui n'en seraient que trop altérées. Si l'étude de la performativité constitutionnelle est une étude de l'énonciation, elle requiert d'être replacée dans son contexte, lequel livrera les indices essentiels quant à la détermination de la forme performative spécifique de la parole du constituant. Aussi, si les occurrences sont diverses, il apparaît que le contexte de l'énonciation constituante se caractérise par une hétérogénéité évidente.

### **c) Un contexte d'énonciation hétérogène**

91. Le champ contextuel de l'étude de la performativité constitutionnelle est caractérisé par une certaine hétérogénéité. Les velléités politiques et sociales qui entourent l'acte constituant invitent à considérer trois contextes spécifiques à la production d'un acte de langage constitutionnel : la crise politique (1), la crise institutionnelle (2) et la révision constitutionnelle (3).

#### *1. La crise politique*

92. L'acte de langage constituant s'inscrit inévitablement dans un contexte de crise politique ou institutionnelle et requiert une analyse des conditions d'apparition du pouvoir constituant. Mais encore faut-il définir ce qu'on entend par là.

---

<sup>146</sup> Voir les vœux du président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au Président de la République, le 3 janvier 2005.

93. Tout d'abord, la notion de *crise* renvoie à un ensemble de phénomènes se manifestant de façon brusque et intense, mais qui prennent place dans un laps de temps limité et laissent présager d'un changement généralement radical. Elle correspond aussi à une situation de trouble, tenant son origine de la rupture d'un équilibre quelconque. Ensuite, l'aspect politique recouvre ici une dimension tenant à la *polis*, en d'autres termes, à la configuration sociale relativement à ses rapports avec l'organisation étatique et à la relation entre gouvernants et gouvernés. De ce fait, elle provoque une certaine rupture à la fois sociale et politique.

94. Le champ contextuel de la présente étude s'étendra donc dans une logique essentiellement révolutionnaire qui, à la lecture de l'histoire française, constitue le terreau privilégié de l'acte constituant. Aussi pourra-t-on observer une variation des contextes de crise politique se rapportant aux Révolutions de 1789, de 1830 ou bien de 1848. Mais la notion recouvrera tout autant le trouble continu s'étalant de 1789 à 1799, que les coups d'Etat napoléoniens. Enfin la notion de *crise politique* pourra inclure l'instabilité due à une défaite militaire comme ce fut le cas en 1814, en 1870 ou encore en 1940. Engendrant diverses conséquences allant de l'opportunisme politique, souvent monarchique, à des soulèvements sociaux comme celui de la Commune, le cas de la défaite militaire est assurément à ranger dans la *crise politique* en raison de son impact avéré sur l'avenir des institutions en vigueur et de sa propension naturelle à provoquer l'invocation du pouvoir constituant. Il n'est toutefois pas rare qu'un tel contexte se combine avec une *crise institutionnelle*.

## 2. La crise institutionnelle

95. Malgré ses caractéristiques éminemment politiques, la *crise institutionnelle* se distingue de la *crise politique*. La notion de *crise institutionnelle* se traduit, à l'instar de la *crise politique*, par un conflit essentiellement interne, relatif aux institutions étatiques. Elle procède généralement de leur incapacité à gérer un problème particulier (qu'elle soit inhérente au système ou qu'il soit générée par une pratique tendancieuse) et se conclut habituellement par un acte constituant formel ou informel. On retrouve naturellement sous cette classification le conflit institutionnel ayant eu cours sous la III<sup>ème</sup> République entre le Président Mac Mahon et le Parlement. Le blocage qui en résulta obligea le Maréchal à

démissionner et l'Assemblée nationale à élire Jules Grévy. Ce dernier prononcera un discours interprétatif de la Constitution, modifiant celle-ci de manière informelle. Mais contrairement à la *crise politique*, la *crise institutionnelle* s'inscrit souvent dans une continuité constitutionnelle malgré son aspect conflictuel et conduit le plus souvent à une révision constitutionnelle.

### *3. La révision constitutionnelle*

96. Le champ de la présente étude doit inclure la révision constitutionnelle. Point d'idée de rupture ici non plus, la révision est assurément dans la continuité de l'ordre constitutionnel existant. Elle se distingue toutefois de la *crise institutionnelle* en ce qu'elle ne procède pas d'un quelconque conflit autre qu'un conflit de normes. Elle vise plutôt une amélioration, un correctif dont la cause n'est définitivement pas un dysfonctionnement mais obéit à une logique politique particulière comme le perfectionnement de la démocratie ou l'effectivité des droits de l'Homme, voire satisfait les ambitions impérialistes d'un chef d'Etat.

97. La complexité du champ de l'étude est ainsi inhérente à la diversité du langage qui constitue son objet. Il n'est de toute évidence qu'une méthode analytique pour traiter un tel aspect du droit constitutionnel, et en particulier sa propriété performative. Aussi, après en avoir défini l'objet de l'étude, exposé la méthode optimale, et posé le champ sur lequel portera l'examen du langage constitutionnel, convient-il de déterminer la problématique de l'étude de la performativité du langage constitutionnel.

## **IV – PROBLEMATIQUE**

98. Depuis Austin et ses travaux sur les énoncés performatifs, il est d'acception commune que le langage ne sert plus seulement à décrire la réalité sensible, il permet d'agir directement sur la réalité. L'interrogation principale de cette étude porte ainsi sur la capacité du langage constitutionnel à faire de même, à agir sur la réalité du droit et de l'Etat. Mais quel est donc ce droit qui « constitue », comment agit-il et quel est le produit



de son action ? L'hypothèse de départ serait alors d'envisager la Constitution comme un discours agissant. Mais de quelle manière, suivant quelles règles linguistiques, s'il en existe, qu'elles soient discursives ou énonciatives ? De même, le discours du juge constitutionnel peut-il être regardé sous un angle de vue similaire afin d'en dégager une participation effective à la réalité constitutionnelle ? Et si oui, obéit-il à des règles linguistiques et de forme discursive semblables ? Les tenants de la théorie des actes de langage ont d'ailleurs établi certaines règles grammaticales et syntaxiques démontrant la présence d'une « performance », d'une action au moyen du langage. Il s'agira ici de comparer les règles grammaticales et syntaxiques des énoncés constitutionnels avec les canons linguistiques proposés par Austin dans sa distinction entre les énoncés constatifs et les énoncés performatifs.

**99.** Or, les énoncés constitutionnels textuels semblent revêtir une forme constative, descriptive, ce qui aurait son importance à la lecture des travaux de Judith Butler. Ainsi, le discours constatif pourrait être envisagé comme créateur d'une réalité inexistante, au moyen de la constatation de celle-ci. En effet, constater un état de chose qui n'existe pas, n'est-ce pas le créer de toute pièce ? Ces considérations pourraient être transposées aux textes constitutionnels en ce qu'ils instituent l'Etat et ses organes, un état de chose qu'ils ne peuvent logiquement observer du fait que ce dernier en serait le produit. Est-il alors justifié de qualifier le discours constitutionnel de vecteur d'une réalité artificielle créée au moyen du langage et des mots qui le constituent ? Par ailleurs, ces observations sont-elles applicables au discours du juge constitutionnel en sa qualité d'interprète authentique ?

**100.** La question du juge et de son interprétation invite ainsi à l'examen d'un dernier élément déterminant pour qualifier un énoncé de performatif : sa capacité à échouer. Cet argument utilisé par Austin permet de distinguer un énoncé *constatif*, qui peut être vrai ou faux, d'un autre *performatif* qui ne le serait pas. Cependant, comment un énoncé créant une réalité pourrait-il manquer sa cible ? Considérant que les mots d'un système linguistique sont chargés d'une représentation de la réalité sensible, lorsqu'ils créent une réalité artificielle, ils n'auraient pour matériau que leur charge représentationnelle. Aussi, leur création dépendrait de sa compréhension par l'interprète<sup>147</sup>. La création par le langage semblerait alors pouvoir échouer par le biais de l'interprétation. Est-ce possible de

---

<sup>147</sup> Si le mot « arbre » est utilisé pour créer artificiellement un arbre, et que l'interprète le comprend comme une « forêt », l'action de création a échoué.

transposer cela au domaine juridique, et en particulier constitutionnel au regard de l'interprétation par le Conseil constitutionnel de l'état de chose créé par la Constitution ?

**101.** Toutefois, l'office du juge porte essentiellement sur les droits fondamentaux. Ce constat oblige à engager la réflexion sur le statut des préambules constitutionnels, souvent employés à exposer l'*utopie* du constituant<sup>148</sup>, une « chimère », un idéal « séduisant mais irréalisable ». Il représente néanmoins un devenir « qui puisse valoir comme horizon » sous les mots de Jean-Yves Lacroix<sup>149</sup>. Une irréalité qui semble donc inhérente à l'énonciation des droits fondamentaux mais qui n'attend que sa réalisation. Est-elle uniquement due à l'activité juridictionnelle ? Ils n'en sont pas moins regardés depuis les débuts du constitutionnalisme comme un indispensable complément de tout acte constituant. Est-il alors possible de leur concéder une performativité de même nature que celle du corps de la Constitution dont le fondement reste à déterminer ? Ou bien doit-on convenir d'une différenciation tenant à une absence de performance procédant de leur caractère utopique ?

**102.** Au-delà, l'étude de la performativité du langage constitutionnel tend à démontrer une spécificité propre au dire constituant qu'il semble nécessaire de distinguer du langage du législateur. La norme générale et impersonnelle par excellence que représente la loi est-elle en définitive issue d'un langage analogue à celui du constituant de sorte qu'il ne faille, à l'instar du normativisme, se reposer que sur la seule procédure pour les différencier ? Aussi, si le doyen Carbonnier qualifiait volontiers le Code civil de « véritable Constitution de la France », peut-on voir dans le langage de la loi une « constitution » de l'état social ? Ici apparaît la question des discours des lois constitutionnelles présentant un caractère hybride. Est-il possible d'observer une similitude entre ces lois particulières et la Constitution, au point qu'elles seraient assimilables à celles-ci ? Ou bien est-ce l'illustration d'une sorte de banalisation, d'un abaissement de la Constitution au rang législatif ? Cette dernière éventualité induirait alors un double discours constitutionnel : celui du constituant originaire et celui du constituant dérivé. Mais cette division est-elle toujours justifiée ? D'autant que certains, à l'instar de Georges Vedel, affichent un avis quelque peu tranché en faveur d'une identité de nature entre le pouvoir constituant et le

---

<sup>148</sup> Cf. HUMMEL J., « Les préambules de la Constitution : une forme du « genre littéraire utopique » ? », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, 2011, n° 31, pp. 203-221.

<sup>149</sup> Cf. LACROIX J.-Y., *L'utopie. Philosophie de la Nouvelle Terre*, Paris, Bordas, 1994, p. 17.

pouvoir de révision<sup>150</sup>. L'étude de la performativité constitutionnelle remettra cet ouvrage sur le métier et tentera d'infirmer ou de confirmer cette position.

**103.** Par conséquent, l'étude de la performativité du langage constitutionnel tentera de répondre à la question de savoir si le constituant « constitue » réellement quelque chose ou s'il ne fait que témoigner d'une réalité préexistante et énoncer un idéal social et politique. Une telle réflexion conduira à porter l'examen sur ce « quelque chose » qui, s'il dépend d'un langage particulier, devrait afficher des propriétés singulières qui resteront à déterminer.

**104.** La doctrine tant littéraire que juridique, tend à voir le langage comme un outil permettant de créer une réalité, qu'elle soit politique comme chez Jean-Marie Denquin ou Judith Butler, ou bien qu'elle soit purement interindividuelle comme chez Benveniste à travers l'image de la psychanalyse<sup>151</sup>. Il faut d'abord présumer le langage constitutionnel comme susceptible d'agir et de créer une réalité artificielle. L'étude de la performativité constitutionnelle invite ici à définir la nature spécifique de l'acte de langage constituant, une nature qu'il tient à la fois de sa qualité d'acte de langage et de sa dimension politique, sous le jour d'un principe définitoire et descriptif. Dès lors les mots peuvent être envisagés sous l'angle créatif d'un monde, « le monde de l'œuvre »<sup>152</sup> ou « le monde fictif du texte »<sup>153</sup> tel que le nomme Paul Ricœur, issu des mots eux-mêmes et de leur engagement. L'objectif, ici, sera de concevoir le discours constitutionnel comme définissant un univers, un monde. Une hypothèse en ce sens oblige à tirer les conséquences de ce que certains comme Olivier Cayla, la comparant ainsi à la Genèse du monde, qualifie la Constitution de « fait politique »<sup>154</sup>, en raison de ses caractéristiques formelles et linguistiques, à la fois discursives et énonciatives. Pareille approche conduira à rapprocher le dire de la Nation constituante, initiée par Sieyès, au dire divin.

**105.** D'autre part, la spécificité du discours constitutionnel ne peut être envisagée qu'en opposition avec les autres discours juridiques, et en particulier avec le discours législatif. Si le droit se définit essentiellement par sa nature normative, souvent assimilée à la mise en

---

<sup>150</sup> Cf. VEDEL G., « Schengen et Maastricht », *RFDA*. 1992. n° 2, pp. 178-180.

<sup>151</sup> Cf. BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale*, I, *op. cit.*, pp. 75-82.

<sup>152</sup> Cf. RICŒUR P., *Temps et récit II. La configuration du temps dans le récit de fiction*, Paris, Le Seuil, 1984, p. 14.

<sup>153</sup> Cf. RICŒUR P., *Temps et récit III. Le temps raconté*, Paris, Le Seuil, 1985, p. 231.

<sup>154</sup> Cf. CAYLA O., *La notion de signification en droit, contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, Thèse dact., Paris II, 1992, pp. 525-530.

place de commandements et de sanctions positives ou négatives, le droit constitutionnel ne semble pas correspondre à cette vision de la normativité. C'est ici l'enseignement de l'étude du langage constitutionnel et de la spécificité de sa performativité. Il n'est pas un droit comme les autres. Créer, instituer, constituer sont là les éléments qui viendraient former la véritable signification du droit constitutionnel et notamment du terme « Constitution ». La performativité du langage constitutionnel impose donc de considérer cette Constitution comme une forme de discours politique capable de créer une réalité abstraite objective, contrairement à la loi qui n'aurait pour objet que de façonner une réalité interindividuelle subjective. Pareille hypothèse impliquera alors une analyse fine du langage adopté par ce démiurge qu'est le « constituant » afin d'identifier précisément cette action créatrice.

**106.** De plus, la conception d'une Constitution en tant que discours créateur d'un univers juridique artificiel induit nécessairement une réflexion sur la norme constitutionnelle au sens formel. Placée au sommet de la pyramide des normes kelsenienne, elle représente généralement la norme la plus générale de l'ordre juridique. Or, envisager la Constitution sous le prisme d'une action descriptive créatrice de quelque chose suppose de s'intéresser au produit et à la nature des règles qui sous-tendent le « monde constitutionnel ». La généralité semble difficilement concevable devant une description définitoire. Si le droit constitutionnel est un droit qui crée et institue un état de chose spécifique, entrevoir la possibilité d'aller à l'encontre d'une définition sans se soustraire *de facto* à celle-ci tendrait à relever du non-sens. Il faudra alors porter la critique sur ce caractère général *a priori* incompatible avec l'hypothèse d'une création, notamment en analysant l'ordre juridique et l'agencement de ses normes au regard de la célèbre distinction searlienne entre règle constitutive et normative. Se pose alors la question de savoir si les énoncés constitutionnels forment un ensemble inviolable sous peine que ceux qui les violent ne jouent plus au « jeu de la V<sup>ème</sup> République » que la Constitution a conçu. Mais se pose aussi la question de savoir si, au contraire, ils représentent des règles dont la violation par un comportement déviant laisse une trace d'existence malgré la sanction. Il faudra alors concentrer la réflexion sur la nature du produit de l'acte de langage constituant, s'il substitue sa propre réalité abstraite à une réalité sensible expérimentable ou bien si, à l'instar de la loi, il ne fait que la convertir en un donné abstrait susceptible d'être appréhendé par le droit.

**107.** L'hypothèse d'un acte de langage constitutionnel « créateur de chose » suggère d'aller dans le sens de la première proposition. Mais, si la réflexion sur ce point aura pour

point de mire l'acte de langage du pouvoir constituant « classique », elle ne peut se passer de porter le regard sur ce que le juge de constitutionnalité de la loi en fait. A cet égard, la Théorie réaliste de l'interprétation a depuis longtemps levé le voile sur l'apparence cognitiviste du raisonnement juridictionnel, l'assimilant à une stratégie communicative et lui refusant la qualité de pratique juridictionnelle avérée. Toutefois, adopter la posture volontariste à propos de l'activité du Conseil constitutionnel devra s'accorder, de la même manière que pour le constituant, d'une analyse du discours et de l'énonciation placée sous le prisme du décisionnisme politique schmittien. Le juge apparaîtrait ainsi comme un acteur politique capable de produire un acte de langage « créateur de chose », alimentant le fait du constituant. Dès lors, qu'elle soit celle du pouvoir constituant ou du juge, l'œuvre constituante procède assurément d'un acte de langage « créateur de chose » dont les vertus institutives propres à ce droit particulier doivent être révélées.

**108.** Aussi est-il nécessaire d'offrir un regard sur la création et la créature du dire constituant. L'étude de la performativité du langage constitutionnel doit donc comprendre une analyse formelle tenant à la détermination de la manière dont cette performativité prend la forme d'une action créatrice d'une chose ou d'un état de chose (PREMIERE PARTIE). Mais la dimension pragmatique des actes de langage oblige à s'intéresser également au produit de cette création, et mettre en lumière la nature de l'œuvre du langage constitutionnel (SECONDE PARTIE).

**Première partie : *L'action créatrice du langage constitutionnel***

**Seconde partie : *L'œuvre du langage constitutionnel***

**PREMIERE PARTIE : L'ACTION CREATRICE  
DU LANGAGE CONSTITUTIONNEL**

*Aucune chose n'est, où manque le mot.*

*Martin Heidegger (Acheminement vers la parole, 1988)*

**109.** Le langage assure une connexion entre le réel et la psyché des interlocuteurs. Il permet, outre la communication, une représentation mentale de la réalité qu'il énonce, qu'il se réfère à un état de chose existant dans le monde sensible ou bien qu'il génère un état de chose imaginaire. Cette propriété psychologique du langage trouve son apogée dans l'art littéraire où vivent moult mondes fictifs qui ne rencontrent leur réalité que dans l'esprit du lecteur. Il est alors indéniable que malgré le descriptivisme inhérent à l'énonciation littéraire, celle-ci possède un caractère performatif en ce qu'elle « crée [...] l'état de choses auquel elle réfère » et détermine « un usage actif du langage, créateur de mondes »<sup>155</sup>. Mais surtout, la notion de performatif renvoie dans la doctrine littéraire au fait que « l'énonciation elle-même est la réalité ou les événements auxquels elle fait référence »<sup>156</sup>, cette faculté sui-référentielle qu'évoquait Benveniste<sup>157</sup>.

**110.** Aussi, la vision d'un langage dont la performativité tendrait à la création d'une réalité, tout autant fictive que l'œuvre d'un roman, pousse à l'envisager comme un outil au service de constructions sociales ou symboliques<sup>158</sup> sans qu'il ne se réfère à un état de chose préexistant. Postuler en ce sens revient bien évidemment à fonder l'étude de l'action créatrice du langage constitutionnel sur une certaine analogie avec le dire littéraire.

---

<sup>155</sup> Cf. CULLER J., « Philosophie et littérature : les fortunes du performatif », *Littérature*, 2006/4, n° 144, p. 86.

<sup>156</sup> *Ibid.*, p. 88. Benveniste dira d'ailleurs que « la langue est un instrument à agencer le monde et la société » s'appliquant à « un monde considéré comme « réel » et reflète un monde « réel » » (cf. BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale*, 1, Paris, Gallimard, 1966, p. 82).

<sup>157</sup> *Ibid.*, p. 274.

<sup>158</sup> Cf. CULLER J., « Philosophie et littérature : les fortunes du performatif », *op. cit.*, note introductive par Marielle Macé, p. 82.

L'auteur constituant est alors dans la position de celui qui planterait le décor d'un monde à l'intérieur duquel graviteraient individus et institutions et dont l'existence dépendrait de leur description, tant statique qu'actionnelle. Une position *a priori* distincte de l'auteur législatif, faisant la spécificité du langage constitutionnel, même si certains comme le doyen Carbonnier n'hésitaient pas à désigner la grande œuvre législative du Code civil comme étant la véritable Constitution de la France ; cette spécificité par l'auteur est d'ailleurs quelque peu entamée par l'usage voulant que le Législateur lui-même puisse parfois s'élever au rang de constituant afin d'amender l'ouvrage constitutionnel.

**111.** L'action créatrice du langage constitutionnel présenterait alors des similitudes avec celle de la littérature fictionnelle. Si la notion de performativité suppose une énonciation active ou pouvant être ramenée à une énonciation de cette catégorie, force est de constater que celle de la littérature rompt avec ce critère. Point de performativité explicite puisque l'auteur n'énonce pas ce qu'il fait, ni même de performativité primaire autre que la simple description d'un état de chose dans le contexte particulier de l'absence de toute réalité à décrire. La lecture des énoncés constitutionnels, textuels et jurisprudentiels, semble faire ressortir une aptitude du dire constituant en ce sens. Ainsi, en comparaison de la performativité juridique « classique », l'action créatrice constitutionnelle arborerait une forme énonciative singulière (TITRE I). D'autre part, à l'instar de la création littéraire, la création par le langage constitutionnel requiert un certain contexte nihiliste (TITRE II) qui paraît ne pas dépendre de la forme normative employée.

**Titre I :** *La forme de l'action créatrice*

**Titre II :** *Le contexte de l'action créatrice*



## TITRE I : LA FORME DE L'ACTION CREATRICE

**112.** L'étude de la performativité du langage constitutionnel oblige à s'intéresser à la forme énonciative qu'il adopte. Généralement conçu selon un schéma triadique axé sur la présence d'un émetteur communiquant un message à un récepteur, l'énoncé performatif requiert l'emploi de marques caractéristiques du contact entre le locuteur et le destinataire. L'énoncé performatif est donc nécessairement adressé à quelqu'un et obéit à un ensemble de fonctions linguistiques mis en lumière par Jakobson, tenant au code utilisé, au message, au contexte et au contact liant le destinataire et le destinataire dans une relation communicationnelle propre à tout acte de parole<sup>159</sup>, et qui se perçoivent au niveau locutoire. Le langage constitutionnel semble s'accorder avec cette structure linguistique. Sa qualité descriptive reviendrait alors à considérer l'échange d'information sur un état de chose constaté entre au moins deux interlocuteurs dont la véracité, si l'on s'en tient au locutoire, pourrait être recherchée. Toutefois, le caractère constatif apparent ne provoquerait pas de conséquences sur la présence d'un niveau illocutoire<sup>160</sup>, en particulier du fait que le performatif conduit à substituer sa propre réalité à celle existante.

**113.** A ce titre, le langage constitutionnel, en tant qu'acte de parole, peut se comparer au langage littéraire, lequel se singularise par sa forme spéciale descriptive et pourtant créatrice d'une réalité imaginaire. Aussi, à l'instar de Jonathan Culler, il faut considérer que « l'acte de constitution, comme l'acte de littérature, dépend d'un mélange complexe et paradoxal de constatif et de performatif », soumis à l'éventualité d'un échec en ce qu'il doit « convaincre en faisant référence à des états de chose », principalement à travers la mise en œuvre des « conditions auxquelles il fait référence »<sup>161</sup>. De plus, il faut rappeler que Derrida avait pu montrer les similitudes énonciatives entre la littérature et les Constitutions en affirmant que « les constitutions politiques ont un régime discursif identique à celui de la constitution des structures littéraires »<sup>162</sup>. De cette manière, il est

---

<sup>159</sup> Cf. JAKOBSON R., *Essais de linguistique générale : les fondations du langage*, Paris, Minuit, 2003, pp. 209-220.

<sup>160</sup> Cf. AMSELEK P., « Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques », *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1990/3, p. 387.

<sup>161</sup> Cf. CULLER J., « Philosophie et littérature : les fortunes du performatif », *op. cit.*, p. 90.

<sup>162</sup> Cf. DERRIDA J., *Signature Événement Contexte, Limited Inc.*, Chicago, Northwestern University Press, Gerald Graff (éd.), 1988, WEBER E. (trad.), Paris, Galilée, 1990.

possible de dégager une forme d'acte de langage spécifique à l'art littéraire constitutionnel (**Chapitre 1**) en ce qu'il reproduirait à sa façon la performativité de la fiction littéraire.

**114.** Néanmoins, l'art constituant est un art complexe qui ne peut se réduire à une réflexion généraliste. Il faut ainsi distinguer en fonction de l'objet de l'acte de langage, le préambule et le corps de la Constitution ne pouvant valablement se voir réunis sous le même type d'énonciation performative. Si les droits fondamentaux ne s'énoncent pas de manière analogue à la mise en place des rouages de l'Etat, ceci peut révéler une diversification de l'acte de langage se retrouvant affublé de la qualité constitutionnelle du fait d'une procédure spéciale. Il peut donc être envisagé, au-delà d'une forme spécifique globale, une multiplicité de la forme performative de l'énonciation constitutionnelle (**Chapitre 2**) selon l'objet qu'elle concerne.

## **Chapitre 1 : L'identification d'une forme spécifique**

115. Un acte de langage peut, sans que sa force illocutoire en pâtisse, revêtir plusieurs formes locutoires tout en démontrant tout de même une aptitude à influencer la réalité ou les comportements à travers l'emploi de termes interactifs. De son côté, la Constitution affiche une rédaction assez laconique relativement aux marques linguistiques, et en particulier concernant une éventuelle action de la part de l'énonciateur. Promis au rang de norme suprême, le dire constituant apparaît, contrairement à toute attente, comme une simple description d'un état de chose existant de manière indépendante à celle-ci. Aussi se pose la question des raisons d'un tel choix énonciatif, d'autant qu'il est de coutume de dire que la Constitution fait advenir l'Etat dans sa forme renouvelée<sup>163</sup>.

116. De plus, dans la lignée des observations du professeur Jean-Marie Denquin soutenant une essence nécessairement active du langage politique, il semble pertinent de retenir une large adhésion quant à sa performativité. Il propose d'ailleurs une vision d'un agir politique foncièrement tournée vers l'acte de parler<sup>164</sup>, allant jusqu'à lui conférer un rôle constituant du fait qu'il ferait l'institution, un « être de langage »<sup>165</sup> faisant écho avec le « fait institutionnel » searliens<sup>166</sup>. Aussi faut-il mettre en relation la nature de la parole du pouvoir représentée par le dire constituant avec son expression qui, si l'on s'en tient aux prémisses de la théorie austinienne, s'avèrerait bien éloignée d'une performativité classique et franche.

117. Ainsi, constat et performatif feraient difficilement la paire, plus encore lorsqu'il s'agit d'un écrit épuré de la plupart des marques énonciatives indiquant la tonalité actionnelle du discours. Par conséquent, maintenir un caractère performatif au langage constitutionnel supposerait la détermination d'une valeur spécifique de la description, du constat qu'il produit, pour en déduire une variété d'acte de langage créant une réalité par le truchement d'une attitude langagière singulièrement inadéquate. Identifier une forme

---

<sup>163</sup> Il est possible ici de citer en exemple Raymond Carré de Malberg qui figurait l'Etat comme devant « avant tout son existence au fait qu'il possède une Constitution » (cf. CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome I, 1920, Paris, Recueil Sirey, C.N.R.S., 1962, p. 65).

<sup>164</sup> Cf. DENQUIN J.-M., *La politique et le langage*, Paris, éd. M. Houdiard, 2007, p. 112.

<sup>165</sup> *Ibid.*, p. 122.

<sup>166</sup> Cf. SEARLE J. R., *The Construction of Social Reality*, New York, The Free Press, *La construction de la réalité sociale*, TIERCELIN C. (trad.), Paris, Gallimard, 1998, p. 13 et s.

propre à l'action de création constitutionnelle présagerait donc une spécificité liée à la forme constative du dire constituant (*Section I*) et à sa nécessaire constructivité (*Section II*).

### ***Section I : Une spécificité liée à la forme constative du dire constituant***

**118.** L'étude formelle du langage constitutionnel mène à formuler diverses remarques tenant à une opposition plutôt explicite entre l'énonciation du constituant et celle performative en ce que l'une et l'autre attesteraient d'une différence apparente, comparable à la distinction originelle entre constat et acte de langage. En outre, la séparation s'appuie essentiellement sur la notion d'engagement du locuteur. Celui-ci se projette en tant qu'acteur du signifié lorsque sa parole est performative, tandis qu'il reste en retrait lorsque sa parole constate un état de chose dont il rejette la responsabilité de l'existence<sup>167</sup>.

**119.** De plus, analyser linguistiquement la Constitution requiert un examen en deux temps basé sur les niveaux de l'expression du langage que sont principalement le discours et l'énoncé. S'agissant du discours, compris comme la figure d'ensemble des énoncés au moyen d'une énonciation spécifique, il invite à se pencher sur la globalité du dire constituant pour en dégager un positionnement typé de l'énonciateur. Concernant l'énoncé, l'étude des dispositions constitutionnelles prises dans leur unité semble rendre compte d'une physionomie constative des institutions, des organes ou encore du manège qui les meut, posant le regard sur un genre descriptif symptomatique de la parole constituante. Dès lors, la forme constative du dire constituant ne peut s'entrevoir qu'à partir d'une mise en lumière de la forme déclaratoire du discours constitutionnel (§1) porté par des énoncés au profil descriptif (§2).

---

<sup>167</sup> Il est permis d'aller plus loin en supposant l'énonciateur comme un acteur effacé du discours, et réduit au seul statut de porte-voix.

**§1 : La forme déclaratoire du discours**

**120.** D'un point de vue discursif, le langage constitutionnel présente une certaine originalité tenant à une attitude énonciative peu courante lorsqu'il est question de performativité. L'étude de la forme du discours constitutionnel tendrait à révéler son caractère déclaratoire. Voilà un discours qui semble porter sur la désignation d'un être, laquelle désignation mènerait à le considérer comme effectivement déclaratoire (A). D'autre part, le discours du juge de la constitutionnalité de la loi souffre d'une certaine ambiguïté, principalement due à son statut et à la fragilité de sa légitimité. Aussi quand bien même on adhérerait à la théorie de sa liberté décisionnelle, il se complairait dans le respect de contraintes linguistiquement matérialisées, et en particulier celle d'adopter un discours d'apparence déclaratoire (B).

**A/ Un texte constitutionnel effectivement déclaratoire**

**121.** L'écriture constitutionnelle présente, par bien des aspects, une physionomie originale pour un texte juridique. La forme du discours constitutionnel en est par ailleurs un indice en ce qu'elle se distingue visiblement d'un discours normatif visant à autoriser, interdire, commander ou encore inciter. Son caractère solennel conduit à y trouver une allure déclaratoire spécifique basée sur le dire constatif et une concision énonciative qu'il est nécessaire d'examiner en plus amples détails. C'est notamment au regard de certains traits linguistiques propres à la parole du constituant que le texte constitutionnel peut apparaître comme effectivement déclaratoire. Aussi, si l'idée même de déclaration contient les critères d'un type d'acte de langage particulier, elle ne peut être associée au dire constitutionnel qu'après une analyse linguistique spécifique faisant valoir un discours descriptif (1) et déresponsabilisant (2) du locuteur constituant.

1. Un discours descriptif

**122.** Le principe de la déclaration suppose de manière générale une action à mettre au titre d'une attitude constative. Déclarer peut ainsi être défini comme l'acte de porter à la

connaissance de quelqu'un un état de chose considéré comme existant en dehors de la déclaration elle-même. L'auteur du discours déclaratif se placerait alors en tant que simple témoin d'un état de chose qu'il décrit.

**123.** L'emploi d'une désignation définie des noms dans chacun des énoncés en est une illustration plutôt convaincante. L'article défini « le » ou « la », observable de manière généralisée dans l'énonciation constitutionnelle, étant l'indicateur d'une certaine pré-construction, traduirait ainsi un acte de monstration d'une chose préalablement existante. La déclaration n'engagerait donc le locuteur que dans l'exactitude au regard de l'état de chose déclaré laissant à l'examen de la vérité ou de la fausseté la détermination de la qualité de l'affirmation. A cet égard, le texte constitutionnel afficherait une similitude étonnante avec cette catégorie de discours. Structuré autour d'une énonciation exclusivement à la troisième personne, le discours du texte constitutionnel, qu'il soit garant des droits fondamentaux ou bien qu'il ait trait à l'organisation des pouvoirs, se présente comme une déclaration décrivant un état de chose. En effet, on y voit la représentation des organes de l'Etat, de même que les rapports qu'ils entretiennent ainsi que les caractéristiques de l'Etat lui-même, sans compter le rapport des libertés et garanties sociales fondamentales du citoyen, du travailleur et de l'individu.

**124.** Mais l'élément le plus significatif est sans conteste l'indication linguistique du type de discours adopté et ce, dès le début du dire constituant. De cette manière, il est possible de lire dans l'entame de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen que « l'Assemblée nationale reconnaît et déclare [...] les droits suivant ». Au-delà de l'utilisation du verbe « déclarer » qui va évidemment dans le sens d'un discours déclaratoire, le verbe « reconnaître » tend à surenchérir, en ce qu'il vise à accepter quelque chose en le tenant pour vrai ou réel, revenant alors à admettre et constater l'état de chose reconnu. De plus, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, tout comme la Charte de l'environnement de 2004 entendent « proclamer » les droits disposés ci-après. L'emploi de ce verbe suppose de faire connaître publiquement et solennellement quelque chose ou encore de le déclarer comme tel par un acte officiel. Une proclamation qui est aussi à l'honneur s'agissant de la Constitution de la V<sup>ème</sup> République puisque le Préambule initie son propos par « le Peuple français proclame ». Il s'inscrirait alors dans une attitude discursive analogue.

**125.** Ainsi, les marques linguistiques intentionnelles que constitue l'emploi de ces verbes à la signification constative donneraient le ton du discours et présenteraient l'ensemble de l'écrit constitutionnel comme mû par une volonté de porter à la connaissance du corps social un état de fait, tout en manifestant du même coup l'existence du monde social et étatique en vigueur au moment de la déclaration sans pour autant s'engager dans la concrétisation de cette existence.

**126.** D'autre part, les actes constitutionnels antérieurs à 1958 font eux aussi parfois preuve de cette absence d'engagement<sup>168</sup>. Aussi, si de nombreuses Constitutions reprennent le vocable « proclamer » – à l'instar de la IV<sup>ème</sup> République, de la Constitution monarchique de 1791, de la Constitution du 5 Fructidor an III – ou « déclarer » (notamment concernant les exposés de droits fondamentaux), il est cependant possible d'observer l'emploi de termes à la signification comparable. Ainsi, se rencontre quelques fois le verbe « garantir » qui peut être entendu comme l'assurance du maintien de quelque chose, de son existence. Il présuppose certes une action mais ne s'engage pas sur la forme de l'état de chose garanti. Il tend seulement à le préserver dans un espace et dans un temps donnés. On retrouve là une certaine dose de désengagement personnel du souverain qui prend acte d'un fait indépendant de sa volonté, préexistant même à celle-ci, mais qui tendrait à le préserver en l'état. En outre, l'utilisation du mot « reconnaître », par exemple dans la Constitution de 1971, présume d'une chose déjà connue, admise comme vraie, et simplement constatée. Un tel choix lexical suggérerait donc une existence qui ne serait pas due à la reconnaissance mais ferait apparaître une objectivisation de la chose reconnue en l'authentifiant aux yeux de tous.

**127.** Un constat bien loin des lois de la performativité puisque celles-ci présument l'engagement du locuteur dans un acte de langage générant un impact sur la réalité entourant les interlocuteurs. Aussi, si le discours performatif induit une énonciation à la première personne, ou transposable comme telle<sup>169</sup>, la question de l'engagement pose problème du fait qu'il est nécessaire à l'identification de l'acte de langage. L'intentionnalité du locuteur s'avère donc être une donnée indispensable pour la mise en

---

<sup>168</sup> A l'exception des Chartes qui, comme leur nom l'indique, ne tendent pas tout-à-fait à constituer mais plutôt à déposer par écrit un certain nombre d'accords entre deux parties. Il s'agirait là d'un acte matériellement constitutionnel mais formellement conventionnel.

<sup>169</sup> Un avertissement exprimé au moyen d'un énoncé lapidaire à la troisième personne du type « le taureau est dangereux » peut être transposé en un énoncé à la première personne du type « je vous avertis que le taureau est dangereux ». Une telle opération linguistique ne change en rien le message. Elle permet simplement de dégager, par l'emploi d'un performatif explicite, l'acte de langage effectué par l'énoncé.

lumière de la performativité<sup>170</sup>. Elle est toutefois absente du dire déclaratoire et le distingue de l'acte déclaratif<sup>171</sup>, en ce que l'énonciateur se place dans une position extérieure à l'état de chose dont il manifeste l'existence, et adopte une approche statique vis-à-vis de ce dernier.

## 2. Un discours déresponsabilisant

**128.** La forme déclaratoire se traduit généralement par un positionnement spécifique du locuteur fondé sur un rapport descriptif mais aussi distant vis-à-vis du fait qui en est l'objet. En effet, déclarer implique que le déclarant indique au moyen de marques linguistiques sa neutralité quant à ce qu'il retranscrit. Le caractère déclaratoire du discours constitutionnel tiendrait alors à son actualisation définissant son lien entre l'énonciateur et l'existence de l'état de chose qu'il décrit. Un dire déresponsabilisant typique, suggérant une modalité assertive ne faisant que mettre le fait en avant et le montrant comme accompli en se rapportant à un élément indépendant de l'énonciation.

**129.** Cette forme discursive traduit en effet une attitude spécifique à travers l'usage généralisé du présent de l'indicatif qui en français a une particularité en termes de détermination de la situation de l'énonciation et du discours. Selon la doctrine linguistique, en l'absence de marqueurs, l'emploi du présent montre une « forte indétermination »<sup>172</sup>. Il est d'ailleurs parfois comparé à l'infinitif dont il partagerait la valeur situationnelle<sup>173</sup>, et dont « la valeur du procès en cours » est définie par les éléments linguistiques contextuels qui l'accompagnent<sup>174</sup>. L'actualisation du discours dépendrait donc principalement des marqueurs de temps et d'espace, lesquels peuvent parfois être compris dans la conjugaison

---

<sup>170</sup> Paul Amselek dira que la valeur illocutoire d'un énoncé est la finalité que le locuteur entend lui assigner (cf. AMSELEK P., « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », in *La théorie des actes de langage, éthique et droit*, AMSELEK P. (dir.), Paris, P.U.F., 1986, p. 154).

<sup>171</sup> La déclaration est à ce titre différente de l'acte déclaratif, lequel véhiculerait une représentation de ce qui est fait ou produit par le dire du locuteur à l'image d'énoncés tels que « je déclare la séance ouverte » (*ibid.*, p. 158-159).

<sup>172</sup> Cf. LAB F., « Présent français et traduction automatique : le problème de la généricité », in *Opération énonciatives et interprétation de l'énoncé*, DANON-BOILEAU L. & DUCHET J.-L. (dir.), Mélanges en l'honneur de Janine BOUSCAREN, Paris, Ophrys, 1993, p. 62.

<sup>173</sup> Voir en ce sens FRANCKEL J.-J., « Modalités et opérations de détermination », *BULAG*. 8, Université de Franche-Comté, Besançon, 1981.

<sup>174</sup> Cf. LAB F., « Présent français et traduction automatique : le problème de la généricité », *op. cit.*, p. 62.



du verbe. Or, le texte constitutionnel n'en dispose pas et se contente d'une énonciation au présent simple, exempte de toute trace d'une éventuelle situation.

**130.** Cependant, la concision certaine du discours constitutionnel textuel est en partie imputable à l'absence de tels marqueurs. Lorsque le constituant énonce que « le Peuple français proclame solennellement... »<sup>175</sup> ou encore que « la langue de la République est le français »<sup>176</sup>, il est prégnant que le contexte de l'énonciation, que l'occurrence concernée n'est absolument pas réalisée linguistiquement<sup>177</sup>. Aussi, la généricité évidente du discours constitutionnel, en ce que sa rédaction énoncée dans un présent de l'indicatif révélerait une inadéquation en soi vis-à-vis de la notion d'actuel<sup>178</sup>, ne permet pas de déterminer une occurrence quelconque du simple fait que le présent ne situe pas<sup>179</sup>. Dès lors, le discours constitutionnel afficherait un caractère désactualisé, matérialisant une distance prise par le locuteur<sup>180</sup> quant à la chose objet du discours et lui donnant une qualité déclaratoire déresponsabilisante quant à l'existence de cette chose.

**131.** Néanmoins, l'étude du discours ne pouvant se passer d'une recontextualisation de l'énonciation, celle du discours constitutionnel ne peut faire l'économie de la sienne. Vu sous cet angle, le dire constitutionnel est ancré dans une situation spécifique illustrée par l'acte constituant, attestant pour le coup d'un discours actualisé, situé dans le temps et explicitement marqué du fait qu'il s'y réfère directement. On retrouve ainsi la mention de la date, ou encore le rappel de certains événements ayant conduit à l'acte constituant, enracinant la déclaration constitutionnelle dans un contexte politique déterminé. Le discours figurerait alors un rappel, une représentation de cet acte constituant dont elle est imprégnée et amènerait à considérer une actualisation en raison de l'objet même du discours. Dès lors, même en l'absence de marqueurs énonciatifs spécialement assignés à la situation de l'énonciation, il serait possible de dégager une implantation particulière due à

---

<sup>175</sup> Voir le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958.

<sup>176</sup> Art. 2 de la Constitution de la V<sup>ème</sup> République.

<sup>177</sup> La lecture des textes antérieurs à 1958 ne montre pas de différences notables, au contraire, leur similitude énonciative et discursive est assez manifeste.

<sup>178</sup> Cf. LAB F., « Présent français et traduction automatique : le problème de la généricité », *op. cit.*, p. 62.

<sup>179</sup> Frédérique Lab évoque d'ailleurs ce point en affirmant que « la gamme des valeurs associées au présent découle essentiellement de l'inaptitude du présent à situer le procès » (*ibid.*, p. 63).

<sup>180</sup> Au sujet de la distance mise par le juge au regard de ce qu'il énonce voir GRELLEY P., « Quand la linguistique rencontre le droit », in « Parler droit », *Droit et justice*, n° 34, printemps-été 2010, p. 11 et s. ; PREITE Ch., « Analyse de l'organisation énonciative des arrêts de la Cour de justice et du Tribunal de Première Instance des communautés européennes », in ROSSI-GENSANE N. (dir.), *Le français aujourd'hui : Problèmes et méthodes*, Actes de colloque, 25-27 septembre 2003, Université de Tours, in *Corela, Numéros thématiques*, « Colloque AFLS », 2005.

la nature de l'état de chose décrit, lequel serait temporellement et spatialement situé par le contexte de l'énonciation.

**132.** Mais cet état discursif pourrait suggérer un emploi dit « aoristique » du présent<sup>181</sup>, emploi particulier dû à l'attitude énonciative qui en découle. En effet, seule l'évocation du fait ou l'état de chose est pertinente, ce qui place l'énonciation hors de l'expression d'un quelconque énonciateur. Les faits se raconteraient donc d'eux-mêmes, montrant un discours formulé du point de vu de l'événement et non de l'énonciateur. Ainsi, l'écart entre l'intention du locuteur et la réalisation de l'événement en serait concrétisé de par la position discursive adoptée. Le locuteur ne ferait alors ici office que de médium assurant l'intermédiaire entre un fait ou un état de chose et la connaissance de ceux-ci. A première vue, ce ne semble pas être le cas de la Constitution puisque l'énonciateur est expressément présenté comme tel par le discours lui-même. Le texte de 1958 débute d'ailleurs par « le Peuple français proclame... », posant celui-ci comme l'énonciateur du discours dans son ensemble, tout comme le roi s'agissant des Chartes constitutionnelles de XIX<sup>ème</sup> siècle ou encore l'Empereur concernant les Constitutions impériales. Pareille marques linguistiques mettent l'accent sur l'acte de parole de l'énonciateur en dépit de l'événement, lequel se trouve relégué au rang de prétexte et donc à un niveau secondaire. Par conséquent, en résulte une actualisation temporelle puisque la mention explicite de l'énonciateur replace le discours dans la situation de son énonciation.

**133.** Toutefois, l'usage de la troisième personne – le Peuple français ne dit pas « je » mais s'exprime tel un César en transformant ce « je » en un « il » – suscite l'interrogation. Si cette dénomination personnelle comporte une indication explicite sur un émetteur du discours, il semble que celui-ci ne soit pas identifié. Benveniste propose d'ailleurs à ce sujet une analyse particulière de cette option énonciative en représentant ce choix comme une énonciation « non rapportée à une « personne » spécifique »<sup>182</sup>. Il va même plus loin

---

<sup>181</sup> Il s'agit là d'une référence à un temps grammatical issu du grec ancien, utilisé pour évoquer des événements, notamment passés, dans tous les cas accomplis, et qui se rapproche de ce que les grammairiens nomment en français le présent historique ou de reportage. Il est généralement employé au même titre que le passé simple (et parfois l'imparfait de l'indicatif dans le mode d'énonciation du récit) qui a, d'une manière plus évidente, aussi une valeur aoristique (pour plus de précisions voir CULIOLI A., « Valeurs aspectuelles et opérations énonciatives : l'aoristique », in *La notion d'aspect*, Actes du colloque, Metz, in *Linguistique, énonciation. Aspects et détermination*, FISHER S & FRANCKEL J.-J. (dir.), Paris, EHESS, 1983, pp. 99-113).

<sup>182</sup> Cf. BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale*, I, op. cit., p. 228.

en la qualifiant de « forme verbale qui a fonction d'exprimer la *non-personne* » en la comparant à « l'absent des grammairiens arabes »<sup>183</sup>.

**134.** En conséquence, le discours constitutionnel ne pourrait signifier le point de vue du souverain énonciateur qui n'existe pas sur le plan énonciatif alors qu'il apparaît clairement au début du discours. Ce paradoxe pourrait s'expliquer relativement à la nécessité de légitimation du discours au regard de sa solennité, mais cette raison, plus politique que logique, reste peu convaincante. Il faut donc revenir à la place qu'occupe cet hypothétique énonciateur dans le discours. Celui-ci se trouve pour la seule et unique fois dans le préambule de la Constitution, ce qui lui confère un caractère symbolique qui, même s'il tend à irriguer la totalité du discours, renvoie le reste de ce dernier à la mise en avant de l'événement constituant et non à son énonciateur.

**135.** Pourtant, l'événement constituant est un événement historiquement marqué, situé dans le temps. Si c'est ce dernier qui est l'objet du discours, la rédaction au présent pourrait indiquer une liaison entre deux moments : celui de la réalisation de l'événement rapporté se trouvant dans le passé, et celui de l'énonciation situé dans le présent. Un raisonnement en ce sens viendrait relativiser l'hypothèse de la désactualisation du discours pour le rendre actualisé par la prise en compte du contexte. Néanmoins, l'imprécision des énoncés quant à l'occurrence soutenant chacune des dispositions constitutionnelles suggérerait que ces derniers tendraient à s'appliquer à toutes situations concernées<sup>184</sup>. Dès lors, leur caractère non déterminé mais déterminable suppose qu'elle ne s'applique véritablement à aucune situation, leur attribuant une nature désactualisée<sup>185</sup>. Or, la finalité d'un tel discours étant de mettre en forme une organisation étatique spécifique, à partir d'un instant « T », relance le débat de l'actualisation au moment de l'activation, ou de la promulgation de cette organisation des pouvoirs. Nonobstant sa mise en activité, sa survie dépendant de l'existence du discours qui la rapporte, il s'en suit d'une certaine manière une

---

<sup>183</sup> *Ibid.*

<sup>184</sup> Par exemple, la disposition « le Président de la République est élu pour cinq ans au suffrage universel direct » ne s'appliquerait pas à une élection d'un quelconque Président déterminé mais à chacune des occurrences présentant le caractère d'élection présidentielle.

<sup>185</sup> Il est d'ailleurs possible de retrouver un point de vue similaire chez Claire Oger et Caroline Ollivier-Yaniv pour qui « la décontextualisation des énoncés rend ainsi une déclaration intelligible en dehors et finalement indépendamment de son contexte d'énonciation et rompt la dépendance entre les énoncés et leurs énonciateurs originels, ou entre les énoncés et les destinataires originels », imprimant au discours « une temporalité sur le long terme, pour ne pas dire un caractère universel » caractéristique de l'institution (cf. OGER C. et OLLIVIER-YANIV C., « Conjurant le désordre discursif. Les procédés de « lissage » dans la fabrication du discours institutionnel », *Mots. Les langages du politique*, n° 81, 2006, p. 72).

actualisation continue dans le temps, désactualisant *de facto* le discours qui n'est plus lié à une situation spécifique mais à toute situation. Autrement dit, le fonctionnement des institutions revient à actualiser, situer le discours qui la met en œuvre au regard de celle-ci. Ne s'éteignant pas tant que la Constitution reste en vigueur, l'actualisation s'inscrit dans la continuité de la marche des institutions dont la tenue dépend de la perpétuation de l'acte constituant, et ainsi référencerait l'actuel constitutionnel à toute les occurrences de leur activité, donc à aucune<sup>186</sup>.

**136.** En conclusion, le discours constitutionnel présenterait un caractère déclaratoire en ce qu'il attesterait d'une genericité exposée au présent et afficherait la qualité d'être désactualisé. La valeur aoristique du temps grammatical employé se combinerait favorablement avec le contenu sémantique des verbes marquant le discours et démontrant une attitude discursive descriptive et déresponsabilisante au regard du fait ou de l'état de chose. Ceci placerait l'énonciateur à l'écart de leur réalisation et conduirait à identifier une nature déclaratoire déterminée par le constat d'un être indépendant du discours. Cependant, ces remarques qui concernent le discours constitutionnel originel peuvent s'appliquer également au discours du Conseil constitutionnel.

### **B/ Un discours jurisprudentiel déclaratoire en apparence**

**137.** Le discours du Conseil constitutionnel a ceci de particulier qu'il atteste d'une indétermination identitaire de la part de l'institution elle-même, une indétermination principalement due à une indécision quant à son véritable statut. Le conseil constitutionnel est-il un juge ? Un conseil politique ? Plus encore, l'appréhension d'un dynamisme juridictionnel pèse toujours dans les esprits, d'autant plus lorsqu'il gravite autour d'une jurisprudence audacieuse visant à élargir sa compétence de sa propre initiative. Aussi, libérée du regard du « père », la Haute instance a su petit à petit s'émanciper de sa fonction primaire de maillon d'une rationalisation du régime parlementaire pour acquérir l'aura d'une véritable juridiction. Cependant, il observe une certaine prudence matérialisée dans

---

<sup>186</sup> Un peu comme s'il fallait, pour conserver la lumière allumée, garder le doigt appuyé sur l'interrupteur, sans quoi celle-ci s'éteindrait. Si le fait de presser le bouton une première fois marque l'initiative de l'illumination de la pièce, le fait de le maintenir enfoncé lui donnerait le caractère d'un acte continu, finissant par relativiser son caractère fonctionnel situé à un certain moment pour l'étendre à toute la période au cours de laquelle la lumière reste allumée. Ceci conduit fatalement à ne plus considérer l'acte d'appuyer comme un acte temporellement situé mais comme un acte permanent.

un discours construit de sorte que sa légitimité ne lui soit pas contestée<sup>187</sup>. En ce sens, le Conseil adopterait une attitude discursive tenant à simplement montrer (1) la chose dont il parle et visant à le déresponsabiliser (2) de son choix interprétatif.

### 1. Une attitude discursive monstrative

**138.** Il faut tout d'abord s'attarder sur le caractère descriptif de l'énonciation juridictionnelle. A l'instar du discours constitutionnel textuel, la lecture de certains considérants tendrait à confirmer une nature déclaratoire marquée par un désengagement du juge locuteur vis-à-vis l'existence de la chose signifiée. Il est ainsi possible d'apprécier un tel procédé du fait que l'activité purement interprétative du Conseil, évolutive du texte constitutionnel, semble étrangement dériver d'un processus similaire. De même, la structure des décisions laisse apparaître une attitude discursive symptomatique d'un retrait généralisé au regard de la décision elle-même.

**139.** Dans sa célèbre décision du 16 juillet 1971 dite *Liberté d'association*<sup>188</sup>, le Conseil constitutionnel énonce au titre de ses visas « la Constitution et notamment son préambule », intégrant ainsi les principes contenus dans les déclarations de droits fondamentaux rappelées dans ce dernier. Mais ce procédé s'avère révélateur d'une énonciation consistant à retranscrire ce qu'il *voit*. Aussi, malgré l'évidence d'une hardiesse jurisprudentielle, la Haute instance se montre sous le visage d'un observateur innocent quant au coup de force qu'implique ce qu'il vise. Il en fait de même lorsqu'il affirme dans sa décision *Prix et revenus* « qu'il **apparaît** ainsi que, par les articles 34 et 37, alinéa 1<sup>er</sup>, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi »<sup>189</sup>. En statuant sur ce qui *apparaît*, incluant une

---

<sup>187</sup> On retrouve chez Danièle Loschak une pensée similaire selon laquelle ne peut produire un discours que celui qui est légitimé à le faire (cf. LOSCHAK D., « Le droit, discours de pouvoir », in *Itinéraires*, CONAC G., MAISL H. et VAUDIAUX J. (dir.), Mélanges en l'honneur de Léo HAMON, Economica, Paris, 1982, p. 432). Ceci oblige à considérer, à l'instar de Brice Crottet, l'idée d'une contrainte pesant sur le juge « en ce sens que la physionomie du système juridique placerait l'acteur rationnel (*homo juridicus*) dans une situation de fait face à laquelle il est contraint d'adopter un comportement déterminé » et conditionnerait son discours (cf. CROTTET B., « Une tentative de reformulation de la théorie des contraintes. Application à la question de la fragmentation du droit international », in *Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?*, *Jus Politicum*, n° 7, 2012, p. 2).

<sup>188</sup> CC, n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association*, *Rec.*, p. 29, JO, 18 juillet 1971, p. 7114.

<sup>189</sup> CC, n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, *Loi sur les prix et les revenus*, *Rec.*, p. 57, JO, 31 juillet 1982, p. 2470, cons. 11.

constatation s'arrêtant à un simple examen en surface, le Conseil des Sages restitue explicitement ce que *la Constitution* a établi. Autrement dit, là encore, il s'en remet à un état de chose qui n'est pas présenté comme étant de son fait mais celui de la Constitution. Une attitude identique se retrouve dans le traitement du principe d'égalité devant loi qui, selon le Conseil, *fait*<sup>190</sup> ou *ne fait pas obstacle*<sup>191</sup>. En aucun cas il n'est question d'un fait issu de sa volonté. A travers ces exemples, il est possible de déterminer une posture prudente vis-à-vis de son propre rôle, avançant à pas de velours lorsqu'il s'agit de faire parler la Constitution. Il choisit ses mots de sorte qu'il ne puisse être accusé d'outrepasser sa fonction de juge bouche de la Constitution en préférant déclarer ce qui est indépendamment de son action que d'assumer son dynamisme interprétatif.

**140.** De plus, l'option portée sur une détermination linguistique de type défini traduirait un positionnement énonciatif inapproprié à la mise en œuvre d'une performance créatrice. En effet, la qualité monstratrice de l'article défini impliquerait, à l'instar de la Constitution elle-même, une existence préalable de l'état de chose mobilisé par l'énoncé. A ce titre, le Conseil constitutionnel a pu disposer de ce paramètre linguistique en indiquant en 2006 que « la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »<sup>192</sup>. La nouveauté de cette « identité constitutionnelle de la France », aux contours non véritablement définis d'ailleurs, ne pose pas de problème, en particulier au regard de l'absence de mention d'une telle identité dans le texte constitutionnel. Et pourtant, la Haute instance la traite d'une manière faisant penser à son existence préalable en la désignant par un procédé visant un objet objectivement présent dans l'espace dans lequel s'inscrit l'énonciation. On retrouve une méthode identique lors de la mise en lumière des objectifs de valeur constitutionnelle, lesquels ont aussi, dès leur apparition, été désigné par un article défini alors que le juge de la constitutionnalité des lois décidait qu'il appartenait au législateur « de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec, [...], *les*

---

<sup>190</sup> CC, n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale*, Rec., p. 22, JO, 24 juillet 1975, p. 7533, cons. 5.

<sup>191</sup> CC, n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, Rec., p. 31, JO, 13 juillet 1979, p. 1824, cons. 4.

<sup>192</sup> CC, n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec., p. 88, JO, 3 août 2006, p. 11541, cons. 19.

objectifs de valeur constitutionnelle... »<sup>193</sup>. Une telle énonciation caractérise visiblement un désengagement linguistique du locuteur juridictionnel quant à l'existence de l'état de chose signifié.

**141.** Au-delà, le visa de 1971 présente un intérêt particulier. Énoncé comme suit « vu la Constitution et notamment son préambule », il peut être divisé en deux visas distincts. Le premier se rapporterait à la Constitution, et le second visant *le* préambule de la Constitution. De par sa qualité analytique, l'adjectif possessif *son* entraîne une factorisation de la détermination du nom qui *possède*, et matérialise une prise en compte d'un être préexistant à l'énonciation. De cette manière, la désignation définie portant sur la « Constitution » porterait aussi sur le préambule. Dès lors, le choix d'une désignation linguistique définie étant de mise, alors qu'elle est incluse dans un processus d'évolution du texte constitutionnel, laisserait penser à une attitude discursive déclaratoire, déresponsabilisant la Haute instance de ce qu'elle trouve à l'intérieur de sa règle de référence.

## 2. Une attitude discursive déresponsabilisante

**142.** L'examen de la structuration de la décision, que ce soit dans le choix du type de raisonnement adopté ou dans la manière dont les segments syntaxiques sont formulés, offre plusieurs indices de la volonté de désengagement du Conseil constitutionnel quant à la décision prise.

**143.** En premier lieu, il faut se pencher sur la mise en place d'une rédaction soutenue par l'emploi du « considérant » dont l'étymologie apporte un éclairage intéressant sur l'attitude adoptée par les Sages de la rue de Montpensier<sup>194</sup>. En effet, l'examen de cette

---

<sup>193</sup> CC, n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle, Rec.*, p. 48, JO, 27 juillet 1982, p. 2422, cons. 5.

<sup>194</sup> Il faudra toutefois prendre en compte le fait que depuis le 10 mai 2016, la rédaction des décisions du Conseil constitutionnel conformément à la volonté de son nouveau Président Laurent Fabius (voir en ce sens le Communiqué du Président du Conseil constitutionnel du 10 mai 2016 : « A l'occasion des deux décisions QPC rendues publiques le 10 mai 2016 (décisions n°s 2016-539 QPC et 2016-540 QPC), le Conseil constitutionnel a décidé de moderniser le mode de rédaction de ses décisions. Ce nouveau mode de rédaction a pour objectifs de simplifier la lecture des décisions du Conseil constitutionnel et d'en approfondir la motivation. Ce mode de rédaction s'appliquera désormais à l'ensemble des décisions rendues par le Conseil constitutionnel »). Malgré tout, si l'abandon des considérants est évidemment une nouveauté, il ne remet pas en cause la valeur des propos suivants, notamment en raison de l'emploi constant de la locution « considérant que » depuis l'origine de l'institution jusqu'à aujourd'hui. De plus, même elle nécessiterait une étude à part



locution charpentant chacune de leurs décisions semble confirmer l'hypothèse d'un discours déresponsabilisant de par son origine sémantique. Si sa racine latine conduit à l'apprécier comme l'observation d'un fait naturel avec l'intention d'en retirer un enseignement<sup>195</sup>, le verbe « considérer » peut aussi se définir comme « regarder attentivement » ou encore « examiner attentivement ». Il présente alors une attitude spectatrice et non constructive de l'objet considéré, que ce soit « des yeux du corps » ou ceux « de l'esprit ». Il est par ailleurs souvent assimilé à un autre verbe, contenant une signification tenant elle aussi à un examen visuel, qu'est « contempler » et qui peut être défini d'une manière quasi identique comme le fait de « considérer attentivement, soit avec les yeux du corps, soit avec la pensée ». Considérer serait ainsi un regard porté sur une chose concrète ou abstraite, mais une chose qui ne dépend pas d'une quelconque élaboration et qui s'impose à l'observateur.

**144.** Cette symétrie sémantique entre considérer et contempler ferait alors ressortir une activité de monstration dans l'usage du premier. Le Conseil constitutionnel ne ferait officiellement que mettre en perspective un être<sup>196</sup> à la manière d'un conseiller scientifique usant d'une pédagogie indirecte visant à laisser le jugement de ce constat à l'auditeur<sup>197</sup>, autrement dit, au souverain. Dès lors, à travers l'utilisation d'un tel outil de présentation, la Haute instance prétendrait que le choix d'accepter ou bien de modifier cette réalité ne lui revient pas. Ce n'est pas à elle d'en décider, sinon à se prendre elle-même pour un souverain qu'elle n'est pas et ne peut pas être. Il s'agit là d'un tout constitué qui ne fait que servir d'exemple dans le but de motiver sa décision<sup>198</sup>, désengageant le juge dans l'existence de la chose signifiée.

---

entière, la nouvelle rédaction des décisions de la Haute instance ne semble pas de prime abord remettre en cause l'analyse d'une attitude discursive déclaratoire et déresponsabilisante, l'argumentation n'utilisant cette donnée qu'au surplus.

<sup>195</sup> Dérivé d'une construction des deux mots « *cum* » (avec) et « *sidus, eris* » (l'étoile), le verbe latin « *considerare* », ancêtre du terme français « considérer », voulant littéralement dire « avec les étoiles » aurait ainsi un rapport avec la contemplation des étoiles, fait naturel que l'on ne peut qu'observer et sur lequel il n'est pas possible d'avoir un action. Ceci pourrait induire que la proposition relative qui suit l'usage d'un tel mot reflète un fait indépendant de la volonté de son observateur et non un fait de ce dernier.

<sup>196</sup> Stéphane Macé l'expose de manière très explicite en affirmant que « considérer, c'est accomplir un travail de mise en perspective, c'est rendre aux choses et aux êtres leur juste proportion » (cf. MACE S, « Considérer, contempler. Pour une étude du lexique de la vision chez Bossuet. », *La toison d'or*, n° 6, Dijon, 2004, p. 112).

<sup>197</sup> *Ibid.*, p.110.

<sup>198</sup> Macé exprime bien cette caractéristique de l'exemple « en tant qu'il appartient déjà à l'histoire [...] n'est plus une réalité à construire, mais un objet qui se présente comme un tout déjà constitué » (*ibid.*, p. 111).



**145.** En second lieu, l'usage d'une présentation de type syllogistique conduit à une série de remarques qui conforteraient elles aussi l'hypothèse d'un discours jurisprudentiel déclaratoire. En effet, la mise en œuvre du syllogisme a pour conséquence de faire découler une décision d'un raisonnement logique et non de la volonté pleine et entière du décideur, plus précisément de l'application mécanique d'une règle à un fait, la solution s'imposant au juge. A ce sujet, François Ost et Jacques Lenoble ont pu proposer une représentation de la décision du juge sur la base de trois éléments : l'application du droit au fait étalé dans sa réalité, au moyen d'un langage qui serait en adéquation avec cette réalité qui lui est soumise et un caractère intelligible comme tel, sans distorsion dans l'opération reliant le fait à la règle<sup>199</sup>. La réalité du fait, sa concordance avec le langage qui le représenterait et enfin l'absence de déformation formeraient donc la mythologie du syllogisme judiciaire – voire juridictionnel – retirant au juge toute responsabilité dans un éventuel caractère inédit de la solution donnée au problème posé.

**146.** Tout découlerait donc d'une circonstance échappant à la volonté du juge locuteur. La décision du 6 novembre 1962 portant sur la loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962, rejetant sa compétence dans l'éventualité d'un examen d'une loi référendaire, est particulièrement éloquente à ce sujet. En effet, elle est construite d'une façon telle que le Conseil constitutionnel expose le recours au référendum comme un fait pris dans sa réalité. Autrement dit, et pour reprendre ses propres termes, il constitue « l'expression directe de la souveraineté nationale »<sup>200</sup>, traduisant une attitude énonciative analytique. Il y applique ensuite l'ensemble des règles constitutionnelles et organiques qui définissent son rôle d'instrument de la rationalisation parlementaire, allant même jusqu'à les citer *in extenso*, dans un but apparent de justesse vis-à-vis de celles-ci. Ainsi, il rend une décision de fin de non-recevoir qu'il présente comme n'étant pas dépendante de sa volonté mais découlant rationnellement de ce que la Constitution a fait de lui. Il se conforterait alors dans ce que Bernard Jackson appelle une « vérité fondée sur la correspondance » issue du syllogisme lui-même où la majeure et la mineure, disposées selon un procédé de langage narratif,

---

<sup>199</sup> Cf. LENOBLE J. et OST F., « Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique », Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1980, pp. 133-149.

<sup>200</sup> CC, n° 62-20 DC du 06 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962, Rec.*, p. 27, JO, 7 novembre 1962, p. 10778, cons. 2.

s'organisent autour d'une relation de cohérence rétrospective<sup>201</sup> de laquelle il ne tire aucune responsabilité.

147. Enfin, malgré sa vision décisionniste poussée à l'extrême quant au sens donné à la Constitution par la Haute instance, Michel Troper identifie une certaine attitude interprétative, un comportement discursif dans le but de masquer la réalité de son action de création et ainsi susciter l'adhésion. Il faut ici admettre que le juge, par la pratique du syllogisme se complait dans une technique d'interprétation visant à montrer une recherche d'un sens déjà contenu dans les mots même du texte interprété. Ce qui est communément nommé « l'interprétation-connaissance » satisfait effectivement, en accord avec l'analyse de Georges Vedel, à une « fonction sociale du droit » et à « la crédibilité de l'ordre juridique » dès lors qu'apparaît un juge « qui croit au maximum de contrainte dans l'accomplissement de sa mission » plutôt qu'à un « maximum de liberté »<sup>202</sup>. Aussi, le Conseil s'affirme comme appliquant objectivement le texte constitutionnel en ne faisant que découvrir un sens déjà présent dans ses dispositions, un sens connaissable et qu'il sait reconnaître<sup>203</sup>. Ainsi, il revêtirait le costume de ce que François Ost appelle le « juge jupitérien » dont les décisions sont marquées par une « rationalité déductive » faisant découler les « solutions d'espèce » de « règles générales », invoquant « à l'appui de l'interprétation » qu'il produit la « rationalité du législateur » – ici celle du souverain constituant – « garant de la cohérence logique et de l'harmonie idéologique du système »<sup>204</sup>. Une attitude rassurante puisqu'elle ôte toute responsabilité au juge constitutionnel concernant la mise en lumière d'un sens à la disposition interprétée, sens qui serait « déjà là » et ne serait pas le fruit d'une décision juridictionnelle autre que le choix parmi un panel de sens. Par conséquent, dissimulant son visage herculéen porté sur l'« invention » sous les traits d'un Jupiter conventionnel, le Conseil produirait un discours déclaratoire, (qui en définitive n'en serait pas un), désengagé vis-à-vis de l'objet même de

---

<sup>201</sup> Cf. JACKSON B. S., *Law, Fact and Narrative Coherence*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1988, pp. 58-60.

<sup>202</sup> Cf. VEDEL G., « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », in *Théorie et pratique du gouvernement constitutionnel*, La Garenne-Colombes, Éditions de l'Espace européen, 1992, p. 311 s.).

<sup>203</sup> Cf. TROPER M., « Le réalisme et le juge constitutionnel », in *Le réalisme en droit constitutionnel, Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, juin 2007, p. 127.

<sup>204</sup> Cf. OST F., « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in *La force du droit, panorama des débats contemporains*, BOURETZ P. (dir.), Esprit, Paris, 1991, p. 248.

son énonciation, et ce, dans le but de ménager certaines tensions quant à sa légitimité et à la susceptibilité des autres acteurs sociaux et politiques<sup>205</sup>.

**148.** En se bornant ostensiblement et de manière factice « à appliquer un droit préexistant »<sup>206</sup>, la Haute instance montrerait donc une physionomie discursive déclaratoire tenant à une déresponsabilisation illusoire dont la finalité s'inscrirait dans une volonté de conserver une harmonie systémique et idéologique. La mise en œuvre d'un dire soulignant linguistiquement l'adoption d'une attitude descriptive d'un état de fait accompli en dehors de l'énonciation forgerait l'apparence d'une prise de connaissance, potentielle ou effective, de cet état de chose, et déroberait à la vue de tous un décisionnisme aux allures arbitraires. S'exprimant de la même manière que le constituant lui-même, il participerait d'un discours constituant global versant dans la description d'un être objectif sans s'en montrer le créateur. Mais encore, si elle se manifeste ainsi au niveau du discours, cette forme particulière, la création constitutionnelle, trouverait sa spécificité dans les énoncés de la Constitution, lesquels, du fait de leur nature descriptive, attesteraient d'une performativité atypique.

## **§2 : La forme descriptive des énoncés**

**149.** Le descriptivisme formel de l'énonciation constitutionnelle offre à l'hypothèse d'une spécificité constative du dire constituant un éclairage intéressant. Si le caractère déclaratoire du discours montre un souverain en retrait vis-à-vis de la chose qu'il énonce, il semble que le niveau énonciatif aille dans un sens similaire. Mais si la Constitution se présente comme un discours constatant un état de chose, la qualité des énoncés constitutionnels opère suivant un procédé de langage s'inscrivant dans une description définitoire (A) qui laisse néanmoins entrevoir une apparente incompatibilité avec la notion de performativité (B).

---

<sup>205</sup> Sous la dénomination d'« Hermès », François Ost le présente d'ailleurs comme un juge s'adonnant à un jeu de rôle combinant « en proportion variable, la règle et l'aléa, la convention et l'invention », respectant ainsi « le caractère herméneutique ou « réfléchissant » du jugement juridique qui ne se ramène ni à l'improvisation, ni à la simple détermination d'une règle supérieure » (*ibid.*, pp. 264-265).

<sup>206</sup> Cf. TROPER M., « Le réalisme et le juge constitutionnel », *op. cit.*, p. 127.

## **A/ Des énoncés définitoires**

**150.** Loin de la performativité inhérente au dire juridique, les énoncés constitutionnels affichent une structure qui montre une différence notable. L'analyse tant de la syntaxe que du choix de certains mots fait apparaître une particularité inhabituelle pour le parler du droit constitutionnel en ce qu'il fait rejaillir une posture énonciative particulière traduisant une anomalie dans la conception même de la performativité. Aussi, l'étude des dispositions de la Constitution tend à dévoiler une attitude monstrative à travers des énoncés assertifs et descriptifs (1). Assimilable à un discours destiné à rapporter un fait, l'énonciation constitutionnelle présente alors une relation atypique entre le sujet et son prédicat, ainsi qu'entre le sujet et l'énonciateur, transformant la parole du constituant en une parole de nature assertive à propos d'un être (2) qui n'en dépendrait pas.

### 1. Des énoncés assertifs et descriptifs

**151.** Chacun des énoncés constitutionnels sont formulés au moyen d'un sujet excluant l'énonciateur de l'énonciation elle-même. Là où un performatif classique emploierait un sujet marqué par une réflexivité tel que « je » ou « nous » (à l'image de la réalisation de la promesse à travers les énoncés « je te promets » ou « nous te promettons » ou encore « je t'ordonne » ou « nous t'ordonnons »)<sup>207</sup>, le dire constitutionnel fait usage de la troisième personne. En effet, point de « je décide que la langue de la République est le français » ou encore de « je fais voter la loi par le Parlement », mais bien « la langue de la République est le français »<sup>208</sup> et « le Parlement vote la loi »<sup>209</sup>.

**152.** La troisième personne est par définition indexée à l'occurrence diverse de l'objet dont il est question et qui est non-identifiable à l'énonciateur, même par le jeu d'une solennité césarienne. Etablissant une distance entre ce dernier et ce qui fait l'objet de

---

<sup>207</sup> François Récanati trace un bref exposé de cette notion de réflexivité en reprenant l'analyse de pronoms personnels tels que « je » de Burks et Reichenbach lesquels les désignent tantôt comme des symboles indexicaux, tantôt comme des token-reflexives, associés à l'occurrence qu'ils représentent en réfléchissant l'énonciateur au sein même de l'énoncé. Il en conclut que « je » (et c'est aussi valable pour « nous ») représente celui qui l'énonce. On se retrouverait alors devant des énoncés indexicaux, des énoncés ambigus au sens de Bar-Hillel intégrant l'énonciateur dans l'énoncé lui-même et créant une distance purement fictive entre l'état de chose rapporté par l'énoncé (cf. RECANATI F., *Les énoncés performatifs : contribution à la pragmatique*, Paris, Minuit, 1986, p. 17).

<sup>208</sup> Art. 2 de la Constitution du 4 octobre de 1958.

<sup>209</sup> Art. 24 de cette même Constitution.

l'énoncé<sup>210</sup>, cette attitude énonciative montre une situation du sujet au regard de l'énonciateur, caractérisant l'absence de réflexivité. Autrement dit, ce n'est pas le locuteur qui se met en scène à travers son énoncé en accomplissant une action déterminée. Il se place en simple observateur du monde qu'il décrit, et ne fait que mettre en avant un état de chose extérieur à sa volonté.

**153.** Autre élément jurant avec la qualité performative, celle des verbes utilisés. Une lecture simple des énoncés constitutionnels révèle un ensemble d'affirmations sur le fonctionnement des institutions du régime en place quel que soit son type. Une analyse primaire des dispositions des divers textes constitutionnels que la France a pu adopter dévoile une particularité matérialisée par l'emploi de verbes d'état qui se distinguent des verbes dits d'action. Il est aisément possible d'observer un usage fréquent du verbe « être » à l'image de l'article 52 qui dispose que le Président de l'Assemblée Nationale, comme celui du Sénat « est élu » ou encore que les fonctions de membre du Conseil constitutionnel « sont incompatibles » avec celles de ministre ou de parlementaire. D'autre part, le verbe « avoir », dont la qualité de verbe d'état est tout aussi indéniable, est lui aussi présent, dans une moindre mesure, dans le phrasé constitutionnel. Il est possible de relever des énoncés tels que « le président de la République a le droit de grâce à titre individuel »<sup>211</sup> ou bien « les membres du Gouvernement ont accès aux deux assemblées »<sup>212</sup>. De plus, on observe aussi d'autres verbes du même type comme « comprendre »<sup>213</sup>, « comporter »<sup>214</sup>, ou « appartenir »<sup>215</sup>, symbolisant le rapport d'un état émanant d'un fait indépendant de la volonté de l'énonciateur qui ne fait apparemment ici que le rapporter, le décrire en désignant au niveau du prédicat le ou les attributs du sujet de l'énoncé. Pareil choix de vocabulaire conférerait une valeur assertive et descriptive aux énoncés qui en ferait l'objet.

---

<sup>210</sup> Benveniste avait d'ailleurs l'habitude d'opposer cette troisième personne avec les première et seconde, lesquelles indiquent respectivement l'individu responsable de l'énonciation et son allocataire en les présentant directement dans l'énonciation elle-même. La troisième personne serait alors la « personne absente » du fait qu'elle ne retranscrit aucune relation entre le locuteur et l'énonciation (*cf.* BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale*, 2, Paris, Gallimard, 1974, pp. 80-82).

<sup>211</sup> Art. 17 de la Constitution de 1958.

<sup>212</sup> Art. 31 de la même Constitution.

<sup>213</sup> *i.e.* « Le Conseil de la magistrature comprend une formation compétente à l'égard des magistrats du siège et une formation compétente à l'égard des magistrats du parquet » (art. 65 de la Constitution de 1958).

<sup>214</sup> *i.e.* « La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental » (art. 37-1).

<sup>215</sup> *i.e.* « L'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement » (art. 39).

**154.** Néanmoins, il semble falloir distinguer entre deux fonctions inhérentes à ces deux verbes : celle de verbe à part entière et celle d'auxiliaire. En effet, la signification du mot dépend en grande partie de la fonction qu'il assure dans l'énoncé en ce qu'il apporte une plus value différente suivant son rôle<sup>216</sup>. Ainsi, « être » et « avoir » en tant qu'auxiliaires pourraient n'avoir pas la même valeur qu'en tant que verbe classique. Et pourtant ! Les occurrences montrant « être » et « avoir » comme auxiliaires semblent font ressortir un commentaire du fait accompli sous les yeux du locuteur<sup>217</sup>. Cet emploi grammatical révèle une transformation d'un acte réalisé à travers un verbe dit d'action en le reléguant à la condition d'évènement passé. Dès lors, « avoir » et « être » reporteraient leur fonction descriptive sur le verbe qu'ils assistent et relativiseraient leur nature actionnelle au point de leur substituer la leur.

**155.** Toutefois, la Constitution contient moult énoncés articulés autour de verbes d'action simples et n'arborant pas de fait une attitude descriptive. Des exemples comme « vote », « détermine » ou encore « adopte », « veille » ou « statue » se rencontrent régulièrement dans le dire constitutionnel, quelle que soit l'institution en question et semblent aller à l'encontre d'une lecture du texte censée faire valoir la retranscription d'un état. Pareil choix énonciatif paraît montrer une intention visant à donner un mouvement à l'énoncé afin d'opérer la transposition d'un acte dans la parole constitutionnelle elle-même. Or, il est nécessaire de les réintégrer dans une énonciation plus globale mettant en lumière le type de sens descriptif ou pragmatique de la parole constitutionnelle, lequel varie, au sens de Recanati selon son utilisation<sup>218</sup>. Il semble que l'écriture assertive et descriptive ne mène à première vue qu'à la retranscription d'un acte passé malgré l'emploi de verbes d'action. Chacun des verbes employés contient en lui-même des propriétés qu'il transmet au sujet grammatical et peut être transposé en un énoncé formulé à l'aide d'un auxiliaire « être » ou « avoir ». Une telle opération linguistique transformerait ainsi l'hypothétique action en une sorte d'attribut du sujet, convertissant l'action contenue dans le verbe en une compétence, une faculté, ou tout simplement un rôle spécifique à jouer. De plus, présentés sous leur forme simple, ces verbes traduiraient une attitude énonciative

---

<sup>216</sup> Les auxiliaires ont cette particularité d'avoir une valeur double, une valeur syntaxique en raison de l'aide qu'ils apportent à la construction de temps composés ou de structures grammaticales mais aussi une valeur énonciative en ce qu'ils marquent en surface une relation directe entre l'énonciateur et son énoncé.

<sup>217</sup> De la même manière que le commentateur sportif s'écriera « il a subtilisé le ballon » ou bien « il est déclaré forfait ».

<sup>218</sup> Cf. RECANATI F., *Les énoncés performatifs : contribution à la pragmatique*, op. cit., pp. 31 et s. Ce serait donc la finalité de l'énoncé qui communiquerait sur la qualité pragmatique ou descriptive de celui-ci.

neutre car ils ne portent aucune marque spécifique se rapportant à l'énonciateur. Ceci empêche ainsi de les assimiler directement à l'acte de langage austinien qui requiert cette présence énonciative, un engagement du locuteur. L'analyse liminaire de la Constitution tendrait donc à la concevoir comme un discours rapporté sur l'acte constituant. En d'autres termes, le texte ne serait pas l'acte en lui-même mais un rapport descriptif et définitoire sur ce qui fut fait par le pouvoir constituant. Il n'interviendrait alors pas sur le produit de cet acte autrement qu'en exposant le résultat de l'acte de volonté du souverain.

**156.** De même, l'emploi des verbes « pouvoir » et « devoir » requiert une analyse, bien que sommaire. Beaucoup d'énoncés constitutionnels contiennent ces instruments linguistiques de modalisation en particulier le premier. En effet, il est disposé dans la Constitution que le Premier ministre « peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres »<sup>219</sup> ou bien que les membres du Gouvernement « peuvent se faire assister par des commissaires du Gouvernement »<sup>220</sup> ou encore que « les assemblées peuvent voter des résolutions... »<sup>221</sup>. Moins présent dans le texte constitutionnel, l'emploi du verbe « devoir » se retrouve tout de même à l'article 50 par exemple, lequel dispose que « lorsque l'Assemblée nationale adopte une motion de censure ou lorsqu'elle désapprouve le programme ou une déclaration de politique générale du Gouvernement, le Premier ministre *doit* remettre au Président de la République la démission du Gouvernement » ou à l'article 61 alinéa 3 disposant que « dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil constitutionnel *doit* statuer dans le délai d'un mois ».

**157.** On pourrait imaginer que chacun d'eux établit, à l'image d'une règle normative, une obligation ou encore une permission<sup>222</sup> au regard de la signification objective de ces termes. Cependant, il apparaît possible de considérer « peut » et « doit » autrement que comme des opérateurs normatifs, ou comme Paul Amselek les désigne comme des « foncteurs déontiques ». Du reste, il en tire la conclusion qu'ils n'en sont pas mais traduisent plutôt la description du « mode de survenance d'une chose » sans représenter un

---

<sup>219</sup> Art. 21 al. 2 de la Constitution de 1958.

<sup>220</sup> Art. 31 al. 2 de la même Constitution.

<sup>221</sup> Art. 34-1 de la même Constitution.

<sup>222</sup> Norberto Bobbio distingue d'ailleurs deux types de normes impératives et permissives, les premières établissant une obligation externe, les secondes exprimant une faculté (cf. BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1998, p. 124).



« marquage intentionnel de la fonction normative de son énoncé par le locuteur »<sup>223</sup>. Cet angle de vue enjoint à considérer l'intervention de ces deux modaux comme indiquant non pas une norme mais bien une modalité d'apparition conditionnée par la réalisation d'un acte ou bien d'une situation déterminée. Là encore, la qualité performative n'est pas évidente du fait de la désactualisation qu'ils produisent, laquelle renverrait à l'assertion d'un être.

## 2. L'assertion d'un être

**158.** Souscrire à une telle lecture du dire de la Constitution conduit à l'apprécier au regard de la distinction humienne entre l'être et le devoir-être. Les énoncés de 1958 rapporteraient-ils un être ou un devoir-être ?

**159.** Au vu des développements précédents, il s'avère que le premier prime sur le second. Rien dans la structure des énoncés, ni même dans le contexte ne permet de dire qu'ils peuvent être apparentés à un *devoir-être* qu'il faut respecter sous peine d'une sanction particulière. Au contraire, ils présenteraient plusieurs caractéristiques identifiables à un discours au sujet d'un être au regard d'une apparence sensiblement descriptive n'ayant à l'évidence pas la physionomie d'une norme à proprement parler. Par ailleurs, ceci semble recouvrir une autre distinction linguistique cette fois, exposée par Emile Benveniste à travers l'opposition entre le *dictum* assimilé à un énoncé performatif et le *factum* relatant un fait extérieur<sup>224</sup>. En poussant plus loin la comparaison avec le *dictum*, ce dernier semble se présenter accompagné d'un verbe « déclaratif-jussif »<sup>225</sup> conjugué à la première personne du présent de l'indicatif. Or, les énoncés constitutionnels sont certes généralement exprimés au présent<sup>226</sup> mais comme exposé plus avant dans cette démonstration, ils ne sont énoncés qu'à la troisième personne.

---

<sup>223</sup> Cf. AMSELEK P., « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », in *La théorie des actes de langage, éthique et droit*, op. cit., pp. 142-143.

<sup>224</sup> Cf. BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale*, 1, op. cit., pp. 271-272.

<sup>225</sup> Le déclaratif-jussif est un verbe exprimant, à la première personne et de manière explicite, la performance d'un ordre ou d'un commandement (par exemple : *je décrète, j'ordonne, je commande...*).

<sup>226</sup> Certains énoncés constitutionnels sont malgré tout rédigés au futur de l'indicatif. Cette forme énonciative formellement désactualisée, renvoie à un repère virtuel fictif. A ce titre, il ne peut être considéré comme véritablement définitoire du fait qu'il reporte à plus tard l'événement décrit, tout en le subordonnant à une réalisation virtuellement envisagée. Cependant, ils ne portent que sur la tenue d'élections législatives ou d'événements ne relevant pas de l'être de l'Etat ou de la société.



**160.** Une fois de plus la forme énonciative empêche d'entrevoir au terme d'une première lecture la performance d'une quelconque action dans sa forme type établie par Austin et relayée par les théoriciens des actes de langage. Tout au plus, ils se montrent comme un simple ensemble de définitions correspondant à un *factum* formel loin des canons élaborés par le maître d'Oxford<sup>227</sup>. Descriptive et désengagée, cette énonciation refuse que les énoncés constitutionnels soient envisagés sous un angle prescriptif. En apparence plus proche de *l'être* que du *devoir-être*, elle se présente comme relatant un état de chose plutôt que disposant un ensemble d'obligations, de commandements ou bien de permissions.

**161.** Un tel constat invite à s'interroger sur le caractère objectif de l'énoncé au sens de Gardiner<sup>228</sup>. Ici, la chose-signifiée semble être non pas dans l'énoncé lui-même comme c'est le cas dans l'énoncé performatif, mais bien « en dehors des mots »<sup>229</sup>, lesquels ne font figure que de représentation de cette chose. Si l'action est contenue au sein même de l'énoncé performatif, il serait auto-suffisant en ce qu'il ne serait pas permis de penser cette action autrement que par le fait de prononcer cette action dans un contexte donné. Une caractéristique qui n'est *a priori* pas présente s'agissant les énoncés constitutionnels puisqu'ils n'expriment aucune action.

**162.** La vulgaire lecture de ceux-ci tendrait alors à révéler une distance entre l'énoncé et ce dont il traite. En effet, il est difficilement acceptable, à ce stade, d'opérer une confusion des deux, de voir ce que Benveniste ou encore Ducrot nomme une « *sui-référence* »<sup>230</sup> apparente dans les dispositions du sommet de la hiérarchie des normes. La référence de l'énoncé constitutionnel se situerait donc dans un état de chose indépendant de ce dernier et dont la survenance serait antérieure ou bien simultanée sans qu'elle n'y soit liée. Cette

---

<sup>227</sup> A ce sujet, Anne Jaubert montre de manière effective que ce qui fait d'un énoncé un énoncé performatif, c'est véritablement le caractère dominant et invariant du *dictum* (cf. JAUBERT A., *La lecture pragmatique*, Hachette, Paris, 1990, p. 128). *A contrario*, l'énoncé descriptif aura ainsi le *factum* comme caractère dominant.

<sup>228</sup> Gardiner distingue le sens de ce qu'il appelle la « chose-signifiée » (assimilable à la signification) de l'énoncé. Le premier aurait un caractère subjectif en ce qu'il dépend de l'attitude du locuteur, tandis que le second concernerait le rapport qu'entretient l'énoncé avec ce qu'il représente (cf. GARDINER A. H., *Langage et acte de langage. Aux sources de la pragmatique*, Presses Universitaires de Lille, 1989, p. 36).

<sup>229</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>230</sup> Cette notion est définie par Benveniste et Ducrot comme la faculté de l'énoncé à se référer à une réalité qu'il constitue lui-même ou qui comporte dans son sens une allusion à son énonciation (Cf. BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale, 1, op. cit.*, p. 274 ; DUCROT O., *Dire et ne pas dire : principes de sémantique linguistique*, Paris, Hermann, DL, 1991, p. 291). Sandra Laugier, quant à elle, met en lumière le positionnement de Reinach exprimant sur ce point une unité entre l'énoncé et l'acte qui le met en œuvre (cf. LAUGIER S., « Actes de langage et état de choses : Austin et Reinach », *Les études philosophiques*, 2005/1, n° 72, p. 84).

idée fait d'ailleurs écho avec le fameux « tableau du monde » de Wittgenstein, transposant la réalité<sup>231</sup> et contenant la possibilité même de cet état de chose qu'il représente<sup>232</sup>. La description proposée par la Constitution ferait alors apparaître l'image d'une réalité dont l'énonciation n'est pas responsable et existe indépendamment de celle-ci. Aussi, l'analyse présentée ci-dessus apparaît comme relevant principalement de la fonction poétique, laquelle serait exacerbée au regard du choix du vocabulaire<sup>233</sup>. Assurément, le choix d'adopter des verbes d'état, ou bien transposables comme tels, viendrait montrer un accent mis sur un message spécifique porté sur la mise en avant d'un fait ainsi que son explication. A ce titre, il serait comparable au langage scientifique avec la capacité d'être vérifié avec le fait auquel il correspond.

**163.** Toutefois, il est impossible de subordonner la qualification de performatif à la forme énonciative. Si l'on admet comme Paul Amssek que cette forme n'influe pas sur l'acte de langage en lui-même, une forme descriptive ne devrait pas relativiser la nature active de la parole constitutionnelle qui peut valablement exprimer un *dictum* de manière impersonnelle et à la troisième personne<sup>234</sup>. Le performatif constitutionnel se présente donc comme une sorte de métalangage descriptif et définitoire. Il rappellerait un acte passé tout en fixant les règles de fonctionnement de l'Etat mais dont la spécificité contrarierait de manière générale les canons primaires posés par le fondateur même de la théorie des actes de langage.

### **B/ Une forme *a priori* opposée à la performativité**

**164.** Alors qu'on était en droit d'attendre une « énonciation active » propre à la performativité<sup>235</sup>, une forme « contemplative » de l'énonciation est aisément observable à la lecture des énoncés constitutionnels, s'opposant ainsi viscéralement à l'idée même de ce qui est performatif. Une antinomie fondamentale qui fut la raison d'être de la mise en lumière de cette catégorie d'énoncés traduisant ce que Wittgenstein appelait « les jeux de

---

<sup>231</sup> Cf. WITTGENSTEIN L., *Tractatus Logico-philosophicus*, Paris, Gallimard, 1961, p. 33.

<sup>232</sup> *Ibid.*, p.35.

<sup>233</sup> La fonction poétique se caractérisant par l'accent mis sur le message pour son propre compte, le choix d'un vocable axé sur l'existence d'un état de chose et sur sa forme viendrait corroborer une volonté assertive sur l'être de celui-ci.

<sup>234</sup> Cf. BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale, I, op. cit.*, p. 272.

<sup>235</sup> Cf. JAUBERT A., *La lecture pragmatique*, Paris, Hachette, 1990, p. 127.

langage »<sup>236</sup>, ou encore ce que Hobbes considérerait comme des usages et des abus du langage<sup>237</sup>. Une vision qui tranchait déjà avec la vision éculée d'un langage dont l'unique rôle était de représenter le monde. Le passage d'un cognitivisme linguistique à un activisme oblige donc à repenser l'attitude énonciative en distinguant ce qui relève du seul constat d'un état de chose de ce qui le fait advenir. De ce point de vue, les énoncés constitutionnels, de par leur structure syntaxique ne réunissent pas *a priori* les conditions requises pour être qualifiés de performatifs. Ils s'apparenteraient alors à des énoncés constatifs selon la césure primaire opérée par John L. Austin lui-même. Toutefois, au regard de la fragilité de la distinction entre performatif et constatif (1), l'énonciation constitutionnelle laisserait entrevoir une performativité qui serait implicite (2).

### 1. La fragile distinction entre constatif et performatif

**165.** S'opposant à ce qu'il nomme « une vieille présupposition » visant à assimiler le fait de dire à une assertion<sup>238</sup>, le maître d'Oxford propose une conception de l'usage du langage axée sur le niveau illocutoire de l'acte de parler. Il met ainsi certains types d'énoncés face à d'autres qui en seraient dépourvus du fait de leur nature descriptive en différenciant ce qui ne ferait qu'affirmer quelque chose et ce qui produirait un acte de langage particulier.

**166.** Cette opposition, basée sur une forme énonciative spécifique, marquerait d'un côté l'engagement du locuteur à effectuer cet acte tandis que de l'autre côté, l'énoncé constatif serait caractérisé par une forme à travers laquelle il ne s'investit pas vis-à-vis de l'état de chose concerné. Autrement dit, et c'est ce qui fait l'élément principal de la distinction, l'énonciation constative négligerait l'aspect illocutoire pour se concentrer sur l'aspect locutoire, la correspondance entre l'énonciation et les faits. L'énonciation performative, quant à elle, minimiserait ce détail pour focaliser sa force sur l'illocutoire<sup>239</sup>. Le niveau illocutoire affiche ainsi une approche pragmatique du langage qui fait la différence entre le dire qui agit et le dire qui décrit. De cette manière, le langage serait considéré comme

---

<sup>236</sup> Cf. WITTEGENSTEIN L., *Investigations philosophiques*, Paris, Gallimard, 2005, *passim*.

<sup>237</sup> Cf. HOBBS T., *Léviathan*, TRICAUD F. (trad.), Paris, Dalloz, 1999, pp. 28-29.

<sup>238</sup> Cf. AUSTIN J.-L., *Quand dire, c'est faire*, Paris, Le Seuil, 1991, p. 47.

<sup>239</sup> *Ibid.*, pp. 148-149.

« une puissance d'agir »<sup>240</sup> et n'est plus un simple instrument renvoyant à un référent qui lui serait extérieur. Il deviendrait alors *sui-référentiel*, constituant son propre référent<sup>241</sup>. Par conséquent, l'énoncé *est* l'acte désignant à la fois la performance de parole et son performeur<sup>242</sup>, et dont l'énonciation se présente comme la réalité même de ce qui est dit<sup>243</sup>. A l'inverse, l'énoncé constatif requiert que soit faite la concordance entre ce qui est dit et ce dont on parle, entre la signification de l'énoncé et l'état de chose qu'il représente. C'est de cette concordance qu'il tire sa raison d'être et son efficacité en ce qu'il a pour finalité de communiquer une information sur son objet tout en créant une relation d'interdépendance entre la description et la chose décrite. Il ne se suffit donc pas à lui-même et oblige à observer son exactitude avec la réalité qu'il représente sous le prisme de la vérité et de la fausseté.

**167.** On touche alors à un autre élément distinctif du performatif vis-à-vis de l'énoncé constatif. En effet, comme le rappelle Sandra Laugier, Austin insiste sur « les échecs de l'acte de langage »<sup>244</sup> lesquels ne remettent pas en cause l'acte en question mais favorisent la conception active de la parole. Austin disposait plusieurs catégories d'échecs qu'il nomme « insuccès ». A ce titre, il établit six règles pour ce qu'il appelle « un performatif heureux ». Il détermine ainsi la nécessité d'une parole prononcée suivant une procédure spécifique, dans certaines circonstances par des personnes habilitées (A.1). Mais il pose aussi l'exigence de l'adéquation entre la mise en œuvre de la procédure et lesdites circonstances (A.2). Il faut en outre que la procédure soit correctement (B.1) et intégralement (B.2) exécutée. Enfin, il requiert une intention des participants en ce sens (Γ.1) et qu'ils se comportent en fait comme effectuant l'acte (Γ.2)<sup>245</sup>.

**168.** Néanmoins, ces prérequis, s'ils s'accordent avec les exigences juridiques, ne rendent pas compte de tous les actes de langage. L'avertissement ou la promesse ne semblent pas *a priori* se conformer à une procédure particulière, à moins de considérer le type d'énonciation comme une procédure au sens large du terme. Cependant, à cet égard,

---

<sup>240</sup> Cf. BUTLER J., *Le pouvoir des mots, politique du performatif*, Paris, éditions Amsterdam, 2004, p. 29.

<sup>241</sup> Cf. HARARI R., « L'acte de parole : réel et vérité », *Cliniques méditerranéennes*, 2003/2, n° 68, p. 167.

<sup>242</sup> Cf. BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale, 1*, op. cit., p. 274.

<sup>243</sup> Cf. DUCROT O., *Dire et ne pas dire : principes de sémantique linguistique*, op. cit., p. 297.

<sup>244</sup> Elle continue en présentant cette dimension comme « cruciale pour repenser le lien de l'acte de langage et du droit » (cf. LAUGIER S., « Performativité, normativité et droit », *Archives de Philosophie*, 2004/4, Tome 67, p. 608).

<sup>245</sup> Cf. AUSTIN J.-L., *Quand dire, c'est faire*, op. cit., pp. 49-50.

ils apparaissent tout de même différents des énoncés constatifs. La correspondance aux faits est ici un acquis sans quoi il serait impossible de parler d'acte. Postuler autrement reviendrait à nier la qualité *sui-référentielle*, inhérente à l'acte de langage. Ils sont nécessairement vrais, ou plutôt, ils ne sont ni vrais ni faux puisque cette question ne se pose pas. Leur vérité subordonnant leur existence en tant que tels, ils ne peuvent se voir attribuer la qualité performative que s'ils représentent l'action qu'ils effectuent, sans quoi l'acte ne serait pas accompli et donc ne serait pas<sup>246</sup>. Ainsi, à l'instar du droit en tant qu'énoncés prescriptifs, ils ne peuvent s'analyser en vertu de leurs conditions de vérité car « c'est précisément la possibilité de l'échec qui définit l'acte de langage comme acte »<sup>247</sup>.

**169.** Sur ce point, ils se montreraient bien différents des énoncés constatifs, lesquels peuvent par contre, comme toute assertion au sujet de quelque chose, être jugés vrais ou faux suivant leur degré d'adéquation au regard des faits. Leur essence descriptive permettrait donc de s'attacher à déterminer s'ils rendent justice aux faits (*fair to facts*)<sup>248</sup>. Pour Austin, « les faits sont ce qu'affirme une assertion vraie » (*facts are what a true statement states*)<sup>249</sup>. Ainsi, à l'inverse, une assertion vraie « correspond valablement avec les faits » qu'elle énonce (*fits to the facts*). Dès lors, une assertion qui échouerait à cette synchronisation factuelle serait considérée comme fausse en ce qu'elle aurait failli à représenter l'état de chose censé justifier sa vérité. Il faut donc « élucider sa condition de vrai ou de faux » du fait que le langage est ici utilisé comme « un instrument pour rendre compte d'une réalité qu'il gloserait et avec laquelle il semblerait vouloir se mimer »<sup>250</sup>.

**170.** Si l'on s'en tient à la raison d'être d'un énoncé constatif, qui est de rendre compte d'un état de chose sensible, sa fausseté devrait alors contrarier son existence même en tant que tel. Une description erronée des faits n'en serait plus une description mais une affabulation dont la nature constative peut être contestée. Toutefois, une assertion reste une assertion, quand bien même elle serait fausse. Elle ne perd pas sa qualité du seul fait qu'elle ne rendrait pas justice à la réalité qu'elle prétend représenter. Renverser la vérité

---

<sup>246</sup> Lorsque nous promettons, le destinataire se pose-t-il vraiment la question de la vérité de la promesse ? Si oui, il remet en cause l'acte en lui-même et non notre capacité à la tenir. Cet élément ne peut donc pas s'évaluer à travers le prisme de la vérité ou du faux, à moins que l'énonciation soit ambiguë, mais là encore, c'est l'existence même de l'accomplissement d'un acte qui est jugée et non sa justesse au regard du succès de la promesse.

<sup>247</sup> Cf. LAUGIER S., « Actes de langage et état de choses : Austin et Reinach », *op. cit.*, p. 93.

<sup>248</sup> Cf. AUSTIN J. L., « Unfair to facts », in *Philosophical papers*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 102 et s.

<sup>249</sup> *Ibid.*, p. 118.

<sup>250</sup> Cf. HARARI R., « L'acte de parole : réel et vérité », *op. cit.*, p. 167.

d'une assertion telle que « la Terre est plate » n'anéantit pas celle-ci mais propose une représentation autre qui n'est plus celle qui était convenue jusque-là. Elle continue à affirmer une correspondance, certes fausse, mais une correspondance tout de même, au regard d'un fait auquel elle ne rend plus justice contrairement à un énoncé performatif qui serait considéré comme n'étant pas vrai. Aussi, une « fausse promesse » constituerait un abus de langage car elle deviendrait oxymoresque : une promesse est vraie ou elle n'est pas, tandis qu'une telle affirmation sur la valeur de la promesse ne perdrait pas sa qualité assertive dans le cas où la promesse serait tenue.

**171.** On entrevoit ici une faille dans la distinction, faille qui a conduit Austin lui-même à relativiser son propos comme l'évoque Paul Amselek, en qualifiant les énoncés constatifs de « variété particulière de performatifs »<sup>251</sup>. Aussi, l'énonciation constitutionnelle, relevant apparemment de la catégorie des constatifs, pourrait révéler une performativité implicite.

## 2. Une performativité constitutionnelle implicite

**172.** Il n'y aurait pas de critère grammatical permettant de démontrer la présence d'un performatif ou bien d'un constatif, « la même phrase pouvant être employée, selon les circonstances, des deux façons : performative ou constative »<sup>252</sup>. De cette manière, un performatif peut très bien être formulé à la troisième personne et revêtir les oripeaux d'un constat tel que « le taureau est dangereux », ce qui ne lui enlève pas sa qualité d'avertissement, qu'il soit accompagné d'une locution comme « attention », explicitant l'acte, ou non.

**173.** C'est au final une interprétation circonstancielle qui va déterminer la nature active ou descriptive de l'énoncé. Cette condition renvoie à une autre distinction issue des conférences compilées dans *Quand dire, c'est faire* entre les performatifs explicites et les performatifs primaires. S'agissant des premiers, l'énoncé, souvent énoncé à la première personne, se montre comme le reflet direct de l'acte<sup>253</sup> tandis que les seconds, généralement exprimés à la troisième personne, requièrent une lecture au regard du

---

<sup>251</sup> Cf. AMSELEK P. « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », *op. cit.*, p. 132.

<sup>252</sup> Cf. AUSTIN J.-L., *Quand dire, c'est faire*, *op. cit.*, p. 89.

<sup>253</sup> *Ibid.*, pp. 62-63.

contexte pour en dégager l'acte de langage<sup>254</sup>. Ces derniers montrent aisément le flou de la frontière entre constat et performance linguistique puisqu'il faut lire entre les lignes pour savoir de quoi il s'agit. Un énoncé performatif peut donc apparaître sous n'importe quelle forme à partir du moment où le destinataire est placé dans une situation autre que la réception d'une information exclusivement liée à un fait brut qu'il s'agit de représenter afin d'en communiquer les différents traits. Par conséquent, le niveau locutoire, s'il peut éclairer sur la nature performative de l'énoncé, n'est pas un indice suffisamment fiable pour détecter un énoncé constatif. Au-delà, il semble que la distinction entre les énoncés constatifs et les énoncés performatifs soit à relativiser. Décrire le monde c'est d'une certaine manière l'interpréter, porter un jugement sur ce réel qui est constaté, qu'il soit vrai ou faux. C'est aussi se positionner vis-à-vis de lui, c'est de toute évidence une mise en lumière d'un fait à travers un prisme particulier suivant une méthodologie personnelle ou appartenant à une vision doctrinale ou philosophique donnée.

**174.** Ainsi, plus qu'un constat, où la neutralité serait de mise au regard du fait décrit, il y aurait une action cumulée déformant la réalité dans un sens choisi à l'avance. Dans cette optique, l'énoncé purement constatif chargé de représenter le monde, de mettre celui-ci en parole afin d'échanger à son propos, paraît difficile à trouver tant l'objectivité à travers les mots ne peut trouver d'effectivité que dans un contexte linguistique conventionnellement établi<sup>255</sup>. De ce fait, comme a pu l'affirmer Marie-Louise Pellegrin-Rescia, « décrire c'est en même temps juger (et non seulement représenter) » la réalité selon une vision culturellement ancrée dans le système linguistique employé. Le réel ne serait alors pas à penser « comme un « fait » ou comme une « donnée » indépendante de notre façon de l'énoncer, de le performer » mais procéderait plutôt de la traduction et/ou de la représentation *objective* que l'on se fait de la réalité<sup>256</sup>.

**175.** En outre, décrire est un acte en lui-même. Austin a pu personnellement convenir qu'« asserter quelque chose revient à effectuer un acte, tout autant que donner un ordre ou

---

<sup>254</sup> Pour une analyse de ces types de verbe voir AUSTIN J.-L., *Quand dire, c'est faire, op. cit.*, pp. 155-164.

<sup>255</sup> La description d'un cerisier sera suivant le code adopté, l'arbre offrant des fruits en été, tandis qu'il sera l'arbre qui fleurit au printemps suivant un autre (cf. VIALA A., « Aux sources de la controverse juridique : la force des mots », in SUEUR J.-J (dir.), *Interpréter et traduire*, Actes de colloque international des 25 et 26 novembre 2005, Faculté de droit de Toulon, Bruylant, 2007, p. 204).

<sup>256</sup> Cf. PELLEGRIN-RESCIA Marie-Louise, « Enoncer l'éthique ou la puissance du performatif », *Nouvelle revue de psychosociologie*, 2007/1, n° 3, p. 142.



donner un avertissement »<sup>257</sup>. Un tel postulat revient sans nul doute à nier toute distinction entre les énoncés de type constatatif et ceux de type performatif. Constaté ne serait en définitive qu'une action particulière, qu'une catégorie de performance, au même titre que les autres, à ceci près qu'elle se baserait sur une réalité *a priori* objective. En suivant cette logique, les énoncés constitutionnels ne peuvent être considérés autrement que comme des énoncés performatifs. Leur formulation descriptive, aussi définitoire soit-elle, semblant se confondre avec la constatation d'un état de chose existant en dehors de l'énonciation, ne saurait échapper à l'activisme langagier de la performativité linguistique. Si décrire et constater c'est faire, alors les énoncés constitutionnels font, et ce, à travers la performance d'une représentation de l'Etat, de ses institutions et de leur fonctionnement. Or, vu sous cet angle, ils ne paraissent pas pouvoir échouer car il suffirait de les confronter au jeu politique et juridique, à la marche des institutions, pour déterminer une correspondance à l'égard du fait qu'ils décrivent. A ce titre, ils seraient ou vrais ou faux. Mais les faits constatés n'étant visiblement pas d'une nature identique à celle des faits bruts, une telle opération présenterait une difficulté fonctionnelle tant leur forme peut parfois dépendre de l'interprétation qui en est faite.

**176.** Dès lors, leur compétence performative oblige à considérer autrement leur faculté à échouer. L'insuccès pourrait alors venir de l'incapacité à produire l'état de chose représenté. La Constitution du 4 octobre 1958 présente par exemple le Président de la République comme un arbitre au dessus des partis<sup>258</sup>. Cependant la réalité est toute autre. L'ensemble des énoncés constitutionnels n'a pu faire advenir ce fameux arbitre en ce qu'une lecture d'ensemble révèle un chef de la majorité parlementaire au regard de la durée de son mandat et de la concomitance des élections présidentielles et législatives. Il faut ajouter à cela les pouvoirs propres dont il dispose, lesquels le portent à la plupart (sinon tous) des stades de la prise de décision. Une telle distorsion entre la figure de l'arbitre et sa position politique et décisionnelle ne peut conduire qu'à voir dans la définition posée à l'article 5 de la Constitution un échec dans la création d'un médiateur a-partisan.

**177.** Aussi, si l'échec caractérise le performatif, le constat constitutionnel ne peut être considéré autrement que comme tel et doit être pris comme un énoncé agissant par le fait

---

<sup>257</sup> Cf. AUSTIN J. L., « Performative utterances », in *Philosophical papers*, op. cit., p. 238.

<sup>258</sup> Art. 5 de la Constitution de 1958.



de dire. Il est possible de tirer des conclusions comparables de l'article 3 de la Constitution. Dans son libellé, il tend à constater que la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exercerait par ses représentants. Ceci supposerait l'assertion qui devrait logiquement s'en suivre déclarant un mandat populaire desdits représentants. Et pourtant, il n'en est rien puisque l'article 27 dispose que « tout mandat impératif est nul ». Néanmoins, le constituant n'a pu avoir constaté la réunion de ces deux facteurs sauf à trahir l'un ou l'autre ou à observer la dépossession de sa souveraineté à celui qui en est son titulaire. A s'en tenir à une classification académique tenant à la distinction entre souveraineté nationale et souveraineté populaire, il est possible de voir ici de la part du constituant une erreur sur l'attribution de la souveraineté nationale au peuple alors qu'elle reviendrait logiquement à la Nation.

**178.** Mais il est difficile de soutenir que l'auteur de la Constitution se soit trompé, il n'a pu affirmer quelque chose de faux. Il y aurait alors les indices d'un insuccès dans la création de la chose représentée. De cette manière, le constituant aurait échoué à faire advenir un arbitre ou encore un peuple détenteur de la souveraineté. Force est de constater ici qu'au regard de la nature de la performativité constitutionnelle, à l'instar de la performativité littéraire, l'échec ne peut s'envisager sous peine de remettre en cause la création elle-même. L'énoncé crée tout simplement autre chose, une chose qui peut rompre avec la conception traditionnelle qu'on en a. Par conséquent, si la forme constative paraît contrarier la performativité des énoncés constitutionnels, il faut néanmoins postuler leur vérité vis-à-vis de la chose constatée, de la chose qui est en définitive créée par le fait de dire. En outre, l'échec ne pourra se comprendre qu'à l'égard d'un acte d'interprétation, qui ne reconnaîtra pas la chose telle que l'auteur l'aura voulue, et sera imputable à une imprécision volontaire ou non de l'énoncé.

**179.** Ainsi, aussi descriptif qu'il puisse être, le texte constitutionnel fait d'un état de chose possible un existant narratif par le fait d'être validé en un acte linguistique censé être émis avec succès<sup>259</sup>, succès qui n'est pas toujours au rendez-vous. Cependant, cela ne semble pas suffire à expliquer la raison du choix d'une telle forme énonciative. Et surtout, la façon dont se manifeste cette performativité, une définition insérée dans un discours déclaratoire révélant une forme ostensiblement descriptive et non actionnelle du langage, semble obéir à une finalité qui ne paraît pas être la seule volonté de réaliser un acte

---

<sup>259</sup> Cf. DOLEZEL L., « Possible worlds and literary fiction », in *Possible Worlds in Humanities, Arts and Sciences : Proceedings of Nobel Symposium 65*, ALLEN S. (ed), New York, De Gruyter, 1989, pp. 233 et s.

normalisant des comportements individuels à l'instar d'une règle juridique classique. Aussi, ce type d'énoncé, combiné à un acte de langage intrinsèque serait l'intention de construire l'état de chose auquel il se réfère.

## ***Section II : Une spécificité liée à la finalité constructive du dire constituant***

**180.** Envisager une caractéristique constructive du dire constituant n'est pas chose aisée. Sa forme constative mettant à mal, sans pour autant l'annihiler, sa capacité à agir aux moyens des mots, imaginer qu'il puisse être apte à un acte de création requerrait une reconstruction logique. Une reconstruction qui devra être fondée sur une combinaison entre le facteur descriptif de l'énonciation et une attitude discursive dont il faudrait révéler la performativité. Il semble néanmoins que ce soit la finalité du dire constituant qui permette de dévoiler un lien entre sa forme et sa nature performative.

**181.** Ainsi, pour déterminer une essence constructiviste sous les traits de la description constitutionnelle, il est nécessaire de distinguer une nouvelle fois entre le niveau du discours et celui des énoncés. C'est en comparant la parole constitutionnelle avec les diverses catégories de discours et d'énoncés qu'en ressort une similitude avec un langage dont l'objet est moins de décrire l'existant que d'en être le vecteur. De cette manière, l'ordre constitutionnel s'apparenterait à ce fameux « être de langage » qu'évoque Jean-Marie Denquin, de par le caractère monologique de la performativité discursive constitutionnelle (§1) qui en fait véritablement une performativité conceptrice d'un état de chose (§2).

### **§1 : Une performativité monologique**

**182.** La théorie des actes de langage a toujours eu ceci de particulier que de déterminer la performativité comme procédant d'une discussion, d'une communication entre au moins deux interlocuteurs. C'est d'ailleurs ce qui a pu faire la fortune de la thèse austinienne en

ce qu'elle repose sur une convention de langage et requiert un résultat de l'action exécutée sur un « autre » récepteur du dire. En attestent ainsi les diverses catégories de verbes d'action décrites dans son œuvre *Quand dire, c'est faire*, agissant sur un destinataire de manière psychologique ou bien sur son statut. Principalement axée sur l'emploi de la première personne, qu'elle soit explicitement marquée linguistiquement ou bien masquée derrière une description à la troisième personne, la performativité austinienne semble étrangère à une parole constitutionnelle qui ne parlerait à personne, sinon à déclarer quelque chose. Ainsi, évoquer l'idée d'un dire monologique conduirait à envisager le constituant comme s'exprimant de manière solitaire n'adressant pas son discours (A). Toutefois, ne pouvant être séparée de son interprétation qui à son échelle conditionne la signification des énoncés tels qu'il vont être lus par la suite, il faut aussi examiner le dire du Conseil constitutionnel dont l'ambiguïté, subordonnée à sa fonction spécifique, suggérerait une dualité discursive (B).

#### **A/ L'absence d'adressataire constitutionnel**

**183.** Le principe de toute communication réside dans l'interaction dialogique entre deux interlocuteurs au moins, interaction qui est nécessairement marquée linguistiquement sinon par une situation particulière. Or, sauf à l'apparenter à un discours scientifique dont l'objet est de décrire un état de chose existant et d'en tirer des enseignements à transmettre, la forme énonciative constative du langage constitutionnel montre difficilement les signes d'un tel échange. Si le dialogue semble exclu, il faut donc se tourner vers le monologue, caractéristique de l'être qui parle seul. Mais se placer du point de vue de l'existence d'un adressataire oblige à faire la lumière sur l'exception discursive que constitue ce qu'Olivier Cayla nomme le monologue pur<sup>260</sup> (1) auquel semble correspondre le dire constituant (2).

##### 1. L'exception discursive du monologue pur

**184.** Bien qu'ils portent des caractéristiques identiques les différenciant *a priori* du dialogue, il faut envisager, à l'instar d'Olivier Cayla, une distinction entre deux catégories

---

<sup>260</sup> Cf. CAYLA O., *La notion de signification en droit, contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, Thèse dact., Paris II, 1992, pp. 160-162.

de monologue, l'un pur comparable au dire divin de la Genèse, l'autre classique trouvant son archétype dans le *cogito* cartésien. Monologue pur et monologue classique présenteraient alors des similitudes en raison de leur commune divergence avec le dialogue sur la question de la situation dans laquelle est placé le locuteur.

**185.** A ce sujet, Benveniste propose une description du dialogue fondée sur « la relation discursive au partenaire » faisant le jeu de deux « figures » nécessaires, « l'une source, l'autre but de l'énonciation »<sup>261</sup> et projetant sur celui-ci l'idée d'une interaction de langage propre à la discussion entre deux interlocuteurs. De ce fait, la caractéristique élémentaire du dialogue serait ce que Malinowski appelle la « communion phatique » relative à l'existence d'un contact entre les interlocuteurs<sup>262</sup>. En toute logique, cet aspect s'avère absent du discours monologique en ce qu'il ne présenterait aucunement la prise en compte d'un échange verbal fondé explicitement sur une volonté de communication avec l'« autre ». Dès lors, si selon Malinowski les mots dans la communion phatique « remplissent une fonction sociale »<sup>263</sup>, force est de constater qu'elle n'apparaît pas dans le monologue. En suivant l'analyse fonctionnelle du langage opérée par Jakobson, celui-ci se caractériserait par un amuissement de cette fonction phatique<sup>264</sup> des énoncés qui le composent jusqu'à la faire disparaître. Par conséquent, quand bien même il n'y aurait aucune transmission d'une pensée spécifique mais seulement une communication, l'attention portée au lien nécessaire entre émetteur et récepteur du message, typique du dialogue, ne se retrouve nullement dans le monologue. Celui-ci n'aurait alors pas pour finalité l'interaction de langage mais comporterait un caractère déclaratif exempt de toute réponse ou nécessité de réception par un « autre ».

**186.** Si le dialogue fait clairement apparaître, jusque dans son énonciation, la mise en œuvre de la fonction conative relative à l'accroche du destinataire, le monologue la passe sous silence éliminant de fait un des facteurs de la communication verbale qu'est l'adressataire du message. Or, il est possible d'imaginer que le discours monologique prenne en compte l'existence d'un « autre » qui serait la cible du message porté par le

---

<sup>261</sup> Cf. BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale*, 2, *op. cit.*, p. 85.

<sup>262</sup> Cf. MALINOWSKI B., « The problem of meaning in primitive languages », in *The meaning of meaning : a study of influence of language upon thought and of the science of symbolism*, OGDEN C. K. & RICHARDS I. A. (dir.), New York, Harcourt, Brace and World, 1923, p. 313.

<sup>263</sup> *Ibid.*

<sup>264</sup> Selon Roman Jakobson, cette fonction du langage assurerait le contact entre les interlocuteurs (cf. JAKOBSON R., *Essais de linguistique générale : les fondations du langage*, *op. cit.*, p. 217).

discours mais qui ne serait pas directement visé par celui-ci. Il faut ici une nouvelle fois distinguer entre deux types de monologue : celui qui est hétéro-adressé et celui qui est auto-adressé.

**187.** Le monologue hétéro-adressé se présenterait sous les atours d'un discours unilatéral<sup>265</sup>, justifiant qu'il ne soit pas expressément assigné. En effet, l'éventualité que cet « autre » concerné par le dire apparemment monologique ne soit pas unique mais multiple, voire général, expliquerait qu'il ne soit pas linguistiquement marqué mais seulement suggéré par la situation dans laquelle le discours est prononcé ou encore par son caractère solennel. De cette manière il ne constituerait pas véritablement un monologue mais une variété de dialogue – un multilogue ? – vouée à n'être qu'à sens unique mais transmettant tout de même un message à « quelqu'un » non identifiable dans son individualité mais discernable dans sa globalité. Ce type de discours est ainsi aisément observable dans le monologue théâtral lors duquel le comédien sert seul une tirade destinée à l'assemblée des spectateurs sans que cela ne soit retranscrit dans l'énonciation<sup>266</sup>. De même, le cours prononcé par l'enseignant produit un « dialogue » unilatéral à l'occasion duquel ses élèves récepteurs ne répondent pas (à l'exception d'éventuelles questions).

**188.** Il faut donc le distinguer du discours monologique en ce que ce dernier serait « auto-adressé »<sup>267</sup>. A ce titre, le monologue présente la caractéristique d'un discours par lequel le locuteur s'adresse à lui-même, une identité entre émetteur et récepteur du message qui fait douter de la réalité d'un adressataire réel de l'acte de parole. Une telle confusion des acteurs du langage emporterait alors la catégorie du monologue loin des normes de la communication dialogique en supprimant *de facto* le destinataire pour le remplacer par le destinataire. Par conséquent la position schizophrénique induite par le discours auto-adressé dépeindrait l'énonciation monologique comme souffrant d'une double personnalité

**189.** Toutefois, il semble qu'à cet égard, il faille distinguer entre le monologue cartésien et le monologue divin. Effectivement, la science du langage pose depuis longtemps le monologue comme une « variété du dialogue » malgré l'apparence solitaire de

---

<sup>265</sup> Cf. CAYLA O., *La notion de signification en droit, contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, *op. cit.*, pp. 166-170.

<sup>266</sup> Olivier Cayla présente d'ailleurs la possibilité d'être un adressataire du message sans le recevoir directement, et donc d'être désigné comme récepteur par l'énonciation elle-même (*ibid.*, p. 339).

<sup>267</sup> *Ibid.*, p. 170.

l'énonciation<sup>268</sup>. A ce sujet, Benveniste a pu montrer qu'il constituait un « dialogue intériorisé, formulé en « langage intérieur », entre un moi locuteur et un moi écouteur »<sup>269</sup> si bien qu'il ne pouvait qu'être relégué au rang du discours dialogique. Il attesterait ainsi d'une communication entre deux participants d'une même conversation alors qu'ils ne seraient pas physiquement identifiables. En outre, il met en lumière plusieurs situations relatives à la tenue de cette conversation tout en retrouvant la présence d'un récepteur au message, inclus dans le moi physique mais séparé du moi énonciateur<sup>270</sup>. Dès lors, le monologue cartésien abriterait un dialogue entre deux personnalités, un *ego* scindé en deux ou assumant deux rôles<sup>271</sup> où chacune tente de « convaincre l'autre »<sup>272</sup>. Le *mono* extérieur devient alors *duo* intérieur produisant une conversation étrange avec soi-même et manifestant un caractère véritablement auto-adressé puisque l'« autre » existe bel et bien. Il vivrait alors de manière abstraite à l'issue d'un dédoublement du moi dont la finalité s'avèrerait être la mise en place d'un discours.

**190.** Dans cette optique, l'objet du monologue cartésien serait de donner lieu à cette conversation supposée mener à la solution d'un problème d'ordre logique, et se résumerait tant à un jeu de question-réponse entre deux interlocuteurs psychologiquement séparés qu'à une parole offerte à soi-même. Un tel type de discours extérioriserait alors celle-ci comme si elle venait d'ailleurs bien qu'elle soit le fruit d'une seule et même personne. Aussi, le monologue cartésien serait construit autour d'une base intersubjective visant la discussion en vertu de sa dimension dialogique. Dès lors, si le caractère monologique semble absent de la réflexion cartésienne, il peut toutefois être retenu s'agissant du discours divin.

**191.** S'il apparaît de prime abord comme comparable au monologue cartésien en ce qu'il serait en apparence différent du dialogue, le discours divin arborerait les traits d'un véritable monologue. Dans un premier temps, il est possible d'entrevoir le même défaut que pour le monologue cartésien, en ce que, lorsqu'il prononce son discours, Dieu peut très

---

<sup>268</sup> Cf. BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale*, 2, *op. cit.*, p. 85.

<sup>269</sup> *Ibid.*

<sup>270</sup> Tantôt le moi locuteur est présenté comme « seul à parler », mais la présence d'un moi écouteur reste nécessaire à rendre « signifiante l'énonciation du moi locuteur », tantôt le moi écouteur « intervient par une objection, une question, un doute, une insulte », formalisant une sorte de communication, de conversation entre deux entités qui parlent et se répondent (*ibid.*, p. 86).

<sup>271</sup> *Ibid.*

<sup>272</sup> Cf. CAYLA O., *La notion de signification en droit, contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, *op. cit.*, p. 258.

bien se trouver dans la situation d'un dialogue avec lui-même à travers lequel il ferait vivre un « autre lui », divisant sa pensée en deux entités émettrice et réceptrice. Aussi, même le discours divin trahirait la présence d'un adressataire dissimulé sous le locuteur et se substituant à lui au moment de la réception du message. Or, l'unicité de Dieu étant un fait théologique qui ne souffre pas d'exception, il est difficile de soutenir la thèse de sa dualité psychologique dans le cadre d'un discours auto-adressé. De cette manière, il paraît inadéquat d'affubler ce dernier d'un tel qualificatif : Dieu ne peut s'adresser à lui-même.

**192.** Au-delà, l'objet même du monologue divin est de créer l'être du monde en invoquant chacun de ses éléments. Un but discursif qui vise à faire advenir la chose et qui se distingue bien évidemment de celui consistant à produire un discours, une conversation. Par conséquent, une finalité en ce sens ne peut faire d'un tel acte de parole le fait générateur d'une discussion entre deux interlocuteurs. Au contraire, elle aurait pour conséquence de le déterminer en tant qu'acte de langage créateur de l'état de chose énoncé en ce qu'il serait exempt de toute volonté communicative. Envisagé sous cet angle, l'énoncé « que la lumière soit » ne peut s'adresser à qui que ce soit car il ne peut attendre de réponse autre que l'apparition de la lumière elle-même. Aucun Dieu écouteur, même passif, n'est requis ni même possible sans que la vertu incantatoire du discours ne soit remise en cause. Statuer autrement reviendrait à nier au dire divin la compétence constitutive de l'objet lumière, laissant ce dernier sans aucune raison d'être.

**193.** Un discours de cette qualité présenterait donc une base non de type intersubjectif mais de type objectif, et dont l'ambition n'est pas tant d'établir un lien communicationnel mais de faire vivre une chose. Sur ce fondement, le discours de la Constitution poserait alors la question de l'appartenance à l'une ou l'autre de ces catégories.

## 2. Le caractère monologique du dire constituant

**194.** Il faut d'emblée exclure la qualité dialogique du simple fait que le dire constituant n'a vraisemblablement pas de destinataire expressément désigné, étant quitte d'une quelconque marque linguistique y afférant. En ce sens, la qualité descriptive et constative des énoncés ne se prête pas à l'intégration dans l'énonciation elle-même de marqueurs dialogiques autrement que par l'utilisation d'éléments linguistiques explicites tels que la deuxième personne, ou implicites par la mise en avant d'un *moi* distinct d'un autre auquel

le discours serait adressé. Sous cet angle, la rédaction exclusivement à la troisième personne de la Constitution implique de rejeter une dialogique ambiante ou affirmée. De plus, il ne peut être assimilé à un discours recherchant une certaine communication avec un « autre » qu'il soit unique ou encore multiple et à qui il ne parlerait pas directement, son unilatéralité n'en faisant pas une déclaration supposée être reçue, bien qu'elle le soit de manière incidente du fait de l'écrit.

**195.** Aussi, le caractère déclaratoire, s'il conforte l'aspect instituant du dire constitutionnel n'en fait pas moins un dire non destiné à l'interprétation par un récepteur prévu à cet effet (ce qui ne l'empêche pas de l'être de manière indépendante à l'énonciation et au discours)<sup>273</sup>. Dès lors, il ne serait pas à prendre comme un discours hétéro-adressé mais s'apparenterait à un discours auto-adressé conduisant à le classer dans la catégorie des monologues en raison de son expression placée dans une situation de solitude. La question se pose alors du choix de la classe de monologue : est-ce un monologue de type cartésien, ou de type divin ?

**196.** Au regard des développements précédents, la rationalité cartésienne ne s'exprime pas réellement à travers un monologue à proprement parler mais plutôt au moyen d'un dialogue intériorisé dédoublant le moi. Faire de l'acte de parole constituant un monologue de ce genre reviendrait alors à entrevoir deux personnalités constituantes, l'une locutrice parlant à l'autre écouteuse de l'organisation étatique et sociale et supposée valider ou infirmer ce qui est dit. Un tel scénario pourrait trouver sa concrétisation dans la dualité d'un constituant posée autour d'un souverain abstrait et silencieux, et de sa représentation réceptrice du discours. Imaginer une navette en ce sens obligerait à considérer deux auteurs du discours constituant et donc deux souverains dont l'un est impossible à saisir et ne se manifeste que par une représentation qui ferait de fait office de second souverain dans le monde sensible.

**197.** Toutefois, outre la difficulté théorique de penser un souverain bipolaire – la représentation de la Nation n'étant en définitive que son porte parole et ne constituerait pas un autre moi avec lequel elle converserait – conclure ainsi conduit à se heurter au même

---

<sup>273</sup> L'interprétation ici ne ferait que faire advenir la norme et ne conditionnerait pas l'être du discours. Le dire constituant n'est pas construit de sorte qu'il soit nécessairement interprété en vue de produire sa signification première et ses effets. Il constitue un acte de volonté indépendamment de l'interprétation, celle-ci, et conformément à l'acception kelsenienne, ne faisant que dégager (ou créer de toute pièce) une signification objective pour en fait jaillir la norme.



obstacle de l'objet du discours. Si l'on sait que la finalité du monologue cartésien est de faire advenir un discours, une discussion teintée d'une certaine communication, fictive ou effective, le discours constitutionnel n'aurait pas cette vocation. En effet, conformément au but fixé de l'acte constituant, trouvant son expression la plus nette dans l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, le monologue national impliquerait la mise en place d'institutions étatiques et de garanties sociales spécifiques et non la tenue d'une controverse sur l'avenir idéal de la société<sup>274</sup>. Ainsi, l'objectif constitutionnel tend moins à faire advenir un discours qu'un état de chose<sup>275</sup>, le rangeant par voie de conséquence non dans la case des monologues de type cartésien mais dans celle des monologues de type divin.

**198.** Ainsi, il semble impossible de concevoir un adressataire au discours constitutionnel. Sa structure monologique spécifique le rendant comparable à celle du Dieu de la Genèse, le dire du constituant s'avèrerait être prononcé dans une pure solitude excluant l'existence d'un « autre » avec lequel il interagirait. Au demeurant, la caractéristique purement solitaire du monologue suggèrerait que la Constitution ne puisse recevoir l'adjectif juridique. En effet, le droit implique une régulation des comportements humains à travers des commandements, des interdictions, des incitations, en d'autres termes une « direction » des actions sociales pour les faire se conformer à une norme devant être adressée aux acteurs sociaux. Or, l'objet du discours constitutionnel mènerait à considérer ce dernier comme un monologue de type pur en ce qu'il combine une détermination de l'existence d'une chose ou d'un état de chose constitutionnel à une énonciation descriptive et déclaratoire. Un acte qui ne suppose justement pas de réception pour atteindre son but. Tout au plus cette dernière agirait sur la forme de la chose ou d'état de chose mais pas sur l'acte en lui-même. Dès lors, si selon Olivier Cayla « la pure solitude exclut l'éclosion du droit » rendant le monologue « a-juridique »<sup>276</sup>, il apparaît impossible qu'il ait pour objet de « régir le comportement humain » et donc qu'il ait un adressataire<sup>277</sup>.

---

<sup>274</sup> Le libellé de l'article 16, définissant à sa manière l'être même d'une Constitution à travers la caractérisation de sa finalité, celle d'assurer une garantie des droits et de déterminer une séparation des pouvoirs, ne peut être interprété dans le sens d'une Constitution-délibération alors qu'il dispose les traits d'une Constitution-statut.

<sup>275</sup> Constat qui conforte la position de Gaetano Carcaterra lorsqu'il affirme que l'énonciation constitutionnelle « fait *eo ipso* advenir ce à quoi [ses] énoncés se rapportent » (cf. CARCATERRA G., « Il normativismo e la forza costitutiva delle norme », in *Lezioni*, 1987/88, Rome, Bulzoni, 1988, pp. 100 et s.).

<sup>276</sup> Cf. CAYLA O., *La notion de signification en droit, contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, op. cit., p. 162.

<sup>277</sup> Cf. TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2006, p. 165.

Le discours constitutionnel s'accomplirait alors d'une manière analogue au discours divin. Il ne pourrait ainsi être conçu comme un discours visant à transmettre un message à un destinataire quelconque car sa finalité non seulement l'en dispenserait mais aussi le contraindrait à s'en dispenser.

**199.** En conséquence, le texte de la Constitution attesterait d'une attitude discursive monologique de par ses caractéristiques linguistiques et la situation du locuteur, écartant la thèse de la nature dialogique, même implicite. Au-delà, c'est en définitive sa faculté à faire advenir la chose ou l'état de chose qui conduit à le définir comme tel. Une vision en ce sens conforterait l'hypothèse d'une spécificité du langage constitutionnel fondée sur l'avènement d'une chose et non d'un discours en ce qu'il ne serait purement adressé à personne. Néanmoins, mettre en avant une performativité monologique du dire constituant oblige à s'interroger sur l'activité discursive de son interprète, lequel, en donnant au texte un sens déterminé, tendrait à se comporter comme une sorte de constituant. Parfois qualifiée de « révision molle » de la Constitution<sup>278</sup>, la jurisprudence interprétative du Conseil constitutionnel suscite l'analyse de son propre discours qui, de par son caractère juridictionnel, laisse entrevoir une certaine dualité.

### **B/ La dualité discursive de la jurisprudence constitutionnelle**

**200.** L'office du juge constitutionnel affiche une certaine complexité du fait de sa position interprétative. Régulièrement montré comme un co-constituant potentiel depuis sa décision rendue le 16 juillet 1971 et ayant vocation à s'affirmer de plus en plus en tant que juge à part entière depuis la révision constitutionnelle de 2008 créant la Question prioritaire de constitutionnalité, il semble difficile de concevoir un discours unique appliqué de manière efficace à la totalité de ses fonctions. Un tel constat permet d'envisager une personnalité multiple matérialisée par une attitude discursive changeant selon la casquette qu'il porte. Aussi, si l'ensemble paraît être compris dans un discours juridictionnel empreint d'une certaine dialogie, le Conseil constitutionnel ne peut adopter un discours similaire lorsqu'il intervient sur la signification des dispositions de la Constitution. Il faut alors ici distinguer deux discours en un, présents dans une même

---

<sup>278</sup> Olivier Cayla établit d'ailleurs que dans son essence, l'interprétation a la valeur d'un amendement (cf. CAYLA O., *La notion de signification en droit, contribution à une théorie du droit naturel de la communication, op. cit.*, p. 371).

décision : un discours juridictionnel dialogique (1), l'autre monologique (2) et comparable à celui du constituant lui-même.

### 1. Un discours juridictionnel dialogique

**201.** Le discours du Conseil constitutionnel se conformerait donc à une réalité dialogique, loin des canons du monologue constitutionnel, mais digne d'une juridiction qui s'affirmerait comme telle. En effet, la fonction de juger suppose un discours adressé à deux catégories de destinataires : le justiciable, *directement* concerné par le rendu de la décision, et l'ensemble des citoyens ainsi que des juridictions, *indirectement* concernés, qui en tirent une règle de droit applicable. Il s'en suit qu'il faut distinguer entre un destinataire *stricto sensu* du dire juridictionnel et un destinataire *lato sensu* du jugement donné.

**202.** S'agissant du juge constitutionnel français, si l'article 62 de la Constitution de la V<sup>ème</sup> République dispose dans son dernier alinéa un adressataire généralisé de son discours en ce qu'il s'impose « aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles », il faut une nouvelle fois distinguer selon que le contrôle de constitutionnalité s'exerce *a priori* ou *a posteriori* de la promulgation de la loi. Dans le cadre du contrôle *a priori*, c'est évidemment au Législateur qu'est destinée la décision en ce qu'il est assez largement désigné. Quant au contrôle *a posteriori*, il s'avère nécessaire de distinguer une fois encore entre deux adressataires du discours constitutionnel jurisprudentiel. Il y a assurément le citoyen justiciable puisque la réponse à la question de constitutionnalité posée donnée par la Haute instance influe sur l'issue du procès pendant. Mais la décision *a posteriori* s'adresse aussi au Législateur qui, le cas échéant, devra modifier la ou les dispositions censurées ou bien valider leur disparition de l'ordonnancement législatif par son silence. Dès lors, le discours expressément juridictionnel des locataires de la rue de Montpensier est un discours adressé, fondé sur un dialogue entre un juge décideur émetteur et un récepteur justiciable, juridictionnel ou Législateur, faisant advenir un discours, une discussion dirigée par une attitude communicationnelle.

**203.** De manière plus large, le caractère dialogique du discours du Conseil constitutionnel se traduirait aussi par la présence d'un adressataire *lato sensu* représenté par le citoyen. Concernant le contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité de la loi, la

juridictionnalisation explicite de l'office des Sages en raison de son intégration dans le système processuel suppose qu'il se dote de caractéristiques discursives similaires à celles du dire juridictionnel « classique ». Ainsi, si l'action de juger implique que le discours qui en résulte soit aussi adressé au citoyen non justiciable, il est logique que cela s'applique de la même manière au contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.

**204.** Cependant, il est possible de forcer le trait en pointant l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité ou de conformité. Sa conséquence portant sur le maintien ou la disparition de la loi déjà en vigueur touche par ricochet l'ensemble des citoyens en ce que cela conditionne l'étendue de la législation applicable. Aussi, malgré l'aspect unilatéral que peut revêtir pareille communication, elle affiche un caractère hétéro-adressé, attestant d'un dialogue intrinsèque. Ce constat peut être transposé au discours d'une décision rendue *a priori* puisqu'à sa façon, le juge constitutionnel transmet un message au citoyen sur le degré de protection qu'il assure quant à ses droits fondamentaux ou encore sur les limites qu'il impose à sa représentation<sup>279</sup>. Il est en outre possible de discerner, au-delà, de certains appels explicites<sup>280</sup>, un dialogue implicite ayant lieu à chaque décision entre le Conseil constitutionnel et le constituant lui-même et dont la tenue est parfois suivie d'une réponse de ce dernier ou d'un silence valant l'acquiescement. Il est ainsi possible d'entrevoir un dialogue juridique dans la pratique du lit de justice en ce que le constituant viendrait rétorquer à l'opposition exprimée par la Haute instance au moyen d'une révision constitutionnelle<sup>281</sup>. Mais ce dialogue implicite se conçoit d'autant plus au regard de la

---

<sup>279</sup> La décision du 6 novembre 1962 relative à la loi référendaire adoptant l'élection du Président de la République au suffrage universel direct fournit un exemple marquant d'un Conseil constitutionnel garant de la souveraineté du peuple face à celle de la représentation nationale en refusant à cette dernière le droit de regard sur l'expression directe du premier (CC, n° 62-20 DC, préc.). Un raisonnement analogue peut être opéré s'agissant de la décision du 16 juillet 1971 relative à la loi sur le contrat d'association lors de laquelle le juge oppose le bouclier osé du Préambule de la Constitution, intimant au citoyen sa volonté de s'ériger en protecteur de ses droits contre les velléités liberticides du Législateur (CC, n° 71-44 DC, préc.).

<sup>280</sup> Concernant l'adoption et le contrôle des traités relatifs à la construction européenne, le Conseil a pu exprimer une invitation manifeste faite au constituant de réviser la Constitution à travers les formules « l'autorisation de [...] ratifier appelle une révision constitutionnelle », « l'autorisation de ratifier en vertu d'une loi [...] exige une révision constitutionnelle » ou « l'autorisation de ratifier en vertu d'une loi [...] ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution » (voir en ce sens à titre d'exemple : CC, n° 92-308 DC du 09 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, Rec., p. 55, JO, 11 avril 1992, p. 5354 ; CC, n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, Rec., p. 459, JO, 29 décembre 2007, p. 21813).

<sup>281</sup> En atteste la réponse du constituant concernant la censure d'une réforme législative du droit d'asile par le Conseil constitutionnel et ayant mené à l'insertion d'un article 51-2. Voir en ce sens la décision du 13 août 1993 (CC, n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Rec., p. 224, JO, 18 août 1993, p. 11722) et la loi constitutionnelle du 25 novembre de la même année (Loi constitutionnelle n° 93-1256, *Droit d'asile*, JO, 26 novembre 1993 p. 16296).

théorie de l'aiguilleur<sup>282</sup>. Si par sa censure, le Conseil indique l'erreur de procédure faite par le Législateur et pointe indirectement celle qui serait adéquate à la réforme proposée, il est dans ce cas évident qu'il initie une discussion pour la voie à emprunter. L'office juridictionnel du Conseil constitutionnel montrerait donc la mise en place d'un discours aux vertus dialogiques marquées par une volonté communicative à la fois directe et indirecte ou encore intrinsèque au rôle qu'il joue.

**205.** Mais si la structure discursive générale est teintée de dialogue, certains types de considérants tendent à faire apparaître une mixité légèrement noyée dans la globalité. Au demeurant, c'est par un acte d'interprétation que le juge dégage une norme en déterminant la signification de l'acte de volonté qu'il désignera comme objective. Une action qui reste bien dans l'optique dialogique d'indiquer à l'« autre » la valeur et la force du commandement apparemment contenu dans la disposition interprétée. Or, quelle interactivité ressort d'un énoncé considérant que « la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »<sup>283</sup> ou encore de celui considérant que le principe d'égalité « fait obstacle à ce que des citoyens se trouvant dans des conditions semblables et poursuivis pour les mêmes infractions soient jugés par des juridictions composées selon des règles différentes »<sup>284</sup>, ou « ne fait pas obstacle à ce que des situations différentes fassent l'objet de solutions différentes »<sup>285</sup> ? Ont-ils la valeur d'une énonciation auto-adressée mais destinée à la propre appréciation du locuteur, les reléguant au rang de formules dialogiques intériorisées dévoilées dans un souci de légitimation ? Plus encore, que faire d'un énoncé visant la Constitution « et notamment son Préambule »<sup>286</sup> ? Faut-il les considérer comme le résultat d'une conversation interne entre un moi locuteur et un moi écouteur ? Postuler en ce sens reviendrait sans nul doute à relativiser la performativité de ces énoncés, ceux-ci ne faisant que transmettre un message descriptif d'un état de chose sur lequel il n'intervient pas. Et pourtant, l'acte interprétatif ne peut se contenter du statut du simple constat, sauf à tomber dans l'historique naïveté d'un juge « bouche de la loi ».

---

<sup>282</sup> Selon la formule du doyen Louis Favoreu qualifiant le rôle du Conseil constitutionnel comme celui d'un aiguilleur (cf. FAVOREU, L., « Les décisions du Conseil Constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », *RDP*, 1982, pp. 419 et s.).

<sup>283</sup> CC, n° 2006-540 DC, préc., cons. 19.

<sup>284</sup> CC, n° 75-56 DC, préc., cons. 5.

<sup>285</sup> CC, n° 79-107 DC, préc., cons. 4.

<sup>286</sup> CC, n° 71-44 DC, préc.

**206.** Dès lors, il est difficile d'aboutir à la conclusion que le discours de la Haute instance reste dans un esprit dialogique lorsqu'il interprète la Constitution, tant d'une manière extensive des dispositions qui la composent que d'une manière expansive de la matière constitutionnelle.

## 2. Une insertion monologique

**207.** A l'intérieur du dialogue juridictionnel se cacherait un autre discours, d'une nature différente et qu'il faudrait distinguer au regard de l'acte de langage qu'il renferme. Plusieurs exemples permettent de faire ressortir une insertion monologique au sein même du dialogue initié par le Conseil constitutionnel.

**208.** Le visa audacieux de la décision du 16 juillet 1971 présente de ce point de vue un intérêt certain. L'énoncé « vu la Constitution et notamment son préambule » a eu pour conséquence de rendre effectif les déclarations de droits fondamentaux qu'il contient et qui n'avaient jusque-là qu'un caractère constitutionnel établi selon leur seule forme. Ainsi, en lui donnant une force juridique, le Conseil constitutionnel a pu insuffler une nouvelle forme à l'objet « Constitution juridique » en ce qu'une telle conception de la Constitution était limitée aux articles compris entre le premier et le dernier. Vu sous cet angle, outre la gratification d'une juridicité, la finalité de cet énoncé s'avèrerait être de faire advenir un état de chose. De cette manière, il ajouterait à la Constitution une dimension nouvelle en la faisant être sur un plan identique à ce qui existait auparavant. Aussi, en appliquant les critères d'identification du monologue constituant, un tel produit énonciatif serait typique de cette catégorie de discours qui se dispense d'un quelconque adressataire puisqu'il n'en requiert pas. Dès lors, si le simple constat d'une Constitution affublée de son Préambule conduit à lui donner une efficacité normative, il revient dans un sens à lui offrir une existence sur un plan juridique en créant un état de chose différent du précédent. Un postulat en ce sens mène à conforter l'hypothèse d'une insertion monologique au sein d'un discours essentiellement dialogique. Il ne tend à adresser le message à personne mais le tient pour un fait.

**209.** Toutefois, si l'inscription au visa d'un énoncé exempt de tout caractère communicationnel peut être vu comme quelque chose d'aisément acceptable en ce qu'il n'entrerait pas véritablement dans le discours des Sages, il faut reconnaître que certains

considérants laissent perplexes quant à la dialogie propre au discours juridictionnel. A ce titre, l'analyse de quelques décisions majeures du Conseil constitutionnel fait apparaître des énoncés significatifs d'une entorse ponctuelle au dialogue jurisprudentiel.

**210.** L'interprétation des articles 34 et 37 de la Constitution lors de la décision *Prix et revenus* du 30 juillet 1982 offre un exemple assez pertinent. Lorsque le Conseil constitutionnel considère « qu'il apparaît ainsi que, [...], la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi »<sup>287</sup>, il ne montre aucune volonté communicative, mais tendrait plutôt à faire advenir un état de chose différent du précédent. En effet, la rationalisation du travail parlementaire qui irrigue le texte de la V<sup>ème</sup> République avait en particulier pour objectif de restreindre le Parlement dans un domaine exhaustivement déterminé par l'article 34 et le rôle premier du Conseil était d'y cantonner le Législateur. Or, la Haute instance pose ici un relâchement à travers le constat d'un état de chose alternatif au dogme de l'encadrement strict de la loi. Une telle attitude discursive supposerait alors une interdépendance entre le constat et le nouvel état, faisant advenir la chose énoncée. Aussi, s'il est possible d'entrevoir la mise en lumière d'une norme qui viendrait régir l'avenir des rapports entre Gouvernement et Parlement, il semble qu'elle n'intervienne qu'*a posteriori* de ce constat.

**211.** Un second exemple se trouverait dans le traitement du principe d'égalité devant la loi. Quelle que soit la formule employée, le constat jurisprudentiel déclarant que ce principe « fait » ou « ne fait pas obstacle » ou bien « ne s'oppose pas »<sup>288</sup> semble corroborer l'hypothèse d'une interprétation inscrite dans une attitude discursive monologique. Il ne peut effectivement être assimilé à la transmission d'une information mais correspond à la prise en compte d'un être, mais un être ne peut valablement découler d'une simple observation. On est alors en présence d'une dualité discursive menant à révéler, sous l'établissement d'une norme, la mise en place de la base matérielle à partir de laquelle elle est tirée. Le Conseil constitutionnel mettrait ainsi en place le fondement de sa décision. De ce fait, et vis-à-vis de la relation essentielle qu'il y a entre la venue d'un état de chose nouveau et un discours de type monologique pur, tout porte à croire que le Conseil agirait à cette fin.

---

<sup>287</sup> CC, n° 82-143 DC, préc., cons. 11.

<sup>288</sup> CC, n° 87-232 DC du 7 janvier 1988, *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole, Rec.*, p. 17, JO, 10 janvier 1988, p. 482, cons. 10.



212. Une autre illustration pourrait être trouvée dans l'expansion de la matière constitutionnelle via l'interprétation évolutive de la Constitution par la Haute instance<sup>289</sup> mais avec des variations suscitant l'interrogation. Ainsi, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République par la décision du 1971, lesquels ne bénéficient que d'une référence dans le Préambule de 1946, ont émergés suite à un considérant étrange. En effet, la « reconnaissance » de ces principes fait suite à l'attention qui leur est portée tout d'abord de manière simplement constatative. Mais le juge constitutionnel prétend dans la foulée qu'« il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association » au nombre de ceux-ci<sup>290</sup>. Le caractère volontaire est ici clairement assumé puisque l'énoncé indique suffisamment lisiblement l'action effectuée par le Conseil. Dès lors, même si l'énonciation reste à la troisième personne, excluant de façon expresse un acte personnellement identifiable comme étant l'œuvre du juge, elle affiche une monstration évidente d'une intervention de ce dernier dans le « rangement » du principe de la liberté d'association au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. De plus, l'acte de classement ne peut être dû à un fait extérieur, principalement parce que le dire scientifique lui-même, supposé être neutre au regard de la réalité qu'il décrit, exécute un acte similaire.

213. Néanmoins, la locution « il y a lieu » est intrigante en ce qu'elle tend à imputer ce « rangement » à un être extérieur. Autrement dit, un tel énoncé peut s'interpréter comme le constat d'une obligation externe à la volonté du juge. Il imposerait le constat d'un être engendrant la prise en compte du principe de liberté d'association en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République au titre d'une conséquence inhérente à un état de fait. Dès lors, si le juge paraît agir de lui-même, il présente tout de même son action telle qu'elle serait dépendante d'un fait étranger à quelque intention de sa part. Aussi, pour constatative qu'elle soit, cette formulation peut sembler transmettre un message et revêtir les oripeaux du dialogue, mais en réalité, le constat est établi sans réelle base matérielle. Il ne peut donc avoir pour finalité que de faire advenir la chose décrite et relèverait d'une parole monologique.

---

<sup>289</sup> En témoignent l'édification des « objectifs de valeur constitutionnelle » obéissant à des règles linguistiques et discursives facilement comparables alors que le Conseil constitutionnel considère qu'il « appartient au législateur de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, *d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle...* » (CC, n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle, Rec.*, p. 48, JO, 27 juillet 1982, p. 2422, cons. 5).

<sup>290</sup> CC, n° 71-44 DC, préc., cons. 2.



**214.** Si la forme énonciative et discursive peut parfois fournir des indices quant à au caractère dialogique ou monologique du dire jurisprudentiel, la présence ou non d'un adressataire dépendrait alors de la finalité de l'acte de langage. Ainsi, agissant au moyen d'un discours foncièrement compris dans un esprit communicationnel, le juge de la constitutionnalité de la loi peut ponctuellement s'en détacher pour opérer des ajouts au texte constitutionnel. Au-delà, la Haute instance fait écho à la Constitution en ce que les deux attestent d'une performativité construite autour d'une attitude discursive monologique dont l'objet serait non pas de communiquer avec un éventuel « autre » mais de faire naître un état de chose. Par conséquent, le dire constituant, au moyen de son constat monologique, pourrait se voir doté d'une performativité qualifiable de conceptrice.

## **§2 : Une performativité conceptrice**

**215.** Il n'est pas rare d'assimiler le constat et la description à l'activité scientifique, laquelle prendrait acte d'un état de chose existant antérieurement à son observation et à la reproduction de ce qui est. En rester là suggérerait que le dire constituant se bornerait à certifier l'existence d'un ordre spécifique qui serait apparu de manière indépendante de sa volonté. En outre, un tel postulat ouvrirait la voie à l'hypothèse d'une conception naturelle – qu'elle soit d'essence divine ou mue par une nature sociale inhérente à l'Homme – de la naissance de l'Etat et des institutions, nuisible à la vision positiviste adoptée ici. Aussi, si la nature n'est pas responsable de l'avènement de l'état de fait constitutionnel, la théorie des actes de langage pourrait en offrir une cause plausible en particulier sur la base de la création d'énoncé-concepts (A) singularisant le caractère performatif du langage constitutionnel par une volonté de construire (B).

### **A/ Des énoncé-concepts**

**216.** La qualité descriptive des énoncés constitutionnels a conduit à les comparer à la parole scientifique, laquelle a pour principal objet de proposer un ensemble d'assertions vraies ou fausses au sujet d'un état de chose perceptible et vérifiable par les sens. Toutefois, leur nature inhérente à un discours de type monologique oblige à ce qu'ils soient

considérés comme faisant advenir une chose, sans quoi ils n'auraient la qualité que de simples constats opérés par la science. Seulement, affirmer cet état de fait oblige à distinguer le dire constitutionnel et le discours scientifique. Les institutions décrites dans les textes constitutionnels relèvent-elles du sensible ou bien de l'intelligible ? Dans le second cas, il faudrait alors leur conférer une ontologie subjective issue d'une épistémologie objective (1). Si tel est le cas, la parole du pouvoir constituant se réaliserait dans un ordre concepteur et non pas descriptif, ayant un impact direct sur l'état de chose qu'elle reflète et serait irréductible à une élaboration notionnelle de ce qu'est la Constitution (2).

### 1. Une ontologie subjective issue d'une épistémologie objective

**217.** Avant toutes choses, il semble nécessaire d'identifier cet état de fait ainsi que sa nature. John Searle a mis en lumière un type de fait singulier qu'il nomme « fait institutionnel » et qu'il distingue des faits « bruts »<sup>291</sup>. Sur cette base, il élabore une distinction entre deux catégories d'états de chose obéissant à des règles différentes d'existence qui rejaillissent sur leurs traits caractéristiques. Selon lui, les faits bruts relèveraient d'une ontologie objective et concrète, tandis que les faits institutionnels, relatifs à des faits sociaux, seraient abstraits et dépendants de l'opinion humaine<sup>292</sup>. Il y aurait donc une dichotomie fondée sur l'existence de faits sensibles et d'autres qui ne le seraient pas. En effet, à l'image de la célèbre réflexion de Léon Duguit qui affirmait n'avoir jamais déjeuné avec une personne morale du fait de son non-être physique, il semble que les faits institutionnels ne puissent être rangés dans la même classe d'objets que les faits bruts pour des raisons comparables, attendu que ces derniers seraient expérimentables tous les jours de manière « naturelle ». « Clinton est le Président » ne serait finalement saisissable qu'à travers la mise en œuvre des capacités intellectuelles de l'observateur alors que la pluie qui tombe touche la sensibilité de tous, même de celle des êtres « non-pensants ». En leur qualité de faits sociaux, les faits institutionnels ne pourraient être perçus qu'en vertu d'une interaction autre qu'instinctive entre plusieurs individus engagés dans un processus social.

---

<sup>291</sup> Cf. SEARLE J. R., *The Construction of Social Reality*, New York, The Free Press, *La construction de la réalité sociale*, TIERCELIN C. (trad.), Paris, Gallimard, 1998, p. 45.

<sup>292</sup> Il les illustre d'ailleurs par deux exemples explicites : la neige du Mont Everest en tant que fait brut et le fait que Bill Clinton soit Président en tant que fait institutionnel (*ibid.*, pp. 13 et 45).

**218.** Mais l'élément fondamental de cette distinction semble être leur rapport avec le langage et la communication. Les travaux de John Searle apportent ici un éclairage conséquent. En effet, la nature des liens entre le fait brut et le langage tiendrait en une représentation du réel dans le but de permettre la discussion et l'échange de savoir à son propos. Il s'agirait là d'un portrait dressé sans que soit exercée une influence sur l'essence du fait brut, laquelle est détachée de ce qu'il en est dit. Il n'en serait pas ainsi du fait institutionnel sous la plume de l'économiste américain. Pour lui, le fait institutionnel n'a pas d'existence propre en dehors de sa représentation et serait dépendant des mots<sup>293</sup>. Il présente alors une composante nécessairement linguistique de leur essence en ce que la représentation serait constitutive du fait lui-même<sup>294</sup>. Il pose d'ailleurs deux conditions caractérisant cette dépendance. D'une part, des représentations mentales, telles que les pensées, doivent être en partie constitutives du fait, d'autre part, les représentations en question doivent être dépendantes du langage<sup>295</sup>.

**219.** Aussi, en considérant, à l'instar d'Olivier Cayla, que « l'acte constituant est ainsi pensé dans sa dimension pragmatique d'acte de langage »<sup>296</sup>, il s'en suivrait que l'acte qui en résulte entretiendrait des rapports intimes avec la parole d'un « sujet souverain incarné »<sup>297</sup> et serait tributaire de son expression verbale. Dès lors, l'acte de langage constituant serait constitutif d'un fait institutionnel, ce qui tend à pencher une nouvelle fois pour une caractéristique créatrice de la description constitutionnelle. Celle-ci ne pourrait donc être purement descriptive ou constative car ils constitueraient le fait même qu'elle rapporte. En d'autres termes, « l'énonciation crée l'état de chose précis qu'elle représente et qui est dans chaque cas un fait institutionnel »<sup>298</sup>. Une vision en ce sens creuserait le sillon entre le constat d'un fait brut indépendant de ce dernier et la mise en acte, « nécessairement linguistique » sous les dires de Searle, d'un fait institutionnel<sup>299</sup>. Le

---

<sup>293</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>294</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>295</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>296</sup> Cf. CAYLA O., « L'obscur théorie du pouvoir constituant originaire », in *L'architecture du droit*, BECHILLON (de) D., BRUNET P., CHAMPEIL-DESPLATS V. *et al.* (dir.), Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Economica, 2006, pp. 252.

<sup>297</sup> *Ibid.*

<sup>298</sup> Cf. SEARLE J. R., *The Construction of Social Reality*, *op. cit.*, p. 53.

<sup>299</sup> Cette idée est à rapprocher de l'approche de l'identité chez Alexandre Viala montrant que « le sujet n'est rien indépendamment de ses prédicats » ou encore qu'il « ne saurait être quelque chose en dehors de sa dénomination ». Il prend exemple sur le couteau de Gaston Bachelard qui restera « le couteau de Gaston Bachelard » malgré ses modifications empiriques (cf. VIALA A., « Le concept d'identité constitutionnelle : approche théorique », in BURGORGUE-LARSEN L. (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges*

produit linguistique de la Constitution serait alors ce qu'il convient d'appeler un *énoncé-concept*.

**220.** Ceci mène indubitablement à ouvrir la voie tracée par Riccardo Guastini et accorder aux faits institutionnels une réalité, certes différente de celle des faits bruts, mais une réalité tout de même, irréductible à la simple abstraction. Leur dépendance vis-à-vis du langage et de la communication en fait naturellement des faits subjectifs, là où les faits bruts seraient objectifs. Toutefois, si ontologiquement parlant ce constat semble vrai (le Président de la République n'est au final que ce que l'on dit qu'il est dans la Constitution, alors que la forme de l'herbe ne dépend pas d'un acte de volonté, seule sa représentation l'est)<sup>300</sup>, un point de vue épistémologique tendrait à changer la donne en inversant la perception de chacun de ces deux types de faits. Ainsi, la réalité du fait institutionnel étant subordonnée au sens des mots, de même qu'à leur signification, elle ne peut qu'être objective sous peine de n'être pas. Le fait brut quant à lui est ontologiquement objectif mais le sens qu'il en est donné est néanmoins intimement lié à son interprétation<sup>301</sup>. Les idées ne seraient alors pas les « archétypes des substances naturelles » tandis qu'elles le seraient pour les produits de l'esprit et nous donnent accès à « l'essence réelle de l'objet »<sup>302</sup>. Par conséquent, le fait institutionnel serait, pour paraphraser Hans Kelsen, la signification objective d'un acte de langage en tant que concept énoncé et dont la réalité abstraite implique un degré important de neutralité interprétative pour rationnellement exister et produire ses effets.

---

*en Europe*, Cahiers européens, n° 1, Pédone, Paris, 2011, p. 19). Sa conceptualisation dépend donc de sa dénomination et nos d'une quelconque correspondance avec une réalité expérimentable.

<sup>300</sup> On retrouve une idée similaire chez Pierre Guenancia, lequel fait valoir que les constructions humaines « sont ce qu'elles disent être » (cf. GUENANCIA P., « L'identité », in KAMBOUCHNER D. (dir.), *Notions de philosophie*, Paris, Gallimard, 1995, pp. 576-577).

<sup>301</sup> Longtemps, science et religion ont pu montrer des divergences marquées quant à l'appréciation des faits bruts, les uns les présentant comme une manifestation d'un fait divin, les autres comme la résultante d'un enchaînement de causes et d'effets. Il a pu même parfois arriver que le même fait brut soit interprété différemment par la science elle-même (l'exemple de Galilée est assez parlant à cet égard, même si l'Eglise a eu son rôle à jouer dans la préservation d'une des deux interprétations de la forme terrestre et de l'agencement astronomique). D'un autre côté, les produits mentaux bénéficieraient d'une objectivité plus forte que celle des faits bruts sur le fondement de la certitude de leur connaissance. Si selon une idée développée par Vico, il est impossible de connaître avec certitude les faits de la nature du fait qu'ils sont l'œuvre de Dieu, lui seul serait capable d'en connaître véritablement en ce qu'il en serait l'auteur. Un raisonnement analogue peut alors être présenté s'agissant des faits institutionnels qu'il serait possible pour l'Homme de connaître avec certitude en raison de ce que serait lui qui les aurait fait (cf. RAYNAUD P., « « Faire » et « connaître » dans la philosophie politique moderne », in *Théorie du droit et science*, AMSELEK P. (dir.), Léviathan, P.U.F., Paris, 1994, p. 27).

<sup>302</sup> *Ibid.*, p. 35.

221. Ceci conduit inévitablement à s'interroger sur la distinction entre les concepts et les notions, en ce que l'un ou l'autre pourrait concerner les faits institutionnels. A travers sa qualité performative, la Constitution est-elle le vecteur d'une approche conceptuelle ou bien notionnelle de la réalité sociale organisée autour de l'Etat ? Mais la question qui se pose en premier lieu porte sur l'existence même d'une distinction entre concept et notion<sup>303</sup>.

## 2. Des concepts distincts de la notion scientifique

222. Outre le fait que deux mots, même synonymes, ne peuvent recouvrir une réalité identique, il apparaît qu'ils n'ont pas la même étymologie. Le terme « concept » viendrait de *conceptus* qui se rapporte à une chose conçue, fabriquée. Il s'apparenterait alors à une sorte d'artefact en lien avec la pensée. De son côté, la notion rejoint le monde de l'esprit et de la connaissance de par son origine latine, l'affiliant à l'apprentissage et donc à la simple prise en compte d'un état de fait existant au préalable sans construire directement le sujet de l'énonciation<sup>304</sup>. La distinction aurait donc sa place et paraît fondée.

223. Néanmoins, la philosophie néokantienne a rapidement anéanti la conception exclusivement descriptiviste de la science et a fait du constructivisme son fondement épistémologique<sup>305</sup>. En faisant de l'objet de la connaissance non plus un simple donné mais un construit<sup>306</sup>, elle rompt avec l'idée que la conceptualisation scientifique ne reste pas statique face à l'être observé mais agit véritablement sur celui-ci<sup>307</sup>. Cependant, même si la

---

<sup>303</sup> Frank Haid a pu il y a quelques années mettre de côté une telle distinction, la qualifiant à la fois de très discutabile et particulièrement délicate à réaliser. Il leur attribue ainsi la même définition fondée sur la signification (au sens entier du terme) d'une expression linguistique, la représentation mentale générale et abstraite à laquelle elle renvoie (cf. HAID F., *Les notions indéterminées dans la loi : essai sur l'indétermination des notions légales en droit civil et pénal*, Thèse dact., Université Paul Cézanne, Aix-Marseille, 2005).

<sup>304</sup> Elle peut d'ailleurs se définir comme un ensemble complexe de propriétés physico-culturelles et ne doit pas se confondre avec des étiquettes lexicales ou des objets matériels. Les notions sont des représentations, des idées derrière les mots, des constructions psychologiques liées à la société dans laquelle elles ont été élaborées. Elles sont appréhendées et établies à travers les occurrences dans lesquelles elles subissent un certain nombre d'opérations de détermination.

<sup>305</sup> Olivier Jouanjan le rappelle clairement dans sa préface à l'œuvre de Jellinek, en affirmant que « c'est une position fondamentale du néokantisme que de poser que la connaissance n'est pas *reproduction* ou *reflet* d'un état de chose préexistant » (cf. JELLINEK G., *L'Etat moderne et son droit. Première partie : Théorie générale de l'Etat*, préface JOUANJAN O., Panthéon Assas, 2005, p. 43).

<sup>306</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>307</sup> Cette idée rejoint l'affirmation de Lepsius sur le fait que la proposition fondamentale du néokantisme consiste en ce que la méthode de la connaissance conditionne l'objet de la connaissance (cf. LEPSIUS O.,

science se caractérise tout autant par un constructivisme que par un cognitivisme, la théorisation doctrinale opère principalement une systématisation impliquant des effets et élaborant ainsi des notions à propos des faits qui en sont l'objet. C'est ainsi que Xavier Bioy différencie la notion du concept en définissant par ailleurs celui-ci comme une « construction qui accompagne, encadre le fonctionnement des notions »<sup>308</sup>. Mais là encore, le juriste toulousain ne se place que sous un angle scientifique et descriptif en ce qu'il ne prête au concept qu'une fonction explicative et hiérarchisante.

**224.** Dès lors, la différence ne se poserait qu'en termes de degré et non de nature, relativisant grandement la démarche et le résultat. Il faut donc chercher plus loin la réponse à la question de l'essence conceptuelle ou notionnelle des faits institutionnels. Le terrain de la dépendance au langage pourrait bien offrir une solution en ce qu'elle est une des conditions d'existence du fait institutionnel. Sur cette question, il apparaîtrait qu'elle puisse porter sur l'un ou l'autre de ces deux modèles. En effet, la notion semble tout autant ontologiquement liée à l'acte de parole que le concept, que ce soit au regard d'une approche sémantique, sémiologique ou étymologique, ou encore celle de Xavier Bioy. Aussi l'être de la notion, malgré son essence cognitiviste, est nécessairement associé à l'expression d'un dire scientifique sans lequel elle n'aurait que l'état d'une pensée<sup>309</sup> en raison de l'impossibilité d'envisager toute production conceptuelle de ce type en dehors d'une énonciation linguistique. De son côté, le concept n'étant pas un fait sensible, il ne peut, lui non plus, se concevoir autrement que par le truchement d'un acte de langage qui façonnerait artefact abstrait, pensé puis réalisé au moment de son expression verbale. A ce stade, nul ne peut donc dire si les énoncé-concepts constitutionnels relèvent de l'un ou l'autre.

**225.** La problématique de la dépendance au langage ne semble pas fournir d'éléments concluant pour caractériser l'énoncé constitutionnel comme formulant un concept, quand bien même il serait porteur d'un fait institutionnel. A ce stade de l'étude, il peut ainsi être associé à une notion ou bien à un concept de par l'obligation de l'emploi du langage pour

---

« Georg Jellineks Methodenlehre im Spiegel der zeitgenössischen Erkenntnistheorie », in *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, PAULSON S. L. & SCHULTE M. (eds.), Tübingen, Mohr, 2000, p. 311).

<sup>308</sup> Cf. BIOY, X., *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 862-863.

<sup>309</sup> Même si l'on peut aujourd'hui considérer que le langage structure la pensée alors qu'elle resterait physiquement inexprimée, laissant libre cours à l'idée d'une totale dépendance de toute figuration mentale au langage.

faire vivre chacun d'eux. Il faut donc chercher du côté de la nature de la réalité conceptuelle et notionnelle l'efficacité de la distinction.

**226.** La force d'une différence entre notion et concept résiderait donc dans un niveau de réalité particulier et inhérent à leur essence. Il est possible de ne les voir que comme des instruments de compréhension du monde sensible : les notions rendraient une image plus ou moins fidèles de la réalité brute, tandis que les concepts ne seraient finalement que la réunion de plusieurs notions dans le but de favoriser l'acceptation de l'objet étudié. En somme, ces deux éléments participeraient simplement d'une étude du sensible à travers une figuration abstraite et propre à la communication scientifique.

**227.** Toutefois, même s'il est impossible de leur conférer le statut d'entités réelles, il paraît possible de différencier le concept de la notion et en particulier en droit. Les travaux de Bentham ont pu mettre en avant l'existence d'entités dépendant exclusivement du langage, auquel elles « doivent leur existence, leur impossible et néanmoins indispensable existence ». Aussi réduites qu'elle soit à l'état de fiction elles revêtent tout de même le « costume des entités réelles » et sont « mises au même niveau qu'elles »<sup>310</sup>. Elles sont alors traitées « comme si elles étaient des entités réelles »<sup>311</sup> et se montrent d'une manière identifiable à la notion. En effet, celle-ci n'est pas un passage obligé pour parler de l'état de chose qu'elle représente mais permet de synthétiser un certain nombre d'éléments composant le fait qui constitue son objet<sup>312</sup>. Il s'agit certes d'une représentation mentale, un produit de l'esprit, mais se rapportant à une entité réelle qu'elle constitue. Tel n'est pas le cas des notions de la manière dont elles sont entendues ici. Si certains assimilent les concepts à une variante plus générale de la notion, la comparaison avec la théorie benthamienne conduirait, à l'instar de Paul Amselek, à les envisager sous un autre angle. Selon lui, « les choses du monde sensible ne sont pas les seules entités réelles », il y aurait autre chose et en particulier « les produits de l'esprit, actes et objets mentaux dans lesquels

---

<sup>310</sup> Cf. BENTHAM J., *De l'ontologie, et autres textes sur les fictions*, trad. J.-P. CLERO et C. LAVAL, Le Seuil, 1997, p. 85.

<sup>311</sup> Cf. AMSELEK P., « Les fonctions normatives ou catégories modales », in *L'architecture du droit*, BECHILLON (de) D., BRUNET P., CHAMPEIL-DESPLATS V. *et al.* (dir.), Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Economica, 2006, pp. 69-70.

<sup>312</sup> Il est ainsi impossible de parler de « propriété » sans avoir recours au terme qui la désigne, de la même manière que la « beauté ». Elles n'existent qu'à travers leur désignation et ne peuvent être rapportées à une chose disposant d'une réalité sensible.



il range les concepts qu'il qualifie de « réalité »<sup>313</sup>. Les notions devraient alors leur existence à l'observation d'un fait ou d'une chose préexistante et ne constitueraient que la représentation que l'on fait d'elles<sup>314</sup>. Elles auraient donc une propriété synthétique tandis que le concept se démarquerait par sa capacité à faire être la chose énoncée. Dès lors, il faudrait une nouvelle fois distinguer entre les concepts de la science et ceux du monde réel, ceux-ci ayant, en tant qu'entités fictives, un niveau de réalité égal aux entités réelles.

**228.** Ainsi, il semble que la catégorie des faits institutionnels puisse fusionner avec celle des concepts en raison de leurs caractéristiques semblables. L'effectivité de la réalité de ces deux éléments renvoie donc à leur hypothétique application au produit de l'acte de langage constitutionnel. Appréhender les énoncés constitutionnels comme des énoncés performatifs tend à leur refuser la qualité de notion même si la science a aussi pour but de construire son objet, et en particulier lorsque celui-ci, comme l'est le droit, est bâti dans le monde de l'abstrait. Qu'ils prétendent, au regard de leur forme syntaxique et sémantique, décrire un état de chose n'en fait pas moins d'eux des énoncés prescrivant ce qui sera à l'avenir quant à la conduite des institutions de l'Etat<sup>315</sup>, créant ainsi leur propre réalité. De cette manière, les énoncé-concepts se rapportent à une production mentale qu'ils provoquent par le fait de dire. Le Président de la V<sup>ème</sup> République, pour ne prendre que lui, serait donc un concept, un fait institutionnel façonné par l'énonciation constitutionnelle. Celle-ci normalisera sa conduite et ses compétences<sup>316</sup> en ce qu'il ne pourra être ce Président que s'il s'y conforme, sans quoi il ne pourra être désigné comme tel. Cette énonciation ne peut alors être vue comme postulant un être extérieur afin de systématiser un comportement mais offrirait cette systématisation à un objet qu'elle fabriquerait. Aussi, l'approche constitutionnelle n'est pas notionnelle mais conceptuelle. Elle fait advenir des énoncé-concepts, entités qui se rapprochent des faits institutionnels se rattachant en termes de caractéristiques ontologiques et systémiques.

---

<sup>313</sup> *Ibid.*, p. 71. Voir aussi en ce sens AMSELEK P., « Les règles juridiques en tant qu'objets mentaux », *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. 79, n° 3, 1993, pp. 311-320.

<sup>314</sup> La propriété ne constituerait pas son existence mais réunirait les éléments d'identification d'une situation correspondant au rapport qu'entretient l'individu avec un bien.

<sup>315</sup> Voir en ce sens les propos de Susan Sarcevic sur l'effet juridique du concept de droit, lequel serait indispensable à son intension (cf. SARCEVIC S., *New Approach to Legal Translation*, La Haye, Kluwer Law international, 1997, 1997).

<sup>316</sup> Anne Jussiaume dira également que la Constitution, malgré son écriture descriptive, comprend des énoncés chargés d'une fonction directive (cf. JUSSIAUME A., « Existe-t-il un genre littéraire constitutionnel ? », *Revue d'histoire des Facultés de droit, de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, n° 31, 2011, pp. 185, 191 et 192).



229. En conséquence, les énoncés constitutionnels ont beau arborer une forme définitoire et descriptive, ils n'en reste pas moins des énoncés conceptualisant, créateurs d'une chose. La Constitution ne représenterait donc pas un compte rendu de la constitution de l'Etat et de la société mais participerait effectivement de manière active à son existence en tant que telle et susciterait ce que Jean-Marie Denquin présente comme « l'illusion de l'être »<sup>317</sup>. Or, si la logique veut que l'objet droit ne soit pas descriptif, son mode d'expression représente tout de même un certain obstacle du fait de l'obligation de prendre en compte sa forme. Aussi, même si la forme de l'énoncé n'a que peu d'influence sur son caractère performatif, il est toutefois important de découvrir le pourquoi d'un tel choix énonciatif.

### **B/ Une performativité liée à la volonté de construire**

230. Le performatif constitutionnel, dans sa forme descriptive, semble guidé par une ligne directrice spécifique différente d'une règle de droit ordinaire. Un tel choix énonciatif conduit nécessairement à concevoir un but qui lui serait propre, justifiant la mise à l'écart d'un mode d'expression caractéristique d'un commandement du type « tu ne tueras point ». Loin des *a priori* constatifs, l'acte de langage constitutionnel se définirait à travers l'idée de créer quelque chose au moyen des mots. Plus qu'une fiction, ils engendreraient une réalité par le fait de dire, laquelle apparaîtrait à l'issue d'une communication particulière basée sur l'emploi de termes dotés d'une signification immanente faisant advenir ce qui est énoncé. Si pareille lecture des dispositions de la Constitution s'avère en faveur d'une interprétation finaliste de l'énonciation observée, celle-ci doit s'accompagner de l'analyse des moyens linguistiques mis à la disposition du locuteur constitutionnel. Aussi, le fait constituant trouverait son existence dans sa propre description (1), laquelle requerrait un matériau spécifique contenu dans les mots eux-mêmes (2).

---

<sup>317</sup> Cf. DENQUIN J.-M., *La politique et le langage*, Paris, M. Houdiard, 2007, p. 131.

1. Une existence inhérente à sa description

**231.** Comme évoqué précédemment, la Constitution représente un ensemble d'énoncés définitoires décrivant des faits institutionnels dont ils procèdent. La finalité constructive du dire constitutionnel peut alors se résumer au simple syllogisme suivant : le fait institutionnel dépend du langage, ce dernier décrit le fait en question, son existence est donc liée à sa description. Un raisonnement qu'il convient toutefois d'explicitier. En effet, rappelons-le, le fait institutionnel ne peut prendre vie qu'à partir du moment où il est produit grâce à un acte de parole structuré selon les règles d'un système linguistique déterminé. La création de cette catégorie de faits est ainsi subordonnée à son énonciation sans laquelle ils n'auraient pas d'existence. Une telle interdépendance ferait d'eux non pas un élément de la réalité sensible mais d'une réalité abstraite qui n'est saisissable que par le seul, voire l'unique échange communicationnel dont le langage est l'instrument privilégié. Ainsi, ce fait spécifique requiert d'être dit pour voir le jour et se trouve pris dans un contexte discursif politique où se meuvent des actes de langage « classiques » (ou explicites) et des actes de langage constructifs ou créateurs tendant à établir quelque chose, un concept, objet mental et abstrait mais dont la réalité est nécessaire.

**232.** Aussi dépendant du langage que puisse être l'énoncé performatif, sa capacité sui-référentielle implique une corrélation entre la forme descriptive de l'énoncé même et le fait généré. Par conséquent, faire advenir un fait institutionnel suppose qu'il soit énoncé et en particulier présent dans les mots mêmes employés. Aussi, l'acte de langage doit obligatoirement décrire le fait, le représenter *in extenso*. A titre d'exemple, celui utilisé par John Searle, « Bill Clinton est Président », présente un fait institutionnel résultant directement de l'énoncé et du rapport signifiant-signifié établi entre Bill Clinton et sa désignation, de même que pour le Président et la copule qui les joint ensemble. Ainsi, le langage apporte un constat du fait qu'il produit, déterminant ce dernier en tant qu'être. En effet, l'existence même du fait dépend de ce qu'il est décrit par l'énoncé. Si celui-ci est performatif en ce qu'il dénomme l'acte performé, faire exister un état de chose conduit à le décrire. Dès lors, il est possible d'en déduire que le caractère descriptif adopté par l'énonciateur a pour conséquence de créer un fait institutionnel, lequel ne peut être en dehors de sa description. L'énonciation performative atteste donc « la chose énoncée car elle est cette chose »<sup>318</sup>. Elle porte ainsi la sui-référence de l'énoncé performatif au rang de

---

<sup>318</sup> Cf. DUCROT O., *Dire et ne pas dire : principes de sémantique linguistique, op. cit.*, p. 297.

fait générateur de l'état de chose institutionnel et fait de l'allure définitoire des énoncés une condition de l'avènement du fait.

**233.** Enfin, si le fait dépend d'un langage caractérisé par sa nature définitoire, il procède donc dans son entièreté, dans sa forme et dans ses traits, de la description qui en est faite. La performativité liée à la création d'un fait institutionnel conduit vraisemblablement à cette conclusion qui ne semble pas aller de soi à la simple analyse liminaire du niveau locutoire de l'énoncé, le niveau illocutoire d'un performatif constatif n'apparaissant qu'à partir du moment où correspondent l'agir et sa description. Ainsi, cette dernière fait advenir le fait institutionnel en définissant ce qu'il est, en le montrant sous toutes ses coutures, en établissant ses contours afin de coller au plus près de sa représentation. C'est en ce sens que la performativité de cette catégorie spécifique de performatif amène à figurer une volonté de construire quelque chose. En effet, constater une chose pour la faire être, en particulier lorsque la finalité de l'énoncé est définir cette chose, revient ni plus ni moins à la fabriquer. La performativité se résumerait alors à la constitution de la réalité désignée par l'énonciation. Aussi, même si l'interactivité requise pour tout acte de langage se réduirait, dans le cas de la Constitution, à celle qui caractérise la relation entre un écrivain et son lecteur, il n'en reste pas moins que l'intention qui émane de l'agir linguistique en présence sert le dessein de la mise en forme d'un état de fait, certes abstrait, mais sans conteste artisanalement élaboré.

**234.** De telles conclusions conduisent à s'interroger sur l'objectif de l'auteur de la règle constitutionnelle. Son caractère descriptif mais néanmoins performatif invite à réfléchir sur la volonté et le but à atteindre de l'acte de langage constitutionnel. Est-ce les mêmes que ceux de la loi, à savoir intervenir dans les relations interindividuelles, ou bien y a-t-il une visée plus générale ? Il semble qu'il y ait un rapport intrinsèque entre la naissance de l'Etat et de ses institutions et l'acte de langage constituant. Raymond Carré de Malberg l'évoquait déjà au début du XX<sup>ème</sup> siècle : la création effective de l'Etat résulte de la volonté humaine qu'il qualifie de « cause génératrice » de ce dernier<sup>319</sup> et va même jusqu'à assujettir son existence au fait qu'il possède une Constitution<sup>320</sup>. En s'appuyant sur cette affirmation, et en considérant la Constitution comme un acte de langage, il est possible

---

<sup>319</sup> Cf. CARRE DE MALBERG R, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome I, 1920, Paris, Recueil Sirey, C.N.R.S., 1962, p. 55.

<sup>320</sup> « La naissance de l'Etat coïncide avec l'établissement de sa première Constitution écrite ou non, c'est-à-dire, avec l'apparition du statut qui pour la première fois a donné à la collectivité des organes assurant l'unité de sa volonté et faisant d'elle une personne étatique » (*ibid.*, p. 65).

d'en déduire une corrélation entre ce dernier et la création de l'Etat et de ses institutions. Le fait même d'assimiler celle-ci à un acte de volonté de l'Homme tend à le rapprocher de l'une de ses plus éminentes expressions qu'est le fait de dire quelque chose. Et ce d'autant plus que l'acte de langage conduit à apprécier son produit en tant que fait et non en tant que droit. Une qualification que le constitutionnaliste de Strasbourg retient volontiers pour cette fameuse « Constitution originaire » qui selon lui serait « réfractaire à toute qualification juridique ». Son établissement relèverait alors « d'aucun ordre juridique antérieur » à l'Etat qu'elle produit<sup>321</sup>. Dès lors, si l'on suit la logique d'une énonciation qui reflèterait le dessein de son auteur et qui le réaliserait, la visée institutionnelle de la norme suprême contribuerait à voir dans la parole du constituant cette volonté de construire qui fait que l'Etat n'advierait qu'à l'issue d'une performance linguistique propre à l'exercice du pouvoir constituant.

**235.** Dans cette optique, le constructivisme inhérent à la performativité par le constat s'analyse sous le prisme d'une conceptualisation matérielle des mots du langage. Si Gardiner assimilait déjà ces derniers à des « instruments ou des outils » permettant de bâtir une chose<sup>322</sup>, il s'avère nécessaire d'aller plus loin en les considérant aussi et surtout comme des matériaux.

## 2. Des mots comme matériaux

**236.** Le fait institutionnel serait alors métaphoriquement comparable à un mur linguistiquement monté dont les mots représenteraient les briques, déterminant à la fois sa silhouette et sa couleur. La définition de ce qu'il est, en tant qu'entité fictive ou concept, s'apparenterait donc à une manufacture par le fait de dire, employant les éléments du langage, mots et syntaxe, dans le but de confectionner ce qu'il sera objectivement. Plusieurs questions ressortent toutefois : les mots sont-ils intentionnellement employés en fonction de leur propriétés intrinsèques afin d'obtenir un certain type de produit fini ? Est-ce en définitive un acte d'interprétation qui construit le mur et transforme le constat en acte de langage créateur ou bien l'intentionnalité de l'émetteur qui réalise cela ? En d'autres

---

<sup>321</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>322</sup> Cf. GARDINER A. H., *Langage et acte de langage. Aux sources de la pragmatique*, op. cit., p. 54.

termes, les briques ont-elles une forme prédéfinie rejaillissant sur le mur qu'elles composent ou est-ce la vision portée sur celle-ci qui la leur confère rétroactivement ?

**237.** Sur ce point les avis divergent assez largement. Certains comme Alexandre Viala considèrent que les mots ont une signification qui leur est immanente reliant l'origine et l'être même du mot à l'état de chose qu'il représente, et issue du système linguistico-culturel auquel ils appartiennent<sup>323</sup>. D'autres ne voient pas de correspondance épistémologique entre le signifiant et le signifié autre que celle conventionnellement<sup>324</sup> ou arbitrairement<sup>325</sup> établie par l'interprète. Cependant, quel que soit le camp derrière lequel on se range, les mots restent chargés d'une signification que l'acte phatique (autrement dit l'acte déterminant la signification) soit accompli par le locuteur ou par l'interprète. Il semble pourtant que pour que la communication existe, il soit nécessaire que les mots employés aient déjà en leur fort intérieur une signification latente permettant la compréhension. Celle-ci doit néanmoins être suffisamment large pour offrir à l'interprète le choix de se l'approprier, voire de la tordre suivant sa propre acception des choses. Aussi, relativement à la construction linguistique d'objet, voir un mur de telle façon suppose un accord de l'interprète sur les propriétés des matériaux utilisés. Les mots seraient alors sélectionnés au regard de leur capacité à représenter un état de chose particulier. Leur précision varierait toutefois en fonction des différents attributs qui leur sont conférés. La représentation voulue par le locuteur et celle déduite par l'interprète peuvent ainsi afficher une certaine différence, mais une différence qui reste limitée par la signification immanente aux mots. Le point d'achoppement entre la construction originelle et la construction issue de l'interprétation résulterait alors de l'appréciation du produit obtenu. Celui-ci pourrait donc parfois prendre une forme autre que celle intentionnellement voulue par l'émetteur sans pour autant s'en éloigner complètement.

**238.** De cette manière, il semble possible d'affirmer que la forme du mur dépend largement des briques mises à la disposition du maçon. En conséquence, la forme concept procéderait de la signification immanente des mots et de leur aménagement syntaxique.

---

<sup>323</sup> Cf. VIALA A., « Aux sources de la controverse juridique : la force des mots », *op. cit.*, p. 191.

<sup>324</sup> Voir en ce sens AUSTIN J. L., « Truth », in *Philosophical papers*, *op. cit.*, pp. 89-90 ; RECANATI F., *Les énoncés performatifs : contribution à la pragmatique*, *op. cit.*, pp. 229 ; et s.

<sup>325</sup> Voir en ce sens GUASTINI R., *Nuovi studi sull'interpretazione*, Rome, Aracne, 2008, chap. I ; voir aussi TROPER M., « Le réalisme et le juge constitutionnel », in *Le réalisme en droit constitutionnel*, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, juin 2007, p. 127 ; ou encore GARDINER A. H., *Langage et acte de langage. Aux sources de la pragmatique*, *op. cit.*, p. 51.

Ceci conduit à concevoir le langage comme un vecteur d'une réalité artificielle ou, comme le présente Benveniste, comme un instrument à agencer le monde et la société s'appliquant à un monde considéré comme « réel » et reflétant un monde « réel »<sup>326</sup>. En effet, sa vision des analyses freudiennes fait ressortir un usage de la parole par lequel le sujet se représente lui-même ainsi que son contexte tel qu'il veut le voir et tel qu'il appelle l'autre à le constater<sup>327</sup>. Il construirait une réalité, sa réalité, la seule qui soit visible par l'analyste, la seule qu'il peut connaître car il ne peut en connaître d'autres du fait qu'il est soumis au dire du patient. Une version qui se rapproche immanquablement de celle de l'écrivain qui élabore un monde à travers des mots choisis en vue de produire un univers qui lui est propre et dans lequel il fera évoluer ses personnages en dehors de toute référence directe au monde sensible. Le monde du livre se dessinerait alors sous les yeux du lecteur qui n'aurait plus qu'à constater la réalité, pourtant fictive mais bien authentique lorsqu'il se place dans le contexte de l'œuvre. Dès lors, la dimension constitutive de ces récits serait qu'ils sont verbalisés et assumés par l'auteur du dire en question<sup>328</sup>. Cette dimension lui conférerait alors naturellement la faculté de faire apparaître un état de chose linguistiquement établi et dont les mots, de par leur signification intrinsèque, se révèlent être la glaise nécessaire à son avènement.

**239.** Ainsi, le fil conducteur de l'acte de langage constitutionnel se présenterait comme la concrétisation d'une volonté de construire un état de fait institutionnel matérialisé par l'Etat, ses institutions, voire la société elle-même dans sa forme actualisée au moment de l'accomplissement de l'acte de parole. Ce qui pouvait alors ressembler à une absence de performativité du fait d'une forme constative montre finalement un niveau illocutoire n'affichant pas explicitement l'action effectuée, action qui se trouve être bien là de manière indépendante de la forme adoptée. Cette dernière fournit donc les éléments formels d'une spécificité de l'acte de langage constitutionnel, définissant des états de chose sans pour autant perdre sa qualité performative. Loin des canons linguistiques du performatif dressés par John L. Austin, le constat constitutionnel scellerait ainsi la spécificité de son acte de langage dans une formulation atypique.

**240.** Toutefois, la singularité du performatif constitutionnel ne se réduit pas à sa seule énonciation. Il semble que cet élément soit inclus dans une *praxis* linguistique plus large

---

<sup>326</sup> Cf. BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale, I, op. cit.*, p. 82.

<sup>327</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>328</sup> *Ibid.*

imputant au niveau du discours une part conséquente de la particularité de l'acte de langage constituant. La forme du discours présentant les « statuts » de l'Etat ajouterait alors à la spécificité du performatif constitutionnel une donnée supplémentaire. Conçu sur le modèle monologique divin, il traduirait une volonté constructive s'accordant avec un descriptivisme surprenant. Dès lors, la forme constative du dire constituant cacherait une finalité constructive faisant la spécificité de l'acte de langage constitutionnel. D'autre part, la forme de l'action créatrice est façonnée autour d'un finalisme propre à la parole du pouvoir constituant. Au-delà, si elle montre un aspect général hors des normes de la performativité, elle présenterait une multiplicité marquée par une singularité tenant à l'objet sur lequel elle porte.

## **Chapitre 2 : L'identification d'une forme multiple**

- 241.** L'étude de la seule forme locutoire montre des limites mais elle offre toutefois des éléments intéressants concernant la qualité de l'acte de langage. L'énonciation constitutionnelle caractérisée par un discours spécifique, descriptif et déclaratoire, fait à ce titre preuve d'une absence d'unicité lorsque les énoncés sont observés de plus près. Néanmoins, établir une forme multiple de la création constitutionnelle au moyen d'une énonciation performative définitoire semble passer par une diversification de son objet même. Aussi, le caractère intemporel du préambule de la Constitution de la V<sup>ème</sup> République s'opposerait à celui de son corps qui, même s'il s'avère être écrit à plusieurs mains, ne souffrirait pas d'un tel vice vis-à-vis de l'acte de langage qu'il représente.
- 242.** C'est du côté de l'objet de l'énonciation qu'il faut donc se tourner. Quand bien même l'ensemble revêtirait une nature constitutionnelle, il faut ici distinguer entre deux discours suivant ce dont ils parlent : le discours des droits de l'homme et celui du corps de la Constitution. Il est toutefois important de noter que le choix énonciatif n'est pas anodin. Aussi, la manière d'aborder la description diffère selon qu'elle porte sur les droits et libertés ou sur l'organisation de l'Etat. La création s'en trouverait ainsi affectée, en particulier du point de vue de sa situation temporelle. Si l'acte de langage constitutionnel produit la chose étatique dans l'instant de son énonciation, il est certain que ce ne peut être le cas pour les dispositions des droits de l'Homme<sup>329</sup>.
- 243.** Le monologue constitutionnel serait alors scindé en deux types d'énonciation en raison de la séparation traditionnelle entre la mise en forme des institutions au caractère établi et certifié, et les droits fondamentaux dont les propriétés contraignantes rompent avec leur idéalisme intrinsèque<sup>330</sup>. De cette manière, il est nécessaire d'analyser cette

---

<sup>329</sup> Les futurs développements adopteront le postulat que les droits fondamentaux ne sont pas d'essence constitutionnelle *a priori*, notamment en raison de leur incapacité linguistique et pragmatique à faire advenir quelque chose. Il s'agira donc ici de prendre pour hypothèse de base que les droits fondamentaux ne sont pas constitutionnels car ils ne constituent pas, contrairement à la vision qu'en donne Etienne Picard (voir en ce sens PICARD E., « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n° Hors-série du 20 juillet 1998, pp. 6-43.).

<sup>330</sup> Il aura d'ailleurs fallu attendre le coup de force du Conseil constitutionnel de la V<sup>ème</sup> République pour qu'ils acquièrent une réalité normative dans la marche des institutions (CC, n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association*, *Rec.*, p. 29, JO, 18 juillet 1971, p. 7114).



forme utopique de l'énoncé des droits de l'Homme dont la performativité ne fait pas forcément l'unanimité (*Section I*). Mais si elle est plus reconnue, la performativité du corps de la Constitution fait montre d'une diversité particulière tenant aux multiples dimensions de l'organisation de l'Etat (*Section II*).

### ***Section I : La forme utopique des droits de l'Homme***

**244.** A en croire les propos de Jacky Hummel, les droits fondamentaux seraient formulés selon des formes littéraires semblant « essentiellement destinées à exprimer la coexistence de deux types de dispositions : les clauses d'héritage culturel rattachées aux traditions fondatrices et des dispositions exprimant des vœux et des espoirs pour l'avenir »<sup>331</sup>. C'est notamment au sein de cette deuxième catégorie que se révèle la forme utopique des déclarations des droits de l'Homme. Leur esprit reflète une volonté de tracer le chemin vers un statut social parfait en terme de justice, qu'elle soit sociale ou individuelle, et matérialisant la recherche du fameux « bonheur de tous »<sup>332</sup>. Cependant, évoquer le caractère utopique du discours fondamental oblige à réfléchir sur les tenants et les aboutissants de l'utopie elle-même.

**245.** Dérivée du terme *utopia*, créé par Thomas More dans son œuvre éponyme et signifiant littéralement « nulle part »<sup>333</sup>, l'utopie des droits de l'Homme semble montrer une incompatibilité de nature avec la performativité constitutionnelle. Mais il faut néanmoins la considérer, à l'instar de la promesse, comme un acte double. Cette analogie mettrait alors à jour à la fois la projection virtuelle d'une espérance sans pour autant renier la mise en place d'une réalité tenant à l'acte même de promettre. La création de l'utopie constitutionnelle ne serait donc présente que sur un plan imaginaire, hypothétique, faisant espérer un idéal sans donner les véritables clefs de sa réalisation dans le temps présent.

---

<sup>331</sup> Cf. HUMMEL J., « Les préambules de la Constitution : une forme du « genre littéraire utopique » ? », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, 2011, n° 31, pp. 208-209.

<sup>332</sup> Cet objectif est d'ailleurs expressément évoqué dans les propos liminaires de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

<sup>333</sup> Cf. MORE T., *Utopia*, Introduction et traduction TURNER P., Harmondsworth, Royaume-Uni, Penguin Classics, 1965, p. 8.

Elle conduirait *in fine* à considérer les droits fondamentaux non comme un être mais comme une définition idéale de la Société (§1). Cependant, hormis le fait que la forme irréalisée de l'utopie peut *a priori* laisser penser à une simple projection d'un avenir rêvé, son rang constitutionnel impose toutefois d'aller chercher l'existence d'une réalisation *a posteriori* (§2).

### **§1 : Une définition *a priori* idéale de la Société**

**246.** Corroborer la thèse des propriétés utopiques du discours des droits de l'Homme requiert une analyse linguistique des différentes dispositions contenues dans les déclarations de droits. L'examen du niveau locutoire du discours tendrait à faire ressortir une poétique spécifique symptomatique d'un être différent du corps de la Constitution. Marqué par une énonciation tirant explicitement les leçons du passé, il affiche l'expression d'une volonté de remettre en cause l'état de chose social antérieur jugé inopérant, indécent, décadent ou bien désastreux. De manière générale, les déclarations tendent à proposer une voie supposée extraire l'Homme d'un marasme social qu'il ne mériterait naturellement pas. Aussi, il semble que puissent en être dégagés deux traits principaux. Le premier ferait flotter les droits et libertés dans une brume immatérielle à travers un universalisme discursif (A) les laissant hors de portée d'une quelconque revendication par les individus. Un universalisme qui est pourtant souvent jugé inhérent à la notion même de droit fondamental et qui traduirait la définition d'un idéal (B) pointé à l'horizon de l'action étatique tout en étant intrinsèquement inexistant.

#### **A/ Un discours universalisant**

**247.** Le discours des droits de l'Homme est souvent regardé comme véhiculant une idéologie humaniste qui ne peut se résumer à la régulation des rapports entre gouvernants et gouvernés d'une société particulière. Cette perspective se retrouve assez largement au niveau international avec la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 ou encore les Pactes Internationaux de 1966. Elle caractériserait ainsi une nature spécifique du discours droits-de-l'hommiste tenant à un universalisme affiché et assumé.

Linguistiquement parlant, cet universalisme se reflète dans une poétique traitant la relation au temps et à l'espace d'une manière typique à la mise en œuvre d'une généralité (1). Tout au plus, l'universalisme d'un tel discours trouverait une réalisation explicite par le truchement d'un vocabulaire particulier visiblement choisi à cet effet, mais aussi inhérent à une énonciation marquée par une application de la fonction référentielle du langage. Cette dernière laisserait alors entrevoir une vision synchronique de l'idéal social au moyen d'un discours désactualisé (2).

### 1. Un discours généralisant

**248.** Carl Schmitt affirmait que les « droits fondamentaux véritables s'étendent à tout homme sans égard à sa nationalité », les qualifiant de « droits de l'individu humain isolé »<sup>334</sup>. De cette manière il place l'expression de l'universalisme des droits de l'Homme au niveau de l'évocation de l'Homme lui-même, sans prise en compte d'une quelconque distinction.

**249.** Une hypothèse en ce sens s'illustre aisément par la lecture des différentes déclarations de droits contenues dans le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958. En effet, la Déclaration des Droits des l'Homme et du Citoyen de 1789 ne fait mention que de l'Homme pris dans sa généralité, excluant un homme en particulier ou bien une catégorie d'homme à laquelle les droits déclarés seraient assignés. A ce titre, que ce soit dans le préambule de la déclaration ou bien dans son corps, l'homme est désigné par son universel, renvoyant à l'être humain en général. Deux exemples en sont très évocateurs et parfois même plus qu'explicites. Le préambule de la Déclaration énonce « l'homme » sans le distinguer dans son individualité relative à la race, la religion ou encore au regard de facteurs économiques<sup>335</sup>. Il en est de même pour l'article 1 qui dispose que « les hommes naissent libre et égaux en droit ». Il arrive même que le texte de 1789 aille plus loin en exprimant expressément la généralité en attribuant à « tout homme »<sup>336</sup> ou en excluant à

---

<sup>334</sup> Cf. SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, Quadrige, P.U.F., 2008, p. 302.

<sup>335</sup> On peut toutefois douter d'une absence de distinction au regard du sexe, considérant la nature politique de la Déclaration et de la philosophie qui primait à l'époque sur la question de l'égalité entre les hommes et les femmes.

<sup>336</sup> « **Tout homme** étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi » (art. 9 de la Déclaration des l'Homme et du Citoyen de 1789).

« nul homme »<sup>337</sup>, tel droit ou action contre lui. Chacun de ces déterminants renvoyant à une indétermination, ils tendent, au même titre que « chaque homme »<sup>338</sup>, à n'identifier qu'un homme générique auquel on aurait découvert les droits et les libertés inhérents à sa nature humaine, et non à sa condition sociale<sup>339</sup>. Ce faisant, le discours de la Déclaration de 1789 se montrerait comme un discours universel prétendant déduire l'énoncé des droits de l'essence même de l'humanité.

**250.** De son côté, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 n'est pas en reste. Sa visée universelle se présente d'une manière particulièrement explicite dans ses propos liminaires lorsqu'il énonce que « tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ». Si la Déclaration de 1789 se bornait à n'évoquer que « l'homme », le constituant de la IV<sup>ème</sup> République exprime son esprit universalisant au moyen d'une emphase concrétisée par une double mention du caractère générique de l'homme dont il lui reconnaît les droits. Tout d'abord, « l'homme » devient « l'être humain », moins déterminable en tant qu'homme du genre masculin – interprétation déductible suivant une lecture actuelle – ce qui accentue son universalité. Puis il appuie l'absence de discrimination, inhérente à la notion d'« être humain », par l'exposé de conditions sélectives qu'il ne compte pas appliquer alors qu'elles ont pu constituer un critère contemporain de distinction entre les composantes de l'espèce humaine<sup>340</sup>. Au-delà, l'énonciation des droits dits « sociaux » reprend les canons posés par l'universalisme de 1789. Une analogie qui se justifie par l'emploi de locutions du type « tout homme », « nul » ou bien « chacun », lesquelles constituent une variante de « chaque homme » dans une optique plus indéterminé.

**251.** Cependant, le contexte historique et social expliquant une nouvelle fois l'universalité du discours des droits de l'Homme, il semble qu'il ne soit qu'un indice et non le fondement d'une telle énonciation. La Charte de l'Environnement de 2004 présente

---

<sup>337</sup> « *Nul homme* ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites » (art. 7 de la Déclaration des l'Homme et du Citoyen de 1789).

<sup>338</sup> « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de *chaque homme* n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits" (art. 4 de la Déclaration des l'Homme et du Citoyen de 1789).

<sup>339</sup> Une hypothèse d'autant plus confortée par la volonté des Révolutionnaires de faire cesser l'attribution de droits ou privilèges à une catégorie socialement déterminée concrétisée en dépouillant l'homme de ses oripeaux sociaux afin de le réduire à sa substance humaine, égale entre tous.

<sup>340</sup> Tout comme le contexte historique de 1789 avait justifié un certain universalisme tenant à une philosophie Moderne, il est évident que celui de 1946, intervenant après la seconde guerre mondiale, a fait sentir le besoin de mettre l'accent sur la condition ethnique, religieuse ou de croyance.

ici un intérêt tout particulier en ce qu'en l'absence de crise politique, elle concrétise une avancée dans l'universalisme des droits de l'Homme. Aussi, elle prend en compte non plus seulement « l'homme » ou « l'être humain » mais « l'humanité »<sup>341</sup>. Elle monte ainsi d'un cran dans la visée universaliste de l'énoncé des droits fondamentaux. De plus, si la référence à « l'homme » ou à « chacun » n'est pas abandonnée, elle est subsidiaire vis-à-vis d'un autre renvoi à l'universel caractérisé par la référence à « toute personne »<sup>342</sup>. Dès lors, la différence pouvant s'expliquer au regard de l'évolution temporelle et sémiotique de la mention à l'humain dans le langage politique, l'énonciation des droits fondamentaux au fil du temps montre de manière convaincante la volonté de traiter de l'homme sous un angle universel. Et ce d'autant plus que, suivant une lecture purement moderne quant à la relation signifiant-signifié, les trois déclarations de droits prises dans leur globalité afficheraient un objectif tendant à couvrir toutes les facettes de l'homme dans sa généralité.

**252.** Si l'universalisme des droits fondamentaux se caractérise par une considération de l'Homme dans son acception indéterminée, cela ne s'avère néanmoins pas entièrement satisfaisant. Il suffirait que l'énonciation soit spatialement située pour en déduire une détermination implicite d'une catégorie d'homme vivant sur un territoire désigné et la distinguer d'une autre. Or, la lecture des déclarations de droits ne laisse pas apparaître un quelconque pointage spatial.

## 2. Un discours désactualisé

**253.** Concernant la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, plusieurs éléments tendraient à confirmer l'hypothèse d'un universalisme spatial.

**254.** En premier lieu, une généralité se retrouverait dans la mise en avant des pouvoirs politiques d'une manière qui empêcherait de les identifier à un genre concret. En effet, la Déclaration ne cite que le « pouvoir législatif » et le « pouvoir exécutif » sans les faire correspondre à un organe défini ou bien à un Etat déterminé. Plus encore, elle n'énonce pas

---

<sup>341</sup> « Que les ressources et les équilibres naturels ont conditionné l'émergence de *l'humanité* » (voir les propos liminaires de la Charte de l'Environnement de 2004).

<sup>342</sup> « *Toute personne* a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement » (art. 2 de la Charte de l'Environnement de 2004).

d'institution propre à la France, soit instituée soit instituable, mais « toute institution ». Une observation en ce sens démontre une volonté d'assigner l'ensemble de ses dispositions à la diversité des systèmes constitutionnels et non à un seul en particulier ou à un type donné.

**255.** En outre, les articles 15 et 16 présentent d'autres éléments attestant de cette vision universaliste. L'article 15 dispose que « la **Société** a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration », utilisant une dénomination large de ce que le préambule de la Déclaration de 1789 désigne comme « corps social ». Pourtant, le caractère défini du déterminant qui l'accompagne tend à révéler une attitude énonciative monstrative qui contreviendrait à l'idée d'un discours universalisant. *A contrario*, l'article 16 débute par « toute Société », une énonciation plus proche de la conception fondamentaliste en ce qu'elle la désactualise pour lui permettre de s'adapter à n'importe quelle association d'individus se dotant d'une Constitution. Dès lors, au même titre que son traitement de l'Homme, la Déclaration de 1789 propose une absence d'actualisation spatiale. Il en résulte un universalisme explicitement marqué par une mention plus que généraliste aux institutions et au groupe social auxquels elle attribue les droits disposés.

**256.** S'agissant des droits sociaux et environnementaux, il est possible de constater un phénomène similaire de désactualisation spatiale. A ce sujet, la Charte de 2004 ne montre pas véritablement de différence notable avec le discours de 1789. Tout au plus, elle présenterait une certaine orthodoxie au regard de la patente universalité spatiale du discours des droits fondamentaux. En effet, la Charte évoque un « milieu naturel » de l'humanité ou qualifie l'environnement de « patrimoine commun des êtres humains ». Du même coup, elle étend explicitement au maximum la perspective spatiale qu'il est possible de trouver dans la Déclaration révolutionnaire. De son côté, le Préambule de 1946 propose un énoncé annonçant l'exposé des droits et ne permettant pas de douter de leur application générale. En disposant que le Peuple français « proclame, en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps, les principes politiques, économiques et sociaux », le préambule de la IV<sup>ème</sup> République, s'il est temporellement situé, ne le fait pas spatialement. Ces principes sont donc attachés « à notre temps » et non « à notre société » ou « notre peuple », déliant la déclaration de droits du groupe social et du territoire auxquels ils se destineraient. Il ne serait ainsi que partiellement universel.

**257.** Néanmoins, si l'annonce tend à une affirmation en ce sens, il faut reconnaître qu'elle ne peut englober la totalité du discours du Préambule de 1946 pour les raisons suivantes. D'une part, et c'est la plus flagrante, malgré une visée universaliste générale, le Préambule replace par certains de ces alinéas son discours dans un système politique et juridique donné. En témoignent les multiples références aux Français, à la République française ou encore à la Nation dont l'acception ne peut être considérée comme analogue à celle de 1789 car elle est associée ouvertement à la Nation française. Aussi faudrait-il distinguer entre les principes qui tiennent de l'universel et ceux qui tiennent en revanche d'une conception ethnocentriste des droits sociaux, applicables à une société donnée et porteuse d'une vision politique destinée à un peuple en particulier. D'autre part, la nature même de ces droits ne peut inclure une universalité totale, tant ils ont vocation, au regard des renvois à ladite République, à influencer une action étatique précisément française. Une perspective en ce sens se remarque d'autant plus qu'ils sont exprimés en vertu d'une idéologie marxiste rendant les droits sociaux dépendants de celle-ci. Un tel constat viendrait fortement relativiser la thèse d'une essence universaliste des droits fondamentaux puisqu'ils semblent pouvoir être conçus comme voués à ne garantir les droits que d'une partie de l'humanité.

**258.** Toutefois, la posture discursive du préambule de cette déclaration des droits sociaux oblige à considérer un désir d'appliquer des droits jugés universels à une catégorie d'individus donnée sans les leur réserver. Aussi, plutôt que d'attribuer des droits aux seuls Français, le constituant fondamental viendrait simplement les octroyer à ces derniers. Cette attribution ne porterait alors pas véritablement de conséquence sur la nature universelle des droits de l'Homme en ce que la désactualisation spatiale de leur découverte n'est pas remise en cause par leur application. Aussi, il faudrait distinguer entre leur énonciation et leur application, la seconde de déterminant pas substantiellement la première. De plus, considérant l'énoncé introductif de l'exposé des droits sociaux qui les proclame « comme particulièrement nécessaires à notre temps », le positionnement du locuteur semble suggérer une universalité tenant à l'humanité elle-même. En effet, l'utilisation du pronom personnel possessif « notre » induit une intégration du locuteur dans l'ensemble des individus sujet à ce « temps ». Mais ce « temps » peut être compris comme étant relatif à l'évolution de la société française. Ainsi, le constituant de 1946 emploie un terme empreint d'une généralité dont l'indétermination dépasse de contexte spatiale. En faisant cela, il s'inscrit dans un tout correspondant à l'humanité prise dans son « temps » et indique que



ce qui est valable pour lui vaut aussi pour l'Homme. Par conséquent, c'est un discours double que propose le Préambule de 1946, reconnaissant des droits fondamentaux à la personne humaine quel que soit son genre ou son origine ethnique, mais aussi fixant la nécessité d'une politique de l'Etat qu'il assigne à l'Etat français sans pour autant tendre à l'exclusivité.

**259.** C'est une fois de plus la posture énonciative qui déterminerait la qualité du discours, le menant à consacrer une condition universelle aux droits fondamentaux lorsqu'il ne fait que reconnaître un état naturel de l'Homme non déterminé dans l'espace. Néanmoins, il faut voir dans cet universalisme une idée particulière de la nature humaine. L'ensemble des déclarations de droits tend à présenter l'Homme en tant qu'espèce. Diverses références à cette conception de l'humanité sont à ce titre observables çà-et-là. Aussi, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 distingue l'*Homme* pris dans son essence naturelle de par sa séparation avec le *Citoyen*, homme associé à un corps social déterminé. De même, le Préambule de 1946 évoque la « personne humaine », tandis que la Charte de l'environnement de 2004 énonce ses droits comme relevant de « l'humanité » dans « son milieu naturel ». Il est alors permis de penser ces droits comme ceux de l'Homme émancipé de sa naturalisation que l'on retrouve dans la pensée des Lumières. Ils exprimeraient alors une autonomisation de l'Homme face une coutume spécifique qui était devenue naturelle malgré son artificialité. C'est alors cette dénaturalisation véhiculée les déclarations de droits qui constituerait l'universalisme des droits de l'Homme en ce qu'il traiterait de l'humanité universelle<sup>343</sup>.

**260.** Le discours des droits de l'Homme projetterait ainsi une normalisation de l'Etat en venant faire dépendre le respect de ces droits d'un comportement de ce dernier. Un positionnement en adéquation avec le type de droit protégé puisqu'il a trait à un élément naturel, tout comme l'Homme pouvait en constituer un. Dans ces conditions, il est intéressant de voir que l'essence même de la catégorie de droits dont il est question joue sur l'orientation spatiale du discours. Autant l'environnement et l'Homme en lui-même peuvent se voir désincarner socialement, autant ce qui touche à la vie en société dans un système étatique et constitutionnel donné doit être associé à un exemple d'Etat. Aussi,

---

<sup>343</sup> L'esprit des déclarations de droits montrerait ici une volonté de l'Homme de s'extraire d'une tradition d'une norme extérieure à lui-même et qui se caractériserait à par l'évidence. En consacrant des « droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme » ou encore propres à « l'être humain », elles feraient valoir une sorte d'arrachement à une humanité particulière qui en ferait fi (voir en ce sens LEGROS R., *L'idée d'humanité*, Grasset, 1990, pp. 13-27).



même si l'ordre étatique n'est spécifié qu'indirectement, l'universalisme social ne peut être exempt d'une combinaison avec une activité de l'Etat ou un conditionnement social, même dans son universalité la plus poussée, car ils requiert l'existence d'une société.

**261.** L'universalisme du discours des droits de l'Homme présenterait donc une poétique assez significative tenant à une prise en compte limitée, sinon absente, du contexte de l'énonciation. Le caractère désactualisé, tant au regard du destinataire que du lieu, de l'exposé des droits fondamentaux se traduit par un aspect non déterminé mais déterminable, prédestiné à s'appliquer à toute situation, tout lieu, et tout individu. Si ce style énonciatif se retrouve dans le discours constitutionnel du corps du texte suprême, il est tangible d'en déduire qu'il est adopté à cet effet par analogie à celui des droits fondamentaux. Adopté par association avec l'essence universelle des droits de l'Homme, celui-ci est alors psychologiquement employé dans le but d'offrir au corps de la Constitution le même degré de fundamentalité.

**262.** *A contrario*, une déduction en ce sens permettrait de déceler un rapport d'inhérence entre l'énonciation universalisante des droits de l'Homme et la nature universelle de ceux-ci. Aussi, le dire fondamental se caractériserait par une mise en retrait de la fonction référentielle du langage. Si Jakobson la considère comme la « tâche prédominante de nombreux messages »<sup>344</sup>, force est de constater que « la visée du référent, l'orientation vers le contexte »<sup>345</sup> est placée dans une position secondaire, voire mise de côté selon les parties du discours des droits de l'Homme. Ceci a pour conséquence de favoriser la physionomie universelle du discours qui n'est plus au principal indexé à un contexte donné, qu'il soit spatial ou ethnique. De cette manière, l'énonciation se montre sous un jour désactualisé, confortant l'universalisme dans elle est empreinte. Cela va même jusqu'à le défaire de son lien avec le référent temporel, lequel, s'il peut signifier un point de départ de la reconnaissance, ne l'attache pas à l'existence des droits ni même à la perspective d'une prise en compte ultérieure. Cette approche synchronique tenant à la résurrection ou à la conservation<sup>346</sup> de l'œuvre littéraire que constitue l'énonciation des droits de l'Homme abonderait dans le sens d'un universalisme. Ces derniers n'auraient alors pas cours à la

---

<sup>344</sup> Cf. JAKOBSON R., *Essais de linguistique générale : les fondations du langage*, Paris, Minuit, 2003, p. 214.

<sup>345</sup> *Ibid.*

<sup>346</sup> *Ibid.*, p. 212.

seule période de leur énonciation mais bien de manière continue dans le temps depuis leur reconnaissance jusqu'à leur extinction.

**263.** Ainsi, le discours droit-de-l'hommiste, présente à de multiples égards une spécificité liée à sa vocation universalisante quant au contenu qu'il contient. Cette vocation serait linguistiquement marquée, à la fois par une forme énonciative propre à l'acte déclaratif désactualisé et par une teneur sémantique affectant le ton de la parole fondamentale. L'énonciation des droits de l'Homme porterait alors en elle-même les fondations d'une expression empreinte d'une généralité qui étendrait sa portée bien au-delà de celle dont elle est juridiquement pourvue. Traitant de l'humain dans sa généralité sans en spécifier une quelconque individualisation, elle participerait à une définition idéale de la société, considérant l'humanité dans son entièreté. Une définition qui est *a priori* non réalisée, mais projetée en tant que but à atteindre. Or, si en théorie l'idéal social semble prégnant, le discours universalisant des droits de l'Homme, teinté d'indétermination, le serait apparemment aussi au niveau pragmatique.

### **B/ Un discours idéalisé**

**264.** Le discours des droits de l'Homme est très souvent présenté comme un discours chargé d'un idéalisme tenant à une émergence concomitante du droit naturel moderne fondé sur le culte de la raison humaine et de sa réalisation législative<sup>347</sup>. Visant un certain universalisme théorique de par leur ancrage dans la Modernité, les débuts de la protection des droits de l'Homme trahirait cette pensée, à la fois légicentriste et prônant le caractère naturel de caractéristiques inhérentes à l'Homme universel. Une méthode qui pointe comme finalité la concrétisation d'une société idéale vers laquelle il faut tendre par un dire particulier, linguistiquement marqué par une idéologie politique. Un tel positionnement idéologique s'en ressent nécessairement dans la formulation du discours. A ce titre, il présente, intentionnellement ou non, une attitude singulière de l'énonciateur, et notamment au regard de l'état de chose objet de l'acte de parole. En pratique, l'allure du discours des droits de l'Homme figurerait l'idéalisme de ce dernier par le fait qu'il ne montrerait pas d'aptitude à réaliser l'état de chose qu'il décrit, contrairement à ce qu'est capable de faire

---

<sup>347</sup> Voir en ce sens VIALA A., *Philosophie du droit*, Ellipses, Paris, 2010 ; TROPER M., *La philosophie du droit*, Que sais-je ?, P.U.F., 2<sup>ème</sup> édition, Paris, 2008 ; OPPETIT B., *Philosophie du droit*, Dalloz, 1<sup>ère</sup> édition, Paris, 1999.

le discours constitutionnel en général. Il traduirait ainsi l'expression d'un modèle social irréalisable (2) au moyen d'un discours projeté dans l'avenir (1).

### 1. Un discours projeté

**265.** Il ressort de la lecture des textes consacrant les droits fondamentaux, la mise en mots de ce que Jacky Hummel nomme « le feu politique et idéologique constituant » formulé afin de « légitimer l'ordre établi »<sup>348</sup> en rupture avec le précédent. L'idéal se réaliserait donc ici autour d'une attitude discursive fondée sur l'émotivité et l'irrationalité<sup>349</sup> en vue de faire cesser une situation injuste et pourtant traditionnellement perpétuée. Les différentes parties liminaires des déclarations de droits présentes dans le texte du 4 octobre 1958 offrent à ce sujet des illustrations plus qu'explicites.

**266.** La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 porte en elle ce témoignage d'un « avenir espéré »<sup>350</sup>. Il en résulte ainsi une finalité émanant des principes qui seront ci-après exposés, reconnus, déclarés, à travers l'emploi de la locution conjonctive « afin que »<sup>351</sup> marquant le positionnement discursif de l'énonciatrice Assemblée nationale constituante dans une perspective d'un avenir meilleur. De la même manière, les formulations d'adverbes, ou de locutions circonstancielles de temps telles que « constamment », « à chaque instant » ou bien « toujours » assurent le sentiment d'une projection exprimée par cette sorte de « profession de foi » comme la qualifie Jacky Hummel<sup>352</sup>. Mais ce qui est présenté comme l'apanage du droit-de-l'hommeisme révolutionnaire n'en est pourtant pas exclusif.

**267.** Le postulat d'un idéalisme linguistiquement marqué s'avère plus qu'évident s'agissant de la consécration des droits environnementaux. Il en ressortirait ainsi une prise de position politique explicite sur le rejet d'un passé inhumain en promouvant un avenir meilleur. Aussi, se retrouve dans le préambule de la Charte de l'Environnement de 2004 ce

---

<sup>348</sup> Cf. HUMMEL J., « Les préambules de la Constitution : une forme du « genre littéraire utopique » ? », *op.cit.*, pp. 214-215.

<sup>349</sup> *Ibid.*, p. 206.

<sup>350</sup> *Ibid.*, p. 208.

<sup>351</sup> « ...*afin* que cette Déclaration, [...] ; *afin* que les actes [...] ; *afin* que les réclamations des citoyens... » (Préambule de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789).

<sup>352</sup> Cf. HUMMEL J., « Les préambules de la Constitution : une forme du « genre littéraire utopique » ? », *op.cit.*, p. 203.

renvoi à un présent vis-à-vis duquel il est souhaité qu'il soit rompu. Elle fonde alors son idéalisme sur la résolution d'excès constatés par « certains modes de consommation ou de production et par l'exploitation excessive des ressources naturelles » au moyen d'une prise de conscience écologique devant soutenir l'effort de l'Etat pour préserver l'environnement. Un effort qui est rendu indispensable en raison d'une considération écologique figurant au même rang que « les autres intérêts fondamentaux de la Nation ». Sur le plan linguistique, le caractère idéaliste de la Charte s'avère aussi matérialisé par l'usage de la locution projective « afin », orientant vers un état de chose dont la réalisation doit guider l'action de l'Etat. Elle initie en outre un énoncé dont le libellé ne laisse aucun doute quant à la vision prospective de la déclaration et sur son absence de concrétisation<sup>353</sup>.

**268.** Le Préambule de la Constitution de 1946 fait montre lui aussi de cette volonté de véhiculer une idéologie particulière à travers l'exposé des droits fondamentaux dit « sociaux ». Il est ainsi possible de relever plusieurs marqueurs de celle-ci dans les propos introductifs et plus précisément la référence à l'horrible passé dont elle prétend vouloir faire disparaître les effets consécutifs à l'action des régimes « qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine ». Un tel postulat viserait à irriguer l'ensemble de la déclaration de droits dans le but de la teinter d'une idéologie politique chargée de valeurs supposées garantir un avenir préférable en termes de protection de l'individu. Là encore, la réalité, ni même l'effectivité de ces droits ne peut être au rendez-vous. Le discours est prononcé sous l'égide du vœu pieu plus que du commandement, caractérisant la vue d'un état de chose imaginaire mais à la bonification subjectivement affirmée. De plus, ce Préambule se targue de proclamer des principes « particulièrement *nécessaires* à notre temps », une posture symptomatique du constat d'un écart entre l'état de chose actuel au moment de l'énonciation et celui qui devrait idéalement être.

**269.** Cette question de la « nécessité » recouvre d'ailleurs une analyse de l'expression utopique par Jacky Hummel, celui-ci distinguant entre le *nécessaire* et le *souhaitable*. Si ce dernier rattache le *nécessaire* à « la fondation de l'ordre existant » et le *souhaitable* à « la revendication d'un droit ou d'un principe en attente de réalisation », ils représentent tout de

---

<sup>353</sup> En effet, en disposant « qu'*afin* d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins », le dernier alinéa introductif de la Charte plante le décor et annonce la vision idéalisée, non réalisée de ce que ses dispositions devront engendrer comme résultat. Le discours est ici expressément marqué comme actualisé dans l'avenir – la référence aux « générations futures » en constitue un indice édifiant – et donc nécessairement désactualisé. Il représente un but auquel il est dit primordial de parvenir.

même l'aspect utopique d'un préambule à la recherche d'une harmonisation entre ces deux notions<sup>354</sup>. Il serait tentant de faire correspondre la formulation de l'alinéa 2 du Préambule de la Constitution de la IV<sup>ème</sup> République avec la notion de *nécessité*, les termes étant identiques. Toutefois, la dimension pragmatique que lui donne le professeur rennais rend l'analogie difficile en ce que le discours des droits fondamentaux n'apparaît pas ancré dans un contexte précis hormis celui de son apparition qui justifie son énonciation. Mais il n'englobe pas l'ensemble du discours et ne fait qu'offrir une indication quant au besoin d'exprimer pareille déclaration de droits. Le discours affiche à ce titre un caractère désactualisé au regard de sa relation avec une situation donnée et déterminée, une relation lâche afin qu'il ait la plus large latitude concernant la réalité qu'il vise à réguler. Aussi, le terme « *nécessaire* » du préambule ne peut avoir la même valeur que celle que donne Jacky Hummel à la notion de nécessité et oblige à la rapprocher de celle du souhaitable. Par conséquent, lorsque le constituant de 1946 évoque les « principes particulièrement nécessaires à notre temps », il ne peut qu'exprimer le souhait, non pas qu'ils soient nécessaires mais qu'ils soient réalisés. Ils sont donc « en attente de réalisation » et relèveraient du *souhaitable*, une réalité utopique et imaginaire matérialisant l'idéal que le constituant cherche à atteindre.

**270.** Mais, considérer le discours des droits de l'Homme comme l'expression d'un dire utopique suppose de prendre en compte sa double fonction dégagée par Jacky Hummel. Il aurait ainsi la particularité de dresser le tableau d'une société modèle s'inscrivant en rupture avec l'état social présent au moment de son énonciation et ce par « le recours à la fiction par un artifice littéraire qui consiste à décrire une société idéale dans une géographie imaginaire »<sup>355</sup>. A ce titre, les déclarations qui forment aujourd'hui l'ensemble positif de protection des droits fondamentaux semblent à leur façon se conformer à cette analyse en ce qu'elles seraient l'expression d'un modèle social irréalisable.

## 2. L'expression d'un modèle social irréalisable

**271.** La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 rompt bien évidemment avec le passé, et la radicalité de cette rupture est plus qu'évidente, tant au

---

<sup>354</sup> Cf. HUMMEL J., « Les préambules de la Constitution : une forme du « genre littéraire utopique » ? », *op.cit.*, pp. 217-218.

<sup>355</sup> *Ibid.*, p. 210-211.

regard du contexte de son écriture et de son adoption, que du contenu même des propos liminaires qui les énoncent de manière expresse<sup>356</sup>.

**272.** S'agissant de la question de la construction d'une société exemplaire, l'association du Citoyen aux libertés politiques disposées tout au long de la déclaration suggère fortement la vision d'un fonctionnement social spécifique à cet avenir rêvé exprimé à travers le « bonheur de tous ». Plus encore, le renvoi récurrent à des mécanismes de régulation des comportements interindividuels, mais aussi vis-à-vis de l'Etat tels que la loi<sup>357</sup>, la souveraineté<sup>358</sup>, ou encore l'usage de la force publique<sup>359</sup>, mettent en évidence une version modèle des rapports entre l'Etat et les individus qui composent la société. Ils constituent ainsi une version imaginaire parfaite du fonctionnement social et trace le chemin pour y parvenir.

**273.** Un raisonnement en ce sens peut aussi être adopté pour le Préambule de la Constitution de 1946. Tout comme la Déclaration de 1789, il projette lui aussi un modèle de société reflétant la prise en compte de problèmes sociaux contemporains dont il offre une solution portée sur le long terme dans le domaine. Il traite non plus seulement des rapports entre l'Etat et les individus, mais aussi de ceux relevant du travail et des garanties sociales. En outre à l'instar du discours révolutionnaire, il tend de la même manière à imprimer une marche à suivre de l'Etat pour atteindre un modèle de société qu'il propose.

**274.** Si une telle analyse paraît relativement évidente au sujet des déclarations de droits fondamentaux antérieures à 1958, la Charte de l'environnement ne semble pas répondre d'une manière identique à cette dualité fonctionnelle. La suggestion d'un modèle social se retrouve aisément à travers ses dispositions. L'aspect prospectif du discours est ici expressément exprimé à travers la considération du caractère « indissociable » de « l'avenir » et de « l'existence de l'humanité » avec son « milieu naturel » ou encore par la mise en avant d'une « recherche de la préservation de l'environnement » et d'un but visant à « assurer un développement durable ». Néanmoins, elle s'accorde difficilement avec l'argument de la rupture radicale. L'adoption de la protection environnementale n'intervient pas dans un contexte de crise sociale et politique comparable avec 1789 et

---

<sup>356</sup> « ...considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements... ».

<sup>357</sup> Art. 4 à 11.

<sup>358</sup> Art. 3.

<sup>359</sup> Art. 12 et 13.

1946 mais correspond à un besoin grandissant consécutif à une prise de conscience de l'impact de l'action humaine sur l'environnement. Il est, certes, avéré qu'elle découle d'une volonté de rompre avec une pratique étatique et sociale spécifique. En témoigne la mention d'une affectation de « la diversité biologique, l'épanouissement de la personne et le progrès des sociétés humaines » par « certains modes de consommation ou de production » et par « l'exploitation excessive des ressources naturelles ». Mais cela ne peut être vu comme constitutif d'une résolution extrémiste de changer un présent jugé avilissant. Il s'agirait davantage d'un désir d'évolution que de révolution, obligeant à chercher l'expression d'un modèle social ailleurs que dans cette dualité fonctionnelle.

**275.** C'est chez Rudolf Smend, repris par Carl Schmitt dans son analyse de la finalité des droits fondamentaux que se trouverait l'issue du problème, finalité que ce dernier qualifie de « constituante globale » matérialisant la « proclamation d'une nouvelle éthique de l'Etat »<sup>360</sup>. S'il est admis que ce type de discours propose un ordre idéalisé projeté vers l'avenir et coïncidant avec un désir mélioratif, c'est en fin de compte dans l'essence téléologique de ces droits que réside l'idéalisme. Aussi, il faudrait repenser l'utopie sous un prisme alternatif : celui d'une dualité fonctionnelle mettant en perspective un modèle social pouvant s'inscrire dans un contexte révolutionnaire comme dans celui d'une ambition évolutive<sup>361</sup>.

**276.** En outre, la forme des droits et libertés apporterait un argument de plus à la conception d'un discours porté sur la formulation d'un idéal. La philosophie analytique italienne emmenée en partie par Riccardo Guastini met en avant une caractéristique spécifique aux droits fondamentaux qui est d'être affirmés en termes de *principes*<sup>362</sup>. Riccardo Guastini fait notamment apparaître l'inaptitude de ces derniers à fixer une règle de conduite en les qualifiant de « normes de principe », dépourvues de force obligatoire.

---

<sup>360</sup> Cf. SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 209.

<sup>361</sup> Marcel Gauchet a d'ailleurs montré ce caractère irréalisé et irréalisable des droits de l'Homme en pointant du doigt, non sans une certaine dose de fiel, l'incapacité de ceux qui l'invoquent à en faire une vraie politique. Il pose ainsi une vision d'un idéalisme plus rhétorique que véritablement pragmatique, dans laquelle l'utopie des droits de l'Homme ne se caractériserait qu'au regard d'une rupture avec un état social jugé avilissant, ou simplement mauvais. Ils ne serviraient alors que d'étalon pour jauger le présent face à ce qu'il pourrait être, en particulier pour l'individu face à l'Etat et la société en ce qu'il constituerait un point de départ pour engendrer cet avenir meilleur (cf. GAUCHET M., « Les droits de l'Homme ne sont pas une politique », *Le Débat*, n° 3, juillet-août 1980, in *La démocratie contre elle-même*, Paris Gallimard, 2002). Plus encore, il terminera en affirmant que « la reconnaissance par la société des droits de l'individu ne signifie pas que la société lui confère l'autonomie indispensable pour les exercer », les rendant de ce fait proprement illusoire (*ibid.*, p. 23).

<sup>362</sup> Cf. GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, trad. et présentation CHAMPEIL-DESPLATS V., Paris, Dalloz, 2010, p. 168.



Autrement dit, ils ne constituent que des mises en perspectives présentant un résultat à atteindre ou bien une limite à ne pas franchir. Ils présentent ainsi une ineffectivité intrinsèque contrairement aux normes « claires et précises » et à ce que le maître italien nomme les « dispositions pragmatiques », imprimant une normalisation des comportements institutionnels. Le caractère universel des concepts fondamentaux ne peut en effet se référer à un état de chose précis de par sa visée généraliste et désactualisée.

277. Comme le disait Carl Schmitt en reprenant une formule de Giuseppe Mazzini, « la liberté ne constitue rien », dès lors, « les principes de la liberté bourgeoise » – mais il est possible d’élargir la remarque à l’ensemble des droits et libertés fondamentaux – « peuvent bien modifier et tempérer un Etat mais pas fonder par eux-mêmes une forme politique »<sup>363</sup>. Ils trahissent ainsi une incapacité à produire une norme, incapacité qui se traduit par la simple indication du chemin à emprunter pour peut-être un jour faire advenir cette norme de manière efficiente. Ils ne seraient alors que le fondement axiologique des normes qui seraient réputées les réaliser ou bien participer à leur réalisation. Aussi, l’idéalisme est matérialisé par la conception d’un discours principiel, large et paraissant sous les traits d’un concept indéterminé, révélateur d’une irréalité dans le présent et d’une projection vers l’avenir. Ils s’apparenteraient donc à un discours de type politique et non normatif, énonçant les modalités de l’action de l’Etat pour parvenir à un objectif donné. Par conséquent, la qualité de *principe* ferait des droits fondamentaux un *modus* et non un *dictum*.

278. De plus, les principes ont la particularité d’être nomopoïétiques, permettant alors de subsumer une quantité innombrable de situations concrètes sous leur empire<sup>364</sup>. Le principe d’égalité en est un exemple éloquent en ce qu’il peut recouvrir moult réalisations allant de l’égalité de droit à l’égalité de fait, en passant par l’égalité économique ou juridique et justifier un traitement inégal pour y parvenir. Là encore, la qualité de norme est difficilement soutenable dans le sens où elle ne peut renvoyer à ce que Dworkin présente comme un régime du tout ou rien<sup>365</sup>. A ce titre, la nature essentiellement pragmatique de la règle ou de la norme ne correspondrait pas au principe qui lui-même peut sous-tendre plusieurs règles ou normes supposées le réaliser. Une telle constitution des principes permettrait alors de considérer comme Jacques Guilhaumou, la potentialité d’un « constant

---

<sup>363</sup> Cf. SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 337.

<sup>364</sup> Cf. GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, op. cit., p. 181.

<sup>365</sup> Cf. DWORKIN R., *Taking Right Seriously*, 2<sup>ème</sup> édition, Cambrigde (Mass), 1978.



ajustement notionnel » des droits de l'Homme, suivant les politiques normatives qui prétendraient les réaliser<sup>366</sup>. Ils seraient alors dépendant de leur concrétisation et ne pourraient toujours pas être saisissable de manière empirique. En d'autres termes, leur nature gigogne leur procure une adaptabilité allant de paire avec l'hypothèse de l'expression d'un idéalisme. Une vision en ce sens conduit inévitablement à ce qu'ils ne soient jamais vus comme réalisés mais toujours réalisables par l'action de l'Etat. Ils manifestent ainsi un caractère indéterminé incompatible avec la notion même d'acte de langage créateur puisqu'elle requiert que soient conçus une chose ou un état de chose, un énoncé-concept. Ils se dévoileraient *in fine* sous un aspect projeté, en dehors du temps et de l'espace, marquant une finalité politique englobant de multiples concrétisations possibles et éventuelles.

**279.** De cette manière, l'idéalisme du discours des droits de l'Homme ressort d'une attitude spécifique à la nature spéciale des principes qui en sont l'objet. Explicitement exprimée ou révélée par une interprétation circonstancielle, il est dans tous les cas formulé dans une version désactualisée. Celle-ci projetterait dans l'avenir un idéal de société, ou encore la concrétisation d'une idéologie politique fortement marquée par une inexistence dans le temps présent. Conjugués à l'universalisme inhérent à la notion de droit fondamental, les droits de l'Homme forment donc un discours prônant une définition de la société et de la l'Etat comparable à l'idée de l'expression utopique que l'on retrouve dans toutes les œuvres littéraires du genre. Si le terme d'utopie renvoie à cette fameuse société parfaite qui n'existerait pas, l'utopie droit-de-l'hommiste affiche les mêmes caractéristiques. Un tel constat la rend alors incompatible avec la performativité constitutionnelle décelée dans le corps de la Constitution. Toutefois, si le discours des droits fondamentaux établit une définition idyllique de ce que devrait être la société, il semble que les principes qui la constituent trouveraient *a posteriori* une réalisation.

---

<sup>366</sup> Cf. GUILHAUMOU J., « La langue politique et la Révolution française », *Langage et société*, 2005/3 n° 113, p. 87.

**§2 : Une définition *a posteriori* réalisée**

**280.** Penser l'énonciation des droits et libertés comme un discours définitoire réalisant *a posteriori* la société idéale qu'elle expose implique de porter le regard sur le second niveau de l'expression du langage qu'est l'illocutoire. Si les informations données par le locutoire ont laissé entrevoir la présentation d'un état de chose irréalisé, projeté dans l'avenir, elles n'influencent pas le niveau illocutoire qui peut très bien, si tant est qu'il puisse être observé, représenter une action dont il n'est pas naturellement déductible. Au-delà, l'office de contrôle de la constitutionnalité de l'action des institutions législatrices de l'Etat a pu montrer un volontarisme essentiellement prétorien quant à l'effectivité des droits de l'Homme. C'est ainsi que la recherche d'une dimension créatrice du niveau illocutoire fondamental (A) n'apparaît pas vaine dès l'origine. Elle fait écho à la prise en compte des droits fondamentaux, voire même leur concrétisation, par le juge de la constitutionnalité de la loi (B).

**A/ La dimension créatrice du niveau illocutoire**

**281.** Souvent vue comme insusceptible de faire advenir un état de chose, l'énonciation des droits de l'Homme peut pourtant revêtir une dimension créatrice par la mise en exergue d'un niveau illocutoire comparable à celui du corps de la Constitution. Si la nature des droits fondamentaux a pu conduire à envisager la production d'un idéal dénué d'existence, l'examen des différents niveaux de langage pourrait bien relativiser cette conclusion. Associée à l'essence même du langage des droits de l'Homme, qui n'est qu'un acte de parole politique s'il est réduit à sa constitution minimale, cette analyse permettrait de montrer que la performativité créatrice du langage constitutionnel ne s'arrêterait pas aux portes des droits fondamentaux mais s'y étendrait. En outre, ce qui semble être l'expression d'un idéalisme projetant dans l'avenir une perfection sociale impossible à atteindre, pourrait aussi être considérée comme participant à la définition de la société et de l'Etat. Le discours des droits de l'Homme revêtirait alors une dimension illocutoire constituante (1) faisant advenir un *être en devenir* (2).

1. Une dimension illocutoire constituante

**282.** Le langage des droits de l'Homme se présente sans trop de contrainte comme la quintessence du langage politique dont la performativité n'est plus à prouver. Jean-Marie Denquin a parfaitement mis en avant la faculté du langage politique à créer une réalité du fait que l'outil privilégié, voire exclusif, de l'acteur politique reste la parole<sup>367</sup>. Il a ainsi pu définir le terme politique comme désignant « une action dans laquelle le/les acteurs définissent un objectif »<sup>368</sup> qui correspondrait tout à fait à l'idéalisme des droits fondamentaux. Dès lors, une vision en ce sens permet d'entrevoir aisément une dimension illocutoire des déclarations présentes dans le préambule de la Constitution de 1958, et ce, au-delà de leur aspect désactualisé.

**283.** C'est depuis longtemps que la compétence performative des déclarations des droits de l'Homme est admise<sup>369</sup>. Jacques Guilhaumou leur conférait déjà une « nature foncièrement performative » en ce qu'elles constituaient en tant que « travail politique », non plus une « simple opération référentielle de production d'objets notionnels nouveaux » mais « le fait d'un travail déclaratoire » complexe<sup>370</sup>. Autrement dit, la considération de l'existence d'un acte politique ressortissant des déclarations de droits fondamentaux impliquerait que soit soulevée la question d'un niveau illocutoire créateur d'un état de chose<sup>371</sup>. Le caractère pragmatique inhérent à la prise de parole politique en ce qui concerne une « illusion de l'être »<sup>372</sup> permet de prétendre dégager la création de quelque chose des déclarations qui jusqu'alors n'étaient présentées que comme disposant un objectif irréel à atteindre<sup>373</sup>.

---

<sup>367</sup> Cf. DENQUIN J.-M., *La politique et le langage*, Paris, M. Houdiard, 2007, pp. 83-87 et 117.

<sup>368</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>369</sup> Voir en ce sens TROGNON A., « La Déclaration en tant qu'acte de discours », in *Les valeurs de la révolution devant la science actuelle*, BORELLA F. (dir.), Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1990.

<sup>370</sup> Cf. GUILHAUMOU J., « La langue politique et la Révolution française », *op. cit.*, p. 74.

<sup>371</sup> Christine Fauré ira même jusqu'à affirmer que les déclarations de droits « ne répondent que très imparfaitement aux critères de vérité » tandis qu'ils possèdent une structure autoréférentielle » caractéristique d'un acte illocutoire (cf. FAURE C., *Ce que déclarer les droits veut dire : histoires*, Paris, Les Belles Lettres, 2011 pp. 32-34).

<sup>372</sup> Cf. DENQUIN J.-M., *La politique et le langage*, *op. cit.*, p. 131.

<sup>373</sup> Il est d'ailleurs possible ici de faire le parallèle avec la promesse qui, loin d'être dénuée de performativité, reporte à une date ultérieure son effectivité. Elle présenterait alors une dualité tenant à la réalisation de la promesse elle-même dans le temps présent et sa concrétisation hypothétique virtuellement posée par l'essence de l'acte de promettre.

284. De cette manière, l'universalisme et l'apparence désactualisée du discours ne serait pas incompatibles avec la performativité créatrice du langage, l'absence de référence à une occurrence donnée se retrouvant aussi dans le corps de la Constitution. Si cette étude aura pu démontrer que la généralité des énoncés constitutionnels ne gênait pas la création d'énoncé-concepts, il semble que cette conclusion puisse être transposée au discours droit-de-l'hommiste. L'emploi de prédications pouvant être retranscrites en prédication d'inhérence permet d'appuyer l'hypothèse d'un acte de parole faisant apparaître non pas une action proprement dite mais un fait institutionnel dépendant du langage. Une conclusion en ce sens se déduit assez largement du fait de la mobilisation de verbes ne représentant que rarement une action et assimilant l'ensemble discursif à un exposé définitoire d'un idéal de société. Aussi, la liberté telle qu'elle est décrite n'existerait dans l'imaginaire collectif que dans la mesure où elle est énoncée de la manière que l'énonce la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. De même, le droit et le devoir de travailler ne sont que parce que le Préambule de la Constitution de 1946 l'exprime ainsi. Dès lors, aussi projetées sur l'avenir que puissent être ces conceptions des droits fondamentaux, elles peuvent être perçues comme des objets abstraits manipulables en vue d'orienter l'action de l'Etat. Elles constitueraient donc un élément susceptible d'être confronté à la réalité afin de la jauger au regard du but fixé.

285. Mais c'est en définitive leur finalité encore une fois qui en fait des concepts expérimentables de par leur représentation mentale. Une observation qui paraît poser quelques difficultés concernant la Charte de l'environnement de 2004 du fait qu'elle dispose d'énoncés établissant des prescriptions apparentes à travers un usage normatif du verbe « devoir »<sup>374</sup>. Sous cet angle, la capacité à créer un concept mental s'avère reléguée au second plan, au premier se trouvant une norme obligeant son destinataire. Néanmoins, son utilisation alternative d'avec la locution « a le devoir »<sup>375</sup> tendrait plutôt à faire ressortir une définition du devoir en lui-même et non une obligation due par le sujet de l'énoncé<sup>376</sup>. Il est alors possible de n'y voir qu'un jeu de langage porté sur la mise en œuvre d'une poétique hétérogène dont le but serait dans les deux cas de matérialiser un

---

<sup>374</sup> Voir à titre d'exemple les articles 3, 4, 6, 8, et 9 de la Charte.

<sup>375</sup> Locution observable dans l'article 2 « toute personne **a le devoir** de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement ».

<sup>376</sup> Une interprétation qui est par ailleurs confortée par l'emploi différencié du verbe et de la locution verbale.

devoir spécifique sans pour autant l'assigner<sup>377</sup>. De plus, les droits de l'Homme sont énoncés au moyen d'un discours déclaratif. En témoigne le caractère désactualisé de l'énonciation visant à une simple description d'état de chose. Anne Jussiaume a mis en lumière ce trait particulier des droits fondamentaux qui sont « conçus comme existants *a priori* sans besoin de les établir mais seulement de les constater »<sup>378</sup>. Elle assimile ainsi la fonction illocutoire à une fonction directive, autrement dit une fonction de norme directive telle que Bobbio l'identifie, imposant « non de les observer mais de les garder à l'esprit »<sup>379</sup>. Par conséquent, il serait nécessaire de distinguer entre le locutoire et l'illocutoire.

**286.** La question qui se pose alors est de savoir si l'utopie qui se dégage du discours droit-de-l'hommiste relève du niveau locutoire ou du niveau illocutoire. Si le premier peut être un indice de la nature du second, il ne la détermine pas exclusivement<sup>380</sup>, les deux étant distincts l'un de l'autre. En outre, en suivant l'analyse de Paul Amselek sur les actes de langage, c'est véritablement la finalité attribuée à l'énoncé par le locuteur qui lui donne sa valeur illocutoire et qui permet de l'identifier<sup>381</sup>. Aussi, le caractère directif des droits fondamentaux fonderait l'existence d'un niveau illocutoire, d'un acte de langage inhérent au discours dont la fonction normative est reportée sur l'action de l'Etat et dont elle doit rester imprégnée. Le caractère utopique et irréel étant principalement apparent et déduit du locutoire, sa qualité désactualisée semble pouvoir être contournée pour mettre en évidence une performativité créatrice des déclarations de droits fondamentaux. Une affirmation en ce sens peut être corroborée par la prise en compte d'une caractéristique sui-référentielle des énoncés présentée par Benveniste et Ducrot les montrant comme se référant à une réalité qu'ils constitueraient eux-mêmes à travers les mots même des déclarations de droits<sup>382</sup>. Cette conclusion serait imputable à leur caractère performatif<sup>383</sup> créant un monde qui se

---

<sup>377</sup> Un tel choix interprétatif, n'ayant pas plus de valeur que celui qui consisterait à voir les choses dans l'autre sens en déterminant un caractère prescriptif à la locution verbale « a le devoir », doit sa crédibilité à la signification universelle du sujet dont l'indétermination intrinsèque empêche d'y assigner une quelconque obligation.

<sup>378</sup> Cf. JUSSIAUME A., « Existe-t-il un genre littéraire constitutionnel ? », *Revue d'histoire des Facultés de droit, de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, n° 31, 2011, p. 192.

<sup>379</sup> Cf. BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1998, p. 121.

<sup>380</sup> Paul Amselek affirme d'ailleurs que la forme n'influe pas sur l'acte de langage en lui-même (cf. AMSELEK P., « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », in *La théorie des actes de langage, éthique et droit*, AMSELEK P. (dir.), Paris, P.U.F., 1986, pp. 153-154).

<sup>381</sup> *Ibid.*, p. 154.

<sup>382</sup> Cf. BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale, I*, Paris, Gallimard, 1966, p. 274.

présenterait comme indépendant de la qualité de son énonciation sans pour autant être dissociable du langage lui-même.

**287.** Toutefois, la performativité des déclarations de droits ne peut être envisagée sous le même angle de vue que celle du corps de la Constitution. S'il est projeté et porteur d'un idéal, le discours des droits fondamentaux ne peut que proposer une réalité différente. Et c'est sa qualité prospective qui invite à lui assigner le caractère créateur d'un être spécial : un être en devenir dont la réalité réside à travers sa force d'inertie.

## 2. La création d'un être en devenir

**288.** Le constat d'une performativité créatrice des droits de l'Homme permet d'affirmer, à l'inverse de Carl Schmitt, qu'ils peuvent « constituer » malgré leur statut idéologique. En considérant, à l'instar de Lucien Jaume, que « l'idéologie « dans le texte » est aussi idéologique pour le récepteur (*ad lectorem*) », il est possible de conforter l'hypothèse d'un niveau illocutoire à la dimension créatrice du discours des droits fondamentaux en ce qu'il constituerait « la retranscription d'une prise de parole politique » instituant une « communauté », l'instituant à nouveau ou encore la confirmant dans son existence<sup>384</sup>. En conséquence, l'acte de parole pourrait être scindé en deux moments : celui de l'émission et celui de la réalisation.

**289.** Seulement, la théorie originelle du performatif ne conditionne pas l'effectivité de l'acte de langage à sa réalisation. Austin voyait dans l'éventualité d'un échec l'élément déterminant de l'identification de la performativité<sup>385</sup>, ce qui sépare l'accomplissement de l'acte de langage de sa réussite. Si en ce qui concerne le discours utopique, l'élément indéterminé est sa matérialisation concrète, ceci ne devrait pas affecter l'existence de l'acte en question, lequel ne serait qu'en attente de succès. Il est possible de faire le parallèle avec la promesse qui se trouve être l'archétype de l'acte de langage en deux temps. Le fait qu'elle soit tenue ou non ne remet pas en cause la réalité de la promesse, elle n'est

---

<sup>383</sup> Cf. DUCROT O., *Dire et ne pas dire : principes de sémantique linguistique*, Paris, Hermann, 1991, p. 71.

<sup>384</sup> Cf. JAUME L., « Question d'interprétation : le texte comme producteur d'idéologie », in *L'architecture du droit*, BECHILLON (de) D., BRUNET P., CHAMPEIL-DESPLATS V. *et al.* (dir.), Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Paris, Economica, 2006, p. 519.

<sup>385</sup> Cf. AUSTIN J. L., *Quand dire, c'est faire*, Paris, Le Seuil, 1991, pp. 50-51.

simplement pas accomplie avec succès. Le niveau illocutoire de l'utopie se comprendrait donc comme l'exécution d'une promesse d'un avenir rêvé, dont l'accomplissement final n'est pas garanti, et sans que cela ne touche l'existence de l'action de promettre. La possibilité d'un échec en fait un acte de langage, indépendant d'une correspondance avec faits puisque ces derniers n'existent pas<sup>386</sup>. Pareille conclusion conforterait la thèse d'un niveau illocutoire créateur d'une réalité différente de celle dans laquelle il s'inscrit. Ainsi, rien ne semble interdire de voir dans le discours et l'énonciation des droits fondamentaux une composante illocutoire laissant apparaître l'effectuation d'un acte en tant que tel à travers l'acte de parole idéologique et utopique. Mais la performativité des droits de l'Homme peut encore être confirmée par l'observation d'un effet particulier sur la conception de la société et de l'Etat que la Constitution véhicule.

**290.** En prenant comme postulat une essence définitoire des énoncés inscrits dans le marbre constitutionnel, il paraît intéressant de confronter cette spécificité avec la caractéristique illocutoire des déclarations de droits fondamentaux. En effet, l'utopie qui transparaît dans l'énonciation des droits de l'Homme montrerait une perspective sociale qui est propre à l'être constitué et qui, combinée avec la présence d'un acte de langage, conduirait à envisager une dualité de l'acte de définition.

**291.** Ce sont finalement les faces d'une même pièce qui sont représentées par la Constitution et son préambule, l'une attestant de son existence, l'autre indiquant sa valeur, les deux étant indissociables. La première, observable dans le corps de la Constitution, s'apparenterait à une définition pragmatique, décrivant les institutions de l'Etat et les traits de la société qu'elle tend à constituer au moyen de symboles tels que la langue, le drapeau ou les modalités d'expression de la volonté commune. La seconde représenterait les valeurs de la société, celles qu'elle défend, celles qui lui sont inhérentes. Ainsi, l'exposé de ses valeurs et aspirations entraînerait une vision sélective de la société décrite, la stigmatisant en ce que ces données formeraient son identité. Dès lors, l'utopie sociale énoncée dans les déclarations de droits contribuerait à offrir une version non seulement projetée de ce que devrait être la société et l'Etat dans l'avenir mais influencerait aussi sur le présent en conditionnant l'être social même. De cette manière, elle permettrait de déterminer l'identité de l'association politique sur laquelle elle porte en lui attribuant une ambition qui lui serait propre. Dans cette optique, le discours utopique participerait à cette

---

<sup>386</sup> *Ibid.*, p. 149.



définition de la société du temps présent en affirmant sa volonté – son aptitude – d'évolution. Autrement dit, la performativité des droits de l'Homme ne serait guère peu différente de celle du corps de la Constitution, tout du moins dans son essence. Elle participerait à la production de l'être social et étatique au même titre que la Constitution *stricto sensu* dans une dimension distincte mais inséparable, matérialisant en quelque sorte son âme dans une réalité insaisissable et pourtant essentielle.

**292.** Il est possible d'aller plus loin en déterminant avec plus de précision cette « âme sociale ». Pour ce faire, il faut rechercher ailleurs la dimension pragmatique créatrice des déclarations de droits fondamentaux. Une solution pourrait être trouvée dans l'appréciation de l'idéalisme social en tant que propriété de mouvement, dans une perspective comparable à celle de la science physique des corps. Il est ainsi envisageable d'appréhender la définition générale d'un corps au regard de ses caractéristiques propres à son évolution dans un certain référentiel<sup>387</sup>. Aussi, la définition utopique de la société correspondrait à ces propriétés de mouvement, lesquelles spécifieraient sa forme en ce qu'elles détermineraient sa faculté d'impulsion. En d'autres termes, les droits de l'Homme représenteraient l'évolution choisie par le constituant et seraient l'indice d'une forme sociale qui y serait adaptée. L'idéal social pourrait ainsi être vu comme la trajectoire potentielle de la société à travers l'espace-temps, soumise à la force de l'action étatique, et viendrait compléter les propriétés statiques établies par le corps du statut constitutionnel. Il faut alors déduire de cet objectif fixé l'élaboration d'une chose dont les caractéristiques permettent ce mouvement<sup>388</sup>. Cette mise en perspective axiologique, indispensable à la compréhension d'un corps social vis-à-vis des autres, apporterait alors une donnée nécessaire à son identification. Un tel postulat oblige à considérer l'utopie constitutionnelle comme une composante de l'être de langage que constitue la société<sup>389</sup>. Elle poserait son programme d'évolution, lequel singulariserait son être même.

---

<sup>387</sup> Cette approche conditionne l'appréciation sensible du corps selon sa faculté à se mouvoir dans l'espace suivant une ou plusieurs forces. L'examen d'une chose est ici porté sur sa capacité à évoluer dans divers environnements. Par exemple, une boule tient une partie de sa définition de sa forme sphérique qui lui permet de se déplacer en roulant plus ou moins et facilement en fonction de la force qui lui est transmise.

<sup>388</sup> Marcel Gauchet pose d'ailleurs cette double question aux allures rhétoriques : « n'était-ce pas le signe que, au-delà de leur aspect négatif de limite à opposer aux pouvoirs, il n'y avait pas dans les droits de l'Homme une force d'entraînement à exploiter positivement ? Ne constituaient-ils pas un levier dormant de transformation sociale, pour peu que nous sachions en libérer la signification constructive ? » (cf. GAUCHET M., « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Le Débat*, n° 110, mai-août 2000, in *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002, p. 329).

<sup>389</sup> Marcel Gauchet leur confèrera ainsi un statut et une portée de « principes de définition » (*ibid.*, p. 330).



**293.** Il est ainsi possible de relativiser l'universalisme irréalisé, indéterminé, car in déterminable, et apparent des déclarations de droits. Si selon la pensée des Lumières l'humanité universelle ne peut prétendre à une détermination positive car elle reviendrait à l'inclure dans une humanité particulière, force est de constater que c'est ici le résultat obtenu par les déclarations de droits. En effet, elles tendent, chacune à leur manière, à inscrire l'Homme dans une humanité particulière, fidèle à une idéologie, qu'elle soit légaliste, marxiste ou encore écologiste. Aussi, les déclarations de droits portent en elles-mêmes une philosophie Romantique<sup>390</sup>, axée sur une sensibilité humaine caractéristique d'un vivre-ensemble particulier. Par conséquent, loin de représenter un humanisme abstrait propres à la pensée des Lumières, elles véhiculeraient plutôt une vision de l'humain enracinée dans une histoire spécifique, une tradition, une culture républicaine et légale propre à la société française telle qu'elle est. Toutefois, il semble que malgré cet enracinement, l'humanisme des droits de l'Homme tende à une évolution de cette société. La prise en compte d'une performativité du discours des droits de l'Homme viendrait ainsi offrir une vision d'un humanisme teinté de Romantisme, tenant la société, non plus telle qu'elle est, mais telle qu'elle se veut être.

**294.** En définitive, la dimension créatrice du niveau illocutoire des droits fondamentaux enrichie la conception selon laquelle un acte de langage constitutionnel définit la société. La réalité projetée par les déclarations de droits proposerait, plutôt qu'un avenir non réalisé, un prisme servant à apprécier un des pans de la constitution du corps social. Elle aménagerait au-delà de l'être statique, un être « *en devenir* » intrinsèque à ce qui fait réellement l'union sociale. L'énonciation des droits fondamentaux imprimerait donc, au sein même des statuts de l'association politique, une perspective d'évolution qui la fait être telle qu'elle est, tout en la distinguant d'une autre. Une action créatrice reconnaissable sans que l'universalisme utopique apparent du niveau locutoire de l'acte de langage ne vienne interférer dans sa production.

**295.** Mais comme l'affirmait Paul Ricœur, « un vouloir qui projette est un vouloir incomplet : il n'est pas mis à l'épreuve et il n'est pas sanctionné ; l'action est le critère de

---

<sup>390</sup> La pensée Romantique s'oppose à la vision de l'humanité issue de la philosophie des Lumières en ce qu'elle réfute l'idée d'une humanité abstraite. Elle rejette ainsi la possibilité d'une autonomie de l'être humain qui est nécessairement historiquement et politiquement engendré (voir en ce sens LEGROS R., *L'idée d'humanité*, *op. cit.*, pp. 51-59).

son authenticité »<sup>391</sup>. Aussi, l'utilisation des droits fondamentaux, non plus seulement principielle mais normative, par le juge de la constitutionnalité des lois tendrait à confirmer cette caractéristique pragmatique en leur offrant une réalité dans l'aréopage des règles constitutives du sommet de la hiérarchie des normes.

## **B/ La réalisation juridictionnelle des déclarations de droits**

296. L'activité juridictionnelle constitutionnelle s'est depuis longtemps distinguée par son appropriation des déclarations de droits fondamentaux contenues dans le préambule de la Constitution de la V<sup>ème</sup> République. Le Conseil constitutionnel est d'ailleurs fréquemment désigné sous le nom de « gardien des libertés publiques », que l'on adhère<sup>392</sup> à ce titre ou non<sup>393</sup>. Par ailleurs, il présente une utilisation des droits fondamentaux qui ne permet plus de se contenter d'une vision purement idéaliste de la société. Au-delà, le juge constitutionnel participerait même à sa matérialisation dans le temps présent en procédant à travers son contrôle des lois à une certaine concrétisation des principes fondamentaux en les affirmant de plusieurs manières. D'une part, la Haute instance leur confère une existence en tant qu'objet de droit du fait de leur appréhension concrète, impliquant une réalisation conceptuelle des éléments de définition de la société idéale. D'autre part, elle leur offre une effectivité normative en opposant au Législateur une réalité sociale particulière qu'il ne lui serait pas permis de transgresser. Au demeurant, prétendre que le juge constitutionnel réalise les droits fondamentaux en leur donnant le statut d'objet de droit requiert une analyse jurisprudentielle portant sur un emploi spécifique opéré à l'occasion du contrôle de la constitutionnalité de la loi. Deux angles de vue peuvent ici être proposés : d'un côté, celui de la réalisation des droits fondamentaux par leur actualisation

---

<sup>391</sup> Cf. RICŒUR P., *Philosophie de la volonté I. Le volontaire et l'involontaire*, Aubier, Paris, 1950, p. 187.

<sup>392</sup> En ce sens, Joël Andriantsimbazovina présente une conception du juge constitutionnel français comme un véritable défenseur des droits fondamentaux en affirmant qu'il est « incontestable que le Conseil constitutionnel a procédé à la métamorphose de la Constitution de la V<sup>ème</sup> République en Charte des libertés » (cf. ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « La conception des libertés par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme », in *Convention européenne des droits de l'homme, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 32, juillet 2011, p. 20).

<sup>393</sup> Voir sur ce point l'article de Dominique Rousseau dans lequel il fustige l'appellation et le rôle essentiellement et effectivement protecteur des droits fondamentaux dont est régulièrement affublé le contrôleur français de la constitutionnalité des lois (cf. ROUSSEAU D., « De quoi le Conseil constitutionnel est-il le nom ? », in *Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?*, *Jus Politicum*, n° 7, 2012, *passim*).

jurisprudentielle (1), de l'autre, celui de leur réalisation par l'effectivité normative que le juge leur attribue (2).

### 1. Une réalisation par l'actualisation des droits fondamentaux

**297.** La lecture de la jurisprudence constitutionnelle invite à se pencher sur une prise en compte particulière des principes fondamentaux contenus dans le Préambule. Si elle a pu être décrite comme déclaratoire et montrer la préexistence du fait constitutionnel vis-à-vis de sa décision, elle participerait tout de même à la réalité de l'idéal social dans le présent.

**298.** L'énonciation des décisions constitutionnelles tendrait à faire apparaître une réalisation des droits fondamentaux. L'exemple de la décision du 16 juillet 1971, lors de laquelle le Conseil invoque « la Constitution et notamment son préambule », offre moult données à ce sujet. En effet, rien dans les travaux préparatoires du texte de 1958 n'autorisait à voir dans la conception du contrôle de constitutionnalité et dans l'être même du Conseil constitutionnel une quelconque aptitude à faire usage des déclarations de droits fondamentaux dans l'exercice de sa fonction<sup>394</sup>. Autrement dit, l'utopie sociale qui s'en dégage ne devait rester qu'à l'état prospectif sans jamais se voir intégrée dans le donné constitutionnel mis à sa disposition. Et pourtant il le fit ! Que déduire de ce coup de force ? Une volonté d'augmenter son pouvoir juridictionnel, et son indépendance politique ? Celle de contrebalancer au niveau national l'activisme du juge de Strasbourg qui croît généreusement à cette date ? Si chacune de ces interprétations contextuelles pourrait être valable, elles ne tiennent compte que d'un désir émanant de l'institution. Du reste, quelle serait la conséquence sur le droit constitutionnel du fait de cette consécration de l'invocabilité du préambule au même titre que le corps de la Constitution ? Il est possible de répondre à cette question par l'affirmation d'une réalisation conceptuelle concédant à l'idéal des droits fondamentaux une réalité actualisée que leur énonciation ne laissait présager.

---

<sup>394</sup> Yves Guéna, alors qu'il présidait le Conseil constitutionnel, avait d'ailleurs exposé cette vision de l'institution en rappelant les propos de Raymond Janot affirmant « que le contrôle du Conseil constitutionnel ne se concevait que par rapport aux articles de la Constitution et à eux seuls », lesquels ne comportaient que peu voire quasiment pas de références aux droits fondamentaux (*cf.* « Le rôle du Conseil constitutionnel français », exposé présenté par Yves GUÉNA, Président du Conseil constitutionnel, à l'occasion du 150<sup>ème</sup> anniversaire de l'État fédéral suisse le 13 juin 1998).

**299.** Une telle interprétation semble être corroborée par l'utilisation en tant que concept constitutionnel d'éléments spécifiques présents dans les diverses déclarations de droits. Elle se traduit par une jurisprudence dans laquelle, selon Véronique Champeil-Desplats, « le Conseil constitutionnel a généreusement enrichi le catalogue des droits et libertés de valeur constitutionnelle »<sup>395</sup>. A ce titre, il a largement pu donner un rang constitutionnel effectif aux divers droits contenus dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 dont la jurisprudence sur le principe d'égalité en est un exemple plus qu'édifiant. Le Conseil constitutionnel a aussi opéré de la même manière s'agissant des « principes particulièrement nécessaires à notre temps » formant les droits garantis par le préambule de la Constitution de la IV<sup>ème</sup> République. Mais il s'illustre principalement dans sa découverte de nouveaux droits non inscrits dans l'idéal constitutionnellement énoncé. C'est ainsi qu'il a fait empiriquement apparaître des catégories de droits fondamentaux telles que les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Certes présents dans le libellé du Préambule de 1946, ils n'ont pourtant pas fait l'objet d'un exposé explicite et ont dû attendre leur utilisation par le juge pour acquérir une certaine réalité, réalisation dont le Conseil seul a le secret<sup>396</sup>. Il faut aussi prendre en compte cette classe de droits et libertés que sont les « principes à valeur constitutionnelle » et dont la réalisation ne tient qu'à l'énumération empiriste faite par la Haute instance. De cette manière, celle-ci s'affirme en tant que concepteur fondamental, ou autrement dit comme créateur des concepts de droits fondamentaux. Ces derniers peuvent ainsi être compris comme formulant un objectif à atteindre matérialisant un idéal implicite et explicité par l'action du Conseil. Aussi, l'activité juridictionnelle constitutionnelle crée des droits fondamentaux, qu'ils soient déjà fournis par le préambule de la Constitution de la V<sup>ème</sup> République, ou bien découverts *ex nihilo*. Une conclusion en ce sens tendrait à voir dans la manière que les Sages ont de pratiquer le contrôle de constitutionnalité une définition *a posteriori* de la société dans ses propriétés de mouvement, quand bien même elle serait en partie due à la volonté du juge et non du constituant.

---

<sup>395</sup> Cf. CHAMPEIL-DESPLATS V., « Le Conseil constitutionnel, protecteur des droits et libertés ? », *CRDF*, n° 9, 2011, p. 12.

<sup>396</sup> Le Conseil est assurément le maître unique de la découverte de ces principes fondamentaux reconnus par les lois de la République puisque malgré les quelques éléments permettant objectivement de les percevoir il a pu par exemple en 2013 refuser cette qualité au principe de l'hétérosexualité du mariage alors que les requérants avaient *a priori* réuni les conditions de sa consécration en tant que tel (CC, n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, *Rec.*, p. 721, JO, 18 mai 2013, p. 8281).

**300.** Un tel postulat invite à considérer l'activité juridictionnelle comme favorisant la considération d'une réalité sociale, certes abstraite mais réalisée, voire indépassable pour le Législateur. Si l'action du juge peut sembler imposer une norme à l'auteur du texte de loi, son énonciation montrerait une autre prise en compte des droits et libertés. On a pu le voir, le dire juridictionnel constitutionnel a cette particularité d'afficher un discours déclaratoire, arborant l'allure du constat d'un être indépendant de l'énonciation même. Son caractère désengagé a l'effet de figurer les droits de l'Homme comme un être, un état de chose qui s'impose même au juge qui ne ferait que le constater, le découvrir<sup>397</sup>. Dès lors, contrairement à ce qu'avancent les tenants de la théorie réaliste de l'interprétation, ils ne représenteraient plus une prescription dont le Conseil serait l'unique auteur.

**301.** Aussi est-il tentant de déduire de cette donnée la mise en avant d'un être préexistant pesant sur la marge d'action de l'institution parlementaire. Une remarque en ce sens pourrait se voir corroborée par les conséquences de l'« effet cliquet » qui accompagne leur protection impliquant que le Législateur ne puisse les remettre en cause. La notion même de cet « anti-retour » conduirait à formuler l'hypothèse suivante : l'énonciation de l'existence d'un droit le fait être dans le monde juridico-constitutionnel donné. Elle ferait ainsi advenir dans le temps présent l'être de langage que constitue le droit fondamental en question. Cet état attribué aux droits et libertés viendrait alors soutenir l'idée d'un caractère indépassable du niveau de protection octroyé précédemment. Une affirmation en ce sens contredirait une quelconque qualification de prescription, laquelle requiert la possibilité de la transgresser<sup>398</sup>. Par cette action, le contrôleur de la constitutionnalité de la loi procéderait à une actualisation de ce fameux discours désactualisé, porteur d'une chose projetée. Il concrétiserait le principe et, selon Guastini, élaborerait une règle spécifique<sup>399</sup> qui aurait une réalité dans le temps présent.

**302.** Au-delà de leur formulation conceptuelle, c'est leur utilisation comme norme qui permet de déduire une réalité des droits de l'Homme au même titre que la Constitution *stricto sensu*.

---

<sup>397</sup> Mis en avant par Véronique Champeil-Desplats, le laconisme qui accompagne les débuts de la découverte juridictionnelle de nouveaux droits tendrait d'ailleurs à conforter cette hypothèse (cf. CHAMPEIL-DESPLATS V., « Le Conseil constitutionnel, protecteur des droits et libertés ? », *op. cit.*, p. 13).

<sup>398</sup> Cf. KELSEN H., « L'essence de l'Etat », in « *La pensée politique de H. Kelsen* », GOYARD-FABRE S. (dir.), *Cahier de philosophie et politique et juridique*, n° 17, 1990, p. 23.

<sup>399</sup> Cf. GUASTINI, R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 259.

2. Une réalisation par l'effectivité normative des droits fondamentaux

**303.** Il s'avère relativement évident, sans plus de détails, que la vocation du contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité de la loi ambitionne de rendre les droits et libertés effectifs<sup>400</sup>. De la même manière, il est prégnant dans la jurisprudence *a priori* du Conseil constitutionnel qu'il tend à s'affirmer comme un protecteur de ces droits et non plus comme un simple « régulateur de l'activité des pouvoirs publics »<sup>401</sup>. Ainsi, l'énonciation déclaratoire développée par la Haute instance viendrait constater l'existence des droits fondamentaux dans le temps présent afin de les opposer au Législateur.

**304.** L'activité juridictionnelle de la rue de Montpensier ne tarit pas d'exemples à ce sujet. En effet, depuis 1971, fréquentes sont les occurrences où les droits fondamentaux ont servi de base pour déterminer la conformité ou non à la Constitution du texte issu du Parlement. Il est intéressant de citer ici la censure de la loi relative aux contrats d'association du fait qu'elle portait atteinte à un Principe fondamental reconnu par les lois de la République<sup>402</sup> ou bien celle censurant la loi organique relative à la transparence de la vie publique au motif qu'elle porterait atteinte au principe à valeur constitutionnelle du respect de la vie privée<sup>403</sup>. Ces principes constitueraient ainsi une contrainte pour le Législateur. Mais la notion même de contrainte semble manifestement incompatible avec le caractère irréaliste de ce qui la constitue. Effectivement, il paraît peu envisageable qu'une contrainte puisse naître d'une chose inexistante. Un tel constat impliquerait que le fait juridictionnel produise, en marge de la décision, un fait institutionnel mettant en œuvre le principe.

**305.** Néanmoins, il est nécessaire d'établir le lien entre la réalisation des droits fondamentaux et l'opposition d'une contrainte. Dégager une norme présuppose une énonciation portant un jugement sur l'adéquation entre deux états de chose. L'un

---

<sup>400</sup> Et ce malgré certaines décisions comme celle de septembre 2015 concernant le domaine des droits des personnes placés en détention qui montre les limites du caractère abstrait du contrôle eu égard à cette effectivité, vidant en quelque sorte de sa substance la protection du droit du travail en milieu carcéral en se cantonnant à une déclaration de conformité qui ne tient pas compte de l'application réelle des dispositions de la loi (CC, n° 2015-485 QPC du 25 septembre 2015, *M. Johnny M.*, JO, 27 septembre 2015, p. 17328).

<sup>401</sup> CC, n° 62-20 DC du 06 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, *Rec.*, p. 27, JO du 7 novembre 1962, p. 10778, cons. 2.

<sup>402</sup> CC, n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association*, *Rec.*, p. 29, JO, 18 juillet 1971, p. 7114, cons. 4.

<sup>403</sup> CC, n° 2013-675 DC du 9 octobre 2013, *Loi organique relative à la transparence de la vie publique*, *Rec.*, p. 956, JO, 12 octobre 2013, p. 16838, cons. 28 et 29.

représente le fait examiné, l'autre correspond au concept déterminant sa validité. Aussi, procéder au jugement de la validité du fait implique un fondement à la fois factuel et conceptuel. En effet, la norme introduit une certaine modalité propre à la confrontation entre le fait examiné et la règle qui régit sa validité. Le jugement de l'énonciateur s'appuie donc sur un fondement conceptuel pour dégager la norme qui mettra fin au conflit éventuel entre le fait et la règle. En ce sens, la mise en œuvre d'une norme inclut un engagement de l'énonciateur. S'il ne s'investit pas directement dans l'imposition de la norme, c'est qu'elle découle du concept. Aussi, l'énonciation du Conseil constitutionnel étant marquée par une attitude rejetant sa responsabilité quant à ce qu'il énonce, la norme ne peut qu'être le fait d'un concept de droit, actualisé dans le présent et sur lequel le juge peut s'appuyer. De cette manière, l'établissement d'une norme entraînerait la préconstruction du concept qui la sous-tend, sans quoi elle n'aurait que la valeur d'un arbitraire fondé sur une subjectivité personnelle de l'énonciateur.

**306.** S'agissant de l'utopie constitutionnelle, sa caractéristique irréalisée disparaîtrait ainsi du simple fait qu'elle se verrait transformée en une contrainte pour le Législateur. Dès lors, si ce dernier peut y « porter atteinte », tel que la Haute instance l'énonce, et qu'il est possible de lui imposer leur respect, les droits fondamentaux trouveraient une réalisation, une actualisation, par l'institution même de leur vocation normative. Par conséquent, il faut en retirer que l'instauration d'une effectivité des droits et libertés par le jugement énonciatif du Conseil constitutionnel conduiraient sans nul doute à leur concrétisation en tant qu'êtres de droit. Dans le cas contraire, il faudrait se résoudre à voir la censure de certaines dispositions législatives comme dénuées de fondement juridique et constitutionnel.

**307.** Une conclusion en ce sens trouverait sa plus forte concrétisation dans la création de la catégorie des « objectifs de valeur constitutionnelle ». Matérialisés par le pluralisme des courants d'opinion<sup>404</sup>, l'accès au logement<sup>405</sup> ou encore l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi<sup>406</sup>, ils ont ceci de particulier qu'ils représentent expressément un but, contrairement aux autres objets de droit dont le Conseil fait usage. Ils sont de fait marqués par un aspect

---

<sup>404</sup> CC, n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, Rec., p. 78, JO, 13 octobre 1984, p. 3200.

<sup>405</sup> CC, n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, Rec., p. 176, JO, 21 janvier 1995, p. 1166.

<sup>406</sup> CC, n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, Rec., p. 49, JO, 18 janvier 2002, p. 1053.



désactualisé, leur refusant une réalité dans le monde constitutionnel. Cependant, le juge emploie ces objectifs en tant que norme opposée à l'acte législatif qui lui est présenté, quand bien même leur normativité serait considérée comme limitée<sup>407</sup>. En effet, leur caractère prescriptif peut se déduire de plusieurs aspects tenant à l'interdiction faite à l'auteur de la loi de les méconnaître, à l'obligation de les mettre en œuvre, ou encore à leur fonction de permission<sup>408</sup>.

**308.** Une telle catégorie constitue *de facto* une norme imposée au Législateur en ce qu'elle concilierait plusieurs libertés dans une optique hiérarchisante. Mais si leur découverte dépend essentiellement d'un acte de langage juridictionnel, c'est dans leur effectivité normative qu'il faut en trouver la raison. Autrement dit, leur normativité imposerait une réalité, quand bien même elle dépendrait essentiellement du juge constitutionnel. Ce serait donc leur finalité qui commanderait leur naissance et leur existence, les objectifs de valeur constitutionnelle s'entendant comme le fondement d'une règle de conflit. La Haute instance leur conférerait alors une existence dans le temps présent de par leur influence sur le travail législatif jusqu'à même fonder la censure dans une certaine mesure<sup>409</sup>.

**309.** L'utilisation juridictionnelle des déclarations de droit fournirait donc son lot d'éléments renforçant la croyance dans une concrétisation de l'idéal social. Que ce soit en tant que concept de droit ou bien en tant que norme, l'activité du Conseil constitutionnel tantôt actualise des droits existants dans le texte fondamental, tantôt leur offre les fait naître en leur conférant une normativité. A ce titre, la protection « dynamique et évolutive »<sup>410</sup> des droits fondamentaux appuierait la thèse d'une dimension créatrice du niveau illocutoire des discours fondamentaux en transformant l'essai de la définition idéale de la société. De ce fait, l'analyse de la performativité du langage constitutionnel relative aux droits de l'Homme participerait à la définition d'un des pans de l'être social, et

---

<sup>407</sup> Cf. MONTALIVET (de) P., « Les objectifs de valeur constitutionnelle », in Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel, in Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, juin 2006, p. 169.

<sup>408</sup> *Ibid.*, p. 173.

<sup>409</sup> Voir à titre d'exemple les décisions suivantes : CC, n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, *Loi relative au régime de la presse*, *Rec.*, p. 110, JO, 30 juillet 1986, p. 9393 ; CC, n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, *Rec.*, p. 141, JO, 19 septembre 1986, p. 11294 ; CC, n° 2011-639 DC du 28 juillet 2011, *Loi tendant à améliorer le fonctionnement des maisons départementales des personnes handicapées et portant diverses dispositions relatives à la politique du handicap*, *Rec.*, p. 398, JO, 30 juillet 2011, p. 13011, cons. 7 et 10.

<sup>410</sup> Expression empruntée à la doctrine relative à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.



conditionnerait l'action de l'Etat dans le présent par la projection d'une perfection permettant le « bonheur de tous ».

**310.** En conséquence, aussi idéale et dématérialisée qu'elle puisse *a priori* paraître, l'utopie fondamentale n'en serait une qu'en apparence. Malgré sa forme spécifique marquée par l'expression des vœux et espoirs du groupe social ou par un universalisme prononcé, elle trouve sa pleine existence dans une réalisation *a posteriori*, que ce soit dans la présence d'un niveau illocutoire créateur de chose ou dans son application normative. Dès lors, l'utopie droit-de-l'hommiste n'en serait pas tout à fait une et ne revêtirait cette forme que suivant une finalité plus solennelle et sacralisante que véritablement désactualisante et prospective. Mais l'identification d'une forme multiple relative à la création constitutionnelle au moyen d'un acte de langage ne saurait se limiter à la seule énonciation des droits de l'Homme. Le corps de la Constitution présente lui aussi une diversification formelle de sa performativité et notamment au regard d'une physionomie ambivalente portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur l'être séculier de l'Etat et de la société.

## ***Section II : La forme organisationnelle du corps de la Constitution***

**311.** L'étude du corps de la Constitution à travers la théorie des actes de langage offre une perspective intéressante, bien que peu novatrice une fois qu'on a dégagé la performativité de ses énoncés. Néanmoins, son opposition face aux droits fondamentaux fait apparaître une action créatrice différente en ce qu'elle porterait sur l'être de l'Etat. Celui-ci semble dépendre de la façon dont est agencé le schéma étatique en vue de réaliser l'idéal social disposé dans le préambule. A l'instar de l'énonciation des droits fondamentaux, il est possible de voir dans celle du corps une dualité énonciative tenant à une définition des propriétés statiques et une définition des propriétés de mouvement de l'Etat. Une *summa divisio* apparemment transversale dans la création constitutionnelle, qui démontre une appropriation de l'être social et étatique dans sa globalité.

**312.** C'est d'ailleurs sous un tel prisme qu'il faudra distinguer parmi les dispositions constitutionnelles deux actes de langage. Le premier serait réalisé dans le présent

immédiat, fixe et inerte tenant à l'être invariable de l'Etat. Le second, irréalisé, renverrait à sa concrétisation ultérieure, constamment renouvelée, et souvent soumise à l'avènement d'une condition particulière, et caractériserait l'être de l'Etat dans sa singularité. Ainsi, la performance énonciative du constituant vis-à-vis du corps de la Constitution laisse entrevoir une mise en place de l'être structurel de l'Etat (A) dans son objectivité statique au moyen d'un acte unique. Mais elle se montrerait aussi à travers la matérialisation d'une capacité à produire des règles de droit depuis la décision autonome ou collaborative de ses institutions. La mise en lumière d'une compétence, spécifique par sa nature éminemment itérative, serait quant à elle révélatrice d'un être dynamique de l'Etat (B).

### **§1 : La réalisation de l'être structurel de l'Etat**

**313.** Envisager la performativité créatrice du langage constitutionnel sous une forme multiple invite à s'attarder sur la théorie schmittienne de la Constitution. Le juriste allemand distingue ainsi le sens de celle-ci selon une dichotomie particulière menant à considérer un sens absolu et un sens relatif. Si le premier tend à présenter une conception unitaire de la Constitution, la comparant à une « *totalité* »<sup>411</sup>, le second viserait à sa décomposition en une « pluralité de lois particulières » dont le rang constitutionnel ne se justifierait qu'au regard de la forme<sup>412</sup>. Il semble que ces deux sens puissent être superposables en raison de caractéristiques juridiques formelles identiques, le sens relatif recouvrant un champ plus large que le sens absolu. En outre, ils permettent une différenciation matérielle du produit de l'énonciation constitutionnelle, en montrant un acte de langage diversifié selon qu'il constitue des « pré-supposés fondamentaux » (A), ou des dispositions techniques portant sur ce qui sera appelé des « détails d'organisation » (B).

---

<sup>411</sup> Cf. SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 131.

<sup>412</sup> *Ibid.*, p. 141.

**A/ L'énonciation constitutive des « présupposés fondamentaux »**

**314.** Il serait réducteur de réserver la fundamentalité au seul préambule fardé de ses déclarations de droits et libertés. Le corps de la Constitution dispose lui aussi des éléments tenants à la fondation étatique et sociale, ou plutôt à la place de la société dans l'organisation étatique. La théorie constitutionnelle schmittienne et sa présentation d'une dualité matérielle au sein même de la Constitution invitent à réfléchir sur une performativité particulière du dire du corps en la reliant à une intentionnalité spécifique du constituant. En outre, si l'intention ne fait pas partie des critères valides d'identification de l'existence d'un acte de langage, elle l'est pour déterminer le type d'acte effectué<sup>413</sup>. La performativité constitutionnelle doit donc se lire au regard de cette intention tenant de la volonté constituante, cette décision politique originelle dont dépend l'être de langage. C'est sous ce prisme que l'examen des énoncés de la Constitution *stricto sensu* fait ressortir des présupposés fondamentaux l'énonciation d'une identité politique (1) ainsi que celle de l'Etat (2).

1. L'énonciation des fondements de l'identité politique

**315.** Dans son analyse de ce qu'est une Constitution, Carl Schmitt présente trois significations censées en offrir une définition substantielle opposée à la simple définition formelle de Hans Kelsen.

**316.** Le premier représente ce qu'il nomme le *Zustand* assimilable à la définition de l'être étatique et faisant apparaître la Constitution comme l'« âme » de l'Etat, sa vie concrète, son existence individuelle<sup>414</sup>. Si ce sens paraît important pour le théoricien allemand, il pourrait faire valoir une essence singulière de l'Etat en ce qu'il serait celui d'une société déterminée. Aucun énoncé de la Constitution de 1958 ne mentionne expressément le lien entre la Constitution et l'Etat, et cette observation peut valablement s'étendre aux textes antérieurs. Cependant, sans être obligé de le sous-entendre en le dégagant d'une appréciation d'ensemble du texte et de son contenu, il faut s'engager sur

---

<sup>413</sup> Cf. AMSELEK P., « Ontologie du droit et logique déontique », *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, n° 27, 1995, p. 120.

<sup>414</sup> *Ibid.*, p. 132.

le terrain de la théorie culiolienne de la préconstruction linguistique<sup>415</sup>. Ce postulat méthodologique suggère de voir l'énonciation des institutions et de leurs attributs comme indiquant de manière implicite l'existence d'un cadre plus large, présupposé et indispensable à la formulation des propriétés de ses différents organes.

**317.** De cette manière, le fait que l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution de la V<sup>ème</sup> République entame son énoncé par « la France » supposerait, du fait de son déterminant défini, une situation énonciative anaphorique<sup>416</sup>. Cette amorce énonciative concèderait alors à la « France », potentiellement interprétable comme la représentation de l'Etat français dont on parle, une existence préalable. Ainsi, même si Carl Schmitt n'évoque pas cette donnée linguistique dans la Constitution de Weimar, il est possible d'évacuer cette idée métaphysique tenant à apercevoir dans l'acte constituant la soumission à une *anima statii* qui transcenderait l'essence de la Constitution. Aussi, l'interdépendance entre l'existence de l'Etat et la Constitution peut s'expliquer linguistiquement au moyen de la mise en exergue d'une performativité anaphorique rejaillissant de l'énonciation constitutionnelle.

**318.** Le deuxième sens de la Constitution selon Schmitt convie à l'envisager comme étant la forme de gouvernement qu'adopte l'Etat dont elle traite<sup>417</sup>. Il faut y comprendre la constitution de l'Etat en Monarchie, en Empire, en République, ou tout autre régime qui façonnerait l'identité de l'Etat donné et le distinguerait d'un autre. A ce titre, les énoncés de la Constitution de 1958 ne trahissent pas cette idée puisqu'ils évoquent ça-et-là la forme républicaine du Gouvernement<sup>418</sup>. Mais cette observation coïncide aussi au troisième alinéa de l'article 2 qui énonce son principe défini comme « gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple ». Présupposé fondamental à la production de norme par celui-ci, la forme du gouvernement vient, et la thèse de schmittienne va dans ce sens, participer à la constitution de l'Etat en ce qu'elle fonderait la nature de son action, sans que cela ne soit

---

<sup>415</sup> La théorie du préconstruit développée par Antoine Culioli présente l'énonciation comme l'exposé d'un fait de langage s'appuyant sur un présupposé non exprimé mais retraçable à partir de certaines marques énonciatives. Basée sur le principe de l'anaphore, cette théorie a le mérite de permettre d'expliquer certaines formulations en justifiant l'emploi de termes spécifiques qui feraient référence à un élément construit au préalable. A titre d'exemple l'énoncé biblique « que la lumière soit » supposerait la préconstruction de l'objet *lumière* du fait de l'utilisation de la conjonction « que » et sur lequel s'appuie la viabilité de l'énoncé.

<sup>416</sup> La qualité monstrative du déterminant défini conduit à le considérer comme un indice d'une préconstruction implicite de l'objet France antérieurement à l'énoncé observé (pour une analyse plus complète, voir Partie 2 – Titre I – Chap. 2).

<sup>417</sup> Cf. SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 133.

<sup>418</sup> i.e. art. 1 et 89.

le fruit d'une « proposition de droit ou d'un devoir-être normatif »<sup>419</sup>. Il est ici évident que cet élément éminemment constitutionnel ne peut avoir le statut de norme et constituerait *a contrario* un être car il ne pose aucune autre obligation à l'Etat que d'être ce qu'il est.

**319.** Sur le plan de l'acte de langage constituant, l'optique d'un être disposé par la Constitution aurait pour effet de conforter l'hypothèse d'une performativité créatrice par le fait même de dire que l'Etat *est* sous une forme que le constituant détermine. Ainsi, l'énoncé « la France est une République » s'apprécierait en tant que prédication d'inhérence, qualifiable d'énoncé analytique, visant à dégager une caractéristique globale et intrinsèque à cette France constitutionnellement instaurée sous une forme républicaine. Le deuxième sens de ce que représente la Constitution au sens absolu du terme pour le professeur berlinois semblerait alors s'accommoder de la thèse d'un acte de langage constitution créateur de chose, la chose étant ici l'Etat dans sa forme de gouvernement. Des énoncés qui ne posent ici aucune norme mais établissent un être conditionnant l'essence étatique et non ce qu'il doit être.

**320.** Le troisième sens de la Constitution selon Carl Schmitt tient dans le « principe du *devenir dynamique* de l'unité politique », lequel conduit à ce que l'Etat ne soit plus conçu comme une chose « paisiblement statique »<sup>420</sup>. Une telle affirmation supposerait la prise en compte du mode de formation de la décision politique au sein de l'Etat dans la définition de ce dernier. Par conséquent, les modalités d'exercice de la souveraineté, telles qu'elles sont inscrites à l'article 3 de la Constitution de la V<sup>ème</sup> République, rentreraient dans ce cadre et fonderaient à leur manière l'existence de l'Etat. Il est généralement admis depuis Jean Bodin que les notions de l'Etat Moderne et la souveraineté sont deux données indissociables et interdépendantes, tant au niveau interne qu'externe. En tant que composante de la définition de l'Etat, disposer constitutionnellement son existence impliquerait la définition des modalités de la prise de décision politique qui caractérise son action sur son territoire. Aussi, l'acte de langage faisant advenir un certain type de souveraineté, ici une souveraineté nationale cumulée avec une dose de souveraineté populaire, conduirait à créer le fait institutionnel étatique. Dès lors, en tant que présupposé fondamental, la mise en place dynamique de l'Etat par l'acte de langage constituant

---

<sup>419</sup> Cf. SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 133.

<sup>420</sup> *Ibid.*, p. 134.

contribuerait à voir dans la performativité constitutionnelle une constitution de l'Etat dans son essence politique.

**321.** Toutefois, l'exercice de la souveraineté renverrait aussi à la définition même de l'unité politique, laquelle ne se confond pas tout à fait avec celle de l'Etat. Il faut donc intégrer dans les présupposés fondamentaux dépendants de l'acte de langage constituant plus que ce qui tient à l'Etat et prendre en considération les dispositions relatives à une identité de la société prise dans sa dimension politique. Or, force est de constater que ces dispositions tendent à déterminer l'unité politique en relation avec l'Etat, lequel est voué à accomplir sa volonté commune. En conséquence, l'énonciation constitutive des présupposés fondamentaux passerait par la mise en place des fondements politiques de l'Etat, ceux-ci menant à voir dans les présupposés fondamentaux l'énonciation de l'identité étatique elle-même.

## 2. L'énonciation des fondements de l'identité étatique

**322.** La Constitution analysée au regard de la théorie des actes de langage laisserait voir ici l'acte constituant originaire comme l'institution de l'essence même de l'Etat dans ses fondations structurelles. Ce qui peut alors être interprété comme représentant les modalités d'expression d'une volonté particulière viendrait instaurer un Etat propre à l'association politique qui s'en dote.

**323.** Carl Schmitt différenciait d'ailleurs ces données constitutionnelles de celles des lois constitutionnelles qui n'en avaient que la forme en ce que l'être et la survie de l'Etat n'en dépendraient pas. Aussi, cette « décision politique fondamentale du titulaire du pouvoir constituant », formant la « substance de la Constitution »<sup>421</sup>, se matérialiserait à travers une énonciation spécifique qui acquerrait sa fundamentalité du fait du contenu même de l'énonciation. De cette manière, exception faite de la nature spéciale du locuteur, elle trouverait son essence performative dans son essence politique. En tant que « décision politique concrète »<sup>422</sup>, elle dispose un fait identifiable matériellement, un fait institutionnel dont la forme dépendrait de la charge représentationnelle des mots employés, façonnant l'être de l'Etat dans sa substance. Celle-ci serait donc issue d'une manifestation

---

<sup>421</sup> *Ibid.*, pp. 154-155.

<sup>422</sup> *Ibid.*, p. 155.

linguistique attestant d'une « décision politique émanant d'un être politique sur le genre et la forme de son propre être »<sup>423</sup>. Une telle remarque induit une conséquence sur la conception de la performativité du langage constitutionnel, laquelle semblerait se traduire par une action plus fondamentale que la simple création de faits institutionnels. Elle créerait véritablement l'ordre politique constitutionnel par le fondement même de l'Etat jusque dans sa substantifique moelle. A partir de là, il est possible de dégager une forme d'identité constitutionnelle. En effet, ces présupposés fondamentaux tendraient à démontrer la réalité d'une définition matérielle de l'Etat en pointant des éléments essentiels à son appréhension dans un contexte caractérisé par la multiplicité des modèles étatiques, variant en fonction de leur *statut* constitutionnel.

**324.** Plus encore, la pensée de Carl Schmitt s'opposerait à celle de Hans Kelsen en conférant une certaine stabilité aux éléments qui composent cette identité<sup>424</sup>. Comparée à la thèse normativiste qui renie toute essence constitutionnelle, la vision substantialiste schmittienne suggérerait la présence d'un pan du donné fondamental qui échapperait au pouvoir constituant dérivé et ne pourrait être remis en cause qu'à condition de reformuler cette volonté fondant l'unité politique dans son être même. Cependant, la position kelsennienne et son approche purement formelle s'adaptent mal à l'hypothèse de la performativité créatrice de l'énonciation constitutionnelle. En effet, la création d'une chose ou d'un état de chose, aussi abstraite et dépendante du langage que l'est l'Etat, suppose une définition de fond et pas seulement de forme, celle-ci n'étant qu'un indice de la fondamentalité. Se limiter à la seule forme mènerait à ce que la chose créée par l'acte de langage constitutionnel n'ait l'apparence que d'une nébuleuse informe, malléable à merci et empêcherait son appréhension intelligible. Par ailleurs, elle nierait jusqu'à son existence en tant que fait pour ne la considérer que comme une chose en devenir permanent et sujet à la contingence. Par conséquent, postuler une performativité créatrice du langage constitutionnel nécessiterait de ne pas se limiter à une analyse purement normativiste du droit constitutionnel. Une vision en ce sens impliquerait donc que soient établies les bases conceptuelles de la reconnaissance de la chose « Etat », lesquelles ne peuvent rester assujetties au pouvoir de révision sans que son être perde sa réalité au profit d'une autre.

---

<sup>423</sup> *Ibid.*, p. 212.

<sup>424</sup> Une révision constitutionnelle étant logiquement dépendante de la Constitution pour qu'elle y soit conforme, cette dépendance sous-tendrait l'existence d'un socle de valeurs constitutionnelles qui fonderait la validité de la révision et qui ne pourrait se voir altérer par le truchement de celle-ci (*ibid.*, p. 149).

**325.** En outre, le caractère intangible de ces présupposés fondamentaux, tenant à l'identité constitutionnelle de l'Etat, peut se retrouver dans la Constitution et dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. L'article 89 de l'œuvre constituante de 1958 dispose dans son dernier alinéa que « la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision ». Présentée comme une limite matérielle imposée à l'exercice du pouvoir constituant dérivé<sup>425</sup>, elle est généralement décrite selon une interprétation historique montrant le refus d'un retour à la Monarchie<sup>426</sup>. Toutefois, si elle est toujours valable aujourd'hui, elle ne signifie plus véritablement cela au regard de l'éventualité plus que restreinte, voire quasi inexistante, d'un renouveau monarchique français. La majorité de la doctrine juridique y voit surtout un renvoi aux dispositions de l'article 1<sup>er</sup>, voire des articles 2 et 3<sup>427</sup>, qu'Olivier Gohin qualifie de « données essentielles de la République française »<sup>428</sup>.

**326.** Aussi, ces éléments peuvent figurer au nombre de ces présupposés fondamentaux dont parle le juriste allemand en ce qu'ils constitueraient ce fameux socle de valeurs indépassables, même pour le pouvoir constituant lorsqu'il agit selon une procédure constitutionnellement établie. Ils représenteraient alors cette identité de l'Etat français et livreraient un exposé des présupposés fondamentaux sous-tendant l'être de l'Etat. Leur caractéristique non révisable évoque d'ailleurs la volonté de les placer au sommet d'une hiérarchie intraconstitutionnelle entre les différentes règles, lesquelles seraient distinguées en fonction de leur degré de fondamentalité. En suivant l'ordre de valeur de Schmitt, les présupposés fondamentaux seraient donc supérieurs du fait de leur qualité de « substance de la Constitution » – et donc de l'Etat – ce qui rejoindrait leur prise en compte par les textes constitutionnels des III<sup>ème</sup>, IV<sup>ème</sup> et V<sup>ème</sup> République. Ceci conforterait alors cette capacité créatrice du langage constitutionnel. Celui-ci montrerait des facultés à entreprendre l'élaboration d'une chose jusque dans son essence propre. Il afficherait aussi

---

<sup>425</sup> Une limite qui comme chacun le sait reste purement hypothétique du fait que le Conseil constitutionnel se refuse à contrôler la validité des révisions constitutionnelles, tel qu'il en ressort de sa décision de 2003 relative à la loi constitutionnelle portant sur l'organisation décentralisée de la France et dans laquelle il oppose une fin de non recevoir à la requête parlementaire sous prétexte qu'il n'est pas compétent pour apprécier la constitutionnalité de l'expression du souverain constituant auquel il s'estime inférieur (CC, n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, Rec., p. 293, JO, 29 mars 2003, p. 5570).

<sup>426</sup> Voir en ce sens GENEVOIS B., « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *RFDA*, n° 5, 1998, pp. 929 et s.

<sup>427</sup> Voir ROUSSEAU D., « La Constitution peut-elle être modifiée ? », La révision de la Constitution sous la Vème République, Cinquantième anniversaire de la Constitution, *La Constitution en 20 questions*, Question n° 20, 2008 [en ligne, disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr>].

<sup>428</sup> Cf. GOHIN O., *Droit constitutionnel*, Paris, LexisNexis, 2<sup>ème</sup> édition, 2013, p. 156.



une aptitude à établir cette chose, non pas dans le seul imaginaire collectif à travers un vulgaire rappel ou une simple description de l'étant, mais bien dans son être le plus fondamental.

**327.** C'est *in fine* le juge de la constitutionnalité de la loi qui confirmera la force objective de cette création. En effet, c'est à l'occasion de son contrôle de la transposition des directives européennes que le Conseil constitutionnel tiendra compte de ce donné si particulier. Face à la nécessité d'une intégration effective et à celle de garantir l'efficacité du relai étatique, la Haute instance a su imposer le respect d'éléments fondamentaux tenant à des « dispositions expresses de la Constitution française et propres à cette dernière »<sup>429</sup>. Elle récidivera en 2006 s'agissant de la transposition d'une directive portant sur les droits d'auteur et décidera une nouvelle fois de subordonner l'exigence de transposition à la conformité de sa concrétisation à des règles ou principes « inhérents à l'identité constitutionnelle de la France »<sup>430</sup>. Ces deux expressions, chronologiquement transposables semblent renvoyer à des états de chose comparables, assimilables aux présupposés fondamentaux formant pour Carl Schmitt la substance de la Constitution.

**328.** Ainsi, le contrôle de constitutionnalité ferait apparaître cet être institutionnel plus fondamental que le reste, justifiant qu'on le fasse primer sur d'autres états de chose constitutionnels. Une conclusion en ce sens conduit à envisager une double création dont l'une s'apparenterait à la mise en place de ce qui fait être l'Etat. En conséquence, qu'ils soient considérés comme non révisables sous peine d'altérer l'être de l'Etat ou qu'ils présentent un caractère plus sacré que d'autres dispositions constitutionnelles, les présupposés fondamentaux montreraient un aspect de la création énonciative constitutionnelle allant jusqu'à rendre le dire constituant responsable de la fondation de l'essence même du fait étatique.

**329.** Confrontée à la thèse schmittienne du sens absolu de la Constitution impliquant son appréhension comme une totalité, comme une essence, l'énonciation constitutionnelle performative et son traitement jurisprudentiel révélerait sa faculté d'originer l'Etat dans son être. En tant que déclencheur du fait institutionnel, l'acte de langage constituant

---

<sup>429</sup> C'est ce qu'il ressort explicitement du commentaire aux Cahiers du Conseil constitutionnel de la décision n° 2004-498 portant sur la loi relative à la bioéthique (cf. Commentaire de la décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique*, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 17, 2004, pp. 17-19).

<sup>430</sup> CC, n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, *Rec.*, p. 88, JO, 3 août 2006, p. 11541, cons. 18).

véhiculerait une identité étatique propre à ce dernier. Il ne se bornerait pas simplement à le singulariser des autres mais tendrait à le façonner jusque dans sa substance en faisant de lui un individu-Etat. Néanmoins l'analyse de Carl Schmitt ne se réduit pas à cette seule donnée essentialiste. Il admet l'existence de ce qu'il désigne par « loi constitutionnelle », c'est-à-dire des dispositions de second rang portant de simples détails d'organisation et n'ayant acquis la noblesse constitutionnelle qu'au regard de leur forme.

### **B/ L'énonciation technique des « détails d'organisation »**

**330.** Présenter l'œuvre constitutionnelle sous l'angle de son organisation structurelle oblige à partir du postulat que ce qui donne la valeur constitutionnelle à une règle n'est autre que la procédure de son adoption, autrement dit sa seule forme. Un tel point de départ convierait à marcher sur les pas de Hans Kelsen et de la théorie normativiste en se délestant de toute considération matérielle. Néanmoins, porter la thèse d'une création par le truchement du langage paraît difficilement s'accommoder d'une telle restriction. La nature de l'acte est partiellement conditionnée par ce qu'il fait être et l'être ne peut se réduire à sa seule forme sans ne représenter qu'une coquille potentiellement vide. Aussi est-il nécessaire de poursuivre l'examen de la Constitution dans une optique substantialiste afin de rendre compte du lien consubstantiel entre la qualité performative de son énonciation et la nature de son produit. Nonobstant ses aspects fondamentaux, l'énonciation constitutionnelle de la V<sup>ème</sup> République révèle un exposé technique des divers rouages qui règlent la prise de décision politique et sa consécration législative. Mais ce qui semble en ressortir s'apparenterait à des détails d'organisation structurelle qui n'auraient, selon Carl Schmitt, qu'un rang inférieur et serait élevés au même niveau que les pré-supposés fondamentaux en vertu de leur forme. Il s'agira donc ici de voir si la thèse de la performativité créatrice du langage constitutionnel permet de dépasser l'*a priori* de l'infraconstitutionnalité de ces dispositions (1) par la mise en lumière d'une précision de l'être statique des institutions (2).

1. Une nature *a priori* infraconstitutionnelle

**331.** Le sens relatif de la Constitution selon la conception schmittienne présuppose la Constitution comme un ensemble de loi constitutionnelle, une pluralité de règle face à une totalité dans son sens absolu. Le caractère pluraliste est ici entièrement dû au fait que la forme déterminerait la nature constitutionnelle et non le fond. Le contenu de la règle importerait donc peu et transformerait la Constitution en une chose composite au sein de laquelle se retrouveraient toutes sortes de règles allant de la plus fondamentale à la plus insignifiante<sup>431</sup>.

**332.** Une approche semblable tenant compte exclusivement de la forme consacrerait l'existence de deux types de matière constitutionnelle : d'un côté les dispositions contenant ce qui est fondamental à l'existence de l'Etat et de l'unité politique, de l'autre, des « dispositions légales particulières d'une nature spécifique »<sup>432</sup>. Ceci aurait pour conséquence de mettre sur le même pied d'égalité l'ensemble des dispositions, quel que soit leur contenu, fondamental ou bien simplement structurel, faisant de l'ensemble « une seule et même chose »<sup>433</sup>. De cette manière, Carl Schmitt propose une vision péjorative de cette notion de la Constitution. Il estime alors qu'au lieu de conférer un caractère fondamental des détails structurels, les dispositions fondamentales seraient rabaissées à leur niveau<sup>434</sup>. Mais il est délicat d'apporter un soutien à l'idée que la Constitution contiendrait des règles de nature non constitutionnelle, d'autant que les diverses dispositions de détails peuvent être vues comme traitant de l'organisation de l'Etat. Si elles ne fondent pas son existence *stricto sensu*, elles conditionneraient la forme de cette existence dans le monde donné, au même titre qu'un arbre ne peut voir son être se résumer à ses racines et à son tronc.

**333.** En ce sens, il est vrai que certaines dispositions de la Constitution de la V<sup>ème</sup> République peuvent paraître de moindre importance comparées à celles énonçant les points fondamentaux de l'essence étatique. En particulier, c'est au regard de leur technicité qu'elles sont susceptibles de se voir minimisés. Les dispositions de l'article 7 par exemple

---

<sup>431</sup> Voir en ce sens ZANON N., « La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle », *AJJC*, 1989, Paris, Economica, P.U.A.M., 1991, p. 180.

<sup>432</sup> Cf. SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 131.

<sup>433</sup> *Ibid.*

<sup>434</sup> *Ibid.*, p. 142.

réglant les conditions de mise en œuvre de l'élection présidentielle et la gestion de la vacance à cette fonction s'avèrent effectivement purement techniques et apparaissent secondaires car elles ne touchent pas à l'existence même de l'institution étatique ni à sa valeur. Il en va de même s'agissant du référendum à l'article 11, ou de l'organisation de l'élection des parlementaires consécutive à une dissolution sur le fondement de l'article 12. Tout au plus régleraient-elles un mode de survenance d'une situation ou d'une chose. C'est ce caractère *occurrence* qui pourrait suggérer qu'elles n'aient pas une nature constitutionnelle en elles-mêmes mais agenceraient plutôt un simple fonctionnement de certains mécanismes. Elles se rapprocheraient alors de l'énonciation du législateur organique lequel vient préciser les dispositifs constitutionnels tels que la question prioritaire de constitutionnalité<sup>435</sup>.

**334.** En outre, le parallèle entre les dispositions constitutionnelles et celles des lois organiques n'est pas une nouveauté. Le Conseil constitutionnel, généralement enclin à fonder ses décisions sur la seule Constitution semble parfois avoir traité les deux sur un semblant de pied d'égalité<sup>436</sup>. Par conséquent, à l'intérieur même du texte constitutionnel, se trouveraient des dispositions de nature infraconstitutionnelles ne portant pas sur l'être de l'Etat mais sur son seul fonctionnement, indiquant une certaine identité de nature avec la législation organique. Pourtant, il est possible de distinguer entre les dispositions figurant dans la Constitution et celles soumises au renvoi à la compétence du Législateur organique. En effet, on remarque que les énoncés présents dans la « loi des lois »<sup>437</sup> portent sur un élément constitutif de l'Etat et indispensable à son identité en tant que tel mais aussi en tant qu'individu. A titre d'exemple, les modalités de délégation de vote au sein du Parlement sont renvoyées à l'établissement d'une loi organique tandis que celles disposant

---

<sup>435</sup> La lecture de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution fait ressortir des similitudes d'énonciation, notamment dans la gestion du *modus operandi* du mécanisme de la question posée et de son cheminement en fonction des différentes réponses données par les juridictions assurant le filtre. Il serait laborieux d'entreprendre une comparaison exhaustive, énoncé par énoncé et il faudra donc s'en tenir à une analyse superficielle mais le résultat ne semble pas en pâtir pour autant au regard de la dichotomie mettant en avant les principes fondamentaux du système dans le texte constitutionnel et la disposition de ses détails techniques dans la loi organique.

<sup>436</sup> En effet, dans sa décision de 1962, la Haute instance a eu recours tant aux articles 60 et 61 de la Constitution elle-même qu'à la loi organique du 7 novembre 1958 en vue de justifier sa fin de non recevoir à la requête du Président du Sénat, et ce, sans opérer de distinction particulière, le dernier considérant montrant cette prise en compte égale des deux types de règle (CC, n° 62-20 DC du 06 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962, Rec.*, p. 27, JO, 7 novembre 1962, p. 10778).

<sup>437</sup> Expression empruntée à Carl Schmitt pour désigner la Constitution (*cf.* SCHMITT C., *Théorie de la Constitution, op. cit.*, p. 141).

l'ouverture éventuelle de sessions extraordinaires au Parlement font l'objet d'un article spécial dans la Constitution<sup>438</sup>.

**335.** Aussi faudrait-il distinguer entre les dispositions de détails essentielles à la marche de l'institution étatique et participant à l'appréhension des organes qui lui sont spécifiques et celles secondaires qui ne concerneraient que des points particuliers et qui en seraient détachables du fait du lien tenu qu'elles entretiennent avec l'être de l'organe auquel elles se rapportent<sup>439</sup>.

## 2. La précision de l'être institutionnel statique

**336.** Les « détails d'organisation » à la technicité apparente se verraient accorder l'auréole constitutionnelle du fait qu'ils joueraient un rôle dans la définition du fait institutionnel auquel ils se rapportent.

**337.** C'est ainsi que l'article 16 se voit attribuer toute une combinaison de données qui permettraient de voir un jour le Président de la République enclencher le mécanisme des pleins pouvoirs. Les dispositions de détails qui accompagnent la définition *stricto sensu* de l'*imperium* à la française auraient alors pour fonction de déterminer l'identité de ce fait institutionnel, le distinguant d'une simple dictature fondée sur la force. Aussi, la nature matériellement constitutionnelle de ces dispositions viendrait de leur fonction dans la description performative des différents organes ou objets conceptuels. Une fonction identificatrice qui démontre un lien étroit avec l'être de la chose qu'ils précisent. Néanmoins, la décision du 6 novembre 1962 pose un problème vis-à-vis d'une telle affirmation. En effet, le Conseil constitutionnel, dans son interprétation de son rôle, a utilisé les dispositions de la loi organique sur sa propre institution, ce qui permet de les considérer comme des éléments définitoires, attachés à l'institution même. Mais il ne semble les mobiliser qu'au surplus<sup>440</sup> et y appose une interprétation téléologique puisque l'article 23 ne mentionne pas expressément une compétence exclusive des lois

---

<sup>438</sup> Art. 30 de la Constitution de la V<sup>ème</sup> République.

<sup>439</sup> C'est ainsi que se justifierait la différence entre les détails relatifs à l'élection présidentielle de l'article 7 de la Constitution et les détails relatifs à la mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité.

<sup>440</sup> Le quatrième considérant énonce d'ailleurs que son « interprétation est encore expressément confirmée par les dispositions » de la loi organique. Il l'utilise comme une confirmation accompagnée de l'adverbe « encore » qui marque un caractère non nécessaire de l'argument déployé à sa suite.

référendaires<sup>441</sup> et l'article 17 ne concerne explicitement que les lois organiques<sup>442</sup>. Il est alors possible d'en déduire qu'il n'y accorde finalement pas la même importance. Malgré tout, l'énonciation de cette loi organique ne semble pas bien différente de celle d'un article 39 ou 42 de la Constitution (fonctionnement, modalités d'exercice, gestion des diverses occurrences, etc...). Il faut alors évaluer l'importance de l'institution dans le schéma institutionnel auquel elle est rattachée pour dégager ou non une nature constitutionnelle aux dispositions réglant sa mécanique. A ce titre, le Conseil constitutionnel étant regardé comme une institution secondaire, comparée au Parlement, son fonctionnement et son organisation souffriraient de la même considération. Mais là encore, comment justifier que certaines données fonctionnelles du Parlement soient renvoyées à la compétence du législateur organique ? Il est inévitable alors de déterminer la portée des détails d'organisation en fonction de leur nécessité dans la marche primitive et minimale de l'Etat lui-même. L'attribution de la place constitutionnelle par rapport à l'être étatique s'effectuerait ainsi sur le fondement de leur importance.

**338.** De plus, ces dispositions de « seconde zone » peuvent être appréhendées comme constitutives d'une définition schématique de l'Etat assurant la mise en place d'un squelette institutionnel. Outre l'identification des organes et la présentation de leur rôle qui restent fondamentales à l'être individuel de l'Etat, il est constitutionnellement disposé certains détails précisant leur fonction. Le libellé de l'article 34 par exemple, montrant une description très détaillée de ce qu'est la loi, participe également à la définition du Parlement qui la vote. Aussi, suivant une vision fonctionnelle de la distinction entre pouvoir exécutif et pouvoir législatif, qui reste efficace même si elle ne recouvre pas totalement la réalité, les articles 34 et 37 permettent d'entrevoir une identification des organes parlementaires et gouvernementaux. Il en va de même pour l'article 11. En faisant du Président de la République la pièce maîtresse de la mise en œuvre du référendum, les autres étant reléguées à la simple consultation, il lui offre une caractéristique législative distincte de celles du Parlement et du Gouvernement<sup>443</sup>. Ainsi, ces détails, qui n'entament pas véritablement l'être même de l'Etat ou de l'union politique, viennent pourtant apporter

---

<sup>441</sup> « Dans le cas où le Conseil constitutionnel déclare que *la loi* dont il est saisi contient une disposition contraire à la Constitution sans constater en même temps qu'elle est inséparable de l'ensemble de *cette loi*, le Président de la République peut soit promulguer *la loi* à l'exception de cette disposition, soit demander aux chambres une nouvelle lecture ».

<sup>442</sup> « Les *lois organiques* adoptées par le Parlement sont transmises au Conseil constitutionnel par le Premier ministre. La lettre de transmission indique, le cas échéant, qu'il y a urgence ».

<sup>443</sup> Il est d'ailleurs possible d'adopter ce même raisonnement pour d'autres dispositions constitutionnelles comme l'article 10 relatif à la promulgation de la loi par le Président de la République.

leur pierre à l'édifice institutionnel en explicitant les divers acteurs de l'Etat suivant une définition fonctionnelle.

**339.** Enfin, il est nécessaire d'aborder la question de la révision en relation avec ces détails d'organisation. Carl Schmitt distinguait pouvoir constituant et pouvoir de révision suivant qu'il s'appliquait à la Constitution ou aux lois constitutionnelles<sup>444</sup>. Pareille approche suppose que la révision ne pourrait concerner que ces dispositions inférieures et non celles porteuses de présupposés fondamentaux sous le prétexte que le pouvoir de révision ne pourrait s'octroyer celui du constituant en altérant l'essence de l'Etat. Une répartition de fonctions en ce sens conduit le professeur berlinois à conclure à l'inviolabilité de ces présupposés contrairement aux lois constitutionnelles<sup>445</sup>. Cependant, au regard des développements précédents, il semble inévitable de dépasser cette stratification. En effet, il apparaît soutenable que ce qui touche à l'identité de l'Etat ne peut se voir laissé à la disposition du législateur constitutionnel, fût-il investi d'une légitimité particulière. Or, si selon la thèse du langage performatif créateur de chose, l'énoncé de dispositions d'ordre organisationnel tend à définir l'Etat en précisant le rôle de chaque élément, tout porte à croire que la modification d'une caractéristique, même accessoire, altérerait la Constitution dans son unité pour la voir devenir une chose semblable mais pas identique. Que faut-il en conclure sur la révision constitutionnelle ? Et bien qu'elle occasionne la même conséquence, quand bien même serait-elle présentée comme « sèche » et ne toucherait qu'un détail *a priori* insignifiant comme la durée du mandat présidentiel<sup>446</sup>. Elle altère nécessairement l'ensemble de l'être étatique du fait de ses implications par ricochet sur le l'ordre dans son entier<sup>447</sup>.

**340.** La révision comprise comme relative aux lois constitutionnelles emporterait donc une incidence sur l'être constitutionnel et donc sur celui de l'Etat dont il serait substantiellement indissociable. En retouchant un élément de sa structure, elle perturberait les fondations intrinsèques à l'identité même du *status stati*. Dès lors, si la thèse

---

<sup>444</sup> « L'acte constituant (*Verfassungs « gebung »*), « acte de donner » une constitution, *NdT*) et la « révision » de la Constitution (*Verfassungs « änderung »*, *NdT*), c'est-à-dire la révision de dispositions précises des lois constitutionnelles – sont donc *qualitativement* différents, parce que dans le premier cas le mot « constitution » désigne la constitution comme totalité de la décision, et dans le second cas seulement la *loi constitutionnelle* » (cf. SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 157).

<sup>445</sup> *Ibid.*

<sup>446</sup> Ainsi que l'eut fait le Président Jacques Chirac au sujet de la révision constitutionnelle qui allait faire passer le mandat présidentiel de sept à cinq ans.

<sup>447</sup> Cf. ROUSSEAU D. et VIALA A., *Droit constitutionnel*, Montchrestien, 2004, p. 470.



schmittienne ne leur portait pas une importance constitutionnelle au même titre que ce qui constitue l'essence de l'Etat, la nature foncièrement constitutionnelle des détails d'organisation se verrait révélée par la théorie des actes de langage créateurs de chose. Le plus petit détail peut parfois s'avérer essentiel du fait de sa qualité définitoire et contributive de l'identité de la chose dont il est question.

**341.** La mise en lumière d'une nature différenciée du donné constitué emporterait alors la conviction que la performativité des énoncés constitutionnels souffrirait d'une dualité visant l'identité de l'Etat comme de l'unité politique. Autrement dit, leur essence dépendrait de l'énonciation de ces présupposés fondamentaux qu'évoque Carl Schmitt. Toutefois, cette définition statique de l'Etat ne recouvre pas l'ensemble de l'acte de langage constitutionnel. Si pluralité il y a, c'est au regard des détails d'organisation, issus de ce que le théoricien allemand nomme les lois constitutionnelles. Formellement constitutionnelles mais matériellement inférieures, leur nature relèverait d'une compétence située au niveau législatif. L'observation d'une création portant sur les institutions obligerait alors envisager dans le fait constituant une réalisation de la dynamique de l'Etat.

## **§2 La réalisation de l'être dynamique de l'Etat**

**342.** La réalisation de l'Etat par l'acte de langage constitutionnel au regard de la définition de ses propriétés de mouvements s'inscrit dans une dialectique proche de la philosophie analytique italienne. Norberto Bobbio proposait d'ailleurs une vision tenant à une approche de la théorie du droit « comme rapport » et « comme institution » recouvrant « la totalité du champ des grandes conceptions du droit »<sup>448</sup>, en particulier lorsqu'il s'agit de déterminer l'origine de l'organisation étatique. Ainsi, si la création constitutionnelle a pour produit l'individu Etat, elle passe nécessairement par l'aménagement des capacités d'action des différentes institutions qui le composent. Un aménagement qui passe par la définition non seulement des compétences propres à l'activité personnelle des institutions (A), mais aussi des mouvements étatiques internes relatifs aux rapports qu'elles entretiennent entre-elles (B).

---

<sup>448</sup> Cf. BOBBIO N., *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie de du droit*, trad. SOLDINI D., Dalloz, coll. Rivages du droit, 2012, p. 152.



## A/ La création définitoire des compétences institutionnelles

**343.** La création de l'Etat dans sa dimension dynamique passe par la définition des compétences des institutions. La doctrine juridique a souvent mis en avant cet aspect du droit constitutionnel qu'est la détermination des pouvoirs des différents organes de l'Etat. Mais c'est principalement sous le prisme de la distinction entre les normes primaires et secondaires que l'analyse de la définition des compétences institutionnelles devra être opérée. Développée par Hart, cette distinction propose une lecture dichotomique des règles de droit selon qu'elles imposent des obligations ou qu'elles confèrent des pouvoirs<sup>449</sup>. Une lecture qui est parfois reprise sous un angle comparable distinguant entre des normes de conduite qui prescriraient un certain comportement et d'autres qui créeraient une compétence<sup>450</sup>. Dans une optique performativiste, c'est du point de vue des normes secondaires, définissant les compétences des diverses institutions étatiques qu'il faudra se placer. Leur confrontation à l'acte de langage constitutionnel laisserait apparaître une spécificité tenant à une création constitutionnelle par l'habilitation (1) portant l'être dynamique de l'Etat à travers une définition des propriétés institutionnelles de mouvement (2).

### 1. La création constitutionnelle par l'habilitation

**344.** La notion hartienne de norme secondaire reposerait sur une tripartition intégrant des règles de *changement*, de *décision* et de *reconnaissance*<sup>451</sup>. Si la troisième tend à justifier la validité du système juridique en tant que tel<sup>452</sup>, les deux autres présentent un intérêt remarquable pour l'examen de la définition dynamique des institutions. La règle de

---

<sup>449</sup> Cf. HART H. L. A., *Le concept de droit*, VAN DE KERCHOVE M. (trad.), Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, coll. Droit, 2005, p. 51.

<sup>450</sup> Cf. ROSS A., *On Law and Justice*, Berkeley : University of California Press, 1959, p. 32.

<sup>451</sup> *Ibid.*, pp. 114-116.

<sup>452</sup> C'est ainsi que l'interprète Massimo La Torre qui la compare à la *Gründnorm* de Hans Kelsen (cf. LA TORRE M., « Le modèle hiérarchique et le concept de droit de Hart », *Revus, revue de théorie constitutionnelle et de philosophie du droit*, n° 21, 2003, p. 128). On peut toutefois douter qu'elle s'y réduise totalement car Hart distille cette règle comme un principe irrigant l'ensemble des normes secondaires du fait de sa fonction d'identification tant des actes juridiques que des institutions elles-mêmes.

changement trouve sa réalisation dans la mise à disposition de la capacité à introduire de nouvelles règles de droit de type primaire<sup>453</sup>.

345. Sur le plan de la V<sup>ème</sup> République, cette catégorie se retrouve généreusement. En particulier, elle pose une grille de lecture des règles régissant la promulgation et l'abrogation législative en déterminant « les personnes appelées à légiférer » ou bien « la procédure que doit suivre l'élaboration des lois »<sup>454</sup>. De leur côté, les règles de décision confèrent des « pouvoirs judiciaires », qui sont, selon Hart, assez proches des règles de changement dans leur nature<sup>455</sup>. Elles ont en outre la faculté de participer à la définition de l'institution à laquelle elles donnent la compétence du fait qu'elles spécifient certains concepts comme ceux de loi, de pouvoir législatif ou encore de juge, de pouvoir juridictionnel ou bien de jugement<sup>456</sup>. L'hypothèse des actes de langage créateurs de chose aurait donc à prendre de cette distinction entre norme primaire et norme secondaire de par cette aptitude à produire des concepts institutionnels au moyen de la détermination de leur horizon d'action. Ainsi, l'acte définitoire constitutionnel ne se réduirait pas à la seule spécification statique de l'Etat mais disposerait une fonctionnalité évolutive, proposant une potentialité d'action. Il est alors possible de l'adapter à la thèse des énoncés performatifs créateurs de chose en postulant que ces normes secondaires déterminent l'existence d'un fait institutionnel. Autrement dit, elles constitueraient un fait de langage produisant une caractéristique propre à l'institution à laquelle ils se rapportent pour en préciser les propriétés d'action<sup>457</sup>. Dès lors, d'un devoir-être constitutionnel supposé, il serait possible d'induire un être constitutionnel issu d'un acte de langage conférant des pouvoirs, ceux-ci ayant une incidence sur l'identification de l'institution. Elle est ce qu'elle est car elle peut agir de telle manière.

---

<sup>453</sup> Cf. HART H. L. A., *Le concept de droit*, op. cit., p. 115. Cette dichotomie se retrouve aussi chez Hans Kelsen sous l'angle de la différenciation entre des normes « qui permettent une conduite ou qui confèrent un pouvoir » et des normes qui « prescrivent une conduite, obligent à une conduite », sans toutefois qu'elle puisse s'y superposer puisque le père du normativisme n'attache pas la notion de sanctions aux secondes (cf. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, EISENMANN Ch. (trad.), Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 1962, p. 69).

<sup>454</sup> *Ibid.*

<sup>455</sup> *Ibid.*, p. 116.

<sup>456</sup> *Ibid.*, p. 115-116.

<sup>457</sup> Hart accompagnait ainsi chacune des règles de décision et de changement d'une facette supplémentaire tenant à une règle de reconnaissance définissant l'organe qui en était pourvu ou bien le concept juridique dont elles découlent. Cette règle de reconnaissance transcenderait alors l'ensemble des normes secondaires de par sa nature identificatrice de l'origine des règles de décision et de changement ainsi que de la légitimité de leur auteur (*ibid.*, p. 114-116).

**346.** Cependant, les tenants de la philosophie analytique italienne tendent à ne les considérer que comme un métalangage portant sur un langage-objet formé de l'ensemble des normes de type primaire. Riccardo Guastini en déduit ainsi un double niveau de langage structuré sur cette dichotomie<sup>458</sup> et conduisant à renvoyer les normes secondaires au stade de non norme en leur niant un caractère contraignant du fait d'un descriptivisme qui leur serait intrinsèque. De cette manière, la Constitution, essentiellement composée de normes secondaires, serait dénuée de normativité et leur énonciation se verrait simplifiée en une indication sur un être. A ce titre, même leur performativité serait remise en question du fait d'un accent trop prononcé sur le caractère constatif du niveau locutoire des énoncés. Néanmoins, si le langage scientifique est performatif, et que la force illocutoire existe indépendamment de la forme du niveau locutoire de l'énoncé, il faut chercher ailleurs un moyen de résoudre l'incompatibilité entre la qualification de métalangage et celle de langage juridique.

**347.** La solution se trouverait dans la prise en compte d'un acte de langage qui ferait advenir l'état de chose qu'il décrit. Si un métalangage n'est en rien contraignant du fait de son essence descriptive, en revanche, la performativité dans son acception créatrice ne peut que l'être. En effet, considérant la nature inévitablement définitoire de la description, elle ne peut s'apprécier qu'au regard de ce qui est dit de la chose. La contrainte ne viendrait donc pas de l'extérieur, d'une menace, d'un commandement ou encore d'une quelconque norme mais bien de l'intérieur même de la description. C'est, à n'en pas douter, la création de la chose par le constat qui confère un caractère contraignant à l'exposé de ses compétences, sans quoi elle ne serait plus, ou bien elle deviendrait autre chose.

**348.** De plus, Hart exposait l'aptitude des normes secondaires à constituer « une forme élémentaire de règle habilitante »<sup>459</sup>, autorisant les institutions à agir dans un certain sens. De ce fait, les énoncés constitutionnels contribueraient à la forme de ces dernières. A ce sujet, Guillaume Tusseau a offert une analyse poussée, axant son étude sur la fonction de « permettre ». Il les définit ainsi comme des énoncés qui « autorisent [...] certains acteurs à produire des normes » sans quoi ils ne « bénéficieraient pas de cette faculté », tout comme ils détermineraient la « conduite qui suivent [ces] acteurs afin de produire des normes valides »<sup>460</sup>. Par conséquent, ils n'établiraient pas de sanctions, ni ne prescriraient de

---

<sup>458</sup> Cf. GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, op. cit., p. 70.

<sup>459</sup> Cf. HART H. L. A., *Le concept de droit*, op. cit., p. 115.

<sup>460</sup> Cf. TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Dalloz, coll. Bibliothèque de Thèses, 2006, p. 14.

comportements sous la forme de commandements, d'interdictions ou en instaurant une menace ou une récompense selon qu'ils soient respectés ou non. Ils prennent au contraire la forme d'habilitations permettant un comportement, conférant à quelqu'un le pouvoir de créer de nouvelles normes ou encore qui définissent un concept<sup>461</sup>. De cette manière, le caractère habilitant des énoncés attributifs de compétences peut s'entendre selon Guillaume Tusseau comme n'ayant pas pour fonction de permettre des comportements préexistants<sup>462</sup> mais de les faire exister. Aussi, la notion de permission associée à un acte de langage créateur de chose se résumerait à dire ce qui peut ou ne peut pas exister sous la dénomination de l'institution habilitée. Si, en tant qu'acte de langage, l'habilitation introduit un mode de fonctionnement relatif à des comportements établis préalablement, c'est qu'elle n'habilite rien, ou plutôt qu'elle crée une nouvelle réalité<sup>463</sup> dans laquelle l'institution acquiert un nouveau domaine d'activité, et donc qu'elle s'en trouve transformée.

**349.** Dès lors, conférer des pouvoirs conduirait à toucher à l'être de ce à qui ou à quoi cette action se rapporte. La nature créatrice de l'énonciation habilitante au regard de nouveaux comportements emporterait des conséquences tout aussi créatrices impliquant un modelage de l'Etat dans son entier par l'affection de l'une ou plusieurs de ses parties. Ce ne sont pas des normes, et ne peuvent être conçus comme telles<sup>464</sup> mais des énoncés instituant des concepts dans leur dimension fonctionnelle et dynamique et en particulier, pour ce qui concerne la Constitution, des institutions et organes dans leurs propriétés de mouvement.

## 2. La définition des propriétés institutionnelles de mouvement

**350.** La définition des compétences institutionnelles passe nécessairement par une détermination de la nature de l'action. Norberto Bobbio, dans son appréhension de la distinction entre normes primaires et normes secondaires, interprète ces normes du *second*

---

<sup>461</sup> Cf. SQUELLA A., « Law and force », in *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60.* WEINBERGER O. et al., Geburtstag, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, p. 622.

<sup>462</sup> Cf. TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, op. cit., p. 157.

<sup>463</sup> Cf. RECANATI F., *Les énoncés performatifs : contribution à la pragmatique*, Paris, Minit, 1986, p. 82.

<sup>464</sup> Cf. TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, op. cit., p. 157.

*degré* comme réglant les actes de production de normes<sup>465</sup> et en particulier de normes primaires<sup>466</sup>. C'est sous cet angle que l'identification des institutions étatiques peut s'apprécier en ce qu'elles présentent la capacité d'édicter des normes imposant des obligations.

**351.** C'est à travers la distinction entre ce qui peut être qualifié de norme et *a contrario* ce qui relève du fait institutionnel – en d'autres termes ce qui relève d'un devoir-être ou d'un être – que les notions de normes primaires et de normes secondaires prennent leur sens au regard de la théorie des actes de langage créateur de chose. A ce titre, les normes véritables seraient celles qui dicteraient une conduite idéale, laquelle pourrait ne pas être suivie, occasionnant ainsi une sanction. Aussi, la création de comportements issus des normes secondaires ne semble pas permettre de transgression sans que soit remise en cause l'identité de l'institution qu'elles habilitent. Peut-on imaginer que le Président de la V<sup>ème</sup> République édicte une loi valide ou bien juge de la conformité de celle-ci à la Constitution tout en conservant son statut de Président de la République ? Le Parlement resterait-il le Parlement s'il exerçait la compétence réglementaire et non celle législative<sup>467</sup> ? Dès lors, la détermination de la nature de la norme qu'il est permis à l'institution de produire affecterait sur sa compétence et donc son être du fait qu'elle pourrait émettre celle-ci et non une autre. *In fine*, en créant le comportement, qui dans un rapport de causalité participe à l'être institutionnel, la norme secondaire ne pourrait s'entendre comme une norme *stricto sensu*<sup>468</sup>. Cette qualification serait alors subordonnée à une transgression potentielle, ce qui demeure le caractère élémentaire de la norme primaire et donc de la « prescription ».

---

<sup>465</sup> Cf. BOBBIO N., *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie de du droit*, op. cit., p. 111.

<sup>466</sup> Cf. BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, op. cit., p. 132.

<sup>467</sup> Si la décision de 1982 portant sur la loi relative aux prix et les revenus paraît relativiser cela en ouvrant la voie à une ingérence parlementaire dans le domaine de l'article 37, elle ne le fait qu'au motif que le Gouvernement ne s'y est pas opposé et en vertu de la configuration du régime parlementaire français qui veut une étroite collaboration entre les deux institutions législative et exécutive de sorte qu'elles possèdent de manière complémentaire la compétence de faire la loi (CC, n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, *Loi relative aux prix et les revenus*, Rec., p. 57, JO, 31 juillet 1982, p. 2470, cons. 11). Au surplus, le Conseil constitutionnel ne ferait que redéfinir l'institution parlementaire au regard d'une nouvelle compétence qu'il lui conférerait par son interprétation.

<sup>468</sup> S'il on s'en tient à la définition de Kelsen, la notion de norme ne peut se concevoir sans l'idée d'une possible contradiction entre la règle et son effectivité. Elle ne serait dans ce cas qu'une norme « que quant à la lettre et non quant au sens profond », voire même serait « dénuée de sens » (cf. KELSEN H., « L'essence de l'Etat », op. cit., p. 23).

**352.** C'est ici que résiderait l'intérêt de la troisième règle secondaire dite de *reconnaissance*. Si la définition primaire qu'en donne Hart conduit à la voir comme une règle qui permet de déterminer la nature normative d'une règle, sa confrontation avec l'existence d'un « système juridique développé » a amené le philosophe anglais à pousser plus loin leur examen. En effet, elles auraient pour fonction d'identifier les règles « en se référant à quelque caractère général possédé par les règles primaires ». Ce caractère peut ici résider « dans le fait qu'elles ont été édictées par un organe spécifique » ce qui lui confèrerait son autorité<sup>469</sup>. Ainsi, leur combinaison avec les règles de *changement* et de *décision* obligerait à les considérer comme étant relative à l'élaboration des lois et en particulier à la sanction de l'institution qui en est le dépositaire ou encore à l'autorité des décisions de justice<sup>470</sup>. Vis-à-vis de l'ensemble des règles constitutionnelles, cette notion d'autorité qui touche les règles primaires dans leur procédure d'élaboration tendrait alors à reconnaître, non plus seulement la valeur de la règle édictée mais aussi l'autorité de l'institution habilitée.

**353.** Par un effet de ricochet, la compétence serait chargée de cette autorité, celles-ci entretenant une relation étroite en raison du rapport de cause à conséquence entre l'exercice de la compétence et l'existence de la règle normative. De cette manière, le détenteur de la compétence serait celui qui dispense cette autorité. Le Parlement donnerait ainsi l'autorité législative, tout comme le Gouvernement l'autorité réglementaire, bien que, dans un système complexe tel que celui du régime parlementaire, la répartition des différentes autorités ne puisse plus être comprise à travers une vision organique aussi sommaire mais doit plutôt être appréhendée selon une analyse fonctionnelle. Du point de vue de la théorie des actes de langage créateurs de chose, l'identification d'une autorité quelconque ressortant d'une compétence constitutionnellement attribuée, fût-elle partagée, implique des conséquences sur la chose institutionnelle. Celle-ci pourrait donc se définir en partie en vertu de l'autorité qui émane du pouvoir dont elle est investie.

**354.** En définitive, la distinction hartienne entre normes secondaires et normes primaires permettrait de conclure à une détermination des institutions de l'Etat dans leur dimension dynamique par l'observation de leur capacité d'action. Concevoir celle-ci comme issue d'une habilitation particulière, propre à l'institution étatique elle-même, mène à l'apprécier

---

<sup>469</sup> Cf. HART H. L. A., *Le concept de droit, op. cit.*, p. 114.

<sup>470</sup> *Ibid.*, pp. 115-116.

en tant qu'attribut fournissant un élément supplémentaire et complémentaire sur l'être de l'Etat. De ce fait, leur énonciation contribuerait à la création de l'Etat, de la même manière que la description des pièces d'un jeu d'échecs influe sur la désignation du jeu en tant que tel. En poursuivant la métaphore, on observe que les propriétés de mouvement des pièces tendent à les définir, autant, voire plus, que l'échiquier et leur position sur celui-ci. Elles leur donnent une identité ayant des répercussions sur l'être du jeu et sa considération en tant que jeu d'échecs. Par conséquent, ces détails d'organisation viseraient à compléter la création de l'Etat en disposant un ordre à la fois schématique et fonctionnel dont l'Etat ne peut se passer sous peine de galvauder une part de son identité. Réviser la règle du jeu d'échecs limitant le déplacement du roi à une case pour lui permettre d'en parcourir deux conduit-il invariablement à jouer au même jeu ? Pareillement, autoriser le pion à manger un autre pion en le « sautant » n'est-il pas dériver vers le jeu de dames dont ce genre de comportement est constitutif ? Il s'avère qu'en tout état de cause, on ne joue plus au même jeu.

**355.** Fondée sur une perception métonymique, la définition institutionnelle au moyen d'une énonciation performative conduit finalement à saisir une certaine complexité dans la création de l'Etat. Il faut alors induire un résultat dans le présent d'un discours porté sur une itérativité future. Mais la délimitation de la forme étatique ne peut se borner à la simple activité du système institutionnel lorsqu'il agit pour le compte de l'Etat. Elle doit également être perçue à l'égard des interactions qu'entretiennent les institutions entre elles. Aussi, les précisions tenant au fonctionnement interne de l'Etat et à l'engrenage spécifique à l'exercice du pouvoir alimenteraient la thèse d'une création langagière spécifique à l'objet défini.

### **B/ La création définitoire de rapports interinstitutionnels**

**356.** La mise en lumière d'un acte de langage constitutionnel créateur de l'Etat requiert d'analyser la disposition des rapports interinstitutionnels réglant les mécanismes de production de la règle de droit selon un enchevêtrement de procédure au cours desquelles les différents organes et institutions interagissent. Ainsi, la réalité de l'Etat semble en partie dépendre d'une définition de ses mouvements internes relatifs à une collaboration, une opposition, ou aux moyens d'action que possèdent les organes les uns sur et avec les



autres. Il n'est d'ailleurs pas rare de l'identifier au regard des modalités de la séparation des pouvoirs, selon qu'elle est souple ou rigide, horizontale et verticale, ou en bien qu'elle l'organise, à l'intérieur même de l'un de ces systèmes, d'une manière qui serait typique de l'être Etat voulu par le constituant. Il faut ici distinguer entre la forme politique et la forme de gouvernement qui, selon Olivier Beaud, relèverait de la distinction entre le caractère unitaire et fédéral de l'Etat pour la première et de la classification des régimes politiques parlementaires, présidentiels et dictatoriaux pour la seconde<sup>471</sup>. Aussi, la définition de l'être dynamique de l'Etat semble passer par celles des rapports institutionnels horizontaux (1) et verticaux (2).

### 1. La définition des rapports horizontaux

**357.** La détermination par le constituant du type de séparation horizontale des pouvoirs – ou de distinction des pouvoirs selon une interprétation plus moderne et sans doute plus réaliste de la théorie de Montesquieu<sup>472</sup> – aurait des répercussions sur l'identité de l'Etat. C'est notamment au regard de la notion de *régime* qu'il faudra analyser l'œuvre constituante en ce que l'énonciation constitutionnelle instituera un régime spécifique dont les rouages en seraient exclusifs.

**358.** Si l'absence de « séparation » des pouvoirs conditionne l'existence d'un régime monarchique « absolu », ou encore un « despotisme » selon le baron de la Brède, la distinction des différentes puissances législatives, exécutrices et de juger<sup>473</sup> apporterait aussi des éléments de définition de l'Etat dans ses propriétés de mouvement. Un postulat en ce sens ne peut d'ailleurs se faire qu'eu égard à la notion d'équilibre et à sa matérialisation sur plan constitutionnel. Il est souvent avancé dans la doctrine constitutionnaliste française que cet équilibre peut être réalisé selon une approche dichotomique axée sur une séparation stricte ou souple des pouvoirs, et reflétant l'émergence d'un régime de type présidentiel ou parlementaire. Il ne saurait être question de revenir sur ces notions élémentaires de la théorie constitutionnelle mais leur examen

---

<sup>471</sup> Cf. BEAUD O., *Théorie de la fédération*, Paris, Léviathan, P.U.F., 2009, pp. 345-346.

<sup>472</sup> Voir en ce sens GAUDEMET P.-M., *La séparation des pouvoirs, mythe et réalité*, Dalloz, 1961, p. 121 et s ; GOYARD-FABRE S., *L'Etat, figure moderne de la politique*, Armand Collin, 1999, p. 56 et s.

<sup>473</sup> Cf. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XI, 1748.



sous le prisme de la théorie des actes de langage peut révéler une faculté de créer un Etat particulier selon la volonté du constituant.

**359.** L'énonciation des rapports institutionnels vis-à-vis des moyens de pression attribués à l'organe législatif et à l'organe exécutif présente ainsi un intérêt quant à la détermination de la catégorie de régime à laquelle l'Etat appartient. Si l'organe législatif peut renverser l'organe exécutif et inversement, si ce dernier peut dissoudre le premier, alors le constituant dispose un régime se rapportant à un régime parlementaire. *A contrario*, si cette interaction n'est pas prévue par le texte constitutionnel, alors il institue un régime de type présidentiel<sup>474</sup>. Aussi, la mise en place d'une responsabilité politique des divers acteurs dans le processus l'élaboration de la loi mène à une distinction sommaire de l'Etat en le rapprochant d'un des deux grands systèmes politiques démocratiques. Elle représenterait alors le manifeste d'une volonté de l'énonciateur constituant de faire relever sa créature de l'un ou de l'autre.

**360.** Concernant le régime parlementaire, son établissement par le constituant fait apparaître une diversité suivant l'effectivité qu'il donne aux forces de dissuasion respectives du Gouvernement et du Parlement. L'histoire constitutionnelle française fait montre d'une multitude d'exemples, chacun jouant sur la puissance du dispositif accordé à l'un ou à l'autre des deux organes. Tantôt le délégataire principal du pouvoir exécutif monarchique disposait aisément de la faculté de dissoudre l'assemblée pour motif politique tandis que cette dernière ne pouvait s'attaquer au premier que sous le couvert d'une accusation aux allures pénales<sup>475</sup>, limitant leur emploi face au Roi. Tantôt, à l'inverse, le Parlement devenait tout puissant en raison d'une possible restriction de l'exercice de sa dissolution<sup>476</sup>. Le régime parlementaire dépend aussi de la stabilité de l'institution gouvernementale, selon que le parlementarisme sera moniste ou dualiste. Aussi, la prévision d'une séparation souple des pouvoirs mène à un agencement disparate selon les Constitutions en modulant l'interaction conflictuelle entre les institutions détentrices du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif.

---

<sup>474</sup> Cf. BURDEAU G., HAMON B., TROPER M., *Droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 32<sup>ème</sup> édition, 1997, p. 111.

<sup>475</sup> C'est en tout cas ce qu'il est possible de déduire des articles 50 et 56 de la Charte constitutionnelle de 1814 ou bien des articles 42 et 47 de celle de 1830, rappelant l'*impeachment* anglais des débuts du parlementarisme.

<sup>476</sup> Même s'il reste avéré que le régime d'Assemblée français, reconnaissable sous les III<sup>ème</sup> et IV<sup>ème</sup> Républiques, soit principalement dû à une pratique politique institutionnalisée dérivée d'un dévoiement de la volonté du constituant.

**361.** Mais si généralement, dans la pensée constitutionnaliste, la dénomination du régime dépend de la manière dont « le pouvoir arrête le pouvoir »<sup>477</sup>, elle dépend aussi de la distribution des rôles dans le processus d'élaboration de la règle de droit. Et là aussi, certaines variations distinguent l'Etat présent du précédent, du suivant, de l'étranger, notamment au regard de l'initiative législative, de la place que tient le Gouvernement dans le cheminement de la délibération, de qui tient les rênes de la détermination et de la conduite de la politique du pays ou encore de l'intégration d'un contrôle juridictionnel de constitutionnalité comme partie intégrante de la réflexion parlementaire, qu'elle serve d'arme à l'opposition politique ou bien de passage obligé, facultatif ou consultatif<sup>478</sup>. De plus, le mode de légitimation fluctue d'un régime parlementaire à l'autre et altère le régime, que l'organe délégataire du pouvoir exécutif tienne sa fonction de l'hérédité ou bien de l'élection par les représentants du peuple ou d'une Nation abstraite, ou encore d'une légitimité populaire directe, que l'organe parlementaire soit élu au suffrage universel direct, indirect ou selon des conditions de naissance. Une multitude d'association faisant de l'Etat né de l'énonciation constitutionnelle un être unique.

**362.** Ces variations concernent aussi le régime dit présidentiel, lequel s'est bien évidemment vu attribuer des caractéristiques génériques de la part de la doctrine mais qui changent selon la volonté du constituant énoncée dans son œuvre constitutionnelle. Les trois critères principaux que sont la séparation stricte des pouvoirs, l'élection du Président au suffrage universel et l'absence de mise en jeu de la responsabilité politique des organes législatifs et gouvernementaux ont chacun une réalité différente en fonction de l'identité du souverain constituant. C'est cette réalité qui constitue un Etat présidentiel unique. En effet, le constituant américain par exemple a pu disposer un régime qui sert souvent d'exemple lorsqu'il est question de régime présidentiel. Il énonce une réalisation en termes de séparation des pouvoirs, de légitimation et de responsabilité politique, certes comparable, mais pas identique à celle du régime français de la II<sup>nd</sup>e République. Il n'est pas utile de rentrer ici dans les détails mais force est de constater qu'il existe des différences notables dans les rapports institutionnels. Bien que séparés – plus ou moins hermétiquement

---

<sup>477</sup> Cf. BURDEAU G., HAMON B., TROPER M., *Droit constitutionnel, op.cit.*, p. 111.

<sup>478</sup> Cette dernière donnée est d'ailleurs essentiellement née de la pratique constitutionnelle. En témoigne le régime des lois françaises de finances et de financement de la sécurité sociale qui, sans que l'obligation ne vienne d'une quelconque disposition constitutionnelle, se retrouvent systématiquement présentées devant le Conseil constitutionnel afin de la purger *a priori* de leurs défauts repérables dans les cavaliers budgétaires.

d'ailleurs – ils relèvent de leur propre énonciation constitutionnelle<sup>479</sup>. C'est en définitive au regard des fameux *checks and balances* que va se situer la dissonance majeure entre les régimes présidentiels français et américains. Leur gestion caractérise ainsi l'individu étatique au point qu'ils ne seraient pas identiques malgré leur ressemblance.

**363.** D'autre part, les énoncés de la Constitution peuvent être considérés comme des normes d'organisation au sens de Friedrich von Hayek en ce qu'ils concrétiseraient l'intention de l'autorité constituante de mettre en place les rouages nécessaires à l'utilité commune – l'élaboration de la loi – dont est en charge l'Etat. Si cette théorisation normative doit nécessairement s'entendre comme transcendant la distinction entre normes constitutionnelles et normes d'un autre type<sup>480</sup>, elle offrirait pourtant des éléments intéressants concernant la question des rapports institutionnels dans la définition de l'être de l'Etat. Opposées aux normes de conduite portant sur des comportements existants, les normes d'organisation sont présentées comme des normes permettant de régler l'action des organes de l'Etat social<sup>481</sup> tirant leur spécification de leur fonction qui serait la poursuite d'une « *finalité commune* »<sup>482</sup> ou d'un « *objectif commun* »<sup>483</sup>. Aussi, dans le but de faire naître cet Etat social ou « providence », le constituant a pu concevoir des règles spéciales ordonnant la production de normes de conduite par l'Etat en vue de le faire apparaître sous un jour particulier.

**364.** C'est au regard de cette fonction collective que le prisme des normes d'organisation contribuerait à voir une définition dans les dispositions constitutionnelles relatives à l'organisation de l'Etat. En effet, il est possible de considérer les dispositions relatives aux interactions interinstitutionnelles comme gage d'une efficacité de l'Etat de même que sa finalité. La division des pouvoirs viserait alors à empêcher les déléguaires du pouvoir de confondre leur intérêts personnels avec ceux de la communauté, ce qui, selon John Locke,

---

<sup>479</sup> Le concept de Président recouvre une réalité assez commune aux divers individus constitutionnels du même type. Il est en charge de la validation du travail législatif à travers la promulgation de la loi, l'interdiction de dissoudre l'assemblée, l'initiative exclusivement parlementaire de la loi. Mais la concrétisation de ces compétences divergent selon que l'on se place par exemple sous le régime français ou sous le régime américain.

<sup>480</sup> Cf. ANDRE-JEAN A., « Présentation. Autour d'un dialogue imaginaire entre Michel Villey et Friedrich von Hayek », *Droit et société*, n° 71, 2009/1, p. 18.

<sup>481</sup> Cf. BUSINO G., « Un regard sociologique sur la crise du droit », *Revue européenne des sciences sociales*, Tome 34, 1996, n° 104, p. 216.

<sup>482</sup> Cf. BOBBIO N., *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie de du droit*, op. cit., p. 81.

<sup>483</sup> *Ibid.*, p. 148.

serait « contraire à la fin de la société et à celle du gouvernement »<sup>484</sup>. Par conséquent, le non respect de ces règles entraînerait une négation de l'Etat tel qu'il est organisé et conduirait à faire de l'action infractionnelle une action située en dehors de lui. C'est ainsi que du désaveu de la séparation des pouvoirs constitutionnellement établie découlerait le déclin du régime parlementaire ou présidentiel et en changerait sa nature pour le faire devenir autre chose.

**365.** Mais si la séparation des pouvoirs peut s'analyser d'un point de vue horizontal, sa version verticale donne aussi des informations sur sa structure institutionnelle, et notamment sur les rapports qu'entretiennent celles de l'Etat central ou fédéral et celles des collectivités de second degré.

## 2. La définition des rapports verticaux

**366.** Carl Schmitt a mis en lumière le rapport d'inhérence entre le principe fédératif et l'essence de l'Etat en en faisant un *status* que la fédération crée pour chacun de ses membres<sup>485</sup>. Il est possible d'en déduire qu'en définissant la clef de répartition des compétences entre les institutions fédérales et les institutions fédérées, ces dernières s'en retrouvent modifiées. Dès lors qu'elles constituent à leur manière la fédération, celle-ci prend corps à travers elles. Ainsi, l'émission du pacte fédératif restreint (et donc détermine) la compétence fédérale à des matières énumérées explicitement<sup>486</sup>, et par là même la compétence fédérée. Il caractérise du même coup la fédération tout comme le font leurs conditions d'exercice. Aussi, la fédération allemande apparaîtra différente de celle américaine, voire de celle anglaise (qui n'en n'est pas tout à fait une), tout en la distinguant de la confédération qui en constitue un cas à part. En outre, la fédération en tant que système de rapports institutionnels s'illustre par un rapport vertical entre l'Etat fédéral et les Etats membres<sup>487</sup> marqué par une participation de ces derniers à la prise de décision politique *via* une assemblée représentative.

---

<sup>484</sup> Cf. LOCKE J., *Essai sur le Gouvernement Civil*, Chapitre XII, 1690.

<sup>485</sup> Cf. SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 513.

<sup>486</sup> *Ibid.*, pp. 513-514.

<sup>487</sup> Cette désignation schmittienne est ici préférée à celle d'Etat fédéré de par sa qualité globale, réunissant à la fois les Etats fédérés d'un Etat fédéral *stricto sensu*, les Etats associés au sein d'une confédération d'Etats, et enfin la catégorie *sui generis* des Etats membres de l'Union européenne.

**367.** En conséquence, l'instauration d'une séparation verticale des pouvoirs entre entités fédérales et entités fédérées est constitutive de l'identité de l'Etat, laquelle passe par l'énonciation d'un acte de langage du constituant qui intégrera *in fine* la fédération<sup>488</sup>. De plus, si de prime abord, un tel constat pourrait n'être regardé que du point de vue de l'organisation administrative de l'Etat fédéral sur un plan international, le partage vertical de compétence d'un Etat unitaire, pose l'exemple de la décentralisation, quelle que soit son ampleur. Assurément, le cas français, archétype du jacobinisme, élabore une organisation territoriale fondée sur une autonomie locale limitée et applique une clef de répartition des compétences. Cet aménagement des rapports entre Etat central et collectivités locales en font un Etat singulier du fait de l'autonomie *a minima* qui leur est accordée.

**368.** Aussi, l'énonciation constitutionnelle serait l'instrument de la définition des régimes par la détermination des rapports institutionnels au sein d'une même classe de régime. Elle porterait alors en elle une définition vectorielle de ces rapports verticaux et horizontaux, de sorte que les institutions s'agencent selon un mode particulier, une définition désactualisée, irréalisée dans le temps présent suivant une méthode aoristique, mais qui se réalise chaque jour par la pratique. Une fois encore, le locutoire des énoncés représentant les interférences institutionnelles affiche une vertu illocutoire en faisant advenir un Etat exclusif d'un autre du fait de l'aménagement spécifique qu'il tient de sa Constitution.

**369.** La création définitoire des rapports institutionnels par l'énonciation constitutionnelle s'illustrerait donc par la présence d'énoncés spécifique à l'organisation de l'Etat. Sa personnification passe par une mise en place d'un fonctionnement spécifique qui l'identifie tout autant que celle des compétences de chaque institution. La théorie des actes de langage produirait ainsi une définition tant en termes d'institutions que de rapports, manifestant une volonté de faire advenir la possibilité pour l'Etat d'agir d'une certaine façon qui le distingue d'un autre, quand bien même ils seraient comparables. De cette façon, la réalisation langagière dynamique de l'Etat complète celle structurelle par la détermination des propriétés de mouvement de l'Etat face à sa concrétisation statique, celui-ci étant conçu comme un être à la fois dans le présent mais aussi dans sa mise en marche future. L'énonciation constitutionnelle proposerait alors un schéma institutionnel

---

<sup>488</sup> Schmitt évoquera ainsi le pacte fédératif en le désignant comme « *une composante de la Constitution de chaque Etat membre* » (cf. SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, *op.cit.*, p. 514).

*La performativité du langage constitutionnel*

accompagné d'une assignation fonctionnelle et doté d'une faculté interactive et vectorielle significative de l'être de l'Etat.

## CONCLUSION DU TITRE I

**370.** La forme de l'action créatrice de l'énonciation constitutionnelle s'affiche ainsi sous un jour particulier, se montrant tantôt descriptive et constative, tantôt désactualisée. La spécificité de ce type d'énonciation serait principalement liée au niveau locutoire qui ne correspondrait pas à l'énonciation naturelle d'un acte de langage. Somme toute, ce serait la finalité des énoncés qui feraient jaillir l'existence d'un niveau illocutoire. Celui-ci permet de mettre à jour une performativité, notamment au regard de la nature actionnelle du langage politico-juridique dont la performance ne peut venir que de la parole. Au-delà, la relation triadique, inhérente à toute communication, s'en retrouve tronquée par l'absence du récepteur, faisant du dire constitutionnel un dire monologique non adressé, à l'image de la parole divine. L'effet d'un tel acte de langage n'est évidemment pas de faire advenir le monde physique, sensible, mais un monde abstrait. Un tel monde serait alors peuplé d'énoncé-concepts comparables aux faits institutionnels proposés par John Searle en ce qu'ils attesteraient d'une dépendance extrême au langage sans lequel ils n'auraient pas d'existence.

**371.** Cette nature constructiviste s'illustrerait alors par une dualité marquée par la séparation physique du préambule et du corps de la Constitution, l'un et l'autre disposant une chose différente. Il est évidemment perceptible que le discours des droits de l'Homme démontre sa spécialité énonciative tandis que l'ensemble disparate du corps constitutionnel présente un objet d'un autre type. Si la performativité générale du langage constitutionnel trouve sa source dans sa finalité, la distinction linguistique entre le corps et le préambule tiendrait en ce que l'objet du discours ne serait pas identique. Porteuse d'un idéal, l'énonciation des droits et libertés apparaîtrait comme un dire pointant un objectif à atteindre, une perfection vers laquelle il faut tendre. Or, il faut l'envisager plutôt comme participant *in fine* à la définition du groupe social, unique et identifiable par la considération de son propre avenir heureux. Plus séculière, l'énonciation du corps de la Constitution laisse entrevoir de manière expérimentable deux catégories de faits tenant à l'être de l'Etat. Ce dernier est saisissable à la fois dans son aspect figé, comme dans la programmation de sa mise en mouvement.

**372.** En définitive, si l'analyse purement linguistique du dire constitutionnel, qu'il soit textuel ou jurisprudentiel fait ressortir une faculté singulière qui semble le différencier d'un autre, il s'avère nécessaire d'aller plus loin en examinant le contexte de celle-ci. Que serait le pouvoir de créer une réalité si celle-ci existe déjà ou bien découlerait d'un événement extérieur ? Que serait-elle si le constat constitutionnel se réduisait à la simple description d'un état de chose sur lequel il n'aurait d'action que celle de le sanctionner ? la qualité de métalangage issu d'une approche analytique ne suffit plus à caractériser le dire constitutionnel car il obligerait à se reposer sur une action d'un autre genre et venant du dehors. L'examen de l'environnement accompagnant l'énonciation constituante devrait répondre à ces interrogations tout en déterminant un statut du pouvoir constituant dérivé tantôt de même nature, tantôt de nature différente de celle du constituant originaire.



## TITRE II : LE CONTEXTE DE L'ACTION CREATRICE

**373.** Si elle peut s'identifier au moyen d'une analyse linguistique des dispositions présentes dans le texte et des considérants de son interprète authentique, l'activité créatrice du langage constitutionnel ne peut s'appréhender sans égard à la situation qui entoure son énonciation. L'acte de parole n'acquiert ainsi la plénitude de son sens que lorsqu'il est replacé dans son contexte<sup>489</sup>. Il est d'ailleurs évident qu'un même énoncé n'ait pas la même signification ni le même sens suivant qu'il est prononcé dans une situation ou dans une autre. Il en va de même pour le dire juridique. Quant à la forme descriptive, elle peut elle aussi revêtir une fonction différente selon le contexte de son énonciation, duquel dépend la nature constative ou performative de l'énoncé définitoire.

**374.** Le contexte de l'acte constituant présente donc une donnée importante. A ce sujet, l'histoire française offre une multitude de situations aboutissant à un acte de langage constitutionnel. Qu'elle fasse suite à une crise politique, sociale, militaire ou institutionnelle, la mise en œuvre de la forme constitutionnelle est régulièrement rattachée à un contexte spécifique détruisant l'ordre juridique existant, et nécessitant qu'il soit revisité. Mais il arrive aussi qu'on opte pour la forme constitutionnelle en considération d'une finalité singulière de réforme de l'ordre juridique sans pour autant le remettre en cause dans son ensemble. Ce constat augure au moins deux types de contextes préalables à l'intervention du pouvoir constituant et engagerait sa nature originaire ou dérivée, comme la nature de la forme constitutionnelle qu'il empruntera.

**375.** Au demeurant, il est possible de déduire des propriétés des pouvoirs constituant et de révision une dualité contextuelle. Le caractère débridé à l'extrême du pouvoir originaire, que ce soit au niveau de la procédure ou du contenu, donne un indice d'une liberté d'action liée au contexte de son apparition, à moins qu'elle lui soit intrinsèque et que sa venue le provoque *de facto*. D'autre part, le législateur constitutionnel, lié par une

---

<sup>489</sup> Paul Amselek le présentait d'ailleurs très clairement lorsqu'il affirmait que « pour comprendre pleinement le sens et la nature » des dire juridiques (les linguistes étendant cela à tout acte de parole), « il faut les replacer dans le contexte des actes de langage ainsi effectués, et surtout dans le contexte des éléments intentionnels qui, dans les circonstances ou les jurisdiseurs ont agi, ont accompagné et éclairent ces actes » (cf. AMSELEK P., « Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques », *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1990/3, p. 397).

procédure spécifique mais matériellement affranchie de toute contrainte, soulève la question d'une contextualisation différente de l'acte de langage qui en découle. De plus, il justifierait sa forme législative aussi spéciale soit-elle. Mais surtout, l'hypothèse d'une création dans un contexte législatif, fût-il constitutionnel, suggère une compétence créatrice qui serait dévolue au Législateur lui-même. Au-delà de sa fonction primaire d'organiser les rapports sociaux, celui-ci pourrait, de manière comparable au constituant, faire advenir des concepts tels que le mariage ou bien le meurtre, et dont l'existence s'en trouverait marquée d'une dépendance au langage. Ainsi, au regard de la novation induite par l'avènement du pouvoir constituant, l'acte de langage créateur opèrerait *ex nihilo* (**Chapitre 1**). Toutefois, la particularité de la loi constitutionnelle et l'observation d'énoncés comparables au dire constitutionnel dans la loi ordinaire invitent à considérer un acte de création généralisé jusque dans l'exercice du pouvoir législatif (**Chapitre 2**).

## **Chapitre 1 : Une création *ex nihilo***

**376.** Concevoir un acte de langage dont l'objet serait la création d'un état de chose particulier dans le contexte singulier d'un vide matériel requiert une étude approfondie des conditions nécessaires à sa survenance. Au-delà de l'énoncé performatif classique agissant sur le monde pour faire émerger une réalité qui lui est propre en manipulant des éléments déjà présents dans celui-ci, l'énoncé performatif créateur, dans sa dimension constative, ne semble pas exploiter un matériau préétabli qu'il rénoverait conformément au désir communicationnel de son auteur. Au contraire, il profiterait de l'absence de matière pour exprimer toute l'étendue de son pouvoir créatif et en serait visiblement dépendant, sans quoi le constat se trouverait assujéti à l'examen de la vérité et de la fausseté de l'énoncé.

**377.** Plus qu'une analyse linguistique théorique, c'est dans le droit constitutionnel positif qu'il faudra trouver les indices de ce néant en ce qu'il serait le prélude à toute invocation conceptuelle de la part du constituant. Une vue d'ensemble de l'histoire constitutionnelle française semble aller dans le sens d'une certaine continuité du fait que, outre la mise en place de nouveaux instruments, chaque Constitution nouvelle comporterait un lien avec la Constitution qui la précède, qu'il soit explicite<sup>490</sup> ou implicite<sup>491</sup>. En effet, de par sa nature englobante, cette méthode historique aurait pour conséquence de présenter leur enchaînement et les régimes qui en découlent comme obéissant à une logique et comme mus par un cheminement chronologique des objets juridiques dont on aurait corrigé les dysfonctionnements<sup>492</sup>.

**378.** Or, si le phénomène de transition constitutionnelle révèle que beaucoup des concepts établis par le texte fondamental paraissent être reconduits d'un système à l'autre, le changement constitutionnel ne peut vraisemblablement pas être regardé comme une simple actualisation de l'état du droit existant. A l'inverse, il préfigurerait l'avènement

---

<sup>490</sup> Il est assez fréquent de retrouver dans les Préambules des renvois aux Constitutions et régimes précédents. Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en sont un exemple, de même que le réemploi des déclarations de droits passées telles que la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 ou le Préambule de la Constitution de 1946.

<sup>491</sup> Il est aisé de remarquer que les différentes Constitutions qui ont vu le jour depuis 1791, ont reconduit des institutions déjà présentes dans la Constitution qui la précédait. C'est le cas du Parlement, ou du Président de la République, ou encore du Gouvernement.

<sup>492</sup> L'analyse des IV<sup>ème</sup> et V<sup>ème</sup> Républiques à l'aune d'une rationalisation du régime parlementaire initié par la III<sup>ème</sup>, invite à penser en ce sens.

d'un monde nouveau par l'acte constituant et à chaque expression de celui-ci. Aussi, si l'étude du contexte est d'un intérêt primordial pour déterminer la nature de l'acte de langage, l'acte constituant n'apparaît saisissable dans l'intégralité de sa puissance créatrice qu'à travers la prise en compte d'une rupture (*Section I*) entre deux ordres constitutionnels, l'assimilant au *fiat lux* divin (*Section II*).

### ***Section I : Une rupture***

**379.** Rares sont les Etats qui ont aussi souvent que la France changé de Constitution. Depuis 1791, bon nombre de régimes se sont succédé avant la stabilisation fragile de la République après le Second Empire. Cette richesse constitutionnelle fournit un terrain d'investigation propice à l'étude des transitions constitutionnelles. La continuité qui se dégage de la vision historique de l'évolution constitutionnelle fait ressortir un lien entre les différentes Constitutions, lien qui caractériserait une volonté de tirer les enseignements des défauts du ou des systèmes précédents. De cette manière, la rédaction d'une nouvelle Constitution ne représenterait qu'une correction de ce qui n'a pas fonctionné, qu'elle ait échoué à gérer une situation de crise ou bien qu'elle ait généré cette situation. Elle ne pourrait alors représenter la remise en cause de l'ordre juridique en lui-même, mais plutôt la tentative de trouver une solution plus adéquate au problème auquel la société est confrontée.

**380.** Ainsi, l'analyse juridique des transitions constitutionnelles invite à envisager celles-ci comme symbolisant une rupture entre deux moments ou comme un glissement progressif impliquant l'intervention du pouvoir constituant. Mais il semble que l'acte de langage constituant obéisse à une logique diachronique, impliquant qu'à chacune de ses interventions échoit un état de chose différent, tandis que l'approche historique fonderait ses conclusions dans une optique synchronique. Or, si tout fait de langue ayant une réalité différente selon le prisme à travers lequel il est étudié, l'angle de vue diachronique permettrait d'accéder à une vision plus exacte de l'acte de langage constituant. Ceci induirait alors une discontinuité par l'estimation de deux états de chose distincts, proposant une conception tournée vers un renouvellement de la création lors de l'exercice du pouvoir

constituant. Aussi, considérer la rupture requiert de s'intéresser au lien qu'elle entretient avec ce pouvoir particulier (§1) pour déterminer, au regard du droit positif, son caractère inhérent à l'idée même de transition constitutionnelle (§2).

### **§1 : La rupture par l'exercice du pouvoir constituant**

**381.** Parler du contexte de l'exercice du pouvoir constituant oblige à se concentrer sur la classique distinction entre sa nature originaire, et sa rémanence constituée. Nombreux sont ceux qui ont pu marquer cette différence. Emmanuel Sieyès en tête présentait la Constitution comme n'étant pas « l'ouvrage du pouvoir constitué mais du pouvoir constituant »<sup>493</sup>, le premier n'étant là que pour la changer ou la modifier *via* une représentation extraordinaire. C'est en cela que réside le fondement relativement clair d'une rupture avec le régime, le système, le monde existant jusque-là. La qualité révolutionnaire de son auteur ne laisserait alors que peu de doutes quant à ce que l'exercice du pouvoir constituant, aujourd'hui communément désigné « pouvoir constituant originaire », tende naturellement à résilier l'ordre ancien (A). De son côté le pouvoir constituant « constitué » ou « dérivé », chargé d'apporter les modifications pratiques au texte fondamental depuis l'intérieur, ne serait pas empreint d'une telle évidence. Il révélerait toutefois, de par le rayonnement de son œuvre une rupture implicite qu'il s'agira de déceler (B).

#### **A/ Le pouvoir constituant originaire : une rupture institutionnelle**

**382.** Il est souvent de coutume de présenter le pouvoir constituant originaire à travers le discours du Général de Gaulle du 12 juillet 1945 alors que, suite à la chute factuelle du régime de Vichy, il présentait aux Français l'alternative d'une continuité de la III<sup>ème</sup> République ou bien d'une rupture avec celle-ci. Le peuple français devait alors se prononcer sur la caducité ou non des lois de 1875 et donner à une assemblée « le mandat d'élaborer une nouvelle Constitution ». Il concrétisera ainsi l'essai en déterminant que « si la majorité des électeurs décide que non, c'est que les institutions antérieures ont gardé leur

---

<sup>493</sup> Cf. SIEYES E., *Qu'est-ce que le Tiers-Etat ?*, Flammarion, 1998, p. 128.

valeur » mais « si, au contraire, le corps électoral décide, dans sa majorité, que l'assemblée est constituante, c'est qu'il tient pour caduque, au départ, les institutions d'avant 1940 »<sup>494</sup>. Outre la volonté d'oublier les affres du régime pétainiste, ce dilemme ouvert au vote direct du peuple marque *in concreto* la conséquence, somme toute logique, de l'usage du pouvoir constituant<sup>495</sup> : la renaissance constitutionnelle. Aussi, le pouvoir constituant originaire porterait la marque d'une discontinuité (1) ouvrant la voie à la considération d'un passage d'un *néant* à un *être* constitutionnel (2).

### 1. La marque d'une discontinuité

**383.** Rien ne semble mieux incarner l'idée d'une rupture que l'exercice du pouvoir extraordinaire. Que ce soit son apparition ou bien ses modalités d'exécution, tout conduit à l'associer à une interruption du système constitutionnel existant jusqu'alors, sans quoi il n'y aurait visiblement pas lieu d'y faire appel. Aussi, archétype du renouveau et apanage de la création constitutionnelle, le pouvoir constituant originaire présente-t-il de nombreuses propriétés singulières dans le monde du droit.

**384.** Une doctrine abondante a permis de dégager plusieurs de ses éléments distinctifs qu'il est nécessaire de rappeler, voire d'examiner sous le prisme de la création *ex nihilo*. Olivier Beaud, grand défenseur de sa différenciation avec son pendant constitué, note son caractère « inconditionné et absolu »<sup>496</sup>, lui permettant de tout faire sans aucune limite quelle qu'elle soit. Un tel trait oblige inévitablement à ne concevoir l'acte de langage constituant originaire qu'accompli dans un contexte dénué de toute entrave venant circonscrire sa production et ce, quand bien même la constitution en société formée autour d'un Etat ne serait pas inédite. Aussi, cette caractéristique pose-t-elle comme donnée la liberté tant formelle – aucune procédure ne vient régir son action – que matérielle – aucun principe ne vient borner son action au-delà d'un seuil de tolérance préétabli, sauf à valider l'hypothèse d'une supraconstitutionnalité jusnaturaliste, transcendente ou morale.

---

<sup>494</sup> Cf. De GAULLE C., « Discours radiodiffusé du 12 juillet 1945 », in Discours et messages, Tome 1 (« Pendant la guerre »), Plon, Paris, 1970, p. 511.

<sup>495</sup> Il sera ici employé les formulations « pouvoir constituant » et « pouvoir constituant originaire » de manière synonyme à l'image d'Olivier Beaud qui ne distingue pas les deux, arguant le fait que le pouvoir constituant dérivé, chargé de réviser la Constitution, est sans commune mesure avec le premier (cf. BEAUD O., « Maastricht et théorie constitutionnelle. La nécessaire et inévitable distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision constitutionnelle », *LPA*, 31 mars 1993, n° 39, p. 14).

<sup>496</sup> *Ibid.*

Autrement dit, le pouvoir constituant originaire apparaît comme dégagé de toute contrainte, laissant libre court à son action. Cette liberté ne peut alors s'envisager qu'à la condition *sine qua non* de s'affirmer en porte-à-faux de ce qu'un autre constituant, ou lui-même a pu déjà établir. L'idée de rupture est donc déjà bien là, dans l'une des caractéristiques fondamentales de la définition du pouvoir constituant.

**385.** Mais si son essence est évidemment inconditionnée et absolue, on a peine à imaginer qu'il puisse, à l'instar d'un autre pouvoir, agir dans le droit. On retrouve cette idée dans les propos du professeur Roger Bonnard qui qualifiait le pouvoir constituant originaire de « pouvoir existant en dehors de toute habilitation constitutionnelle »<sup>497</sup>. Ceci implique qu'aucune règle, aussi suprême qu'elle puisse être, ne peut venir subordonner son exercice de quelque façon que ce soit, et certainement pas celles qu'avait prévu l'ordre constitutionnel antérieur. Le pouvoir constituant opère donc en dehors du droit, au moment où celui-ci cesse d'être, fût-il au sommet de la hiérarchie des normes. Il concrétise ainsi la mort de l'ancien avec lequel il rompt, brisant de ce fait une éventuelle continuité. Dans un tel contexte, son énonciation ne peut s'analyser autrement que comme procédant d'un pouvoir de fait<sup>498</sup> relevant de la politique et non du droit dont il s'affranchit. Car en l'absence d'habilitation par une règle supérieure, il est impossible de voir éclore un acte juridique qui ne peut naître que suite au respect d'un système de normes hiérarchisées.

**386.** Le « fait constituant » comme le nomme Olivier Beaud<sup>499</sup> se soustrait donc au passé constitutionnel pour ne s'inscrire que dans un acte de langage essentiellement politique et dont l'une des spécificités est de matérialiser une décision accusant l'échec de la résolution d'une crise sociale. Il est clair que la rupture avec l'état de chose institutionnel antérieur est explicite dans ce cas et que l'appel au constituant cristallise l'extinction de la Constitution en exercice jusqu'alors pour laisser place à un nouveau contrat social. C'est là un autre élément qui détermine le pouvoir constituant que cette faculté d'établir une Constitution dans des circonstances particulières ; une compétence originelle tendant à la conception d'un ordre politico-juridique et institutionnel de bout en bout alors que l'on jette l'ancien à

---

<sup>497</sup> Cf. BONNARD R., *Les actes constitutionnels de 1940*, Paris, L.G.D.J., 1942, p. 36.

<sup>498</sup> Olivier Beaud indiquait d'ailleurs sur ce point que le pouvoir constituant originaire évoquait « l'image sulfureuse d'un gouvernement de pur fait » (cf. BEAUD O., « Maastricht et théorie constitutionnelle. La nécessaire et inévitable distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision constitutionnelle », *op. cit.*, p. 14).

<sup>499</sup> *Ibid.*

terre. Il se pose alors comme l'origine d'un acte visant à « changer de Constitution sous l'incidence de considérations de fait »<sup>500</sup>.

**387.** Dans cette optique, l'acte de langage constituant originaire serait la traduction concrète d'une discontinuité sur la frise chronologique de l'institution étatique. Bruno Genevois proposait d'ailleurs une définition en ce sens du pouvoir constituant, l'assimilant à cette fonction qu'il remplit dans « l'hypothèse de rupture avec l'ordre juridique ancien ». Il distingue ainsi deux cas de figure, que cette rupture provienne « d'une Révolution » ou bien qu'elle procède d'un « coup d'Etat »<sup>501</sup>, pointant les deux marqueurs de la fin d'une chose et du commencement d'une autre. En effet, le premier présente un événement particulier dont la finalité est intrinsèquement liée à l'idée d'une coupure avec l'existant en vue de façonner un nouvel ordonnancement. Symbole de la mort d'un ancien régime, la Révolution, acte politique, et souvent violent, contient donc cette notion de rupture avec le passé qui, en définitive, fait sa raison d'être. De son côté, le second ne se présente pas bien différemment. Régulièrement associé à une intervention militaire, il peut aussi avoir lieu dans un contexte plus pacifique et se présenter comme un coup d'Etat « de droit » en ce qu'il viendrait faire fi de la règle constitutionnelle en vigueur pour affirmer une volonté de changement. La mise en œuvre du pouvoir constituant serait alors la résultante de cette volonté concomitante à la rupture constitutionnelle qu'il engendre

**388.** De plus, le Conseiller d'Etat met en avant de manière logique l'apparition du pouvoir constituant « à l'occasion de la naissance d'un Etat »<sup>502</sup>. Dans ce cas-ci, penser la rupture, s'il est possible de l'appeler ainsi, conduit à l'inscrire dans la notion de changement d'état, un passage du *néant* à l'*être* constitutionnel marquant la césure entre deux états de fait, le premier étant substantiellement différent du second.

## 2. Le passage du *néant* à l'*être* constitutionnel

**389.** D'une certaine manière, l'émergence d'un *néant* institutionnel et l'avènement du constituant originaire interviendraient simultanément. L'existence de ce *néant*

---

<sup>500</sup> Cf. GOHIN O., *Droit constitutionnel*, LexisNexis, Paris, 2<sup>ème</sup> édition, 2013, p. 144.

<sup>501</sup> Cf. GENEVOIS B., « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *RFDA*, sept-oct.1998, n° 5, p. 909.

<sup>502</sup> *Ibid.*



conditionnerait ainsi la nature originaire de l'acte de langage constituant, l'une et l'autre étant sensiblement liée de manière consubstantielle. Sur ce point, plusieurs cas de figure viennent à l'esprit.

**390.** Le premier concerne la création spontanée d'un Etat au moyen d'une Constitution, la première Constitution de cet Etat, caractérisant son éclosion au niveau international. Ici la rupture existe de manière assez subtile puisqu'elle requiert de prendre en compte l'absence d'Etat comme une situation que la création de l'Etat fait cesser. Le second touche la désagrégation d'un Etat déjà existant mais qui a souffert des tourments de la sécession. Alors qu'il disparaît, il laisse la place à d'autres Etats qui se constituent en opposition vis-à-vis de lui. La rupture est ici une nouvelle fois la cause de la nature originaire de l'acte de langage constituant dont l'entreprise semble aller de paire. Le troisième cas est celui de l'agrégation de plusieurs Etats constitutionnellement établis. Dans cette circonstance, la considération d'un *néant* se heurte à la présence d'Etats servant de base à la confection du nouveau qui les réunit, faisant planer le doute d'une possible continuité. Toutefois, qu'on le regarde du haut de sa toute neuve existence ou bien depuis les Etats qui le fondent, ce dernier se place toujours en contrariété avec l'état de fait qui a conduit à son apparition. Une vision en ce sens conforterait l'idée d'une rupture avec l'aspect morcelé que revêtait ce qui correspond alors à son territoire.

**391.** Aussi, que l'on se trouve devant l'hypothèse, qui tient plus du cas d'école que de la réalité politique, de la création spontanée d'un Etat à partir de rien, ou devant celle d'une association ou d'une dissociation d'Etats existants, la rupture, s'il est possible de l'appeler ainsi, se réaliserait du simple fait de l'apparition d'une structure étatique à partir de rien. Ce passage du *néant* à *l'être* constitutionnel marquerait donc la césure entre deux états de fait, le premier étant substantiellement différent du second. Ce changement d'état justifierait ainsi l'exercice du pouvoir constituant au moyen d'un acte de langage qui, dans un contexte *ex nihilo*, réaliserait de son seul et propre fait une structure étatique exclusive d'une autre.

**392.** Conclusion de la sorte conduit inévitablement à concevoir l'action du constituant originaire comme s'inscrivant dans un vide juridique. En tant que fait, la parole du constituant, autrement dit la Constitution, présente un défaut immanent de juridicité. Son

caractère monologique pur impliquerait une solitude qui exclut l'éclosion du droit<sup>503</sup>, principalement car il n'agit pas à l'intérieur d'un système juridique donné. Dès lors, le constituant originaire détruit ce système en raison de sa qualité de créateur de la règle constitutionnelle à venir. En considérant à l'instar d'Olivier Cayla que la Constitution n'est pas une norme et qu'elle n'est donc pas du droit<sup>504</sup>, de ce trait distinctif qui définit la Constitution en tant que fait de langage, il apparaît possible de déduire deux conséquences. D'une part que le dire constituant ne peut se comprendre qu'à travers un monologue prononcé dans un espace dénudé de toute construction, aussi abstraite soit-elle, d'autre part que la volonté du souverain sous sa casquette constituante ne souffre de l'entrave d'aucune chaîne que ce soit.

**393.** La première suggère déjà la rupture avec l'ordre ancien en ce que l'acte de langage constituant ne se présente qu'en fondateur d'un ordre nouveau, bâti non pas sur les ruines du passé mais sur une table rase de l'état de chose antérieur. Débarrasser le terrain des traces de ce qui fut jusque-là le statut constitutionnel de l'Etat suppose que le constituant originaire produit cette indispensable césure. L'un et l'autre étant indissociables du fait de leur lien de causalité qu'est le produit issu de l'acte de langage constituant, l'intervention du souverain originaire ne semble pouvoir se comprendre que dans un contexte nihiliste.

**394.** La seconde découle sensiblement de la première, comme de la nature même du pouvoir constituant. Absolu et inconditionné, il ne peut s'envisager comme limité par des règles juridique d'aucune sorte, sauf à se fourvoyer dans un jusnaturalisme quelconque ou bien adhérer à la fameuse *Gründnorm* logico-transcendantale élaborée par Hans Kelsen. Aussi le rapport entre le *néant* et le constituant originaire peut se résumer à cette lapalissade : si l'acte de constituer refuse qu'une contrainte vienne l'encadrer, il ne peut y en avoir. Le fait d'effacer tout vestige de l'ancien système implique inmanquablement qu'il n'existe plus rien, plus de règle venant régir l'action d'un organe ou même de quelque institution investie d'un pouvoir, fût-il constituant. Il n'est d'ailleurs pas non plus soumis à un système de validité telle que peut l'être la pyramide des normes du maître de Vienne puisque c'est son produit qui vient fonder l'assise même du schéma de validation.

---

<sup>503</sup> Cf. CAYLA O., *La notion de signification en droit, contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, Thèse dact., Paris II, 1992, p. 162.

<sup>504</sup> *Ibid.*, pp. 525-531.

**395.** Une fois de plus la rupture paraît induite par le contexte de l'acte de langage constituant au point qu'aucun élément ne puisse porter l'hypothèse d'une continuité appliquant un régime spécifique à la constitutionnalisation primaire. Ne subissant pas le frein induit par le nécessaire respect d'une procédure issue d'une norme régulant son action, il fait comme bon lui semble, façonnant librement ce qui sera *l'être* constitutionnel à venir. Quand bien même des tentatives seraient lancées en ce sens par le droit positif, elles seront de fait balayées par la nature même du constituant originaire qui asservira leur considération à sa propre volonté de les réitérer<sup>505</sup>. Dès lors, malgré l'esquisse d'un encadrement du pouvoir constituant, celui-ci ne semble pas se dégager naturellement du choix désiré par le souverain suprême. Comme Carl Schmitt pouvait l'affirmer, « une Constitution ne repose pas sur une norme dont la justesse serait la raison de sa validité » mais « sur une décision politique émanant d'un *être* politique sur le genre et la forme de son propre être »<sup>506</sup>, niant ainsi la perspective d'une régulation du pouvoir constituant par le droit.

**396.** Aussi, l'acte de langage constituant originaire tend à se présenter comme procédant d'un pouvoir de fait, agissant en dehors du droit, plus précisément dans un contexte de non-droit. En effet, le juriste allemand présentait déjà le pouvoir constituant comme n'étant « pas lié à des formes juridique et à des procédures », allant même jusqu'à lui attribuer la qualité d'être « toujours à l'état de nature »<sup>507</sup>. Ce point particulier, qui exclut encore et toujours le pouvoir constituant de la régence potentielle d'une règle quelconque, marque un lien fort entre ce dernier et la question d'une rupture avec le droit constitutionnel existant. Cette spécificité, propre à l'être humain qui ne s'est pas encore « civilisé » – selon les théories du contrat social – s'appliquerait alors au géniteur de la Constitution. Celui-ci

---

<sup>505</sup> Il est intéressant de se poser la question d'une règle constitutionnelle dont la volonté explicite viserait à restreindre la marge de manœuvre supposément absolue du pouvoir constituant originaire. L'article 1 de la Loi Fondamentale fédérale allemande illustre parfaitement ce propos en disposant que « la dignité de l'être humain est intangible » obligeant « tous les pouvoirs publics » à « la respecter » et à « la protéger » élevant les droits de l'Homme au rang de « droits inviolables et inaliénables » en tant que « fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde ». On sent bien là une volonté d'encadrer le constituant, même lorsque celui aurait la mission de refondre l'ensemble du système pour en échafauder un nouveau. Aussi admirable soit-elle, cette disposition aura bien du mal à s'imposer du seul fait d'une autorité juridique à l'intervention d'un pouvoir constituant originaire et ne recevra le respect qui lui est dû qu'à l'issue d'un choix de ce dernier. D'ailleurs, Guy Carcassonne se prononçait en faveur de cette conclusion : « est-ce à dire que rien ne peut entraver la volonté du pouvoir constituant, aucun principe supérieur à la Constitution elle-même, aucun droit de l'homme, aucune liberté, dont le respect s'imposerait en tout état de cause, et jusqu'à la souveraineté même de la Nation qu'une révision pourrait anéantir ? Juridiquement, oui. Le droit a ses limites. » (cf. CARCASSONNE G., *La Constitution introduite et commentée*, Points, Le Seuil, 2011, p. 389).

<sup>506</sup> Cf. SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, Quadrige, P.U.F., 2008, p. 212.

<sup>507</sup> *Ibid.*, p. 215.

ne pourrait alors prétendre à une validité soutenue par une règle juridique quelle qu'elle soit. Elle serait ainsi le résultat d'une tautologie fondée sur le raisonnement suivant : l'œuvre constituante est valide parce qu'elle *est*. Une vision en ce sens permet de ne pas tomber dans le piège de la transcendance d'une norme supraconstitutionnelle aux allures jusnaturalistes et dont la validité juridique reste encore une fois à définir par un système qui en devient aporétique. C'est un fait « a-juridique »<sup>508</sup>. Par conséquent, le fait d'être l'acte de volonté du constituant originaire lui donne sa justification. Un comportement qui s'inscrit dans un rapport de force constant duquel il semble sortir à chaque fois vainqueur en créant de fait le droit originel d'un nouveau système juridique<sup>509</sup>. Dès lors, l'invocation du constituant originaire suppose une volonté de se placer dans cet « état de nature », cette zone temporelle de non-droit, matérialisant une rupture entre deux états constitutionnels, l'un qu'on abolit, l'autre qu'on pose.

**397.** Ainsi, l'exercice du pouvoir constituant originaire serait l'indice, sinon la preuve, d'une rupture institutionnelle entre le passé et l'avenir qui rejaillirait sur la nature même de son acte de langage. Il conduit le présent à n'être plus autre chose qu'un vide juridique faisant correspondre sa nature exempte de toute contrainte avec le contexte de son énonciation. En cela, il semble se distinguer radicalement de son pendant constitué, ou dérivé, qui agit, quant à lui, dans les clous du droit constitutionnel établi et en vigueur. Toutefois, il apparaît qu'il ne soit pas permis d'être aussi catégorique sur l'encadrement du « pouvoir de révision », lequel aurait des propriétés comparables au pouvoir constituant originaire, de nature à relativiser la différenciation entre ces deux moments constituants et laissant libre court à l'hypothèse d'une rupture implicite.

### **B/ Le pouvoir constituant dérivé : une rupture implicite**

**398.** L'acte de langage du constituant dérivé s'avère déterminé par le respect d'une procédure spécifique le qualifiant comme tel. Vu sous cet angle, parler de rupture à travers

---

<sup>508</sup> Expression employée par Olivier Cayla pour qualifier le mode d'expression constitutionnel (cf. CAYLA O., *La notion de signification en droit, contribution à une théorie du droit naturel de la communication, op. cit.*, p. 162).

<sup>509</sup> Olivier Cayla pose à ce sujet la question de l'authenticité de la Constitution pour qu'elle soit appréciée comme source de droit (*ibid.*, p. 541). Il est toutefois permis de rétorquer à ceci que l'identité de l'organe authentifiant pose ici un sérieux problème d'effectivité, de même que les conditions de cette authentification. La nature du pouvoir constituant n'ouvre étonnamment pas la voie à cette possibilité.

la révision constitutionnelle ne semble pas aller de soi, ses caractéristiques ne correspondant pas à l'ampleur du pouvoir constituant. La distinction pouvoir constituant « originaire » et pouvoir constituant « dérivé » ou « institué » a largement été étayée par la doctrine. Certains y voient une différence fondamentale, d'autres refusent de les dissocier quant à leur essence, ne fondant la dissemblance que sur la finalité de leur exercice. Envisager une rupture du fait de la révision constitutionnelle impliquerait donc d'analyser l'acte de langage révisionnel sous ces deux angles de la nature et de la finalité. Toutefois, il semble difficile de déterminer une rupture par ce biais. Il faudra donc plutôt considérer les conséquences de la révision constitutionnelle afin d'étudier l'impact qu'elle peut avoir sur l'ensemble du monde ainsi créé. Aussi, si d'apparence, l'acte de langage du pouvoir de révision témoignerait d'une continuité<sup>510</sup> (1), les séquelles causées au reste du système en vigueur montreraient de manière implicite que l'exercice du pouvoir de révision provoque une rupture matérielle (2) au regard du droit existant.

#### 1. L'apparence d'une continuité

**399.** Imaginer une rupture émanant de l'intervention du constituant dérivé n'est effectivement pas chose aisée. Outre son existence qu'il détient de la volonté du constituant originaire « qui le fonde »<sup>511</sup>, le pouvoir de révision ainsi que Roger Bonnard le décrivait, est un pouvoir qui existe « en vertu d'une Constitution et qui a été établi pour venir le cas échéant »<sup>512</sup>.

**400.** Cette dernière étant le fruit du pouvoir constituant originaire, le pouvoir de révision ne peut avoir d'existence qu'à travers une constitutionnalisation de son intervention. Dès lors, il n'apparaîtrait pas d'une manière impromptue suite à une décision relevant du seul fait politique. Il est à ce titre une institution constitutionnelle dont le mode de survenance est soumis à la réalisation de certaines conditions comme le fait de convoquer un ou

---

<sup>510</sup> Bruno Genevois en faisait d'ailleurs un trait contextuel caractéristique du pouvoir constituant « institué » (cf. GENEVOIS B., « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *op. cit.*, p. 909).

<sup>511</sup> Olivier Cayla a pu offrir une définition ontologique *a contrario* du pouvoir constituant dérivé en ce qu'il « n'est pensable que par rapport au constituant originaire qui le fonde » (cf. CAYLA O., « L'obscurcissement de la théorie du pouvoir constituant originaire », in *L'architecture du droit*, BECHILLON (de) D., BRUNET P., CHAMPEIL-DESPLATS V. *et al.* (dir.), Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Economica, 2006, p. 253).

<sup>512</sup> Cf. BONNARD R., *Les actes constitutionnels de 1940*, *op. cit.*, p. 17.

plusieurs organes spécialement dédiés, « constitutionnellement habilités à réviser la Constitution »<sup>513</sup> et le respect d'une procédure qui y serait propre. Aussi, le contexte de l'énonciation révisionnelle ne permet pas de caractériser une rupture au regard du droit existant du simple fait qu'il y est subordonné sur ce point. Le droit constitutionnel encadre ainsi l'apparition de l'auteur et de son acte de langage qui ne peut s'effectuer librement mais selon les conditions établies par les dispositions constitutionnelles traitant de la révision et suivant le choix délibéré du souverain originaire.

**401.** Cependant son mode de survenance n'est pas le seul à être conditionné par le droit constitutionnel. Ses modalités d'exercice montrent aussi une soumission juridique parfois simple, parfois double. Les traits du pouvoir de révision diffèreraient ainsi du pouvoir constituant en ce qu'il ne serait ni absolu ni inconditionné, situant l'énonciation révisionnelle dans un cadre marqué par une habilitation spécifique. Le pouvoir constituant dérivé ne serait alors pas exactement « aussi souverain que le pouvoir constituant originaire, dans la mesure où la Constitution elle-même fixe les bornes de son exercice »<sup>514</sup>. En effet, le pouvoir constituant institué est subordonné à des conditions d'exercice, au moins de forme. C'est un « pouvoir constitutionnel », régi par des règles de procédure dictées par la Constitution elle-même, et n'est donc en aucun cas « inconditionné ». La nature de son acte de langage est alors elle aussi déterminée par les règles qui gouvernent son énonciation. L'exemple de l'article 89 de la Constitution du 4 octobre 1958 illustre bien l'idée d'un encadrement du pouvoir constituant dérivé par le droit, formel avec les deux procédures alternatives du Congrès et du référendum, et matériel avec l'interdiction de toucher à la forme républicaine du Gouvernement.

**402.** D'autre part, le droit comparé offre aussi des indices d'une limitation à la fois matérielle et procédurale de la révision constitutionnelle comme par exemple la Loi fondamentale allemande et ses articles premier et 79 posant le caractère intouchable des droits fondamentaux et une fois encore la procédure à respecter pour modifier la Constitution. La nécessité que la révision respecte « les formes posées par cette dernière et même, s'il en existe, des conditions de fond »<sup>515</sup>, nécessité qui dépasse d'ailleurs l'ampleur

---

<sup>513</sup> Cf. GENEVOIS B., « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *op. cit.*, p. 909 ; voir aussi BEAUD O., « Maastricht et théorie constitutionnelle. La nécessaire et inévitable distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision constitutionnelle », *op. cit.*, p. 14.

<sup>514</sup> Cf. CARCASSONNE G., *La Constitution introduite et commentée*, *op. cit.*, p. 387.

<sup>515</sup> Cf. GENEVOIS B., « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *op. cit.*, p. 909.

de la souveraineté qu'on lui accorde<sup>516</sup>, ne peut logiquement faire ressortir une quelconque idée de rupture. Elle place de fait son exécution dans un carcan juridique relativement strict et qui ancre son action dans le droit.

**403.** Un dernier élément marquant la continuité dans l'exercice du pouvoir constituant dérivé se trouve dans sa finalité. Si le constituant originaire a pour but d'établir une Constitution, la révision n'est là que pour permettre son adaptation à l'évolution de la société et garantir sa survie dans le temps. En effet, celle-ci pourrait révéler des incohérences ou encore des accros dus à des nécessités pratiques des mécanismes constitutionnels. Mais plus encore, elle symbolise une permanence constitutionnelle en intervenant « soit par amendement de la Constitution en vigueur, soit par une révision d'ensemble mais conformément à une procédure établie »<sup>517</sup>. En cela, la perspective d'une simple modification – on ne change pas *de* Constitution mais *la* Constitution – conduit à remettre en cause la rupture censée être inhérente à l'acte constituant.

**404.** Il serait tentant de lui nier la qualité même de « constituant »<sup>518</sup> tant il ne constituerait finalement pas mais retoucherait seulement l'œuvre du constituant selon le cadre que ce dernier a instauré. C'est ainsi qu'il peut être assimilé à un acte de droit, un acte juridique dérivé d'une règle préétablie. Outre de faire apparaître un paradoxe, le respect « apparent » d'une norme supérieure lorsqu'il s'agit de modifier celle-ci a le mérite de cristalliser l'acte de réviser dans une continuité puisqu'il n'est plus question de construire *ex nihilo* un système mais d'assurer depuis l'intérieur sa pérennité. Cette affiliation de la révision à un droit antérieur, qui n'est pas le lot de celui qui élabore une Constitution « de manière révolutionnaire » comme pouvait le dire Kelsen<sup>519</sup>, pose la question de la validité de l'acte de révision. Si selon le juriste autrichien, « seule une

---

<sup>516</sup> Georges Vedel, grand défenseur de la plénitude de la souveraineté du pouvoir constituant dérivé, qu'on lui refuse souvent au profit du pouvoir originaire, a pu relativiser son argument en affirmant que certes le pouvoir constituant dérivé était l'expression de la souveraineté pleine et entière « sous la seule réserve qu'il s'exerce selon la procédure qui l'identifie » (cf. VEDEL G., « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, n° 2, p. 179).

<sup>517</sup> Cf. GENEVOIS B., « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *op. cit.*, p. 909.

<sup>518</sup> A pouvoir constituant « dérivé » ou même « institué » ou encore « constitué », il est parfois préféré, pour plus de justesse, la dénomination de « pouvoir de révision constitutionnelle » (cf. BEAUD O., « Maastricht et théorie constitutionnelle. La nécessaire et inévitable distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision constitutionnelle », *op. cit.*, *passim*).

<sup>519</sup> Cf. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, EISENMANN Ch. (trad.), Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 1962, p. 265.



norme peut être le fondement de la validité d'une autre norme »<sup>520</sup> suivant un schéma pyramidal bien connu, seule une norme peut requérir la validité pour exister. En ce sens, la considération de la procédure, et même parfois de la limite de fond, tend à montrer la révision comme un acte de langage juridique et non de fait.

**405.** Ainsi marque-t-elle sa différence avec le fait constituant originaire empêchant la prise en compte d'une rupture au travers de l'exercice du pouvoir constituant dérivé. Toutefois, ce résultat se trouve passablement confirmé par la jurisprudence constitutionnelle.

**406.** Le Conseil constitutionnel s'est en effet explicitement prononcé, à quelques reprises, sur l'étendue du pouvoir constituant dérivé en lui attribuant une aisance d'action plus que substantielle. En rejetant par exemple en 2003 toute possibilité de soumettre le constituant dérivé à quelque contrainte juridique que ce soit au motif qu'ils ne tiennent « ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune autre disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle »<sup>521</sup>, les Sages de la rue de Montpensier ont explicitement adhéré à la théorie vedelienne d'un pouvoir constitué à la puissance souveraine, sans entrave ni servitude. De plus, dans une décision relative au traité de Maastricht, postérieure à la révision occasionnée par une première déclaration de contrariété du traité à la Constitution, le juge de la constitutionnalité des lois et des traités s'est référé aux limitations constitutionnelles de la mise en œuvre du pouvoir constituant dérivé tout le qualifiant de « souverain » et en affirmant sa faculté « d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée »<sup>522</sup>. Un considérant au demeurant paradoxal – comment peut-on être souverain et devoir se conformer à des règles de procédure ou matérielles ? – qui concrétise néanmoins une version illimitée d'un pouvoir censé être conditionné.

**407.** Il s'agit une fois encore d'une confusion de point de vue, interne et externe, à l'ordre juridique. La souveraineté du constituant s'apprécierait donc d'un point de vue externe lorsqu'il s'affranchit du cadre des dispositions constitutionnelles pour en disposer, et d'un point de vue interne lorsqu'il se borne à le respecter. Pourtant, on retrouve ici une

---

<sup>520</sup> *Ibid.*

<sup>521</sup> CC, n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, *Rec.*, p. 293, JO, 29 mars 2003, p. 5570, cons. 2.

<sup>522</sup> CC, n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*, *Rec.*, p. 76, JO, 3 septembre 1992, p. 12095, cons. 19.



ouverture à la compatibilité du pouvoir de révision avec l'idée d'une potentielle rupture avec le droit existant. A travers l'ensemble des possibilités qui s'offrent à lui, sa latitude d'action laisse au politique le choix de briser la continuité ou bien de la conforter afin que « la créature – la Constitution – n'échappe [pas] à son créateur – le pouvoir constituant – et que l'exaltation de l'une ne s'accompagne de la mise en cage de l'autre »<sup>523</sup>.

**408.** En outre, l'usage constituant de l'article 11 affiche une particularité mêlant continuité et rupture. A ce sujet, deux interprétations semblent s'opposer. Tandis qu'il est possible de voir dans l'acte du Général de Gaulle de 1962 l'exercice du pouvoir constituant originaire de par le défi qu'il fait à l'article spécialement dédié à la révision constitutionnelle, force est de constater qu'il se conforme tout de même à une procédure et se contient dans les limites matérielles prescrites pour la mise en œuvre de la consultation populaire. Un acte constituant hybride s'inscrivant en rupture avec le droit existant (il ne suit pas la procédure requise et fait même fi du cadre juridique expressément prévu à cet effet) mais affirmant toutefois sa volonté de seulement retoucher et non refondre. Ce *coup d'Etat* feutré oscille entre la désobéissance à ce que le droit édicte et la conformation à une procédure particulière, menant à une révision<sup>524</sup>. Ce manque d'égard vis-à-vis de la règle séculaire de *lex specialis* et la dimension restreinte qu'a pu avoir cet acte tendent à montrer que le pouvoir constituant dérivé trouve toujours son chemin pour rompre avec le monde constitutionnel établi par le truchement d'une chimère constituante. Il n'en reste pas moins que la continuité est ici tout à fait relative puisque la révision emprunte une voie atypique au regard de l'ordre constitutionnel des choses.

**409.** Un tel constat conduit à évaluer la difficulté d'une différenciation entre les actes constituants, en particulier au regard des conséquences matérielles de la révision sur l'ensemble constitutionnel.

---

<sup>523</sup> Cf. VEDEL G., « Schengen et Maastricht », *op. cit.*, p. 180.

<sup>524</sup> On ressent d'ailleurs cette ambiguïté dans la réponse donnée par le Conseil constitutionnel, laquelle ne se prononce pas sur la validité de l'usage de l'article 11 pour « réviser » mais se borne à rejeter sa compétence lorsqu'il est question de l'expression directe du souverain (CC, n° 62-20 DC du 06 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, *Rec.*, p. 27, JO, 7 novembre 1962, p. 10778).

## 2. Une rupture matérielle

**410.** Si l'on en croit Georges Vedel, « le pouvoir constituant dérivé n'est pas un pouvoir d'une autre nature que le pouvoir constituant initial ». Autrement dit, il y aurait matière à ce que ce dernier bénéficie de la même capacité à interrompre le *continuum* constitutionnel à sa propre manière.

**411.** L'ancien Conseiller constitutionnel portait en effet le pouvoir de révision au même rang que le pouvoir constituant original. Il ne serait ainsi pas borné dans son étendue<sup>525</sup> et serait apte à opérer n'importe quelle modification du texte suprême, jusqu'à l'article qui institue le mécanisme de la révision elle-même. Aussi, il est présenté comme tout à fait capable de modifier ses conditions d'apparition ou encore d'exercice, que ce soit au niveau de la forme comme du fond. Il prend d'ailleurs l'exemple de la loi du 3 juin 1958 qui révisé la procédure de la révision afin de procéder à l'amendement de la Constitution de la IV<sup>ème</sup> République et imagine même l'hypothèse d'un infléchissement de la condition matérielle de l'inviolabilité de la forme républicaine du Gouvernement. Un tel raisonnement, même s'il tend à nier la nature essentiellement conditionnée du pouvoir de révision, laisse entrevoir l'éventualité d'un pouvoir constituant dérivé susceptible de s'inscrire en rupture avec ce que le droit constitutionnel a pu instaurer. Une rupture qui s'avère notamment marquée par le renouveau matériel global qu'elle a pu engendrer. Il faut alors l'envisager comme une réminiscence interne au système de ce que fut le constituant originaire. Il relèguerait de ce fait la continuité, découlant d'une révision et non d'un acte révolutionnaire, au rang d'un choix politique et non d'une suite logique tirée d'un impératif juridique. Une vision en ce sens fait écho à l'analyse d'Olivier Cayla de l'œuvre de l'abbé Sieyès relatant la confusion du révolutionnaire du Jeu de paume entre le titulaire du pouvoir constituant originaire et le titulaire du pouvoir constituant dérivé et concluant à un paradoxe désarçonnant la distinction entre les deux<sup>526</sup>.

**412.** Au-delà, un cas spécifique semble compromettre la fiabilité de la distinction ou en tout cas poser le problème de son effectivité : l'intrigante singularité de la disposition de révision totale<sup>527</sup>. Permettant au constituant dérivé de procéder à la réformation de

---

<sup>525</sup> Cf. VEDEL G., « Schengen et Maastricht », *op. cit.*, p. 179.

<sup>526</sup> Cf. CAYLA O., « L'obscurcissement de la théorie du pouvoir constituant originaire », *op. cit.*, pp. 252-253.

<sup>527</sup> Voir en ce sens les articles 192 et 193 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999.

l'ensemble du texte constitutionnel tout en imposant une procédure spécifique, elle souffre du même caractère hybride, balançant entre la révision, conditionnée par le droit, chargée de simplement modifier le texte de base, et sa finalité qui est d'établir une nouvelle Constitution. Il est à ce titre pertinent de penser qu'il ne s'agit que d'une possibilité offerte à l'organe révisionnel de réorganiser ce qui existait déjà, de sorte à le rendre plus clair, comme se fut le cas en Suisse en 1999. Mais il est tout aussi pertinent d'envisager que ce dernier puisse mettre en œuvre ce mécanisme pour créer un nouveau monde constitutionnel. Ainsi, ce qui pourrait s'avérer n'être qu'un instrument pratique de clarification pourrait se transformer en un ersatz de pouvoir constituant originaire dans sa liberté matérielle, et au final procédurale, car, dès lors qu'il revoit l'entièreté du texte, rien n'empêche le pouvoir de révision de s'affranchir de la procédure, ou encore de ne l'utiliser que comme un moyen de légitimer son action. Dans les deux cas de figure, tout conduit à une césure entre deux moments constitutionnels : l'avant et l'après, la révision faisant office de charnière.

**413.** Pareil constat suggère que la révision de la Constitution peut s'apparenter à une rupture implicite et en particulier au regard des conséquences que celle-ci provoque sur le système tout entier et son fonctionnement. A l'instar des professeurs Dominique Rousseau et Alexandre Viala, il apparaît difficile d'adhérer à la thèse d'une modification « sèche » tant il est impossible de toucher une disposition constitutionnelle sans déclencher des « effets ricochets » sur les autres, « sans faire bouger d'autres dispositions constitutionnelles et par conséquent l'ensemble du système »<sup>528</sup>. Les exemples sont nombreux sous la V<sup>ème</sup> République. Ainsi, la création d'un titre spécifique à l'intégration européenne a pu avoir un impact sur le principe de souveraineté nationale à travers le droit de vote, certes limité, donné aux étrangers disposant de la citoyenneté européenne. De même, la généralisation du travail des commissions parlementaires et le partage du calendrier affectent la prééminence du Gouvernement à déterminer et conduire la politique de la Nation. Tout comme le quinquennat qui a considérablement chamboulé l'univers constitutionnel en anéantissant presque totalement la fonction arbitrale du Président de la République<sup>529</sup>. Il est même envisageable qu'une révision tendant à permettre la ratification de la Charte européenne des langues régionales et minoritaires, même si elle n'a

---

<sup>528</sup> Cf. ROUSSEAU D. et VIALA A., *Droit constitutionnel*, Montchrestien, 2004, p. 470.

<sup>529</sup> Et ce, quand bien même il était défendu – notamment par le Président Jacques Chirac – qu'il ne serait provoqué aucun bouleversement du régime politique dans son ensemble en réduisant seulement la durée du mandat présidentiel de deux ans.

finalement pas eu lieu, aurait heurté l'article 2 de la Constitution de 1958 disposant dans son premier alinéa que « la langue de la République est le Français ».

**414.** Dès lors, l'ampleur de l'action du pouvoir constituant dérivé importe peu. Le simple fait qu'il s'exécute produit des répercussions sur le dispositif constitutionnel dans son entier, si bien que le qualitatif l'emporte sur le quantitatif. Il révélerait « à l'usage une importance majeure, en modifiant significativement les conditions d'exercice du pouvoir »<sup>530</sup>. Dans cette optique, il semble permis de voir dans l'acte de révision une rupture avec le droit existant. Il engagerait de manière incidente une réforme plus large en remplaçant – et c'est là le point dominant de la chose – un monde par un autre, un agencement par un autre, le monde établi par le monde réformé, le système ancien par le nouveau.

**415.** En conséquence, s'il se montre sous un jour différent du pouvoir constituant originaire, le pouvoir constituant dérivé, ou pouvoir « de révision », trahit une volonté, soit dissimulée, soit involontaire de marquer une pause constitutionnelle pour repartir sur un nouveau mouvement sans que l'on ne change de morceau. Il serait alors impossible de concevoir un acte de langage dit « constituant » sans un contexte de vide juridique ou bien d'un renouveau matériel d'ensemble induisant cet instant, aussi court qu'un claquement de doigts, précédant l'avènement du monde nouveau. Voilà un contexte singulier qui paraît se retrouver à chacun des moments constituants, nécessitant de se pencher sur la question de la transition constitutionnelle afin d'en déterminer la dépendance.

## **§2 : Une rupture inhérente à la transition constitutionnelle**

**416.** Evoquer la notion de transition constitutionnelle suppose de porter un intérêt aux divers changements d'états constitutionnels qui ont jalonné l'histoire française. Il est ici nécessaire de distinguer entre deux catégories de transitions, l'une se concluant par l'établissement d'un régime d'une nature différente de celui qui le précède, l'autre traduisant le passage d'une variété à l'autre d'un même système constitutionnel. Ainsi, définir une rupture à travers la transition constitutionnelle implique de se positionner sur la

---

<sup>530</sup> Cf. CARCASSONNE G., *La Constitution introduite et commentée, op. cit.*, p. 397.

survie de la Constitution remplacée. Disparaît-elle ou bien continue-t-elle de vivre au sein de la nouvelle ? Si la réponse à cette question peut paraître évidente lorsque les ordres constitutionnels sont de nature différente, la succession d'un même type de régime tendrait à relativiser l'effectivité de la mort de la structure première. Une vision en ce sens ferait passer le changement de Constitution pour un simple réagencement, une amélioration – une rationalisation ? – dans le but de corriger des dysfonctionnements qu'une période de crise a dévoilé. Toutefois, il semble que la rupture avec l'ordre passé, que l'on soit dans le cas d'un changement de régime (A) ou d'un changement de Constitution (B), peut être mise à jour au regard des circonstances de l'avènement du pouvoir constituant.

#### **A/ Une rupture en cas de changement de régime**

**417.** Moment fort et privilégié du constitutionnalisme dans sa forme primaire et brutale, le changement de régime politique s'inscrit fréquemment, voire presque toujours, dans un contexte particulier marqué par des troubles notables. Révolutions, guerres, l'environnement tumultueux accompagnant la mise en place d'une République après une période monarchique, ou bien un Empire y faisant suite, s'avère souvent être le terreau propice à l'apparition d'un constituant originaire venant concrétiser l'effort d'une rupture politique pour la commuer en rupture institutionnelle. L'histoire politique et constitutionnelle française ne tarit pas d'exemples à ce sujet. Ce qui peut paraître comme une évidence : la négation du droit ancien, du système institutionnel ancien, afin de proclamer le nouveau, conduit à l'emportement des volontés réformatrices qui s'armèrent du canon constituant pour affirmer leur œuvre. Que ce soit de la Monarchie à la République, ou bien de la République à l'Empire ou encore un autre régime autoritaire, le passage de l'un à l'autre réalise une vision soumise à un décisionnisme politique, abjurant le monde que l'on quitte et exaltant celui que l'on crée en achevant de briser le passé au profit du présent. En tout état de cause, la rupture institutionnelle voit le jour sur un fond de crise, qu'elle soit sociale et politique (1) ou militaire (2).

1. Une rupture institutionnelle sur fond de crise politique et sociale

**418.** L'histoire française fait ressortir diverses situations politiques et sociales qui aboutissent à un bouleversement institutionnel matérialisé par un changement et de la Constitution, et du régime qu'elle soutient.

**419.** L'épisode révolutionnaire de la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle a pu marquer les esprits par son instabilité politique du fait des virulences causées par la Révolution elle-même. La finalité d'un tel mouvement, s'il était pétri d'intentions plus modérées à ses débuts, fut d'abolir purement et simplement le principe monarchique par la proclamation de la République. Amorcée par le Décret des 21 et 22 septembre 1792 par lequel la Convention « décrète que la royauté est abolie en France », la rupture est enfin consommée, après le coup manqué de la Constitution de l'An I, par l'adoption de la Constitution du 5 fructidor An III établissant fermement la République. La critique du régime monarchique accusé de faire prévaloir les privilèges de certains sur le bien public<sup>531</sup> a eu fini d'emporter l'ensemble, laissant la voie libre à l'instauration d'institutions républicaines. Aussi est-il possible de voir émerger un corps législatif bicaméral succédant à un Parlement monarchique composé d'une seule et unique Chambre. Il est aussi à noter que, même si cela reste de manière plus mesurée, le pouvoir exécutif de 1791 incarné par le Roi participe à l'exercice du pouvoir législatif de par son droit de veto<sup>532</sup>, le Directoire de 1795, qui n'a pour seule fonction que celle de veiller à l'exécution de la loi<sup>533</sup>, n'en disposent pas. Outre la différence relative à la séparation des pouvoirs, force est de constater que la rupture s'illustre par une désignation transformée de l'organe exécutif. Si la personne du roi conserve de l'Ancien Régime son caractère héréditaire<sup>534</sup>, le Directoire satisfait au culte voué à l'élection. Il se présente ainsi comme le produit d'un vote à l'Assemblée nationale

---

<sup>531</sup> Il n'y a du reste qu'à lire les propos tenus par l'abbé Sieyès dans son ouvrage majeur *Qu'est-ce que le Tiers-Etat ?* pour s'en assurer (cf. SIEYES E., *Qu'est-ce que le Tiers-Etat ?*, *passim*). La déclaration des droits de l'Homme et du citoyen intégrée à la Constitution du 24 juin 1793 ne permet pas de douter du contraire lorsqu'elle déclare que « Le peuple français, convaincu que l'oubli et le mépris des droits naturels de l'homme, sont les seules causes des malheurs du monde... », faisant implicitement référence à ce que le système monarchique a pu laisser faire malgré les effets néfastes qui en résultait.

<sup>532</sup> Art. 1<sup>er</sup>, Section III, Chapitre III : « les décrets du Corps législatif sont présentés au roi, qui peut leur refuser son consentement ».

<sup>533</sup> Voir l'article 144 disposant qu'il « peut faire des proclamations conformes aux lois et pour leur exécution » et l'article 147 qu'il « surveille et assure l'exécution des lois dans les administrations et tribunaux, par des commissaires à sa nomination ».

<sup>534</sup> Art. 1<sup>er</sup>, Section première, Chapitre II : « la Royauté est indivisible, et déléguée héréditairement à la race régnante de mâle en mâle, par ordre de primogéniture, à l'exclusion perpétuelle des femmes et de leur descendance ».

procédant à la nomination<sup>535</sup> et au renouvellement<sup>536</sup> de ses membres dans un but avoué de soutenir l'élection comme seule matrice de légitimation.

**420.** Si les dissemblances sont nombreuses, elles paraissent dériver d'un rejet du système, confirmant cette volonté de rompre avec l'état de chose établi précédemment à la naissance de la République et ce, dans un contexte de crise sociale menant à l'instauration d'institutions de nature différente de même que pour leurs rapports. Une crise largement due à la trahison de Louis XVI qui trouve toutefois un sérieux complément dans l'élan révolutionnaire et sa radicalisation. Mais ce désir constituant de clore le livre monarchique dans le but d'ouvrir celui de la République ne se limite pas à cette période révolutionnaire.

**421.** La rupture entre la royauté et la République s'observe aussi en 1848 lors de l'effacement de la première du paysage français<sup>537</sup>. Une fois encore, le contexte historique montre des mouvements sociaux pro-républicains marqués par la violence et le refus du système monarchique<sup>538</sup> dans une visée républicaine tranchant avec son prédécesseur. La crise économique de 1845 à 1847 a fini par avoir raison de la royauté. Elle fut l'étincelle des révoltes populaires lancées et soutenues par les républicains suite aux restrictions des libertés qui ont accompagné la gestion des troubles. La victoire de ce qui fut appelé le Parti de l'Ordre, emmené par les conservateurs d'obédience monarchiste, n'a pu empêcher l'avènement d'une nouvelle Constitution, républicaine cette fois-ci. Aussi, si la césure est bien présente politiquement et socialement, la différence se retrouve aussi sur le plan institutionnel.

**422.** Concernant le type de régime, il s'agit d'un système présidentiel prenant exemple sur le système américain, séparant strictement les pouvoirs législatifs et exécutifs. En atteste l'absence des contre-pouvoirs classiques – la dissolution et la censure du Gouvernement – alors que la Charte de la Monarchie de Juillet laissait à la discrétion du roi la possibilité de dissoudre la Chambre des députés<sup>539</sup> et que ces derniers disposaient

---

<sup>535</sup> Art. 132 : « le Pouvoir exécutif est délégué à un Directoire de cinq membres, nommé par le Corps législatif, faisant alors les fonctions d'Assemblée électorale, au nom de la Nation ».

<sup>536</sup> Art. 137 : « le Directoire est partiellement renouvelé par l'élection d'un nouveau membre, chaque année ».

<sup>537</sup> Même si le spectre de sa réintroduction a pu planer sur la construction de la III<sup>ème</sup> République, elle n'est jamais réapparue dans la moindre Constitution jusque là.

<sup>538</sup> En atteste les diverses insurrections menées par des partisans d'un régime social, démocratique et républicain puis portés par des représentants ouvriers se prévalant d'une idéologie socialiste.

<sup>539</sup> Art. 42 : « le roi convoque chaque année les deux Chambres : il les proroge et peut dissoudre celle des députés ; mais, dans ce cas, il doit en convoquer une nouvelle dans le délai de trois mois ».



d'un *impeachment* sur les Ministres du roi<sup>540</sup>. Mais l'intérêt porte en particulier sur le monopole qu'exerce chacun des organes sur le pouvoir qui lui est délégué. La Charte de 1830 disposait une version parlementaire « à l'anglaise » incluant les deux chambres et le roi<sup>541</sup>. Un tel système permettait à ce dernier d'influer sur la loi tandis que la Constitution de la II<sup>nde</sup> République prévoit que l'Assemblée est la seule délégataire de la fonction de légiférer<sup>542</sup>. Ainsi, le changement de régime opéré par la révolution de 1848 dans un contexte de trouble social a semble-t-il fait table rase du passé. Il contribue à dégager une volonté de rompre avec celui-ci en établissant des institutions aux formes et couleurs différentes de son prédécesseur et en faisant montre d'une réforme globale du système.

**423.** Mais encore, cette II<sup>nde</sup> République a subi les ambitions de Louis-Napoléon Bonaparte qui s'est rendu responsable d'un coup d'Etat visant à rétablir l'Empire. La Constitution de 1852 est à ce titre accompagnée d'un discours de l'ancien Président, explicitant sa volonté dans l'établissement d'une nouvelle Constitution et qui n'est pas sans montrer quelques ambiguïtés. En effet, il y mêle continuité et rupture afin semble-t-il de justifier son choix de reproduire les institutions impériales. Il est possible de lire dans les propos de Louis-Napoléon Bonaparte son sentiment sur la permanence de certaines institutions impériales qui ont offert une certaine stabilité à la France. Mais il n'y a aucun doute sur ses intentions de rétablir l'ordre que les institutions, qu'il balaye d'un revers de main, n'ont su assurer, en instaurant un régime autoritaire éloigné des canons républicains. L'autre ambiguïté réside dans l'instauration d'un Empire en deux temps, lequel sera officiellement constitué un peu moins de dix mois après la promulgation d'un système particulier portant le nom de République mais élaborant des institutions fortement inspirées d'un régime impérial.

**424.** Aussi, la rupture ne paraît pas aussi franche que lors des changements de régimes précédents mais s'inscrit dans un processus. Elle ne peut tout de même s'envisager que du simple fait que l'objectif était explicite au départ, requérant un plébiscite afin de légitimer au maximum l'évolution. Le contexte de crise est ici tout à fait évident et se caractérise par un conflit politique manifeste tenant principalement à l'insistance du Président de la II<sup>nde</sup> République à conserver le pouvoir. Alors que la jeune République peinait à stabiliser le

---

<sup>540</sup> Art. 47 : « la Chambre des députés a le droit d'accuser les ministres et de les traduire devant la Chambre des pairs qui seule a celui de les juger ».

<sup>541</sup> Art.14 : « la puissance législative s'exerce collectivement par le roi, la Chambre des pairs et la Chambre des députés ».

<sup>542</sup> Art. 20 : « le peuple français délègue le pouvoir législatif à une Assemblée unique ».



pays, les dissensions et la rigidité du système ont fait le jeu d'un politicien ambitieux, lequel s'empressera de s'accorder la dignité impériale qu'il légitimera par le peuple. Le résultat obtenu n'est ici autre que l'anéantissement du régime en vigueur.

**425.** Cette mise à bas de la République s'est ainsi montrée comme un passage obligé pour l'avènement de l'Empire. Un constat similaire peut être établi concernant le premier Empire dont les fondations ont été construites sur les ruines d'une première République balbutiante, sujette à la corruption et au désordre social. Le contexte de troubles s'illustre ici de plusieurs manières. Tout d'abord, et le plus remarquable : le coup d'Etat mené par le Général Bonaparte le 18 Brumaire An VIII aboutissant à ce mode de gouvernement particulier qu'est le Consulat posé par la Constitution de l'An VIII. Mais celui-ci reste pour le moins une variété de République. Il faudra attendre l'An XII pour que le basculement vers l'Empire soit acté au moyen de l'établissement de la dignité impériale et d'institutions qui lui sont propres. De cette façon, Bonaparte enterrera le régime qu'il quitte pour former le nouveau construit dans les braises encore fumantes de l'ancien. Toutefois, il est possible de prendre le Consulat et l'Empire comme une seule et même chose, le premier préparant le second. En effet, même s'il porte toujours le nom de République<sup>543</sup>, le Consulat porte déjà en lui les éléments qui caractériseront l'Empire plus tard, les considérations d'hérédité en moins<sup>544</sup>.

**426.** Ainsi, le cas de la transition constitutionnelle, de la République à l'Empire ou bien de la Monarchie à la République, montre de manière suffisamment évidente qu'elle se situe à chaque fois dans un contexte de crise politique. Un tel contexte conduit à anéantir le régime en place tout en créant un vide institutionnel qu'il s'agira de remplir suivant le dessein constituant du moment. Mais la transition constitutionnelle trouve aussi un terreau favorable à l'occasion d'une crise caractérisée par une défaite militaire.

---

<sup>543</sup> Art. 1<sup>er</sup> « La République française est une et indivisible. – Son territoire européen est distribué en départements et arrondissements communaux ».

<sup>544</sup> La Constitution de l'An XII si elle pose logiquement les règles de la succession impériale, place aussi les princes au Sénat, faisant la part belle aux conditions de lignée et de statut de « noblesse impériale ».

## 2. Une rupture institutionnelle sur fond de crise militaire

427. La sortie de l'Empire montre une rupture plutôt claire. Que ce soit en 1814 ou bien en 1870, l'examen contextuel du passage de ce régime au suivant – la Monarchie ou la République – révèle une crise militaire caractérisée par une défaite napoléonienne favorisant la prise du pouvoir par les opposants.

428. Concernant le premier Empire, c'est la défaite militaire de Leipzig et l'invasion de la France qui a contraint Napoléon I<sup>er</sup> à abdiquer et provoqué l'effondrement du régime que les royalistes ont fini de détruire en rétablissant la Monarchie. Une rupture historique mais aussi institutionnelle puisqu'à l'Empire succède une Monarchie parlementaire assez classique avec une responsabilité ministérielle<sup>545</sup> et législative<sup>546</sup>, ainsi qu'un roi en son Parlement<sup>547</sup>. Un tel choix caractérise le démantèlement de ce qui fut pour permettre l'avènement de ce qui est et sera.

429. S'agissant du second, c'est une fois de plus une défaite militaire à Sedan qui emporta l'Empire, suscitant des soulèvements sociaux, et conduisit après moult remous politiques à la mise en place de la III<sup>ème</sup> République en 1875, soit cinq ans plus tard. C'est ce battement qui offre le plus d'informations sur la rupture institutionnelle constitutive d'un changement de régime politique puisque la question de la nature du nouveau régime à instaurer a été lourdement soumise à de multiples interrogations, ententes et disputes. Le cas de ce fameux compromis dilatoire dont parlait Carl Schmitt visant l'origine de l'institution du septennat endossé par Adolphe Thiers, et devant résoudre « avec le temps » un conflit politique sur la question de l'établissement d'une République ou d'une Monarchie, démontre que le point de l'être constitutionnel et institutionnel consécutif à la chute d'un régime est au cœur du problème de l'avenir de l'Etat. Mais pour permettre une telle réflexion, il est nécessaire que soit démolie dans son ensemble le statut social en vigueur jusqu'alors<sup>548</sup>. Ainsi, ces divers événements historiques semblent avoir favorisé le

---

<sup>545</sup> Art. 13 « La personne du roi est inviolable et sacrée. *Ses ministres sont responsables*. Au roi seul appartient la puissance exécutive ».

<sup>546</sup> Art. 50 : « le roi convoque chaque année les deux Chambres ; il les proroge, et *peut dissoudre celle des députés des départements* ; mais, dans ce cas, il doit en convoquer une nouvelle dans le délai de trois mois ».

<sup>547</sup> Art. 15 : « la puissance législative s'exerce collectivement par le roi, la Chambre des pairs, et la Chambre des députés des départements ».

<sup>548</sup> Une telle affirmation ne peut qu'être confortée par l'exemple de l'arrêt du Conseil d'Etat dit « Prince Napoléon ». A cette occasion, le juge administratif reniait le droit au statut de général au successeur légitime

rejet de l'Empire au profit de l'instauration d'un régime différent, qu'il soit relativement prédéterminé comme en 1814, ou le fruit d'une discussion houleuse sur la nature du nouveau régime souhaité.

**430.** Dernier événement historique qui s'apparente à un changement de régime et à travers lequel il apparaît plausible d'identifier une rupture : le régime de Vichy. L'extinction apparente de la III<sup>ème</sup> République suite à la loi du 10 juin 1940 laisse entrevoir un anéantissement de cette dernière en faveur d'un ordre institutionnel nouveau. Une fois encore la crise militaire entoure la mise en place de ce qu'on appellera par la suite « l'Etat français ».

**431.** Tout d'abord, l'adoption de la loi constitutionnelle de 1940 tire sa justification de la débâcle française face à l'armée allemande menant à l'occupation d'une partie du pays. Un contexte historique difficile conduisant à ce que le Parlement confère à Pétain les pleins pouvoirs, réduisant du même coup à l'état de souvenir la République telle qu'elle était connue. Composée d'un unique article, elle délègue le pouvoir constitutionnel au maréchal Pétain qui devra élaborer les bases d'un nouveau monde « par un ou plusieurs actes ». Toutefois, il est difficile de distinguer une Constitution de l'Etat français du fait qu'il n'existe que quelques actes constitutionnels, dont la majeure partie traite de la succession du maréchal. Néanmoins, la volonté de rompre avec la III<sup>ème</sup> République s'avère être bien présente, comme en attestent les trois premiers actes constitutionnels décrétés par Philippe Pétain abrogeant des articles essentiels du régime parlementaire instauré par les lois constitutionnelles de 1875<sup>549</sup>. Or, un problème se pose : peut-on parler d'un véritable régime ? L'absence de véritable Constitution<sup>550</sup>, réglant l'organisation des pouvoirs de manière stable empêche de voir ici autre chose qu'un régime de fait partiellement constitué de manière provisoire, et ce, dans l'attente de la rédaction et de la promulgation d'un texte particulier établissant une séparation des pouvoirs et identifiant ces derniers de manière

---

de la lignée de l'Empereur de 1852 qui l'avait reçu en raison de sa parenté avec l'Empereur et non de ses qualités militaires (CE, 19 février 1875, *Prince Napoléon*, *Rec.*, p. 155, concl. David).

<sup>549</sup> Aussi l'article 2 de la loi constitutionnelle du 25 février 1975 disposant que « Le président de la République est élu à la majorité absolue des suffrages par le Sénat et par la Chambre des députés réunis en Assemblée nationale », qu'il est « nommé pour sept ans » et qu'il est « rééligible » est abrogé par l'acte constitutionnel n° 1 du 11 juillet 1940, tout comme « les dispositions des lois constitutionnelles des 24 février 1875, 25 février 1875 et 16 juillet 1875, incompatibles avec le présent acte » (voir l'acte n° 2 fixant les pouvoirs du chef de l'Etat français) qui attribue les pouvoirs exécutifs et législatifs au seul chef de l'Etat, et enfin l'article premier de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, statuant sur la réunion des Chambres par l'acte constitutionnel n° 3, prorogeant et ajournant celles-ci (voir son article 3).

<sup>550</sup> La Constitution de l'Etat français n'a jamais été plus loin qu'à l'état de simple projet, celui signé le 30 janvier 1944 par le maréchal Pétain n'ayant pas été promulgué.

permanente<sup>551</sup>. Par conséquent, la rupture ne semble pas nette, mais se trouve cependant marquée par diverses références à l'abolition de l'état constitutionnel précédent et montrant ainsi qu'elle est finalement bien là.

432. Au-delà, la fin du régime de Vichy offre aussi sa part d'éléments corroborant l'hypothèse d'une rupture en cas de changement de régime. Deux détails permettraient de conclure en ce sens.

433. Premièrement, l'existence même de la question posée par le général de Gaulle le 12 juillet 1945 et sa raison d'être présentent un caractère singulier. S'il ne montre pas une réticence particulière à considérer le régime de Vichy en tant que fait, il le condamne en tant que régime de droit en évinçant tout simplement sa présence dans le paysage constitutionnel français. Par ces mots : « c'est au pays qu'il appartient de dire si les institutions de la III<sup>ème</sup> République ont cessé d'être valables »<sup>552</sup>, il sanctionne la fin de l'Etat français, poussant sa destruction jusqu'à l'oubli total. Le déni exprimant la disparition forcée de ce qui a existé, cette vision du passé semble tendre sans nul doute à rompre avec lui.

434. D'autre part, la réhabilitation à rebours de la III<sup>ème</sup> République sur laquelle se base la question constitue une preuve plus qu'édifiante. A ce compte, la rupture pourrait être comprise comme s'instaurant entre le régime de Vichy et le rétablissement du parlementarisme de 1875. En effet, l'alternative porte sur la déchéance ou le rétablissement de cette III<sup>ème</sup> République que « l'invasion et ses conséquences » ont « jetée par terre »<sup>553</sup>. Aussi, outre la caractérisation explicite d'une interruption du fonctionnement des institutions de cette dernière<sup>554</sup>, le message du Général réside dans un choix proposé à propos de sa caducité ou non et affirmerait le coup de balais donné sur le sol qui soutenait l'Etat français. Un tel constat paraît alors abonder dans le sens d'une césure entre un passé provoqué par l'autoritarisme de Vichy et un nouveau présent, celui de la III<sup>ème</sup> République, qui sera aussitôt aboli par le choix populaire de changer de Constitution. Le référendum du 21 octobre 1945 occasionnerait alors une rupture entre le régime de Vichy et la

---

<sup>551</sup> Plusieurs actes constitutionnels, en particulier ceux traitant de la succession du chef de l'Etat font état d'une nouvelle Constitution à venir (voir à titre d'exemple l'article premier de l'acte constitutionnel n° 4 relatif à la suppléance et à la succession du chef de l'Etat, l'acte n° 4 *ter*, *quater* et *quinquies*).

<sup>552</sup> Cf. De GAULLE C., Discours radiodiffusé du 12 juillet 1945, *op. cit.*

<sup>553</sup> *Ibid.*

<sup>554</sup> « Le recul du temps et les événements terribles qui se sont déroulés *depuis sa destruction de fait* nous ont permis de juger avec lucidité » (*ibid.*).

résurrection du parlementarisme de 1875 tout en engendrant un Etat de nature constitutionnelle duquel naîtra le nouvel ordre juridique de la Constitution suivante.

**435.** En conséquence, lorsque le constituant décide de changer dans son ensemble les institutions pour établir un nouveau régime, il ne le fait qu'une fois que le contexte militaire, politique et social a fragilisé le régime en vigueur. Celui-ci s'en trouve anéanti, provoquant de ce fait une rupture aboutissant à un vide constitutionnel souvent égal à un instant éphémère. Un coup de tonnerre qui substitue quasi instantanément un monde constitutionnel à l'autre qui n'est alors plus.

**436.** Mais ce qui est valable pour les cas où la transition constitutionnelle conduit à l'instauration d'un système distinct de l'ancien s'avère plus difficilement applicable à ceux dans lesquels la constitutionnalisation peut être assimilée à un glissement d'un système à l'autre. Cependant, si le changement de Constitution fait d'une certaine manière montre d'une continuité entre deux mondes qui finalement resteraient liées, la question de la rupture n'est pas pour autant à reléguer au rang de simple épreuve théorique sur le pouvoir constituant.

## **B/ Une rupture en cas de changement de Constitution**

**437.** Changer de Constitution peut s'avérer assez équivoque eu égard à l'exercice du pouvoir constituant, en particulier si on le distingue du changement de régime. La différenciation entre ces deux catégories de transition constitutionnelle se fonde sur l'idée qu'au lieu de revoir entièrement de la copie, le constituant, lorsqu'il change de Constitution, montrerait la volonté de reconduire certaines institutions, voire même l'ensemble du système mais réassorti, ré-agencé, réorganisé. Parfois assimilé à une révision du texte en vigueur, le changement de Constitution est pourtant issu d'une rupture avec l'état de chose existant. Souvent caractérisée par un contexte de crise à l'instar du changement de régime, cette rupture mettrait en œuvre un pouvoir constituant dit originaire en ce que la reconduction des institutions apparaîtrait comme un choix politique et non un glissement institutionnel imposé par un *continuum* juridique. Au regard de l'histoire constitutionnelle française, il est possible d'observer deux types de changement de Constitution : le passage d'une Monarchie à une autre (1), et la transition entre deux Républiques (2).

1. Une rupture dans la continuité monarchique

**438.** La lecture de la frise historique fait apparaître deux moments transitionnels d'une Monarchie vers une autre Monarchie. Le premier et le plus évident se trouve être la mise en place d'une Monarchie parlementaire en remplacement de l'absolutisme qui régnait jusque-là. Le second, plus problématique, se retrouve dans la transition entre la Monarchie de la Restauration et celle de juillet. Tous deux affichent néanmoins une certaine continuité entre deux moments constituants qu'il s'agit de réfuter.

**439.** On imagine aisément la rupture du seul fait des événements historiques caractérisant la Révolution française, même si elle ne le limite pas tout à fait à cet instant mais s'étend jusqu'à l'avènement du Consulat et de l'Empire. Mais pour parler de continuité constitutionnelle, encore faut-il qu'il y ait une Constitution à proprement parler, avant comme après la mise en œuvre du pouvoir constituant. L'Ancien Régime, en l'absence de Constitution *stricto sensu*, ne montre que peu de textes faisant office d'une telle norme. Or, il existe plusieurs éléments qui semblent attester de l'existence d'une sorte de Constitution de la Monarchie absolue. Une preuve de cette « Constitution de l'Ancien Régime » peut se trouver dans la référence aux Lois fondamentales du Royaume par les parlements lorsqu'ils produisaient leurs remontrances au roi concernant un de ses édits. Constituerait aussi un fragment de Constitution la fameuse Loi Salique réglant la succession royale, hors de portée elle aussi du roi et de son pouvoir législatif. De même, l'ensemble des institutions royales et certaines règles coutumières seraient le gage de son existence<sup>555</sup>. Aussi, il serait tout à fait plausible d'identifier une Constitution absolutiste matérialisant le régime pré-révolutionnaire de 1789, tout comme Montesquieu voyait une Constitution d'Angleterre. Dès lors, 1791 ne serait pas la première expérience constitutionnelle française mais la première expérience constitutionnelle formelle, prenant exemple sur la révolution américaine. La reconnaissance d'un potentiel changement de Constitution serait donc possible et ferait alors apparaître un acte constituant autre qu'originel ou « premier ». Néanmoins, que signifie la reconduction, formellement établie

---

<sup>555</sup> Une affirmation en ce sens qui se retrouve d'ailleurs chez François Saint-Bonnet (cf. SAINT-BONNET F., « Un droit fondamental avant le droit constitutionnel ? », *Droits*, n° 32, 2000, p. 7).

cette fois, des institutions monarchiques et la conservation sur le trône de Louis XVI<sup>556</sup> ?  
La marque d'une continuité ?

**440.** Il est effectivement possible de voir les choses en ce sens, en considérant que les révoltes bourgeoises n'étaient pas dirigées contre le roi et l'institution royale mais bien contre un système accordant des privilèges à une classe sociale déterminée. Ce n'est pas au roi qu'on en veut, mais à la noblesse et à ses droits hérités qui ne trouvent plus leur légitimité dans l'environnement sociale du XVIII<sup>ème</sup> siècle. En ce sens, l'interprétation qui découle de l'état constitutionnel décidé en 1791 irait plutôt vers une réforme partielle visant à parlementariser la Monarchie tout en retirant sa place prépondérante à une classe sociale considérée comme obsolète. Aussi, le glissement opéré entre une Constitution majoritairement matérielle et la Constitution entièrement écrite d'un parlementarisme « à l'anglaise » présente tous les traits d'une permanence d'un régime qu'on amende, avec lequel on ne rompt pas mais qu'on adapte en fonction des évolutions sociales et économiques. Il caractériserait principalement une initiation à la pratique du constitutionnalisme formel.

**441.** Et pourtant, une question se pose : pourquoi la Révolution française a-t-elle engendré une Monarchie alors que le contexte laissait les coudées franches à un renversement complet du monde constitutionnel ? Qu'est-ce qui empêchait les Révolutionnaires d'instaurer la République, qu'ils ne mettront que peu de temps à constituer ? Dans le contexte particulier de 1789, la réponse paraît être le caractère délibéré d'un choix politique. En effet, l'histoire révèle la virulence des acteurs de la Révolution à renverser les gouvernements au point de les jeter par terre pour en établir de nouveaux, jusque dans leur nature<sup>557</sup>, et la seule raison susceptible d'être valide, justifiant qu'ils aient opté pour un changement de Constitution et non de régime, tiendrait dans une volonté exprimée en ce sens. D'autant que la révolution américaine aurait pu servir d'exemple en ce sens. Or, si la continuité est un choix, alors il y a rupture. Par conséquent, l'apparente continuité qui se dégage de la reprise du régime monarchique, résulterait de l'intention du constituant qui aurait préféré établir à nouveau une Monarchie, agrémentée d'un Parlement et incarnée par Louis XVI.

---

<sup>556</sup> Rabaut Saint-Etienne avait pu montrer cette ambiguïté en affirmant que « l'Assemblée nationale avait ce désavantage terrible [...] de constituer une monarchie en ayant déjà un monarque » (cf. RABAUT SAINT-ETIENNE J.-P., *Précis d'histoire de la Révolution française* (1792), rééd. Paris, Fleffer, 1822, p. 212).

<sup>557</sup> En atteste le nombre de textes constitutionnels et systèmes de gouvernement qui ont vu le jour et ont disparu en peu de temps pendant cette période.



442. Cette dernière donnée pourrait passer pour anecdotique, toutefois, la seconde et ultime transition monarchique a vu s'installer un monarque différent. L'abdication de Charles X, et malgré son souhait de voir son petit-fils lui succéder, a ainsi conduit à la mise sur le trône de Louis-Philippe d'Orléans issu d'une autre branche familiale des Bourbons. Ce fait, plus symbolique qu'autre chose, incarne tout de même une volonté de changement.
443. C'est essentiellement le contexte social qui entoure l'acte constituant de 1830 qui offre le plus d'arguments. Ce dernier s'est avéré être fortement troublé en raison des velléités du roi Charles X qui restreignit le droit de vote et la liberté d'expression, causant des soulèvements l'obligeant à partir. Ce qui est aujourd'hui désigné comme « les Trois Glorieuses » s'affirme donc en tant qu'acte révolutionnaire mû par le désir de contrer la dérive du titulaire du pouvoir. Se traduisant par des insurrections violentes, ces trois journées marquent ainsi une intention contestataire visant un système essoufflé au sein duquel un roi délégataire de grands pouvoirs exécutifs et législatifs peut attenter aux libertés individuelles<sup>558</sup> et légitimer son action par « la sûreté de l'Etat ».
444. Cependant, ces événements peuvent aisément passer pour une réplique ponctuelle au comportement du roi Charles X, le risque absolutiste venant non pas du système mais des *desiderata* d'un homme tentant un coup de force en exploitant à l'extrême les attributions qui lui sont confiées par l'article 14 de la Charte de 1814. Une telle lecture de l'histoire révélerait alors une révolution dirigée contre la personne même de Charles, incarnant le chef de l'Etat, et trouverait sa confirmation dans la préférence donnée à la branche d'Orléans pour succéder au trône de France. Toutefois, plus qu'une réaction à des agissements « personnels », liberticides et menaçant d'un retour à l'absolutisme, les révoltes peuvent aussi s'interpréter comme la prise de conscience d'un danger émanant de l'institution royale elle-même et qu'il convient de réprimer à sa source. Pareil postulat expliquerait les aménagements effectués sur le texte constitutionnel<sup>559</sup>, aménagements qui mèneront à reconstituer la Monarchie parlementaire à travers la Charte constitutionnelle de 1830.

---

<sup>558</sup> Les articles 13 à 23 de la Charte constitutionnelle de 1814 font état d'un gouvernement royal plaçant le monarque au cœur de l'activité décisionnelle, que ce soit dans ses rapports avec les Chambres ou de sa compétence propre à agir par voie de règlements et d'ordonnances.

<sup>559</sup> Le roi ne peut plus agir par voie de règlements ou d'ordonnances au motif qu'ils tendraient à assurer la sûreté de l'Etat et ne dispose plus du monopole de l'initiative législative. De même, l'article disposant de la liberté d'expression a vu disparaître la référence à la possibilité de réprimer l'usage abusif de cette liberté au moyen de la loi. Ces modifications apparaissent facilement comme une réponse aux agissements du roi, venant ainsi contrer d'éventuelles tentatives de récidive par un roi différent.



445. Or, celle-ci dispose d'une sorte de Préambule la présentant comme une version amendée de la Charte précédente<sup>560</sup>. De plus, seuls quelques éléments changent d'un texte à l'autre, principalement pour limiter la marge de manœuvre du roi et renforcer le contrôle du Parlement sur celui-ci, alors que l'ensemble reste toutefois similaire. De cette manière, l'acte constituant de 1830 s'apparenterait à une révision de la Charte de 1814, gage d'une continuité constitutionnelle. Une vision en ce sens remettrait en question l'hypothèse d'une rupture explicite, si ce n'est même d'un changement de Constitution. Néanmoins, qu'est-ce qui justifie qu'une révision conduise à ce que la Constitution toute entière soit « de nouveau publiée »<sup>561</sup> ? Il y a là une ambiguïté tenant à la concomitance d'une nouvelle publication et l'amendement d'un texte constitutionnel antérieur. Sauf à vouloir affirmer le choix d'une reprise intentionnelle des institutions, une simple révision est généralement publiée seule, sans porter préjudice à l'existence juridique de la Constitution modifiée. Voir la transition monarchique de 1830 sous le prisme du choix politique tend ainsi à considérer une rupture constitutionnelle entre la Restauration et la Monarchie de Juillet matérialisée par un changement de Constitution et faisant mourir le roi de France pour voir naître le roi des Français.

446. Toutefois, ces conclusions ne semblent pas exclusives aux successions monarchiques des XVIII<sup>ème</sup> et XIX<sup>ème</sup> siècles. La France a par ailleurs connu une longue période républicaine pendant laquelle trois Républiques se sont enchaînées, ouvrant la voie à une apparente continuité constitutionnelle, ponctuée d'amendement portant en eux une réorganisation complète des institutions. Une continuité qu'il convient de démystifier.

## 2. Une rupture dans la continuité républicaine

447. Evoquer une transition républicaine suppose de s'intéresser au XX<sup>ème</sup> siècle au cours duquel la République a montré une stabilité certaine tout en subissant des changements notables de Constitution caractérisés par les III<sup>ème</sup>, IV<sup>ème</sup> et V<sup>ème</sup> Républiques. Si le contexte dans lequel s'exerce le pouvoir constituant est là encore teinté de troubles, il est néanmoins important de se pencher sur l'identification de chaque acte constituant

---

<sup>560</sup> « LOUIS-PHILIPPE, ROI DES FRANÇAIS, à tous présents et à venir, SALUT. NOUS AVONS ORDONNÉ ET ORDONNONS que *la Charte constitutionnelle de 1814, telle qu'elle a été amendée...* »

<sup>561</sup> « ... que la Charte constitutionnelle de 1814, telle qu'elle a été amendée par les deux Chambres le 7 août et acceptée par nous le 9, *sera de nouveau publiée dans les termes suivants* ».

comme la volonté de rompre avec un système républicain dans le but d'en faire advenir un nouveau.

**448.** Au regard de la frise historique française, tout porte à croire que la III<sup>ème</sup> République meurt en 1940 par l'adoption de la loi constitutionnelle du 10 juin. Cette dernière, en conférant les pleins pouvoirs au Maréchal Pétain, entame un processus de constitutionnalisation différent de celui achevé en 1875. Seulement, eu égard à la question posée par le Général de Gaulle lors du référendum du 21 octobre 1945, force est de constater un autre état de chose. Aussi, deux interprétations semblent possibles : soit, et comme le suggère le discours du 12 juillet 1945, le régime de Vichy n'a jamais constitutionnellement existé, soit la III<sup>ème</sup> République est ressuscitée à la fin de la guerre afin de minimiser l'impact du régime autoritaire qui a causé son déclin. Dans les deux cas, ce référendum et l'alternative qu'il pose ne font qu'effacer du paysage constitutionnel la parenthèse pétainiste en réhabilitant le monde parlementaire républicain né à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle. Dès lors, que l'on adhère ou non à la fiction juridique initiée par Charles de Gaulle, tout conduit à conforter la nature du choix de 1945 entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé concernant une transition entre la III<sup>ème</sup> République et une nouvelle République potentielle.

**449.** Mais encore, cette alternative tend à déterminer explicitement si l'on rompt avec les principes constitutionnels de la III<sup>ème</sup> ou si l'on consacre sa résurrection. Le choix du peuple est sans appel. Guidé par l'espoir d'un renouveau incarné par « le plus illustre des Français », il opte pour la rupture. Une rupture qui restera toutefois mesurée par la réitération d'un système parlementaire républicain assis sur des institutions semblables à celles du précédent. Seuls leurs rapports de force changent véritablement<sup>562</sup>, permettant que cette IV<sup>ème</sup> République soit qualifiable de III<sup>ème</sup> « rationalisée ». Aussi, outre la décision populaire conférant un mandat constituant à l'assemblée élue, ses origines donnent des arguments en faveur d'une rupture. *A contrario*, la réalisation constitutionnelle qui s'en suit tendrait plutôt à montrer une continuité, une vulgaire révision camouflée en renaissance constitutionnelle. Et l'attachement aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » énoncé dans son Préambule ne ferait qu'abonder en ce sens.

---

<sup>562</sup> Même s'il est possible d'observer la création d'un Comité constitutionnel, authentique innovation bien que largement inefficace.

450. Cependant, il est intéressant de noter la formulation adoptée par ce dernier : « il **réaffirme solennellement** les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »<sup>563</sup>. Une ambiguïté similaire à celle de 1830 est alors visible en ce qui concerne la transition de 1946 : pourquoi est-il besoin de réaffirmer quelque chose qui n'est pas censé avoir perdu sa valeur ? En aucune façon cela ne s'avère nécessaire, hormis le cas où ce quelque chose n'est plus. Il faut voir ici un indice significatif d'une césure constitutionnelle, ce qui attesterait que soit fait table rase du passé et que l'utilisation des pierres de l'ancien édifice pour bâtir le nouveau soit le fruit d'un choix et non des effets d'un ordre juridique spécifique.

451. Cette analyse pourrait très bien s'adapter à la transition entre la IV<sup>ème</sup> et la V<sup>ème</sup> République. Elle aussi naît dans un contexte de crise militaire et sociale marqué par la guerre d'Algérie mais le processus constituant qui l'entoure ne montre pas de manière évidente une rupture déterminée par l'exercice d'un pouvoir constituant originaire. En effet, de nombreux signes amènent à penser que la V<sup>ème</sup> n'est en réalité qu'une révision de la IV<sup>ème</sup>. Aussi, l'argument avancé concernant une vieille procédure de révision réactivée après son abandon contribue à voir les choses sous ce point de vue. De même, la signature du Président Coty, ainsi que la référence à l'article 90 de la Constitution du 21 octobre 1946 finissent de fournir ce qu'il faut d'éléments pour considérer la V<sup>ème</sup> République comme issue d'une révision<sup>564</sup>.

452. Or, si l'ancrage au système précédent paraît ici évident, il n'en resterait pas moins un artifice visant à légitimer l'action du Général de Gaulle et ne représenterait pas le marqueur d'une continuité. Le résultat obtenu (autrement dit, une modification totale du monde constitutionnel) contrarierait la thèse d'une simple amélioration de la Constitution de 1946. De même, la loi du 3 juin 1958 débute par l'indication d'une césure entre la procédure de 1946 et les principes qui régiront la rédaction de la nouvelle Constitution en ce que la révision se ferait « par dérogation » à la procédure prévue. Comment expliquer que soit valide une révision dérogeant à l'article régissant ses conditions d'adoption ? Il réside ici une incohérence logique qu'il convient d'écarter.

---

<sup>563</sup> Le Préambule de la Constitution de 1946, al. 1.

<sup>564</sup> Voir en ce sens VEDEL G., « Schengen et Maastricht », *op. cit.*, p. 178-180 ; TROPER M., *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, P.U.F., Léviathan, 2001, p. 207.

**453.** De plus, l'argument de la double révision semble tenir plus de la contradiction performative que de la justification d'un pouvoir constituant agissant dans la continuité du monde constitutionnel établi. Il apparaît difficile de concevoir que le pouvoir constituant dérivé puisse déroger aux dispositions qui déterminent son existence en tant que tel. Il est tout autant difficile à admettre qu'il puisse se conformer à une procédure qu'il modifie au même moment. Il est enfin impossible qu'il supprime une limite à son action, sans pécher par l'irrespect de cette limite, et donc de ne plus agir de manière juridiquement conditionnée mais de manière inconditionnée et absolue, autrement dit, en tant que constituant originaire. En effet, admettre la double révision comme un acte d'un pouvoir constitué revient à souscrire à un paradoxe comparable à celui de l'omnipotence de Dieu, bien qu'il se montre inversé. De la même manière que Dieu est tout puissant et ne peut porter atteinte à cette omnipotence en créant une pierre si lourde que lui-même ne pourrait soulever sans relativiser sa toute puissance, le pouvoir constituant dérivé, limité par sa procédure, ne peut pas s'en affranchir sans rompre avec son essence constituée. Il prendrait alors le contrôle de sa compétence et ne serait plus du même coup un pouvoir interne à la Constitution mais un pouvoir externe. Dès lors, le pouvoir de révision ne peut réviser la Constitution en dérogeant à son encadrement procédural et matériel sans s'ériger en constituant originaire. Aussi, s'ils sont assurément de même nature, les pouvoirs constituants originaire et dérivé ne sont pas de même puissance. La rupture constituante serait alors de mise, soutenue par le choix délibéré de procéder à une réinstallation des institutions qui existaient sous l'ancienne Constitution.

**454.** Ainsi, quel que soit le type de régime qui se reproduit, ce qui peut passer pour une reprise des institutions s'avère finalement être plus que cela. Que la Monarchie aboutisse à la Monarchie ou bien que la République se reforme en une autre, il n'est point de redite sans qu'elle ne soit le résultat d'un choix du constituant. Par conséquent, il ne semble pas que la conservation d'un même type de régime diffère de son complet changement. Une telle action occasionne une rupture à travers la mise en œuvre du pouvoir constituant, qu'il se présente en apparence comme un pouvoir de révision, ou bien s'affirme en constituant originaire. Un postulat en ce sens impliquerait donc que la transition constitutionnelle, qu'elle soit conçue comme une continuité constitutionnelle ou bien qu'elle la brise explicitement, tienne en elle-même de la rupture entre l'ordre ancien et l'ordre nouveau.

**455.** Cette rupture, intrinsèque à l'exercice du pouvoir constituant, que celui-ci modifie la Constitution ou bien qu'il en soit le fait générateur, corrobore le conception d'un vide

juridique nécessaire à sa mise en œuvre. Elle matérialise cet instant lors duquel il n'y a plus rien, où la ligne constitutionnelle prend une route différente pour cheminer vers une autre dimension juridique. Dès lors, l'acte de langage constitutionnel, ce *fait* monologique qui ne procède que d'une rupture, s'apparenterait à un *fiat lux*, tel que le qualifie Olivier Cayla<sup>565</sup>. De cette manière, il ferait apparaître *ex nihilo* une chose qui n'existait jusqu'alors pas.

## ***Section II : Un Fiat***

456. L'idée même du *fiat lux* implique la comparaison du dire constitutionnel avec celui prononcé par Dieu au moment de sa création du monde. Basée sur un discours monologique particulier symbolisé par l'expression emblématique *que la Lumière soit*, la naissance du monde semble s'inscrire dans un environnement spécifique caractérisé par l'émergence de l'être depuis un néant matériel symptomatique de l'acte même de créer.

457. Quant au dire constitutionnel, s'il arbore des traits linguistiques équivalents à l'expression divine de la Genèse du monde, la pertinence du rapprochement doit pouvoir s'étendre jusqu'au produit même de l'acte de langage ainsi qu'à ses modalités de création dans un environnement vidé de toute substance constitutionnelle. Aussi, la rupture engendrant un vide total par la destruction de l'état de chose antérieurement établi, la Constitution originellement ou nouvellement instituée façonnerait un monde social (§1) par le truchement d'une énonciation monologique constatant une chose qui n'existe pas encore (§2).

---

<sup>565</sup> Cf. CAYLA O., *La notion de signification en droit, contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, *op. cit.*, p. 525.

## **§1 : L'avènement social par la Constitution**

**458.** Les théories contractualistes du XVIII<sup>ème</sup> siècle présentaient une conception de l'union sociale sur la base d'un consentement mutuel, contractuel, engendrant une structure artificielle étatique et communautaire. Dans une vision plus moderne, certains comme Valentin Petev ont su entrevoir dans le droit l'idée de « fait social »<sup>566</sup>, présentant une vision constructiviste de « la réalité sociale et son ordre juridique » se réalisant *via* l'énonciation juridique<sup>567</sup>. Affirmant d'une manière théorique leur statut de « performances idéelles », le professeur de Munster tend à conférer au droit, en plus de sa conception régulatrice, une essence créatrice. En appliquant un tel raisonnement au « droit » constitutionnel, celui-ci se verrait doté de la faculté de faire vivre cette réalité sociale en engendrant l'union sociale et son aptitude à agir. Evoquer un avènement *social* par l'acte constituant supposerait ainsi que soient distingués celui de l'Etat (A), constituant la personnification de l'union politique des individus au moyen d'une structure opérationnelle visant à assurer son avenir. Mais il implique aussi celui de la société proprement dite (B) par son auto-constitution à travers un Pacte social renouvelable et renouvelé.

### **A/ L'avènement constitutionnel de l'Etat**

**459.** L'acte constituant est souvent considéré comme un acte fondateur, berceau de l'Etat. Les travaux de Thomas Hobbes proposaient dès le XVII<sup>ème</sup> siècle une version de l'Etat tenant à la réalisation d'une volonté consensuelle. Un contrat constitutif d'une personne représentant « la multitude ainsi unie » qu'il nomme « République » et qui génère « ce grand Léviathan » concrétisant l'institution étatique<sup>568</sup>. Un acte fondateur qui se retrouve aussi bien dans la conception de la Constitution de Raymond Carré de Malberg

---

<sup>566</sup> Cf. PETEV V., « Virtualité et construction de la réalité sociale et juridique », *Archives de la philosophie du droit, le droit et l'immatériel*, Tome 43, 1999, p. 28.

<sup>567</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>568</sup> Hobbes définissait d'ailleurs la République comme étant « une personne unique telle qu'une grand multitude d'hommes se sont faits, chacun d'entre eux, par des conventions mutuelles qu'ils ont passées l'un avec l'autre, l'auteur de ses actions, afin qu'elle use de la force et des ressources de tous, comme elle le jugera expédient, en vue de leur paix et de leur commune défense » (cf. HOBBS T., *Léviathan*, TRICAUD F. (trad.), Paris, Dalloz, 1999, pp. 177-178).

que dans celle de Carl Schmitt. Ces auteurs présentent ainsi le lien indissociable entre la Constitution et l'Etat, allant jusqu'à montrer une identité entre les deux, tout en faisant découler la forme de gouvernement et la dynamique de l'Etat de l'acte constituant. Trois axes de réflexion qui ouvrent la voie à la conception d'une Constitution génératrice de l'Etat, menant à déterminer un lien consubstantiel entre la Constitution et l'Etat (1), mais aussi avec l'agencement des institutions étatiques (2).

### 1. Le lien consubstantiel entre Constitution et Etat

**460.** L'avènement constitutionnel de l'Etat peut se comprendre comme la fondation d'une forme abstraite représentant le bras armé de la Nation afin qu'elle puisse produire le droit.

**461.** Selon la thèse de l'auto-limitation de l'Etat par le droit, ce dernier ne peut précéder le premier sans se fourvoyer dans une vision jusnaturaliste en postulant un droit métaphysique supérieur à celui posé par les hommes à travers l'institution étatique. Raymond Carré de Malberg, plaidant en faveur de cette idée, présente la naissance de l'Etat comme coïncidant avec l'établissement d'une Constitution, l'Etat devant « avant tout son existence au fait qu'il possède une Constitution »<sup>569</sup>. A ce titre, il est qualifié d'« institution humaine » du fait que « l'acte de création effective de l'Etat » est un « acte de volonté humaine » correspondant à la « *causa proxima* de l'Etat ». Un tel raisonnement le rattacherait donc à un acte de langage caractérisant une volonté d'agir sur le monde en instituant une entité abstraite par la déclaration de « son statut organique »<sup>570</sup>. On retrouve ici la notion de statut comparable à celui d'une société de droit privé, lequel serait générateur d'un être porteur d'une certaine unité et conditionnerait son existence. Aussi, il y aurait, à l'instar des propos de Schmitt, un lien consubstantiel entre l'être de l'Etat et la présence d'une Constitution si bien que l'un ne peut aller sans l'autre ; l'existence d'une Constitution serait l'indice élémentaire de celle de l'Etat tout comme l'identification d'un Etat induit qu'il ait une Constitution, qu'elle soit formelle ou matérielle. Concrétisant l'acte de naissance de l'Etat, l'acte constituant est soit observable à travers un texte écrit spécifiquement dédié et retranscrivant un acte de langage particulier, soit il se déduit de la

---

<sup>569</sup> Cf. CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome I, 1920, Paris, Recueil Sirey, C.N.R.S., 1962, p. 65.

<sup>570</sup> *Ibid.*, p. 133.

reconnaissance d'une structure étatique générant du droit et encadrant la pratique du pouvoir.

**462.** Un autre élément allant dans ce sens pourrait se trouver dans le caractère « a-juridique » de la Constitution. Un trait affirmé par Olivier Cayla en raison de sa fonction essentielle de fonder l'Etat : celui-ci la compare à un « fait de production » et lui dénie toute qualité juridique<sup>571</sup>. En d'autres termes, associé à un discours monologique de type pur qui ne peut engendrer autre chose qu'une chose ou un état de chose, le texte fondateur de l'Etat ne peut avoir pour objet que de faire advenir ce qu'il énonce. En ce sens, il n'aurait aucune vertu normative puisqu'il ne viserait qu'une constitution de chose et non une régulation de comportements<sup>572</sup>. On retrouve une conclusion similaire chez Carré de Malberg lorsqu'au sujet de l'Etat, il prétend que la naissance et la fondation de l'Etat ne représentent qu'un « simple fait »<sup>573</sup>. Au surplus, il argue que « ni sa naissance ni son maintien ne peuvent s'expliquer par un raisonnement ou une construction juridique », le droit n'étant qu'une institution humaine postérieure à l'Etat<sup>574</sup>. Une vision a-juridique de la Constitution est ici aussi proposée, réduisant l'acte constituant à sa substantifique moelle. Elle aurait ainsi pour mérite d'écartier l'éventualité d'une règle de droit à laquelle l'établissement de l'Etat devrait se conformer. Par conséquent, la Constitution produit un artefact symbolisant la collectivité publique dans le but de lui permettre d'agir en tant que telle. Les rapports entre Constitution et Etat pourrait dès lors se résumer en un syllogisme tenant à ce que si de la Constitution se conçoit non pas comme une norme mais comme un fait, que ce fait s'avère être la procréation d'une entité abstraite nommée « Etat » issue d'un acte de langage aux particularités linguistiques spécifiques, alors la Constitution est l'origine de l'Etat en tant que fondement de son existence.

**463.** Mais appréhender la Constitution comme un avènement de l'Etat implique aussi de l'étudier sous l'angle de ce second sens dégagé par Schmitt qu'est la détermination d'une forme de gouvernement. L'acte constituant est alors à apprécier sous le prisme du choix

---

<sup>571</sup> Cf. CAYLA O., *La notion de signification en droit, contribution à une théorie du droit naturel de la communication, op. cit.*, pp. 523-525. Il ira même plus loin en affirmant que la Constitution est à la fois un être et un devoir-être car elle fait advenir l'Etat en disant ce qu'il doit être, tout en montrant que la prérogative factuelle prime sur celle normative (*ibid.*, p. 530).

<sup>572</sup> Une distinction qui se retrouve chez John Searle et qui fera l'objet de plus amples développements dans les chapitres suivants.

<sup>573</sup> Cf. CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome I, *op. cit.*, p. 62.

<sup>574</sup> *Ibid.*, pp. 61-62. Il rajoutera que la Constitution originare n'est, comme l'Etat auquel elle donne naissance « qu'un pur fait, réfractaire à toute qualification juridique » (*ibid.*, p. 66).



d'un type de régime. Tout d'abord, faire advenir l'Etat signifie aussi opter pour un régime politique particulier. Si Jacky Hummel, reprenant les propos de Thomas Paine, avait pu présenter le gouvernement comme la *créature* d'une Constitution, associant celle-ci à un « acte constitutionnel représentant l'expression même de la *volonté nationale de créer l'Etat* »<sup>575</sup>, force est de constater que l'expérience constitutionnelle française tend à abonder dans ce sens. Souvent conçu comme un mode de prévention contre la dérive tyrannique, qu'il alterne entre les divers systèmes politiques ou bien qu'il aboutisse à la reconduction d'un type ancien, l'acte constituant n'a eu de cesse, à chaque changement de Constitution, de se prononcer implicitement ou explicitement sur le genre de gouvernement à instituer. Or, il est ici particulièrement évident que la forme de gouvernement détermine l'identité de l'Etat, créant un lien consubstantiel entre la nature du régime et la structure étatique visant à le mettre en œuvre.

**464.** Si les analyses précédentes concernant le lien entre l'exercice du pouvoir constituant et la rupture illustrent assez bien la question d'un choix primaire et exprimé d'une forme de gouvernement spécifique, un dernier exemple mérite l'attention. En effet, la « révision » de 1962, souvent tiraillée entre identification d'un pouvoir constituant originaire ou d'un pouvoir constituant dérivé, est généralement décrite comme un acte constituant marqué par la concrétisation d'une présidentialisation du régime parlementaire de la V<sup>ème</sup> République. Outre sa nature faisant franchement penser à un acte à rebours du constituant originaire<sup>576</sup>, il est à noter que s'il s'agit expressément de simplement modifier le mode de désignation du Président de la République, implicitement, un tel choix du constituant conduit à altérer le parlementarisme au profit du régime présidentiel.

**465.** De plus, la connexion entre la forme de gouvernement et la Constitution se retrouve aussi dans l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 disposant que « toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Montrée comme une définition matérielle d'une Constitution, il préfigure de cette manière l'exigence d'une prise de position quant à la forme de gouvernement adoptée par l'Etat, forme qui le singularise des autres. En effet, la nature d'un régime s'évalue généralement de façon principale en fonction de la séparation des pouvoirs adoptée par le constituant, qu'elle soit

---

<sup>575</sup> Cf. HUMMEL J., *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris, 2010, pp. 45-47.

<sup>576</sup> Expression directe du souverain national, dérogation au principe de *lex specialis*, des éléments qui vont davantage dans le sens d'un acte originaire que dans celui d'une révision.

souple ou stricte, ou bien formellement énoncée, effacée par la pratique ou encore effective. Ainsi, une société qui n'établirait pas les règles du jeu des pouvoirs de même que leurs interactions n'aurait pas de Constitution et donc ne ferait pas advenir cette structure artificielle et abstraite qu'est l'Etat.

**466.** Force est de constater que la reconnaissance d'un régime ou d'un autre est assurément liée à l'allure que prend la séparation des pouvoirs de l'Etat. Mais la qualité du régime politique instauré dépend aussi, de manière plus accessoire, de la présence et de l'effectivité d'une garantie des droits. Celle-ci permet en effet de juger du caractère protecteur de l'Etat vis-à-vis de ses sujets et rejaillit sur la définition de la forme de gouvernement en permettant de spécifier de manière plus affinée la nature du régime politique. Ainsi, l'Etat impérial n'en comportant pas, il se distingue de l'Etat monarchique parlementaire qui lui en est pourvu. De même, l'Etat de la III<sup>ème</sup> République s'exemptant d'une telle garantie explicite et réservant cela à la loi, se montre différent de ceux qui lui succéderont et qui l'établiront de manière ferme mais sans pour autant assurer leur effectivité<sup>577</sup>.

**467.** En conséquence, la Constitution entretient un lien ténu avec l'existence de l'Etat. Mais limiter l'avènement constitutionnel de l'Etat à la seule question de l'existence offre une vision restreinte de l'acte créateur du constituant. Aussi, si elle détermine l'Etat à travers la désignation de la forme du gouvernement, la Constitution est nécessairement liée à l'agencement institutionnel qui caractérise le régime.

## 2. Le lien consubstantiel entre Constitution et agencement institutionnel

**468.** La forme du gouvernement définissant l'Etat est affaire de la mise en place de ses institutions, lesquelles accompagnent l'Etat et font partie intégrante de son être. Constituer l'Etat passerait alors obligatoirement par la gestion de son organisation.

**469.** Carré de Malberg dans sa compréhension de la génération de l'Etat par l'acte constitutionnel fait apparaître sa fonction de donner « à la collectivité publique des organes

---

<sup>577</sup> Il est bien entendu que la V<sup>ème</sup> République faire figure d'exception sur ce point. Néanmoins, cette exception n'est pas l'œuvre du constituant mais est exclusivement imputable à la hardiesse jurisprudentielle du Conseil constitutionnel.

assurant l'unité de sa volonté et faisant d'elle une personne Etatique »<sup>578</sup>. Il laisse ainsi entrevoir une corrélation des plus étroites entre la création de l'Etat par la Constitution et celle de ses institutions, lesquelles ont vocation à lui donner les moyens d'agir et de ce fait déterminent son identité<sup>579</sup>. Cette vision est rejointe par Anne Jussiaume dans son étude du genre constitutionnel qu'elle identifie comme un contenu spécifique et pouvant être interprété comme ayant pour objet « l'organisation de l'Etat ». En outre, elle relève, que le terme même de Constitution à ses origines était synonyme de structure ou d'organisation et concernait les règles relatives à l'organisation de l'Etat<sup>580</sup>. Autrement dit, il s'agit d'une instauration d'institutions et organes gravitant au sein de la sphère étatique et lui offrant la faculté d'entreprendre par le truchement de la production de règle de droit.

470. Mais si la théorie arrive à ce résultat, le droit positif ne semble pas le démentir. La lecture des nombreux textes constitutionnels français (et même étrangers) tend à conforter une telle analyse jusqu'à la plus lapidaire d'entre-elles. Aussi, la « Constitution » de la III<sup>ème</sup> République a eu pour seul but de fixer le statut des institutions parlementaires. Elle entérine leurs interactions afin d'ancrer l'Etat républicain en le basant sur une logique de pouvoirs et contre-pouvoirs aménagés autour d'un organe exécutif et d'un organe législatif. L'identification de l'Etat républicain parlementaire a pu alors se faire grâce à l'existence et au manège des entités dépositaires des pouvoirs de l'Etat. Par conséquent, son avènement par la Constitution tiendrait à la mise en place d'institutions chargées de faire apparaître de manière concrète la puissance de l'Etat. Sans l'effectivité de cette puissance, il demeurerait une coquille vide, un contenant sans contenu.

471. C'est dans cette hypothèse que le troisième sens du mot « Constitution », le « *devenir dynamique* de l'unité politique », dégagé par Carl Schmitt, prend toute sa signification. Présentée comme le principe du « processus de *formation* et d'*origination* (Entstehung) toujours renouvelée de cette *unité* à partir d'une *force ou énergie* qui la fonde ou agit dans son fondement »<sup>581</sup>, la Constitution représenterait le vecteur de la mutation interne de l'Etat. Une affirmation en ce sens peut valablement vouloir dire deux choses.

---

<sup>578</sup> Cf. CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome I, *op. cit.*, p. 65.

<sup>579</sup> Carré de Malberg pointe d'ailleurs l'organisation d'un Etat fédéral comme un fait générateur de ce dernier (*ibid.*, p. 137). Par ce biais, il tend à hisser la mise en place d'institutions spécifiques au rang de condition *sine qua non* de l'existence de l'Etat dans son identité propre, les deux étant indissociables.

<sup>580</sup> Cf. JUSSIAUME A., « Existe-t-il un genre littéraire constitutionnel ? », *Revue d'histoire des Facultés de droit, de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, n° 31, 2011, pp. 183-184.

<sup>581</sup> Cf. SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 134.

Elle peut s'entendre comme le fait que l'Etat obtient sa pérennité du simple fait que, chaque jour, il trouve sa fondation dans la Constitution qui lui a donné naissance et évolue de lui-même à travers l'interprétation qu'en font les acteurs politiques sans pour autant mobiliser un pouvoir constituant. Mais elle peut aussi signifier qu'il est lié de façon étroite à son agencement interne si bien que toute réorganisation, même infime, reviendrait à régénérer l'être même de l'Etat. Aussi, l'évolution de l'identité de l'Etat est rattachée à sa transformation pragmatique – molle – qui recouvre une nouvelle réalité au gré de l'appréhension des principes qui sous-tendent son essence. De l'autre côté, une rénovation par l'acte constituant ou de révision constitutionnelle touchant au rapports interinstitutionnels viendrait refonder ou améliorer l'Etat par un acte formel et solennel. Dans les deux cas, l'être même de l'Etat s'avère soumis à ce que la Constitution dit qu'il est, sans pouvoir s'en détacher de quelque manière que ce soit. Il est subordonné à l'action du pouvoir politique disposant d'une mainmise sur ce que Hauriou désignait comme une « fondation de l'Etat qui se répète sous nos yeux à chaque révision constitutionnelle »<sup>582</sup>.

**472.** Dans cette optique, l'analyse du droit positif ne semble faire que confirmer le caractère ténu du lien entre l'évolution de l'Etat et celle de sa Constitution. S'agissant de la mise en œuvre du pouvoir constituant originaire, en tant qu'acte de refonte totale, son impact sur l'Etat et sa forme est plus qu'évident. L'histoire constitutionnelle française contient une multitude d'exemples montrant sa faculté à reconstruire *ex nihilo* le monde constitutionnel et ainsi, installer un Etat réassorti et muni parfois d'institutions qui divergent de l'Etat précédent<sup>583</sup>. Ensuite, à sa manière, le pouvoir de révision agit dans une logique similaire tant il assurerait l'évolution effective de l'Etat dans une forme qui ne serait que modifiée au fil du temps<sup>584</sup>.

**473.** En conséquence, la Constitution s'avèrerait être porteuse de ce qu'est l'Etat. En tant que fait et non en tant que droit, elle donne naissance à cet artefact particulier tout en y

---

<sup>582</sup> Cf. HAURIU M., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1986, p. 122.

<sup>583</sup> Ainsi, contrairement à ce que pouvait affirmer Carré de Malberg, subordonner l'apparition de l'Etat à une Constitution originelle, « sa première Constitution », nierait la capacité de ce dernier à se renouveler dans son ensemble pour laisser place à un nouvel Etat aux formes différentes (cf. CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome I, *op. cit.*, p. 65). Dès lors, en arguant de la continuité d'un Etat assujéti à un acte qui n'aurait plus de raison d'être, le juriste alsacien se livrerait à un discours paradoxal tenant à l'existence d'une chose préalablement à son acte de naissance.

<sup>584</sup> A l'image de la loi constitutionnelle du 7 juin 2000 réduisant la durée du mandat présidentiel à cinq ans et provoquant des répercussions sur l'ensemble des rapports politiques interinstitutionnels ou encore celle du 28 mars 2003 disposant une organisation décentralisée de la République alors que la forme de l'Etat était auparavant essentiellement centralisée.

restant intrinsèquement liée. Que ce soit dans son objet, son contenu ou dans sa pratique politique, lorsque l'un est affecté, l'autre s'en trouve automatiquement modifié au point qu'il soit impossible de saisir l'un ou l'autre séparément. Cependant, ce lien de causalité ne paraît pas se réduire aux rapports entre la Constitution et l'Etat. Aussi, le *fiat* constitutionnel responsable d'un avènement social ne peut se comprendre que comme un acte complet ayant des conséquences analogues sur l'existence du groupe social lui-même.

### **B/ L'avènement constitutionnel de la société**

**474.** L'avènement de la société par l'acte constitutionnel requiert de comparer ce dernier à l'instauration d'un contrat social qui lierait des individus isolés et constituerait leur association politique, laquelle ne serait pas naturelle mais se fonderait sur une convention<sup>585</sup>. Toutefois, une telle vision des choses ne semble pas aller de soi. Raymond Carré de Malberg qualifie cette fondation de la société par le contrat social de « pure construction logique » vide de sens du fait de la séparation de « l'être social » et de « l'être individuel »<sup>586</sup>. Néanmoins, de multiples éléments permettent d'aller dans le sens d'une création de la société par l'acte constituant à travers son rapprochement avec une convention spécifique faisant advenir un état social simultanément à mise en œuvre de l'acte de langage constituant. Il existerait alors un lien de parenté entre la Constitution et l'être social (1). Aussi, une pareille hypothèse tendrait à se confirmer en raison du contexte de rupture précédant l'acte constituant et de l'assimilation du produit de cet acte avec une convention sur l'être en devenir de l'association des individus. Une hypothèse qui pourrait en outre se voir confortée par une analyse linguistique spécifique de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (2).

#### 1. Le lien entre Constitution et société

**475.** Dans son œuvre principale *Du contrat social*, Rousseau a su démontrer le lien entre l'existence de ce contrat et l'apparition de la société par ce dernier. Selon lui, « avant donc

---

<sup>585</sup> Cf. ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social*, Flammarion, Paris, 2001, p. 46.

<sup>586</sup> Cf. CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome I, *op. cit.*, p. 52-53.

que d'examiner l'acte par lequel un peuple élit un roi, il serait bon d'examiner l'acte par lequel un peuple est un peuple »<sup>587</sup>.

**476.** Cette introduction au chapitre traitant du pacte social tend à poser la problématique suivante : l'association politique est-elle le fruit d'une convention entre les individus qui la composent ou bien en représente-t-elle un présupposé inévitable ? Le philosophe des Lumières y répond en affirmant que cet acte de détermination du peuple en tant que tel est « nécessairement antérieur » à celui de se donner un roi car il est « le vrai fondement de la société »<sup>588</sup>. Par conséquent, les bases sont posées, puisqu'il faut avoir contracté pour pouvoir se donner un roi – autrement dit édifier l'Etat et désigner le dépositaire de sa puissance – et que ce don requiert une association en ce qu'il suppose une « délibération publique ». Ce contrat peut alors être assimilé à l'acte de naissance de la société qui puise fatalement son essence dans celui-ci. Il libérerait les individus du rapport de force constant inhérent à l'état de nature et confierait leur survie à l'envergure et la longévité de l'association.

**477.** Mais le Genevois s'avèrera encore plus explicite à ce sujet puisqu'il déduit de cet acte d'association la production d'un artéfact politique destiné à agir de lui-même en exprimant non pas la volonté de chacun de ses membres mais celle du groupe pris de manière unitaire<sup>589</sup>. Quel que soit le nom qui lui est attribué, il forme un collectif construit autour de la volonté des associés de s'enchaîner durablement les uns aux autres, agrémenté d'une confiance mutuelle mue par le don fait par chacun aux autres de la maîtrise de leur propre devenir. Dès lors, constituer une société semble être l'objet même du contrat social dont les clauses « se réduisent toutes à une seule, savoir l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté »<sup>590</sup>, limitant sa raison d'être à ce seul

---

<sup>587</sup> Cf. ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 55. Il est toutefois nécessaire ici de mettre en lumière l'identité de chose entre « peuple » et « société », le premier n'étant que le nom donné au second et ne présente pas une essence autre que l'association politique elle-même dont parle Rousseau.

<sup>588</sup> *Ibid.*

<sup>589</sup> « Si donc on écarte du pacte social ce qui n'est pas de son essence, on trouvera qu'il se réduit aux termes suivants. Chacun de nous met en commun sa personne et sa toute puissance sous la suprême direction de la volonté générale ; et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout. A l'instant, au lieu de la personne particulière de chaque contractant, cet acte d'association produit un corps moral et collectif composé d'autant de membres que l'assemblée a de voix, lequel reçoit de ce même acte son unité, son moi commun, sa vie et sa volonté » (*ibid.*, p. 57). Une vision qui se retrouve également chez Locke qui, sans désigner cette union du nom de peuple, préférera le terme de communauté que les hommes par le consentement mutuel constitueront en « corps, doté d'un pouvoir d'agir en tant que corps » (*cf.* LOCKE J., *Le second traité du gouvernement*, Paris, P.U.F., 1994, p. 71).

<sup>590</sup> Cf. ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 56.

et unique rôle fondateur. Le peuple, en tant qu'être social, deviendrait donc peuple du fait et du seul fait qu'il disposerait d'un statut le désignant comme tel, non d'une essence naturellement sociale de l'individu qui serait plus proche de l'instinct clanique animal axé sur la conservation que du réel sentiment social apporté par l'acte de convention<sup>591</sup>.

**478.** Mais si le pacte social peut être conçu comme un fait générateur de la société elle-même, il apparaît que l'acte constituant puisse lui aussi se voir assigner une telle prérogative. Aussi trouve-t-on çà et là des références à une identité supposée ou explicite entre l'acte fondateur de la société et celui établissant une Constitution. En effet, certains comme Jacky Hummel voient dans la conception originelle de celle-ci un lien représentatif de l'acte d'association qu'il apprécie comme « une interface entre énoncé des droits individuels et ordre collectif constitutionnel »<sup>592</sup>. Il ira même jusqu'à mettre en lumière un des sens du mot « Constitution » qui renverrait au « mode d'existence de la société »<sup>593</sup>. D'un autre côté, d'autres comme Xavier Bioy posent la question d'un constituant potentiellement contraint « par la nature de la société à laquelle il donne forme »<sup>594</sup>. Il en conclut d'ailleurs à l'essence métaphysique d'un auteur légitime de la Constitution, emprunté à la théorie du contrat social. Enfin, d'autres comme Dominique Rousseau proposent une lecture particulière de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 essentiellement tournée vers un rapprochement de l'acte de Constitution et de la société invitant à lire son énoncé selon sa première signification<sup>595</sup>. Par conséquent, l'appréhension d'un lien entre Constitution et Société n'est pas chose nouvelle et reste encore aujourd'hui plus que prégnante.

---

<sup>591</sup> Même si Locke fonde sa version de la théorie contractualiste sur la nature sociale de l'homme tel que Dieu a pu le créer en le soumettant à « une forte obligation, à la fois de nécessité, de convenance et d'inclination, pour le pousser à entrer en société » (cf. LOCKE J., *Le second traité du gouvernement*, op. cit., p. 56).

<sup>592</sup> Cf. HUMMEL J., *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, op. cit., p. 37.

<sup>593</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>594</sup> Cf. BIOY X., « L'usage de l'idée de nature dans le droit constitutionnel », in *Le droit, de quelle nature ?*, ROUSSEAU D. & VIALA A. (dir.), Actes de colloque des 8 et 9 mars 2007, Faculté de droit de Montpellier, Paris, Montchrétien, 2010, p. 130.

<sup>595</sup> « ... l'article 16 ne dit pas « tout Etat qui ne garantit pas les droits et ne sépare les pouvoirs n'a point de Constitution » mais « toute Société. Les juristes ont lu « toute Société » comme si c'était « tout Etat ». Mais quand les hommes de 1789 disent « toute Société », ils disent « toute Société ». Autrement dit, le lien n'est pas entre Constitution et Etat mais entre Constitution et Société... » (cf. ROUSSEAU D., « Prolégomènes à l'étude de l'identité constitutionnelle », in *Le droit constitutionnel normatif, développement récents*, BEN ACHOUR R. (dir.), Bruylant, 2009, p. 27).



**479.** Plus qu'une simple pétition de principe, une référence à un « ailleurs » métaphysique « considéré comme contraignant »<sup>596</sup>, ou la vulgaire reconstruction d'une supposée prétention à la réalité contestable, l'avènement social dépendrait de l'acte constituant en ce qu'il en serait le fondement même. Ainsi, le droit positif en offre une illustration par la prise en charge explicite de l'expression et de la réitération de ce contrat social. C'est en définitive dans les diverses déclarations de droits que se trouve l'appropriation par les individus constitués en société de leur association. S'il est loisible d'interpréter le fait de se doter d'une entité abstraite telle que l'Etat comme la volonté d'assurer un avenir dynamique au désir de vivre ensemble, force est de constater que l'apposition constitutionnelle d'une définition de ce que sera la société à travers ses principes fondamentaux peut aussi induire sa réalisation. En outre, si le caractère idéal du discours des droits de l'Homme est à prendre en compte, il ne semble pas concerner le pacte social en lui-même mais l'effectivité des principes, lesquels représenteraient un résultat projeté, certes foncièrement aporétique mais qui légitime la création de l'Etat pour y parvenir.

**480.** Un tel postulat n'est pas sans conséquence. Il distinguerait l'énonciation des principes fondamentaux de l'existence d'un pacte social, résolvant du même coup le problème posé par un acte constituant qui en ferait l'économie. En ce sens, l'être social ne serait pas dépendant de la détermination de ses valeurs, elle en serait tout au plus un indice confortable ou encore un complément, non une condition de vérité. Mais si pareille conclusion paraît valable concernant l'existence même des droits fondamentaux, elle l'est encore plus vis-à-vis de leur effectivité. Statuer autrement reviendrait à nier dans son fondement l'acte d'association antérieurement au 16 juillet 1971, date à laquelle le Conseil constitutionnel en ferait une réalité et transformant ce dernier en censeur de la validité du pacte.

**481.** De plus, au-delà de la vision de Dominique Rousseau, la conception de l'avènement sociétal par la Constitution paraît pouvoir se déduire d'une lecture particulière de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

---

<sup>596</sup> Cf. BIOY X., « L'usage de l'idée de nature dans le droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 130.



2. L'argument de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

**482.** S'il est généralement admis que l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 constitue une définition matérielle de la Constitution sur la base d'une acception étatique de la société, il semble qu'une analyse linguistique paradigmatique<sup>597</sup> fasse apparaître plus que cela.

**483.** A première vue et suivant la thèse prévalant en droit, le libellé de l'article 16 – « toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » – tendrait à refuser la qualité constitutionnelle à un texte juridique ne présentant pas au minimum les deux éléments que sont l'engagement d'une protection des libertés fondamentales et une organisation garante de ces libertés et portée sur le partage des pouvoirs entre plusieurs organes de l'Etat. Une telle interprétation conduit de toute évidence à conférer un sens particulier au segment « la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée », représentant donc cette fameuse Constitution fondant l'ordre juridique. En tant que définition matérielle de l'objet Constitution au sens de la théorie du droit, il se présenterait alors comme porteur d'une signification métonymique visant à faire apparaître les parties pour le tout. Il serait alors possible de lui substituer la locution « Constitution juridique » dont il serait la paraphrase. Ceci permettrait de réécrire l'article 16 de la façon suivante : « toute Société dans laquelle une Constitution juridique n'est pas déterminée n'a point de Constitution ». Mais pareil énoncé afficherait une redondance étrange pour une disposition constitutionnelle et ce, quand bien même elle n'aurait pas la qualité de norme et ne revêtirait qu'un caractère indicatif.

**484.** Toutefois, il est impossible de s'arrêter à ce stade de l'analyse sans neutraliser l'explication de la viabilité d'une telle reconstruction en ce qu'elle aboutirait à une tautologie incompatible avec un énoncé fondamental, voire constitutionnel. Ceci reviendrait à le priver de toute vraisemblance en couvrant cette disposition d'un voile d'extravagance dont on ne peut se satisfaire. Par conséquent, le terme « Constitution » de

---

<sup>597</sup> L'objet d'un tel examen consiste principalement à remplacer les termes d'un énoncé par des synonymes ou bien ce qu'ils représentent en réalité, permettant ainsi de révéler les dessous d'une poétique parfois très marqué dans le but d'obtenir un énoncé épuré de toutes figures de style. A l'opposé de l'analyse syntaxique, l'analyse paradigmatique revient à remplacer sur l'axe vertical de l'énoncé les éléments matériels qui le constituent de la même manière que l'on ferait défiler les chiffres d'un cadenas à code.

l'article 16 ne peut représenter l'acte constitutionnel lui-même du fait qu'il est implicitement entendu par la locution qui le précède. Aussi, le dire constitutionnel obéissant au principe de l'effet utile de l'énonciation, il est nécessaire d'y trouver une autre signification que celle de « Constitution juridique ». Il faut alors piocher dans la réserve de signification que peut avoir le mot « Constitution » pour en dégager sa signification primaire. Il faudrait alors l'entendre comme l'action de constituer quelque chose ou encore comme l'ensemble des caractéristiques d'un individu qui permettent de déterminer son identité.

**485.** Plus encore, le terme « Constitution » désigne l'ensemble des éléments qui composent ce quelque chose, traduisant un rapport ontologique avec le sujet de l'énoncé. Ainsi, il est une nouvelle fois permis d'agir sur l'axe paradigmatique de ce dernier en remplaçant la locution « n'a point de Constitution » par « n'est point constituée ». Cette opération donne l'énoncé suivant : « toute Société dans laquelle une Constitution juridique n'est pas déterminée n'est point constituée », offrant un sens rénové à l'article 16 sans être toutefois suffisant. En effet, l'énonciation passive tournée à la forme négative n'est pas sans susciter l'interrogation quant aux raisons qui justifient un tel choix énonciatif, lequel focalise l'intention sur un être présumé placé en position de sujet grammatical tout en lui niant une caractéristique ontologique s'il ne remplit certaines conditions. Dès lors, l'intention conditionnelle de l'article 16 – si la société n'a pas de Constitution juridique, alors elle n'est pas constituée – révélerait un autre énoncé sous-jacent à la forme affirmative et active identifiable comme suit : « la Constitution juridique constitue la Société », représentant la face non exprimée et présumée de l'énoncé de départ. Ainsi, une fois développé, le négatif de l'article 16 semble lui aussi conduire à la photographie finale d'un avènement sociétal au moyen de l'établissement d'une Constitution.

**486.** Envisager la Constitution comme un fait générateur de la société, implique enfin, tout comme la théorie du contrat social, d'identifier un néant associatif antérieurement à l'acte constituant sur lequel repose l'idée du *fiat*. Jacky Hummel a d'ailleurs pu émettre l'hypothèse d'un « état de nature juridique »<sup>598</sup> subséquent à la rupture due au changement de Constitution qui nécessiterait la re-création de la structure étatique mais aussi celle de la collectivité politique qui se trouve être la société elle-même. En effet, l'apparition du pouvoir constituant provoquerait donc un vide à la fois juridique et constitutionnel qu'il est

---

<sup>598</sup> Cf. HUMMEL J., *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, op. cit., p. 37.

voué à combler. Mais considérer l'acte constituant comme un acte divin, visant à faire advenir toute chose dans un espace dénué de matière, conduit fatalement à observer, outre un état de nature juridique, un état de nature social à l'intérieur duquel, les individus évoluent de manière relativement isolée et attendant la convention prochaine pour se constituer à nouveau en groupe social. Un contexte de rupture qui, une fois encore, oblige à ce que la Constitution soit un instrument de génération et de régénération de la société. Rousseau le pensait déjà lorsqu'il exposait que « les clauses de ce contrat sont tellement déterminées par la nature de l'acte, que la moindre modification les rendraient vaines et de nul effet »<sup>599</sup>.

**487.** Aussi, si la Constitution peut-être comparée à la convention responsable de l'existence de l'association politique des individus, la refonte de celle-ci entraînerait fatalement l'abandon de l'union précédente « jusqu'à ce que, le pacte social étant violé, chacun rentre alors dans ses premiers droits et reprenne sa liberté naturelle, en perdant la liberté conventionnelle pour laquelle il y renonça »<sup>600</sup>, plongeant à nouveau les associés dans un état de nature. Par conséquent, le renouvellement de l'acte constituant impliquerait un renouvellement implicite de l'association politique conventionnelle et donc de l'existence du corps social dans son unité, induisant sa disparition momentanée et laissant place à la nécessité de contracter de nouveau, d'aliéner leur liberté recouvrée pour garantir leur survie<sup>601</sup>. Ainsi, la césure provoquée par l'apparition ou la réapparition du souverain constituant entre deux mondes constitutionnels engendrerait le rétablissement d'un état de nature non plus seulement juridique, comme l'énonçait Jacky Hummel, mais aussi social, obligeant les anciens associés à revoir leur contrat en vue d'en former un autre.

**488.** Dès lors, l'acte constitutionnel présenterait une autre finalité que celle de faire advenir l'Etat et ses institutions. Comparable au contrat social qui fait sortir l'individu de son état de nature pour en faire un homme social, la Constitution serait l'acte de naissance de la société en elle-même. La thèse contractualiste apporterait alors divers éléments confortant l'idée d'un avènement sociétal par une volonté associative faisant vivre de fait l'association en question à travers un acte conventionnel. Si les indices d'une telle construction sociale se retrouve çà et là dans les divers textes constitutionnels – l'article 16

---

<sup>599</sup> Cf. ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 56.

<sup>600</sup> *Ibid.*

<sup>601</sup> Il n'est d'ailleurs pas étonnant que chacune des ruptures constitutionnelles soient accompagnées d'un rapport de force caractérisé par un contexte de crise sociale, politique, ou militaire.

de la Déclaration des Droits de l'Homme ne formant en définitive qu'un exemple dont l'éloquence reste tributaire d'une reformulation – ils semblent parfois se confondre avec ceux d'une institution étatique, si bien que l'établissement de ce dernier occulte celui de l'association politique qui la précède.

**489.** C'est au final l'élément contextuel qui autorise le plus fortement à penser que l'acte constituant générant un état de nature du fait de la rupture induite par le changement constitutionnel. La thèse d'un acte constituant semblable à un *fiat*, figurant un avènement social par la Constitution, conduit inmanquablement à envisager la performativité du langage constitutionnel dans sa forme énonciative constative comme s'efforçant de désigner un être existant alors qu'il s'exprime dans un néant institutionnel et matériel engendré par l'anéantissement de l'état de chose auquel il succède. Aussi, le constat constitutionnel puiserait sa force créatrice dans l'inexistence la chose qu'il prétend simplement observer.

§2 : Le constat d'une chose inexistante

**490.** Si un des traits essentiels du *fiat* est d'agir en constatant un état de chose dans un contexte caractérisé par le vide, cette caractéristique sied également à l'énonciation constitutionnelle. L'attitude descriptive combinée à l'environnement consécutif à la rupture entre deux ordres constitutionnels conduit à considérer l'acte constituant comme un fait générateur de la chose constatée dès lors que celle-ci ne peut être empiriquement observée. Procédant d'un discours de type monologique prononcé post-rupture constitutionnelle, le constat d'une chose qui n'existe pas s'apprécie aisément s'agissant du texte même de la Constitution (A). Toutefois, considérant la dualité du discours du Conseil constitutionnel, ce dernier oscille entre un dialogue inhérent à sa position juridictionnelle et un monologue interprétatif. Il serait alors possible d'entrevoir une création venant en quelque sorte « réviser » l'acte fondateur par la mise en place de nouveaux objets conceptuels, et en suivant une méthode analogue (B).

## A/ Un constat textuel

**491.** Etablir un constat par le texte même de la Constitution faisant advenir conceptuellement une chose qui n'existe pas au moment du constat implique de relier entre eux plusieurs éléments. Aussi, la description d'une chose inexistante suppose qu'elle soit opérée dans un vide juridique et conceptuel créé par une rupture engendrée par la mise en œuvre d'un pouvoir constituant s'exprimant d'une manière spécifique. En ce sens, le produit de cet acte de langage qu'est la Constitution semble n'avoir d'existence, sous les mots de Searle, qu'à travers sa représentation<sup>602</sup> et donc ne pourrait être ainsi sans qu'il ne soit nommé en tant que tel. Pareil postulat entraîne que l'acte de nommer la chose et de la décrire intervienne dans un espace dénué de toute matière constitutionnelle. Ceci aurait pour objectif de faire du constat qui en découle l'acte créateur de la chose qui en est l'objet. Deux situations sont alors à prendre en compte : celle où le constituant innove un concept (1) sans qu'il n'y ait de précédent dans ce même espace-temps, et celle où il rénove un artefact jugé usé par la pratique et auquel il donne une nouvelle forme (2).

### 1. Une innovation conceptuelle

**492.** Il est intéressant de rattacher cette idée de vide juridique à la nature discursive du dire constitutionnel. Celui-ci étant de type monologique qualifiable de pur par analogie avec la création divine du monde, il semble aller de soi que son expression ne puisse aller de paire qu'avec le néant qui lui sert de terrain à bâtir.

**493.** Basé sur un acte de description lui aussi, le *fiat lux* génésiaque intervient pour faire advenir les êtres du monde alors que rien n'existe antérieurement à l'acte de Dieu. Le dire descriptif virerait donc à l'incantation d'une chose vouée à apparaître par l'évocation de son existence. Une apparition qui ne peut visiblement se comprendre que parce que l'être invoqué requiert sa nomination pour devenir réalité. Par conséquent, assimiler le discours constitutionnel au monologue divin suggère qu'il soit doté de propriétés identiques quant au contexte de son énonciation. S'il fait vivre des concepts constitutionnels, il ne peut le faire que dans la mesure où il a toute latitude pour cela. En d'autres termes, l'énonciation

---

<sup>602</sup> Cf. SEARLE J. R., « *The Construction of Social Reality* », New York, The Free Press, *La construction de la réalité sociale*, TIERCELIN C. (trad.), Paris, Gallimard, 1998, p. 96.

performative constative qui se dégage du langage constitutionnel textuel doit s'entendre comme s'insérant dans un contexte de vide juridique permettant la plénitude de son acte de langage. En dehors de cette situation, il serait tout à fait plausible de l'analyser sous le prisme de la vérité ou la fausseté. Or, tout comme l'énoncé performatif, l'énoncé constitutionnel ne peut être vrai ni faux. C'est un fait imposant un être, non un acte décrivant ce qui est en dehors et indépendamment de son énonciation. De plus, constater une chose qui n'existe pas – puisque la rupture avec le système précédent a fait disparaître l'état de chose établi – ne peut s'apprécier, qu'à la condition d'une création simultanée de l'état de chose représenté.

**494.** Le droit positif apporte à ce sujet bien des éléments d'étude. Au regard de l'histoire, l'acte constituant présente deux catégories d'action selon qu'il conçoive de toute pièce une nouvelle chose ou bien qu'il l'érige sur les ruines de celles qui fut<sup>603</sup>. En tant que texte précurseur, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 identifiable comme le premier acte constitutionnel formel de l'histoire française<sup>604</sup> proclame divers droits fondamentaux dont l'exclusivité lui appartient totalement. Nul autre texte français n'avait jusque-là déclaré des « droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme », lesquels étant entourés à cette époque d'« ignorance », d'« oubli » et de « mépris »<sup>605</sup>. Il est bien évident que si ce texte se targue de ne faire que les « reconnaître » et non de les instaurer, il n'en demeure pas moins que cette prétention ne fait figure que d'illusion ou matérialise une vision jusnaturaliste des droits fondamentaux.

**495.** Néanmoins, dans l'univers politique, une chose ou un état de chose n'advient et n'existe qu'à partir du moment où il est nommé<sup>606</sup>. Il est en tout cas, en tant que fait institutionnel dépendant de sa représentation et par la même de sa désignation. Une constatation similaire peut être mise en avant à propos des droits sociaux de 1946 et de la Charte de l'environnement de 2004. Leur proclamation, inédite jusqu'à leur mise en vigueur, conformerait la faculté du langage constitutionnel à créer un état de chose

---

<sup>603</sup> Une telle analyse requiert pour être exhaustive un examen approfondi de l'ensemble des concepts constitutionnels qui ont vu le jour à travers les divers actes constituants accomplis depuis 1789. Ceci pouvant faire l'objet d'une étude à part entière, il faudra se limiter à quatre éléments significatifs : le chef de l'Etat, le Parlement, les droits fondamentaux et enfin le juge constitutionnel.

<sup>604</sup> L'Assemblée nationale s'étant proclamée « constituante » le 9 juillet 1789 et la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen datant du 26 août, il est légitime de penser qu'elle puisse être un acte constituant, particulier eu égard à la qualité de ses dispositions.

<sup>605</sup> Le préambule de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

<sup>606</sup> Cf. PIERCE C. S., *Collected papers*, HARTSHORNE C. et al. (dir.), Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1933-1958, pp. 313-314.

nouveau en constatant linguistiquement leur existence à partir de rien. Une existence qui débute et ne peut débiter qu'à l'instant T de leur proclamation. Ainsi, l'absence effective d'un être identique antérieur semble corroborer l'hypothèse selon laquelle, la création du langage constitutionnel s'accomplit dans un vide juridique, faisant naître un être du néant fondamental<sup>607</sup>.

**496.** Mais l'expérience fondamentaliste n'est pas la seule à offrir son lot d'exemples d'une création nouvelle à partir d'une chose inexistante. Certaines institutions telles que le chef de l'Etat ou le Parlement, dans leurs individualités propres, ont aussi eu leur première fois. Depuis 1791, la nature du chef de l'Etat s'est vue largement modifiée au profit d'une multitude d'états différents. En effet, la France formellement constituée n'avait connu qu'un roi à sa tête lorsque que le constituant le remplaça par un Directoire, une chose constitutionnelle n'ayant aucun précédent et élaborée de bout en bout par un acte de langage constitutionnel. Un raisonnement identique peut être appliqué à la création des Consuls et plus tard de l'Empereur, lesquels apparurent sans que l'histoire constitutionnelle ne révèle d'antécédents comparables<sup>608</sup>. Enfin, le chef de l'Etat a pu prendre la forme d'un Président de la République, élu seul à la tête de l'exécutif, sans qu'avant 1848 cet objet constitutionnel ne soit expérimenté dans quelque système français que ce soit. Cette revue des divers profils de chef d'Etat qu'a connu la France tout au long d'une période marquée par l'hésitation constitutionnelle tend à montrer la capacité du pouvoir constituant à créer, en l'absence de base conceptuelle et institutionnelle antérieure, une chose constitutionnelle nouvelle possédant non seulement une essence exclusive. Cette exclusivité se déduit de toute évidence de sa désignation mais aussi des caractéristiques qui lui sont propres et qui permettent de la distinguer de tout autre être constitutionnel placé sur la même ligne spatio-temporelle.

**497.** Quant au Parlement, il fut pour la première fois créé par la Constitution de 1791 instaurant une Monarchie parlementaire. Toutefois, s'il est loisible de tenter de rapprocher cet artéfact constitutionnel des fameux Etats Généraux en ce qu'ils forment une assemblée délibérative chargée de concourir à la prise de décision politique. Or, leur caractère

---

<sup>607</sup> Il est même possible de voir une déclaration des devoirs du citoyen apparaître dans la Constitution du 5 Fructidor An III, élément qui, adossé à la déclaration des droits, et bien qu'évoqué dans les précédents textes constitutionnels, n'a véritablement vu le jour qu'une fois que le constituant l'ait expressément énoncé.

<sup>608</sup> Encore qu'il soit possible, s'il on veut être tatillon, de comparer le système impérial à un système monarchique en ce qu'ils ont de commun que le titulaire du pouvoir exécutif est doté de caractéristique et de prérogatives fortes et que sa succession se fonde sur l'hérédité ainsi que d'un « dignité » exorbitante du commun.



ponctuel et leur rôle exclusivement porté sur la gestion de crise empêchent de les assimiler à l'ancêtre d'une Assemblée générale permanente et dotée d'une faculté tant de co-décision que de contrôle de l'exécutif. Ceci attesterait donc une fois de plus que le constituant élabore des objets conceptuels dans un vide juridique en constatant leur existence, leur impossible et néanmoins inévitable existence.

**498.** Un objet constitutionnel, habituellement présenté comme une innovation de la V<sup>ème</sup> République, pose, à ce titre, un problème. En effet, le Conseil constitutionnel fait figure de première en 1958 en tant qu'organe chargé de contrôler la validité de la loi vis-à-vis de la Constitution. Instrument important d'une rationalisation efficace du Parlement, il est manifeste que ce qu'il est souvent désigné comme un juge constitutionnel vient au monde avec la Constitution du 4 octobre 1958. Ainsi, l'apparition de cette institution pourrait renforcer l'hypothèse d'une création par le constat d'une chose qui n'est pas antérieurement à son énonciation. Toutefois, il existe dans l'histoire française des précédents, desquels il pourrait trouver son origine conceptuelle. Tout d'abord, la IV<sup>ème</sup> République disposait d'un Comité constitutionnel dont la mission était de vérifier la compatibilité de la loi avec la Constitution. Néanmoins, le libellé du dernier alinéa de l'article 91 de la Constitution de 1946 disposant pour le Comité un office bien différent de celui du Conseil Constitutionnel de la V<sup>ème</sup> République. Si ce dernier est un gardien de la constitutionnalité de la loi, son ancêtre était là pour « examiner si les loi votées par l'Assemblée nationale suppose une révision de la Constitution ». En d'autres termes il effectuait un contrôle de la légalité de la Constitution. Une conclusion qui brise le lien de parenté entre les deux et tend à les montrer comme deux concepts institutionnels exclusifs.

**499.** Mais encore, il est possible d'identifier un embryon de juge constitutionnel chez les parlements d'Ancien Régime, ceux-ci s'adonnant à une sorte de contrôle de constitutionnalité des édits du roi en arguant une contradiction avec les Lois Fondamentales du Royaume. Cependant, ce n'était pas la fonction principale ces juges qui ne faisaient qu'opérer un contrôle diffus et incident différent d'un Conseil qui se trouve être une institution mi-politique mi-juridictionnelle, centralisant le contrôle de la validité de la règle législative à la norme constitutionnelle. Dès lors, le constituant de 1958 s'affirme dans ce cas comme un créateur d'une chose nouvelle lorsqu'il élabore et met en place l'institution du Conseil constitutionnel comme un contrôleur de la constitutionnalité de la loi, et ce en dehors de toute base conceptuelle pouvant lui servir de matériaux.



**500.** Si le constat monologique d'un état de chose effectivement inexistant du fait de son caractère constitutionnel inédit paraît sensiblement édifiant, il semble n'en être pas de même lors de la rénovation d'objets conceptuels ayant déjà connu une vie antérieure. Et pourtant il apparaît que l'on puisse déterminer pareille création ainsi contextualisée dans un néant juridique en reliant celui-ci avec la rupture occasionnée par l'exercice du pouvoir constituant. Si quelque soit la nature de la transition, il est possible d'identifier une césure entre deux ordres constitutionnels temporellement et matériellement distincts (même si ce dernier qualificatif peut toutefois être relativisé), tout porte à croire que la rupture se concrétiserait par un non-être instantané. Une affirmation en ce sens conduirait à voir dans la rénovation une création *ex nihilo* à travers une réitération sous le prisme du choix politique

## 2. Le choix politique de la réitération

**501.** Il est parfois difficile d'entrevoir ce vide tant sa matérialisation diffère suivant les cas. En effet, il peut tantôt s'apparenter à un claquement de doigts, tantôt s'inscrire dans un laps de temps plus important<sup>609</sup>. Dans ce dernier cas, il n'est d'ailleurs pas rare de trouver des actes transitoires introductifs du nouveau monde à venir<sup>610</sup>. Il peut même s'accompagner de la formation d'un Gouvernement provisoire dans le but d'expédier les affaires courantes. Mais ce qui ressemble plus à des soins palliatifs d'un ordre déjà considéré comme mort ne peut être assimilé à un système constitutionnel à proprement parler. Il ne caractériserait qu'une sorte de gouvernement de fait, *ad hoc* de surcroît, et ne serait en aucun cas constitué autrement que par un acte dit « constitutionnel » qui n'y fait que référence<sup>611</sup>, même si certains y voient toutefois l'instauration d'un régime constitutionnel transitoire<sup>612</sup>. La rupture suspendrait donc les activités de l'Etat créé par la Constitution précédente et supprimerait la société telle qu'elle fut jusqu'alors dans l'attente

---

<sup>609</sup> La naissance « aux forceps » de la III<sup>ème</sup> République montre à quel point l'hésitation entre deux systèmes de gouvernement peut parfois prendre beaucoup de temps.

<sup>610</sup> A titre d'exemple, les lois constitutionnelles du 10 juillet 1940, celle du 3 juin 1958, ou encore les diverses lois qui ont petit à petit façonné le caractère républicain de la « Constitution » de la III<sup>ème</sup> République illustrent cet intervalle lors duquel le politique agit en tant que fait et non plus dans un cadre constitutionnel déterminé.

<sup>611</sup> *i.e.* la loi du 3 juin 1958 « le Gouvernement de la République établit un projet de loi constitutionnelle et met en œuvre les principes ci-après... »

<sup>612</sup> Voir en ce sens GAHDOUN P.-Y., « L'émergence d'un droit transitoire constitutionnel », *RDP*, n° 1, 1<sup>er</sup> janvier 2016, pp. 149 et s.

de leur refondation par l'acte de langage constituant projeté. Une vision en ce sens présuppose un « état de nature juridique » et constitutionnel, figuré par son caractère absolu et inconditionné, pour satisfaire à son objectif.

**502.** Un tel postulat exige de repenser cette rénovation d'une chose existante à travers le principe de la réaffirmation. La lecture des différents textes constitutionnels français depuis 1789 révèle des traces explicites d'une action du constituant en ce sens<sup>613</sup> et montrant la prise en compte d'une rupture génératrice d'un vide constitutionnel. En effet, quelle pertinence faut-il tirer de la réaffirmation s'il n'est pas considéré que ce qui est affirmé de nouveau n'existe plus ? Un effet de manche politique ? Une emphase linguistique visant à soutenir l'intérêt qui y est porté ? En toute logique juridique, il est bancal de conclure ainsi, sauf à convenir que la parole du constituant serait en partie un leurre employé dans le but de combler un besoin de rassurer sur la question d'un éventuel oubli de ces droits ou bien d'une perte de valeur des travaux antérieurs et de leurs acquis. La rationalité constitutionnelle ne peut se satisfaire d'un tel raisonnement. Aussi, la redite des déclarations des droits fondamentaux par la Constitution de 1958 pose la question de la nécessité de le faire, si ce n'est parce que le constituant agit ici dans un contexte où il n'y a rien, niant une hypothétique continuité constitutionnelle. En tant qu'être suprême de la création constitutionnelle, le constituant n'a alors aucune véritable obligation de réitérer ce qui fut précédemment, que cette obligation puisse être éventuellement imposée par le type de régime choisi<sup>614</sup> ou bien par une volonté extérieure. Présupposer cette contrainte lui retirerait son caractère inconditionné et absolu et le subordonnerait à un système de valeur spécifique dont il ne pourrait pas disposer.

**503.** Par conséquent, si l'objet constitutionnel a pu exister par le passé de manière identique et même s'il en est fait une simple référence comme en 1946, l'éminence d'une rupture avec l'état de chose ancien requiert une réactivation qui ne peut se faire que si elle est accompagnée d'une reconstruction totale. Aussi, la reprise *in extenso*, des déclarations de droits fondamentaux dans la nouvelle Constitution fait office d'une création particulière, constatant l'existence d'une chose qui n'existe pourtant pas encore dans le

---

<sup>613</sup> L'exemple de la Charte de 1830 est assez probant à ce sujet. Celle-ci énonce expressément dans son Préambule que les concepts constitutionnels de 1814, une fois amendés sont réaffirmés. Il est possible de retrouver une formulation similaire dans le Préambule de la Constitution de 1946 lorsqu'elle « réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » dans son premier alinéa.

<sup>614</sup> En témoignent les Lois constitutionnelles de 1875 qui n'intègrent aucune déclaration de droits, pourtant emblématique du système parlementaire qu'il soit républicain ou encore monarchique.

nouveau monde établi. Dès lors, quand bien même le constituant afficherait une permanence conceptuelle en reconduisant des éléments constitutionnels déjà usités antérieurement, il s'agirait plutôt d'une reproduction délibérée de ce qui a été détruit par son arrivée.

**504.** Mais si tout est conditionné par le choix politique du constituant, la forme que prend le concept rénové y est aussi subordonnée. Le Parlement et le chef de l'Etat, en particulier le roi et le Président de la République offre une illustration des plus édifiantes. En effet, la forme de l'organe législatif, s'elle a souvent pu se voir reconduire depuis 1791, n'a jamais été la même que ce qu'elle fut. Passant d'une à deux Chambres au gré du constituant, d'un système de représentation à un autre avec des modes de désignation électorale variant à chaque Constitution, il est doté tantôt de l'ensemble de la fonction législative, tantôt la partageant avec l'organe exécutif. De manière générale, il renaît des cendres soufflées par le vent révolutionnaire ou réformateur sous une forme qui lui est propre. Quant au roi, si les Monarchies de 1814 et 1830 semblent mettre en place un monde quasi identique, l'allure de l'objet roi n'en est pas moins différente. Il va d'un monarque disposant de sa propre faculté d'action, en des circonstances particulières énoncées de manière suffisamment large pour ouvrir la voie à un dirigisme royal, à un roi des Français laissant au Parlement la part belle de la décision.

**505.** Un constat comparable peut être fait au sujet du Président de la République, en particulier lors de la succession des trois Républiques du XX<sup>ème</sup> siècle. Ayant largement évolué pour devenir un chef de l'exécutif aux pouvoirs forts alors qu'il était résigné à « honorer les chrysanthèmes », il atteste d'une aptitude du constituant à non seulement réitérer un objet constitutionnel mais aussi à le réformer pour qu'il ne soit plus ce qu'il était. Mode de désignation, implication dans la prise de décision, influence sur la politique nationale, le réagencement total effectué à chaque changement de Constitution tend à conforter cette compétence du constituant à faire advenir un être rénové. Eu égard à sa nature, il est ainsi impossible qu'il soit contraint par ce qu'il a pu générer par le passé, bien qu'il pioche dans la glaise d'un concept détruit pour modeler sa nouvelle créature.

**506.** Ainsi, quel que soit le texte constitutionnel, le constat linguistique spécifique caractérisant son énonciation associé au contexte de rupture donne les éléments justifiant une création constitutionnelle à partir de rien. Il puise son matériau non pas dans une chose existante au moment de l'acte de langage mais dans une volonté exprimée de faire revivre

une catégorie conceptuelle en lui offrant un nouvel individu construit de toutes pièces. Ceci viendrait alors du fait de l'impossibilité de réutiliser ce qui fut préalablement institué, impossibilité causée par une destruction de l'ancien qui engendre une inexistence affirmée ou supposée par la mise en œuvre du pouvoir constituant. Cependant, une étude plus centrée sur la V<sup>ème</sup> République et particulièrement sur l'activité du Conseil Constitutionnel tendrait à montrer une capacité étrangement comparable et ce notamment au regard des principes constitutionnels.

## **B/ Un constat jurisprudentiel**

**507.** Au fil du temps, les Sages de la rue de Montpensier ont su évoluer en affirmant leur institution comme un instrument exégétique et évolutif de l'Évangile constitutionnel. Toutefois, si la rupture semble être un élément notable de la création constitutionnelle, force est de constater que ce n'est pas le cas ici. Et pourtant, eu égard à son discours empruntant en partie au monologue constitutionnel, l'activité créatrice du contrôleur de la constitutionnalité de la loi à travers l'acte d'interprétation ne peut être niée tant la Constitution a évolué grâce à sa jurisprudence. On ne compte plus les diverses avancées constitutionnelles qui ont pu voir le jour par le truchement d'une décision audacieuse du Conseil, avancées tenant soit à la mise en place d'objets juridiques construits de manière juridictionnelle, soit à la rénovation de ceux qui appartenaient déjà à la liste des concepts inscrits au panthéon constitutionnel par le constituant lui-même. Aussi, si de prime abord l'hypothèse d'un acte *ex nihilo* apparaît impossible à concevoir au regard de la position d'interprète (1), le Conseil constitutionnel affiche en définitive une faculté d'innover des concepts qui n'acquièrent une existence qu'à travers leur désignation jurisprudentielle (2).

### 1. L'impossibilité apparente d'un acte *ex nihilo*

**508.** Deux grands obstacles s'opposent à la détermination d'une création *ex nihilo* par le Conseil constitutionnel.

**509.** En premier lieu, il n'est pas à proprement parler un constituant et se conforme à sa manière à son rôle de juge de la validité de la loi en se montrant relativement fidèle à la

nécessité d'un contrôle restreint à une rationalisation du travail du Parlement qui définit son office. Il a d'ailleurs pu se prononcer sur sa volonté de ne pas se comporter ainsi dans deux décisions phares, cristallisant un retrait constant vis-à-vis d'une évolution en ce sens de sa propre institution. En effet, dans sa décision du 26 mars 2003 portant la révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République, la Haute instance déclare que « la compétence du Conseil constitutionnel est strictement délimitée par la Constitution » et qu'il « ne saurait être appelé à se prononcer dans d'autres cas que ceux qui sont expressément prévus par ces textes »<sup>615</sup>. Il oppose alors un refus de juger l'acte du constituant dérivé invoquant le cadre que la Constitution, et donc le constituant lui-même, lui a dessiné. Mais il rappelle aussi le fondement même de sa mission se résumant à « apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et, lorsqu'elles lui sont déférées dans les conditions fixées par cet article, des lois ordinaires », ce qui ne peut convenir à lui reconnaître un « pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle »<sup>616</sup>. Il s'interdit ainsi d'y voir une compétence d'une nature identique à celle du constituant.

**510.** Il est aussi possible de retrouver un tel état d'esprit dans la décision du 6 novembre 1962 relative à la loi sur l'élection du Président de la République au suffrage universel direct. La Haute instance a pu déjà circonscrire son office à la « mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et des lois ordinaires ». Mais elle ajoute toutefois une définition de sa propre institution, la qualifiant d'« organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics » et rejette une quelconque aptitude à contrôler les lois « qui, adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale »<sup>617</sup>. En apparaissant comme un juge constitutionnel « bouche de la Constitution »<sup>618</sup>, le Conseil ne se prononce pas sur la nature constitutionnelle de la loi qui lui est présentée. Il est néanmoins envisageable de traduire cette révérence à la souveraineté nationale comme une soumission au souverain qui peut se comprendre comme une désignation du constituant.

**511.** En second lieu, il apparaît impossible de considérer la moindre rupture provoquée par une décision du Conseil constitutionnel. Tout d'abord, si la rupture revient à anéantir le

---

<sup>615</sup> CC, n° 2003-469 DC, préc., cons. 1.

<sup>616</sup> Cons. 2.

<sup>617</sup> CC, n° 62-20 DC, préc., cons. 2.

<sup>618</sup> Cf. HEUSCHLING L., « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Epistémologie d'une distinction théorique », in *La notion de « justice constitutionnelle »*, Actes du colloque, 16 et 17 janvier 2004, Institut de recherches Carré de Malberg, Strasbourg, Paris, Dalloz, 2005, pp. 88.

système constitutionnel de quelque manière que ce soit pour y substituer un nouveau monde ordonné de façon différente, il est bien évident que l'acte de juger la constitutionnalité de la loi n'y conduit pas. Tout au plus il participerait plutôt à sa pérennité en défendant son effectivité face à une loi qui y contreviendrait. En effet, l'article 62 de la Constitution de 1958 dispose que ce qui est déclaré contraire à la Constitution ne peut être promulgué ni mis en application, provoquant un rapport de force inégal en faveur de la Constitution. En ce sens, il serait inconvenant de conclure à une possibilité de rompre avec l'état de chose existant *via* l'action de la Haute instance, cette hypothèse n'entrant pas dans ses attributions. Cependant, en rester là exclut la réalité de l'interprétation juridictionnelle constitutionnelle qui engendre une évolution du texte suprême. Nombreuses sont les décisions célèbres pour leurs avancées résultant d'une lecture avant-gardiste ou bien les coups d'arrêt portés à l'éventualité de celles-ci par une vision timide du fait constitutionnel. Maître de la mouvance, il en dispose tout en se montrant fidèle à l'état de chose établi, tordant parfois la réalité mais sans jamais la remettre en cause. Ainsi, cette notion d'évolution n'entraînerait pas de rupture vis-à-vis du droit puisqu'elle contient une idée de continuité.

**512.** Une continuité qui transparaît dans la jurisprudence d'un Conseil s'appuyant sur les dispositions même de la Constitution pour la faire vivre au rythme de la société. Néanmoins, l'aptitude du Conseil constitutionnel à participer à l'exercice du pouvoir constituant semble ressortir de sa manière d'interpréter. Olivier Cayla disait lui-même que l'essence de l'interprétation pouvait s'apparenter à un amendement du texte interprété<sup>619</sup>, lequel n'aurait, selon la théorie réaliste de l'interprétation, « pas d'autre sens que celui qui est déterminé par le juge » et le transformerait en un « co-constituant »<sup>620</sup>. Une place de co-créateur de la Constitution qui serait alors en partie accentuée par son rôle d'interprète authentique<sup>621</sup>.

**513.** Toutefois, ces propos ne concernent que la nature normative de la règle, axant l'acte d'interprétation à la formulation d'une norme. Or, il est possible d'envisager cette

---

<sup>619</sup> Cf. CAYLA O., *La notion de signification en droit, contribution à une théorie du droit naturel de la communication, op. cit.*, p. 371.

<sup>620</sup> Cf. TROPER M., « Le réalisme et le juge constitutionnel », *in* *Le réalisme en droit constitutionnel, Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, juin 2007, p. 127.

<sup>621</sup> Kelsen définissait l'authenticité de l'interprétation juridictionnelle du texte par le fait qu'elle « représente la création d'une norme générale », assimilant ainsi le caractère authentique à la capacité de créer une signification objective (cf. KELSEN H., *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 462).

création comme produisant ses effets sur l'être même de la Constitution. Dès lors, l'interprétation, aussi authentique qu'elle soit, agirait non seulement sur la norme, mais encore sur le fait constitutionnel en opérant des innovations matérielles du texte dans le but de lui faire concevoir une nouvelle réalité.

## 2. Une innovation matérielle jurisprudentielle

**514.** Une telle faculté ne correspond pas à ce qu'il est généralement attendu d'un juge, en particulier de cette institution si spécifique, à la frontière entre l'organe politique et l'organe juridictionnel. Souvent décriée, la Haute instance utilise, lorsqu'elle s'adonne à la création constitutionnelle, une formulation énonciative marquée, par le constat de la chose instaurée. Une posture teintée de timidité, traduisant pour certains une « stratégie » visant à « prétendre se plier à la réalité » afin de « dissimuler sa marge de pouvoir discrétionnaire et donc de l'accroître »<sup>622</sup>. Danielle Loschak atteint le même résultat lorsqu'elle développe l'hypothèse d'une légitimation de l'énonciateur par le discours ce qui conduit employer une forme de langage conforme au « rituel »<sup>623</sup> tout en ouvrant le champ de ses possibilités. De cette manière, le Conseil s'affirme insidieusement comme un vecteur du fait constitutionnel tout en donnant « l'illusion de dire vrai »<sup>624</sup> en constatant une chose qui n'existait pas préalablement à sa représentation.

**515.** A ce titre, le juge de la constitutionnalité de la loi a su faire advenir plusieurs objets servant aujourd'hui de base constitutionnelle au contrôle de validité du texte voté par le Parlement. Deux exemples semblent permettre d'établir cette faculté de faire advenir un être constitutionnel exempt de réel fondement textuel prédéfini.

**516.** La décision du 27 juillet 1982 relative à loi sur la communication audiovisuelle<sup>625</sup> est éloquente puisqu'elle se réfère aux « objectifs de valeur constitutionnelle »<sup>626</sup>. Ces objectifs n'apparaissent explicitement dans aucun texte constitutionnel et leur existence est

---

<sup>622</sup> Cf. TROPER M., « Le réalisme et le juge constitutionnel », *op. cit.*, p. 8.

<sup>623</sup> Cf. FOUCAULT M., *L'ordre du discours*, Gallimard, 1971, p. 41.

<sup>624</sup> Cf. LOSCHAK D., « Le droit, discours de pouvoir », in *Itinéraires*, CONAC G., MAISL H. et VAUDIAUX J. (dir.), Mélanges en l'honneur de Léo HAMON, Economica, Paris, 1982, p. 439.

<sup>625</sup> CC, n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, *Rec.*, p. 48, JO, 27 juillet 1982, p. 2422, p. 2422.

<sup>626</sup> Cons. 5.



intimement liée à un constat linguistique effectué par le Conseil constitutionnel. Ce dernier ne détaille toutefois pas les circonstances de leur survenance, mais il les emploie tel un acquis indépendant de sa volonté alors qu'ils en sont inévitablement issus<sup>627</sup>. Une seconde illustration peut se retrouver dans la décision du 27 juillet 2006 concernant la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information<sup>628</sup> dans laquelle le Conseil constitutionnel constate d'une manière similaire que « la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France... »<sup>629</sup>. Là encore, le juge de la constitutionnalité de la loi n'affiche pas sa création et préfère opter pour une constatation. Elle n'en reste pas moins performative du fait de l'inexistence de ces principes qui surgissent de nulle part ailleurs que d'un dire jurisprudentiel faisant mine de les découvrir dans un donné constitutionnel lui servant d'assise pour contrôler la validité de la loi. Ainsi, les pensionnaires de la rue de Montpensier adopteraient une attitude conforme au mythe du juge « bouche de la Constitution ». Ils s'acquitteraient d'une interprétation-connaissance basée sur la monstration d'une chose qui manifestement n'existe pas dans le monde donné par le texte constitutionnel. Il matérialiserait donc *de facto* une rupture, non plus constitutionnelle mais matérielle.

**517.** Mais le constat jurisprudentiel d'une chose inexistante ne se limite pas à la création primaire de cette chose. Il est fréquent dans l'activité juridictionnelle du Conseil constitutionnel de le voir rénover ou compléter des éléments du monde établi. En ce sens, il se comporterait comme un organe révisant la Constitution. Cependant, s'il était possible de sous-entendre une rupture du fait de l'exercice du pouvoir constituant dérivé, ce n'est apparemment pas le cas lorsqu'il s'agit de parler de l'interprétation du texte suprême. On peut penser qu'elle ne fait que transformer un fait en norme<sup>630</sup>, que le texte constitutionnel reste un texte muet, sans force, tant qu'il n'a pas été interprété par un organe habilité à le

---

<sup>627</sup> La lecture du cinquième considérant de la décision ne montre à cet effet aucun signe d'une construction jurisprudentielle explicite. Au contraire, en déclarant que le législateur doit concilier « l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec, [...], d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle... », il se borne à les exposer comme une donnée dont il prend connaissance mais qu'il ne maîtrise pas.

<sup>628</sup> CC, n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, Rec.*, p. 88, JO, 3 août 2006, p. 11541.

<sup>629</sup> Cons. 19.

<sup>630</sup> Certains comme Pierre Brunet estiment, à l'instar des réalistes et normativistes, que l'acte d'interprétation se résumerait à un acte par lequel le texte se transforme en norme (cf. BRUNET P., « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexion méthodologique sur la justice constitutionnelle », in *La notion de « justice constitutionnelle »*, op. cit., p. 120).



faire<sup>631</sup>. Mais limiter l'interprétation à l'extraction d'une norme reviendrait à ne considérer que la partie émergée de l'iceberg. C'est en ce sens que la création constitutionnelle est le plus souvent mise en avant par une doctrine circonscrivant l'être juridique à la présence d'une norme, et donc d'une force obligatoire.

**518.** Or, de manière sous-jacente se trouve une part cachée de l'office de la Haute instance relative à l'adaptation du fait constituant pour le faire correspondre avec la volonté évolutive sociale. Transformer un simple fait issu d'un acte de langage du constituant en une prescription objective, voilà ce que l'interprétation semble représenter jusque-là. Toutefois, il est envisageable de dégager de cette vision de l'interprétation du juge constitutionnel une autre conséquence touchant à l'être en même temps qu'à sa force normative. A titre d'exemple, lorsque le constituant proclame l'égalité de tous en droit, le Conseil constitutionnel n'hésite pas à l'ajuster eut égard à la logique du traitement différencié visant la réalisation concrète de celle-ci<sup>632</sup>. Si cette jurisprudence conduirait à une analyse restreinte à l'intensité de la règle, elle ricoche nécessairement sur la forme du concept duquel la norme est dégagée<sup>633</sup> et fait apparaître une capacité singulière produisant une création de chose qui préalablement n'existait pas.

**519.** C'est là un résultat, somme toute étonnant, que d'extraire une création *ex nihilo* de l'interprétation de concepts constitutionnels déjà institués et que l'on ne détruit pas pour le replacer. Cette rénovation constitutionnelle, cette simili révision de la Constitution pourrait

---

<sup>631</sup> Olivier Cayla disait d'ailleurs que le but de l'interprétation était de combler la lacune consubstantielle du texte en terme de force et que le Conseil constitutionnel s'acquittait largement de cette fonction en prenant exemple sur la décision du 16 juillet 1971 relative à loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association (cf. CAYLA O. *La notion de signification en droit, contribution à une théorie du droit naturel de la communication, op. cit.*, pp. 83-87).

<sup>632</sup> Voir en ce sens CC, n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale*, Rec., p. 22, JO, 24 juillet 1975, p. 7533 ; CC, n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, Rec., p. 31, JO, 13 juillet 1979, p. 1824, ; n° 79-112 DC du 9 janvier 1980, *Loi portant aménagement de la fiscalité directe locale*, Rec., p. 32, JO, 11 janvier 1980, p. 85 ; n° 80-120 DC du 17 juillet 1980, *Loi modifiant les articles 13, 14 et 15 de la loi d'orientation de l'enseignement supérieur du 12 novembre 1968*, Rec., p. 39, JO, 19 juillet 1980, p. 1836 ; n° 81-129 DC du 31 octobre 1981, *Loi portant dérogation au monopole d'Etat de la radiodiffusion*, Rec., p. 35, JO, 1 novembre 1981, p. 2997 ; n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, Rec., p. 18, JO, 17 janvier 1982, p. 299 ; n° 84-183 DC du 18 janvier 1985, *Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, Rec., p. 32, JO, 20 janvier 1985, p. 820 ; n° 85-200 DC du 16 janvier 1986, *Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité*, Rec., p. 9, JO, 18 janvier 1986, p. 920 ; n° 86-209 DC du 3 juillet 1986, *Loi de finances rectificative pour 1986*, Rec., p. 86, JO, 4 juillet 1986, p. 8342 ; n° 87-237 DC, 30 décembre 1987, *Loi de finances pour 1988*, Rec., p. 63, JO, 31 décembre 1987, p. 15761.

<sup>633</sup> Si l'on tire d'un concept une impulsion normative particulière, modifier celle-ci revient en définitive à atteindre le concept et ainsi à procéder à son ajustement de manière incidente.

être vue comme la mise en place d'un nouveau concept à l'aspect différent et porteur d'une norme alternative, distinct du premier en raison d'implications prescriptives postérieures à son application. S'il est possible de n'observer qu'une altération d'un principe constitutionnel pour le faire correspondre à une nouvelle réalité, si le travail du juge se résume pour certains comme Dominique Rousseau à une qualification juridique des faits, elle nécessite néanmoins de tordre parfois la règle pour qu'elle puisse y être apposée<sup>634</sup>. Il n'est alors pas interdit de convenir d'une création d'éléments détachés du principal mais qui seraient dédiés à y être accolés une fois façonnés par l'acte de langage jurisprudentiel.

**520.** Il est même permis d'aller plus loin en souscrivant à l'hypothèse d'une création secondaire complète, effectuée à partir de rien et qui serait alors superposée au principe ayant servi de fondement, provoquant l'illusion d'une union conceptuelle *a posteriori* de la création. Par exemple, lorsque le Conseil constitutionnel déclare que la « loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »<sup>635</sup>, il peut créer un élément accessoire tenant au respect de la Constitution qu'il viendra associer ensuite à la qualification de volonté générale. Mais il peut aussi créer un autre concept de loi dont l'essence est de représenter la volonté générale dans le seul respect de la Constitution, un concept qu'il fusionnera avec le premier pour en faire une seule et même entité. Ainsi, la modification d'un concept constitutionnel reviendrait à faire advenir un objet nouveau mais similaire, doté de propriétés différentes rejaillissant sur sa forme et qui serait combiné à l'ancienne base.

**521.** Création partielle juxtaposée ou assemblage de calques disparates, la rénovation de concept existant peut conduire à voir dans l'acte du juge constitutionnel une création par le constat d'un être inexistant. Dès lors, « les principes ne s'imposent pas au juge, il en est le maître »<sup>636</sup>, et il en va de même avec les règles. Par son interprétation, la Haute instance produit non pas du droit mais bien de la matière constitutionnelle sans être directement habilitée à le faire. Le constat jurisprudentiel, à l'image du constat textuel, aurait alors ce pouvoir de créer une chose qui n'a d'existence qu'une fois énoncée par l'émetteur de l'acte de langage. Une conclusion qui amène à voir le constituant et le juge constitutionnel constitué comme des concepteurs du fait constitutionnel.

---

<sup>634</sup> Cf. ROUSSEAU D., « Prolégomènes à l'étude de l'identité constitutionnelle », *op. cit.*, p. 21.

<sup>635</sup> CC, n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, *Rec.*, p. 70, JO, 24 août 1985, p. 9814, cons. 27.

<sup>636</sup> Cf. BRUNET P., « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexion méthodologique sur la justice constitutionnelle », *op. cit.*, p. 121.

**522.** Procédant à la tenue non seulement de l'Etat mais aussi de la société en tant que Pacte social générateur d'un groupe social auto-proclamé et de la structure nécessaire à l'assurance d'un avenir commun, la Constitution, acte originel du tout politique, représenterait donc un *fiat* conforme à la volonté des individus de garantir un vivre ensemble harmonieux et protecteur de leur liberté. Inévitablement uni à la matérialisation d'une rupture institutionnelle et sociale, l'acte de langage constitutionnel en sa qualité performative fait ainsi advenir un monde abstrait constitutif de l'ordre juridique et social nouveau. Un monde qu'il élabore dans son entièreté et dont la facture dépend de ce qui est décrit dans un contexte *ex nihilo* propre à l'expression du constituant.

**523.** Toutefois, si la mise en lumière d'une rupture implicite à travers l'œuvre du pouvoir de révision a permis de dégager des conditions sensiblement analogues à son pendant originaire, la forme législative qu'il arbore suscite l'interrogation quant à la capacité créatrice de la loi en comparaison de la Constitution. Aussi est-il envisageable de penser que la création langagière ne soit pas le seul fait du constituant mais qu'elle se généralise au point de retrouver du langage constitutionnel au sein de la simple loi.

## **Chapitre 2 : Une création généralisée**

524. La thèse d'une performativité créatrice du langage constitutionnel ne peut se suffire d'une contextualisation *ex nihilo*. Si l'œuvre du constituant originaire satisfait pleinement à ce critère, on concède aisément que celle du constituant dérivé ne s'y conforme que de manière partielle et requiert une construction logique aboutissant au caractère implicite d'un vide issu d'une rupture présumée. Cette vision de la création conceptuelle ouvre pourtant la porte à certaines considérations d'ordre pratique et touchant principalement à l'acte de révision constitutionnelle. Elle n'exclut toutefois pas l'acte constituant primaire lorsque celui-ci prend la forme de lois constitutionnelles comme ce fut le cas pour la III<sup>ème</sup> République.

525. Une chose est sûre, l'acte de révision souffre d'une ambiguïté. Dans le principe sieyèsien, la représentation *ordinaire* ne peut s'occuper des affaires constitutionnelles qui nécessitent une représentation *extraordinaire*<sup>637</sup>. Or, il faut admettre que la réalité ne fait résulter ce caractère extraordinaire que d'une procédure législative aménagée, complexifiée, tenant plus de la pragmatique kelsenienne<sup>638</sup> que de la légitimation évoquée par l'Abbé révolutionnaire. Et cette ambiguïté conduit à envisager la manière dont le Législateur opère ce dédoublement fonctionnel à travers un langage qui théoriquement se trouverait distinct de sa commission première. Cette différence se caractériserait notamment par une finalité propre à chacun des actes de langage : l'acte législatif aurait alors pour objectif de réguler des comportements, le langage constitutionnel celui de faire *être* des institutions et des concepts structurant l'ordre juridique. La loi constitutionnelle, en tant que correctif, souffrirait donc naturellement d'une ambivalence et suscite l'interrogation quant à une réelle distinction pragmatique entre l'acte de langage légiférant et l'acte de langage constituant.

---

<sup>637</sup> Il est à noter qu'il n'exclut pas que les membres de la représentation *ordinaire* puissent être aussi membre de la représentation *extraordinaire* mais il conditionne ce cumul de fonctions par une délégation spéciale et précisait que la représentation chargée de modifier la Constitution ne devait point ressembler à la législature ordinaire (cf. SIEYES E., *Qu'est-ce que le Tiers-Etat ?*, Flammarion, 1998, pp. 135-137).

<sup>638</sup> Cf. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, EISENMANN Ch. (trad.), Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 1962, p. 300.

**526.** Tout au plus, l'hypothèse d'une banalisation de la Constitution par la révision répétée du texte d'origine mènerait à voir fleurir au sein de celle-là de nouvelles dispositions relevant d'un auteur Législateur plutôt que du constituant. Cependant, il semble qu'elle ne soit que le reflet d'une seule des faces d'une même pièce, et constitue l'indice d'une interpénétration continue de deux styles d'actes de langage à la fois dans la loi et dans la Constitution. Dès lors, si la loi constitutionnelle affiche une ambiguïté, la loi ordinaire n'en serait logiquement pas exempte du fait qu'elles émanent toutes deux de la même institution et ne s'identifieraient qu'au regard d'une question de procédure. Aussi, la performativité créatrice du langage constitutionnel présenterait les signes d'une généralisation tant au niveau ordinaire (*Section I*) que constitutionnel (*Section II*) de l'œuvre du Législateur.

### ***Section I : La performativité du langage constitutionnel dans la loi ordinaire***

**527.** Longtemps soumise au dogme d'un législateur omnipotent, la distinction entre la loi et la Constitution a souvent été réduite à une caractéristique formelle. Si la doctrine s'est parfois demandée si le Code civil pouvait représenter la véritable Constitution de la France<sup>639</sup>, elle va parfois jusqu'à l'affirmer comme le doyen Carbonnier, ou encore jusqu'à parler de « Constitution civile » comme l'eut fait le Garde des Sceaux en 2004<sup>640</sup>. Se pencher sur la performativité du langage du droit, et notamment du langage constitutionnel, conduit à estimer l'éventualité de voir dans la loi, et pas seulement civile, une part spécifiquement dédiée à la création d'un monde interrelationnel.

**528.** Cependant, l'étude de la performativité du langage a mené à différencier les actes de langage qualifiables d'interactifs et ceux qui seraient énoncés dans une optique déclaratoire. A l'image de la distinction entre le dire divin de la Genèse et celui du Décalogue, il semble possible d'opposer respectivement le faire constitutionnel à un faire

---

<sup>639</sup> Voir en ce sens CABRILLAC R., « Le Code civil est-il la véritable constitution de la France ? », *R.J.T.*, n° 39, 2005, p. 245.

<sup>640</sup> Voir son discours prononcé le 11 mars 2004 à l'occasion du colloque organisé à l'occasion du bicentenaire du Code civil à la Sorbonne.

législatif voué à diriger le comportement des hommes. Fondée sur une action différenciée (A), cette distinction entre loi et Constitution rejoindrait toutefois celle construite par John Searle entre les règles constitutives et normatives<sup>641</sup>. Elle oblige à prendre en compte une certaine souplesse dans l'attribution exclusive de l'une ou l'autre de ces qualités à un système de règles<sup>642</sup>. Un tel constat imposerait donc de considérer l'éventualité d'une dualité de l'acte de langage législatif (B), englobant l'acte de création constitutif dans une règle qui serait naturellement régulatrice.

### **§1 : Une action différenciée**

**529.** Distinguer la loi de la Constitution suppose d'identifier une spécificité législative différente de celle constitutionnelle. Si la norme suprême se caractérise par un acte de langage dont le but principal est de faire advenir un ordre juridique, la loi ne semble pas poursuivre le même objectif. Censée corriger les défauts de l'état de nature tenant, outre à l'absence d'évolutions économiques et techniques, à celle de liens sociaux<sup>643</sup> – un « temps sans lois » ou « pré-civil »<sup>644</sup> – la loi vise à supprimer le rapport de force naturel pour le convertir en droit et par là même régir les rapports interindividuels<sup>645</sup>. La référence à l'état de nature pourrait d'une certaine manière laisser entrevoir une perméabilité dans la distinction des effets de la loi et de ceux de la Constitution, si tant est qu'elle fut présente dans la pensée contractualiste. Néanmoins, puisqu'elle prime aujourd'hui dans un contexte juridique hiérarchisé, il s'avère nécessaire d'en examiner les effets, notamment sous le prisme de la théorie des actes de langage. Sont-ils similaires ou bien présentent-ils des points particuliers relevant de la nature de l'acte en lui-même ? Force est de constater qu'une étude des spécificités du langage constitutionnel oblige à s'interroger sur la nature de la force illocutoire de l'énonciation législative (B) issue d'une essence législative du langage législatif (A) face au langage constitutionnel.

---

<sup>641</sup> Cf. SEARLE J. R., *Les actes de langage : essai de philosophie du langage*, Paris, Hermann, coll. Savoir, 1972, p. 71 et s.

<sup>642</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>643</sup> Cf. HOBBS T., *Léviathan*, TRICAUD F. (trad.), Paris, Dalloz, 1999, pp. 124-125.

<sup>644</sup> Cf. HOBBS T., *Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, introduction par ASCARELLI T., Paris, Dalloz, 1966, p. 10.

<sup>645</sup> Cf. ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social*, Paris, Flammarion, 2001, p. 49.

## **A/ Une force illocutoire différente**

**530.** La force illocutoire de la loi montre des dissemblances au regard de celle de la Constitution. Discours monologique, non adressé, comparable à la Genèse biblique, telles sont les vertus déduites de l'examen linguistique du langage constitutionnel. Or, la performativité de la loi semble obéir à d'autres facteurs inscrivant l'énonciation dans une communication complète. Dans cette optique, malgré une apparence locutoire analogue au dire constitutionnel sur beaucoup de points, la loi satisferait, à l'instar du dire commun, aux canons austiniens de l'intersubjectivité. Il est difficile de faire ici l'étalage de l'ensemble de l'énonciation législative du fait de sa densité, mais certains exemples tirés du Code civil et du Code pénal offrent des éléments de comparaison intéressants à propos du niveau illocutoire du langage naturel de la loi. Sur le postulat d'un locutoire qui ne détermine pas l'illocutoire, l'étude du discours, de l'énonciation et de l'énoncé législatifs révélerait certaines discordances entre l'un et l'autre, obligeant à reconstruire l'énoncé de sorte à en dégager la réalité de son acte de langage. Aussi, nonobstant une apparente monologie, la loi se caractériserait par une dialogique qui lui serait spécifique (1) et qui se concrétiserait par l'existence d'une obéissance (2).

### 1. Une spécificité dialogique

**531.** Dans le principe, le langage de la loi affiche un énoncé dont le niveau locutoire ne présente que peu d'indice sur la réalité de l'action qu'il renferme. L'exemple de l'article 311-3 du Code Pénal, disposant que « le vol est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende », apparaît comme un énoncé qui ne serait pas performatif du fait de son allure non interactive. Tout au plus, il pourrait correspondre à un énoncé monologique non adressé décrivant la punition réservée à celui qui se rend coupable de vol. Néanmoins, il est possible de transposer l'énoncé d'une sanction hypothétique en un énoncé qui traduirait une défense à la deuxième personne. Ainsi, l'énoncé « le vol est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende » pourrait être retranscrit en l'énoncé « tu ne voleras pas, si tu voles tu seras puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ». Même remarque concernant l'article 1382 du Code Civil disposant que « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Il semble ne faire que décrire quelque

chose, notamment qu'un dommage causé implique une réparation de la part de son auteur alors qu'il est permis d'en déduire l'imposition d'une obligation adressé à celui susceptible de causer ce dommage. De cette manière, l'article 1382 est transposable en « tu répareras le dommage que tu as causé » montrant une fois de plus que la loi obéit à une logique favorisant la communication verbale entre deux interlocuteurs.

**532.** Cependant, certaines catégories d'énoncés ne paraissent pas satisfaire à cette reconstruction. L'article 143 du Code Civil par exemple, disposant que « le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe » ressemble trait pour trait à la constitution du concept de mariage en développant ses attributs. Plus encore, l'article 221-1 du Code Pénal dispose expressément que « le fait de donner volontairement la mort à autrui *constitue* un meurtre ». Et pourtant, leur retranscription sous un énoncé formulé à la deuxième personne tels que « tu peux te marier avec une personne de sexe différent ou du même sexe » ou « tu ne tueras point »<sup>646</sup> s'avère acceptable. Il est alors envisageable de considérer une spécificité de l'illocutoire législatif en ce qu'il serait assimilable au Décalogue biblique, basé sur une interaction entre le Législateur et les citoyens dont il règlemente les relations. Aussi, la différence entre la performativité de la loi et celle de la Constitution se résumerait à la différence entre le discours monologique de Dieu créant le monde et celui de ses Commandements visant la vie en communauté. Une telle conclusion revient à mettre en avant une nature dialogique de la loi manifestant une force illocutoire qui ne peut être vue comme analogue au dire du constituant et qui conforterait, non seulement la spécificité du langage législatif, mais aussi celle du langage constitutionnel. Dès lors, même si la formulation se dessine sous un jour descriptif, certainement pour des raisons de solennité et d'objectivité de la norme qui s'en dégage, la loi se complait dans une rationalité performative dialogique dans le but d'atteindre ce fameux « autre ».

**533.** Il est toutefois difficile de concevoir un véritable dialogue entre deux interlocuteurs. En faisant une lecture combinée du dernier alinéa de l'article 2 de la Constitution de 1958 disposant que le principe de la République est le « gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple » et du premier de l'article 3 disposant que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants... », il est possible d'identifier une énonciation monologique menant à considérer que seul le Peuple s'exprime en tant que Législateur. Le souverain s'adresserait ainsi à lui-même par le biais

---

<sup>646</sup> Notamment du fait que l'article 221-1 du Code Pénal s'achève par l'énoncé de la punition au même titre que celui concernant le vol.



de sa représentation, celle-ci ne faisant office que de porte-voix. Or, soutenir cette thèse oblige à se réfugier derrière la théorie rousseauiste de la représentation impliquant que le représentant soit à la disposition du représenté et exprime sa volonté sans y substituer la sienne. Ce n'est pas le cas dans le monde de la V<sup>ème</sup> République du fait de l'interdiction du mandat impératif disposé à l'article 27 al. 1<sup>647</sup> mettant en œuvre un mandat de type représentatif. Elle fait au contraire valoir une liberté du représentant d'agir pour le bien commun et de manière détachée de la volonté du Peuple.

**534.** L'approche représentative de la création de la législation mettrait alors en scène un dialogue entre le représentant s'adressant au souverain visant à aménager son fonctionnement interne. Pourtant, le représenté déléguant sa voix par le biais de fonctionnaires électoraux afin d'offrir aux plus aptes à reconnaître la volonté nationale la faculté de l'exprimer, il n'est pas possible d'entendre son commandement autrement qu'à travers sa représentation. Ceci impliquerait alors une fusion des corps dans un contexte encadré par le système représentatif sieyèsien. Le *modus* représentatif du mandat figurerait le représentant comme ne dialoguant plus avec le souverain représenté mais agirait selon son sentiment en lieu et place de ce dernier et se confondrait avec lui. La parole du souverain devient donc celle de son commis, si bien que le locuteur-souverain ne se différencie plus du locuteur-délégué. Une telle situation générerait un dialogue non plus entre le souverain capable de répondre mais un discours hétéro-adressé. La loi revêtirait alors les traits d'un discours unilatéral sans que la réponse de l'« autre » ne soit nécessaire.

**535.** Cependant, la logique de l'écart, présentée par Dominique Rousseau, suggère une différenciation entre représentant et représenté<sup>648</sup>, quel que soit le mode de représentation. Ceci aboutirait à l'expression d'une volonté générale issue d'une délibération, fut-elle entre un corps inanimé et un autre ayant la faculté de se manifester de lui-même. Une telle situation rappelle en effet celle du monologue cartésien entre les deux « moi » d'une même entité, figurant un « dialogue intériorisé » entre un « moi locuteur » et un « moi écouteur »<sup>649</sup>, le second étant le représenté, le premier sa représentation. En d'autres termes, il y aurait un « autre », quand bien même il ne parlerait pas, un moi écouteur dont

---

<sup>647</sup> Ce qui fut d'ailleurs le cas pour toutes les Constitutions françaises, aucune d'entre-elles n'ayant réalisé la condition de la révocation du représentant par le représenté dans le cas où il ne satisferait pas à la mission que son électorat lui aurait assigné.

<sup>648</sup> Cf. ROUSSEAU D., « De la démocratie continue », in *La démocratie continue*, ROUSSEAU D. (dir.), Actes de colloque, 2-4 avril 1992, Faculté de droit de Montpellier, Paris, Bruylant, 1992, p. 15.

<sup>649</sup> Cf. BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale*, 2, Paris, Gallimard, 1966, p. 85.

la présence est « nécessaire et suffisante pour rendre signifiante l'énonciation du moi locuteur »<sup>650</sup>. Cette relation dialogique se comprend aisément lorsque se trouvent représentés le Peuple et sa représentation, de par l'existence physique des deux parties, le représentant législateur pouvant effectivement s'adresser au Peuple destinataire du message. La représentation législative viendrait alors régir les relations entre les individus composant le Peuple, une régulation qui ne peut se passer d'un dialogue entre les deux, fut-il unilatéral car le Peuple reste silencieux. Elle est malgré tout plus délicate à observer lorsqu'il est question de la Nation et de sa représentation. La première n'ayant la parole que par le truchement des mots de ses représentants, il faut se figurer une sorte de schizophrénie à l'image du sujet cartésien qui se parle à lui-même et se répond. L'idée d'un dialogue intériorisé prend donc tout son sens car au sein de la représentation s'institue une discussion avec le souverain adressataire de la règle, à la fois légitimation de la législation et destinataire de son contenu. L'expression de la volonté nationale ne constituerait donc point la Nation elle-même mais serait le résultat d'une réflexion imaginaire entre un auteur légitime et un énonciateur qui parlerait en son nom et à sa place en vue de normaliser le comportement de ses atomes

**536.** *Quid* du Législateur référendaire ? L'expression directe du Peuple souverain, à la fois énonciateur et destinataire a de quoi augurer les limites de la dialogique de la loi. Si la présence d'un représentant permet d'identifier deux « moi » distincts délibérant dans le processus de détermination de la volonté générale, le référendum ne fait intervenir qu'un seul et même « moi ». Aussi, l'absence de rôle joué par la représentation suggérerait l'idée d'un monologue, le discours législatif référendaire étant dépourvu d'adressataire autre que le locuteur lui-même. Une telle conclusion emporterait la conviction émise par le Conseil constitutionnel dans sa décision de 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct selon laquelle aucune distinction n'est recevable entre la parole législative de celle constitutionnelle du souverain dans son expression directe. Par conséquent, même si la fin de non recevoir semble exclusivement fondée sur la qualité de l'auteur, il n'en reste pas moins que l'argument principal réside dans « l'expression directe de la souveraineté nationale »<sup>651</sup>, autrement dit, de celui qui la détient. Dès lors, s'il est avéré que le dire du souverain constituant, comme c'était le cas ici, est de nature

---

<sup>650</sup> *Ibid.*, p. 86.

<sup>651</sup> CC, n° 62-20 DC du 06 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962, Rec.*, p. 27, JO, 7 novembre 1962, p. 10778, cons. 2.

monologique, l'indifférence de nature opérée entre les deux expressions de sa volonté conduirait à considérer qu'elle sont égales.

**537.** La parole du Législateur référendaire ne varierait donc pas suivant qu'elle concerne la Constitution du monde juridique et étatique ou bien les règles qui régissent la vie en société, participant à la confection de l'être social quelque soit le *modus operandi*. Néanmoins, lorsqu'il s'agit de dire la loi, le détenteur de la souveraineté nationale pourrait montrer une divergence énonciative. En effet, celui-ci s'exprime dans un monde social existant, pour lui même, mais surtout, il destine le contenu de la loi à cette société, en lui donnant une règle de vivre ensemble. Ainsi, à l'instar de la voix du représentant, la voix du Législateur référendaire trahirait un dialogue masqué aux propriétés sui-réflexives<sup>652</sup>. Il faut alors se figurer ce dialogue intériorisé cartésien, cet autre « moi » silencieux qui écoute sans répondre autrement que par un acte d'obéissance ou de désobéissance mais qui n'en est pas moins existant.

## 2. Un dialogue concrétisé par l'obéissance

**538.** Il est possible de jauger la réception du message par l'évaluation du degré d'obéissance<sup>653</sup>. La force illocutoire de la loi aurait alors pour singularité de créer une réalité interindividuelle basée sur l'interaction entre les citoyens d'une même société.

**539.** Là où la performativité constitutionnelle fait advenir des concepts, la performativité législative produit des relations entre les individus, relations chargées de valeurs de justice et d'équité conventionnellement acceptées par tous. En influant sur la réalité sociale, le langage de la loi agirait sur autrui à l'instar du performatif « classique », en engendrant des « droits et obligations pour l'interlocuteur »<sup>654</sup>. C'est ici une caractéristique particulière qui, en marge de la forme dialogique, identifie le dire de la loi vis-à-vis de celui de la Constitution : le niveau perlocutoire de l'énonciation. L'on sait depuis les travaux du père de l'énoncé performatif que le perlocutoire se différencie du niveau illocutoire en ce qu'il

---

<sup>652</sup> Cf. BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale*, 2, *op. cit.*, p. 86.

<sup>653</sup> Une loi disposant un ordre pour être normative doit selon Kelsen pouvoir être désobéie, (cf. KELSEN H., « L'essence de l'Etat », in *La pensée politique de H. Kelsen*, GOYARD-FABRE S. (dir.), *Cahier de philosophie et politique et juridique*, n° 17, 1990, p. 23).

<sup>654</sup> Cf. DUCROT O., *Dire et ne pas dire : principes de sémantique linguistique*, Paris, Hermann, 1991, p. 289.

correspond aux « conséquences de l'énonciation »<sup>655</sup>. Elles s'analysent en termes d'*effet*<sup>656</sup> et génèrent le sentiment d'un acte effectué chez le récepteur du message<sup>657</sup>. L'étude des énoncés passionnés par Stanley Cavell propose par ailleurs de spécifier la nature performative d'un énoncé en fonction, non pas de ce qu'il fait, mais de l'effet qu'il occasionne sur l'interlocuteur, et notamment l'émotion qu'il suscite<sup>658</sup>. L'acte perlocutoire serait alors l'« agir de l'énoncé »<sup>659</sup> constituant sa singularité performative. Ceci apporte à la spécificité de l'illocutoire législatif un élément essentiel en ce qu'il est possible de transposer la question de l'émotion provoquée par l'énoncé passionné en un sentiment d'objectivité au sens de la définition kelsenienne de la norme. En effet, ce qui distingue l'ordre du voleur de celui du percepteur, c'est le sentiment de légitimité qui s'en dégage et qui acquiert l'adhésion du récepteur du message<sup>660</sup>, chose absente de la performativité constitutionnelle qui a trait, non pas à ce qui doit être mais à ce qui est.

**540.** Cette dimension perlocutoire est évidemment absente de la performativité constitutionnelle. La considération des effets d'un acte de langage supposant la présence d'un destinataire, la nature monologique du dire constituant empêche le développement d'une telle profondeur. De plus, l'effet du langage ne peut intervenir que dans une situation énonciative où le locuteur fait advenir un discours, une discussion. *A contrario*, un discours dont la finalité est de produire une chose ne contient pas cette facette de la performativité austinienne. Dès lors, si la spécificité du langage législatif tient à sa nature dialogique, elle tient aussi à l'existence d'une dimension perlocutoire typique de l'intersubjectivité.

**541.** Par conséquent, si la loi agit sur son interlocuteur, c'est principalement sur le sentiment que la règle qui en découle est chargée d'une objectivité. Elle est adressée à tous

---

<sup>655</sup> Cf. AUSTIN J.-L., *Quand dire, c'est faire*, Paris, Le Seuil, 1991, p. 120.

<sup>656</sup> *Ibid.*, p. 129.

<sup>657</sup> Par exemple, la promesse induit le sentiment d'un gain futur, tout comme la déclaration du maire celui d'être uni pour toujours.

<sup>658</sup> Pour une analyse approfondie de cette question, voir CAVELL S., « Passionate and performative utterance : Morals of encounter », DAUZAT P.-E. (trad.), « La passion », in *Quelle philosophie pour le XXI<sup>ème</sup> siècle ?*, BENOIST J. et al., Paris, Gallimard, coll. Folio essais, 2001, pp. 333-386.

<sup>659</sup> Cf. RAID L., « Énoncés passionnés et performatif selon Stanley Cavell », *Revue internationale de la philosophie*, 2011/2, n° 256, p. 155.

<sup>660</sup> Cela ne conditionne toutefois que la légitimité de l'ordonnateur, non l'obéissance qui peut être obtenue par l'instinct de survie face à la menace du voleur.

par un auteur supposé légitime<sup>661</sup>, ce qui justifie qu'on y obéisse sans opposer une résistance qui serait tout aussi légitime, à l'image de celle qui peut être opposée au voleur. A ce sujet, il est possible d'observer une divergence de point de vue entre les propos de Danièle Loschak qui estime que « le discours légitime l'énonciateur »<sup>662</sup> et celui de Bourdieu qui présente l'autorité comme advenant aussi au langage du dehors<sup>663</sup> au moyen d'un « *skeptron* »<sup>664</sup>. Autrement dit, la qualité de l'auteur lui donnerait son aura de légitimité et légitimerait son discours.

**542.** Il semble pourtant que les deux approches se complètent en ce que le locuteur doit être paré de la légitimité de produire un discours manifestant la puissance, sans quoi il court le risque que son discours n'ait pas l'effet escompté. Toutefois, même si l'auteur est légitime à prononcer tel discours, si la qualité de ce dernier ne correspond pas à celle attendue de son auteur, elle rejaillit sur la considération de celui-ci en altérant sa légitimité. Aussi, *skeptron* et qualité discursive ne paraissent pas être alternatifs mais bien cumulatifs pour discerner la parole légitime. Ainsi, si l'effet perlocutoire est présenté comme distinct de l'illocutoire, la vision de Cavell à propos des énoncés passionnés permet de dégager une interdépendance de ces deux niveaux de langage lorsqu'il s'agit de l'agir législatif. Cependant, le sentiment de légitimité peut être considéré comme une condition de succès en ce que l'obéissance constituerait une sorte d'étalon. Il peut, à l'inverse, être la cause d'un échec de la loi par la désobéissance.

**543.** La force illocutoire de la loi s'avère donc différente de celle de la Constitution. Comprise dans une logique dialogique, la performativité législative se distingue de la performativité constitutionnelle en ce qu'elle s'adresse à l'autre dans l'objectif de normaliser son comportement. De plus, elle montre un niveau perlocutoire jaugé par le degré de croyance en la justice de la loi édictée, ce qui ne peut être le cas s'agissant de la Constitution du fait de son caractère monologique. Tout ceci présente une spécificité *a*

---

<sup>661</sup> Cf. AUSTIN J., *The province of jurisprudence determined*, (1832), New York, Cambridge University Press, 1995, p. 22.

<sup>662</sup> Cf. LOSCHAK D., « Le droit, discours de pouvoir », in *Itinéraires*, CONAC G., MAISL H. et VAUDIAUX J. (dir.), Mélanges en l'honneur de Léo HAMON, Economica, Paris, 1982, pp. 432-433.

<sup>663</sup> Cf. BOURDIEU P., *Ce que parler veut dire*, Paris, Fayard, 1982, p. 105.

<sup>664</sup> Benveniste identifie le *skeptron* comme étant littéralement le bâton « sur lequel on s'appuie ». Instrument de légitimation que l'on tend à l'orateur chez Homère, symbole de l'autorité royale sous l'antiquité grecque, il représente l'attribut de celui qui parle et qu'on écoute car il est investi du pouvoir charismatique du sceptre. Benveniste fait à ce titre un parallèle avec la couronne posée sur la tête du roi et qui lui confère son pouvoir dont il n'est que le dépositaire. Ainsi, un personnage « ne règne, ne juge, ne harangue que le *skeptron* aux mains » (cf. BENVENISTE E., *Vocabulaire des institutions indo-européennes*, Paris, Minuit, 1969, pp 29-31).

*contrario* de la performativité constitutionnelle. Mais la prise en compte de l'effet oblige à pousser plus loin la différenciation des actes législatifs et constitutionnels, différenciation qui nécessite de se pencher sur l'essence législative du langage de la loi.

## **B/ L'essence législative dans le langage législatif**

**544.** La qualité énonciative singulière de la loi vis-à-vis de la Constitution oblige à s'interroger sur l'essence de la loi elle-même. Quelle est la conséquence d'une telle énonciation, et en particulier du volet perlocutoire de l'acte de langage ? L'effet produit étant indissociable de l'agir lui-même, il faut déterminer la nature de cet agir au regard d'une qualité spécifique à l'essence de la loi, essence qui fonderait la différence avec l'essence constitutionnelle. L'effet recherché conditionnant la forme de l'énoncé comme le montrent les travaux de Jakobson sur les fonctions du langage, il faudra pourtant chercher plus loin pour dépasser la seule apparence d'objectivité liée à la forme *a priori* descriptive des énoncés législatifs. Il faudra en outre solliciter sa fonction sociale qui est de permettre la vie harmonieuse en société. Aussi, le discours législatif s'opposerait au discours constitutionnel en ce qu'il serait affublé d'une finalité régulatrice (1), requérant une normativité (2) indispensable à l'objectif poursuivi par l'acte même de légiférer.

### 1. Une finalité régulatrice

**545.** L'essence législative du langage de la loi semble susceptible de s'analyser sous le prisme des normes primaires présentées par Hart, en ce qu'elles imposeraient des obligations<sup>665</sup>. Selon le philosophe d'Oxford, ce type de règle prescrit à des « êtres humains d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements, qu'ils le veuillent ou non » visant « des comportement qui impliquent un mouvement ou des changement d'ordre physique »<sup>666</sup>. Elle dépend donc de l'existence de comportements puisqu'elle apprécie leur orientation et tend à les modifier dans un sens ou dans un autre au gré d'une justice contingente.

---

<sup>665</sup> Cf. HART H. L. A., *Le concept de droit*, VAN DE KERCHOVE M. (trad.), Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, coll. Droit, 2005, p. 101.

<sup>666</sup> *Ibid.*

546. La loi va naturellement dans ce sens en posant des obligations incombant au destinataire de l'énonciation : la communauté dans son ensemble ou plus directement à un groupe d'individu. Toutefois, Hart définit la notion d'obligation au moyen de la métaphore du bandit, à l'image de Kelsen, en l'assignant à l'idée de norme. L'ordre du bandit ne peut ici être considéré comme une obligation, au sens de « contrainte », que si on y obéit. Il ne peut néanmoins être envisagé comme un « devoir » ou une « obligation » juridique. Kelsen fait alors une différence claire entre *être obligé* et *avoir l'obligation*, fondée sur l'obéissance à l'ordre donné<sup>667</sup>. Mais surtout, c'est l'effectivité de l'obéissance qui justifie la distinction en ce que le seul fait d'avoir obéi permet d'affirmer que l'adressataire de l'ordre *était obligé* alors qu'il n'est pas déterminant lorsqu'il *avait l'obligation* qui conserve son caractère obligatoire même si elle n'est observée<sup>668</sup>. Ainsi, il semble que la loi puisse s'entendre comme le synonyme d'une *obligation* que l'on *a* de par sa spécificité obligatoire qu'elle soit suivie ou non. La conséquence est alors automatique, aussi bénéfique ou néfaste soit-elle. Cette caractéristique assierait l'essence législative de la loi, au regard certes de l'ordre du bandit, mais aussi de la règle constitutionnelle qui n'impose aucune *obligation* particulière du fait qu'elle ne requiert aucunement une quelconque obéissance.

547. Par conséquent, le discours législatif apparaît comme un discours régulateur réglémentant des faits bruts. La philosophie analytique italienne emmenée par Norberto Bobbio pose d'ailleurs plusieurs catégories de normes en relation avec le comportement visé. Aussi, le théoricien de Turin a mis en exergue différentes classifications. La première est fondée sur une pentalogie bâtie autour de normes catégoriques, hypothétiques, directives, pragmatiques et des recommandations, suivant qu'elles imposent un comportement, l'influencent moralement, ou posent un résultat à atteindre<sup>669</sup>. Il agrémentera ce tableau en y ajoutant le prisme des normes impératives produisant un obligation externe, qu'elles ordonnent ou interdisent, et des normes permissives

---

<sup>667</sup> *Ibid.*, p. 102.

<sup>668</sup> *Ibid.*, p. 103.

<sup>669</sup> Cf. BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1998, p. 121. De son côté, Paul Amselek, propose quant à lui une classification plus restreinte basée sur une trilogie tenant aux demandes (on met dans la main du destinataire une ligne de conduite à suivre discrétionnairement), aux commandements (où la ligne de conduite à adopter est obligatoire) et enfin aux recommandations qui reprennent la description de Bobbio (cf. AMSELEK P., « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », in *La théorie des actes de langage, éthique et droit*, AMSELEK P. (dir.), Paris, P.U.F., 1986, pp. 154-156). Certes moins précise, elle recoupe largement la distinction italienne en ce que les demandes recouvrent les normes hypothétiques, pragmatiques et directives, tandis que les commandements (soient positifs, soient négatifs) ne font que reproduire les normes catégoriques.



déterminant une faculté, une autorisation pour l'individu<sup>670</sup>. Sans oublier le conseil disposant une obligation interne et ne relevant que de l'acceptation du récepteur à le suivre vis-à-vis de son caractère raisonnable<sup>671</sup>. L'essence législative se résumerait alors à la coordination des comportements des individus, à leur orientation. Une orientation qui ne peut se faire que grâce à un discours adressé et selon une logique performative différente de celle de la Constitution. La loi dit ce qui *doit être* dans l'objectif d'une coexistence harmonieuse et ne peut résolument s'interpréter comme un discours sur l'être juridique du monde. En ce sens, elle prouve sa différence à travers un acte de langage prescriptif fondé sur une interaction entre le Législateur et l'ensemble des individus évoluant sous son empire.

**548.** Ainsi, l'essence législative se détermine par un but précis dont le dire constitutionnel fait peu de cas : l'obéissance du destinataire. Le caractère prescriptif de la loi oblige à une gestion de l'obéissance par des moyens autres que la simple punition naturelle du comportement fautif. Si elle impose des obligations aux individus, la loi établit aussi une peine relative à la nature et au degré de la désobéissance. Mais surtout, c'est l'origine de la sanction qui fait de l'acte de langage législatif un acte à part de celui du constituant. Celle-ci est certaine, prescrite par le locuteur lui-même et incombe à celui qui dirige, commande, ou permet. Le constituant ne sanctionne pas le non respect de la règle qu'il édicte, même si la peine de l'inconstitutionnalité prévue par la Constitution du 4 octobre 1958 pourrait passer pour telle. En toute logique, la description d'un fait institutionnel ne peut s'entendre comme instituant une réparation due à la désobéissance. Elle n'existe tout simplement pas sous cette dénomination, alors que la sanction législative peut se diviser en deux. Elle est soit négative et prend la forme d'une punition ou d'un châtiment, soit positive et prend la forme d'une récompense<sup>672</sup>. De cette manière, si la Constitution décline les conséquences d'une action en termes de possibilité, la loi propose une réparation au bénéfice ou au détriment de son auteur. Dès lors, le langage législatif est d'essence arbitraire et fonde son obéissance sur le respect du commandeur (issu de la légitimité qui émane de son acte de parole) ou sur la crainte de la peine encourue pour celui qui ne prend pas en compte l'obligation, ou encore sur la perspective d'une gratification. Ceci démontrerait encore une fois que l'acte de langage législatif a pour

---

<sup>670</sup> Cf. BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, op. cit., p. 149.

<sup>671</sup> *Ibid.*, p. 150.

<sup>672</sup> Bobbio les décline d'ailleurs en une double possibilité selon qu'elles sont privatives ou attributives (*ibid.*, p. 176).



fonction de réguler les comportements par la conséquence de l'obéissance à la règle ou bien de son irrespect.

**549.** De ce fait, le discours de la loi présenterait une finalité régulatrice en ce qu'il aurait pour objet d'établir une norme de conduite applicable pour l'ensemble de la communauté à laquelle il s'adresse. Une telle conclusion impliquerait alors qu'il soit normatif.

## 2. L'exigence d'une normativité

**550.** A s'en tenir à la position de Norberto Bobbio interprétant les écrits de Hayek, les normes de conduite auraient pour fonction de rendre possible la vie en commun d'individus (ou de groupes) qui poursuivent des *objectifs individuels*<sup>673</sup>. L'objet de telles normes montre alors une volonté d'assurer une coexistence harmonieuse par la normalisation des comportements, un rôle régulateur visant la « coordination des finalités individuelles »<sup>674</sup>. Ceci nécessite une contrainte et donc le recours à la norme.

**551.** Pareil postulat invite à se retourner vers l'hypothèse de John Searle distinguant deux grands type de règles : les règles constitutives et les règles normatives. Si les premières sont décrites comme « définissant de nouveaux comportements », les secondes gouverneraient ceux préexistant à la règle ou existant de manière indépendante<sup>675</sup>. Mais ce qui selon lui caractérise les règles normatives se trouve dans la capacité à subsumer les comportements déjà existants qui y obéissent en y donnant la « même description ou spécification »<sup>676</sup>. Autrement dit, le caractère normatif de la loi viendrait de sa fonction régulatrice des actes des individus dès lors que ceux-ci peuvent être subsumés sous la définition de l'acte régi par la règle elle-même. Ainsi, l'essence législative dépendrait de la notion de direction des conduites en attribuant à celles-ci un « dénominateur commun » en fonction du type d'acte. Cette orientation des comportements déterminerait donc la normativité de la règle législative. De cette manière, l'essence législative trouverait sa réalisation dans l'expectative d'une normativité. Portalis exprimait jadis une conception de la loi contenant cette idée à travers une fonction spécifique tenant à ce qu'elle « permet ou

---

<sup>673</sup> Cf. BOBBIO N., *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie de du droit*, SOLDINI D. (trad.), Dalloz, coll. Rivages du droit, 2012, p. 148.

<sup>674</sup> *Ibid.*, p. 154.

<sup>675</sup> Cf. SEARLE J. R., *Les actes de langage : essai de philosophie du langage*, *op. cit.*, p. 72.

<sup>676</sup> *Ibid.*, p. 74.

elle défend, elle ordonne, elle établit, elle punit ou elle récompense ». Une vision en ce sens requiert de toute évidence une activité claire pesant sur les individus en vue d'orienter leurs actes sociaux<sup>677</sup>.

**552.** Divers éléments font preuve de cette exigence de plus en plus prégnante quant à la nature de la loi. La doctrine a su tout d'abord apporter un éclairage sur le contenu du texte de loi qui pour certain doit être fondamental, essentiel, un noyau dur de dispositions qui ne peuvent être seulement générales et imprécises et doivent constituer une véritable substance normative<sup>678</sup>. Mais encore, elle a pu aussi se pencher sur la notion de norme en déterminant sa nature prescriptive, que ce soit dans sa structure linguistique pourvue d'une fonctionnalité déontique<sup>679</sup>, ou dans sa signification<sup>680</sup>. Enfin, d'autres comme Paul Amselek ou Cédric Groulier proposent une version de la norme qu'ils assimilent à un « modèle », pointant la notion du *devoir-être* comme l'expression de la « structure même de la norme »<sup>681</sup>. Sous cet angle, elle ne se limiterait pas à un simple ordre contraignant mais trouverait sa compétence élargie en ce qu'elle serait une « référence pour l'organisation des rapports sociaux »<sup>682</sup>. Ainsi, la normativité se présenterait comme la faculté de signifier ou d'ordonner, tant dans le sens impératif qu'organisationnel, voire même à agir de manière effective sur les interactions interindividuelles.

**553.** Au-delà, les acteurs du droit positif ont eux aussi montré une opinion confortant l'exigence d'une normativité de la loi, notamment le Conseil constitutionnel qui tient sur cette question une position proche de celle doctrinale. A l'occasion des vœux prononcés en 2005 au Président de la République, le président du Conseil constitutionnel, tout en pointant les défauts de la législation moderne, développe une vision particulière de la loi,

---

<sup>677</sup> Conception au demeurant partagée par Montesquieu qui écrivait que « la loi ne doit pas contenir d'expression vagues » (cf. MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, Livre XXIV, chapitre XVI, 1748).

<sup>678</sup> Cf. GALLETI F., « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? Propos sur « l'incompétence négative du législateur » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2004/2, n° 58, p. 408. Voir aussi PRIET F., « L'incompétence négative du législateur », *RFDC*, 1994, n° 17, p. 82).

<sup>679</sup> Cf. MILLARD E., « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », in *La normativité*, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 60.

<sup>680</sup> Cf. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 5.

<sup>681</sup> Cf. AMSELEK P., *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, Paris, 1962, L.G.D.J., 1964, p. 81.

<sup>682</sup> Cf. GROULIER C., « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in *La force normative. Naissance d'un concept*, THIBIERGE C. (dir.), Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2009, p. 200.

de sa portée, et du caractère certain indispensable à ses dispositions<sup>683</sup>. A ce titre, il affirme sa volonté de lutter contre ce que Jean Foyer appelait les « neutrons législatifs », des textes ou des dispositions dont la « charge juridique est nulle »<sup>684</sup> et qui les qualifie d'ailleurs d'« évolution délétère ». En outre, il met principalement l'accent sur une définition de la loi qui doit être « non seulement précise mais également revêtue d'une portée normative » en ce qu'elle a pour « vocation d'énoncer des règles » et doit être « décisive »<sup>685</sup>.

**554.** Mais c'est surtout vis-à-vis de la jurisprudence développée par la Haute instance que cette exigence de normativité vient conditionner la nature de la loi elle-même. C'est notamment à l'occasion de la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, qu'elle fut saisie sur le fondement, entre autres, du caractère non normatif de certaines dispositions<sup>686</sup>. Si l'état de la jurisprudence du Conseil avait pu jusque-là montrer du doigt une absence de normativité dans l'œuvre législative<sup>687</sup>, il a vu ici l'occasion de mettre en œuvre la politique annoncée lors des vœux au Président de la République. Aussi, au nom de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 ou encore l'article 34 de la Constitution, l'expression de la volonté générale, et en particulier la volonté elle-même, ne peut procéder que d'un engagement normatif par le truchement de dispositions non-équivoques<sup>688</sup>. En d'autres termes, des dispositions de la loi dénuées de toute normativité ne pourraient recevoir la qualité législative, tombant sous le coup des actes parlementaires tels que les motions ou les résolutions<sup>689</sup>. Pour certains, une telle position ferait alors de la normativité un critère de définition *a contrario* de la loi, le Conseil ne s'en prévalant que lorsqu'elle y fait défaut. Elle reste tout de même un critère de définition en ce que la loi

---

<sup>683</sup> Voir les vœux du président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au Président de la République, le 3 janvier 2005.

<sup>684</sup> Cf. FOYER J., « Loi d'orientation de la recherche et du développement technologique », *JOAN*, 21 juin 1982, p. 3667.

<sup>685</sup> Le président Mazeaud se fonde d'ailleurs sur un recensement des qualificatifs de la loi dans la Constitution et, ce faisant, fait apparaître la nature constitutionnelle de l'exigence de normativité législative.

<sup>686</sup> CC, n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, *Rec.*, p. 72, JO, 24 avril 2005, p. 7173, p. 7173.

<sup>687</sup> Voir à titre d'exemple les décisions n° 85-196 DC du 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, *Rec.*, p. 63, JO, 8 août 1985, p. 9125 ; n° 94-350 DC du 20 décembre 1994, *Loi relative au statut fiscal de la corse*, *Rec.*, p. 134, JO, 24 décembre 1994, p. 18387 ; n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, *Rec.*, p. 211, JO, 19 mars 2003, p. 4789. Il ne sanctionnait toutefois pas cette attitude du Législateur au titre de l'inconstitutionnalité.

<sup>688</sup> Voir la décision n° 2005-512 DC, préc., cons. 8 et 9.

<sup>689</sup> Cf. MATHIEU B., « La normativité de la loi : une exigence démocratique », in *La normativité, Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 71.

sans effet n'est pas une loi, la production d'effets étant un critère de l'acte juridique<sup>690</sup>. Les seules admises malgré ce défaut sont alors les lois de programme. Expressément posées dans la Constitution, celles-ci auraient la qualité législative au regard de leur forme et seraient adressées par le Parlement à son « moi » futur sans volonté régulatrice d'aucune sorte<sup>691</sup>.

**555.** Toutefois, il est prégnant que le contrôleur de la loi s'attache aux termes mêmes d'énoncés législatifs qui doivent être suffisamment précis, soit en eux-mêmes, soit eu égard à l'ensemble des dispositions ou aux travaux parlementaires s'y afférant. Un tel constat invite à voir chez le Conseil constitutionnel une appréciation du caractère non-équivoque des termes qui composent les énoncés législatifs au regard de leur « degré d'abstraction » ou bien de leur « connotation »<sup>692</sup>. L'essence législative aurait donc pour noyau dur la normativité en ce qu'un énoncé dénué d'un caractère décisoire exprimé ne pourrait se voir qualifier de législatif. A ce titre, un énoncé portant une définition et n'ayant pour fonction que de déterminer un objet juridique serait de fait exclu du domaine de la loi et de la notion même de loi. En effet, à l'image de l'article 7 de la loi traitant de l'avenir de l'école, et disposant que « l'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves », un énoncé « se bornant à définir [...] en des termes qui expriment la seule nature des choses » serait dépourvu de caractère normatif<sup>693</sup>. Aussi, la loi s'opposerait à la Constitution par une spécificité qui vaut de lui voir attribuer une essence particulière issue de son langage.

**556.** Le langage législatif serait donc celui qui décide, qui agit effectivement sur l'« autre », et non celui qui décrit, définit, qui « exprime la nature des choses ». A en juger par le point de vue de la Haute instance, la loi serait définie par sa normativité, tant en termes théoriques et philosophiques que constitutionnels au regard des diverses dispositions énonçant ce qu'elle est. L'essence législative est alors la normativité, cette capacité à fournir un modèle ou bien une directive, ou encore une autorisation, mais une

---

<sup>690</sup> Cf. BRUNET F., « La force normative de la loi », in *La force normative. Naissance d'un concept*, THIBIERGE C. (dir.), *op. cit.*, pp. 404-405.

<sup>691</sup> Sauf à considérer qu'il utilise ce moyen pour orienter sa conduite à venir. Une interprétation en ce sens se heurte néanmoins à l'impossibilité manifeste de contraindre le Parlement ainsi qu'à l'absence de sanction quant au non respect du programme qu'une telle loi imposerait.

<sup>692</sup> Cf. CHAMPEIL-DESPLATS V., « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *La normativité, Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 65.

<sup>693</sup> Voir le commentaire de la décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 19, 2006, p. 14.

normativité qui doit émaner des mots de la loi elle-même. Elle doit ainsi être inhérente à la loi et non être différée au temps de l'application par une autorité administrative ou judiciaire sous peine de faire de ces dernières les véritables institutions détentrices *de facto* du pouvoir législatif.

**557.** Par conséquent, si définir est constitutionnel, mais que définir n'est pas législatif, car exempt de normativité, il semble que l'essence de la loi puise dans celle-ci un de ces principaux critères de sa distinction performative. Le caractère définitoire n'est en définitive qu'une apparence dont il ne faudrait pas tenir compte. L'essence de la loi tient donc d'une force illocutoire propre, empreinte de dialogisme et déterminée par sa dimension perlocutoire. Cependant, à l'instar de l'énonciation constitutionnelle, la forme linguistique de l'énonciation législative intrigue, et notamment s'agissant de dispositions fondamentales telles que le mariage, le vol ou le meurtre. Si la qualité législative ne leur est pas déniée, il est néanmoins évident qu'ils ne satisfont pas à l'exigence de normativité. Un constat en ce sens laisserait suggérer que la loi ne se réduirait pas à ce qui est normatif mais contiendrait dans son énonciation une autre action que celle de réguler les comportements sociaux.

## **§2 : Une action double**

**558.** Si elle reste transposable en une autre formulation marquée par un caractère dialogique et normatif, celle de certaines dispositions législatives a toutefois de quoi intriguer en raison de leur apparente adéquation avec certains canons de l'énonciation constitutionnelle comme les formes déclaratoires et descriptives. La régulation des comportements ne serait alors pas la seule des actions du dire de la loi mais n'en constituerait qu'une partie. Elle serait alors accompagnée d'une autre, présentée soit de manière accessoire de par une énonciation implicite, soit de manière explicite à travers un énoncé expressément marqué par la proclamation d'un état de chose. La performativité législative présenterait donc deux actions effectuées à travers deux actes illocutoires (A), laissant entrevoir une action préalable à la régulation dont l'essence l'apparenterait à celle du langage constitutionnel (B).

## **A/ La dualité de l'ilocutoire législatif**

**559.** Réfléchir sur la dualité illocutoire du langage législatif oblige évidemment à garder à l'esprit sa fonction primaire d'organisation des comportements, mais aussi à soupçonner une autre action déductible de l'énonciation. Raisonner en ce sens conduit à opérer le même examen que pour le langage de la Constitution, à savoir celui du niveau locutoire des énoncés. A travers un échantillon constitué des dispositions relatives au mariage, au vol et au meurtre, mais aussi à la responsabilité civile ou encore au contrat, l'étude du langage de la loi ferait apparaître une énonciation descriptive et constative (1), dont la particularité oblige à envisager une distinction entre l'ilocutoire normatif et un autre qui ne le serait pas (2).

### 1. Une énonciation descriptive et constative

**560.** Le langage de la loi présente un emploi fréquent de verbes d'état, tels qu'« être » ou bien de locutions telles que « tenir lieu de » dont la fonction syndétique<sup>694</sup> est analogue. Ils inviteraient ainsi à percevoir le dire législatif comme le constat d'un état de chose, différant de la performativité « classique » austinienne de par l'absence d'une interactivité signifiée dans l'énoncé lui-même.

**561.** Lorsque le législateur énonce que « le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui » ou bien que le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe », il ne fait que proposer une description de ce qu'il entend par « vol » ou par « mariage ». De même, l'énoncé « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »<sup>695</sup> n'offre pas littéralement de règle à suivre mais se contente de déterminer l'interprétation que fait le législateur des « conventions légalement formées ». Enfin, une dernière illustration de l'attitude descriptive du législateur résiderait dans l'article 221-1 du Code pénal, disposant que « le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre ». Même si l'énoncé révèle sous cette structure une pré-construction de l'objet meurtre, il peut toutefois être renversé en l'énoncé « le meurtre est

---

<sup>694</sup> L'emploi du terme « syndétique », usité dans la doctrine linguistique, se rapporte à la syndèse, induisant une union, et représente ce qui serait relatif à un mécanisme de coordination entre parties de même nature.

<sup>695</sup> Art. 1134 du Code civil.

le fait de donner volontairement la mort à autrui ». Il contribue néanmoins dans les deux cas à conforter l'hypothèse d'une approche cognitive d'un état de chose eu égard à l'union linguistique entre le sujet et l'objet de l'énoncé, une union intrinsèque au verbe « constituer ». Cette analyse plus que sommaire de la physionomie verbale du langage de la loi tend à poser les bases d'une posture spécifique, à l'image de la disposition « l'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves » pourtant écartée par le Conseil constitutionnel en 2005. Une posture qui ne répondrait manifestement pas aux présupposés indexés à l'être même du dire législatif.

**562.** De plus, la parole du Législateur semble marquée par une attitude énonciative déclaratoire précédant l'énoncé de la règle régulatrice et tendant à porter à la connaissance d'autrui un état de chose fondant l'orientation des comportements dans un sens donné. On retrouve alors des éléments comparables au dire constitutionnel telle que l'empreinte assertive à travers une rédaction au présent énonçant ce qui est et non véritablement ce qui doit ou peut être. « Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui » ne fait en définitive qu'affirmer ce qu'est le vol sans y attribuer directement une conséquence négative ou positive et donc déclarerait l'existence d'une pratique sans porter de jugement de valeur sur celle-ci<sup>696</sup>. Pareil raisonnement peut très bien s'appliquer aussi aux dispositions primaires relatives au meurtre ou bien au mariage. Un travail de dénomination qui, bien qu'il soit déprécié par les diverses conceptions de la loi, chacune se rejoignant sur la nécessité d'agir sur les individus de la société, est bien présent et ce, depuis la grande codification napoléonienne. N'en déplaise à Portalis, la loi montre les signes d'une indispensable qualification juridique des choses par le truchement d'une attitude énonciative désactualisée. Elle n'est ainsi pas marquée dans le temps, ni même situé en référence à un acte donné mais elle se rend adaptable à tout acte entrant dans la case qu'elle pose. Généricité induite par le détachement de l'énoncé d'avec une situation spécifique et unique, elle est par ailleurs rendue nécessaire par la prévision d'une subsomption pragmatique laissée entre les mains du juge chargé d'appliquer le commandement qui procède de l'assertion qualificative. Une conclusion en ce sens donne à l'hypothèse d'une dualité illocutoire des éléments en faveur d'une appréciation constative, analogue au dire constituant.

---

<sup>696</sup> Encore que le terme « frauduleux » peut sembler chargé d'une valeur négative tant il est connoté dans le langage ordinaire. Il n'en reste pas moins que cette connotation vient *a posteriori* de la signification qui, elle, est neutre et ne vient s'opposer qu'à une quelconque autorisation ou acceptation.



**563.** Plus encore, l'attitude énonciative législative se caractériserait par une neutralité à l'égard du fait énoncé. En effet, la pratique décrite par exemple dans l'énoncé sur le vol ou encore sur le meurtre peut logiquement être pensée comme existante en dehors de l'énoncé lui-même. La soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ou encore le fait de donner volontairement la mort sont effectivement expérimentables hors leur saisie par le droit qui les synthétiseraient selon un procédé comparable à la science. Dès lors, leur qualification ferait office de désignation conceptuelle suggérant une déresponsabilisation énonciative du fait de la formulation à la troisième personne. A l'instar de la parole du constituant, la parole du Législateur se positionnerait à l'écart de l'existence du fait, lequel se raconterait de lui-même par l'intermédiaire de l'énoncé, sa réalisation ne dépendant sensiblement pas de ce qui est dit.

**564.** Un tel postulat tendrait à creuser le fossé entre ces dispositions législatives et les critères d'identification de la performativité<sup>697</sup>. Le locuteur Législateur ne se révélerait être qu'un médium dont le rôle *de facto* serait la mise en exergue d'un état de chose. Toutefois, la prise en compte de la loi de Hume interdisant de dégager une règle de reconnaissance d'un fait à partir d'un nombre limité d'occurrence, il faut se dégager de la simple description d'un état de chose. Un tel constat supposerait alors que la description et sa synthèse auraient une incidence sur l'être même de la chose décrite, celle-ci devenant ce qui est dit d'elle suivant une « chaîne rituelle de resignifications »<sup>698</sup>. La pratique discursive d'une chose serait alors indissociable de son être<sup>699</sup>.

**565.** Cependant, il apparaît que les énoncés qu'il est susceptible de considérer comme « normatifs » présentent une structure syntaxique comparable. En témoignent l'article 311-3 du Code pénal disposant que « le vol est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende » ou l'article 221-4 du même code disposant que « le meurtre est puni de la réclusion criminelle à perpétuité... ». Cette structure descriptive se retrouve encore à l'article 1844-1 alinéa 2 du Code civil disposant que « la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle

---

<sup>697</sup> Pour rappel, la performativité requiert, outre son association à une quelconque action par le biais du langage, une dimension sui-réflexive, tenant à la réalisation de l'état de fait qu'elle représente au moyen de l'énoncé : il fait advenir ce qui est dit.

<sup>698</sup> Cf. BUTLER J., *Le pouvoir des mots, politique du performatif*, Paris, Amsterdam, 2004, p. 40.

<sup>699</sup> Voir en ce sens les propos de Claire Oger sur l'identité entre le discours homosexuel et la conduite homosexuelle qui, *mutatis mutandis*, fait ressortir un pouvoir de la dénomination sur l'être nommé comme tel (cf. OGER C., « Judith Butler, *Le pouvoir des mots. Politique du performatif* », in *Mots. Les langages du politique*, n° 81, 2006, pp. 127-128).



excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites » et prohibant ainsi les clauses léonines dans les contrats de société. Ces dispositions législatives arborent une relation de type syndétique, décrivant un état de fait, alors que leur caractère décisive est difficile à mettre de côté. La qualité constative du locutoire ne peut donc constituer un critère suffisant d'une dualité illocutoire du langage législatif. Pareil résultat donnerait une nouvelle fois raison à l'affirmation de la doctrine linguistique et juridique selon laquelle l'illocutoire ne peut se déduire du niveau locutoire. Tout au plus, il en serait un indice d'identification. De même, l'usage de la troisième personne, symptomatique de la description, subit la même contradiction. Aucun énoncé législatif ne satisfait à la condition de la présence du locuteur dans le libellé de l'énoncé lui-même.

**566.** Cette non réflexivité de la parole du législateur serait ici gage d'une intention pratique tenant à la superposition de la règle à une multitude de cas similaires, ce qui empêche d'en faire un critère acceptable pris isolément d'autres éventuels. Aussi, cette catégorie de formulation serait une caractéristique inhérente à tout énoncé juridique, un trait animé par le souhait de conférer une solennité au dire du pouvoir afin qu'il soit auréolé d'une certaine sacralité. Il faut donc chercher ailleurs les fondations d'une dimension illocutoire différente.

## 2. Des énoncés a-normatifs

**567.** On le sait, la loi, pour être loi, doit être chargée d'une force normative. Or, celle-ci semble absente de ces énoncés qui se bornent à disposer un état de chose. Comment désobéir à des règles qui seraient portées par des énoncés n'imposant d'obligations à personne, ni même n'impliquant un statut de « modèle », mais se limiteraient à définir certaines choses ?

**568.** Contrevenir aux dispositions énonçant que le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui, que le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre, ou bien que le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe, reviendrait en tout et pour tout à ne pas se soumettre au régime juridique, et donc à la régulation, qu'elles tendent à instituer. Et c'est là où le bât blesse. L'essence législative étant attachée à cette nécessité d'énoncer des règles, de décider, ou encore

d'organiser les rapports sociaux, ce n'est manifestement pas le cas de ces dispositions. Quelle finalité leur conférer sinon de dire ce qu'est le vol, le meurtre ou bien le mariage en dessinant les contours de concepts législatifs ? Une approche en ce sens viendrait contredire Pierre Mazeaud en ce que la loi aurait aussi la charge de mettre en place des principes généraux sous une formulation constative, sans que cela ne puisse s'apparenter à des dispositions qualifiables de neutrons législatifs. Elles ne feraient donc que définir le cadre dans lequel la conséquence de l'accomplissement du comportement interviendrait dès lors qu'il est subsumable sous le concept général posé. Ainsi, une partie de la législation aurait cette caractéristique curieuse vis-à-vis de l'exigence de normativité : celle de n'être justement pas normative.

**569.** Mais encore faut-il distinguer à l'intérieur même de cette fonction constative du langage législatif. La lutte en faveur d'une législation normative révèle notamment la volonté de contrarier une évolution d'un travail parlementaire tendant à véritablement constater un état de chose existant indépendamment de lui. L'exemple des lois mémorielles se pose ici comme le parangon d'un mouvement vers l'intégration, au sein même de la loi, de considérations qui n'auraient pas leur place dans l'œuvre du Législateur. Elles n'auraient ainsi pour conséquence sur le monde que de manifester une reconnaissance de ce qui est ou bien de ce qui fut. Point d'acte illocutoire *stricto sensu* ici en raison de l'absence d'emprise sur la réalité par l'acte de parole. Il ne s'agirait là que de retranscrire un fait brut selon un procédé cognitiviste. Nonobstant leur qualité descriptive, les énoncés législatifs portant sur l'être du vol, du meurtre ou du mariage ne semblent pas obéir à ce schéma. En effet, s'ils fondent leur description sur des faits bruts qui existent indépendamment de leur saisie par la loi, ils posent l'existence d'une chose abstraite – le mariage, le meurtre, le vol – dans un contexte de *vide juridique*. En ce sens, ils ne se limiteraient pas à constater un état de chose mais créeraient la chose dans le monde du droit et se rapprocheraient du dire constituant du fait leur a-normativité. Par conséquent, ce qui identifierait les dispositions non normatives au regard de leur nature législative serait leur performativité particulière. Celle-ci est alors appréciée selon que l'énoncé crée la chose qu'il énonce, qu'il modifie la réalité pour lui substituer la sienne, ou qu'il en est réduit à la seule retranscription d'un état de chose sur lequel il n'agit pas.

**570.** *In fine*, l'illocutoire législatif se révélerait complexe dans son action. La prise en compte d'une exigence de normativité de la loi a pu faire apparaître que certains de ses énoncés, malgré leur rédaction sous l'égide de la philosophie de Portalis, ne présentaient

pas de propriétés linguistiques qui s'y conformeraient. Néanmoins, sans être normatifs, ils s'avèrent être performatifs en ce qu'il renferment une acte de langage spécifique, différent du commandement, de la récompense ou de l'autorisation, et tenant à la création de la réalité conceptuelle qu'il énonce. A ce titre, ce second volet de l'illocutoire législatif montre des similitudes notables avec l'illocutoire constitutionnel laissant penser que le langage de la loi, trahirait, au-delà d'une essence régulative, une essence constitutionnelle.

### **B/ L'essence constitutionnelle dans le langage législatif**

**571.** Empreint d'une dualité illocutoire, le langage législatif semble « victime » de son histoire. Une société s'identifiant au regard des lois qu'elle se donne, la loi contiendrait, à l'heure de la spécialisation des normes par catégories dotées d'un rôle propre, des ersatz de sa fonction implicite passée. Règle posée par le titulaire de la souveraineté interne de l'Etat, la loi, quelle que soit la dénomination qu'elle revêt au fil du temps, n'a de cesse de faire valoir son pouvoir de créer des objets juridiques, crimes, délits, mariage, etc... Elle incite ainsi ses sujets à faire correspondre leurs comportements à un cadre qu'elle énonce. Aussi, quand bien même la performativité constitutionnelle s'illustre par un contexte particulier tenant à la rupture, au vide juridique, il existe une part de l'acte de langage législatif qui ne se satisfait pas de la réalité dialogique ordonnatrice ou permissive. Il est alors possible de mettre en avant ce revers de la pièce menant à considérer une essence constitutionnelle au langage législatif en confrontant certains exemples aux éléments de détermination de la performativité constitutionnelle. Une telle analyse tendrait à faire apparaître l'énonciation d'un être (1) menant à considérer le langage législatif comme formulant des énoncés-concepts (2).

#### 1. L'énonciation d'un être

**572.** La première qualité de l'acte de langage constitutionnel est qu'il fait apparaître un fait institutionnel, cet être de langage abstrait mais qui existe pourtant bien. La coïncidence entre le contenu sémantique de l'énoncé et l'état de chose quasi-automatique qui en résulte est ici un élément essentiel. De la même manière certains énoncés législatifs se présentent

comme des descriptions d'un état de chose, en usant d'énoncés de type définitoire formulés à la troisième personne au moyen d'un sujet incarnant l'objet de la description.

**573.** Les exemples de l'article 143 du Code Civil disposant du mariage (« le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe ») ou de l'article 221-1 du Code Pénal (« le fait de donner volontairement la mort à autrui *constitue* un meurtre ») montre cela de manière assez manifeste en affichant une forme descriptive, non réflexive. Il ne mettent donc pas en scène le locuteur et son commandement ou son autorisation mais traduisent une volonté de modeler dans l'esprit de l'« autre » une chose conceptuelle dont la matérialité ne dépendrait que de la qualité de sa définition. Cette vision est renforcée par l'emploi de verbes tels qu'*être* ou transposables sous une forme énonciative similaire<sup>700</sup>. Aussi, ce genre d'énonciation suggère la mise en mots d'un état de fait déjà existant, lequel n'existerait qu'en raison de l'énonciation elle-même. Elle produit ainsi une parole déresponsabilisante ne faisant pas intervenir le locuteur relativisant la qualité dialogique du discours législatif. Sans existence propre et dépendants des mots qui les affirment comme tels, le meurtre et le mariage auraient alors une vie conceptuelle d'aucune autre manière que parce qu'ils sont dits. Une vision en ce sens conforte l'idée d'une essence constitutionnelle au sein même d'un acte de langage législatif régulateur des comportements venant ôter la vie d'un individu ou bien s'unir à l'autre dans un pacte relatif à une communauté de vie.

**574.** On retrouve ici la distinction entre *Sein* et *Sollen*, à ceci près que la loi, disposant un *devoir-être*, s'acquitterait de la mise en place de son fondement conceptuel. Elle peut le faire au sein d'une même disposition comme pour le mariage, posant par le même énoncé le commandement et le concept qui le sous-tend. Elle opère aussi d'une façon analytique en détaillant ce qu'elle entend, par exemple, par le vol – « la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui » ou encore « d'énergie au préjudice d'autrui »<sup>701</sup> – et disposant dans les articles suivants la sanction applicable à celui qui s'en rend coupable selon la situation, la chose volée et le contexte de l'acte<sup>702</sup>. Il est alors possible de remarquer une différence entre le dire de la loi pénale et celui de la loi civile tenant à l'effectivité de la simultanéité. Si le développement analytique de la loi répressive pose le principe et sa conséquence en

---

<sup>700</sup> C'est d'ailleurs aisé dans le cas de la disposition pénale qui peut se lire comme suit : « le meurtre est le fait de donner volontairement la mort à autrui ».

<sup>701</sup> Art. 331-2 du Code Pénal.

<sup>702</sup> Une énonciation comparable peut en outre être observée en ce qui concerne le meurtre.

les distinguant de manière explicite, il faut parfois post-construire la conséquence dans le cas de la loi civile. En effet, celle-ci ne fait que décliner les cas particuliers dans lesquels le principe s'applique ou ne s'applique pas<sup>703</sup>. Elle n'instaurait ainsi qu'une autorisation ou une obligation interne, voire une obligation externe. Mais il se peut aussi qu'elle fixe une obligation explicite impliquant une pré-construction implicite, à l'image de l'article 1382 du Code Civil, énonçant que « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », de même que ses déclinaisons aux articles suivants. Ici la conceptualisation, tenant à la responsabilité civile, semble se faire en amont de l'énoncé, laquelle conceptualisation non exprimée n'en est pas moins nécessaire à l'énonciation de la règle. Par conséquent, l'*être* et le *devoir-être* de la loi paraissent indissociables l'un de l'autre, le second nécessitant la réalisation d'un *être* spécifique à l'obligation qui découle de l'acte législatif.

**575.** Au demeurant, une attitude énonciative en ce sens tendrait à montrer que la loi chercherait à régir tel type de comportement en lui assignant une qualification juridique. Cette conclusion, permet alors de mettre en évidence une simultanéité entre le commandement et, non pas la création du comportement qui préexiste à la législation, mais sa conceptualisation juridique. Un tel constat marquerait la différence entre le monde du sensible, ontologiquement objectif et la réalité du monde des faits institutionnels, abstraite, ontologiquement subjective mais tout de même épistémologiquement objective. Elle donne ainsi une réalité s'imposant à tous de manière universelle (dans un système linguistique donné) et identifiant tel ou tel comportement par sa qualification sous son concept. De cette manière, la régulation des comportements procéderait de la création d'un concept particulier sous lequel il est possible de les subsumer. Une opération qui se trouve être nécessaire afin de donner vie aux actes des individus dans le monde abstrait du droit. La qualification juridique des comportements ne peut donc se faire que par le truchement d'une confection conceptuelle, parfois généralisante, parfois spécifique, mais permettant la régulation. Une démarche en ce sens assurerait ainsi la connexion entre les comportements des individus et le droit qui est sensé les réguler. Ceci invite à considérer la constitution, expresse ou sous-jacente, de la chose en tant qu'énoncé-concept, comme un passage obligé pour faire entrer l'agir du monde sensible dans le monde de la fiction juridique.

---

<sup>703</sup> Voir à titre d'exemple les articles 144 et suivant du Code Civil traitant du mariage.

## 2. La formulation d'énoncé-concepts législatifs

576. La formulation d'énoncé-concepts suggérerait que la performativité législative se rapprocherait de la performativité constitutionnelle de par sa capacité à concevoir. Au même titre que le langage du constituant, celui du Législateur projette, au moyen des mots qu'il emploie, une image chargée d'une signification *a minima*. Il ferait alors éclore dans l'imaginaire collectif une série de concepts juridiques qui prendront place dans le monde abstrait des êtres de langage du droit.

577. Toutefois, cet acte de création s'attache à des comportements existants et l'acte de qualification diffère largement de celui de la création. En effet, la création se fondant sur un *a priori* nihiliste nécessitant un vide que l'on viendrait combler, elle s'éloigne de l'acte de qualifier qui, lui, se base sur un état de fait préexistant. La qualification revient donc en définitive à affubler l'état de fait d'un statut spécifique afin d'y appliquer un régime de règles adéquates à sa régulation dans de bonnes formes<sup>704</sup>. Le meurtre ne serait alors que la qualification la transposition de l'acte de donner volontairement la mort, tout comme le vol serait celle de la subtilisation d'un bien appartenant à autrui ou encore le mariage celle de l'union entre deux êtres de même sexe ou de sexe différent. Mais ce dernier exemple tend néanmoins à montrer que la qualification législative ne peut être réduite à une pure qualification. Elle serait aussi capable d'altérer à sa manière la réalité. Si l'on se place du côté de la seule union avec une communauté de vie, le concubinage devrait pouvoir être qualifié de mariage, l'union étant réalisée de fait<sup>705</sup>. Il faut alors entendre que la loi ne

---

<sup>704</sup> Jean-Louis Bergel définit d'ailleurs l'acte de qualification comme une traduction « en droit par référence à un ou des concepts juridiques auxquels s'attache un régime juridique » permettant de traiter le comportement donné (cf. BERGEL J.-L., « Regard sur la recherche en droit », in *L'homme et le droit*, LAMBERT-ABDELGAWAD E., SZYMCZAK D., TOUZE S. (dir.), Mélanges en l'honneur de Jean-François FLAUSS, Pédone, 2014, p. 59). D'autre part, Julien Jeanneney évoque la possibilité d'un système juridique « tellement détaillé, précis et apparemment complet qu'il encadrerait [une] infinité de comportements possible, si bien qu'aucun comportement ne serait dénué de modalisation déontique ». Il y oppose la texture ouverte des catégories juridiques que révéleraient des changements de circonstances, menant à une « qualification juridique d'un comportement humain » et que limiterait le caractère certain de leur modalisation déontique (cf. JEANNENEY J., *Les lacunes constitutionnelles*, Paris, Dalloz, 2016, p. 172). Une telle affirmation vaut effectivement pour les concepts législatifs en ce qu'ils impliquent le fondement d'un régime juridique, il ne peut en être ainsi s'agissant de la Constitution, laquelle n'est point subordonnée par le mécanisme de la qualification juridique. Cette dernière officiant à rebours de l'existence du comportement, elle ne peut se confondre avec l'habilitation qui permet le comportement en amont et qui détermine la nature du comportement en fonction d'une qualification *a priori*.

<sup>705</sup> Le fameux mot de Bonaparte s'agissant du concubinage « *les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux* » et la coexistence des deux indépendamment l'un de l'autre peuvent d'ailleurs s'interpréter comme la concomitance de deux états de faits dans le même espace-temps.

qualifiera pas l'union de fait de « mariage », un concept qui aura son existence propre<sup>706</sup>. Dans une logique analogue, s'il concerne une union civile qui, comme le mariage, est consacrée juridiquement par un contrat, le Pacte civil de solidarité n'en est pas un non plus et ne peut être qualifié de la sorte. Il concrétise néanmoins une union civile mais ne recouvre pas la même réalité<sup>707</sup> laissant place à l'idée qu'à chaque situation sociale correspond son concept législatif. Dès lors, d'un point de vue juridique, ces trois « choses » procèderaient de leur propre essence, empêchant de réduire leur inscription aux tables de la loi à une pure qualification.

**578.** Il est donc possible d'en conclure que la qualification législative tiendrait plutôt de la création de choses conceptuelles que de l'acte de qualification effectué par le juge<sup>708</sup>. En ce sens, il faudrait considérer une fois de plus l'existence d'un monde façonné par le Législateur, un monde abstrait à l'intérieur duquel gravitent les êtres de langage juridiques. La loi serait alors mue par une volonté constructiviste en marge de sa mission de régulation des comportements. Elle produirait des énoncé-concepts en vue de permettre leur affiliation à une catégorie d'actes particuliers qu'il s'avère indispensable d'encadrer par le droit afin d'éviter certaines déviances susceptibles d'engendrer l'injustice. Aussi la régulation ne peut se faire qu'après le passage obligé de l'état de fait dans l'autre monde, celui du droit. C'est ici que la qualification opérée par le juge trouve son importance et ne peut être assimilée à la qualification législative. Ce dernier officierait tel un Charon juridictionnel, assurant le passage du comportement dans le monde des concepts législatifs, l'assignant à l'un d'entre eux et auquel il sera identifié par la suite. Leur réalité sensible revêtirait ainsi les atours de la seule sanction émise par l'autorité administrative ou juridictionnelle.

**579.** Par conséquent, si le Législateur garantit la production de règles normatives, il ne peut s'en acquitter qu'après avoir recréé dans le monde du droit un équivalent permettant d'appréhender le comportement visé<sup>709</sup>. De ce fait, à l'instar du langage constitutionnel, le

---

<sup>706</sup> Il faudra cependant nuancer ce propos en ce que la jurisprudence de la Cour de cassation tend à accorder certaines garanties du mariage aux concubins.

<sup>707</sup> D'autant que son but originel était d'offrir aux couples homosexuels la possibilité de s'engager dans une union civile contractuelle comparable au mariage – lequel n'incluait pas cette situation – mais qui n'y coïncide pas.

<sup>708</sup> Celui-ci ne faisant que relier un comportement ou une situation à une des cases prescrites par la loi, quitte à en aménager quelque peu les contours.

<sup>709</sup> L'exemple des mariages homosexuels célébrés par certains Maires avant l'adoption de la loi sur le Mariage pour tous illustre bien cette nécessité de création conceptuelle en amont de la régulation. En effet,



langage de la loi aurait la propriété de créer. Une vision en ce sens traduirait une essence spécifique tenant à la régulation des faits bruts au moyen de leur reproduction *ex nihilo* dans le monde abstrait des *êtres* du langage du droit.

**580.** Cette dernière affirmation renvoie à la distinction faite par Jean-Marie Denquin entre les concepts instituants fabriquant des objets à partir de rien, et les concepts opératoires nécessitant la sanction juridictionnelle<sup>710</sup>. La conception législative se présenterait alors comme génitrice de concepts opératoires dont le but est de subsumer un fait sous un concept qui viendra lui opposer une conséquence. Sous-tendant quatre phases, l'expression, l'identification, l'application et la déduction, le concept législatif répondrait à ces critères. Plus spécialement il tiendrait des deux derniers, de par l'individualisation effectuée par le juge qui colle un cas individuel au concept censé le réguler, ainsi que de la sanction qui accompagne cette correspondance. Il n'aurait alors de réalité qu'à l'issue de l'application et de la déduction<sup>711</sup>. De cette manière, le concept législatif se différencierait du concept constitutionnel qui lui ne prendrait pas en compte ces deux dernières phases et ne requerrait pas nécessairement une action juridictionnelle pour le mettre en œuvre.

**581.** Toutefois, au regard des développements précédents, il apparaît que la performativité législative soit constituée de deux niveaux de conceptualisation, l'un posant un concept opératoire, l'autre posant un concept instituant. En effet, il s'agit là de deux des quatre phases de reconnaissance d'un concept opératoire proposées par Denquin. L'expression tenant à la formulation verbale, et l'identification visant la représentation mentale du concept, coïncident avec les éléments de détermination du concept instituant, lequel n'exige pas l'intervention du juge. Aussi, tous les concepts peuvent être interprétés comme originellement instituants, leur mise en forme s'effectuant à partir de rien dans le monde abstrait du droit. Ils peuvent ensuite devenir opératoires dès lors qu'ils sont appréhendés et employés par le juge qui opérera les deux autres étapes d'application et de déduction. Selon une telle perspective, le langage législatif contiendrait une essence constitutionnelle en ce qu'il instituerait ses propres concepts dont le caractère opératoire dépendrait uniquement de ce qu'ils sont par la suite saisis par le juge.

---

les mariages célébrés n'ayant aucune référence dans le monde du droit, ils n'en avaient pas plus d'existence, frappés de nullité qu'ils étaient de n'avoir pu être subsumés sous le concept de mariage en l'état du droit.

<sup>710</sup> Cf. DENQUIN J.-M., « La notion de concept juridique », conférence donnée à Montpellier le 6 mai 2013.

<sup>711</sup> A l'image du concept de *Tû-Tû* observé et théorisé par Alf Ross (voir en ce sens ROSS A., « Tû-Tû », *Enquêtes*, n° 7, 1998, pp. 263-279).



**582.** En outre, vectrice d'énoncé-concepts conduisant à voir en son auteur une volonté de construire une réalité conforme à son idéal de justice, le langage de la loi participerait à la création d'un univers social constitué d'interactions entre les individus. Celles-ci seraient alors permises, interdites, conseillées ou encore favorisées au-delà du mouvement propre à la société elle-même. Si le droit constitutionnel *stricto sensu*, se rapporte à la constitution de l'Etat et de la société, il semble que le droit législatif prenne le relais s'agissant de l'être social pour, non plus définir son être idéal, mais sa réalité contingente. De cette manière, il lui offrirait les éléments de son identification. Par exemple, la société façonnée par le Législateur a pu être celle dans laquelle le mariage homosexuel était impossible en comparaison d'autres qui le permettaient. Dès lors, si le droit constitutionnel est celui qui crée des concepts et ce faisant fait advenir la société, force est d'en conclure qu'il irriguerait l'ensemble du droit et notamment le droit législatif en intégrant des énoncés instituant des choses, des faits institutionnels. Une vision en ce sens attesterait d'une certaine porosité entre les différentes classes de normes et viendrait relativiser leur distinction formelle ne relevant en définitive que de l'opportunité politique<sup>712</sup>.

**583.** Ainsi, d'un point de vue matériel et sous le prisme de la théorie des actes de langage, l'appréciation de la performativité constitutionnelle en tant qu'acte créateur de chose oblige à la retrouver à chaque création dans le monde abstrait du droit. Mais surtout, c'est cette faculté de modeler le visage de la société elle-même par la reproduction en partie empirique des interactions sociales en énoncé-concepts législatifs en vue de leur régulation qui emporte la conviction que, si régulation il y a, c'est par le passage du comportement visé du monde des faits bruts au monde du droit. Un passage qui ne peut néanmoins être effectué que si le Législateur a créé son équivalent conceptuel et la conséquence de normalisation.

**584.** L'agir du langage législatif ne peut donc se résumer à la seule verbalisation de commandements, de permissions ou d'incitations, car ces actions nécessitent une référence conceptuelle. Aussi, l'acte locutoire effectué au moyen d'une énonciation descriptive fait montre d'un double acte de langage, le premier créant un concept instituant une chose juridique, le second le rendant opératoire. S'il tend à se définir par sa capacité à créer des

---

<sup>712</sup> Un exemple révélateur de ce constat résiderait dans la proposition de loi constitutionnelle tendant à constitutionnaliser des concepts législatifs comme la déchéance de nationalité et l'état d'urgence. Que le contenu soit de nature législative ou constitutionnelle, c'est malgré tout l'opportunité politique qui porte sa valeur dans la hiérarchie des normes.

entités abstraites, langage constitutionnel se retrouverait ainsi dans la loi ordinaire, laquelle ne peut organiser les rapports sociaux qu'une fois qu'elle a posé un fondement juridique légitimant son action. Il est néanmoins un cas où la loi s'affirme comme étant constitutionnelle en ce qu'elle modifie l'allure de l'ordre juridique. Mais la nature de son action, tout comme la forme de son énonciation requièrent un examen spécifique s'il on veut effectivement lui attribuer un acte de langage constitutionnel identique à celui du constituant originaire.

## ***Section II : La performativité du langage constitutionnel dans la loi constitutionnelle***

**585.** Discuter de la performativité constitutionnelle dans la loi constitutionnelle peut sembler légèrement futile du simple fait que la loi constitutionnelle, eu égard à sa classe normative, porterait de toute évidence un acte de langage constituant. Œuvre d'un pouvoir constituant dit « dérivé », la loi constitutionnelle apporte un correctif, quelle que soit la nature de ce dernier, à l'acte fondateur de l'Etat et de la société. Son adoption en la forme constitutionnelle ne devrait donc laisser aucune place au doute concernant la nature constitutionnelle de la loi venant ainsi réviser la Constitution. Et pourtant ces affirmations indéniables s'avèrent nuancables sur certains aspects.

**586.** Selon une logique kelsenienne, la forme l'emporterait sur le fond, voire même emporterait le fond. Il semble néanmoins que la loi constitutionnelle ne supporterait pas une conclusion aussi catégorique, en particulier lorsqu'il s'agit de l'acte de langage qui y est associé. L'examen de l'énonciation légiconstitutionnelle ferait alors apparaître une certaine ambiguïté quant à la dénomination qui lui est assignée, conduisant à entrevoir une nature hybride de celle-ci (§1), et notamment au regard de l'ambiguïté de la finalité (§2) qu'elle poursuivrait de manière sous-jacente.

## **§1 : La nature hybride de la loi constitutionnelle**

**587.** La loi constitutionnelle est sans conteste le fait du constituant, qu'il soit désigné par l'adjectif « dérivé » pour le distinguer de son pendant originaire, ou par sa compétence à réviser la Constitution. Mais sa confection suscite l'interrogation, et en particulier lorsque l'institution du Conseil constitutionnel n'hésite pas à suggérer qu'« une loi constitutionnelle votée par le Parlement réuni en Congrès reste l'œuvre législative du seul Parlement »<sup>713</sup>. Un tel constat impliquerait que la loi constitutionnelle souffrirait de ses origines, lesquelles rejailliraient sur sa nature. Aussi, nonobstant son essence constitutionnelle du fait de la procédure empruntée par le Législateur et prévue à cet effet par le constituant lui-même, la conclusion quasi systématique de la révision par un vote au Congrès conduit à voir dans l'acte légiconstitutionnel un acte d'une nature tout autant constitutionnelle (A) que législative (B).

### **A/ La nature constitutionnelle de la loi constitutionnelle**

**588.** La nature constitutionnelle de la loi constitutionnelle peut sembler relever du pléonasme et son étude peut se montrer inutile. Pourquoi s'enquérir d'une analyse démontrant ce qui est déjà marqué sur le papier et dont la force est reconnue comme telle ? Si cela peut ne faire aucun doute, il paraît pourtant nécessaire d'en dire quelques mots, notamment au regard de son caractère particulier la mêlant à une pratique formellement tournée vers le législatif. Régulièrement issue du Parlement, la loi constitutionnelle doit souvent son statut à une procédure spéciale prévue à cet effet. Elle ne tient sa position suprême que de celle-ci et non véritablement de son objet qui, dans une optique positiviste tirant vers un normativisme asséchant, n'a que peu d'importance. Or, l'étude des actes de langage constitutionnels suppose de poser les yeux sur ce qu'ils font afin d'en déterminer la nature et surtout s'il n'échouent pas à être ce qu'ils sont. Aussi faut-il traiter de la forme de l'acte de langage légiconstitutionnel. L'enseignement du normativisme offre une vision plus qu'épurée de la norme en ne déterminant sa place dans la hiérarchie normative que selon sa seule procédure. Elle fait alors office de promotion du parlement au rang de

---

<sup>713</sup> Voir le commentaire de la décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 15, pp. 19-20.

constituant (1) sans véritablement répondre à la question de la nature constitutionnelle de la loi référendaire (2).

### 1. La nature constitutionnelle de la loi constitutionnelle parlementaire

**589.** S'agissant de la loi constitutionnelle en général, sa nature constitutionnelle viendrait de ce qu'elle aurait suivi une procédure plus complexe que la loi ordinaire<sup>714</sup>. Un tel postulat garantirait une certaine stabilité de la règle constitutionnelle par le truchement d'une difficulté particulière spécifique à ce qui relèverait du sommet de la pyramide. Dès lors, si l'acte de langage juridique est un acte car il répond à une procédure adaptée<sup>715</sup>, l'acte de langage constitutionnel est un acte constitutionnel car il respecte la procédure constitutionnelle.

**590.** La loi constitutionnelle porterait l'estampille constitutionnelle du fait de la mise en œuvre de la procédure adéquate. A ce titre, l'article 89 de la Constitution de 1958 ne distingue la loi constitutionnelle qu'eu égard à cette question de la procédure. L'identification matérielle ne se retrouverait alors que par une négation au moyen d'une interdiction aussi vague qu'imprécise<sup>716</sup>. Au surplus, il satisfait au principe kelsenien de la complexité en disposant une étape supplémentaire alternative concluant la révision par un référendum ou bien, si le Président de la République le demande, un dernier vote par le Parlement réuni en Congrès et avec une condition de majorité supérieure à celle de la loi ordinaire. Ainsi, la nature constitutionnelle sous la V<sup>ème</sup> République proviendrait principalement de la procédure adoptée, en particulier lorsqu'elle se conclut par un vote au Congrès, l'aval populaire du référendum offrant l'onction directe du souverain qu'il faudra convaincre.

**591.** A ce titre, la question de l'auteur de l'acte de langage légiconstitutionnel présente un intérêt en ce qui concerne sa nature constitutionnelle. A s'en tenir à la qualité visible de l'auteur, le caractère constitutionnel se verrait contrarié par l'incompétence du législateur,

---

<sup>714</sup> Cf. KELSEN H. *Théorie pure du droit*, op. cit., 1962, p. 302.

<sup>715</sup> Cf. AUSTIN J.-L., *Quand dire, c'est faire*, op. cit., p. 49.

<sup>716</sup> Néanmoins, au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, cette limite matérielle semble être réduite au vœu pieu, de sorte que seule la procédure serait déterminante à offrir la qualité constitutionnelle à la loi qui réviserait la Constitution (CC, n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, Rec., p. 293, JO, 29 mars 2003, p. 5570).

constitué en tant que tel, à modifier la Constitution sans faire appel au souverain. C'est ce qu'indique l'article 89 de la Constitution en disposant sa participation, laquelle n'est toutefois pas exclusive de l'aval du Peuple. Le problème vient principalement de l'alternative procédurale offerte par son second alinéa selon laquelle, sur demande du Président de la République, la validation finale peut être opérée par le Parlement réuni en Congrès. C'est cette étape, qu'elle soit référendaire ou congressionnelle, qui donne la valeur constitutionnelle à la loi constitutionnelle. Si pour le premier cas le souverain originaire s'exprime directement, le second fait intervenir le Parlement une nouvelle fois, relativisant *a priori* le caractère constitutionnel de l'acte.

**592.** Sauf qu'un tel constat suggérerait une redondance dans l'expression de la volonté parlementaire, obligeant à chercher ailleurs la justification de la force spéciale que l'acte recouvrera. Il faut alors se pencher sur la théorie vedelienne, la réunion en Congrès produisant un effet sur la qualité du parlement qui apparaît ainsi « en majesté »<sup>717</sup> et s'exprime à travers la voix du constituant. Par conséquent, la procédure ferait l'auteur. Elle lui donnerait ses lettres de noblesse et l'élèverait au rang de constituant jusqu'à ce qu'il devienne son porte-parole ou bien qu'il se substitue à lui. Ce serait donc parce que le Législateur suit la procédure constitutionnelle qu'il peut parler comme le constituant et traiter de la matière constitutionnelle en amendement le monde constitutionnellement établi en vue de le faire ressembler à un autre. C'est encore elle qui lui confère la légitimité de parler au nom du souverain en l'absence de délégation expresse de ce dernier et transforme ses mots en un acte de langage performatif créateur de chose au même titre que l'énonciateur originel.

**593.** Il est d'ailleurs intéressant de rappeler que cette voie élève le Législateur lui-même au même niveau que le constituant originaire. En effet, selon la philosophie constitutionnelle française, là où les Etats-Unis d'Amérique distinguent la révision de l'acte primaire<sup>718</sup>, la nature du pouvoir de révision ne serait alors guère différente de celle du constituant originaire. La doctrine Georges Vedel a su mettre en lumière cette identité<sup>719</sup> et le Conseil constitutionnel dans sa décision de 2003 lui a donné sa concrétisation en refusant de contrôler une loi constitutionnelle au regard de l'acte de

---

<sup>717</sup> Cf. VEDEL G., « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, n° 2, p 180.

<sup>718</sup> Dans la Constitution américaine, les amendements, bien qu'ils aient la force constitutionnelle, sont séparés de l'acte primaire de sorte que, l'œuvre d'origine, immaculée, reste celle du constituant ayant créé les Etats-Unis et la révision celle du Législateur constitutionnel.

<sup>719</sup> Cf. VEDEL G., « Schengen et Maastricht », *op. cit.*, p. 179.

langage constitutionnel en vigueur. En allant plus loin, c'est vers Olivier Cayla qu'il faut se tourner. A travers la métaphore biblique de l'incarnation, ce dernier démontre le caractère tantôt libre tantôt enchaîné du constituant et fait valoir le paradoxe que fait ressurgir la distinction entre constituant originaire et dérivé en « renvoyant à la fois au souverain et au magistrat » *via* le même corps : l'organe parlementaire<sup>720</sup>. De plus, à bien y regarder, la loi sous la V<sup>ème</sup> République souffre d'une limitation matérielle qui n'est pas imposée au Législateur constitutionnel, à l'image de son pendant originaire. Alors que la logique d'un pouvoir constitué est d'être circonscrit dans un domaine spécifique<sup>721</sup>, c'est bien sur la base de la seule procédure qu'est déterminée la nature constitutionnelle de la loi parlementaire. Dès lors, la « rigidité » matérielle de la « loi de 1958 » face à la liberté du pouvoir de révision tend à montrer le caractère constitutionnel de la loi constitutionnelle parlementaire. Cet argument peut aussi s'entendre au sujet de la IV<sup>ème</sup> République lors de laquelle, si l'on adhère à la thèse de Georges Vedel, le pouvoir de révision pourrait aussi amender la procédure qui le définit comme tel<sup>722</sup>. Il faudra néanmoins pour cela partager l'idée selon laquelle la V<sup>ème</sup> République ne serait qu'une révision de la IV<sup>ème</sup> avec comme base la dérogation faite par la loi du 3 juin 1958 à l'article 90 de la Constitution de 1946.

**594.** En définitive, ce serait la toute puissance de l'acte de révision qui conférerait sa nature constitutionnelle à la loi constitutionnelle parlementaire et non plus une simple procédure ou une thématique. Ceci conduit à s'interroger sur la perspective constituante de l'article 11 de la Constitution de 1958.

## 2. La nature constitutionnelle de la loi constitutionnelle référendaire

**595.** La thèse de la procédure est ici littéralement à évacuer puisqu'au regard de la règle de *lex specialis*, la règle constitutionnelle spécifique à l'émergence d'une loi constitutionnelle reste celle prévue par l'article 89.

---

<sup>720</sup> Cf. CAYLA O., « L'obscur théorie du pouvoir constituant originaire », in *L'architecture du droit*, BECHILLON (de) D., BRUNET P., CHAMPEIL-DESPLATS V. *et al.* (dir.), Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Economica, 2006, p. 253.

<sup>721</sup> Sauf à donner entière foi au dogme kelsenien et à mettre de côté la critique schmittienne visant le contenu, la procédure en elle-même ne suffit pas à identifier la valeur d'un acte de langage, sa force tout au plus.

<sup>722</sup> Cf. VEDEL G., « Schengen et Maastricht », *op. cit.*, p. 179.

**596.** Toutefois, si la procédure peut paraître plus souple vis-à-vis de son extrême flexibilité, le référendum pourrait bien afficher une difficulté de taille : le Peuple. En effet, si les partis peuvent apparaître comme dociles en raison de leur discipline, l'usage de la consultation directe du souverain se heurte à la versatilité de ce dernier et montre une capacité de soutien potentiel altérable par diverses circonstances. Aussi, à considérer la nature constitutionnelle de la loi constitutionnelle référendaire sous le prisme de la complexité, l'appel au Peuple peut représenter, non plus au niveau de la procédure mais des chances de réussite, une gêne due au caractère aléatoire de la réponse du Peuple<sup>723</sup>. Toutefois le vrai débat porte sur la possibilité de l'article 11 à traiter de la matière constitutionnelle. En 1962, l'argument gaulliste était de dire que la mention de « l'organisation des pouvoirs publics » aux domaines susceptibles de faire l'objet d'un « référendum article 11 » justifiait qu'on l'utilisât pour réviser la Constitution. Ceux-là pouvait ainsi valablement se référer aux pouvoirs publics constitutionnels<sup>724</sup>. De cette manière, la loi issue de la mise en œuvre de l'article 11 toucherait potentiellement à l'être de l'Etat en qu'elle porterait sur les institutionnels et leurs attributions ou caractéristiques. D'ailleurs, le référendum du 28 octobre 1962 avait pour objet de modifier le mode d'élection du Président de la République et donc de sa légitimité, comme sa place dans le processus décisionnel. Dès lors, l'être statique de l'Etat et sa faculté d'agir s'en trouvent altérés de sorte qu'un nouvel être a pu voir le jour<sup>725</sup>, conduisant à voir un acte de langage essentiellement constitutionnel.

**597.** Au-delà, la question de l'énonciateur fait ressortir, ici plus qu'ailleurs, une nature constitutionnelle de la loi constitutionnelle référendaire. Si la loi constitutionnelle votée par le Parlement requiert une analyse spéciale pour en déduire l'expression du constituant, le référendum ne laisse que peu de doute sur la faculté du Peuple constituant à se saisir de son œuvre pour décider de sa révision. Un tel constat renforcerait le caractère constitutionnel de la loi constitutionnelle référendaire jusqu'à en faire oublier le pan législatif.

---

<sup>723</sup> Ici, l'échec du référendum constitutionnel de 1969 démontre que le succès de la révision par l'article 11 dépendrait principalement d'une opinion populaire qu'il est ardu de jauger avec certitude, contrairement à la fidélité des partis au Parlement. Elle est même parfois montrée comme un jugement de la politique des gouvernants plus qu'une réelle décision sur la question posée (comme ont pu le conclure certains commentaires du « non » au référendum de 2005 sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe).

<sup>724</sup> Voir en ce sens GOHIN O., *Droit constitutionnel*, Paris, LexisNexis, 2<sup>ème</sup> édition, 2013, p. 623.

<sup>725</sup> Il est possible d'adopter un raisonnement similaire s'agissant de la tentative ratée de 1969 portant sur un remaniement de la représentation nationale par la suppression du Sénat et de la forme jacobine de l'Etat par la création de régions.

598. De plus, si d'une manière générale, le pouvoir constituant dérivé et le pouvoir constituant originaire sont considérés comme étant de même nature, à la fois par le juge constitutionnel français et une part de la doctrine, l'usage de l'article 11 pose le problème de la fusion ou de la confusion des deux. En 1962, est-ce le pouvoir dérivé ou bien le pouvoir originaire qui s'exprime ? Est-ce une loi constitutionnelle ou bien un acte constitutionnel originaire ? L'expression directe du souverain, tel que l'énonce le Conseil constitutionnel dans sa décision relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, tendrait à emporter l'idée que le souverain est ici le souverain plénipotentiaire, tant en sa qualité de constituant que de Législateur. L'absence de précision par la Haute instance mène alors à penser cette fusion entre législateur et constituant empêchant la distinction. Cependant, une interrogation survient à propos de la différence entre la loi constitutionnelle référendaire et la loi ordinaire référendaire. Comment penser la nature constitutionnelle de la loi constitutionnelle référendaire si celle-ci n'est en définitive pas bien différente de la loi ordinaire votée directement par le Peuple ? La réponse se trouverait dans l'objet de l'acte de langage, lequel déterminera la qualité de son auteur. Si l'intention n'a pas d'incidence sur l'existence d'un acte de langage, elle influe sur le genre même de cet acte. Aussi, l'argument viendrait conforter la nature constitutionnelle de la loi constitutionnelle en ce que l'intention de l'énonciateur serait effectivement de toucher à la Constitution ou de plus largement de « faire du constitutionnel ».

599. Mais si elle dit la Constitution, de par sa procédure et la qualité de son auteur, la loi constitutionnelle souffre néanmoins de son origine essentiellement parlementaire. Habituellement dévolu à la confection de la loi, l'organe législatif par excellence fait montre d'une appétence à produire de la Constitution. Pareille observation oblige à s'intéresser à ce qui pourrait apporter au débat sur la distinction entre pouvoir constituant dérivé et originaire : le caractère législatif de la loi constitutionnelle.

### **B/ La nature législative de la loi constitutionnelle**

600. La nature législative de la loi constitutionnelle ne fait pas toujours évidence. La forme constitutionnelle lui donne un statut suprême, égal à l'œuvre constitutionnelle d'origine. Mais la question de l'auteur ou encore de la procédure présenterait des éléments



invitant à distinguer l'ouvrage constituant suivant qu'il procède du constituant originel ou d'un législateur s'attribuant cette compétence selon une procédure définie. Ainsi, le versant législatif du caractère hybride de la loi constitutionnelle pourrait augurer une performativité différente de la performativité constitutionnelle telle qu'elle a pu être avancée dans les propos précédents, et notamment au regard d'une distinction entre le souverain constituant et le souverain législateur ou constitué. En outre, il faudra aussi distinguer selon les deux théories de la souveraineté, tenant d'un côté à la suprématie du peuple chez Rousseau ou bien à celle de la Nation chez Sieyès, lesquelles montrent une identification spécifique du souverain vis-à-vis de sa représentation. Mais encore, c'est à l'aune d'un rapprochement entre le souverain constituant et son acte de langage que la nature législative de la loi constitutionnelle semble se dévoiler. La loi constitutionnelle se montrerait comme issue d'une procédure législative (1) quasi-identique à la procédure ordinaire et comme l'œuvre de la seule représentation (2).

### 1. Une procédure législative

**601.** Déterminer la nature d'un acte de langage suppose de s'intéresser au procès de son énonciation. Concernant la procédure d'adoption de la loi constitutionnelle, l'article 89 de la Constitution de 1958 propose une vision assez kelsenienne de la révision en comparaison de la procédure législative ordinaire. Elle est plus complexe à mettre en œuvre et fait par principe intervenir le peuple en tant que sanction du travail parlementaire.

**602.** A s'en tenir là, la procédure de révision ne dénoterait pas une nature législative ordinaire car elle procéderait d'une délibération entre plusieurs institutions, l'Assemblée nationale, le Sénat et le Peuple, et requerrait un consensus sur la question. Toutefois, l'article 89 dispose un itinéraire *bis*, évinçant la nécessité d'un aval populaire pour le remplacer par celui du Parlement réuni dans son entier et devant simplement ratifier à une plus forte majorité ce à quoi il avait déjà acquiescé à l'étape précédente. Il est difficile alors de réellement distinguer cette procédure de celle portant sur la loi ordinaire, d'autant qu'un parallélisme des formes est opéré jusque dans la révision de 2008. Touchant à la procédure législative ordinaire, elle répercute la modification qui y est apportée sur celle

constitutionnelle<sup>726</sup>. Aussi, au terme de l'étude procédurale de l'adoption de la loi constitutionnelle sous l'empire de la Constitution de 1958, celle-ci montrerait une qualité législative conséquente.

**603.** De son côté, la III<sup>ème</sup> République – même si cet exemple peut sembler spécial du fait que la Constitution ne soit composée que de lois constitutionnelles – prévoit que la procédure de la révision ressemble à peu de chose près à celle de la loi ordinaire. En ce qui concerne la modification des lois constitutionnelles, l'article 8 de la loi du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics dispose un appareil procédural n'ajoutant qu'une étape supplémentaire au regard de celle prévue pour les lois ordinaires. Celle-ci tient à un troisième vote des deux Chambres qui, après s'être prononcées séparément, réitèrent leur assentiment, réuni en « Assemblée nationale ». De la même manière, la révision sous la IV<sup>ème</sup> République faisait prévaloir, dans ses étapes antérieures à la ratification populaire ou par l'Assemblée nationale, une procédure calquée sur la procédure législative ordinaire. En tout état de cause, seul un ultime vote différencie la procédure ordinaire de la procédure de révision, celle-ci ressemblant trait pour trait à l'adoption du loi « classique ».

**604.** A l'appui de ces affirmations, la tradition républicaine, amorcée par la III<sup>ème</sup> République<sup>727</sup> poserait le Parlement, identifiable en tant qu'organe législateur par excellence, comme un souverain pouvant se passer du Peuple et disposer du texte constitution à sa guise, impliquant un acte de langage principalement tourné vers un acte législatif que constituant. Au-delà, la question de la nature législative de l'acte de langage légiconstitutionnel nécessite une réflexion sur son auteur et notamment sur la qualité de la représentation qui en est généralement chargée.

---

<sup>726</sup> La question de l'article 11 est beaucoup plus anecdotique puisque la loi emprunte un chemin particulier ne faisant intervenir que le Peuple. Cependant, il semble se dégager de la décision du novembre 1962 que son caractère constitutionnel n'ait pas véritablement été examiné, voire qu'il importait peu. En effet, la Haute instance focalise son argumentation sur la distinction entre les lois votées par le Parlement et celles constituant « l'expression directe de la souveraineté nationale » (CC, n° 62-20 DC, préc., cons. 2). Elle concentre ainsi son analyse de la requête sur la seule nature législative de la loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct qui modifie pourtant bien la Constitution.

<sup>727</sup> Cette analyse se limitera à l'étude des trois dernières Républiques du fait de la continuité du régime parlementaire qui s'installe durablement en 1875 et qui se justifie par un examen du Parlement comme auteur de la révision constitutionnelle.

## 2. L'œuvre de la représentation

**605.** L'interrogation principale repose sur la question de savoir « qui parle à travers la loi constitutionnelle ». La lecture des différents textes constitutionnels qui ont jalonné l'histoire française montre une volonté procédurale de complexifier la révision par divers paliers, mais tout en confiant cette tâche aux mêmes représentants officiant en tant que législateur ordinaire<sup>728</sup>.

**606.** La III<sup>ème</sup> République n'instaure ainsi qu'un monopole au profit du Parlement – l'étape référendum n'étant clairement une option envisageable<sup>729</sup> – induisant une révision constitutionnelle exclusivement parlementaire stigmatisant la Constitution comme n'étant que l'acte de langage de la représentation nationale. De son côté, la Constitution de 1946 ne porte pas de grands changements à ce sujet. Si certes l'article 90 offre la possibilité de faire appel au Peuple en fin de parcours, la seule révision qui est intervenue pendant sa mise en vigueur fut adoptée par l'Assemblée Nationale à une majorité qualifiée, faisant de celle-ci l'expression de la voix de la représentation. Le cas de la V<sup>ème</sup> République est plus particulier dans le sens où le principe est posé : la ratification par référendum clôt la révision<sup>730</sup>. Toutefois, le Président de la République peut décider de la faire adopter en dernière lecture par le Parlement réuni en Congrès<sup>731</sup> ce qui offre une alternative à la voix populaire remplacée par celle de la représentation. Se retrouve ici la possibilité de réserver la révision constitutionnelle à l'expression du seul Parlement, d'autant plus que l'histoire de la V<sup>ème</sup> République fait état d'un recours plus que limité à la voie de principe. A ce titre, seule une unique procédure de révision par le biais de l'article 89 – celle de 2000 concernant le quinquennat – ne s'est soldée par un référendum pour un ensemble de vingt-trois amendements. Une observation en ce sens renverrait à la consécration d'un privilège

---

<sup>728</sup> A quelques exceptions près puisque la Constitution de 1791 prévoyait un panachage entre élus ordinaires et élus fraîchement désignés pour l'occasion en vue de faire émerger une Assemblée de révision *ad hoc*. De même, la Constitution de 1795 requerrait la réunion d'une assemblée de ce type, élue à cet effet, tout en excluant la possibilité du cumul d'un tel mandat avec celui du Corps législatif. Néanmoins, ces procédures n'ont jamais été mises en œuvre, la pertinence de leur examen s'arrête à l'esprit sans aller jusqu'à l'analyse d'une application concrète.

<sup>729</sup> Les parlementaires de la III<sup>ème</sup> République ont d'ailleurs assumé pleinement le caractère législatif de la loi constitutionnelle, d'une part par le statut exclusivement légiconstitutionnel de la « Constitution », mais aussi par sa malléabilité au profit du Parlement, le Peuple ou la Nation n'étant là que pour légitimer les représentants.

<sup>730</sup> « La révision est définitive après avoir été approuvée par référendum » (art. 89 al. 2 de la Constitution du 4 octobre 1958).

<sup>731</sup> Art. 89 al. 3 de la Constitution du 4 octobre 1958.

parlementaire lorsqu'il s'agit d'exprimer la volonté du constituant, Parlement qui est déjà la voix officielle du Législateur.

**607.** L'examen des procédures des trois dernières Républiques française montrerait donc un acte de langage dont le locuteur serait le Parlement, titulaire du pouvoir législatif ordinaire. Ceci reléguerait l'expression constituante à la mise en œuvre de ce que Carl Schmitt désigne comme une simple « technique juridique » visant à « protéger des révisions grâce à une rigidité accrue » dans les meilleurs cas<sup>732</sup>. Or, le professeur allemand distingue trois procédés tendant à réviser la Constitution, tous différents de la réalité politique et conférant une véritable origine constituante. Le premier consiste à l'élection « selon des principes démocratiques » d'une assemblée nationale *ad hoc* « spécialement chargée de formuler et normer les dispositions des lois constitutionnelles ». Elle pourrait alors se passer d'une ratification populaire en vertu d'une sorte de mandat impératif, l'assentiment du peuple étant exprimé au départ par le souverain constituant<sup>733</sup>. Le second présente l'avènement d'une « assemblée constituante » soumettant *in fine* son travail à une ratification référendaire ou explicite par les citoyens électeurs. Le dernier évoque le plébiscite procédant à une votation populaire générale « sur une proposition de n'importe qu'elle origine ou sur un nouvel ordre produit de telle ou telle manière »<sup>734</sup>.

**608.** Bien que ne faisant pas intervenir le souverain au même stade de la procédure de révision, il semble toutefois rester l'auteur de la loi constitutionnelle, qu'il se prononce en amont ou en aval de l'action de sa représentation ou bien encore qu'il en soit l'unique locuteur. Il s'avère évident que ces cas confèrent à l'acte produit une qualité constitutionnelle tandis que l'essentiel des révisions républicaines françaises depuis la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle consacrent une préséance indéniable de la représentation supplantant ce qui devrait être l'expression du souverain<sup>735</sup>. Ainsi, l'acte de langage légiconstitutionnel s'affirmerait davantage dans sa dimension législative en ce qu'elle mobiliserait les

---

<sup>732</sup> Cf. SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, Quadrige, P.U.F., 2008, p. 212.

<sup>733</sup> Cette éventualité se retrouve d'ailleurs aussi chez Hans Kelsen (cf. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 302).

<sup>734</sup> Cf. SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, pp. 220-222.

<sup>735</sup> S'agissant de la V<sup>ème</sup> République, l'on constatera avec Anne-Marie Le Pourhiet que l'exemple de la Charte de l'Environnement de 2004, intégrée par une révision congressionnelle au panel des droits fondamentaux français initiant son propos par « le Peuple français proclame » alors qu'elle n'a jamais été soumise au référendum (cf. LE POURHIET A-M., « Définir la démocratie », *RFDC*, n° 87, juillet 2011, p. 462).

représentants contingents du souverain en lieu et place de ceux du souverain constituant, qu'il soit national ou populaire.

**609.** Un tel constat invite à se pencher sur la notion d'« écart » chère à Dominique Rousseau. La voix des représentants modifiant la Constitution est-elle assimilable à celle du constituant (puisque son ambition est de l'amender dans un sens donné) ou bien respecterait-elle une certaine distance avec cette dernière ? La logique de l'écart offrirait une réponse en scindant les deux expressions en deux émetteurs séparés, la Constitution en tant qu'expression de la volonté perpétuelle du souverain, la loi en tant qu'expression de la volonté actuelle du souverain. Il faut alors distinguer entre deux conceptions de la souveraineté : celle de la Nation et celle du Peuple.

**610.** Si l'on se place du côté de la thèse sieyèsienne, la Nation est une entité nécessairement muette, dû à son abstraction, et devant l'expression de sa volonté à ses seuls représentants. Il y aurait donc une confusion entre la voix de la Constitution (voix de la Nation constituante) et celle de la loi (expression des représentants) pourtant soumise à la première, du fait que la Nation en serait dans les deux cas l'énonciateur originel, relayé par les représentants<sup>736</sup>. Ainsi, la loi constitutionnelle, comme la Constitution originelle, ont une nature fondamentale. Elles seraient toutes deux l'émanation d'une voix nationale caractérisée par son unicité dès lors qu'il ne peut se concevoir qu'un pouvoir constitué exerce le pouvoir constituant sans l'onction nationale souveraine. Un auteur unique qui conduirait à relativiser la distinction entre représentant législatif et représentant constitutionnel<sup>737</sup>. Cette fusion irait ainsi dans le sens d'une nature différenciée de l'acte de langage législatif, qu'il soit ordinaire ou constitutionnel, en fonction de son objet et non en raison de son auteur physique. Tenant sa légitimité de l'auteur théorique, il pourrait agir de manière valide tant sur le plan fondamental que sur celui de la régulation de la vie commune.

---

<sup>736</sup> Sauf à considérer que la Nation puisse être divisible et à dégager une Nation constituante, éternelle et perpétuelle et une Nation législative, contingente et éphémère. Ce postulat qui reviendrait manifestement à nier l'unicité du concept de Nation. N'ayant pas de réalité sensible, il semble ardu d'en différencier deux états évoluant dans deux espace-temps distincts sous la même dénomination, dès lors que son existence en tant que concept en dépend entièrement. Cette conclusion rejoint celle de Sieyès énonçant cette unicité à travers l'affirmation que la Nation est « l'origine de tout », que ce soit des lois constitutionnelles comme des « lois proprement dites, celles qui protègent les citoyens et décident de l'intérêt commun », lesquelles sont l'ouvrage du corps législatif qui n'existe que par elle (cf. SIEYES E., *Qu'est-ce que le Tiers-Etat ?*, op. cit., pp. 127-129).

<sup>737</sup> Même si Sieyès prend le parti de ne point faire ressembler à la législature ordinaire la représentation extraordinaire chargée de modifier la Constitution (*ibid.*, p. 137), il n'en reste pas moins que la représentation législative peut s'élever au rang de l'extraordinaire à partir du moment où elle parle au nom de la Nation.

**611.** D'autre part, si l'on se place du point de vue rousseauiste, la chose s'en retrouve plus complexe. Le Peuple ayant la capacité de s'exprimer par lui-même, le rôle de la représentation s'avère beaucoup moins essentiel alors qu'il est pourtant déterminant. En admettant la souveraineté du Peuple, il apparaît nécessaire de penser la volonté de la représentation comme susceptible de ne pas correspondre à celle du représenté. Il faut notamment mettre en exergue un « moi particulier » du corps politique face au « moi commun du peuple » et duquel il serait indépendant<sup>738</sup>. Aussi est-il nécessaire d'identifier l'énonciateur de l'acte de langage législatif, ce qui requiert de distinguer entre les deux types de mandat, représentatif et impératif. La logique rousseauiste impose que la représentation se fasse la voix des représentés sous leur contrôle, ce qui nierait tout écart sans qu'il ne soit sanctionné politiquement par la révocation du mandat. Dès lors, l'énonciateur législatif se présenterait comme étant le Peuple s'exprimant par l'intermédiaire de ses représentants. *A contrario*, la notion d'écart trouverait sa réalité sous l'empire d'un régime représentatif où le représenté n'a plus la main mise sur l'action du représentant pendant la durée de son mandat. Ce dernier peut alors agir à sa guise, n'ayant vocation qu'à exprimer une volonté générale concernant le peuple dans son ensemble.

**612.** Cet écart entre le Peuple et sa représentation imprègne largement la mécanique du contrôle de constitutionnalité par le juge constitutionnel. A la suite de Philippe Blachère, il faut considérer que le juge exerce « une fonction de « médiateur constitutionnel » entre la parole du souverain et la volonté du législateur »<sup>739</sup> et s'accorder sur un énonciateur populaire du dire constituant dont le juge serait le gardien. Dans une telle optique, soit la représentation affiche une indépendance vis-à-vis du représenté qu'il faut encadrer au moyen de la voix directe du Peuple, soit la représentation se fait le porte-parole d'un Peuple différent de celui de la Constitution. C'est à cette conclusion qu'en sont venus Philippe Blachère et Dominique Rousseau en pointant l'existence d'un Peuple actuel ou « spontané ». Celui-ci s'exprimerait par l'intermédiaire des représentants et produirait un acte de langage législatif face à un Peuple éternel ou « perpétuel » désignant le « souverain permanent »<sup>740</sup>. Par conséquent, qu'en est-il de la loi constitutionnelle modifiant par la voix du législateur représentant du Peuple actuel la Constitution, la voix du Peuple

---

<sup>738</sup> Cf. ROUSSEAU D., « De la démocratie continue », *op. cit.*, p. 15.

<sup>739</sup> Cf. BLACHER P., *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale. Etude sur l'obiter dictum : « la loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »*, Thèse dact., Montpellier I, 1998, p. 360.

<sup>740</sup> *Op. cit.* p. 362. Voir aussi ROUSSEAU D., « De la démocratie continue », *op. cit.*, p. 10.

perpétuel<sup>741</sup> ? De deux choses l'une, soit cette distinction ne tient pas l'examen de la nature hybride de la loi constitutionnelle, soit il faut admettre l'essence législative de la loi constitutionnelle consacrant l'expression de la volonté contingente du Peuple comme susceptible de remplacer celle perpétuelle. Pareille conclusion conduirait à concevoir une banalisation législative de la voix perpétuelle du Peuple à travers la révision de la Constitution.

**613.** L'acte de langage légiconstitutionnel souffrirait donc de la qualité de l'auteur de son énonciation qui ne peut exprimer la volonté du Peuple dans sa dimension permanente autrement que par la mise en œuvre d'une procédure endurcie. Une procédure qui ne suffit toutefois pas à transformer le Parlement en représentant du souverain constitutionnel sans que vienne l'idée d'une certaine mainmise sur la compétence constituante par la révision congressionnelle<sup>742</sup>. Ainsi, il est difficile de voir dans la loi de révision un produit essentiellement constitutionnel. Issue du Parlement pour l'essentiel, selon une procédure très proche de celle de la loi ordinaire, elle aurait le défaut de ne faire intervenir que la représentation du Peuple (à quelques exceptions près), laquelle se retrouve distincte du Peuple constituant. Aussi, ce qui vaut pour la loi ordinaire, peut *mutatis mutandis* s'appliquer à la loi constitutionnelle, forçant alors le trait de sa nature législative.

**614.** Il n'en reste pas moins que son caractère hybride oblige à la considérer comme engendrant de la Constitution et participant à la confection de l'Etat et de la société. A ce titre, la performativité du langage constitutionnel dans la loi constitutionnelle montre ceci de particulier qu'elle peut s'épanouir aussi bien sous les mots du constituant que sous ceux du Législateur vêtu des habits du souverain. Cependant, la performativité constitutionnelle s'assied sur plusieurs éléments qui ne correspondent pas tout à fait au contexte de l'énonciation légiconstitutionnelle. Dès lors, la nature hybride de la loi constitutionnelle conduit à une certaine ambiguïté vis-à-vis de l'acte de création qui en découle.

---

<sup>741</sup> D'autant que le Conseil constitutionnel français se refuse à contrôler la conformité de la loi constitutionnelle à la Constitution, considérant celle-ci comme ne relevant pas de la loi (C.C. n° 2003-469 DC, préc., cons. 2).

<sup>742</sup> Une mainmise qui reste cependant théorique puisque la Constitution dispose cette possibilité. C'est principalement sa généralisation qui lance le débat sur cette question et porte le regard sur une légalisation de la Constitution.



## **§2 : La finalité ambiguë de la loi constitutionnelle**

**615.** L'intervention du Législateur constitutionnel n'est que trop rarement sous-tendue par une pure volonté d'ajouter un élément manquant à l'œuvre d'origine ou de la faire concorder avec une évolution notable de la société qu'il faudrait inscrire au marbre constitutionnel. S'il est avéré que le choix de la voie constitutionnelle porte le souhait de modifier l'ordre juridique existant, le produit de la révision semble présenter *de facto* la qualité d'un « avenant au contrat social » (A). Force est toutefois de constater que la correspondance avec l'air du temps exerce une influence moindre que la considération d'une nécessité de rectifier une malfaçon ou enrayer une avarie révélée par la pratique. Aussi, l'ambiguïté de la finalité légiconstitutionnelle viendrait du fait que le pouvoir de révision, sous couvert d'amender la Constitution et ainsi adapter le Pacte fondamental, opèrerait une régulation des comportements institutionnels (B).

### **A/ Un « avenant » au contrat social**

**616.** Fonder n'est pas la seule fonction du pouvoir constituant. Préserver et restaurer, en d'autres termes pérenniser l'œuvre initiale en assurant une « régénération périodique et régulière des institutions » comme pourrait le dire Ran Halevi<sup>743</sup>. Il procéderait ainsi à une actualisation de l'Etat vis-à-vis d'une société qui tend à évoluer et qui doit retrouver dans la base de son édifice la réalisation de cette évolution désirée. Si comme l'affirmait Hauriou, « dans la fondation de l'Etat qui se répète sous nos yeux à chaque révision de la Constitution, l'action du pouvoir politique est évidente »<sup>744</sup>, le constructivisme du langage politique a une nouvelle fois sa concrétisation alors même qu'il s'agit d'adapter le monde à une nouvelle volonté sociale. Une conclusion confirmée par celle du théoricien toulousain qui voyait une organisation en corps social et une durée de l'institution, non seulement imputable aux fondateurs primitifs mais aussi à ceux qui auront la charge de lui offrir la

---

<sup>743</sup> Cf. HALEVI R., « La déconstitution de l'Ancien Régime. Le pouvoir constituant comme acte révolutionnaire », in *Autour de la notion de Constitution, Jus Politicum*, n° 3, 2009, pp. 10-11.

<sup>744</sup> Cf. HAURIOU M., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1986, p. 122.



souplesse indispensable à son immortalité<sup>745</sup>. Le constituant viendrait ainsi réviser la Constitution au moyen d'une sorte d'« avenant » dont l'objet touche à l'être de l'Etat et de la société (1) par lequel les associés renouvellent leur consentement à vivre ensemble (2).

### 1. Un « avenant » matériellement constitutionnel

**617.** Sur le fond, il faut admettre que la loi constitutionnelle tend à modifier le monde constitutionnel selon les canons d'écriture qui se fondent aisément avec l'œuvre d'origine. Cependant, il est intéressant de remarquer que la révision constitutionnelle touche à deux éléments qui font l'être de langage constitutionnel tel qu'il a été précédemment décrit : la société et l'Etat.

**618.** Concernant le premier, il faut distinguer entre la révision qui porterait sur l'être social statique et celle touchant son être en mouvement. Trois exemples tendent ainsi à montrer que la loi constitutionnelle peut traiter de l'être social statique en redéfinissant ce qu'il est par un rajout à l'existant. La loi constitutionnelle relative aux accords internationaux en matière de droit d'asile<sup>746</sup> se présente ainsi comme l'expression de la volonté du pouvoir de révision de remodeler l'être social en l'affublant d'un trait portant sur sa conception de l'asile dans la société que le souverain constituant s'est donné. Elle devient donc une société assortie de la caractéristique d'asile pour « tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif ». Dans un esprit similaire, la loi constitutionnelle interdisant la peine de mort<sup>747</sup> fait apparaître la société de la V<sup>ème</sup> République comme une société dont la considération de la sanction pénale ne peut coïncider avec l'exécution du condamné. Il est possible de mettre sur le même plan un des apports de la révision de juillet 2008 qui introduit au niveau de l'être social un aménagement paritaire entre l'homme et la femme, que ce soit dans la pratique de la politique comme dans la vie sociale en général. De la même manière, la loi de révision constitutionnelle a posé sa marque sur l'idéal social en

---

<sup>745</sup> « Elle ne cessera d'attirer à soi de nouveaux adhérents qui seront de nouveaux fondateurs en ce qu'ils continueront la fondation à mesure qu'elle s'objectivera dans le milieu social » (*ibid.*, p. 121).

<sup>746</sup> Loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre 1993, *Droit d'asile*, JO, 26 novembre 1993, p. 16296.

<sup>747</sup> Loi constitutionnelle n° 2007-239 du 23 février 2007, *Interdiction de la peine de mort*, JO n° 47, 24 février 2007, p. 3355, texte n° 7.

rajoutant une dimension environnementale à la définition de l'être en mouvement de la société. La loi constitutionnelle de 2005<sup>748</sup> a ainsi élargi le champ des droits fondamentaux en y greffant une Charte de l'environnement.

**619.** D'autre part, la loi de révision constitutionnelle a pu aussi toucher à la forme statique de l'Etat ainsi qu'à ses propriétés de mouvement. S'agissant de la forme statique de l'être de l'Etat, les exemples de lois touchant aux caractéristiques du chef de l'Etat, que ce soit pour son mode d'élection<sup>749</sup> ou la durée de son mandat<sup>750</sup>, modifient l'être de celui-ci et démontrent une essence constitutionnelle de ce fait. Il est possible de se référer aussi aux lois constitutionnelles aménageant<sup>751</sup> puis supprimant la Communauté<sup>752</sup>, révisant le statut de la Nouvelle-Calédonie<sup>753</sup> ou encore remodelant la forme jacobine de l'Etat français en décentralisant la prise de décision<sup>754</sup>. L'être de l'Etat est ici encore affecté par la loi constitutionnelle qui se trouve être matériellement constitutionnelle en ce que son acte de langage modifierait l'œuvre constituée en 1958. De leur côté, les propriétés de mouvement de l'Etat sont aussi la cible de la révision. En témoigne par exemple la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 tendant à renforcer le Parlement face à l'exécutif<sup>755</sup>.

**620.** Ces éléments qui n'ont pas la prétention d'être exhaustifs révèlent malgré tout que, outre sa qualité d'acte de langage du Parlement, la loi constitutionnelle peut valablement s'apprécier en des termes constitutionnels de part son objet. Mais la révision peut aussi s'analyser comme un renouvellement du consentement initial sur la chose sociale. Les associés réitéreraient ainsi leur convention originale telle qu'elle fut amendée, et non le seul amendement.

---

<sup>748</sup> Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005, *Charte de l'environnement*, JO n° 51, 2 mars 2005, p. 3697, texte n°2.

<sup>749</sup> Loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962, *Election du Président de la République au suffrage universel*, JO, 7 novembre 1962, p. 10762.

<sup>750</sup> Loi constitutionnelle n° 2000-964 du 2 octobre 2000, *Durée du mandat du Président de la République*, JO n° 229, 3 octobre 2000, p. 15582, texte n° 1.

<sup>751</sup> Loi constitutionnelle n° 60-525 du 4 juin 1960, *Etats de la communauté*, JO, 8 juin 1960, p. 5103.

<sup>752</sup> Loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995, *Session parlementaire unique (du premier jour ouvrable d'octobre au dernier jour ouvrable de juin), aménagement des "immunités" parlementaires et élargissement des possibilités de recours au référendum*, JO n° 181, 5 août 1995, p. 11744.

<sup>753</sup> Loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998, *Avenir de la Nouvelle-Calédonie*, JO n° 166, 21 juillet 1998, p. 11143.

<sup>754</sup> Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *Organisation décentralisée de la République*, JO n° 75, 29 mars 2003, p. 5568, texte n° 1.

<sup>755</sup> Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, *Modernisation des institutions de la V<sup>ème</sup> République*, JO n° 0171, 24 juillet 2008, p. 11890, texte n° 2.

2. Le renouvellement de la « raison sociale »

**621.** Sur le fondement d'une rupture implicite avec l'état du droit existant jusqu'alors, elle apporte un plus au monde constitutionnel en ajoutant, retranchant, corrigeant ou supprimant ce qui est. Comprise entre rupture et continuité, elle a pour finalité de pérenniser la Constitution et le monde qu'elle porte par delà les évolutions de l'association originelle.

**622.** A l'image des signataires d'une convention quelconque, les co-contractants viennent ainsi prolonger leur relation sociale en la renouvelant sous un jour nouveau. Liée au passé et annonçant un avenir naissant, la loi constitutionnelle ne constituerait qu'une retouche, mais une retouche du même ordre que l'acte constituant primaire. Il n'est pas ici question de voir autre chose qu'une modification matérielle de l'agencement de l'être institutionnel étatique et social. La forme et le fond montrant une identité de cause, le fruit de la révision constitutionnelle serait un acte constituant au même titre que l'acte originel dans ses effets. De cette manière, si les deux pouvoirs dont ils sont la réalisation ne présentent pas de différence quant à leur nature, leur finalité fondatrice et créatrice ne peut leur être reniée à chacun. Le produit de l'amendement constitutionnel doit donc être considéré comme tel que l'aurait voulu le constituant originaire si la volonté sociale avait été ainsi au moment de l'établissement initial de l'Etat et de la société tels qu'ils sont décrits dans le texte de base. D'où la conception unitaire de la Constitution révisée. Celle-ci se montre telle un entier sans que n'apparaisse de distinction formelle entre ce que le pouvoir constituant a voulu et ce que le pouvoir de révision veut à présent. Dès lors, il faut en déduire que le fond suivrait la forme empruntée en ce que la fin justifierait le moyen.

**623.** De plus, l'aiguillage du Conseil constitutionnel peut s'interpréter tel que, si la procédure adoptée par le représentant législatif du souverain n'est pas appréciée comme étant adéquate au regard des règles régissant le monde constitutionnel, c'est principalement dû à la nature du contenu de la réforme proposée. Du moins en partie, car la révision consécutive à une censure de la Haute instance ne fait qu'ouvrir la voie à l'action du Législateur ordinaire dans le domaine en question par l'inscription seule du principe qui la fonderait. Il s'agit alors de créer le terrain qui pourra accueillir la règle législative comme faisant partie du monde. On façonne alors une nouvelle pièce pour y loger le régime juridique législatif qui ne pourrait être mis en place sans une telle opération. Une pièce *ad hoc* et appropriée à la spécificité de l'hôte. Aussi, s'il était impossible d'agir au moyen de

quotas pour une parité lors des manifestations électorales sous prétexte que la Constitution ne le permettait pas<sup>756</sup>, il fallait non pas abattre le mur mais créer la place. Il en va de même pour la législation sur le droit d'asile. De plus, concernant l'Union européenne, c'est toute une aile qu'il a fallu ériger. L'article 55 ne suffisant plus à supporter l'intégration toujours plus poussée de la France à l'union économique et politique communautaire, l'apparition du titre XV de la Constitution de 1958 s'est révélée être une étape indispensable à la poursuite du projet européen. La loi constitutionnelle qui a fait suite à la censure du traité de Maastricht par le Conseil n'a donc eu pour autre finalité que de créer un nouveau pan de la relation sociale issue du Pacte constitutionnel. De cette manière, elle élargit l'association au niveau européen. Pareille démarche a alors fait du monde constitutionnel de la V<sup>ème</sup> République un monde enchevêtré à un autre avec lequel il interagit naturellement.

**624.** Par conséquent, s'il est possible de considérer avec Xavier Magnon, Otto Pfersmann et autres, qu'il y a une certaine continuité à travers l'acte de révision<sup>757</sup>, tout mène à une conception créatrice de la loi constitutionnelle sans véritable distinction vis-à-vis du pouvoir constituant sur ce point. Il faut ici considérer une dualité de point de vue face à l'ordre juridique : celui externe à l'œuvre, et celui interne à celle-ci. Si l'auteur s'identifie de par sa position externe, les personnages – et ici les institutions – seraient déterminés par leur situation interne. Cependant, dans sa plénitude de création, l'auteur peut tout à fait mettre en place un personnage spécial et lui attribuer les pouvoirs de sa plume. La différenciation entre le constituant originaire et dérivé n'aurait alors de pertinence que d'un point de vue externe au monde constitutionnel établi par le constituant. Il projetterait son image, son personnage à l'intérieur même de son œuvre. Aussi est-il inconcevable, à l'intérieur de cette dernière, de départager ce qui relève de l'auteur de l'œuvre ou de sa projection, le regard qu'on y porte étant de fait conditionné par les limites du monde.

---

<sup>756</sup> CC, n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, Rec., p. 66, JO, 19 novembre 1982, p. 3475 ; CC, n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux*, Rec., p. 21, JO, 20 janvier 1999, p. 1028.

<sup>757</sup> Cf. PFERSMANN O., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MESTRE J.-L., ROUX A., SCOFFONI G., FAVOREU L., *Droit constitutionnel*, FAVOREU L. (dir.), Dalloz, Précis, 5<sup>ème</sup> édition, 2002, p. 92 et s. ; MAGNON X., « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence », *RFDC*, n° 59, 2004, p. 596.

**625.** Le constituant n'est alors pas autre chose, qu'il initie le monde constitutionnel ou qu'il le modifie au cours de l'histoire. Si Georges Vedel craignait que la créature du constituant échappe à son créateur par le truchement de la révision<sup>758</sup>, force est de constater qu'au regard du pouvoir langagier dont il dispose, il ne peut être qualifié ainsi. Il n'est pas la créature, il est le créateur personnifié au sein même de ce qu'il a créé. Il a la faculté de changer la forme des acteurs, de leur conférer des pouvoirs qu'ils n'avaient pas à l'origine, ou encore d'en faire apparaître de nouveaux sans que son acte puisse être apprécié différemment de celui qui conçoit le monde. Une telle conclusion conduit donc à envisager l'acte de révision comme n'ayant pas d'autre fin que celle de changer ce qui fait l'être du monde pour le faire correspondre à une vision plus juste du mouvement de la « créature » du constituant. Il caractérise ainsi la ratification d'un ensemble constitutionnel renouvelé, composé de l'état de chose conservé et de l'état de chose nouveau.

**626.** Il faut alors se poser la question des lois constitutionnelles esseulées assurant la transition entre deux régimes constitutionnels. Présentées comme un cadre donné à l'intervention future du constituant afin de circonscrire son action, elles tendraient à contredire l'idée que la révision se réduirait à un « avenant » contractuel mais qu'il pourrait aussi initier un ordre nouveau.

**627.** L'exemple de la loi du 10 juillet 1940 montre effectivement cette idée en ce que son unique article prévoit la rédaction d'une nouvelle Constitution tout en posant les garanties qu'elle devra fournir sous la plume du Maréchal Pétain. Il est difficile de ne pas voir dans cet acte constitutionnel la déclaration du décès de la III<sup>ème</sup> République<sup>759</sup>. Or les actes constituant l'Etat français ont pu abroger spécifiquement les dispositions de l'ancien droit constitutionnel qui se trouvent remplacées par le nouvel acte<sup>760</sup>. De cette manière, l'activité constituante de l'Etat français se montrerait sous le jour d'un amendement de la Constitution de la III<sup>ème</sup> République et remettrait en cause son extinction. Cette redondance peut néanmoins s'expliquer par le fait que ces multiples actes avaient pour seul but de permettre une action transitoire du chef de l'Etat dans l'attente d'une Constitution qui

---

<sup>758</sup> Cf. VEDEL G., « Schengen et Maastricht », *op. cit.*, p. 180.

<sup>759</sup> Une conclusion en ce sens serait d'ailleurs corroborée par le résultat du référendum du 21 octobre 1945 optant pour la caducité des institutions d'avant 1940.

<sup>760</sup> Voir à titre d'exemple les articles 2 des actes constitutionnels n° 1 et 2 du 11 juillet 1940.

restera à l'état de projet<sup>761</sup>, le droit constitutionnel précédent n'ayant *de facto* pas disparu. Aussi, si la loi du 10 juillet 1940 déclare la mort de la Constitution de la III<sup>ème</sup> République, les divers actes constitutionnels établis par Pétain, ne seraient que des corrections qui y seraient apportées. Toutefois, ils peuvent être qualifiés de « Constitution de l'Etat français », telle qu'elle était annoncée par l'Assemblée nationale comme susceptible d'être formée « d'un ou plusieurs actes ».

**628.** Cependant, la loi du 3 juin 1958, dont les circonstances d'adoption et la finalité semblent comparables, présente une particularité de par ce qu'elle affirme explicitement « réviser » la Constitution de la IV<sup>ème</sup> République<sup>762</sup>. Sa qualité d'avenant au contrat social est indéniable sur ce point. Mais elle programme aussi la mort de la Constitution de 1946 du fait que la loi constitutionnelle portera en elle une nouvelle République constituée dans le respect de principes spécialement prévus par le Législateur constitutionnel. Aussi, nonobstant le caractère dérogatoire de la révision aux dispositions régissant la révision elle-même, si la rupture avec l'état constitutionnel existant est ici soutenable, elle conduit à présumer la suppression de l'état du droit antérieur. En conséquence, elle se rapprocherait de la loi du 10 juillet 1940 car elle porterait le coup de grâce à la République précédente. Elle annoncerait une relation sociale basée sur des fondations, certes communes avec celle de 1946, mais matérialisant néanmoins un renouveau de l'association des membres du Peuple.

**629.** Plus qu'un avenant, ces deux lois constitutionnelles initieraient un être étatique et social qu'il est possible de qualifier d'inédit, modifiant le monde constitutionnel par la destruction de ce qui est et mettant en place la construction de ce qui sera. Aussi, la loi constitutionnelle se caractérise par un acte redéfinissant sans cesse l'œuvre constitutionnelle<sup>763</sup>. Ainsi, la loi du 10 juillet 1940 et celle du 3 juin 1958 amorceraient une nouvelle « raison sociale » en ce qu'elle constate une mort effective de la Constitution précédente, mais une nouveauté qui peut procéder d'une série d'« avenants » successifs. En tout état de cause, elle concrétise un nouvel assentiment général pour un ensemble

---

<sup>761</sup> Signée par le Maréchal Pétain le 30 janvier 1944, le projet d'une nouvelle Constitution en application de la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 ne sera jamais promulgué suite à l'arrivée au pouvoir du Général de Gaulle.

<sup>762</sup> Elle énonce ainsi que « la Constitution sera révisée par le Gouvernement » et que la « loi portant révision de la Constitution » sera promulguée dans un délai de huit jours après son adoption (loi constitutionnelle du 3 juin 1958).

<sup>763</sup> Cf. HUMMEL J., *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris, 2010, p. 77.

constitutionnel différent de l'ancien, qu'elle programme sa fin à venir ou bien qu'elle y substitue un autre ordre partiellement modifié.

**630.** De cette manière, la révision par l'adoption d'une loi constitutionnelle ne contreviendrait pas à l'optique constituante dont l'objectif évident tiendrait à la rénovation des institutions. Qu'il ajoute ou qu'il retranche, qu'il supprime ou qu'il corrige, le Législateur constitutionnel touche à l'ordre constitutionnel établi au moyen d'un acte de langage constitutif d'une chose institutionnelle et réitère le Pacte social. Toutefois, toute énonciation ne recouvrant sa véritable essence qu'une fois qu'elle est confrontée à son contexte, il faut mettre en relation le dire légiconstitutionnel avec les circonstances de l'intervention du constituant dérivé afin d'en faire ressortir la raison sous-jacente : une régulation institutionnelle.

### **B/ La régulation des institutions**

**631.** Le pouvoir constituant dérivé a ceci de particulier qu'il n'intervient pas dans un contexte de vide. Mieux encore, il tend plutôt à s'exprimer eut égard à la vie politique, soit qu'il corrige, soit qu'il sanctionne. Supposée modifier le monde en produisant un avenant au contrat social, la révision aurait alors une visée régulatrice des comportements des acteurs politiques. L'étude des différentes révisions fait d'ailleurs apparaître plusieurs actions en ce sens, déterminant l'acte de langage légiconstitutionnel autrement que comme un simple créateur de chose, et l'associant à un acte plus législatif que constitutionnel. Aussi, la pratique de la révision constitutionnelle trahirait une action pouvant relever de deux catégories : une amélioration institutionnelle (1) et ce que Jacky Hummel nomme « un moyen d'action politique »<sup>764</sup> (2) affectant la finalité de l'acte constituant.

#### 1. Une amélioration institutionnelle

**632.** Plusieurs types de révisions peuvent montrer une pratique régulatrice en ce qu'elles prennent en compte un état de fait relevant d'une activité particulière des institutions. La lecture des multiples lois constitutionnelles de la V<sup>ème</sup> République fait d'abord ressortir une

---

<sup>764</sup> Cf. HUMMEL J., *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, op. cit., p. 79.



sorte de codification d'une pratique institutionnelle qui ne se retrouverait plus dans le texte constitutionnel.

**633.** S'inscrivent dans cette classe les révisions tenant à la présidentialisation du régime et visant à assurer au Président de la République une légitimité suffisamment indépendante du Parlement<sup>765</sup>, à officialiser sa position de capitaine de la majorité parlementaire<sup>766</sup> ou à la constitutionnalisation de la jurisprudence judiciaire sur sa responsabilité<sup>767</sup>. Dans ces trois cas, il est prégnant que l'objectif est moins de procéder à un agencement du monde constitutionnel que de faire cesser un comportement existant, un comportement permis par l'ancien dispositif et qu'il fut jugé bon de normaliser. Ainsi, en suivant la définition des règles dites « normatives » établie par John Searle, ces révisions tendraient à gouverner des formes de comportements préexistants ou existant de manière indépendante à la règle<sup>768</sup> sans pour autant les créer. En effet, la posture présidentielle gaullienne, de même que la maîtrise de la politique nationale constituaient des faits institutionnels. Ils étaient ainsi déduits d'une interprétation large de la Constitution, même si l'incident politique de la cohabitation laissait penser à une pratique plus juste de la Loi fondamentale. De la même manière, la révision concernant la responsabilité du Président de la République a eu pour aspiration le règlement d'un conflit d'interprétation issu d'un comportement rendu possible par l'ancienne règle. L'aspect régulateur de ces réformes se trouve alors difficile à mettre de côté en raison de sa finalité spécifique relevant plus d'une attitude législative que constituante. Elles viendraient rationaliser un agir institutionnel, la modification du monde n'en étant que le moyen.

**634.** Mais la révision constitutionnelle a aussi eu pour objet de corriger d'éventuels manques dommageables en vertu d'une vision axiologique de l'Etat de droit. Elle peut également s'interpréter comme une façon de pallier à un fonctionnement institutionnel qui pourrait s'apparenter à une dérive du système initial et provoquée par le comportement des acteurs politiques. En témoignent les multiples révisions qui ont pu tenter de rééquilibrer

---

<sup>765</sup> Bien que celle-ci ne soit pas l'œuvre du Législateur constitutionnel parlementaire, il semble que la motivation ne soit pas véritablement celle d'un constituant originaire mais bien celle d'un régulateur de la marche des institutions prenant la forme constitutionnelle.

<sup>766</sup> Aussi, quand bien même il eût été affirmé que le quinquennat serait sec, qu'il s'agissait simplement de faire respirer la démocratie, l'accompagnement de la modification du calendrier électoral législatif pour l'aligner sur celui du Président de la République trahit une volonté en ce sens.

<sup>767</sup> Loi constitutionnelle n° 2007-237 du 23 février 2007, *Corps électoral de la Nouvelle-Calédonie*, JO n° 47, 24 février 2007, p. 3354, texte n° 5.

<sup>768</sup> Cf. SEARLE J. R., *Les actes de langage : essai de philosophie du langage*, op. cit., p. 72.



les rapports entre la minorité parlementaire<sup>769</sup> ou bien le Parlement lui-même face au Gouvernement. Adoptée en vue de compenser un rapport de force disproportionné, ces révisions agissent en vue de renverser une balance en faveur de Gouvernement, qu'elle soit due à la connivence politique qu'il entretient avec la majorité au Parlement ou à sa maîtrise du travail parlementaire. Elles tendent ainsi à montrer une pratique de la réforme constitutionnelle comme le correctif d'une rationalisation trop poussée.

**635.** Le contexte de l'énonciation légiconstitutionnelle révèle une fois de plus une attitude régulatrice de la part du constituant dérivé. Elle traduirait une volonté de faire cesser un comportement déviant, ou en tout cas inapproprié, trahissant un jugement sur ce qui est et apparaissant comme commandé par un *devoir-être* institutionnel. Tel semble être aussi le cas s'agissant de l'introduction du contrôle de constitutionnalité de la loi *a posteriori* de sa promulgation. Supposée compléter l'office *a priori* du Conseil constitutionnel, elle vise à renforcer l'Etat de droit mais dans une version qui orientée vers l'effectivité des droits fondamentaux. De ce fait, elle laisse fermée la porte d'un contrôle complet de la conformité de la loi par le citoyen devenu justiciable. Elle montre ainsi le désir d'une conservation d'un monopole politique en encadrant strictement cette nouvelle compétence et en la faisant plus ou moins correspondre à celle *a priori* tout en la limitant à la question des droits fondamentaux<sup>770</sup>.

**636.** Si elle s'avère guidée par une intention de ne consacrer qu'une évolution restreinte de l'Etat de droit, pourvoyant à un manque sans véritablement le combler, la motivation d'une telle réforme – l'effectivité renforcée des droits fondamentaux – reste toutefois plus politique que fondatrice d'une institution organique ou conceptuelle.

## 2. Un moyen d'action politique

**637.** Parmi les diverses révisions de la Constitution de 1958, certaines peuvent être regardées comme reflétant une volonté de promouvoir au niveau superlégislatif des mesures politiques.

---

<sup>769</sup> Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974, *Possibilité pour 60 députés ou 60 sénateurs de déférer une loi au Conseil constitutionnel*, JO, 30 octobre 1974, p. 11035.

<sup>770</sup> Voir en ce sens BONNET J., « Les contrôles *a priori* et *a posteriori* », in *Le Conseil constitutionnel : trois ans de QPC, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, juin 2013, pp. 105-115.

**638.** Que ce soit pour proscrire la peine de mort, ou pour promouvoir la parité<sup>771</sup>, le législateur constitutionnel fait montre d'une intention de consacrer au niveau le plus haut de la hiérarchie des normes une politique spécifique. Leur essence axiologique laisse transparaître une action dont la teneur serait de toute évidence sous-tendue par une volonté d'influencer les comportements institutionnels suivant une vision politique donnée. En effet, il est difficile de voir dans ces révisions ou projets de révision le souhait de supprimer de l'ordre constitutionnel la peine de mort ou bien de consacrer l'égalité entre homme et femme comme un état inhérent à l'ordre nouveau. Il s'agirait plutôt de tendre vers cet état, leur extinction ou leur apparition comme fait institutionnel n'étant qu'une conséquence de leur constitutionnalisation. Ce constat peut d'ailleurs aussi se retrouver dans la réforme constitutionnelle relative au droit d'asile qui, au-delà du surpassement de la réaction du Conseil constitutionnel, vient consacrer une action politique axiologiquement marquée. On observe alors un dessein autre que celui du constituant lui-même qui serait de renforcer une politique spécifique en la parant de l'aura suprême. Dès lors, quand bien même elle viendrait dessiner les contours de l'être social, la révision ne ferait qu'agir dans le but de faire évoluer des comportements dans un sens donné. Une attitude, législative par nature, qui prend en compte un état de fait social et institutionnel qu'il conviendrait, selon une philosophie politique préétablie, de modifier afin qu'il corresponde à l'idéal porté par cette dernière<sup>772</sup>.

**639.** Une dernière série de révisions constitutionnelles peuvent être regardée dans le sens d'une régulation par la modification du monde constitutionnel en ce qu'elle aurait pour finalité de faire cesser un trouble particulier. Dans cette optique, l'amendement du titre consacré à la Communauté française dissociant la qualité Etat membre et son indépendance serait symptomatique d'une politique de décolonisation évolutive. Un tel contexte altérerait la visée purement constituante de la révision en subordonnant son existence à la volonté de valider un état de fait. Elle apporterait plutôt une solution au trouble que cet état génère, ici celle de permettre à une ancienne colonie de conserver un lien avec l'Etat français tout en s'assurant, non pas d'une autonomie mais bien d'un

---

<sup>771</sup> Il est d'ailleurs possible de voir un mouvement en ce sens dans le projet de révision proposé par le Gouvernement à la suite des attentat de novembre 2015 et visant l'inscription de la déchéance de nationalité au marbre constitutionnel.

<sup>772</sup> Kenneth Bray déterminera d'ailleurs que la circonscription d'une pratique au moyen d'une règle peut à terme faire évoluer le statut régulateur de celle-ci pour la rendre constitutive de l'ordre institutionnel dans lequel elle s'applique (cf. BRAY K., *Comment marquer un but. Les lois secrètes du football*, Paris, Lattès, 2006).

affranchissement conventionnellement consenti de la tutelle française. Il est même possible d'aller plus loin en déduisant une action dans le sens d'une régulation de la décolonisation elle-même en lui offrant une voie douce à suivre.

**640.** Il en va ainsi pour la consécration d'un statut spécifique pour la Nouvelle-Calédonie. Porteur d'une autonomie électorale et législative, il peut s'analyser comme un moyen de pacifier les relations entre la métropole et ce qui fut un territoire d'outre-mer en lui concédant une qualité *sui generis* au sein des collectivités françaises. Par conséquent, alors que la révision aurait un nouvel agencement du monde constitutionnel pour résultat, propre à l'œuvre du pouvoir constituant, l'examen des circonstances et du contenu de l'intervention du Législateur constitutionnel semble faire ressortir une motivation beaucoup plus législative que constitutionnelle. Elle peut de ce fait être considérée comme ayant pour objet d'agir sur un état de fait au futur fâcheux pour l'ensemble de la collectivité et non comme la sanction d'une évolution de la société, ce qui impliquerait qu'elle se reflète dans le Pacte social.

**641.** La loi constitutionnelle aurait donc un esprit plus politique que constituant. Chargée de valeurs ou instrumentalisée dans le but de régler un conflit, elle ne serait pas seulement employée pour amender et corriger l'acte fondateur mais attesterait d'une volonté d'orienter les rapports institutionnels dans un sens déterminé. Elle entreprendrait ainsi une « dévalorisation » au sens de Jean-Marie Denquin<sup>773</sup>, faisant passer une valeur nouvelle pour un fait nouveau. Un fait qu'il convient d'ériger au rang du fait constituant l'ordre juridique dans lequel s'inscrit la régulation du comportement institutionnel. Ceci conduit logiquement à se pencher sur l'intention du constituant dérivé. Si celle-ci ne conditionne pas la présence d'un acte de langage, elle joue néanmoins sur la nature de ce dernier. La pratique de la révision afficherait ainsi un acte de langage instituant un nouvel état de chose.

**642.** Toutefois, derrière cette façade créatrice se cache une intention régulatrice qui emprunte les formes linguistiques de la Constitution. Si selon John Searle, on ne peut pas rendre compte du processus de raisonnement sans l'attribuer à un sujet, autrement dit sans considérer l'intention qui se trouve à l'origine de ce dernier<sup>774</sup>, il semble que l'acte de

---

<sup>773</sup> Cf. DENQUIN J.-M., *La politique et le langage*, Paris, M. Houdiard, 2007, p. 137.

<sup>774</sup> Cf. SEARLE J. R., « Langage, conscience, rationalité », *Revue Le débat*, n° 109, mars-avril 2000, p. 189.

langage de révision de la Constitution doit être attribué au Législateur plutôt qu'au constituant. En effet, tant de par le contexte de l'énonciation que par le résultat recherché, l'intention première de la retouche faite au texte fondamental peut s'interpréter comme la résolution d'un conflit, qu'il soit institutionnel ou social, comme il peut montrer la promotion d'une valeur politique au niveau le plus haut de la hiérarchie des normes. Aussi faut-il voir la règle légiconstitutionnelle comme porteuse de deux actes de langage : un acte créateur de chose et disposant un fait institutionnel, un autre à visée régulatrice<sup>775</sup>.

**643.** D'autre part, la pratique de la révision constitutionnelle présente parfois la spécificité de surmonter une décision du Conseil constitutionnel, particularité symptomatique cette fois d'un conflit institutionnel qu'il s'agit de réguler par le truchement du pouvoir constituant. A ce titre, toutes les révisions relatives à l'Union européenne tendent à entrer dans cette catégorie, tout comme pour l'intégration de la compétence de la Cour Pénale Internationale dans l'ordre juridique français<sup>776</sup>. S'il est possible de voir dans ce cas une attitude particulière visant à surmonter le veto du Conseil, l'invitation explicite de la Haute instance à procéder en ce sens suggère de relativiser l'apport de ces révisions à la mise en avant du règlement d'un désaccord institutionnel. Celui-ci relèverait plutôt d'un conflit de normes pointé du doigt par le juge et résolu par le Législateur constitutionnel. Paré de sa casquette d'aiguilleur, ce serait donc le Conseil qui viendrait réguler le trafic législatif en lui indiquant la voie.

**644.** L'intervention du pouvoir constituant dérivé dans la résolution d'un conflit institutionnel s'illustrerait alors dans les révisions relatives au droit d'asile ou pour encourager la parité entre les hommes et les femmes<sup>777</sup>. Au-delà de modifier le monde social et étatique, elle force effectivement l'opposition émise par le contrôleur de la constitutionnalité de la loi<sup>778</sup> en faisant sauter le verrou constitutionnel. De cette manière, la révision se présenterait comme une règle de conflit entre les deux institutions parlementaire et juridictionnelle et ferait de son auteur un régulateur des pouvoirs dont la fonction rejaillirait sur la nature de son œuvre. Il est alors possible de voir dans cet acte, la

---

<sup>775</sup> Voir en ce sens MORIN O., « Y a-t-il des règles constitutives ? », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, n° 17, 2009, pp. 115-116.

<sup>776</sup> Loi constitutionnelle n° 99-568 du 8 juillet 1999, *Cour pénale internationale*, JO n° 157, 9 juillet 1999, p. 10175.

<sup>777</sup> Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999, *Egalité entre les femmes et les hommes*, JO n° 157, 9 juillet 1999, p. 10175.

<sup>778</sup> CC, n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, *Rec.*, p. 224, JO, 18 août 1993, p. 11722.

sanction d'un comportement du juge de la loi, lequel dépasserait sa compétence et oserait objecter à la volonté nationale, objection *in fine*, contestée par celle-ci<sup>779</sup>. Par conséquent, en surpassant la décision du Conseil, le Législateur constitutionnel n'affiche plus l'allure de concepteur du monde constitutionnel mais celui d'arbitre dont le seul outil réside dans sa capacité à modifier ce dernier.

**645.** Cette utilisation foncièrement régulatrice de la procédure constitutionnelle amène à considérer une banalisation de la révision en la réduisant à un moyen politique de d'orienter les comportements institutionnels dans un sens différents de ceux qui leurs sont naturels. Pareil constat conduit à un dédoublement fonctionnel, relativisant la distinction entre pouvoir constituant et pouvoir législatif. Le Parlement arborerait tantôt l'une, tantôt l'autre casquette dans un but de nature comparable<sup>780</sup>. La différence ne serait alors fondée que sur le type de comportement qu'il faudrait réguler, soit qu'il nécessite une régulation du fonctionnement *du* monde, soit qu'il puisse se suffire d'une régulation *dans* le monde.

**646.** En définitive, la forme et le fond trahissent elles deux toute l'ambivalence de la révision par le seul Législateur. Etape régulière de la révision, la ratification populaire eut pu avoir pour objet d'offrir la parenté de l'amendement de la loi fondamentale au souverain originel et d'en faire l'œuvre de sa voix. Mais lorsqu'il est physiquement absent de la procédure et n'est réduit qu'à un instrument de légitimation de la force contraignante, l'acte de langage juridique subit les affres de l'identification d'un auteur qui, s'il est fictivement populaire, n'en est pas moins exclusivement parlementaire. Une conclusion en ce sens mène indubitablement à conforter l'hypothèse d'une création généralisée, attestant d'une performativité constitutionnelle qui transparait dans l'acte de langage législatif, qu'il le soit par sa forme ou par sa fin.

---

<sup>779</sup> Un constat qui se révèle d'autant plus vrai à propos de la question de la parité puisque le Conseil constitutionnel avait par deux fois censuré le dispositif de quotas par sexe pour les élections politiques avant que le pouvoir de révision n'intervienne.

<sup>780</sup> Cf. HUMMEL J., *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, *op. cit.*, p. 80.

## CONCLUSION DU TITRE II

**647.** L'acte de langage créateur de chose se retrouve ainsi inscrit dans une pluralité d'environnements politiques et juridiques susceptibles de le faire apparaître et de soutenir une fabrication langagière d'objets conceptuels. La spécificité performative de l'énonciation descriptive du dire constituant tire parti d'une rupture avec l'état du droit existant, une rupture qui peut être soit totale, soit seulement matérielle, et sans dépendre de la nature du régime politique de l'œuvre nouvelle. Tout au plus, la qualité de la rupture conditionne l'existence d'une continuité constitutionnelle. La performativité constitutionnelle se caractérise donc par un constat, mais le constat d'une chose qui n'existe pas. Une existence qui ne doit sa réalité que parce que le contexte de l'énonciation entoure l'acte de langage d'une vide juridique et conceptuel, ou bien parce qu'elle fait advenir *de facto* une chose nouvelle et engendre *a posteriori* ce vide.

**648.** D'autre part, l'examen du contexte apporte une réponse à l'interrogation portant sur l'existence même de la rupture et son caractère antérieur ou consécutif à l'apparition du constituant. Si le pouvoir constituant dérivé agit dans la continuité du monde établi et produit une rupture matérielle, l'invocation du constituant originaire produit par analogie une rupture institutionnelle totale qui sert la plénitude de sa compétence. Dès lors, la rupture est inhérente au pouvoir constituant qui la crée du fait de son apparition. Une conclusion qui est confortée par la thèse vedelienne de l'identité de nature entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir de révision, rompant tous les deux avec l'état constitutionnel existant et n'étant différenciés que par une procédure auto-imposée. En tout état de cause, ils représentent tous deux la même entité. Les restrictions grevant le pouvoir de révision ne seraient finalement dues qu'à la matérialisation du créateur à l'intérieur même du monde dont les limites contiendraient son action.

**649.** Mais encore, l'analyse du contexte de l'action créatrice résout la question de l'ambiguïté de l'acte de langage légiconstitutionnel. Celui-ci tenant à la fois d'une procédure aux allures législatives et traitant de la matière constitutionnelle, il modifie l'ordre juridique existant en constatant, non pas une chose inexistante mais une chose n'existant pas sous la forme qu'il décrit. Toutefois, malgré la rupture matérielle qu'il

gènère, il ne peut être débarrassé de sa finalité régulatrice de comportements institutionnels ou correctrice d'une situation politique à laquelle la description constitutionnelle ne correspond plus. Ces deux actions étant capables de coexister au sein d'un même acte de langage. Cette observation conduit à considérer la présence de traces d'une création conceptuelle comparable au dire constitutionnel à l'intérieur de la loi ordinaire. L'énonciation constatative caractérisant certaines dispositions législatives atteste donc d'une ambivalence généralisée entre l'acte légiconstitutionnel et l'acte législatif ordinaire. Il apparaît alors comme nécessairement contraint de poser le fondement de son action de régulation par le truchement d'une description créatrice. Aussi, quelle que soit la forme empruntée, le langage constitutionnel, identifié comme créateur de chose, ressort de contextes divers et variés, servant d'appui à une novation conceptuelle.

## CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

**650.** Si lorsqu'il est question de la performativité juridique, on s'accorde à penser à un acte de langage interactif, tel n'est pas le cas s'agissant du dire constituant. La comparaison avec le discours de la fiction littéraire a pu montrer deux choses essentielles vis-à-vis du langage en général. En premier lieu, une description, simple, épurée de sa fonction phatique, peut revêtir un caractère performatif au même titre qu'une parole affichant une accroche destinée à un interlocuteur. En second lieu, si la performativité a pour conséquence de créer une réalité fondée sur une relation entre au moins deux personnes, elle peut sans nul doute la faire apparaître de manière fictive en dehors de toute relation de ce type. Le postulat d'une performativité indépendante de la dimension interactive marquerait ainsi la spécificité d'un l'acte de langage, exempt de commandements ou d'autres actions dans le chef d'un *autre*.

**651.** Le dire constituant opèrerait donc d'une façon similaire. Il disposerait un monde représenté par un ordre juridique tenant à l'existence d'un Etat et d'une société aux contours choisis et définis de façon à faire ressortir leur identité. Toutefois, la complexité de chacun de ces éléments fondamentaux du monde constitutionnel se traduit au niveau de l'énonciation par une forme spécifique, réalisant l'inexistant comme l'irréalisable. Une telle conclusion dépend bien évidemment de la finalité induisant l'utilisation d'une posture énonciative particulière. Mais si cette finalité est subordonnée à une intention insufflée par le locuteur, le choix de l'énonciation reste, lui, soumis au contexte qui l'accompagne. La rupture, matérielle ou formelle, explicite ou implicite, crée un vide. Elle fait alors ici office de révélateur de la nature de l'acte de langage et justifie l'option mise sur pareils discours et énonciations.

**652.** Intention et contexte de vide posent ainsi les fondements d'une action créatrice du langage constitutionnel. Le constat de la chose qui n'existe pas la fait advenir dans l'espace-temps de sa description. Cependant, si l'existence des concepts constitutionnels dépend intrinsèquement de ce qu'ils sont dits, il faut examiner les conséquences de cette création. Le langage constitutionnel ayant la spécificité de créer un monde politico-juridique, la loi jouirait de toute évidence de cette faculté en ce qu'elle y participerait à un autre niveau. Or, il semble que l'œuvre de cette création diffère selon qu'elle procède du



législateur ou du constituant. La loi fixe des régimes juridiques à travers ses concepts qui nécessitent une transgression pour développer leurs propriétés opératoires. *A contrario*, l'œuvre constitutionnelle aux vertus instituant se détacherait de l'œuvre législative en ce qu'elle dessinerait les traits identitaires du monde qu'elle décrit.

**SECONDE PARTIE : L'ŒUVRE DU LANGAGE  
CONSTITUTIONNEL**

*Never imagine yourself not to be otherwise than what it might appear to others that what you were or might have been was not otherwise than what you had been would have appeared to them to be otherwise.*<sup>781</sup>

*Lewis Carroll (Alice in Wonderland)*

**653.** La faculté du langage à agir en créant des choses présente une dualité particulière, confortée par son contexte d'énonciation. Wittgenstein voyait le langage comme un tableau du monde le représentant de manière à pouvoir le recréer dans l'esprit de l'interlocuteur<sup>782</sup>. Dès lors, décrire un état de chose pour le constituer dans un espace vierge supposerait une création d'une certaine manière complète, exsangue de toute base, et requérant une énonciation faisant apparaître la complétude de la création. Un postulat en ce sens se fonde ainsi sur le fait que les énoncés de la Constitution et de la jurisprudence constitutionnelle paraissent structurés, comme tout acte de langage, de manière complexe. Leurs propriétés créatrices supposent alors de distinguer deux types d'actions dans la performance constitutionnelle : la création de chose et la constitution de chose.

**654.** Toutefois, la lecture des énoncés constitutionnels fait apparaître une précision conceptuelle notable qui se trouve être absente des énoncés législatifs. L'existence des détails réglant l'organisation des pouvoirs publics ainsi que leur champ d'action à travers

---

<sup>781</sup> « Ne vous imaginez jamais ne pas être autrement que ce qu'il put apparaître aux autres que ce que vous fûtes ou auriez pu être n'était pas autrement que ce que vous eussiez été leur aurait paru être autrement. » (traduction par moi-même).

<sup>782</sup> « Dans le tractatus, le langage qui décrit le monde se substitue à la conscience transcendante et la forme logique de ce langage constitue les *conditions a priori* des énoncés qui décrivent des états de choses dans le monde » (Cf. le commentaire de K.O. Appel dans « Wittgenstein and problem of hermeneutic understanding » in *Towards a Transformation of Philosophy*, London, Boston & Henley, Routledge and Kegan Paul, 1980).

la mise en place de procédures spécialement attribuées à chacune des institutions dans l'exercice de leur fonction au sein de l'Etat laisse entrevoir une particularité intéressante. De plus, il faut prendre en compte l'aspect éphémère de l'œuvre du constituant face à la stabilité de la loi. Nombreux sont les articles du Code civil datant de 1804 et s'appliquant encore de nos jours, tandis que les Constitutions s'enchaînent au gré du vent politique. Un tel état de fait pourrait s'expliquer par l'incapacité de l'ouvrage constitutionnel à soutenir les multiples changements politiques impliquant que chaque changement de Constitution entraîne une redéfinition de l'ordre constitutionnel dans son entier.

**655.** A ce titre, que ce soit l'Etat, la société, ou encore les institutions, tous semblent prisonniers d'une certaine finitude conditionnée par l'ensemble des règles qui régissent le monde établi. Ce constat augurerait une nouvelle faculté du dire constitutionnel, celui de constituer, de limiter l'être à ce qu'il est dit qu'il est en excluant toute existence y contrevenant. Pareille conclusion rendrait une spécificité à l'acte descriptif de langage constitutionnel en ce qu'il serait, au sens de John Searle le point de départ d'un monde fini aux yeux de ses acteurs, définissant strictement un objet et non un commandement des comportements qui n'existeraient en tant que tels, qu'en vertu de celui-ci<sup>783</sup>. Dès lors, l'œuvre du langage constitutionnel se caractériserait par une dualité (TITRE I) inhérente à une instabilité engendrée par sa nature constitutive (TITRE II).

**Titre I :** *Une œuvre double*

**Titre II :** *Une œuvre constitutive*

---

<sup>783</sup> Cf. SEARLE J. R., *Les actes de langage : essai de philosophie du langage*, Paris, Hermann, coll. Savoir, 1972, p. 74.

## TITRE I : UNE ŒUVRE DOUBLE

**656.** Façonnée autour de normes foncièrement habilitantes, la Constitution est souvent considérée comme une norme générale. Aussi, selon la conception commune de la Constitution, celle-ci serait la règle la plus générale de l'ordre juridique. Placée au sommet de la hiérarchie des normes elle chapeauterait l'ensemble d'un système normatif allant de la règle la plus générale à celle régissant des cas particuliers. Imaginer l'œuvre constitutionnelle comme le manifeste de la création d'un monde obligerait alors à envisager un espace indéfini à l'intérieur duquel gravitent différents objets conceptuels issus de la création législative (et même réglementaire). Chacun des concepts constitutionnels seraient alors, à l'image des poupées gigognes, adaptables à toute situation entrant dans leur définition, ce qui empêcherait de voir une réelle distinction entre le langage du constituant et celui du législateur. Or, l'analyse linguistique de ses énoncés fait naître le sentiment que la généralité qu'on y accorde ne serait en définitive que le résultat de la position hiérarchique qui lui est dévolue.

**657.** Le *Fiat* constitutionnel se caractériserait alors par une action complexe, affichée linguistiquement par divers traceurs observables et souvent inconsciemment employés. Si le langage comme donné contient tout ce dont nous avons besoin, dégager une performativité spécifique du langage constitutionnel nécessite une analyse des termes utilisés. La dualité de l'œuvre constitutionnelle se fonderait alors sur des prédispositions linguistiques, physico-culturelles pour certains<sup>784</sup>, ou d'arrière-plan (*background*)<sup>785</sup>, relativisant le caractère artificiel du langage juridique. De cette manière, l'utilitarisme développé autour de l'acception du langage juridique telle que celle de Bentham<sup>786</sup>, Mill<sup>787</sup>, ou encore Ross<sup>788</sup>, ne se retrouverait pas totalement dans le langage constitutionnel, lequel refléterait un caractère essentialiste à travers une relation spéciale entre le signe et sa nécessaire représentation d'un état de chose.

---

<sup>784</sup> Cf. CULIOLI A., *Pour une linguistique de l'énonciation, opérations et représentations*, 1, Ophrys, 1990, p. 52.

<sup>785</sup> Cf. SEARLE J. R., « Langage, conscience, rationalité », *Revue Le débat*, n° 109, mars-avril 2000, p. 187.

<sup>786</sup> Cf. BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, Paris, Dalloz, 2010.

<sup>787</sup> Cf. MILL J. S., *L'utilitarisme*, Paris, Flammarion, 2010.

<sup>788</sup> Cf. ROSS A., « Tû-Tû », *Enquêtes*, n° 7, 1998, pp. 263-279.

**658.** Les énoncés constitutionnels seraient alors dotés de propriétés bien plus individualisantes que ceux de la loi, lesquels disposent un régime juridique reposant sur le principe de son applicabilité. L'acte de langage constitutionnel s'apparenterait alors à la personnalisation d'un objet en particulier, existant au préalable sous une forme générale. Isoler ces deux actes en les rattachant au langage constitutionnel textuel comme juridictionnel préfigure un fait lié à la forme des énoncés eux-mêmes. Mais si l'acte de langage constitutionnel constitue des choses en les individualisant, il semble que l'acte constituant s'exerçant dans un contexte de vide doit initier à nouveau son présupposé conceptuel à chacune de ses interventions. La dualité de l'acte de langage constitutionnel trouverait ainsi sa concrétisation dans un processus linguistique de création par le constituant, une création conceptuelle d'objets individualisés (**Chapitre 1**) dont l'existence nécessiterait au préalable la création de son pendant individualisable (**Chapitre 2**).

## **Chapitre 1 : La création d'objets individualisés**

**659.** Une vue d'ensemble de l'histoire constitutionnelle française paraît offrir des enseignements allant dans le sens d'une certaine continuité dans l'évolution des concepts juridiques portés par les diverses Constitutions. Outre la mise en place de nouveaux instruments, le phénomène de transition constitutionnelle présente un constat relativement évident : beaucoup des concepts paraissent être reconduits d'un système à l'autre. Par ailleurs, chaque Constitution nouvelle comporte un lien avec la Constitution qui la précède, qu'il soit explicite<sup>789</sup> ou implicite<sup>790</sup>. De par sa nature englobante, cette méthode historique aurait pour conséquence de présenter l'enchaînement des Constitutions et des régimes qui en découlent comme obéissant à une certaine logique et comme mus par un cheminement chronologique des objets juridiques dont ils sont porteurs<sup>791</sup>.

**660.** Néanmoins, le contexte de rupture inhérent au changement de Constitution empêche de conclure à une telle hypothèse et incite à considérer la création constitutionnelle comme constamment renouvelée. De cette manière, la reconduction ne résulterait que d'un phénomène politique et ne manifesterait pas une véritable continuité mais procéderait plutôt d'un choix délibéré. Considérer une création individualisée des institutions par le langage constitutionnel reviendrait alors à n'envisager que des individus propres à chaque Constitution. En d'autres termes, l'événement constituant ferait advenir, non pas le Parlement modifié, mais *un* Parlement particulier.

**661.** Les textes constitutionnels contiennent des énoncés performatifs créateurs de concepts, et ceux-ci présentent des traits singuliers au regard de leurs prédécesseurs (lorsqu'ils existent). Il est toutefois nécessaire de mettre en lumière les mécanismes linguistiques de cette individualisation textuelle. Par ailleurs, le langage constitutionnel intégrant aussi celui du juge de la constitutionnalité, il apparaît indispensable d'examiner la

---

<sup>789</sup> Il est assez fréquent de retrouver dans les Préambules des renvois aux Constitutions et régimes précédents. Les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en sont un exemple, de même que le réemploi des déclarations de droits passées telles que la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 ou le Préambule de la Constitution de 1946.

<sup>790</sup> Il est aisé de remarquer que les différentes Constitutions qui ont vu le jour depuis 1791, ont reconduit des institutions déjà présentes dans la Constitution qui la précédait. C'est le cas du Parlement ou du Président de la République, ou encore du Gouvernement.

<sup>791</sup> L'analyse des IV<sup>ème</sup> et V<sup>ème</sup> Républiques à l'aune d'une rationalisation du régime parlementaire initiée par la III<sup>ème</sup>, invite à penser en ce sens.

jurisprudence du Conseil constitutionnel. Celle-ci accomplirait une précision casuistique des droits fondamentaux et des institutions en prolongeant l'action du texte. La création constitutionnelle d'objets individualisés se ferait ainsi en deux temps : une individualisation textuelle d'abord, (*Section I*), une individualisation jurisprudentielle ensuite (*Section II*).

### ***Section I : Une individualisation textuelle***

**662.** L'observation du texte constitutionnel semble permettre l'identification d'une individualisation des concepts institutionnels et fondamentaux. Chacun des éléments linguistiques montrent une différenciation entre ceux de la V<sup>ème</sup> République et les autres Constitutions. Les énoncés parleraient ainsi d'eux-mêmes en créant des objets individualisés par une disposition syntaxique spécifique.

**663.** Dès lors, chaque changement de Constitution ne peut être regardé comme une simple actualisation de l'état du droit existant. Chaque transition préfigurerait alors l'avènement d'un monde nouveau par le truchement d'un acte constituant. Ce dernier réaliserait une conception originale d'objets constitutionnels (§1) répétée à chaque transition constitutionnelle (§2).

#### **§1 : Une création originale d'objets constitutionnels**

**664.** La création constitutionnelle des concepts juridiques par le biais du langage est marquée par une spécificité au niveau de l'écriture des énoncés. Celle-ci s'explique par une relation syndétique<sup>792</sup> généralisée, aisément observable en partie par une simple lecture du texte. L'individualisation des concepts juridiques s'effectuerait donc à travers des énoncés porteurs de jugements synthétiques dans lesquels le prédicat apporte un surcroît

---

<sup>792</sup> Ce type de relation indique en particulier le fait que l'attribut confère une caractéristique à un objet rendant ceux-ci indissociables (cf. GREVISSE M. & GOOSSE A., *Le Bon Usage*, Louvain-la-Neuve : De Boeck/Duculot, 2008, p. 261).



d'information sur le sujet<sup>793</sup>. Leur construction semble indiquer une volonté de faire naître des concepts individualisés, et ce, par l'utilisation de verbes dits « attributifs »<sup>794</sup>, selon que, dans des prédications majoritairement simples, axées sur une structure du type sujet, verbe, complément, ils confèrent à l'objet ou l'institution des caractéristiques propres (A) ou des compétences (B).

### A/ L'attribution de caractéristiques propres

**665.** L'attribution de caractéristiques se présente sous plusieurs formes linguistiques. Parfois, l'énoncé se montre explicite, parfois ce n'est pas le cas. Afin de montrer la manière dont le dire constitutionnel procède à une individualisation accrue, il faudra ici distinguer les énoncés construits autour des verbes dits « copules »<sup>795</sup> proposant une qualification expresse et ceux utilisant des verbes « d'action » dont la qualité définitoire requiert une interprétation fonctionnelle. Aussi, la particularité du langage constitutionnel résulterait de l'emploi généralisé de verbes attributifs par essence (1), ou encore de verbes modaux dans une finalité analogue (2).

#### 1. L'emploi de verbes attributifs par essence

**666.** Le choix fréquent du verbe *être* invite à en analyser les conséquences par une réflexion sur les propriétés des divers concepts et institutions disposés par la Constitution.

**667.** Classé parmi les verbes attributifs « par essence », *être* a pour effet de transformer le prédicat en une qualification du sujet<sup>796</sup>. A titre d'exemple, des énoncés comme « la

---

<sup>793</sup> Suivant la distinction kantienne entre les jugements analytiques dont le prédicat n'est qu'une décomposition du sujet conformément à sa signification conventionnellement établie, et les jugements synthétiques où le prédicat apporte des précisions sur le sujet non déductibles de sa signification.

<sup>794</sup> Pour une taxinomie des verbes attributifs, voir LEEMAN D., « Description, taxinomie, systémique : un modèle pour les emplois des verbes français », *Langages*, n<sup>os</sup> 179-180, 2010/3, p. 5-29. Voir aussi LAUWERS P. et TOBBACK E., « Les verbes attributifs : inventaire(s) et statut(s) », *Langages*, n<sup>os</sup> 179-180, 2010/3, p. 79-113.

<sup>795</sup> En s'appuyant sur Platon, Sylvain Auroux définit la copule comme un élément linguistique qui lie le sujet au prédicat (cf. AUROUX, S., *La philosophie du langage*, Que sais-je ?, Paris, P.U.F., 2008, p. 8).

<sup>796</sup> Les théoriciens de Port-Royal présentent le verbe *être* comme un « verbe substantif » porteur d'une affirmation d'un jugement à la forme d'une proposition en trois parties sur le modèle sujet, verbe substantif, attribut. (cf. ARNAULD A. & LANCELOT C., *Grammaire générale et raisonnée*, Paris, Le Petit, 1660, pp. 28-29).

France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale »<sup>797</sup> ou « le Président de la République est élu pour cinq ans au suffrage universel direct »<sup>798</sup> illustrent assez bien l'attribution de caractéristiques à un objet donné. En effet, la France ou le Président peuvent être vus comme des concepts vagues s'ils sont considérés isolément. L'usage du verbe *être* contextualiserait ces concepts par le fait qu'il leur affecte certaines qualités<sup>799</sup>. L'indivisibilité serait donc un trait particulier de la France tout comme l'élection au suffrage universel direct le serait pour le Président de la V<sup>ème</sup> République. Cette propriété du verbe *être* ressortirait donc de ce qu'il renferme, pour la doctrine linguistique, une syndèse pure comme contenu sémantique<sup>800</sup>. Autrement dit, il fait figure de signe égal entre le sujet et le prédicat.

**668.** Ainsi, l'identité entre le complément et le sujet présente dans une grande partie des énoncés constitutionnels renvoie à une précision conceptuelle accouchant de concepts individualisés. Cette réflexion est à rapprocher de ce que Jean-Michel Adam appelle les énoncés d'état selon lesquels un sujet d'état est conjoint d'un objet de valeur<sup>801</sup>. Cette configuration linguistique a pour but de rendre explicite une caractéristique inhérente au sujet d'état en joignant le prédicat au sujet, à l'image d'un énoncé du type « le lion est carnivore » qui communique une information sur l'être du lion. Par conséquent, le fonctionnement interne de ce qu'Adam désigne sous le vocable de « séquence descriptive », procède d'un « dévidement lexical » sur le modèle du « TOUT » et des « PARTIES » de ce TOUT<sup>802</sup>. On retrouve par ailleurs ce genre d'énoncé dans des récits narratifs de base d'un livre dont l'auteur souhaite planter le décor de son action. Dès lors, il faut considérer que « les notations de détail permettent au lecteur auditeur de construire du sens ; elles contribuent à créer les effets nécessaires à la représentation (souvenir ou imagination) des lieux, des objets, des personnages et plus globalement, des

---

<sup>797</sup> Art. 1 de la Constitution du 4 octobre 1958.

<sup>798</sup> Art. 6 de la Constitution du 4 octobre 1958.

<sup>799</sup> « La voiture est rouge » ne serait alors qu'une paraphrase de l'énoncé « la voiture rouge » convertissant le prédicat en un adjectif du sujet.

<sup>800</sup> Cf. DAMOURETTE J. & PICHON E., *Des mots à la pensée. Essai de grammaire de la langue française*, Paris, d'Atrey, Livre V, Tome V, 1911-1936, p. 154.

<sup>801</sup> ADAM J.-M., *Le récit, Que sais-je ?*, Paris, P.U.F., 6<sup>ème</sup> édition, 1999, p. 60.

<sup>802</sup> « La hiérarchie de l'énoncé descriptif repose toute entière sous l'autorité d'un nom, disons plus largement d'un *thème-titre* (Popeye par exemple). Les parties (constituant la nomenclature prévisible) énumérées et qualifiées le sont par rubriques (sous-thème organisant des paquets de mots ou de phrases) : visage, membres, etc. Soit un jeu de parenthèses sensible au niveau de la hiérarchie de l'écriture » (*ibid.*, p. 52).

circonstances »<sup>803</sup>. La description détaillée a alors pour conséquence de produire cette individualisation, distinguant ce décor d'un autre. Dans cette optique, la parole du constituant produirait le même effet en décrivant des institutions qui ne seraient que comparables à d'autres mais non identiques.

**669.** Néanmoins, la forme simple n'est pas la seule occurrence présente dans le texte constitutionnel. On rencontre occasionnellement des variantes dans lesquelles la copule est placée en tête de l'énoncé. L'alinéa 4 de l'article 3 de la Constitution<sup>804</sup>, dans lequel se trouve une inversion syntaxique visant à porter l'attention sur l'attribut du sujet, fournit un exemple plutôt intéressant. Une telle construction aurait pour résultat de désigner le prédicat comme sujet de la définition. De cette manière, c'est le concept d'« électeur » qui est précisé sous l'article 3 et non les « nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques ». De même, la forme négative observable par exemple dans les articles 56<sup>805</sup> et 67<sup>806</sup> ne se différencie pas, sinon par la forme, des énoncés tournés à l'affirmative. Ainsi, refuser une caractéristique spécifique à un objet ou une institution reviendrait à les singulariser d'autres objets et institutions de même nature, que cette singularisation se fasse à l'intérieur d'un même ordre constitutionnel ou bien au regard d'autres ordres.

**670.** Par ailleurs, d'autres verbes entrent dans la catégorie des verbes attributifs par essence. Mis à part le verbe *être*, l'emploi du verbe *avoir* se retrouve à plusieurs reprises dans les énoncés constitutionnels. Les exemples des articles 37<sup>807</sup> et 55<sup>808</sup> présentent une construction alimentant l'hypothèse d'une attribution de caractéristiques au sujet. En effet, répertorié parmi les verbes copules, *avoir* participe de la précision des concepts placés au début de l'énoncé. Ici, le caractère réglementaire est un attribut qui définit les actes autres que ceux relevant du domaine législatif, de même que l'autorité supérieure à celle des lois en est une pour les traités. L'alinéa 2 de l'article 72 concernant les collectivités territoriales

---

<sup>803</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>804</sup> « Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques. »

<sup>805</sup> « Le Conseil constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et *n'est pas* renouvelable. »

<sup>806</sup> « Le Président de la République *n'est pas* responsable des actes accomplis en cette qualité, sous réserve des dispositions des articles 53-2 et 68. »

<sup>807</sup> « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. »

<sup>808</sup> « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois... »

va encore dans ce sens en leur donnant une vocation particulière<sup>809</sup>. Pareille formulation poserait alors une condition de leur existence en tant que telle, issue de la fonction attributive du verbe *avoir*. Là encore, la forme négative n'induit pas de conclusions contraires, à l'instar du verbe *être*. L'article 75 de la Constitution<sup>810</sup> ne présenterait rien d'autre qu'une définition inversée des citoyens de la République, singularisant ceux qui ont le statut de droit commun de ceux qui ne l'ont pas, tout en précisant ceux dont fait l'objet l'article 34. En allant encore plus loin, il est possible de voir d'autres verbes rangés parmi les verbes attributifs par essence comme le verbe *comprendre* par exemple, à l'alinéa 2 de l'article 24 de la Constitution de 1958<sup>811</sup>, pris dans son sens de *contenir*. En outre, la nature syndétique de ce genre de verbe peut se déduire d'une opération linguistique paradigmatique procédant à une déconstruction. Bérengère Bouard, à la manière de Damourette et Pichon, propose ainsi de les décortiquer en les paraphrasant à l'aide d'un participe présent associé au verbe *être*, ceci dans le but de dégager la « syndèse implicite » qu'ils contiennent<sup>812</sup>. Cette opération linguistique de décomposition permettrait alors de dégager une personnalisation des concepts par le fait de dire, démontrant une performativité particulière qui les précise et les distingue des autres concepts portant le même nom<sup>813</sup>.

**671.** De plus, l'individualisation langagière est aussi perceptible vis-à-vis des textes fondamentaux. Les énoncés de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 sont d'ailleurs particulièrement parlants. L'article 6 par exemple, disposant que « la Loi est l'expression de la volonté générale » ne présente pas de contrariété au regard de cette conclusion. L'énoncé montre clairement une définition de la loi en lui assignant le prédicat comme un attribut essentiel. De la même manière, l'usage du verbe *consister* –

---

<sup>809</sup> « Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon. » Un constat similaire peut être tiré de la lecture de l'article 74 à propos des collectivités territoriales d'outre-mer.

<sup>810</sup> « Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé. »

<sup>811</sup> « Il comprend l'Assemblée nationale et le Sénat. »

<sup>812</sup> Cf. BOUARD B., « Les théories syntaxiques de Damourette et Pichon et la « tradition » grammaticale », in *De la grammaire à l'inconscient, dans les traces de Damourette et Pichon*, ARRIVE M., MUNI TOKE V., NORMAND C. (dir.), Actes du colloque de Cerisy-la-Salle, 1-11 août 2009, Limoges, Lambert-Lucas, 2010, p. 28.

<sup>813</sup> De la même manière, le verbe « se composer » de l'article premier de la loi constitutionnelle du 24 février 1875 relative à l'organisation du Sénat (« le Sénat se compose de trois cents membres : deux cent vingt-cinq élus par les départements et les colonies, et soixante-quinze élus par l'Assemblée nationale ») et le verbe « posséder » de l'article 17 de la Constitution de la IV<sup>ème</sup> République (« les députés à l'Assemblée nationale possèdent l'initiative des dépenses »), renferment la qualité de verbe dit « copule » mais peuvent subir cette opération de déconstruction.

dont le caractère attributif est suffisamment explicite – présent à l'article 4<sup>814</sup>, affiche une personnalisation de ce qu'est la liberté. Dans une optique similaire, les énoncés des « droits à » du Préambule de 1946, semblent être porteurs des mêmes propriétés à travers l'utilisation du verbe *avoir*<sup>815</sup>. De plus, l'opération de décomposition visant à transposer l'énoncé original en un énoncé pourvu d'un verbe *être* accompagné d'un participe présent, fonctionne également ici<sup>816</sup>.

**672.** Ainsi, la capacité syndéthique du langage constituant montre une volonté de préciser les concepts constitutionnels au point de leur conférer une individualité propre. Cependant, certains énoncés posent une difficulté en ce qu'ils sont construits à l'aide de *pouvoir* et *devoir*. En tant que verbes modaux naturels, ceux-ci comporteraient en eux-mêmes une modalisation incompatible avec une création effective par le langage. Pourtant, ils peuvent symboliser une obligation interne à l'objet ou l'institution décrits et participer à leur singularisation.

## 2. L'emploi attributif des verbes modaux

**673.** A la forme affirmative, *pouvoir* ne semble pas satisfaire aux conditions de la création conceptuelle individualisée car il impose l'exécution d'une condition, implicite ou explicite.

**674.** La virtualisation de l'action énoncée qu'il engendre ne peut aboutir à un résultat dans un temps présent, lequel est renvoyé à l'accomplissement de la condition. L'énoncé, « il peut avancer si le feu est vert » soumet ainsi la réalisation de l'action d'avancer à la condition que le feu soit vert. Il en va de même pour ceux des articles 44 et 45 de la Constitution. Etablissant les étapes de la procédure législative concernant les amendements et les différentes lectures, ils subordonnent certaines actions à l'existence d'un événement déclencheur. Aussi, le Gouvernement peut s'opposer à l'examen de tout amendement *si*

---

<sup>814</sup> « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui... »

<sup>815</sup> Des remarques identiques peuvent être formulées concernant la Charte de l'environnement de 2004 qui montre une énonciation semblable aux deux autres textes fondamentaux. Voir notamment les articles 1, 2, et 7 de la Charte.

<sup>816</sup> Il est loisible d'accomplir l'action décrite précédemment sur les divers verbes de la Constitution, laquelle conduit à conforter la position de cette étude.

celui-ci n'a pas été antérieurement soumis à la Commission<sup>817</sup>, de même qu'il peut demander à l'Assemblée nationale de statuer en définitivement *si* aucun accord n'est trouvé au terme de l'étape de la commission mixte<sup>818</sup>. Dans ces cas-là, « pouvoir » serait employé dans le but de conférer une compétence au sujet de l'énoncé.

**675.** Deux cas permettent cependant d'entrevoir une attribution de caractéristique à l'aide du verbe *pouvoir*. La forme négative tout d'abord, engendre une exclusion confortant cette hypothèse. En effet, l'énoncé « nul ne peut exercer plus de deux mandats consécutifs » au sujet de l'élection du Président de la République<sup>819</sup>, instaure une interdiction qui tend à définir le concept de Président de la V<sup>ème</sup> République. Une critique de cette affirmation pourrait être faite sur la base d'une condition implicite présente dans le prédicat et se résumant à la volonté du Président sortant de se représenter. Dès lors, s'il ne peut pas exercer plus de deux mandats, il peut néanmoins en exercer deux ou un seul. Or, si une telle interprétation est plausible, l'énonciation de l'article 6 al. 2 de la Constitution, n'en contribue pas moins à circonscrire le concept au sujet duquel est formulée cette interdiction<sup>820</sup>.

**676.** Mais il existe une disposition constitutionnelle qui rend une telle hypothèse moins effective. L'article 3 alinéa 3 fixe une alternative concernant la nature directe ou indirecte du suffrage en la subordonnant aux conditions prévues par la Constitution<sup>821</sup>. De plus, la suite de l'alinéa établit une certitude concernant son caractère universel, égal et secret. Une telle assertion conduirait à considérer une virtualisation de la nature du suffrage en renvoyant le règlement de la question à d'autres articles de la Constitution qui détermineront ces conditions. Cependant, il est possible de reconsidérer cet énoncé alternatif comme participant à la personnalisation du suffrage sous la V<sup>ème</sup> République. En effet, si celui-ci peut être d'une nature ou d'une autre et que le choix est différé jusqu'à ce que la circonstance règle ce choix, cela aurait pour conséquence logique d'y assigner ces deux traits, quand bien même ils s'opposeraient naturellement. Cette hypothèse renvoie au

---

<sup>817</sup> Art. 44 al. 2 de la Constitution du 4 octobre 1958.

<sup>818</sup> Art. 45 al. 4 de la Constitution du 4 octobre 1958.

<sup>819</sup> Art. 6 al. 2 de la Constitution du 4 octobre 1958.

<sup>820</sup> Ce type d'utilisation du verbe *pouvoir* se retrouve aussi dans le texte constitutionnel de 1946, ainsi que dans les lois constitutionnelles de la III<sup>ème</sup> République (voir en ce sens l'art. 50 al. 2 de la Constitution de 1946 « la motion de censure ne peut être adoptée qu'à la majorité absolue des députés à l'Assemblée », et l'art. 3 de la loi constitutionnelle du 24 février 1875 relative à l'organisation du Sénat « nul ne peut être sénateur s'il n'est Français, âgé de quarante ans au moins et s'il ne jouit de ses droits civils et politiques »).

<sup>821</sup> « Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution ».

paradoxe du chat de Schrödinger enfermé dans sa boîte, empêchant de déterminer s'il est mort ou vivant ce qui le rend à la fois mort **ET** vivant. Le suffrage peut ainsi être regardé comme étant à la fois direct et indirect dans son essence permettant de sélectionner l'activation de l'une et/ou l'autre de ces caractéristiques. L'alinéa 3 de l'article 3 de la Constitution de 1958 présenterait alors une formulation assez originale conférant une caractéristique duale au concept de suffrage sous la V<sup>ème</sup> République.

**677.** De la même manière que le verbe *pouvoir*, *devoir* n'a pas en substance la faculté de personnaliser le sujet. Ainsi, il illustre principalement une contrainte extérieure gênant son affiliation à la catégorie des verbes attributifs. En effet, il instaure une obligation qui ne tient pas compte des signes distinctifs de l'objet, ni n'influe sur eux. Néanmoins, il est possible de considérer cette contrainte comme une condition d'existence de l'objet. L'énoncé de l'article 89 de la Constitution du 4 octobre 1958 aux termes duquel « le projet ou la proposition de révision **doit** être examiné dans les conditions de délai fixées au troisième alinéa de l'article 42 et voté par les deux assemblées en termes identiques » offre une base de travail intéressante. Une analyse approfondie des conséquences de cette disposition semble montrer une corrélation entre la qualification de projet ou proposition de révision et l'obligation d'examen dans le délai imparti et de vote par les deux assemblées en termes identiques.

**678.** Il apparaît utile de rapprocher ces observations de la considération positiviste suivant laquelle ce qui est constitutionnel se différencie de ce qui ne l'est pas par une forme procédurale particulière. Au-delà, les positions schmittiennes ou même jusnaturalistes ne contrediraient pas cette idée puisque selon leur pensée, la forme, si elle n'est pas l'élément déterminant, n'en reste pas moins une modalité de distinction entre la nature constitutionnelle et la nature législative. Il serait alors vraisemblable, quel que soit le courant de pensée, d'affirmer que l'obligation explicitée par l'emploi du verbe *devoir* viendrait de l'intérieur même des concepts de projet et de proposition de révision, sous peine de n'avoir pas d'existence, et non d'un élément extérieur qui lui imposerait cette contrainte. Ce type d'énoncé concourrait donc à la définition détaillée de la forme de ces concepts, laquelle forme fait partie intégrante de l'aspect de l'objet.

**679.** Cependant, l'emploi des verbes *devoir* et *pouvoir* dans la définition de caractéristiques invite à se pencher sur le fait que certaines caractéristiques seraient immanentes à l'objet représenté. Le contenu sémantique des mots ouvre alors une



perspective relevant au départ de la simple intuition. La relation entretenue entre le signe et le signifié ne peut se contenter d'un caractère purement artificiel, étant dépourvu d'une quelconque utilité. Si l'on s'accorde avec Benveniste sur la vertu essentiellement communicationnelle du langage<sup>822</sup>, il est ici difficile d'allier la faculté de créer des objets conceptuels individualisés en adhérant à l'idée développée par la philosophie Benthamienne d'un langage juridique « propagateur de fictions » et dénué d'une « relation immédiate entre les personnes et les choses »<sup>823</sup>. Le constituant ne ferait alors que faire apparaître des éléments d'identification d'un individu déjà contenu dans l'acception commune d'un Parlement, d'un Président de la République ou encore de la France, avec une infinité de possibilité d'individualisations en fonction du choix opéré par le locuteur constitutionnel. Ainsi, il déterminerait ce que l'individu *peut* être, *doit* être pour représenter l'institution du régime spécifique de la V<sup>ème</sup> République. A ce titre, la fonction linguistique de *devoir* et *pouvoir* ne serait pas bien différente des verbes syndétiques purs en ce qu'ils constitueraient un révélateur de ce qu'est la chose spécifiquement désignée.

**680.** Dès lors, la relation prédicative d'une partie des dispositions de la Constitution fait apparaître une dévolution de caractéristiques à travers l'emploi d'un verbe ou de locutions verbales de type syndétique. Revêtus d'une fonction attributive, ils confèrent aux énoncés constitutionnels la faculté d'individualiser le sujet, représentant le concept ou l'institution, de manière à lui offrir une identité unique. Malgré cela, d'autres verbes se rencontrent dans le texte fondamental et ne possèdent pas la qualité de verbes attributifs par essence. Ils peuvent toutefois l'être par fonction. Ainsi, bien qu'elle soit légèrement différente à l'origine, leur action n'en reste pas moins une personnalisation du sujet. En conséquence, il semble permis de les concevoir comme une attribution de compétence, laquelle contribue à définir l'objet juridique en question, au même titre que les énoncés porteur d'une syndèse pure.

---

<sup>822</sup> Cf. BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale*, 2, Paris, Gallimard, 1974, pp. 78-88.

<sup>823</sup> Cf. MELKEVIK B., *Horizons de la philosophie du droit*, Les Presses universitaires de Laval, Coll. Dikè, Saint-Nicolas, 2004.



## **B/ L'attribution de compétences propres**

**681.** La rédaction assez hétérogène de la Constitution pose la question des verbes que nous appellerons « d'action »<sup>824</sup> disséminés dans le texte fondamental. Affirmer une attribution de compétence par le truchement du langage requiert de distinguer cette action de celle qui confère des caractéristiques. Et c'est principalement le choix du vocabulaire qui fonderait cette distinction en ce que ces verbes contenant une action seraient employés dans un but attributif d'une compétence que leur contenu sémantique synthétiserait (1). Au-delà, l'analyse des déclarations de droits fait apparaître une attribution de compétences en suivant un procédé similaire (2).

### 1. L'emploi attributif des verbes d'action

**682.** Cette catégorie comprend les verbes qui font référence au comportement du locuteur lors d'énonciations telles que « je déclare » ou « je pense », ou bien encore « j'observe ». De plus, John L. Austin classait ces verbes dans plusieurs catégories répertoriées en fonction du type d'action<sup>825</sup>. Il ne peut en être ainsi pour les verbes d'action des dispositions constitutionnelles car, étant formulées à la troisième personne, le locuteur n'apparaît pas.

**683.** Il semble pourtant envisageable d'y voir une individuation des concepts institutionnels en ce que l'emploi des verbes copules n'est pas le seul dispositif linguistique permettant la définition conceptuelle. Tout d'abord, l'opération linguistique de décomposition de Damourette et Pichon évoquée plus haut offre un début de solution. En conséquence, convertir ces verbes sémantiquement non syndétiques, en des locutions verbales attributives à travers l'usage du verbe être, leur donnerait une allure complétive au même titre qu'un adjectif grammatical. Ainsi, « la loi favorise... », « le Gouvernement conduit... » et « le Parlement vote... » peuvent être transposés en énoncés syndétiques purs du type « la loi est favorisant... », « le Gouvernement est conduisant... » et « le

---

<sup>824</sup> Ce choix terminologique est fait dans le but de les distinguer des verbes syndétiques tels qu'« être » ou « avoir » qui ne comportent pas d'action dans leur signification mais décrivent en eux-mêmes un état.

<sup>825</sup> L'intérêt de ce classement se trouve notamment dans le glissement du descriptif vers le performatif. Les expositifs et les comportatifs, faisaient partie de ces verbes employés dans des énoncés affirmatifs et qui matérialisaient ce glissement (cf. AUSTIN J.-L., *Quand dire, c'est faire*, Paris, Le Seuil, 1991, p. 103).

Parlement est votant... ». Il est d'ailleurs possible de trouver certains énoncés composés de cette manière. L'article 52 alinéa 2 dispose ainsi que le Président de la République « est informé de toute négociation tendant à la conclusion d'un accord international non soumis à ratification » ou encore l'article 7 alinéa 4 que le Président du Sénat « est à son tour empêché » dans certaines circonstances. Ils traduiraient ainsi une attribution de compétence inversée, tenant en la réalisation d'un acte extérieur<sup>826</sup>.

**684.** Mais il apparaît intéressant d'analyser le contenu sémantique de ces verbes dont l'essence peut se dégager du sens qu'ils contiennent. *Voter* par exemple peut être considéré comme consistant en une compétence déterminant la nature même du Parlement de la même manière que le feu doit brûler ou le son doit sonner pour exister en tant que tels. Dès lors, si le verbe comporte une action intrinsèque à son sens, il communique cependant une information au sujet de l'être même du sujet qu'il qualifie<sup>827</sup>, confortant l'idée que les énoncés constitutionnels contribueraient à définir au moyen d'une attribution de compétence. En outre, la création par le biais du langage invite à prendre en compte la sui-référence nécessaire à sa performativité. Ainsi, le type de compétence destiné au sujet de l'énoncé est déductible de la signification du verbe qui l'unit au prédicat. De ce fait, l'article 9 de la Constitution<sup>828</sup> assigne la compétence de présider le conseil des ministres au Président de la République de même que l'article 10 alinéa 1<sup>829</sup> lui confère celle de promulguer les lois.

**685.** Tout comme pour l'attribution de caractéristique, la conception d'une attribution de compétence se heurte cependant à des énoncés assez atypiques. On retrouve le verbe *pouvoir* mais cette fois-ci en tant que verbe modal. L'article 34-1 de la Constitution fournit un bon exemple. En disant que « les assemblées peuvent voter des résolutions... », il

---

<sup>826</sup> A ce sujet Julien Jeanneney expose une imprécision particulière, spécifique à l'emploi de la voie passive en raison du vague induit par l'absence de prévisibilité de l'auteur de l'action décrite (cf. JEANNENEY J., *Les lacunes constitutionnelles*, Dalloz, Paris, 2016, p. 173). Il faudra toutefois y rétorquer la fonction déictique de la forme passive qui ne met pas l'accent sur le destinataire de l'habilitation – lequel sera généralement précisé au détour d'une autre disposition – mais place le focus sur l'élément mis en position de sujet grammatical. Aussi loin de caractériser un flou, la forme passive tendrait plutôt à préciser, individualiser le sujet grammatical, et donc l'institution qu'elle a pour objet. L'information souffre certes d'un défaut de précision mais l'énoncé ne porte pas sur l'élément qui supporte l'imprécision, ce qui n'entache pas la finalité individualisante de l'énoncé.

<sup>827</sup> Voir en ce sens les conclusions de Yokoyama, reprenant Benveniste, au sujet des énoncés d'existence. Pour elle, les verbes être et avoir ne seraient pas les seuls à pouvoir engendrer des prédications d'existence, laquelle serait associée à un sens additionnel (cf. YOKOYAMA O. T., *Discourse and wordorder*, Amsterdam, Philadelphia, J. Benjamins, 1986, p. 82).

<sup>828</sup> « Le Président de la République préside le conseil des ministres. »

<sup>829</sup> « Le Président de la République promulgue les lois... »

montre relativement clairement que le vote d'une résolution est une capacité accordée au Parlement dans le cadre de ses fonctions législatives offrant la possibilité aux assemblées, outre de voter la loi, de décider d'un acte autre que celle-ci. De même, l'histoire de cette disposition confirme une telle interprétation de l'emploi du verbe *pouvoir* dans ce cas. Apparu après la révision constitutionnelle de 2008, elle ne constituait pas un pouvoir du Parlement puisqu'elle lui avait été refusée par le texte original en souvenir de la pratique dévoyée dont elle faisait l'objet sous la IV<sup>ème</sup> République. Cette approche contextuelle tend à corroborer l'hypothèse d'une attribution de compétence, quand bien même elle résulterait de l'emploi de ce type de verbe. En allant plus loin dans l'analyse, il semble utile de s'attarder sur le sens du mot *pouvoir*. Si un des sens fournis par le dictionnaire Larousse évoque une possibilité ou une permission, il inclut néanmoins celui d'avoir « les moyens physiques, matériels, techniques, etc., de faire quelque chose » ou encore telle ou telle « capacité ». Ce sens du terme *pouvoir* contribue à envisager un énoncé construit autour de lui comme conférant une compétence ou une capacité au sujet de cet énoncé.

**686.** Autre occurrence de ce verbe assez rare lorsqu'il est associé à un verbe autre que d'état : la forme négative. L'exemple de l'article 13 al. 5<sup>830</sup> de la Constitution offre une base d'analyse intéressante. En effet, ici, l'emploi de la forme négative vient retirer au Président la capacité de nommer un fonctionnaire si la circonstance se réalise. Il peut paraître particulier de déduire ici une attribution de compétence car elle lui est en réalité retirée. Mais cela participe néanmoins de la circonscription des pouvoirs du Président, laquelle est nécessairement concrétisée par un don ou un retrait. Aussi, définir la compétence d'une institution revient inévitablement à déterminer ce qu'elle peut ou ne peut pas faire et peut être comprise comme une forme négative d'attribution de compétence. L'alinéa 5 de l'article 89 présente quant à lui plus de difficultés. En effet, rédigé à la forme passive, il requiert une transposition à la voix active afin d'en tirer une conclusion analogue. Ainsi, « la forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision. » peut être transformé en « la révision ne peut affecter la forme républicaine du Gouvernement ». Il faut cependant permuter l'acter de réviser avec l'institution qui en a la charge afin de révéler la métonymie qui se cache sous le sujet du nouvel énoncé. « La révision » ne pouvant faire quoique ce soit, il faut remplacer l'action par l'acteur : le pouvoir de révision. Une telle opération replace l'énoncé dans l'optique d'une attribution

---

<sup>830</sup> « Le Président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions. »

négative de compétence, refusant au constituant dérivé la faculté de toucher à la forme républicaine, et contribuant toujours à délimiter le champ de compétence de ce dernier.

687. Une dernière forme linguistique reste à examiner, celle de l'article 17 de la Constitution. En disposant que « le Président de la République a le droit de faire grâce à titre individuel » le corps du texte fondamental emploie une locution particulière, « avoir le droit », qui de prime abord semble ne décerner qu'une permission au sujet et non une compétence<sup>831</sup>. Or, une modification sur l'axe paradigmatique de cette locution offre un angle de vue différent. En effet, changer *avoir le droit* par le verbe *pouvoir* entraîne un changement de perspective admettant une attribution de compétence et non une permission. De surcroît, il est possible de considérer le prédicat « le droit de faire grâce » comme désignant un tout, et indiquant une compétence décernée au Président de la République. Pouvoir faire grâce ne serait alors pas le résultat d'un droit accordé par la Constitution mais une capacité, une compétence qui lui est dévolue.

688. Par ailleurs, cette hypothèse d'une attribution de compétence se rapproche de la vision réaliste scandinave, montrant certaines normes constitutionnelles, du type de celles étudiées ici, comme des normes de compétences en les distinguant des normes de conduite<sup>832</sup>. Elles confèreraient alors une faculté à l'organe qui en bénéficie, en régulant d'une certaine manière l'action dudit organe à travers une obligation ou une permission – qu'elles soient explicitement marquées par un foncteur normatif<sup>833</sup> ou implicite et découlant de la fermeté du « ton » de l'énoncé<sup>834</sup>. Cependant, cette distinction semble pécher par le manque de solidité des critères utilisés. En effet, réguler la compétence d'un

---

<sup>831</sup> La distinction entre permission et compétence présentée dans cette étude est basée sur le fait que s'il possible pour un organe d'avoir la compétence d'agir dans un sens, il peut être empêché de l'utiliser dans certains cas. L'inverse n'est toutefois pas vrai car s'il lui est permis d'agir il possède nécessairement la compétence qui sous-tend la réalisation de l'action en question.

<sup>832</sup> Cf. STRÖMHOLM S. & VOGEL H.H., *Le « réalisme scandinave » dans la philosophie du droit*, L.G.D.J., 1975, p. 75 et s.

<sup>833</sup> Sur la question des foncteurs normatifs, voir AGLO J., « Norme, discours normatif et logique », *Exchorésis*, n° 5, juillet 2007, p. 4.

<sup>834</sup> Il peut paraître absurde de parler du « ton » d'un énoncé écrit, d'autant que comme le conçoit Paul Ricœur, le texte est muet mais surtout parce que l'interprète est libre en ce qui concerne l'écriture, tandis que l'oral limite cette liberté à travers l'immédiateté de l'échange. (cf. RICŒUR P., *Cours sur l'herméneutique*, Louvain, UCL, 1972, p. 24). Néanmoins, il semble envisageable de déduire du caractère expéditif, ou épuré de l'énoncé, une fermeté d'énonciation. Ainsi, « sors » affiche une rigueur plus forte que « tu dois sortir », de la même manière que « le Parlement vote la loi » se montre d'une fermeté plus grande que « le Parlement doit voter la loi ». Dès lors, l'observation de la fonction poétique des énoncés (cf. JAKOBSON R., *Essais de linguistique générale : les fondations du langage*, Paris, Minuit, 2003, chap. 11), même écrits, permettrait de déduire par l'examen de l'agencement syntaxique et du choix terminologique, une forme de tonalité énonciative.

organe ou réguler sa conduite revient en définitive à faire la même chose<sup>835</sup>. Dans cette optique, en considérant que la Constitution n'est pas composée de normes tant que le juge n'a pas joué son rôle d'interprétation, il apparaît inopportun de voir ici des normes de compétence. La Constitution étant un fait, elle ne contient que des énoncés attributifs de compétence et non des normes de sorte que la distinction serait entre ces énoncés et les normes de conduite qu'ils produisent, établissant un lien de causalité. D'ailleurs, le caractère habilitant de ces énoncés semble confirmer cette analyse des énoncés du corps de la Constitution. S'ils habilitent des organes à agir de telle ou telle sorte, ils leur confèrent un pouvoir, une capacité, une compétence. Du reste, l'analyse kelsenienne associe certains choix terminologiques à une règle de conduite sous la forme d'un *Sollen*. En suivant la taxinomie des types de conduites représentées sous le terme *Sollen*, celui-ci peut recouvrir des significations telles que *pouvoir* ou *avoir le droit*<sup>836</sup>. Or, s'agissant des institutions et du contexte de leur existence, ces acceptions du verbe *devoir* tendraient à relativiser la distinction entre l'*être* et le *devoir-être*, puisque pour être en tant qu'institution, elles doivent se conduire de la manière qu'énonce leur description. La caractéristique constitutive de l'institution qu'est ici l'habilitation obligerait à ranger ce qui donne à l'institution son identité dans la catégorie des règles normatives. Une conclusion en ce sens est difficile à concevoir.

**689.** Si cela paraît logique dans le corps de la Constitution, cette caractéristique du langage constitutionnel pourrait se montrer incompatible avec la notion de droit fondamental<sup>837</sup>. Si l'on admet qu'ils se réfèrent à des permissions, des obligations à la charge de l'Etat, ou des définitions de droit, leur qualité attributive de compétence paraîtrait impensable. De la même manière, si l'on réduit leur compréhension à la seule définition d'une société en mouvement, elle ne ferait que décrire ses caractéristiques et non

---

<sup>835</sup> Ce qui fait dire à Paul Amselek qu'elle constitue un non-sens (cf. AMSELEK P., « Les fonctions normatives ou catégories modales », in *L'architecture du droit*, BECHILLON (de) D., BRUNET P., CHAMPEIL-DESPLATS V. et al. (dir.), Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Economica, 2006, p. 55).

<sup>836</sup> « Dans le langage usuel, c'est seulement au commandement que l'on fait correspondre un « devoir (*Sollen*) » ; A la permission l'on fait correspondre un « avoir le droit de (*Dürfen*) » ; à l'habilitation enfin, un « pouvoir (*Können*) ». Au contraire, tel qu'on vient de l'employer, ce terme « devoir (*Sollen*) » désigne la signification normative de tout acte qui se rapporte en intention à la conduite d'autrui ». « Devoir (*Sollen*) » comprend donc aussi « avoir le droit de (*Dürfen*) » et « avoir le pouvoir (*Können*) » (cf. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, EISENMANN Ch. (trad.), Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 1962, p. 7).

<sup>837</sup> Rappelons-le, Schmitt voyait dans le corps de la Constitution des dispositions techniques d'organisation aux côtés de normes fondamentales (cf. SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, Quadrige, P.U.F., 2008, *passim*).

des compétences dévolues à telles ou telle institution. Et pourtant, la présence de certains termes permettrait d'y voir un acte de langage en ce sens.

## 2. L'attribution de compétences des déclarations de droits

**690.** Il est fréquent que la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 renvoie à la loi pour la garantie ou la protection des droits qu'elle proclame. Si cette pratique linguistique s'explique par la philosophie légicentriste de l'époque, elle produit une action participant à la définition du Législateur en encadrant son domaine d'activité. Plusieurs exemples retiennent l'attention.

**691.** Tout d'abord, l'utilisation du verbe *pouvoir*. L'article 4 de la Déclaration concernant la liberté dispose que seule la loi peut en déterminer les limites<sup>838</sup>. On retrouve ici une définition du Législateur par l'octroi classique d'une compétence grâce au verbe *pouvoir*<sup>839</sup>. Mais d'autres formules suscitent l'interrogation. L'usage du verbe *devoir* par exemple dans l'article 8 de la Déclaration<sup>840</sup>, requiert une démarche interprétative finaliste. L'essence commune du verbe en lui-même implique une contrainte extérieure au sujet et à la prédication, contrainte qui pourrait découler du commandement d'une entité supérieure au sujet. Mais le sens de *devoir* peut être interprété comme influant sur l'existence et la forme du sujet<sup>841</sup>, si bien qu'il serait possible de convertir les termes de l'article 8 de la façon suivante : « la Loi [ou le Législateur] établit des peines strictement et évidemment nécessaires ».

**692.** Néanmoins, la forme négative pose problème. Alliée au verbe *devoir*, cette tournure linguistique amène à lire la disposition comme une interdiction. Mais, si l'obligation vient du dehors, la délimitation de la compétence du Législateur dans ce genre de disposition ne peut être le fait de l'acte de langage, elle est celui d'une circonstance dont la venue est incertaine, et donc virtuelle. Or, il semble qu'il soit possible de prendre cette disposition de la Déclaration de 1789 comme une précision des compétences quand bien même elle le

---

<sup>838</sup> « ...Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi ». La forme passive originale ne remet pas en cause une analyse basée sur un renversement à la forme active.

<sup>839</sup> Les autres emplois du verbe *pouvoir* concerneraient plutôt l'attribution de caractéristiques telle qu'elle a été développée en amont de cette démonstration.

<sup>840</sup> « La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires... »

<sup>841</sup> Voir *infra*.

serait de manière indirecte. La circonscription d'un domaine d'activité requiert en effet de définir dans quelle mesure l'institution peut agir. Ceci passe nécessairement par une ouverture et une fermeture de son champ d'action, élément déductible de la locution négative « ne... que ». Il faudrait considérer ici l'obligation d'établir « des peines strictement et évidemment nécessaires » mais on est loin d'un acte de définition. Présumer une obligation constitutionnelle dans ce cas reviendrait à accepter que dans la Constitution il existe des commandements. Il est cependant possible de regarder ce commandement comme une condition d'existence de la loi, et donc du Législateur désigné par son moyen d'expression. Aussi, le Législateur qui « peut tout faire » d'après l'acception commune, ne sera que celui qui « établit des peines strictement et évidemment nécessaires » sous la V<sup>ème</sup> République, à l'exclusion de tous les autres. Une hypothèse qui peut d'ailleurs être transposée à la formule *a le droit*, même présente à la forme négative. L'exemple de l'article 5 de la Déclaration<sup>842</sup>, montrant ainsi à première vue une permission ne ferait que masquer une attribution de compétence, les deux étant intrinsèquement liées<sup>843</sup>. Dès lors, il est envisageable de voir dans ce type de locution verbale construite autour de la négation « ne... que » une attribution de compétence implicite derrière une permission (ou une interdiction).

**693.** Le Préambule de 1946, quant à lui, offre des exemples encore plus variés. En premier lieu, les énoncés du texte des « droits à » se présentent régulièrement d'une manière assez commune à ceux du corps de la Constitution. Une majorité d'alinéas du Préambule emploie des verbes d'action comme *garantir* ou *assurer*, représentant la compétence dévolue au sujet<sup>844</sup>. Il est possible ici de reporter l'analyse précédemment développée sur ces énoncés étant donné qu'ils montrent une finalité comparable. De plus, l'esprit de cette déclaration traduisait une volonté des constituants de créer, des institutions protectrices en assignant certaines obligations sociales à l'Etat. Néanmoins, ce qui peut se voir comme l'énoncé d'un devoir de l'Etat apparaît comme une habilitation de ce dernier à agir dans un donné. La finalité confirmant la nature de l'acte de langage, la rédaction du

---

<sup>842</sup> « La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société ».

<sup>843</sup> Ce raisonnement permet d'émettre des remarques similaires concernant les articles 14 (« tous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée ») et 15 (« la Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration ») de la Déclaration de 1789.

<sup>844</sup> Voir à titre d'exemple « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme » (al. 3) ou « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » (al. 10).



Préambule de la IV<sup>ème</sup> République confèrerait des compétences à l'Etat qui ne lui étaient pas dévolues auparavant et permettant la réalisation d'un Etat providence effectif. Toutefois, le libellé des droits dits de troisième génération ne semble pas *a priori* obéir à cette règle, l'attribution par le langage ne se retrouvant pas explicitement exposée par un choix terminologique précis. L'usage de *devoir* et de *a le droit* ne ferait alors que créer des droits et obligations. Une attribution de compétence ne peut se déduire de la Charte de l'Environnement tant elle ne fait que définir une soumission du sujet à un élément extérieur<sup>845</sup> ou bien lui donner une caractéristique qui lui serait intrinsèque<sup>846</sup>, et s'apparenterait à l'instauration d'un régime juridique tenant à la préservation de l'environnement. Une exception pourtant, l'article 5<sup>847</sup> agirait d'une manière similaire à ce qui a été démontré précédemment en disposant d'un verbe d'action, *veiller*, dont la signification reflète une compétence du sujet. Cependant, tout comme il est possible d'y voir la définition en mouvement de la société, cette Charte tendrait tout de même à s'apparenter à une attribution de compétence en ce que chacun, citoyen et institution, se verrait doté de la capacité d'agir dans l'objectif d'un vivre ensemble inhérent à l'être social.

**694.** Le langage de la norme constitutionnelle montre donc une individualisation poussée des caractéristiques de chacun de ses objets conceptuels. L'hypothèse de la généralité supérieure à la loi se heurte alors à une création portée par une indication développée des divers traits des institutions et principes fondamentaux. Mais si l'acte constitutionnel de la V<sup>ème</sup> République confère des caractéristiques et des compétences aux institutions et participe de la définition des acteurs de l'Etat et de la société, il se pose tout de même la question de savoir si cette faculté du droit constitutionnel en vigueur correspond à un usage contemporain du langage ou bien si c'est un élément inhérent au langage constitutionnel en général. Il semble néanmoins que les conclusions portées sur les

---

<sup>845</sup> La généralisation de l'emploi du verbe *devoir*, ou de son corollaire *a le devoir* en est l'indice le plus marquant (*i.e.* l'art. 2 « toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement » et l'art. 3 de la Charte « toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences »).

<sup>846</sup> L'utilisation de la locution verbale *a le droit*, bien qu'assez rare, en est l'expression (*i.e.* l'art. 1<sup>er</sup> de la Charte « chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé »).

<sup>847</sup> « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage. »



textes fondamentaux dont l'origine est antérieure à la Constitution actuelle apportent des prémisses à la réponse qu'il serait possible de donner à cette question. Si l'acte constituant de 1958 effectue de telles actions, il paraîtrait logique que cela vienne du langage constitutionnel en général et s'appliquerait à chaque transition, quel que soit le régime nouveau.

## **§2 : Une création répétée à chaque transition constitutionnelle**

**695.** Les remarques précédentes participent d'une vision différenciée des objets constitutionnels de la V<sup>ème</sup> République vis-à-vis des autres Constitutions. Mais si le texte de 1958 crée des concepts individualisés en leur désignant des caractéristiques et des compétences, les Constitutions antérieures ne paraissent pas agir autrement<sup>848</sup>. De plus, le phénomène de transition constitutionnelle faisant intervenir le pouvoir constituant originaire dans un contexte de rupture institutionnelle, la création inhérente à l'acte de langage constituant l'Etat et la société s'en trouverait réinitialisée. Cette hypothèse renverrait à une conception anhistorique des concepts ne traitant leur évolution que comme une succession d'individus<sup>849</sup> et suggérerait, à chaque changement de Constitution, la création d'une norme qui ne pourrait empiriquement être qualifiée de générale. Dès lors, quel que soit le régime établi par la Constitution nouvelle, la constitution de chose qu'elle produit se verrait réitérée, que le changement de Constitution aboutisse à un type de régime différent (A) ou à un régime similaire (B).

---

<sup>848</sup> La lecture du droit constitutionnel antérieur à la V<sup>ème</sup> République semble confirmer l'analyse exposée plus haut. En effet, que ce soit les Constitutions républicaines, ou bien les Constitutions impériales, ou encore les chartes établissant les monarchies de la Restauration et de Juillet, leurs énoncés montrent des caractéristiques similaires en ce qui concerne l'individualisation conceptuelle. En outre, leur action individualisante peut également se décomposer en deux actes distincts : l'attribution d'une caractéristique intrinsèque à l'objet d'une part, une compétence qui lui est conférée dans ses rapports avec les autres institutions d'autre part.

<sup>849</sup> Conception partagée par Michel Troper qui considère lui aussi que « les concepts juridiques n'ont pas d'histoire » (cf. TROPER M., *Le droit et la nécessité*, Paris, Léviathan, P.U.F., 2011, p. 262). Ainsi, le terme « évolution » ne désignera pas par la suite la métamorphose d'un concept qui n'affecterait qu'une partie de ses caractéristiques mais cette succession chronologique d'individus conceptuels.

**A/ Une création observable lors d'un changement de régime**

**696.** L'individualisation linguistique supposerait un caractère non évolutif des concepts institutionnels et fondamentaux. Cependant, elle n'empêche pas d'analyser la succession de ces concepts dans l'histoire. Il peut paraître évident que lors d'un enchaînement de Constitutions établissant des régimes différents, les objets juridiques qu'elles réalisent s'en trouvent eux aussi différents. Aussi la création d'objets constitutionnels trouve dans l'exercice du pouvoir constituant originaire le facteur d'une individualisation conceptuelle (1) qui n'empêche néanmoins pas d'opter délibérément pour leur réitération (2).

1. L'évidente individualisation d'une conceptualisation différente

**697.** L'absence de reprise des diverses institutions lors de la transition d'une Monarchie à une République, ou bien de l'Empire à la République, conforterait l'idée que chaque Loi fondamentale ne générerait que des individus institutionnels et conceptuels.

**698.** Le chef de l'Etat se retrouve ainsi incarné par une autre institution lorsque l'on passe d'une Monarchie à une République. Le passage d'un Roi à un Président de la République en 1848 ou bien celui d'un Empereur à un Président de la République, illustrent assez clairement la création individualisée issue d'une transition constitutionnelle faisant advenir un système politique différent du précédent<sup>850</sup>. En outre, si l'exemple du chef de l'Etat montre bien la disparité conceptuelle lorsque le régime change, il semble en aller de même pour l'essentiel des objets constitutionnels. Dans ce cas, même la dénomination du concept change. Le Parlement par exemple a vu son nom et sa forme remaniée sans cesse, et notamment lors d'une succession diversifiée de régimes politiques. L'Assemblée nationale unique de la II<sup>nd</sup>e République devient ainsi Corps Législatif sous le II<sup>nd</sup> Empire et est accompagnée d'une deuxième chambre (le Sénat), lesquels deviendront la Chambre des députés et le Sénat sous la III<sup>ème</sup> République.

**699.** Au-delà du nom, c'est bien évidemment leurs traits caractéristiques et leurs compétences qui offrent le plus de variations. La création linguistique des textes

---

<sup>850</sup> Le concept même de « chef de l'Etat » n'est finalement qu'un méta-concept conçu par la science du droit qui n'a de réalité que dans le discours scientifique. Le droit ne nomme pas le concept juridique de « chef de l'Etat ». Il n'existe donc pas de « chef de l'Etat », mais des sous-catégories (Roi, Président de la République, Empereur, etc.), que la science du droit classe dans la catégorie artificielle de « chef de l'Etat ».

fondamentaux se présente de manière analogue à celle de la V<sup>ème</sup> République. En effet, on rencontre des jugements synthétiques sous la forme de prédications syndétiques dans l'ensemble des « Constitutions », qu'elles soient effectivement nommées Constitution ou bien Charte ou encore Loi constitutionnelle. En conséquence, même si le sujet de la prédication fluctue, il tend à se rapprocher d'un objet ressemblant à celui du régime précédent (un chef de l'Etat, un organe délibérant, etc.) et justifiant leur comparaison. Dès lors, la différenciation se ferait essentiellement par le prédicat<sup>851</sup>. Mais le fait d'individualiser ayant pour objet de distinguer vis-à-vis d'autres objets semblables, il apparaît intéressant d'examiner l'évolution de concepts dont la dénomination générique aurait perduré. Le concept de Parlement par exemple retient l'attention. Reconduit par tous les textes constitutionnels depuis 1791, il semble être, avec les droits fondamentaux (ou droit public des Français comme le dispose certaines Constitutions), un point de comparaison assez pertinent.

**700.** Les énoncés tirés de la Constitution monarchique de 1791 et du texte du 5 Fructidor An III relatifs à l'instauration du Parlement, sont assez significatifs à ce sujet, ne serait-ce que sur le nombre de chambres ou leur composition<sup>852</sup>. Dès lors, l'œuvre des constituants de la première heure ne comporte qu'une seule Chambre nommée Assemblée nationale<sup>853</sup> tandis que celle des républicains de l'An III en comprend deux<sup>854</sup>. Il est à noter que la forme de la représentation peut aussi être un point de comparaison intéressant. Aussi, si en 1791 et en 1795 la représentation était nationale, en 1793, il était prévu qu'elle soit basée sur la souveraineté du peuple.

---

<sup>851</sup> En tant qu'information de l'énoncé, le prédicat est voué à assurer la distinction entre deux entités dont la forme primitive se rapprocherait. Par exemple, dans des énoncés tels que « le bureau est en bois » et « le pupitre est en fer », *pupitre* et *bureau* représentent des objets se ressemblant fortement. La véritable différence se déterminerait au regard du prédicat. Au contraire, le prédicat pourrait être utilisé pour faire ressembler deux objets apparemment distincts. En reprenant l'exemple du bureau et du pupitre, leur dissemblance pourrait très bien être relativisée par un prédicat, à tel point qu'ils finiraient par désigner la même chose.

<sup>852</sup> Ce ne sont bien évidemment pas les seules différences mais elles sont suffisamment significatives pour démontrer la création langagière de plusieurs individus de la même classe d'objet que serait le Parlement (ou corps législatif).

<sup>853</sup> La description basique du Parlement se voit étalée sur deux articles au sein du titre III de la Constitution de 1791, traitant des pouvoirs publics. Tout d'abord l'article 3 présent dans une sorte de préambule au sein du titre qui dispose que « le Pouvoir législatif est délégué à une Assemblée nationale composée de représentants temporaires, librement élus par le peuple, pour être exercé par elle, avec la sanction du roi, de la manière qui sera déterminée ci-après. », puis l'article 1 du chapitre premier du même titre qui complète avec le nombre de chambres : « L'Assemblée nationale formant le corps législatif est permanente, et n'est composée que d'une Chambre. »

<sup>854</sup> Le texte du 5 Fructidor An III dans son article 44 énonce la forme du corps législatif comme suit : « Le Corps législatif est composé d'un Conseil des Anciens et d'un Conseil des Cinq-Cents. »

**701.** De la même manière, l'institution parlementaire issue de la Charte constitutionnelle de 1830 se distingue des Constitutions de la II<sup>nd</sup>e République et du II<sup>nd</sup> Empire. Ainsi, si la Charte de 1830 dispose un Parlement tripartite classique des régimes monarchiques composé du Roi, d'une représentation de la noblesse désignée par le Roi et de députés élus par le peuple<sup>855</sup>, la II<sup>nd</sup>e République n'établit qu'une Assemblée unique populairement désignée<sup>856</sup>. Mais, la comparaison avec le II<sup>nd</sup> Empire semble un peu plus compliquée au regard de l'instabilité constitutionnelle générée par la multitude de textes qui a jalonné cette période. On peut toutefois considérer que le « Parlement » de 1852 se compose du Président de la République (qui deviendra l'Empereur quelques mois après), une Chambre haute construite autour d'une sorte de noblesse et d'une Chambre basse élue par la population<sup>857</sup>.

**702.** Par ailleurs, l'examen des droits fondamentaux ne contrarie pas cette idée. Les diverses Constitutions reproduisaient des déclarations de droits à l'image de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 mais qui comportaient des variantes sensibles. Pour illustrer ces propos, il convient de choisir un droit emblématique comme le principe d'égalité et de voir l'évolution de son énonciation dans une succession de régimes différents.

**703.** Etant donné qu'elle en est l'aboutissement, la Constitution de 1791 produit naturellement la Déclaration « originelle »<sup>858</sup> dans une monarchie parlementaire, et énonce que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits » et que « les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune »<sup>859</sup>. D'autre part, la Constitution républicaine prévue en 1793 intégrait elle aussi une Déclaration Des droits de l'Homme et du Citoyen mais qui renvoyait à un principe d'égalité dont la teneur avait légèrement changé : « tous les hommes sont égaux par la nature et devant la loi »<sup>860</sup>. Même si elle n'a jamais été appliquée, il est à noter que dans le cas contraire, elle aurait posé un

---

<sup>855</sup> Art. 14 de la Charte constitutionnelle de 1830, « la puissance législative s'exerce collectivement par le roi, la Chambre des pairs et la Chambre des députés ».

<sup>856</sup> Art. 20 de la Constitution de 1848, « le peuple français délègue le pouvoir législatif à une Assemblée unique ».

<sup>857</sup> Art. 4 de la Constitution du 14 janvier 1852, « la puissance législative s'exerce collectivement par le président de la République, le Sénat et le Corps législatif ».

<sup>858</sup> Le choix du qualificatif « originelle » peut surprendre mais il se justifie ici par la pluralité de déclarations de droits qui portent le nom de Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, et n'ayant pas tout à fait le même contenu.

<sup>859</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

<sup>860</sup> Art. 3 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen issue de la Constitution du 24 juin 1793.

principe d'égalité différent sous couvert d'une déclaration portant le même nom que son aînée. Cependant, le texte qui lui succèdera et qui sera quant à lui appliqué, présente une formulation différente du principe d'égalité. Aussi, dans une déclaration de droits, dont la désignation est quasi similaire à celle de 1789, la Constitution de l'An III dispose que « l'égalité consiste en ce que la loi est la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse », ajoutant que « l'égalité n'admet aucune distinction de naissance, aucune hérédité de pouvoirs »<sup>861</sup>. Plusieurs formulations différentes se retrouvent alors pour un même principe décliné en plusieurs individus.

**704.** Cette évolution de la formulation du principe d'égalité s'observe encore dans le passage de l'Empire à la Monarchie constitutionnelle<sup>862</sup>. En effet, l'acte additionnel aux Constitutions de l'Empire intégrant un titre portant sur les droits des citoyens, dispose que « les Français sont égaux devant la loi, soit pour la contribution aux impôts et charges publiques, soit pour l'admission aux emplois civils et militaires »<sup>863</sup>. Etabli par Napoléon lors des Cent Jours, il expose un énoncé du principe d'égalité assez semblable à celui de la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814<sup>864</sup>. Si elle peut paraître troublante, cette ressemblance s'expliquerait facilement par le fait que l'Empereur se soit inspiré des droits fondamentaux institués par la Constitution monarchique adoptée peu de temps plus tôt<sup>865</sup>. Ils n'en restent pas moins différents dès lors qu'ils ne sont pas issus de la même formulation énonciative.

**705.** Concernant ensuite la transition entre la Charte de 1830 et la II<sup>nd</sup>e République, elle traduit un changement plus franc au sujet du principe d'égalité. Ainsi, si la Charte constitutionnelle de la monarchie de Juillet effectue une simple copie de celle adoptée quinze ans auparavant<sup>866</sup>, la Constitution du 4 novembre 1848 instaure un principe d'égalité dilué dans une énonciation complexe. Aussi, ce principe se présente sous la forme

---

<sup>861</sup> Art. 3 de la Déclaration des Droits et des Devoirs de l'Homme et du Citoyen issue de la Constitution du 5 Fructidor An III.

<sup>862</sup> Encore que pour cet exemple, l'enchevêtrement de l'Empire et de la monarchie restaurée rende difficile la détermination de la chronologie.

<sup>863</sup> Art. 59 de l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815.

<sup>864</sup> Art. 1 « les Français sont égaux devant la loi, quels que soient d'ailleurs leurs titres et leurs rangs » et art. 3 « ils sont tous également admissibles aux emplois civils et militaires ».

<sup>865</sup> On remarque en substance une certaine analogie entre les droits de la Charte de 1814 et ceux (quand ils sont repris) de l'Acte additionnel. Il est même envisageable d'y voir de la part de Napoléon Bonaparte, une volonté d'obtenir une adhésion populaire en reproduisant en partie des droits qui viennent d'être proclamés. Ils n'en sont pas moins une volonté du constituant et conservent leur individualité.

<sup>866</sup> Ce point soulève d'ailleurs quelques questions qui feront l'objet de développements futurs.

d'une métonymie exposant les éléments substantiels de définition du principe mais sans jamais réellement le faire apparaître<sup>867</sup>.

**706.** En conséquence, la structure prédicative basée sur une syndèse, explicite ou implicite, conférant des caractéristiques<sup>868</sup> semble être généralisée et conduit à une personnalisation de chacun des concepts institutionnels et fondamentaux dans un contexte de changement de régime. Jusque-là, cela paraît être l'évidence. Néanmoins, il existe des concepts qui sont reproduits à l'identique d'un régime à l'autre.

## 2. Une individualisation par la réitération conceptuelle

**707.** Certains textes n'offrent qu'un banal renvoi à des principes antérieurement établis<sup>869</sup>. Il est toutefois possible d'y voir un renouvellement de l'existence de principes disparus par la réintégration de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 au texte constitutionnel. Un tel constat corroborerait ainsi l'hypothèse d'une essence particulière du principe contenant une multitude d'existences alternatives révélées par le choix du constituant, celui-ci les faisant passer de l'être au néant ou du néant à l'être.

**708.** L'exemple du droit de propriété est plutôt parlant concernant cette question. S'il est possible de remarquer des variations quant à la formulation de certains énoncés, il ne semble pas interdit d'y voir un même contenu. Ainsi, la première Constitution française propose deux dispositions traitant du droit de propriété que sont l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 placée en préambule de la Constitution<sup>870</sup> et le onzième alinéa du Titre 1 du corps du texte présentant un contenu

---

<sup>867</sup> Art. 10 de la Constitution 1848 : « tous les citoyens sont également admissibles à tous les emplois publics, sans autre motif de préférence que leur mérite, et suivant les conditions qui seront fixées par les lois. – Sont abolis à toujours tout titre nobiliaire, toute distinction de naissance, de classe ou de caste ».

<sup>868</sup> S'attarder sur les compétences de chaque Parlement (même en se limitant à cette seule institution) alourdirait la présente démonstration sans que l'absence de leur examen n'y porte préjudice.

<sup>869</sup> Voir à titre d'exemple l'art. 1 de la Constitution du II<sup>nd</sup> Empire qui dispose que « la Constitution reconnaît, confirme et garantit les grands principes proclamés en 1789, et qui sont la base du droit public des Français ». S'elle montre un principe différent du texte la précédant, elle ne semble pas véritablement créer un principe d'égalité spécifique.

<sup>870</sup> « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

sensiblement similaire<sup>871</sup>. Si la forme peut afficher une légère différence, elle détermine principalement une complémentarité à travers l'attribution d'un caractère sacré au droit de propriété qui est réaffirmé comme étant « inviolable » sous couvert des exceptions propres à la « nécessité publique », laquelle implique nécessairement une « juste et préalable indemnité ». Néanmoins, cette création conceptuelle dans un monde monarchique se remarque aussi dans le monde différent de la République instaurée par la Constitution du 5 Fructidor An VIII<sup>872</sup>. En effet, dans son article 358, le texte fondamental de ce qu'on peut appeler la « Première République » dispose que « la Constitution garantit l'inviolabilité de toutes les propriétés, ou la juste indemnité de celles dont la nécessité publique, légalement constatée, exigerait le sacrifice ». Il est aisé ici de constater un énoncé identique à celui de la monarchie parlementaire dont accouchera la Révolution. Et pourtant, la transition constitutionnelle n'aboutit pas à un régime équivalent. On observera par ailleurs la même similitude entre la Charte de 1830 et la II<sup>nde</sup> République<sup>873</sup>.

**709.** En outre, il existe aussi des énoncés qui ne se caractérisent pas par une forme syntaxique ni une sélection de termes semblables mais qui pourtant ont sémantiquement le même contenu. La conception de la liberté de la Charte du 14 août 1830 par exemple est développée dans un article 4 qui la présente comme « également garantie, personne ne pouvant être poursuivi ni arrêté que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit » alors que son homologue républicain de 1848 diverge en ce qui concerne sa formulation<sup>874</sup>. L'analogie, si elle peut être observée en filigrane, se déduit d'une interprétation sémantique de ces deux énoncés. Le second propose une énonciation plus

---

<sup>871</sup> « La Constitution garantit l'inviolabilité des propriétés ou la juste et préalable indemnité de celles dont la nécessité publique, légalement constatée, exigerait le sacrifice ».

<sup>872</sup> L'éclipse effectuée par la présente démonstration de la Constitution républicaine de 1793 se justifie par son inapplication. N'ayant alors aucun caractère juridique et ne portant qu'un intérêt historique, elle ne peut servir à justifier la création d'un même individu lors d'une transition constitutionnelle vers un régime différent. Néanmoins, il semble intéressant de remarquer que, nonobstant cette faiblesse, elle affirme une protection du droit de propriété identique à celle de la monarchie parlementaire qui la précède (art. 19 de la Constitution du 24 juin 1793 : « nul ne peut être privé de la moindre portion de sa propriété sans son consentement, si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée l'exige, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité »).

<sup>873</sup> Les articles 8 et 9 de la Charte de la Monarchie de Juillet disposent que « toutes les propriétés sont inviolables, sans aucune exception de celles qu'on appelle nationales, la loi ne mettant aucune différence entre elles » (art. 8) et que « l'Etat peut exiger le sacrifice d'une propriété pour cause d'intérêt public légalement constaté, mais avec une indemnité préalable » (art. 9), tandis que l'article 11 de la Constitution de 1848 dispose que « toutes les propriétés sont inviolables. Néanmoins l'Etat peut exiger le sacrifice d'une propriété pour cause d'utilité publique légalement constatée, et moyennant une juste et préalable indemnité ». L'identité est ici flagrante.

<sup>874</sup> Art. 2 de la Constitution de la II<sup>nde</sup> République qui dispose que « nul ne peut être arrêté ou détenu que suivant les prescriptions de la loi ».



elliptique que le premier mais qui au final revient à la même chose : une liberté garantie par la Constitution, caractérisée par l'impossibilité des poursuites et des arrestations autrement que par le commandement de la loi et suivant la procédure qu'elle établit. Ce résultat suscite une interrogation : est-ce une simple reconduction de la création antérieure, témoignant d'une continuité constitutionnelle, ou bien cette identité conceptuelle découlerait-elle d'un acte de volonté du constituant tenant à réinstaurer une chose équivalente ?

**710.** Considérant le contexte d'énonciation de ces créations de langage, il semblerait qu'il faille pencher pour la deuxième solution. En effet, apprécier la transition constitutionnelle comme une rupture conduit à rejeter la conception d'une continuité conceptuelle juridique. De plus, la vision de Michel Troper<sup>875</sup>, appréhendant les concepts juridiques comme des individus intégrés à un monde déterminé, ne permet pas de percevoir un quelconque suivi entre les Constitutions, en particulier lorsque celles-ci instaurent un régime différent du précédent. Comment alors, expliquer cette similitude ? C'est la puissance du pouvoir constituant originaire qui offre la meilleure réponse. Exerçant sans mesure juridique sa faculté de créer, celui-ci aurait la capacité de produire des objets constitutionnels de la forme de son choix. Ainsi, il serait apte à faire advenir un objet aux allures comparables à celles du monde passé, quand bien même ce monde différerait de celui qu'il réalise. Il est toutefois à noter qu'étant soumis au langage dans sa création, l'arbitraire du pouvoir constituant ne vaut que pour le choix du signe utilisé. Il est donc conditionné par le bagage culturel qui fait la compréhension de l'emploi de tel signe pour désigner telle chose. Il ne peut ainsi individualiser le concept ou l'institution que dans la limite de l'essence même du signe, déniait tout caractère artificiel du langage constitutionnel<sup>876</sup>.

**711.** Identifier une spécification d'un concept portant le même nom empêche d'envisager une permanence dudit concept à chaque changement de Constitution ; chacun des Parlements présents dans chacun des systèmes possède des caractéristiques propres qui s'ajoutent à celles qui sont communes ou qui remplacent celles jugées défectueuses ou superflues. Il en va de même pour les droits fondamentaux, quand bien même ils

---

<sup>875</sup> Voir *infra*.

<sup>876</sup> Nonobstant sa capacité d'attribuer de multiples caractéristiques au Président de la République, le constituant ne peut décider que l'Assemblée nationale est composée d'un nombre déterminé de Présidents de la République. Le fait institutionnel dépendant du langage choisi pour le représenter, il est nécessairement subordonné à une charge représentationnelle inhérente au terme employé.



pourraient être désignés de manière similaire. Une action donc récurrente même en cas de reconduction de l'institution et surtout quel que soit le régime antérieur. S'il paraissait relativement évident que les créations constitutionnelles présenteraient des différences notables au regard de la diversité des régimes qui se sont succédés depuis la Révolution jusqu'à la III<sup>ème</sup> République, il semble cependant que l'individualisation s'observe aussi lors d'une succession de régimes analogues.

## **B/ Une création observable lors d'un changement de Constitution**

**712.** L'histoire constitutionnelle française a vu parfois se succéder des régimes similaires à travers des textes différents. La Monarchie de Juillet qui suit la Monarchie de la Restauration comme le défilement des Républiques à partir de 1875, suscitent l'interrogation quant à l'éventualité d'une essence du langage constitutionnel en ce que les concepts sont parfois repris dans un sens différent de la Constitution qui précède à l'avènement du pouvoir constituant. Aussi, le caractère artificiel du langage se verrait relativisé par la mise en avant d'une individualisation de concepts fondamentaux (1) et institutionnels (2) tirés de l'œuvre constitutionnelle précédemment instaurée<sup>877</sup>.

### 1. L'individualisation des droits fondamentaux

**713.** La question des droits fondamentaux fait apparaître une individualisation de certains concepts portant parfois le même nom. Mais surtout, l'analyse de leur protection d'un texte à un autre fait ressortir un traitement différencié, qu'il s'agisse de la succession de régimes monarchiques ou bien de régimes républicains.

**714.** Les monarchies parlementaires qui se sont succédé à la suite du I<sup>er</sup> Empire ne laissent apparaître qu'une seule différence lisible dans la liste des droits fondamentaux

---

<sup>877</sup> Ici encore, il sera nécessaire de se limiter à certains concepts afin d'éviter de surcharger la démonstration. Le Parlement et le chef de l'État composeront ainsi la base de la comparaison, alors que s'agissant des droits fondamentaux, l'étude portera sur la liberté d'expression pour la période s'étalant sur deux monarchies après le I<sup>er</sup> Empire, tandis qu'elle s'attachera à mettre en avant la présence ou non de droits fondamentaux pour la succession des Républiques du XX<sup>ème</sup> siècle.

(sous le libellé « droit public des français ») et concerne la liberté d'expression<sup>878</sup>. Mais si les débuts des articles 8 de la Charte de 1814 et 7 de celle de 1830 sont identiques<sup>879</sup>, leur conclusion diverge. L'individualisation produite par la création constitutionnelle de ces deux textes se rapporte ainsi à l'instauration de la censure. Constitutionnalisée sous la Restauration<sup>880</sup>, elle est finalement abolie sous la Monarchie de Juillet<sup>881</sup>. Cette différence au niveau de l'énoncé attesterait d'une définition divergente du droit de libre expression, contribuant à la vision d'une œuvre différenciée, quand bien même l'identité serait attendue. Mais pareille option du constituant renverrait à une faculté de choisir entre divers éléments inhérents à la conception de la liberté d'expression, laquelle peut être affranchie de toutes contraintes ou bien limitée dans son exercice. Le choix terminologique de la « liberté d'expression » impliquerait alors qu'elle contienne une série de possibilités d'individualisation puisque seule la fin de l'énoncé évolue d'une Charte à l'autre. Dès lors d'une même acception d'un concept pourrait advenir deux individus différents. S'il est impossible de voir ici une reconduction du principe du fait de la rupture constitutionnelle, le lien entre ces deux libertés d'expression ne pourrait venir que du contenu sémantique des termes retenus pour les désigner. L'individualisation ne faisant que préciser l'entendement du concept dans le monde constitutionnel nouveau.

**715.** L'enchaînement des Constitutions républicaines présente au contraire un intérêt particulier. Dans la lettre des lois constitutionnelles de 1875, la III<sup>ème</sup> République n'établit ni ne se réfère à aucune déclaration de droits fondamentaux<sup>882</sup>, même s'il est loisible de lire dans les débats parlementaires précédant la mise en vigueur de la première des trois

---

<sup>878</sup> Une autre différence existe et concerne la religion mais cette disposition n'a pas trait à un droit fondamental. Il s'agit de l'article 6 de la Charte de 1814 disposant que « la religion catholique, apostolique et romaine est la religion de l'Etat », laquelle n'est plus inscrite au droit public des français en 1830.

<sup>879</sup> Les deux amorcent leur énoncé par « les Français ont le droit de publier et de faire imprimer leurs opinions en se conformant aux lois... »

<sup>880</sup> « ...conformant aux lois qui doivent réprimer les abus de cette liberté. »

<sup>881</sup> « La censure ne pourra jamais être rétablie ».

<sup>882</sup> Carré de Malberg déplore d'ailleurs cet oubli (« la puissance du Parlement apparaît aujourd'hui comme spécialement forte en ce qui concerne la réglementation législative des droits individuels des citoyens. Elle semble même indéfinie à cet égard, étant donné que les lois constitutionnelles de 1875 ne s'occupent – ainsi que leur titre même l'annonce – que de l'organisation et les rapports des pouvoirs publics, et qu'elles ne formulent, au profit des Français aucune garantie juridique, ni même aucune énumération ou déclaration de leurs droits opposables à l'État. De toutes les lacunes qui ont pu être reprochées à la Const. de 1875, aucune n'est plus grave ; et cette lacune peut aussi paraître d'autant plus surprenante que, depuis 1789, toutes les constitutions françaises ont cru devoir déterminer, avec plus ou moins de précision, les droits publics des Français » – cf. CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome II, 1922, Paris, Recueil Sirey, C.N.R.S., 1962, p. 578-579).

lois, que les principes de 1789 n'ont pas à être rappelés car ils sont connus de tous<sup>883</sup>. Force est de constater qu'en cas de carence des textes, que l'indication soit explicite ou effectuée au moyen d'un renvoi<sup>884</sup>, il n'existe pas de droits fondamentaux constitutionnellement garantis dans le monde de la III<sup>ème</sup> République<sup>885</sup>. Leur réhabilitation n'arrivera qu'en 1946 avec la IV<sup>ème</sup> République. Celle-ci n'intègre pas la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 directement dans le texte fondamental mais y fait référence avant d'établir les droits sociaux. On remarque ici une similitude des engagements constitutionnels en termes de droits fondamentaux entre cette République et celle actuellement en vigueur<sup>886</sup>. Ces constatations exposent une différence notable entre les différents textes alors que le régime ne change pas et que les droits fondamentaux semblent continuer d'être le fondement juridique de l'action politique. Néanmoins, les garanties des droits des citoyens sous la III<sup>ème</sup> République ne peut être vue comme inexistantes. De plus, la distinction entre ce qui est de nature constitutionnelle et ce qui est de nature législative ne peut s'analyser au travers de la forme de l'acte. C'est alors en effectuant une analyse *a posteriori* qu'il est possible de voir que les droits fondamentaux ne sont pas absents de ce régime. L'existence de lois consacrant des libertés individuelles, reprises par les Constitutions suivantes sous le nom de « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », incite ainsi à apprécier la présence d'une garantie des droits élaborée ici par le Législateur ordinaire et non le constituant.

---

<sup>883</sup> Mais les débats parlementaires précédant la Constitution de 1875 indiquent qu'ils présupposent les droits de 1789 sans avoir besoin de les rappeler. Adhémar Esmein, se basant sur une déclaration parlementaire, affirme d'ailleurs que « ce n'est pas que l'Assemblée nationale répudiât les principes proclamés pour la première fois en 1789 ; mais elle jugea inutile de les proclamer à nouveau ou même de les garantir dans la Constitution » (cf. ESMEIN A., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Tome I, Paris, Recueil Sirey, 6<sup>ème</sup> édition, 1914, p. 561). Duguit lui-même leur conférerait une existence et une valeur légale, bien au-delà de leur statut constitutionnel. Il ira jusqu'à les qualifier de « pacte social de la France régénérée » et affirmer leur continuité dans le temps, bien qu'ils soient absents des Lois constitutionnelles de 1875 (cf. DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, Tome III, Paris, 1930, pp. 605-611).

<sup>884</sup> A l'image de la Constitution du 5 Fructidor An III.

<sup>885</sup> Si par ailleurs, il pouvait exister un contrôle de la conformité des lois aux principes de 1789, seul le Parlement pouvait l'effectuer. Il serait alors naïf de considérer, comme beaucoup d'auteur de l'époque (par exemple Duguit ou Esmein) qu'ils conserveraient une valeur juridique ou resteraient « naturellement valides » comme l'affirme Carl Schmitt (cf. SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 266).

<sup>886</sup> Le préambule du texte de 1958 reprend et la déclaration de 1789 et les droits établis par celui de son aînée « il n'y a pas de nouvelles réactions de la Déclaration des droits de l'homme en 1958 » comme le disait Didier Maus lors d'une interview pour l'émission « Midi-Magazine » le 1<sup>er</sup> juin 2006 sur le thème de la V<sup>ème</sup> République (pour une retranscription de celle-ci, voir MAUS D., « La V<sup>ème</sup> République, hier, aujourd'hui, demain », in *Le renouveau du droit constitutionnel*, Mélanges en l'honneur de Louis Faroveu, Dalloz, 2007, p. 825).

**716.** Au-delà, le renouvellement en 1958 de la protection des droits fondamentaux appliquée de manière identique en 1946, présente une difficulté. En effet, s'il s'agit de démontrer une création singulière, même en termes de droits fondamentaux, lors d'une succession de Constitutions produisant un régime similaire, le cas de la V<sup>ème</sup> République tendrait à invalider cette hypothèse. Or, si l'on s'en réfère à la réception de la jurisprudence du Conseil constitutionnel de 1971, il est possible d'envisager une différence, certes subtile, mais qui est tout de même présente. Celle-ci porterait sur les Principes fondamentaux reconnus par des lois de la République qui, loin d'être exhaustifs, ne représenteraient qu'un vague renvoi à l'action libertifère du législateur de la III<sup>ème</sup> République<sup>887</sup>. Ainsi, si ces principes, aussi indéterminés soient-ils, étaient représentés dans la constitution de 1946, ils ne semblaient pas être repris dans celle de 1958, celle-ci se bornant à reprendre seulement les droits issus des articles 1 et suivants. Un tel constat revient une fois de plus à envisager une essence particulière du langage des droits fondamentaux dont la détermination relèverait d'une appréciation physico-culturelle de la liberté et de la fundamentalité. En outre, une formulation en ce sens attesterait du statut de bagage culturel que ces droits représentent, du fait de leur imprécision dans le texte, et à la lumière duquel il faudra les interpréter.

**717.** Par conséquent, la circonstance de la succession de régimes similaires n'entrave pas le constituant qui demeure libre de constituer une version réaménagée des concepts constitutionnels relatifs aux droits fondamentaux ou bien d'en instaurer de nouveaux. Mais ce que le constituant fait pour les droits fondamentaux, il le fait aussi pour les institutions de l'Etat.

## 2. L'individualisation des institutions étatiques

**718.** L'examen des institutions permet d'observer une large ressemblance dans l'œuvre constituante lorsqu'elle aboutit à un régime similaire à celui qu'elle remplace. Toutefois, leur désignation change d'une Constitution à l'autre et lorsqu'elle est équivalente,

---

<sup>887</sup> La décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association*, avait créé l'émoi du fait que le juge avait dégagé un droit fondamental de l'expression « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », lesquels principes n'étaient affirmés que dans une introduction à la déclaration de droits présentes dans le préambule de 1946 et non dans le libellé de la déclaration elle-même.

l'individualisation prend la forme d'un agencement spécifique à la nouvelle institution établie.

**719.** Ainsi, si les « Constitutions » de 1814 et 1830 reprennent des formulations quasi identiques, la lecture des dispositions concernant la Chambre des pairs et la Chambre des députés permet l'observation de légères distinctions. Outre la dénomination de la chambre basse légèrement changeante<sup>888</sup>, c'est le temps de l'énonciation qui marque la plus grande différence. En effet, la Charte de 1830 utilise de manière principale le présent de l'indicatif<sup>889</sup> alors que celle de 1814 utilise le futur. Or, la nature virtuelle de cet emploi temporel empêche de l'associer à une création constitutionnelle, celle-ci ne pouvant être appréciée qu'au titre d'un indicatif présent car le futur ne représente linguistiquement qu'une projection d'un présent irréalisé. Ainsi, la réalisation du concept Parlement par le texte constitutionnel monarchique de 1814 se trouve être partielle, seule la section concernant la Chambre des pairs étant rédigée au présent. Néanmoins, il est possible de voir ici dans ce choix temporel une simple indication d'une élection en puissance, projetée, et ne portant pas sur l'existence de l'institution en elle-même<sup>890</sup>, laquelle est réglée par une disposition antérieure.

**720.** De surcroît, si elle reste une portion essentielle de la puissance législative<sup>891</sup>, la composition et le fonctionnement de la Chambre des pairs varient entre les deux textes, marquant une nouvelle fois l'individualisation de l'institution parlementaire. En effet, en 1814, les membres de la famille royale et les princes du sang sont pairs par droit de naissance comme en 1830<sup>892</sup>, mais leur présence à la Chambre était conditionnée par la volonté du Roi<sup>893</sup> contrairement à ce qui fut établi seize ans plus tard. De même, la

---

<sup>888</sup> Elle est appelée « Chambre des députés des départements » par la Charte de 1814 tandis que celle de 1830 ne la nomme que « Chambre des députés ».

<sup>889</sup> Seuls les articles 30 et 36 sont rédigés au futur.

<sup>890</sup> Les articles rédigés au futur ne concernant que des dispositions de nature électorale en rapport avec les députés. L'indice d'une telle interprétation se retrouve dans l'appel à une détermination par la loi dans l'article 35 de la Charte.

<sup>891</sup> Voir en ce sens les articles 20 de la Charte du 4 juin 1814 et 24 de la Charte de 1830 disposant que « la Chambre des pairs est une portion essentielle de la puissance législative ».

<sup>892</sup> Voir en ce sens les articles 30 de la Charte de 1814 (« les membres de la famille royale et les princes du sang sont pairs par le droit de leur naissance ») et 26 de celle de 1830 (« les princes du sang sont pairs par droit de naissance »). On remarquera que les membres de la famille royale n'apparaissent plus dans la formule de 1830, mais il est possible de les admettre parmi les princes du sang.

<sup>893</sup> Art. 31 de la Charte de 1814 « les princes ne peuvent prendre séance à la Chambre que de l'ordre du roi, exprimé pour chaque session par un message, à peine de nullité de tout ce qui aurait été fait en leur présence ».

Restauration instaure le caractère secret des délibérations des pairs<sup>894</sup>, alors qu'elles deviennent publiques en 1830<sup>895</sup>. Concernant la personne du Roi, autre institution primordiale du régime, on observe aussi du mouvement. Même s'il semble rester une personnalité importante dans la décision politique<sup>896</sup>, certaines des caractéristiques et compétences changent. Par exemple, si l'initiative de la loi appartient à lui seul sous la Restauration<sup>897</sup>, il perd cette exclusivité en 1830 au profit d'une compétence partagée avec les chambres<sup>898</sup>. Ceci modifie grandement le processus législatif et le monde créé par le texte constitutionnel alors que le régime reste le même, c'est-à-dire une Monarchie parlementaire. Le Roi perd de sa force d'un système à l'autre tandis que le Parlement gagne en influence. Ainsi, même si l'on observe des similitudes notables entre les institutions de 1814 et de 1830, l'acte constituant procède à un aménagement des caractéristiques qui restent propres à une œuvre constitutionnelle en particulier. La reconduction de certains attributs ne serait alors ici le fruit que d'un choix politique émis par le constituant lui-même.

**721.** Dans une optique comparable, l'enchaînement des trois dernières Républiques présente la même difficulté. L'examen de l'évolution des institutions du chef de l'Etat et de l'organe délibérant aboutit à des conclusions identiques. Celles-ci semblent apparaître en 1875 et subir une adaptation au gré des volontés constituantes.

**722.** Les dispositions constitutionnelles concernant le Parlement divergent sur beaucoup de points. Seuls deux d'entre eux retiendront l'attention du fait de leurs similitudes : le mode de désignation et la responsabilité<sup>899</sup>. Composé tantôt du Sénat et de la Chambre des députés (pour la III<sup>ème</sup> République), tantôt de l'Assemblée nationale et du Conseil de la République (pour la IV<sup>ème</sup> République), tantôt de l'Assemblée nationale et du Sénat (pour

---

<sup>894</sup> Art. 32 « toutes les délibérations de la Chambre des pairs sont secrètes ».

<sup>895</sup> Art. 27 « les séances de la Chambre des pairs sont publiques, comme celles de la Chambre des députés ».

<sup>896</sup> Il détient seul la puissance exécutive (art. 13 de la Charte de 1814 et art. 12 de celle de 1830), il participe à la puissance législative avec les deux chambres (art. 15 de la Charte de 1814 et art. 14 de celle de 1830).

<sup>897</sup> Art. 16 de la Charte de 1814 « le roi propose la loi ». Malgré tout, les chambres ont la capacité de proposer au Roi des textes de loi (art. 19 « les chambres ont la faculté de supplier le roi de proposer une loi sur quelque objet que ce soit, et d'indiquer ce qu'il leur paraît convenable que la loi contienne »).

<sup>898</sup> Art. 14 « la puissance législative s'exerce collectivement par le roi, la Chambre des pairs et la Chambre des députés ».

<sup>899</sup> Même si l'étendue du domaine de la loi, apanage du Parlement, aurait pu offrir un exemple tout aussi éloquent, il ne montrait néanmoins pas suffisamment la différence entre le législateur de 1875 et celui de 1946.

la V<sup>ème</sup> République), le parlement républicain post-impérial est toujours formé autour de deux chambres : une haute et une basse. Plus que le changement de nom, c'est le mode de désignation qui, ici, présente un certain intérêt. En effet, la généralisation de l'élection au suffrage universel direct pour la chambre basse n'a pas toujours représenté la même chose<sup>900</sup>, ce qui influe sur une caractéristique intrinsèque à cette chambre qu'est sa représentativité. Par ailleurs, si la pratique a parfois remodelé cet aspect, sa responsabilité politique est changeante entre ces trois Constitutions<sup>901</sup>. Ces éléments montrent ainsi de manière assez significative la différence entre trois institutions qui, si elles paraissent comparables, ont des différences révélatrices d'une création individualisée lors d'un changement de Constitution.

**723.** Du reste, le Président de la République, institution reconduite sous le même terme dans chacune des trois Républiques, est l'exemple le plus marquant de cette absence de continuité conceptuelle. Si son mode d'élection et son mandat semblent traverser les textes<sup>902</sup>, il est marquant que sa silhouette diverge sur plusieurs points. La comparaison des Présidents des III<sup>ème</sup>, IV<sup>ème</sup> et V<sup>ème</sup> République offre un point de départ intéressant. Elle s'effectuera surtout autour des pouvoirs et de l'influence que cette institution exerce et possède vis-à-vis des autres institutions. A niveau de légitimité égale<sup>903</sup>, la place du Président de la République diverge assez largement. Représentant tous trois la continuité des institutions il est clair que celui de la V<sup>ème</sup> République dispose d'une position dominante contrairement à son homologue de 1946 mais relativement comparable à celle du Président de la III<sup>ème</sup>. En effet, au-delà de la nomination du Gouvernement et notamment du Premier ministre, il exerce en 1958 comme en 1875 un véritable contrôle de

---

<sup>900</sup> Si le suffrage universel direct correspond aujourd'hui à la capacité des hommes et des femmes à voter pour leurs représentants, cette dénomination ne recouvrait ce pas la même chose en 1875. A cette époque le caractère universel se limitait au sexe masculin.

<sup>901</sup> La III<sup>ème</sup> République avait au départ énoncé une responsabilité assez aisée à mettre en œuvre, laquelle est devenue ineffective à l'arrivée du Président Grévy. Elle fut ensuite assez strictement encadrée sous la IV<sup>ème</sup>, pour enfin devenir une arme forte du pouvoir exécutif contre le Parlement en 1958.

<sup>902</sup> L'article 2 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics dispose son élection par le Sénat et la Chambre des députés à la majorité des suffrages, l'article 29 de la Constitution du 21 octobre 1946 lui attribue une élection par le Parlement sans autres précisions et enfin l'article 6 originel du texte de 1958 présente une élection par un collège électoral comprenant les membres du Parlement, des conseils généraux et des assemblées des territoires d'outre-mer, ainsi que les représentants élus des conseils municipaux. Quand bien même l'électorat du Président changerait de composition, il ne comprend que des élus. De même la durée du mandat, est explicitement et identiquement établie par les trois textes. Initié par la loi du 20 novembre 1873, le septennat sera consacré dans la loi constitutionnelle du 25 février 1875 est reconduit en 1946 et en 1958.

<sup>903</sup> Ces propos ne concerne évidemment que le premier Président de la V<sup>ème</sup> République.



l'action de ceux-ci<sup>904</sup>, contrôle qui est absent en 1946. De plus, loin « d'honorer les chrysanthèmes », le Président de la V<sup>ème</sup> République détient une réelle influence sur l'action politique du Gouvernement<sup>905</sup>. Influence qui se retrouve aussi, et même de manière plus explicite, sous la III<sup>ème</sup> République puisqu'il a l'initiative des lois, initiative qui n'est qu'informelle sous la V<sup>ème</sup> République.

**724.** Cependant, le Président de la III<sup>ème</sup> République suscite un examen à part tant la fixation de cette institution a suivi différentes étapes. Pourvu d'un pouvoir de dissolution qui engendrait une influence notable dans les rapports entre les acteurs politiques, il s'est finalement défaussé de cette prérogative le 6 février 1879 lors d'un message à l'Assemblée nationale. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un acte constituant à proprement parler, ce discours a provoqué une pratique de la présidence de la République qui fut suivie par les successeurs de Jules Grévy. Aussi est-il possible de voir ici une forme de révision molle de la Constitution, l'institution du Président est passée d'un organe dont la force politique était relativement efficiente à un autre beaucoup plus en retrait et laissant la clefs du pouvoir de décision au seul Parlement. Toutefois, cette pratique ne s'apparente qu'à une limitation politique et non juridique de la compétence du Président de la République, ce qui empêche de l'inclure dans la catégorie des actes de langage constituant, le Président étant toujours titulaire de la faculté de recourir à son pouvoir de pression politique à travers la mise en œuvre de la dissolution.

**725.** Mais cette donnée suggère une individualisation par une modification constitutionnelle à l'intérieur même du monde établi par la Constitution. Ainsi, l'existence des lois de révision alimenterait la thèse de la précision des concepts par l'acte constituant. Celles-ci ayant pour objet d'apporter des modifications aux objets juridiques existants en considération des évolutions sociales et politiques, elles participent d'une personnalisation des institutions. Elles attribuent donc des caractéristiques et compétences nouvelles aux institutions et concepts existants, créant des individus différenciés au sein d'une même

---

<sup>904</sup> En attestent par exemple les articles 8 (« le Président de la République nomme le Premier ministre. Il met fin à ses fonctions sur la présentation par celui-ci de la démission du Gouvernement »), 9 (« le Président de la République préside le Conseil des ministres »), 13 al. 2 (« le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres. ») et 18 (« le Président de la République communique avec les deux assemblées du Parlement par des messages qu'il fait lire et qui ne donnent lieu à aucun débat ») de la Constitution d'origine de la V<sup>ème</sup> République.

<sup>905</sup> Qualifié de « clef de voute » du nouveau régime parlementaire par Michel Debré (voir son discours du 27 août 1958 devant le Conseil d'Etat), il s'inscrit dans une logique dominatrice, au centre des institutions et surtout tenant les ficelles primo-ministérielles (voir en ce sens le discours du Général de Gaulle du 31 janvier 1964).



Constitution. La révision de 1962 en est l'exemple parfait<sup>906</sup>. Quand bien même on y aurait insufflé l'esprit dans sa rédaction primitive<sup>907</sup>, la V<sup>ème</sup> République s'est vue présidentialisée par la mise en place de l'élection du Président de la République au suffrage universel direct. Un autre exemple révélateur de cet acte de langage révisionnel est la révision de 2003<sup>908</sup> modifiant l'organisation de l'Etat et de cette manière son aspect général. C'est donc ici au sein d'une même Constitution que se trouve l'individualisation institutionnelle et conceptuelle, si bien qu'il est parfois envisageable d'y voir un changement de Constitution au terme de plusieurs révisions d'un même texte.

**726.** On retrouve cette discussion dans le débat contemporain sur la V<sup>ème</sup> République. Peut-on réellement aujourd'hui continuer de parler de la Constitution de 1958 alors que le nombre de révisions aurait tellement altéré le texte original qu'il en serait totalement différent ? Force est de constater que l'hypothèse d'une Constitution formée d'individus ne peut soutenir la révision même superficielle de leurs contours. A considérer le monde constitutionnel comme la somme d'individus institutionnels et conceptuels, le moindre changement provoquerait l'apparition d'un autre monde dont le nouvel élément en serait une caractéristique déterminante. Dès lors, si le remaniement total des institutions engendre un monde nouveau, le changement de Constitution peut aussi intervenir de manière incidente par le constituant dérivé et produire une individualisation, non seulement des concepts juridiques mais aussi du régime en lui même.

**727.** Ainsi, même si les énoncés se ressemblent, leur analyse linguistique permet de dégager des dissemblances. Leur création conceptuelle déboucherait alors sur des objets individualisés quand bien même le régime nouveau serait similaire au précédent. Ce constat d'une conception individualisée lors d'une succession d'un même régime invite à considérer la transition constitutionnelle comme une table rase et l'acte du constituant comme un renouvellement. Il apporte néanmoins un enseignement paradoxal au regard de la vision commune de la Constitution qui ne se présente pourtant pas comme une œuvre

---

<sup>906</sup> Mais il en existe bien d'autres et notamment le passage au quinquennat présidentiel qui transforme l'essai de 1962 en annihilant quasi totalement la possibilité d'une parlementarisation au travers d'une cohabitation, et laissant la part belle à l'action de l'institution du Président de la République.

<sup>907</sup> Malgré une légitimité démocratique indirecte comparable à celle de ses prédécesseurs, le Président de la V<sup>ème</sup> République est doté d'un grand pouvoir d'influence dès 1958, notamment de par sa place prépondérante au Conseil des Ministres, sa faculté de dissoudre l'Assemblée nationale sans contrainte, ou encore de soumettre directement un projet de loi au vote populaire.

<sup>908</sup> Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *Organisation décentralisée de la République*, JO n° 75, 29 mars 2003, p. 5568, texte n° 1.

générale et encore moins impersonnelle. Elle désigne nommément les institutions qui forment l'Etat qu'elle habilite expressément et les principes qui sous-tendent l'union sociale tout en les décrivant avec une précision que le constituant réitère à chacune de ses interventions.

**728.** Au-delà, si les textes contiennent en eux-mêmes une individuation des concepts institutionnels et fondamentaux, ils ne sont pas les seuls à agir en ce sens. Le Conseil constitutionnel effectue lui aussi une création individualisante à travers son langage. Aussi, l'analyse linguistique de la jurisprudence du juge de la Constitution suggère quelques remarques concernant sa capacité à créer des objets individualisés ainsi que sur la nature de son produit.

## ***Section II : Une individualisation jurisprudentielle***

**729.** Si la tradition française d'un juge bouche de la loi se ressent encore dans certains discours et fait toujours partie de notre patrimoine juridique<sup>909</sup>, il semble aujourd'hui largement ancré dans les esprits qu'il est un acteur créateur de droit. Le Conseil constitutionnel n'a pas échappé à cette considération. Longtemps résigné à un rôle de « chien de garde de l'Exécutif », il finit par s'émanciper de la tutelle du Général de Gaulle pour devenir lui aussi un générateur de droit et ce notamment par une individualisation des concepts constitutionnels existants (§1)<sup>910</sup>.

**730.** Cette nouvelle casquette suscite l'interrogation sur sa légitimité à agir de la sorte. Il n'est pas rare de voir ressurgir l'interjection de Paul Reynaud destinée au Général de Gaulle « la France est ici et non ailleurs ! » visant cette fois le juge de la constitutionnalité

---

<sup>909</sup> Art. 5 du Code Civil : « il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

<sup>910</sup> Pierre Pactet affirmait lui-même que l'œuvre constituante ne se limitait pas à l'élaboration et à l'adoption d'une Constitution (cf. PACTET P., « Le Conseil constitutionnel et l'œuvre constituante », in *Le renouveau du droit constitutionnel*, FAVOREU L. (dir.), Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU, Dalloz, 2007, p. 1373). De même Paolo Comanducci évoque la « complétabilité » spécifique du juge dans l'exercice de l'acte d'interprétation (cf. COMANDUCCI P., « Quelques problèmes conceptuels concernant l'application du droit », *ibid.*, p. 326).

des lois<sup>911</sup>. Cette perception de la justice constitutionnelle amène à envisager une énonciation particulière visant à se faire accepter par le souverain national mais aussi à s'affirmer petit à petit comme un juge à part entière. En conséquence, la performativité du langage du Conseil constitutionnel rejaillirait sur sa propre image, la personnalisant au gré de sa volonté (§2).

### **§1 : L'individualisation de concepts existants**

**731.** Dans la mesure où il est à l'initiative de l'apparition de nouveautés constitutionnelles<sup>912</sup> et même d'interprétations législatives, certains n'hésitent pas à qualifier le juge de co-législateur et de co-constituant allant jusqu'à le voir comme le véritable auteur de la norme constitutionnelle<sup>913</sup>. C'est sur cette vision du Conseil que s'appuie cette analyse de la jurisprudence constitutionnelle, analyse qui tentera de montrer sa capacité d'individualisation conceptuelle, tant dans la précision de l'existant (A) que dans la mise en place de concepts inédits (B).

#### **A/ La précision de l'existant**

**732.** La jurisprudence du Conseil constitutionnel est plutôt prolifique en ce qui concerne la précision des concepts constitutionnels. Tirée d'une interprétation du texte constitutionnel, qui est (comme il est généralement admis aujourd'hui suite au succès de la théorie réaliste de l'interprétation, relativement libre et surtout née d'un choix de l'interprète) la signification des mots dont sont issus les concepts du texte constitutionnel subit une redéfinition de la part du juge. Arguer d'une individualisation de la Constitution

---

<sup>911</sup> A titre d'exemple, le député Jean-Pierre Michel s'exclamait en 2000 sur les bancs de l'Assemblée nationale : « la souveraineté est ici et non à Bruxelles ou au Conseil constitutionnel ! » (voir les travaux de l'Assemblée nationale, deuxième séance du 5 décembre 2000).

<sup>912</sup> L'intégration des droits fondamentaux à sa norme de référence en est un exemple assez marquant, tout comme peut l'être l'avènement des principes et des objectifs de valeur constitutionnelle.

<sup>913</sup> « Ainsi, le juge constitutionnel serait le véritable auteur de la norme constitutionnelle. De plus, comme il est en mesure de fonder le jugement de constitutionnalité sur une double interprétation, celle qui porte sur le texte constitutionnel et celle qui est relative à la loi déférée, le voilà co-constituant et co-législateur » (cf. TROPER M., « Le réalisme et le juge constitutionnel », in *Le réalisme en droit constitutionnel*, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, juin 2007, p. 127).

oblige à considérer la faculté du Conseil constitutionnel à redessiner les contours du contenu conceptuel de la Constitution (1). Cette compétence inhérente à sa qualité d'interprète conduit à voir dans l'activité de la Haute instance une précision de l'œuvre constituante (2).

### 1. La précision du contenu conceptuel de la Constitution

**733.** A travers sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel a su monter une appétence à compléter les dispositions de la Constitution. Aussi, qu'il concrétise un droit fondamental ou bien qu'il redéfinisse une institution étatique, il offrirait à ses concepts une réalité nouvelle, réaménagée.

**734.** L'institution qui présente la meilleure capacité d'illustration semble être le Parlement. Rationalisé à l'extrême sous la V<sup>ème</sup> République, son allure de chambre d'enregistrement a plusieurs fois fait l'objet de remarques de la part de la doctrine. Et l'état du droit ne paraissait pas tempérer cette vision du Parlement français. Or, plusieurs décisions viennent remodeler cette institution en atténuant cette tendance. La célèbre décision *Blocage des prix* du 30 juillet 1982<sup>914</sup> constitue une base d'analyse intéressante. En effet, dans son onzième considérant, le juge opère un ajustement de la distinction 34–37 par lequel il confère au législateur le droit d'agir en dehors des domaines de l'article 34 de la Constitution<sup>915</sup>. Il retouche ainsi la compétence du Parlement jusque-là bornée au seul

---

<sup>914</sup> CC, n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, *Loi sur les prix et les revenus*, Rec., p. 57, JO, 31 juillet 1982, p. 2470.

<sup>915</sup> « Considérant, sur le second point, que, si les articles 34 et 37, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Constitution établissent une séparation entre le domaine de la loi et celui du règlement, la portée de ces dispositions doit être appréciée en tenant compte de celles des articles 37, alinéa 2, et 41 ; que la procédure de l'article 41 permet au Gouvernement de s'opposer au cours de la procédure parlementaire et par la voie d'une irrecevabilité à l'insertion d'une disposition réglementaire dans une loi, tandis que celle de l'article 37, alinéa 2, a pour effet, après la promulgation de la loi et par la voie d'un déclassement, de restituer l'exercice de son pouvoir réglementaire au Gouvernement et de donner à celui-ci le droit de modifier une telle disposition par décret ; que l'une et l'autre de ces procédures ont un caractère facultatif ; qu'il apparaît ainsi que, par les articles 34 et 37, alinéa 1<sup>er</sup>, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi, mais a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et conférer au Gouvernement, par la mise en œuvre des procédures spécifiques des articles 37, alinéa 2, et 41, le pouvoir d'en assurer la protection contre d'éventuels empiètements de la loi ; que, dans ces conditions, les députés auteurs de la saisine ne sauraient se prévaloir de ce que le législateur est intervenu dans le domaine réglementaire pour soutenir que la disposition critiquée serait contraire à la Constitution ».

article 34 et l'élargit au domaine réglementaire<sup>916</sup>. Ce constat suggère la réalité d'une précision casuistique effectuée par le Conseil constitutionnel puisque le champ de compétence législative de l'institution parlementaire se déduisait de l'énumération émanant de ces dispositions. La question de la compétence faisant partie de la définition d'une institution le juge modifie donc ici les limites du concept « Parlement » au moyen d'une prédication pouvant être qualifiée « d'état » pour lui apporter un complément. L'utilisation de la locution « il apparaît que » supposant l'énonciation de ce qui est, on retrouve ici un aspect syndétique inhérent à l'élocution constitutionnelle qui caractérise la performativité de la Constitution elle-même.

**735.** Dans un registre comparable, la jurisprudence sur l'incompétence négative conduit à des conclusions similaires en termes de redéfinition du Parlement par l'action individualisante du Conseil. La décision du 26 janvier 1967<sup>917</sup> prononce pour la première fois une sanction pour cette raison. Mais c'est réellement celle du 12 janvier 2002<sup>918</sup> qui donne une définition de cet élément<sup>919</sup>. C'est en particulier l'énoncé « considérant qu'il appartient au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution » qui montre un intérêt certain sur cette question. En effet, l'énonciation en « considérant » ne fait que montrer un état de chose alors que le juge ne se limite pas à une simple connaissance du texte de référence. A travers cette formulation, le juge affiche une redéfinition des contours de la compétence du législateur et par ricochet du Parlement<sup>920</sup>.

---

<sup>916</sup> D'un Parlement cantonné à un domaine restreint, il devient, sous certaines conditions, une institution bénéficiant d'un portillon de sortie. Une critique pourrait cependant être soulevée sur le fondement de l'évocation du « législateur » et non du « Parlement » par le juge. Ainsi, il serait possible d'arguer, que le législateur de la V<sup>ème</sup> République serait composé et du Gouvernement et du Parlement, tel qu'il est généralement entendu. Or, dans cette décision, le terme « législateur » est opposé à celui de « Gouvernement ». Il est donc envisageable d'en déduire une référence au seul Parlement dans ce cas.

<sup>917</sup> CC, n° 67-31 DC du 26 janvier 1967, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, Rec., p. 79, JO, 19 février 1967, p. 1793.

<sup>918</sup> CC, n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, Rec., p. 49, JO, 18 janvier 2002, p. 1053.

<sup>919</sup> Dominique Rousseau présente d'ailleurs ce paramètre comme un moyen de constitutionnalité externe de la loi touchant à la compétence du législateur (cf. ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrétien, 9<sup>ème</sup> édition, 2010, p. 137).

<sup>920</sup> Florence Galletti évoque d'ailleurs dans un article à la Revue française de droit constitutionnel que l'incompétence négative constitue une « contribution à la définition de la compétence de la Loi. De plus, elle associe le Législateur et le Parlement en énonçant que « l'incompétence négative du Législateur suppose *ab initio* qu'il y ait une compétence du Législateur, plus exactement que la Constitution ou le bloc de constitutionnalité prescrivent une compétence du Parlement » (cf. GALLETTI F., « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? Propos sur « l'incompétence négative du législateur » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 58, 2004/2, p. 397).

- 736.** Dès lors, loin de contrarier la création de la Constitution, la jurisprudence du Conseil constitutionnel offre un complément non négligeable, montrant sa participation à l'œuvre institutionnelle. Mais encore, cette collaboration ne se borne pas aux seules institutions. L'action individualisante du juge va au-delà du corps de la Constitution et contribue aussi à la réalisation des concepts des droits fondamentaux.
- 737.** Le traitement du principe d'égalité devant la loi en est un exemple marquant et se traduit par une jurisprudence évolutive et foisonnante. La première occurrence d'une précision de ce principe par le juge constitutionnel intervient en 1975 à propos de la loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale, spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale<sup>921</sup>. Ici, le Conseil présente le principe comme un obstacle à un traitement différencié des citoyens lorsqu'ils sont placés dans des situations identiques (cons. 4 et 5). Cette opération va se répéter avec une énonciation comparable, au fur et à mesure que les questions vont porter sur ce principe<sup>922</sup>. Puis la formulation va se fixer pour couvrir l'ensemble des cas et se retrouvera le plus souvent sous la rédaction suivante : « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit »<sup>923</sup>.
- 738.** La description énoncée dans chacun de ces énoncés tend à conférer au principe d'égalité devant la loi une forme plus complète et complexe que l'idée d'origine exprimée par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, et fait apparaître une précision casuistique du concept par l'office du juge. Ainsi, si la formule révolutionnaire

---

<sup>921</sup> CC, n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale*, Rec., p. 22, JO, 24 juillet 1975, p. 7533.

<sup>922</sup> Voir à titre d'exemple les décisions suivantes : n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, Rec., p. 31, JO, 13 juillet 1979, p. 1824 ; n° 79-112 DC du 9 janvier 1980, *Loi portant aménagement de la fiscalité directe locale*, Rec., p. 32, JO, 11 janvier 1980, p. 85 ; n° 80-120 DC du 17 juillet 1980, *Loi modifiant les articles 13, 14 et 15 de la loi d'orientation de l'enseignement supérieur du 12 novembre 1968*, Rec., p. 39, JO, 19 juillet 1980, p. 1836 ; n° 81-129 DC du 31 octobre 1981, *Loi portant dérogation au monopole d'Etat de la radiodiffusion*, Rec., p. 35, JO, 1 novembre 1981, p. 2997 ; n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, Rec., p. 18, JO, 17 janvier 1982, p. 299 ; n° 84-183 DC, 18 janvier 1985, Rec., p. 32 ; n° 85-200 DC du 16 janvier 1986, *Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité*, Rec., p. 9, JO, 18 janvier 1986, p. 920 ; n° 86-209 DC du 3 juillet 1986, *Loi de finances rectificative pour 1986*, Rec., p. 86, JO, 4 juillet 1986, p. 8342 ; n° 87-237 DC, 30 décembre 1987, *Loi de finances pour 1988*, Rec., p. 63, JO, 31 décembre 1987, p. 15761.

<sup>923</sup> C.C. n° 87-232 DC, préc., cons. 10.

laissait la place à une appréciation numérique de l'égalité devant la loi, la différence de traitement n'étant envisagée que comme une exception, la jurisprudence du juge de la Constitution en a souvent inversé la tendance. En effet, le Conseil a petit à petit brisé la signification numérique du principe en généralisant l'exception. Ainsi, il précise le concept de l'égalité numérique devant la loi en y joignant une égalité économique ou factuelle. Le libellé des considérants s'y consacrant, montre en conséquence une certaine malléabilité du principe créé par l'interprétation jurisprudentielle.

**739.** Dès lors, l'activité juridictionnelle procéderait à une précision du contenu constitutionnel, qu'il soit institutionnel ou bien qu'il traite des droits fondamentaux. Une conclusion conforterait la vision d'une Constitution qui ne serait composée que d'individus tant l'attitude de son interprète tendrait à accentuer ce phénomène. Toutefois, elle ne semble pas s'y limiter, le juge allant jusqu'à intervenir sur l'œuvre constituante elle-même.

## 2. La précision de l'œuvre constituante

**740.** Il est quelques décisions qui ont trait à la Constitution dans son ensemble, dans sa complétude comme dans sa place dans le monde qu'elle constitue. Aussi, le Conseil constitutionnel procéderait à une précision de l'ouvrage du constituant en redéfinissant son œuvre mais également sa capacité à en disposer.

**741.** Plusieurs saisines, quelles émanent des députés et sénateurs ou des présidents des Chambres parlementaires, ont conduit le juge de la rue de Montpensier à définir les contours de son office. La première à avoir marqué les esprits fut celle de 1962<sup>924</sup> dans laquelle il refuse de contrôler une loi référendaire à la Constitution. On peut d'ailleurs remarquer que l'essentiel de la décision consiste en une explication de la manière dont il appréhende sa mission, restreinte à la volonté générale issue du seul législateur parlementaire. Au terme de cette décision, il précise explicitement le concept de contrôle de constitutionnalité qui ne comprend pas celui de la loi adoptée par le souverain en personne mais seulement celle votée par le Parlement.

---

<sup>924</sup> CC, n° 62-20 DC du 06 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962, Rec.*, p. 27, JO, 7 novembre 1962, p. 10778.



742. Concernant toujours la modification de la Constitution, le Conseil constitutionnel s'est exprimé à nouveau à propos du traité de Maastricht en 1992<sup>925</sup>. Dans son considérant 45, le juge réfute la possibilité d'un contrôle de la loi de révision constitutionnelle en qualifiant le moyen d'« inopérant »<sup>926</sup>. Cette décision ne se prononce pas véritablement sur l'étendue du contrôle, quand même il serait possible de l'interpréter comme tel. Il est toutefois loisible d'y voir les prémices d'une nouvelle précision de la fonction juridictionnelle du Conseil, laquelle précision sera assurée par la décision de 2003 qui conclut « fort logiquement à son incompétence » en la matière<sup>927</sup>. En effet, dans son 2<sup>ème</sup> considérant énonçant « que l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et, lorsqu'elles lui sont déférées dans les conditions fixées par cet article, des lois ordinaires » et qu'il « ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune autre disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle »<sup>928</sup>. Il est possible de voir ici que le juge délimite strictement sa compétence, refusant la faculté de contrôler la volonté du constituant fût-il dérivé et soumis à une procédure établie par le texte fondamental.

743. La redéfinition du concept du contrôle de la constitutionnalité de la loi passe aussi par sa distanciation avec celui de la conventionalité de la loi. La décision dite « IVG » du 15 janvier 1975 présente un Conseil constitutionnel statuant encore une fois sur le sens de sa fonction. Il distingue ainsi le contrôle de constitutionnalité qu'il exerce de par son habilitation tirée de l'article 61, du contrôle de conventionalité dont il récuse la compétence « en raison de la différence de nature de ces deux contrôles »<sup>929</sup>. Le libellé de ce considérant est encore une fois explicite sur le type de considération qui guide le juge

---

<sup>925</sup> CC, n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*, Rec., p. 76, JO, 3 septembre 1992, p. 12095.

<sup>926</sup> « Considérant que l'article 54 de la Constitution, dans sa rédaction initiale comme dans son libellé issu de l'article 2 de la loi constitutionnelle du 25 juin 1992, donne uniquement compétence au Conseil constitutionnel pour contrôler si un engagement international déterminé soumis à son examen comporte ou non une clause contraire à la Constitution ; que la question posée par les auteurs de la saisine ne vise nullement le point de savoir si le traité sur l'Union européenne comporte une stipulation qui serait contraire à la Constitution ; que l'argumentation en cause est par suite inopérante ».

<sup>927</sup> Cf. LE DIVELLEC A., LEVADE A., PIMENTEL C. M., « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles », in *Contrôle de constitutionnalité et lois constitutionnelles*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 27, janvier 2010, (éd. numérique).

<sup>928</sup> CC, n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, Rec., p. 293, JO, 29 mars 2003, p. 5570.

<sup>929</sup> CC, n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, Rec., p. 671, JO, 16 janvier 1975, p. 671, cons. 6.



dans cette décision. Il s'agit une nouvelle fois de circonscrire sa compétence en redessinant les traits de son rôle<sup>930</sup>.

**744.** En outre, la désormais célèbre décision du 16 juillet 1971<sup>931</sup> étend le contrôle du juge au-delà du corps de la Constitution. L'intégration des droits fondamentaux à sa norme de référence fait évoluer son action qui, plus qu'un simple arbitrage de la répartition des compétences entre le Gouvernement et le Parlement, devient un contrôle de la conformité des lois non seulement aux articles 1<sup>er</sup> à 89, mais aussi aux principes fondamentaux reconnus par le préambule de la Constitution<sup>932</sup>.

**745.** Enfin, le Conseil constitutionnel ne se contente pas de préciser les concepts du texte suprême. Au-delà du contenu, il s'attache à définir le concept même de Constitution. Dans la même décision du 16 juillet 1971, le juge interprète de manière large le terme « Constitution » pour lui donner un sens que les rédacteurs de 1958 lui avait refusé<sup>933</sup>. Ainsi, dans son visa, le Conseil élargit le concept de Constitution en lui annexant son préambule. La formule utilisée n'est certes pas du même type que celles observées jusqu'alors, mais elle semble conduire aux mêmes conclusions. En effet, l'énoncé « vu la Constitution, et notamment son préambule », est porteur de certains marqueurs linguistiques produisant des résultats comparables. La conjonction de coordination « et » suggère en elle-même une fusion entre les deux éléments qu'elle relie de sorte que l'objet « Constitution » serait inséparable de l'objet « préambule ». Elle réaliserait par conséquent un trait d'union joignant les deux parties pour finalement n'en faire qu'une.

---

<sup>930</sup> Une circonscription de son rôle complétée en 2004 avec la décision portant sur la loi pour la confiance en l'économie numérique dans laquelle accepte un embryon de contrôle de la conventionalité de loi sous des conditions plus que restreintes (voir en ce sens la décision n° 2004-496 du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rec., p. 101, JO, 22 juin 2004, p. 11182).

<sup>931</sup> CC, n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association*, Rec., p. 29, JO, 18 juillet 1971, p. 7114.

<sup>932</sup> Ainsi que l'exprimait Michel Debré en reprenant les mots de Georges Vedel dans son discours de clôture du colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel « le Conseil n'est pas seulement l'arbitre des conflits entre les princes mais, comme la Cour suprême des États-Unis, le protecteur des droits du citoyen » (cf. DEBRE M., « Discours de clôture », in *50<sup>ème</sup> anniversaire du Conseil constitutionnel*, Actes de colloque, Conseil constitutionnel, 3 novembre 2008, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° Hors série, 2009, p. 88).

<sup>933</sup> Lors des travaux préparatoires de la Constitution de 1958, le Comité consultatif constitutionnel n'avait en aucun opté pour une valeur juridique du Préambule. Le concept de Constitution qui devait servir de référence au Conseil constitutionnel commençait à l'article 1<sup>er</sup> pour finir au dernier (voir la séance du Comité consultatif constitutionnel, 9<sup>ème</sup> séance, 7 août 1958, *Documents pour servir l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. II, Paris, La Documentation française, 1998, P. 254-257).

746. Mais c'est surtout l'adverbe « notamment » qui enfonce le clou. Celui-ci intègre en son sein un focus sur un détail de l'objet auquel il se rapporte. Il met en exergue la « partie » du « tout » que représente le mot qu'il précède. Ainsi, le préambule serait mis en avant comme un élément constitutif de la Constitution de laquelle il ne pourrait être séparé. Autrement dit, le terme « Constitution » ne saurait être compris autrement que comprenant le préambule et le corps du texte. Ici le juge innove en mettant l'accent sur un détail du concept « Constitution » dont celui-ci n'était préalablement pas pourvu<sup>934</sup>. Il confère un nouveau sens au mot lui-même, un sens qui a des conséquences sur l'objet qu'il engendre<sup>935</sup>. Il procède ainsi sous la plume de Michel Troper à une « construction de la Constitution »<sup>936</sup>.

747. Cette aptitude du Conseil constitutionnel à opérer une précision de la Constitution participe d'une conception individualisée de celle-ci. Si elle doit se lire telle qu'interprétée par son lecteur authentique, il semble que l'individualisation jurisprudentielle force le trait de celle produite par le constituant. D'autre part, elle conduit à envisager une interdépendance entre l'effectivité de la matière constitutionnelle et son caractère individualisé. En effet, lorsque la Constitution n'a pas déterminé les contours des éléments composant son monde de manière à suffisamment délimiter l'action du Législateur, la Haute instance procède à l'individualisation nécessaire à l'effectivité de cet encadrement. Une vision en ce sens est ainsi confortée par le fait que le juge s'appliquerait à compenser certaines généralités accidentelles dont l'incidence a pu y échapper au constituant. L'activité juridictionnelle peut alors être considérée comme un indice supplémentaire d'une performativité constitutionnelle ne faisant advenir que des institutions et des concepts singuliers.

748. Dès lors, l'activité juridictionnelle contribue à la création constitutionnelle par la précision du texte de référence et des concepts qu'il contient. De cette manière elle tendrait à confirmer une analyse individualiste de la Constitution, voire même du langage

---

<sup>934</sup> L'absence de valeur juridique du préambule avant cette décision fatidique a été largement relayée par la doctrine. Voir par exemple CHAMPEIL-DESPLATS V., « Le Conseil constitutionnel, protecteur des droits et libertés ? », *CRDF*, n° 9, 2011, p. 11 ; « Les missions du Conseil constitutionnel », *source* Service du Conseil constitutionnel, 2005, p. 1.

<sup>935</sup> Il faut rappeler ici la corrélation entre la *sui-référence*, caractère inhérent à la performativité du langage et l'œuvre créée par l'action qu'il effectue (*cf. supra*).

<sup>936</sup> Pour lui, « le Conseil constitutionnel français offre un parfait exemple d'une telle construction de la constitution lorsqu'il décide en 1971 que le préambule et tous les documents auxquels se réfère ce préambule font partie du « bloc de constitutionnalité », c'est-à-dire de la constitution, qu'ils sont constitutifs de la constitution ou encore qu'ils sont la constitution » (*cf. TROPER M., Le droit et la nécessité, op. cit.*, p. 166).

constitutionnel, ici juridictionnel, en ce qu'il intensifie la singularisation de l'existant et conforte les concepts constitutionnels dans leur individualité propre. Cependant, cette mise à jour ne semble pas être la seule manière pour le juge d'agir sur le monde établi par la Constitution puisque les Sages de la rue de Montpensier ne semblent pas se limiter à une précision casuistique mais viennent aussi compléter le texte au moyen d'« individu-concepts » issus de leur cru.

### **B/ L'apport conceptuel jurisprudentiel**

**749.** L'apport conceptuel par le juge de la Constitution se caractérise par l'utilisation d'éléments qui n'existent pas dans le texte de référence, des éléments qui sont malgré tout invoqués par le Conseil et utilisés dans son office du contrôle de la loi. A l'image du Conseil d'Etat et de sa jurisprudence consacrant des principes généraux du droit, ou encore des notions autonomes issues de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, cette création se réaliserait *ex nihilo*. Ce contexte de vide juridique, non pas général ici mais particulier, suscite une interrogation au regard de la création en elle-même. Parfois dépourvue de base conceptuelle préexistante, l'individualisation de la Constitution par le juge constitutionnel s'effectuerait ainsi sur deux plans : celui du complément de l'existant (1) et celui d'un ajout pur et simple de nouveaux concepts constitutionnels (2).

#### 1. Le complément de l'existant

**750.** Le Conseil constitutionnel dispose d'un panel particulièrement large concernant la protection des droits fondamentaux. Mais il arrive que son interprétation dépasse le donné constitutionnel et vienne enrichir une catégorie conceptuelle spécifique dans le but fonder sa décision.

**751.** Un des plus marquants se trouve être l'avènement des principes à valeur constitutionnelle. En premier lieu, ces principes peuvent résulter d'une interprétation sans audace du Conseil qui se borne à rappeler que tel droit contenu dans le préambule a valeur

constitutionnelle<sup>937</sup>. Le droit de grève par exemple est reconnu comme un principe à valeur constitutionnelle alors que le Préambule de 1946 l'avait déjà hissé au rang fondamental<sup>938</sup>. De la même manière, le principe de dignité de la personne humaine est aussi directement tiré d'un énoncé constitutionnel explicite<sup>939</sup>. Si ces décisions restent d'une valeur primordiale, elles ne permettent en rien de montrer un apport spécifique. Tout au plus, elles chargeraient d'une certaine normativité les droits fondamentaux reconnus par les déclarations de droits. Elles ne représenteraient donc qu'une affirmation de l'existant à travers son application et non une création, les faisant passer du statut de principe à celui de règle.

**752.** Mais d'autres principes à valeur constitutionnelle sont créés sans qu'ils n'aient de référence explicite dans le texte constitutionnel. Par exemple, si la décision du 25 juillet 1979 réaffirme le droit de grève, elle met aussi en place celui de la continuité du service public<sup>940</sup>, et ce, sans base textuelle autre que le renvoi aux lois qui réglementent le droit de grève. D'autre part, d'autres principes suivent le même chemin de la constitutionnalisation *ex nihilo* comme par exemple le principe de la dignité de la personne humaine déduit de la volonté exprimée de s'opposer aux régimes « qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine »<sup>941</sup>, ou celui de la liberté d'entreprendre issu d'une déclinaison de la liberté inscrite à l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de

---

<sup>937</sup> Ces décisions intervenant après celle de 1971 qui donne une valeur constitutionnelle générale au préambule de la Constitution de 1958, affirmer par la suite que les principes qu'il contient ont valeur constitutionnelle ne fait office que de répétition et non de création.

<sup>938</sup> S'il était déjà considéré comme un fait établi dans la décision du 25 juillet 1979, il est expressément consacré comme tel dans celle du 22 juillet 1980 (« le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent » ; qu'en édictant cette disposition, les constituants ont entendu marquer que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle » – CC, n° 80-117 DC du 22 juillet 1980, *Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires*, Rec., p. 42, JO, 24 juillet 1980, p. 1867, cons. 4 : « considérant qu'aux termes du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958... »).

<sup>939</sup> CC, n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, Rec., p. 176, JO, 21 janvier 1995, p. 1166, cons. 6 : « considérant qu'il ressort également du Préambule de la Constitution de 1946 que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle ».

<sup>940</sup> « ...la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle » (CC, n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, Rec., p. 33, JO, 27 juillet 1979, cons. 1).

<sup>941</sup> « ...qu'il en ressort que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle » (CC, n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, Rec., p. 100, JO, 29 juillet 1994, p. 11024, cons. 2).

1789<sup>942</sup>. Ils acquièrent ainsi une valeur constitutionnelle dont ils ne bénéficiaient pas jusque-là.

**753.** Le Conseil montre ici sa capacité à compléter la catégorie des principes à valeur constitutionnelle en créant des concepts fondamentaux en dehors du droit existant, lesquels sont par la suite utilisés de manière effective au contentieux, les réalisant du même coup. Au-delà, le concept même de principe à valeur constitutionnelle qui sert d'instrument de garantie des droits ne figure pas dans le texte constitutionnel. Il est alors loisible de considérer que le juge de la constitutionnalité des lois a procédé à une création complète d'un individu-concept dépourvu de base textuelle explicite. Le fait qu'il recoupe à la fois des principes existant sans l'intervention du Conseil et d'autres qui lui doivent leur naissance, permet d'envisager une création jurisprudentielle du concept même de principe à valeur constitutionnelle.

**754.** Un autre type de principe contribue encore à montrer la propension du juge constitutionnel à compléter l'ensemble constitutionnel : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Dès la décision charnière du 16 juillet 1971, le Conseil dégage des concepts sur le fondement d'une simple citation dans le Préambule de 1946. Par une énonciation constatative, le juge indique « qu'il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association » dans la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République<sup>943</sup>. Il en délivrera dix autres au moyen de formulations différentes mais conservant leur caractère créatif<sup>944</sup>. Là encore, le caractère original de l'objet créé présente une fois de plus le Conseil comme un créateur non seulement de droit constitutionnel mais aussi de concepts d'aucune autre sorte. Surtout, ils ne font pas partie

---

<sup>942</sup> « ... que la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre » (CC, n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, Rec., p. 18, JO, 17 janvier 1982, p. 299, cons. 16).

<sup>943</sup> « Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association ; que ce principe est à la base des dispositions générales de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association » (CC, n° 71-44, cons. 2).

<sup>944</sup> A titre d'illustration : « le respect des droits de la défense, tels qu'ils résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (CC, n° 76-70 DC, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*, Rec., p. 39, JO, 7 décembre 1976, p. 7052) ; « la liberté individuelle constitue l'un des principes fondamentaux garantis par les lois de la République » (CC, n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*, Rec., p. 33, JO, 13 janvier 1976, p. 344) ; la liberté d'enseignement « constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République » (CC, n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1<sup>er</sup> juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement*, Rec., p. 42, JO, 25 novembre 1977, p. 5530).

du panel normatif mis à la disposition du juge pour assurer son contrôle de la constitutionnalité de la loi car, bien qu'ils soient cités dans le Préambule de 1946, leur identification, et donc leur individualisation, dépend de leur utilisation par la Haute instance. Aussi, dans sa décision de 2013 concernant la loi relative au mariage pour tous, le juge a-t-il pu considérer que la nature hétérosexuelle du mariage ne pouvait constituer un principe fondamental reconnu par les lois de la République<sup>945</sup>. Il révélerait ici sa mainmise sur ce type de concept qui n'est en définitive le résultat que d'une construction logique<sup>946</sup>.

755. Cependant, si le complément de l'être constitutionnel suppose que le juge constitutionnel élabore des concepts individualisés *ex nihilo*, il semble qu'ici ce ne soit pas tout à fait le cas. Ainsi, le Conseil s'appuie sur une base conceptuelle explicite, l'expression de « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » figurant *in extenso* dans le texte de la Constitution. Il paraît donc inconcevable de voir ici, à l'initiative du juge, autre chose qu'une précision conceptuelle par une définition détaillée de leur contenu. L'interprétation, certes créatrice, ne présente dans ce cas qu'une individualisation<sup>947</sup>. Une telle analyse conforterait une nouvelle fois l'hypothèse d'une Constitution qui ne serait qu'individualisée, tant l'activité du Conseil constitutionnel viendrait compléter des dispositions présentes dans le texte fondamental mais n'aurait pas bénéficié d'une précision suffisante à leur effectivité.

---

<sup>945</sup> « Considérant, en deuxième lieu, que la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ; que, si la législation républicaine antérieure à 1946 et les lois postérieures ont, jusqu'à la loi déferée, regardé le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, cette règle qui n'intéresse ni les droits et libertés fondamentaux, ni la souveraineté nationale, ni l'organisation des pouvoirs publics, ne peut constituer un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de 1946 ; qu'en outre, doit en tout état de cause être écarté le grief tiré de ce que le mariage serait « naturellement » l'union d'un homme et d'une femme » (CC, n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, *Rec.*, p. 721, JO, 18 mai 2013, p. 8281, cons. 18).

<sup>946</sup> On pourra ici s'appuyer sur une affirmation en ce sens dans les propos de Julien Jeanneney, lequel déterminera que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République « ne renseignent en rien sur les limites de cette fondamentalité (cf. JEANNENEY J., *Les lacunes constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 174). Ceci est d'autant plus justifié que le Conseil constitutionnel y inclut parfois des principes assez surprenants comme celui du maintien de la législation spéciale de l'Alsace et de la Lorraine (CC, n° 2011-157 QPC du 5 août 2011, *Société SOMODIA*, *Rec.*, p. 430, JO, 6 août 2011, p. 13476). Mais cette décision se caractérise surtout par son opportunité plus qu'une volonté de protéger des droits et libertés présents dans la Constitution. Si la construction est régulièrement mise au premier plan, elle reste néanmoins stratégique.

<sup>947</sup> Pierre de Montalivet évoque d'ailleurs les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République comme exemple d'une création issue d'une interprétation d'un énoncé. (cf. MONTALIVET (de) P., « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *in* Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, juin 2006, p. 171).

756. Une fois de plus, l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle conforte à l'hypothèse d'une Constitution individualisée. Dans l'optique d'une effectivité accrue de sa norme de référence, il n'hésite pas à faire émerger des individus conceptuels non expressément prévus. Cette création fait ici advenir, non pas des régimes juridiques à l'intérieur desquels le Législateur pourrait se mouvoir selon une liberté limitée par des valeurs éthiques, mais fait apparaître de nouveaux éléments du monde. De plus, ces concepts peuvent être appréhendés comme tels, si bien que seule leur précision justifierait qu'on y revienne. En tant que compléments de l'œuvre constitutionnelle, ils permettent ainsi de confirmer son individualité au regard d'une nécessaire cohérence de nature entre le fait du constituant et celui de son interprète. A ce titre, il ne peut déduire de la Constitution que ce qu'elle ne peut donner. Dans l'éventualité contraire, le résultat de l'office de la Haute instance ne pourrait s'apparenter qu'à une qualification du fait du Législateur et à son intégration dans le système de cause et de conséquences de la règle qui lui est opposée<sup>948</sup>. Ce ne semble pas être le cas ici. Aussi, la création d'individu-concepts au sein même de principes constitutionnels contribuerait à voir dans la Constitution une somme d'individus et contesterait sa supposée généralité.

757. Le contexte nihiliste qui précède la création de ces principes constitue une donnée majeure à la détermination d'une création de ceux-ci en tant que compléments de l'être constitutionnel existant. Ainsi, l'absence de base textuelle, quand bien même ils seraient issus d'une interprétation extensive de certaines dispositions constitutionnelles, fait l'unanimité. Dès lors, la jurisprudence du Conseil constitutionnel à travers l'apport qu'elle offre aux droits fondamentaux marque ces concepts d'une nécessité d'être toujours précisés un peu plus. Mais si certains critères peuvent être dégagés *a posteriori*, il est impossible de procéder à une formalisation concrète de ces concepts du fait que le juge de la loi garde la totale maîtrise de leur définition. Une conclusion qui conduit inévitablement à porter un regard sur la propension des Sages de la rue de Montpensier à ajouter au texte constitutionnel.

---

<sup>948</sup> Ceci supposerait toutefois une confusion entre la nature du principe et celle de la règle. Or, les principes fondamentaux ne peuvent être assimilés à des règles au regard de leur nature nébuloïde.



## 2. L'ajout de nouveaux concepts

**758.** L'ajout du Conseil constitutionnel s'observerait autour des concepts assez vagues mais dont on ne trouve aucune trace dans la Constitution. Comptent parmi eux des concepts que le juge nomme « objectifs de valeur constitutionnelle », ou encore les « principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » qu'il oppose à l'avancée européenne.

**759.** S'agissant des objectifs, la première occurrence intervient le 27 juillet 1982, dans une décision relative à la loi sur la communication audiovisuelle par laquelle il énonce que la liberté de communication doit être conciliée avec « les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auquel ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte »<sup>949</sup>. Il en énoncera d'autres dans plusieurs décisions suivant une formule relativement similaire<sup>950</sup>. Certains assimilent la découverte d'un objectif de valeur constitutionnelle à celle d'un « objectif d'intérêt général » et justifie ce lien par la mise en corrélation des décisions n° 90-274 DC et n° 94-359 DC faisant découler un droit au logement d'un « but d'intérêt général »<sup>951</sup> dans la première et d'un « objectif de valeur constitutionnelle »<sup>952</sup> dans la seconde<sup>953</sup>.

**760.** S'il est possible de leur renier une certaine réalité, du point de vue de la brume qui les entoure<sup>954</sup>, il ne faut pas oublier qu'ils sont parfois invoqués fréquemment et avec

---

<sup>949</sup> CC, n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, Rec., p. 48, JO, 27 juillet 1982, p. 2422, cons. 5.

<sup>950</sup> A titre d'exemple, voir CC, n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, Rec., p. 78, JO, 13 octobre 1984, p. 3200.

<sup>951</sup> CC, n° 90-274 DC du 9 mai 1990, *Loi visant à la mise en œuvre du droit au logement*, Rec., p. 61, JO, 1<sup>er</sup> juin 1990, p. 6518, cons. 13. Néanmoins le juge évoque « une exigence d'intérêt national » qui est parfois transformée en « but d'intérêt général » par les commentateurs de cette décision. A leur décharge, si l'intérêt général et l'intérêt national se recoupent plus que largement, il semble que le but et l'exigence renferment tous deux une approche téléologique permettant la comparaison.

<sup>952</sup> CC, n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, Rec., p. 176, JO, 21 janvier 1995, p. 1166.

<sup>953</sup> Cf. DRAGO G., *Contentieux constitutionnel français*, Paris, P.U.F., Thémis droit, 2<sup>ème</sup> édition, 2006, p. 289.

<sup>954</sup> Cette idée de création d'objets flous que sont les objectifs de valeur constitutionnelle par le contrôleur de la loi est défendue en partie par Pierre de Montalivet qui, même s'il tend à nuancer ces propos en associant cette création à une interprétation, consent à ne voir aucune base textuelle explicite. De plus, il met en avant « l'ambivalence, l'incohérence et l'incertitude » des objectifs de valeur constitutionnelle, empêchant



insistance, jusque dans le contentieux *a posteriori*. Le plus célèbre d'entre eux, relatif à l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi est utilisé par le Conseil dans bon nombre de décisions dans le cadre du contrôle *a priori* comme de celui de la question prioritaire de constitutionnalité<sup>955</sup>. Dégagé pour la première fois lors de la décision du 16 décembre 1999<sup>956</sup>, il sert notamment aujourd'hui d'arme privilégiée dans la lutte contre les cavaliers<sup>957</sup> ou encore contre l'a-normativité de la loi. Il faut alors leur reconnaître une certaine réalité, malgré un certain degré d'imprécision qui ne peut être relativisée qu'au terme d'une analyse casuistique poussée. En tout état de cause, ils constituent un ajout indéniablement au bloc de constitutionnalité de par leur inexistence préalablement à leur utilisation.

**761.** Au-delà des objectifs de valeur constitutionnelle, une autre création d'individu-concepts voit le jour dans la jurisprudence du Conseil dans ses rapports avec les normes européennes. La décision sur les droits d'auteur fait apparaître un nouveau principe « inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »<sup>958</sup>, principe inédit au panthéon constitutionnel français. Si la création paraît évidente, il est intéressant d'analyser ici aussi la manière dont il est apparu. Remplaçant la « disposition expresse de la Constitution » qui servait jusqu'alors de frein à l'intégration du droit européen dans l'ordre juridique français, le juge de la Constitution crée de toutes pièces un instrument qu'il utilisera dans son contrôle restreint de la conventionalité des lois de transposition des directives européennes<sup>959</sup>.

---

une certaine « unité » de la catégorie. (cf. MONTALIVET (de) P., « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *op. cit.*, p. 169).

<sup>955</sup> Encore que son invocabilité soit limitée à l'accessibilité et réduite au cas d'école de l'absence de version officielle en langue française (CC, n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012, *M. Christian S.*, *Rec.*, p. 636, JO, 1 décembre 2012, p. 18908, texte n° 93, cons. 1 à 4 et 12).

<sup>956</sup> CC, n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie Législative de certains codes*, *Rec.*, p. 136, JO, 22 décembre 1999, p. 19041.

<sup>957</sup> Guillaume Drago évoque d'ailleurs cet objectif à valeur constitutionnelle comme « un point culminant du recours » à ces concepts (cf. DRAGO G., *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 290).

<sup>958</sup> CC, n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, *Rec.*, p. 88, JO, 3 août 2006, p. 11541, cons 19.

<sup>959</sup> Cette affirmation se place bien évidemment dans un contexte constitutionnel uniquement français puisque le Conseil a importé cet outil de la jurisprudence de ses homologues italiens et allemands (voir le commentaire de la décision du 27 juillet 2006 aux Cahiers du Conseil constitutionnel – Cahiers n° 21, pp. 13-20).

**762.** Néanmoins, s'il constitue une base juridique de niveau constitutionnel, et ce, même dans le contentieux *a posteriori*<sup>960</sup>, il est difficile de voir précisément à quoi il correspond. En effet, quelle partie du texte constitutionnel est identifiée à travers ce vocable ? Peut-être aucune qui soit explicite, à l'image des principes et objectifs de valeur constitutionnelle. Certains ont toutefois tenté de déterminer un contenu à ces principes. Edouard Dubout, outre le fait qu'il y perçoit une nature plus « fonctionnelle » que « conceptuelle »<sup>961</sup>, semble associer ces principes à travers la définition de l'identité constitutionnelle, à une certaine supra-constitutionnalité<sup>962</sup>. De même l'institution du Conseil constitutionnel elle-même fait état d'un début de définition de ce que seraient les principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France. Selon les commentateurs de la décision n° 2008-564, la laïcité en ferait partie<sup>963</sup>. En allant plus loin, il semble envisageable d'y voir le pendant national de ce que le droit de l'Union européenne appelle « l'identité nationale des Etats »<sup>964</sup>. Quoiqu'il en soit, le Conseil ajoute un concept nouveau mais une nouvelle fois à géométrie variable.

**763.** Par conséquent, le Conseil constitutionnel s'affirme comme un créateur de concepts individualisés, que ce soit en précisant ceux déjà existant et établis par la Constitution, ou bien en développant une jurisprudence qui met en place des concepts nouveaux qui ne sont pas présents dans le texte qui lui sert de référence. De cette manière, il perpétue l'œuvre constitutionnelle en la consacrant comme un monde peuplé uniquement d'individus aux propriétés propres et distinctes d'autres occurrences potentielles. Cependant, son activité créatrice ne semble pas s'arrêter là. La performativité du langage utilisé par les sages de la

---

<sup>960</sup> *i.e.* CC, n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010, *M. Kamel D.*, *Rec.*, p. 406, JO, 19 décembre 2010, p. 22373, texte n° 49, cons. 3 et 4.

<sup>961</sup> Ce qui pour lui fait une différence en terme de définition du contenu. Il distingue la notion « fonctionnelle » de la notion « conceptuelle » en ce que la seconde aurait un contenu clairement identifié *a priori* qui prédétermine son utilisation », tandis que la première ne serait au contraire « identifiée matériellement qu'*a posteriori* en fonction de son utilisation » (*cf.* DUBOUT E., « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité », *RFDC*, n° 83, 2010/3, p. 455).

<sup>962</sup> *Ibid.*, *passim*.

<sup>963</sup> « Le Conseil constitutionnel a toutefois réservé l'hypothèse où la directive serait contraire à une règle ou à un principe « inhérent à l'identité constitutionnelle de la France », par exemple, le principe de laïcité. » (Voir en ce sens le commentaire de la décision n° 2008-564, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008, p. 94-105).

<sup>964</sup> Voir en ce sens l'art. 6, §3, TUE dans lequel le traité constitutionnel disposait que l'Union était respectueuse de « l'identité nationale des ses États membres ». Le traité de Lisbonne le modifiant se verra plus précis en stipulant dans son article 4, § 2, TUE que « l'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles » (voir sur ce sujet LEVADE A., « Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles et droit européen – l'intuition d'une piste à explorer », *in* Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, janvier 2010, (éd. numérique)).

rue de Montpensier concourt à une définition des contours de sa personnalité. Aussi, il procéderait à une individualisation de son image.

## **§2 : La personnalisation du Conseil constitutionnel**

**764.** Les travaux de Judith Butler sur la performativité du langage ont révélé la capacité des individus à se créer ou recréer eux-mêmes par le fait de dire. De cette manière, ils façonnent une représentation de leur propre personne, laquelle deviendrait aux yeux des autres la réalité de ce qu'ils sont<sup>965</sup>. Il est ainsi possible de déduire une action langagière en ce sens de la part du Conseil constitutionnel. Il procéderait alors à une individualisation de sa propre institution par le truchement d'une énonciation particulière faisant apparaître son ambiguïté. Aussi, à l'image du Sphinx androgyne installé en 1965 par Gaston Palewski sur le fronton du bâtiment du Conseil, cette institution se caractériserait par une double personnalité dont elle s'affuble elle-même : celle du juge (A), que l'on cherche parfois à lui renier, et celle du conseiller du souverain (B), une posture adoptée dans le but de palier à son manque de légitimité.

### **A/ Une personnalisation en tant que juge**

**765.** Si l'expression de « juge constitutionnel » est aujourd'hui répandue dans tous les discours, ce n'était pas une évolution envisagée à l'origine. En effet, succédant au comité consultatif constitutionnel de la IV<sup>ème</sup> République qui n'avait aucun des traits d'une juridiction, il n'apparaît pas que le Conseil constitutionnel soit véritablement conçu comme une juridiction dans l'esprit de la Constitution de 1958. La tradition n'était d'ailleurs pas

---

<sup>965</sup> Judith Butler présente le performatif comme étant capable de produire des effets psychologiques sur l'interlocuteur (cf. BUTLER J., *Le pouvoir des mots, politique du performatif*, Paris, 2004, Amsterdam, p. 21). Même si elle semble déduire cette faculté d'agir par le fait de dire du niveau perlocutoire et non illocutoire du langage, elle impute la recréation de la personne de la dimension somatique du discours (p. 26). La critique de cet ouvrage formulée par Françoise Collin fait néanmoins apparaître qu'« agir comme écrire ne consiste pas à 'corriger' ce qui est mais à faire être » (cf. COLLIN F., « Judith Butler, Le pouvoir des mots : politique du performatif », in *Critiques, Travail, genre et sociétés*, 2005/2 n° 14, p. 211). Par ailleurs, Emile Benveniste, au sujet des analyses freudiennes, indique que le sujet se sert du langage et du discours pour se « représenter » lui-même tel qu'il veut se voir et tel qu'il appelle l'autre à le constater (cf. BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale, I*, Paris, Gallimard, 1966, p. 77).

d'octroyer une telle compétence à un juge<sup>966</sup>. Le libellé des articles 61 et 61-1 de la Constitution ne qualifie d'ailleurs pas le Conseil de « juge » ou encore de « juridiction » directement ou même indirectement. Aucun vocable ne permet même d'entrevoir une conception juridictionnalisée du contrôleur de la constitutionnalité de la loi. De même, l'article 62 semble conforter l'idée que le Conseil n'est pas un juge. Dans son troisième alinéa, il dispose que « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Ici, la distanciation syntaxique entre les autorités juridictionnelles – mentionnées comme un tout et non comme une simple partie – et le Conseil, suppose que l'auteur de cet alinéa a délibérément entendu extraire celui-ci du tout que constituent les « autorités juridictionnelles » et l'exclurait de cette catégorie. En outre, il ne rend que des « décisions » et non des « jugements » ou des « arrêts », ces derniers étant typiques de la décision juridictionnelle. Dernier trait caractéristique contradictoire avec la nature juridictionnelle : la composition des Conseillers. L'observation des juridictions qui entourent cette institution fait ressortir qu'elles sont toutes constituées de magistrats, ou au moins en partie, et ceci vaut aussi pour les cours constitutionnelles européennes. Or il n'en est rien au sujet du Conseil constitutionnel. Ainsi, à l'origine, il n'est aucunement un juge mais un instrument de contrôle du respect de la Constitution par le Parlement. Néanmoins, la Haute instance présente une énonciation particulière employée dans une perspective juridictionnelle (1) à l'appui de techniques propres à l'être juridictionnel (2).

### 1. Une perspective énonciative juridictionnelle

**766.** L'attitude énonciative du Conseil constitutionnel a ceci de particulier qu'elle dénote une volonté de se montrer comme une véritable juridiction à travers non seulement une réflexion sur sa place au sein d'un système juridictionnel mais aussi l'adoption d'un style de rédaction qui y serait propre.

---

<sup>966</sup> La superbe de la loi exacerbée sous cette République et les mœurs politiques classiques en termes de compétences juridictionnelles depuis la Révolution française ne permettaient pas de voir les choses autrement. Il ne servait d'ailleurs qu'à déterminer si la Constitution devait s'adapter à la loi et surtout, ses décisions n'avaient d'autorité que celle que le Parlement lui donnait en en tirant ou non les conséquences adéquates.

**767.** Aussi est-il possible de voir que la Haute instance se considère elle-même comme une « juridiction dotée de compétences variées »<sup>967</sup>. Et les Conseillers constitutionnels ne s'en cachent pas. Nicole Belloubet évoquait d'ailleurs, lors d'une conférence à Montpellier, le fait que le Conseil avait pour projet de s'affirmer comme une « Cour constitutionnelle ». Selon les propos tenus par la Conseillère constitutionnel, cette transformation devrait passer par une évolution linguistique. Elle suggérait ainsi, à titre d'exemple, la possibilité de rendre officiellement les décisions « au nom du peuple français »<sup>968</sup>. Une prédisposition en ce sens accompagnerait alors logiquement l'exposé des visas qui fait partie intégrante de l'attitude « classique » du juge tenant à fonder sa décision sur un ensemble de règle de droit. De cette manière, l'institution du Conseil constitutionnel abandonnerait sa part politique et se parerait de la robe juridictionnelle, à l'instar des juridictions administratives et judiciaires.

**768.** Un autre indice de cette volonté de ressembler à une véritable juridiction se trouverait dans l'imitation du style rédactionnel du Conseil d'Etat. La rédaction élaborée par le Conseil, décomposant ses décisions en « considérant » témoignerait de cette inclination<sup>969</sup>. Au-delà, la forme déductive syllogistique<sup>970</sup> adoptée par le Conseil constitutionnel rappelle la forme classique du raisonnement juridictionnel. En effet, si elle peut être rattachée à une logique propre à la philosophie, l'énonciation consistant à déduire une solution d'une confrontation entre un fait et une règle, ici une règle de droit, reste une opération comparable à celle d'un juge ordinaire, qu'il soit du fond ou non<sup>971</sup>.

**769.** De plus, outre la désignation explicite qui y est généralement apposée, la qualité de « jurisprudence » du Conseil constitutionnel contribue elle aussi à sa constitution en tant que juge. La décision de 1971 présente à ce titre un intérêt particulier. Grâce à celle-ci, le Conseil sort de sa torpeur pour s'ériger en défenseur des droits fondamentaux. On

---

<sup>967</sup> Voir en ce sens la présentation faite de l'institution disponible sur son site internet.

<sup>968</sup> Propos recueillis lors d'une conférence organisée à la faculté de droit de Montpellier le 7 mars 2014 et donnée par Nicole Belloubet sur le thème « le Conseil constitutionnel, une cour suprême ? ».

<sup>969</sup> Ou bien est-ce tout simplement dû au fait que le siège de secrétaire général au Conseil constitutionnel est occupée par des anciens Conseillers d'Etat, ayant l'habitude de rédiger ainsi. Dans tous les cas, l'effet est le même.

<sup>970</sup> Pour un exposé détaillé, voir VIALA A., *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 22.

<sup>971</sup> Il va sans dire que la nouvelle mouture des décisions du Conseil constitutionnel, conformément à la volonté de son Président de démocratiser leur rédaction, ne remet pas en cause l'approche syllogistique du raisonnement proposé (voir en ce sens CC, n° 2016-539 QPC du 10 mai 2016, *Mme Eve G.*, JO n° 110, 12 mai 2016, texte n° 38 ; n° 2016-540 QPC du 10 mai 2016, *Société civile Groupement foncier rural Namin et Co*, JO n° 110, 12 mai 2016, texte n° 39).

s'accorde d'ailleurs volontiers à voir dans cet événement la consécration d'une nouvelle casquette pour la Haute instance : celle du juge. De cette manière, l'énonciation audacieuse interprétative audacieuse qui ressort de cette décision ajouterait à la considération juridictionnelle de la Haute instance en ce qu'il s'afficherait explicitement comme un défenseur des droits du peuple. Il deviendrait alors autre chose qu'un organe politique en édifiant une nouvelle représentation de son institution. Son érection au rang de défenseur des droits se fait de manière évidente par une volonté arbitraire du Conseil de se définir comme tel. En modifiant son contrôle, il révisé son image et s'affiche comme le juge des droits de l'Homme. Plus encore, son intention de s'affirmer en tant que cour constitutionnelle s'exprimerait par le développement d'un « contrôle de la fondamentalité »<sup>972</sup>.

**770.** Si ce contrôle débute de manière évidente le 16 juillet 1971, il semble être basé sur une comparaison avec les cours constitutionnelles étrangères européennes. En effet, les juges allemands, espagnols et italiens, pour ne prendre qu'eux en exemple, se caractérisent par une jurisprudence marquée par la défense des droits fondamentaux garantis par les Constitutions et Lois fondamentales dont ils ont la charge. Ainsi, que ce soit par le type de recours (*i.e.* l'Amparo espagnol), ou les jugements les plus célèbres (la jurisprudence So Lange de la Cour de Karlsruhe), les droits des citoyens semblent être au cœur de ce qui constitue l'office d'une cour constitutionnelle. Dès lors, le juge français ne paraît plus faire exception, et ce, même lorsque son contrôle a des aspects très techniques<sup>973</sup>.

---

<sup>972</sup> Voir en ce sens la conférence donnée par Nicole Belloubet précitée. D'autres comme Luc Heuschling définissent quant à eux, une justice constitutionnelle *strictissimo sensu* par l'exercice d'un contrôle de la constitutionnalité des lois à travers trois paramètres : la Constitution comme norme de référence, la loi comme objet du contrôle, l'annulation ou la non application de la loi comme sanction (*cf.* HEUSCHLING L., « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Epistémologie d'une distinction théorique », in *La notion de « justice constitutionnelle »*, GREWE C., JOUANJAN O., MAULIN E., et WACHSMAN P. (dir.), Actes du colloque, 16 et 17 janvier 2004, Institut de recherches Carré de Malberg, Strasbourg, Paris, Dalloz, 2005, p. 88). En outre, la question de la fondamentalité ne participe pas d'une spécificité de la justice constitutionnelle au regard du système de filtrage qui crée une sorte de jurisprudence constitutionnelle des juridictions ordinaires (*ibid.*, p. 109), ce qui renvoie à l'idée que le Conseil pourrait n'être qu'une autorité de conseil spécialisé dans les questions constitutionnelles. Néanmoins, certains évoquent cependant l'idée d'une « subsidiarité fonctionnelle » des juridictions ordinaires accordant au Conseil constitutionnel un rôle juridictionnel qui rejaillirait d'en bas (*cf.* SCHLAICH K. & KORIOH S., *Das Bundesverfassungsgericht*, Munich, Beck, 6<sup>ème</sup> édition, 2004, p. 16).

<sup>973</sup> La décision du 19 décembre 2013 relative à la loi de financement de la sécurité sociale illustre cela. Les requérants faisaient état d'une inconstitutionnalité de la loi sur la base d'une « espérance légalement acquise » fondée sur la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et le Conseil s'est emparé de ce moyen pour compléter son office de la fondamentalité (CC, n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*, *Rec.*, p. 1094, JO, 24 décembre 2013, p. 21069).

771. L'attitude énonciative du Conseil constitutionnel révélerait donc sa volonté de se constituer en tant que juge à part entière aux yeux de tous. Mais ce constat semble être corroboré par une *praxis* particulière tenant à l'utilisation de techniques juridictionnelles.

## 2. L'utilisation de techniques juridictionnelles

772. Voir dans l'activité du Conseil constitutionnel une volonté de s'afficher telle une juridiction à part entière suppose de retrouver chez ce dernier une politique juridictionnelle. Ainsi, plusieurs instruments propres à l'acte de juger semblent être employés par la Haute instance.

773. Tout d'abord, il est indéniable que le Conseil s'adonne à une sorte de qualification juridique des faits dans son approche syllogistique. Il suffit de lire une décision pour s'apercevoir que l'argumentation du Conseil constitutionnel contient toujours un considérant procédant à cette qualification. Il est plus que rare qu'une institution autre que juridictionnelle s'adonne à ce genre de pratique et cette activité est propre à l'institution du juge de quelque nature qu'il soit<sup>974</sup>. Or, si le fait législatif est avéré alors que la Haute instance examine le texte de loi après sa mise en vigueur, il est difficile d'être aussi catégorique, alors que la loi n'est encore qu'à l'état de projet. Cela n'empêche toutefois pas de remarquer que cette technique juridictionnelle serait d'une certaine manière adaptée. Il est ainsi possible de mettre en lumière une qualification juridique des faits en ce que le Conseil, après avoir établi que le principe d'égalité ne faisait pas obstacle à ce que des situations différentes fassent l'objet de solutions différentes, subsume le régime juridique du texte de loi qui lui est soumis sous son interprétation de l'égalité devant la loi et les charges publiques<sup>975</sup>.

774. Un autre facteur de la transformation personnelle du Conseil en tant que cour constitutionnelle : la décision *Interruption Volontaire de Grossesse* de 1975. Ce dessein presque inavoué se ressent dans le fait qu'il refuse de juger de la conformité de la loi à une

---

<sup>974</sup> Dominique Rousseau l'expose de manière très pertinente dans ses Prolégomènes à l'étude de l'identité constitutionnelle : « qu'est-ce, en effet, que la qualification juridique des faits sinon l'intervention du juge pour donner une qualification à des faits qui ne l'avaient pas au départ... » (cf. ROUSSEAU D., « Prolégomènes à l'étude de l'identité constitutionnelle », in *Le droit constitutionnel normatif, développement récents*, BEN ACHOUR R. (dir.), Bruylant, 2009, p. 21).

<sup>975</sup> CC, n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, Rec., p. 31, JO, 13 juillet 1979, p. 1824, cons. 4.



convention internationale en déclarant que « le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55 de la Constitution ne saurait s'exercer dans le cadre de l'examen prévu à l'article 61, en raison de la différence de nature de ces deux contrôles ». Ce contraste tendrait à montrer que le Conseil constitutionnel ne se considère pas comme un juge ordinaire mais bien comme une institution spécialisée dans les questions uniquement constitutionnelles, renvoyant implicitement celles de la conventionalité de la loi aux juridictions ordinaires.

**775.** Mais cette fin de non recevoir laisse imaginer qu'elle ne se réduit qu'à la différence de nature des contrôles de la conventionalité et de la constitutionnalité de la loi, sans opposer une différence de nature entre les institutions juridictionnelles ordinaires et celle du Conseil constitutionnel. Au contraire, elle tendrait plutôt à mettre l'accent sur la différence de nature du seul contrôle, à l'exclusion d'une éventuelle différence de nature entre les institutions elle-même. Aussi, le focus énonciatif étant porté sur l'essence du contrôle et le silence étant de mise concernant les qualités institutionnelles, il est possible de voir ici une volonté de se positionner sur le même plan que les juridictions ordinaires. En outre, la comparaison, si elle reste tout de même liée à l'objet de la requête, présagerait d'un point de vue allant dans le sens d'une identité de nature entre l'institution du Conseil constitutionnel et celle des juges administratifs et judiciaires. La distinction ne se fonderait alors que sur une considération matérielle et non institutionnelle. Cette marque comportementale, si elle peut se justifier par une tentative de ne pas encombrer le contentieux constitutionnel, dévoilerait alors l'intention du contrôleur de la loi de faire en sorte d'être vu aux yeux de tous comme un juge de la seule constitutionnalité, corroborant l'affirmation de Nicole Belloubet concernant la volonté du Conseil de s'ériger comme une Cour constitutionnelle.

**776.** De plus, il est enfin loisible d'observer une certaine continuité dans les décisions du Conseil constitutionnel. Les propos de Dominique Schnapper lors d'une conférence font d'ailleurs état d'une logique en ce sens<sup>976</sup> et renvoyant à la notion de « précédent » très usitée dans les pays de Common Law. Si elle existe chez les juges administratifs et judiciaires français à travers l'idée de jurisprudence, il semble qu'elle puisse aussi être retenue comme un élément déterminant dans la prise de décision lors des délibérations au

---

<sup>976</sup> Cf. SCHNAPPER D., « Une sociologue au Conseil constitutionnel », Conférence donnée à la faculté de droit de Montpellier le 5 avril 2011.



Conseil<sup>977</sup>. Or, aucune référence dans aucun texte n'est faite sur ce point. Les neuf sages ont délibérément utilisé cette méthode dans le but de conférer une certaine cohérence à leur contrôle. On remarque d'ailleurs très bien que nombre de décisions tiennent compte de décisions ayant un objet comparable, que ce soit dans la reprise de formulations identiques ou quasi identique<sup>978</sup> ou même dans la référence directe à une autre décision (que ce soit la sienne ou celle d'un de ses « homologues » européens)<sup>979</sup>. Ainsi, la prise en compte d'un précédent par une autorité participe, de part la nature essentiellement juridictionnelle de cette méthode<sup>980</sup>, de son auto-constitution en tant que juge.

777. Enfin, la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité par la réforme de juillet 2008 a offert son lot d'occasions au Conseil pour exacerber sa posture juridictionnelle. La gestion de l'abrogation de la loi a ainsi obligé la Haute instance à dégager des régimes transitoires, en particulier au regard des effets de la loi abrogée dans le temps. Cette circonstance implique *de facto* la prise en compte du concret – dans une certaine mesure – et notamment des conséquences d'une postactivité<sup>981</sup> ou d'une rétroactivité<sup>982</sup> des effets issus de l'abrogation de la loi. Une pratique qui n'est pas sans rappeler la jurisprudence *AC!* du Conseil d'Etat par laquelle le juge administratif avait opéré une modulation des effets d'une annulation dans le temps<sup>983</sup>. Une comparaison qui force le trait d'un Conseil constitutionnel prompt à porter la robe du juge et à se hisser de lui-même au rang de « Cour constitutionnelle ». Aussi, s'il n'en n'est pas vraiment une, l'apparence fera qu'il sera considéré comme telle.

---

<sup>977</sup> Le souci du Conseil concernant le précédent s'est manifesté très tôt lors des délibérations Voir en ce sens RICHAUD C., « Présence et perspectives de l'argument du précédent dans les délibérations du Conseil constitutionnel », VIII<sup>ème</sup> Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Nancy, 16-18 juin 2011.

<sup>978</sup> La jurisprudence sur les cavaliers en est un exemple frappant, tant les formules énonciatives qui caractérisent les cavaliers législatifs se ressemblent. Celles concernant le contrôle de la conventionalité de la loi et le contrôle des lois constitutionnelles en sont d'autres.

<sup>979</sup> Pour un exposé complet de l'utilisation du précédent par le Conseil constitutionnel, voir RICHAUD C., *La notion de précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse dact., Montpellier I, 2016.

<sup>980</sup> Elle caractérise notamment les juridictions anglo-saxonnes et les droits essentiellement jurisprudentiels. Le Conseil d'Etat français et les juges anglais et américains l'utilisant de manière récurrente, son essence juridictionnelle semble incontestable.

<sup>981</sup> Une solution adoptée s'agissant en particulier des situations contractuelles selon une philosophie respectueuse d'une « pérennité contractuelle » (cf. GAHDOUN P.-Y., « L'émergence d'un droit transitoire constitutionnel », *RDP*, n° 1, 1<sup>er</sup> janvier 2016, pp. 178 et s.).

<sup>982</sup> Pierre-Yves Gahdoun a d'ailleurs proposé une analyse de cette question en estimant que le juge constitutionnel pouvait parfois « ressentir le besoin d'atteindre des actes et des faits passés » qui ont eu cours « sous l'empire de la disposition censurée ». C'est alors ici que l'abrogation suscite un certain degré de rétroactivité en ce que le Conseil « réécrit un événement passé à la lueur d'un droit qu'il aura lui-même façonné » (*ibid.*, p. 183).

<sup>983</sup> CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, *Rec.*, 197.

778. Le Conseil constitutionnel se présente donc largement à la manière d'un juge. Son attitude, son contrôle, sa manière de s'exprimer, cet ensemble d'éléments permet d'affirmer clairement que cette institution, originellement politique, s'est, au fil des années, représentée comme une véritable juridiction à la face du monde constitué<sup>984</sup>. Cependant, sa qualité de juge de la loi pose problème au regard de sa légitimité et de la vision sacralisée de loi dont il détermine la justesse. Dès lors, devant provoquer l'adhésion du souverain national, le juge de la constitutionnalité des lois tend aussi à se mettre dans la peau d'un simple conseiller afin de minimiser les réactions hostiles à son égard.

### **B/ Une personnalisation en tant que conseiller**

779. Le Conseil constitutionnel souffre intrinsèquement d'un problème de légitimité et se trouve en position d'infériorité naturelle vis-à-vis du Législateur pourvu d'une légitimité démocratique. Par ailleurs, sa dénomination en tant que « conseil » sollicite une interrogation sur ce choix terminologique plutôt que celle de « juge » ou de « cour »<sup>985</sup>. Aussi, il n'est pas rare qu'il suscite l'animosité des parlementaires mais aussi des Gouvernements qui critiquent son autorité<sup>986</sup> lorsqu'il agit de manière assez osée. Au-delà, sa qualité de juge de la loi irrite le souverain en ce qu'il dévalorise celle-ci et que ses

---

<sup>984</sup> Jonathan Culler commente la théorie de Judith Butler en faisant valoir que ce sont les actes répétés qui font que l'ont devient telle ou telle personne (cf. CULLER J., « Philosophie et littérature : les fortunes du performatif », *Littérature*, 2006/4 n° 144, p. 93). Une itérabilité que l'on retrouve chez Derrida dans son traitement de la performativité du langage (cf. DERRIDA J., *Signature Événement Contexte, Limited Inc.*, Chicago, Northwestern University Press, Gerald Graff (éd.), 1988, Weber E. (trad.), Paris, Galilée, 1990, p. 1-23). Ce serait ici, le fait d'agir de manière répétée comme un juge qui ferait du Conseil constitutionnel une juridiction à part entière aux yeux des autres.

<sup>985</sup> Un argument comparatif pourrait offrir un élément de réponse. En effet, le Conseil d'Etat tient son nom de son statut d'origine de Conseiller du pouvoir exécutif sous le I<sup>er</sup> Empire visant à apporter un soutien juridique au Gouvernement et non à véritablement juger (Voir en ce sens WEIL P. & POUYAUD D., *Le droit administratif*, Que-sais-je ?, n° 1152, P.U.F., 20<sup>ème</sup> édition, 2003, pp. 3-26). L'histoire montre que les raisons de la naissance du Conseil constitutionnel sont tout à fait comparables au Conseil d'Etat et que la dualité fonctionnelle dont ce dernier fait encore preuve en conservant son rôle d'organe technique du Gouvernement ressemble fort à l'office du Conseil constitutionnel pris dans son entièreté.

<sup>986</sup> Il arrive parfois qu'en dehors des travées du Parlement certains hommes politiques adressent une critique, voire des recommandations au Conseil constitutionnel. Patrick Devedjian par exemple s'est exprimé dans le Monde à propos de la taxe carbone en 2010, et en outre, au sujet de sa jurisprudence concernant les cavaliers. Il considère notamment aussi que la composition du Conseil « nuit à l'autorité de la décision prise par l'institution, et c'est dommage ». Mais surtout, il regrette que « sa jurisprudence sur l'annulation des "cavaliers" (amendements prétendus sans liens avec le texte de loi) a atteint des sommets. Elle est devenue systématique depuis 2006, alors que rien dans les articles 39 et 44 de la Constitution ne conduit réellement à une telle interprétation » (cf. DEVEDJIAN P., « Je souhaite que le Conseil constitutionnel soit à l'abri de tout soupçons », LE MONDE, 13 janvier 2010).

décisions seraient politiquement teintées<sup>987</sup>. Enfin, c'est le sentiment d'une impossibilité d'agir contre la décision du Conseil qui hérisse le poil des acteurs politiques<sup>988</sup>. Cependant, même s'il porte parfois fièrement l'étendard de l'autorité juridictionnelle, le Conseil constitutionnel fait en sorte, dans son énonciation, de minimiser les rapports de force avec les créateurs légitimes de la loi. Il fait alors preuve d'une réserve énonciative (1). Si l'office juridictionnel se caractérise par l'émission de commandements, il arrive qu'il masque ses injonctions sous l'artifice du conseil<sup>989</sup> traduisant un dialogue institutionnel (2). Deux exemples emblématiques permettent d'illustrer cette hypothèse : les réserves d'interprétation et l'invitation à réviser la Constitution.

### 1. Une réserve énonciative

**780.** La manière qu'a le contrôleur de la loi de présenter une alternative à sa décision semble conforter la thèse d'une approche plus suggestive que juridictionnelle. Ainsi lorsqu'il invite explicitement le souverain à passer par la voie constitutionnelle plutôt qu'ordinaire, ou bien lorsqu'il suggère une interprétation particulière de la loi, il le fait en tant que conseiller technique du Législateur.

**781.** Les décisions relatives à l'insertion des traités européens dans l'ordre juridique national en sont un exemple assez flagrant. Dans les années 90, apogée de la construction européenne, le Conseil constitutionnel s'est vu sollicité à de nombreuses reprises au sujet de la constitutionnalité de certains traités. Par un considérant récurrent, il indique que l'adoption de la loi de ratification « exige »<sup>990</sup>, « appelle une révision de la Constitution »<sup>991</sup> ou bien « n'implique pas » cette procédure<sup>992</sup>. Difficile de voir ici un commandement.

---

<sup>987</sup> « Le Conseil constitutionnel a de plus en plus tendance à vouloir faire la loi en lieu et place du Parlement » (*ibid.*).

<sup>988</sup> « Il n'y a eu aucun recours au Conseil constitutionnel contre l'amendement, et pourtant, le Conseil constitutionnel l'a annulé à l'occasion d'un examen sur une autre question... » (*ibid.*).

<sup>989</sup> Pour un exposé sur les différences entre commandement et conseil, voir BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1998, pp. 144-146.

<sup>990</sup> CC, n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne, Rec.*, p. 76, JO, 3 septembre 1992, p. 12095, cons. 52.

<sup>991</sup> CC, n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, Rec.*, p. 344, JO, 3 janvier 1998, p. 165, cons. 9 ; CC, n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Rec.*, p. 173, JO, 24 novembre 2004, p. 19885, cons. 7, 24, 27, 28, 30, 33, et al.

<sup>992</sup> CC, n° 2004-505 DC, cons. 13.

Le Conseil n'ordonne pas cette révision mais indique simplement l'acte préalable et nécessaire à accomplir pour purger le traité de son inconstitutionnalité. Ce constat ravive la position d'« aiguilleur », pour reprendre la théorie de Louis Favoreu, que prennent parfois les résidents de la rue de Montpensier. Ils ne se comportent pas ici comme des décideurs imposant une volonté au souverain mais comme un conseiller, suggérant à celui-ci une marche à suivre plus appropriée.

**782.** Une décision pose malgré tout problème. La saisine relative au traité portant Charte européenne des langues régionales ou minoritaires conclut à une déclaration de non conformité à la Constitution sans que le Conseil n'appelle le Législateur à user de la procédure de révision constitutionnelle<sup>993</sup>. Comment interpréter cette décision dans le cadre d'une analyse du côté « conseil » du contrôleur de la loi ? Certains assimilent cela à un acte de préservation de la République par le Conseil qui voit la Loi fondamentale retoquée à chaque refus de valider la loi de ratification pour cause d'inconstitutionnalité<sup>994</sup>. Et pourtant, il semble possible d'y voir un autre conseil de la Haute instance. Lorsqu'il s'exprime clairement sur la nécessité de réviser la Constitution, le Conseil informerait le souverain de son appréciation des effets bénéfiques du traité, tandis que lorsqu'il récusé implicitement cette éventualité, il énoncerait un jugement négatif à son sujet. Là encore, il paraît admissible d'identifier une telle attitude énonciative comme colorée d'une certaine réserve et procédant non pas un *commandement* mais bien à un *conseil*.

**783.** Quant aux réserves d'interprétation, leur conséquence est sans nul doute de créer du droit législatif, action qui contrarie le monopole de son édicition par le souverain national. Or, ici, il ne semble pas produire une obligation mais exposerait implicitement les bienfaits d'une interprétation vis-à-vis d'une autre. Diverses occurrences permettent de mettre en lumière cette affirmation. La décision du 30 janvier 1968<sup>995</sup> par exemple affiche une rédaction qui pourrait passer pour une obligation. L'usage répété du verbe *devoir* tend à ne faire voir autre chose qu'une exigence de la Haute instance à lire la disposition qu'il juge très générale que dans un sens, refusant qu'il n'y allât autrement<sup>996</sup>. Néanmoins, ce choix

---

<sup>993</sup> CC, n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Loi relative à la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, Rec., p. 71, JO, 18 juin 1999, p. 8964.

<sup>994</sup> Cf. CLAPIE M., « Le français restera la langue de la république » *LPA*, n° 3, 5 janvier 2000, pp. 17-18.

<sup>995</sup> CC, n° 68-35 DC du 30 janvier 1968, *Loi relative aux évaluations servant de base à certains impôts directs locaux*, Rec., p. 19, JO, 1<sup>er</sup> février 1968.

<sup>996</sup> « Considérant que les mesures d'ordre réglementaire visées par ce texte doivent être regardées comme s'appliquant uniquement à celles prévues dans la loi adoptée par le Parlement et relative aux évaluations

sémantique peut s'interpréter comme une suggestion. En effet, l'énoncé suivant « les mesures d'ordre réglementaire visées par ce texte doivent être regardées comme... » doit être lu en ajoutant un élément qui apparaît de manière implicite et qui peut être formulé de la sorte : « pour que la disposition soit conforme à la Constitution ». Dès lors, il faudrait lire ce considérant comme énonçant que « les mesures d'ordre réglementaire visées par ce texte doivent, *pour être considérées conformes à la Constitution*, être regardées comme... ». Une reconstruction de la sorte laisserait en définitive le Législateur libre de contourner cette interprétation dans l'éventualité où elle ne lui conviendrait pas.

**784.** Mais d'autres formulations admettent, de manière plus explicite, une telle hypothèse. La plus répandue, « sous les réserves d'interprétation qui précèdent [les dispositions mises en cause] ne sont pas contraires à la Constitution »<sup>997</sup>, apparaît comme marquant l'alternative entre le respect de l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel et la censure menaçant la ou les dispositions en question. L'énoncé de ces réserves tirerait donc sa force « des effets bénéfiques escomptés et non d'une « sanction systématique »<sup>998</sup>. En effet, au lieu de prononcer l'inconstitutionnalité la disposition législative, le juge propose une interprétation de celle-ci qui serait conforme à la Constitution et présente son action comme étant « dans l'intérêt de l'auditeur »<sup>999</sup>.

**785.** Le contrôleur de la loi revêt ainsi l'habit du conseiller du souverain dans le but de convaincre le Législateur du bienfait de sa décision<sup>1000</sup>. A charge pour le Parlement de le suivre ou non. Si la forme énonciative peut paraître autoritaire à première vue, il semble que la force illocutoire de ces énoncés soit à placer sous la bannière du *conseil* plutôt que du *commandement*. Il ne s'agirait pas alors d'un commandement subordonnant le non respect de l'interprétation à une sanction immédiate mais bien d'un conseil en faisant

---

servant de base à certains impôts directs locaux; que, compte tenu de cette limitation, ledit article 22 doit être déclaré conforme à la Constitution » (cons. 4).

<sup>997</sup> Voir par exemple CC, n° 2000-436 DC du 07 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, Rec., p. 176, JO, 14 décembre 2000, p. 19840, cons 13 ; CC, n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, *Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile*, Rec., p. 455, JO, 11 décembre 2003, p. 21085, cons. 61 et 62.

<sup>998</sup> Cf. BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, op. cit., pp. 141-159.

<sup>999</sup> *Ibid.*

<sup>1000</sup> On peut d'ailleurs observer une attitude en ce sens vis-à-vis des juridictions ordinaire lorsque Conseil, notamment au moyen des réserves d'interprétation, vient leur offrir son aide dans leur interprétation de la loi dans le respect de la Constitution (cf. VIALA A., *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., pp. 270-276).

valoir une peine différée indépendante de sa volonté<sup>1001</sup>. De plus, le caractère facultatif de la saisine *a priori* ajoute à ce regard consultatif porté sur le Conseil constitutionnel. L'acte de conseil se distinguant du *commandement* notamment par son caractère intrinsèquement non contraignant<sup>1002</sup>, force est de constater que l'énonciation de la volonté de l'institution chargée de la constitutionnalité de la loi, répond favorablement à ce critère.

**786.** Cette vision de la personnalisation énonciative du contrôleur de la loi conduit à s'interroger sur les conséquences de cette mise en retrait. Associant le Conseil constitutionnel à la création législative, elle suppose une interaction entre le souverain et le Conseil constitutionnel.

## 2. Un dialogue institutionnel

**787.** L'attitude réservée de la Haute instance participerait d'une communication politique avec le Législateur, d'un dialogue entre le décideur et son conseiller technique. Par ce biais, le Conseil évite une confrontation avec le souverain, lui offrant un moyen de justifier l'adoption d'un texte qui n'aurait pu exister qu'à la suite d'une modification provoquant la reprise d'une procédure relativement lourde.

**788.** Ce dialogue s'illustre particulièrement à travers sa jurisprudence relative aux traités européens. En invitant le Parlement à passer par la voie constitutionnelle plutôt qu'ordinaire pour ratifier le traité dont elle fait l'objet, il n'impose pas de règle mais envoie explicitement un message à l'auteur de la loi lui conseillant la procédure à suivre. Son image d'aiguilleur conforte cet aspect communicatif de sa personnalité. Vu sous cet angle, le Conseil constitutionnel arborerait aisément, aux yeux de tous, le statut de conseiller. D'autant que le rôle du Parlement dans cette redéfinition du juge de la loi n'est pas à ignorer. En effet, la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974 donnant à 60 députés et 60 sénateurs la possibilité de saisir l'instance constitutionnelle amène l'opposition à faire

---

<sup>1001</sup> Cette méthode s'apparente à l'attitude de l'Hector de Jean Giraudoux exhortant son père Priam d'agir d'une certaine manière en faisant jouer l'éventualité d'une défaite certaine contre les Grecs. Dans son discours, il extrait cette conséquence du résultat de sa volonté mais la rattache à l'absence de prise en compte du conseil qu'il lui donne : rendre Hélène à Ménélas (*cf.* GIRAUDOUX J., *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, Grasset, 1935, *passim*).

<sup>1002</sup> Le cas des lois de finances et de financement de la sécurité sociale, de par la saisine systématique du Conseil constitutionnel à leur endroit, pourrait mettre en doute cet argument. Cependant, il s'agit d'un choix délibéré des parlementaires dans le but d'assurer la qualité de ces textes et l'impossibilité de les remettre en cause sur ce point, et non d'une obligation extérieure quelconque au contraire des lois organiques.



appel à elle pour contrebalancer la force de la majorité. Cependant, dans une optique d'associer la minorité parlementaire à la prise de décision politique, le Conseil constitutionnel apparaîtrait alors comme un organe technico-politique (comparable aux commissions parlementaires) de celle-ci. S'il se montre ainsi sous le jour d'une troisième chambre, d'un troisième temps de réflexion à l'élaboration de la loi<sup>1003</sup>, il ne dispose pas du pouvoir de dernier mot<sup>1004</sup>. Cette donnée permet d'envisager la décision du contrôleur de la loi comme non obligatoire pour le souverain qui peut passer outre en usant de la force.

**789.** Cette posture d'infériorité qu'adopte le Conseil constitutionnel n'a en vérité pour but que de faire accepter des décisions audacieuses au souverain et de ménager sa susceptibilité. En réalité, il s'agit plutôt d'affirmer un certain ascendant sur le Législateur, sous couvert d'une humble participation à la confection de la loi. En effet, si la performativité du langage du contrôleur de la loi a pour effet de s'auto-constituer en tant que conseiller lorsque la situation l'exige, il semble que le discours soit pour lui un moyen de satisfaire un rapport de domination inavoué<sup>1005</sup>. A considérer, comme Danièle Loschak, que l'efficacité du droit se mesure « à sa capacité de faire croire à la réalité qu'il décrit, d'obtenir l'adhésion à l'ordre qu'il propose, aux normes sociales qu'il définit »<sup>1006</sup>, l'efficacité de l'action du Conseil constitutionnel viendrait ici de sa faculté à convaincre le Législateur du bénéfice de son interprétation et notamment de la règle qu'il édicte. Mais c'est surtout l'énonciation des considérants qui suggèrent la révision et l'interprétation conforme qui permet de mettre en lumière son emprise psychologique sur le souverain<sup>1007</sup>. Présentant sa volonté sous la forme d'un conseil et non d'un commandement, il se place en

---

<sup>1003</sup> On retrouve cette place que prend le Conseil constitutionnel dans le processus décisionnel de sa faculté de permettre ou d'empêcher, cette « participation décisionnelle à la fonction législative » dans les mots de Michel Troper (cf. TROPER M., « Démocratie constituée et justice constitutionnelle », in *La démocratie continue*, ROUSSEAU D. (dir.), Actes de colloque, 2-4 avril 1992, Faculté de droit de Montpellier, Paris, Bruylant, 1992, p. 132). Combinée l'approche délibérative de la construction de la volonté générale développée par Dominique Rousseau, l'office du Conseil constitutionnel peut être regardé ce moment de réflexion supplémentaire (cf. ROUSSEAU D., « De la démocratie continue », in *La démocratie continue*, op. cit. pp. 17-25).

<sup>1004</sup> Cf. FAVOREU L., « La légitimité du juge constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé*, 1994, vol. 46, n° 2, p. 557 ; « La légitimité du Conseil tient à ce qu'il n'a pas le dernier mot », *LE FIGARO*, 27 août 1993, p. 5.

<sup>1005</sup> Danièle Loschak évoque d'ailleurs le discours comme « un médium privilégié par lequel le pouvoir manifeste sa présence et fait sentir sa puissance » (cf. LOSCHAK D., « Le droit, discours de pouvoir », in *Itinéraires*, CONAC G., MAISL H. et VAUDIAUX J. (dir.), Mélanges en l'honneur de Léo HAMON, Paris, Economica, 1982, p. 429).

<sup>1006</sup> *Ibid.*, p. 440.

<sup>1007</sup> *Ibid.*, p. 442.

dessous du Parlement, répondant au contexte politico-social dans lequel il est intégré mais imposant ses choix par la menace hypothétique à laquelle conduirait la non observation de ses prescriptions.

**790.** Ainsi, la force des neuf sages viendrait de la force performative de leur langage qui serait « l'effet du pouvoir social », lequel doit être compris à partir du contexte social, des autorités établies et de leurs instruments de censure<sup>1008</sup>. Pourtant certains n'hésitent pas à affirmer l'inverse, arguant que la rupture entre le contexte social et l'énonciation fait la force du performatif<sup>1009</sup>. Il semble pourtant que rupture et cohérence peuvent proposer toutes deux une explication valable à la définition personnelle de ce que nous sommes. En effet, le Janus que représente le Conseil constitutionnel ne peut se justifier que parce que son énonciation se place dans un contexte politique hybride partagé entre la nécessité d'une révérence à la volonté nationale et de l'utilité d'un juge constitutionnel à part entière. Dès lors, sa qualité de conseiller n'est pas en contradiction avec celle de juge, d'autant que d'autres institutions cumulent aussi les deux. Le Conseil d'Etat français par exemple a bien évidemment une fonction juridictionnelle indéniable aujourd'hui mais continue à opérer en tant que conseiller du Gouvernement<sup>1010</sup>. Aussi, les deux offices pour une même institution ne sont pas incompatibles.

**791.** En définitive, cette personnalisation effectuée par la Haute instance sur elle-même alimente la thèse d'une conception individualisée de la Constitution, et notamment de certaines de ses institutions. La particularité du Conseil constitutionnel tient principalement en ce qu'il oscille entre une nature politique et une autre juridictionnelle. Il apparaît ici que l'attitude énonciative des Sages vienne appuyer cette ambivalence en faisant du Conseil constitutionnel une institution spécifique à la V<sup>ème</sup> République. Il n'est ni un juge comme les autres, ni même un conseiller comme un autre. Son énonciation apporte une précision au flou qui entoure les dispositions qui le concernent dans une Constitution qui ne tranche ni en faveur d'une instance politique ni en faveur d'une Cour constitutionnelle, mais laisse la

---

<sup>1008</sup> Voir en ce sens BOURDIEU P., *Ce que parler veut dire*, Paris, Fayard, 1982, pp. 192-205.

<sup>1009</sup> Jacques Derrida propose néanmoins une vision inverse à celle de Bourdieu, à laquelle adhère Judith Butler, en avançant que c'est au contraire la rupture entre énonciation et contexte social qui fait la force du performatif (voir en ce sens DERRIDA J., « La structure, le signe et le jeu dans le discours des sciences humaines », in *L'écriture et la différence*, Paris, Le Seuil, 1967, pp. 409-428).

<sup>1010</sup> Notamment par son contrôle des projets de lois présentés par le Gouvernement avant de le présenter devant le Parlement, comme des actes réglementaires que celui-là édicte. Néanmoins le contentieux reste séparé de sa fonction de conseil du Gouvernement tandis qu'en ce qui concerne le Conseil constitutionnel, les deux aspects apparaissent dans un office unique.



porte ouverte à une évolution dans les deux directions. De cette ambiguïté textuelle, Le Conseil tire les moyens de prendre l'apparence de l'un et de l'autre. Aussi, au même titre que l'individualisation conceptuelle et la création d'individu-concepts, la jurisprudence constitutionnelle contribue à l'œuvre du constituant en y posant une réalisation singulière de l'institution chargée de contrôler la constitutionnalité des lois sous la V<sup>ème</sup> République.

**792.** Toutefois, envisager la Constitution comme une somme d'individus, qu'ils soient issus du texte ou bien d'une lecture dynamique par son interprète authentique, oblige à garder à l'esprit que leur création dépend du langage. Or, tout acte de langage étant *sui-référentiel*, cette caractéristique implique qu'il se réfère à lui-même dans la détermination de son action. Dès lors, la création constitutionnelle, comme tout acte de langage, est soumise au *code* – le système de la langue, en tant que mode de représentation – utilisé et aux règles de sa compréhension. L'acte de création conceptuelle suggérerait donc que, pour que la création soit, elle emprunte aux mots employés leur intension, ceci en vue de sa juste réception. Ainsi, le contexte de rupture concomitant à l'avènement du pouvoir constituant induirait un acte de langage supplémentaire. Ce dernier correspondrait à la mise en place du fondement notionnel (au sens d'Antoine Culioli) de l'individu en posant son pendant individualisable.

## **Chapitre 2 : La création d'objets individualisables**

**793.** Elaborer des concepts individualisés suggère un patron, une ligne directrice à suivre. Aucune création ne peut aller sans que soit établie une base de travail et qu'un choix de matériaux ne soit fait. Et la réalisation conceptuelle constitutionnelle ne montre pas de méthode différente. Les institutions du Roi, du Président de la République, du Gouvernement, et même du Parlement, répondent à un schéma indicatif qui semble contenu dans la compréhension même des mots. Il ne paraît pas ici possible de tenir que des concepts soient sans un état de chose préalable permettant de les faire exister. Ce pré-requis à la conception des *res publicae* conditionnerait la mise en œuvre de l'action constitutionnelle de création.

**794.** Plus encore, constater des individus conceptuels suppose que l'on conçoive son général. L'un n'allant pas sans l'autre, la reconnaissance d'une chose se fait naturellement en opposition avec son contraire ; s'il existe des individus, il existe alors des universaux. Les empiristes diraient que cette opération d'individualisation n'existe pas puisqu'il n'y a que des individus à observer et que leur généralisation n'est autre que le fait de la science. Il serait aussi possible d'alléguer un fondement conceptuel sur la capacité du langage à représenter le monde sensible. Il semble que ceci n'est pas tout à fait vrai. Aussi, loin de s'arrêter à la création artisanale de pièces uniques sans lien entre-elles, la performativité du dire constitutionnel effectuerait une création double faisant advenir de son seul fait des objets déterminables dans la même réalité que celle des individus. Ancrée dans une situation de vide juridique, l'œuvre constituante impliquerait la mise place d'individus sans lien de filiation avec ceux qui auraient pu exister auparavant, contrairement à la loi qui individualise certains de ses concepts sans pour autant remettre en cause leur permanence temporelle. La reconduction n'étant ici que le résultat d'une compréhension historiciste de la frise constitutionnelle, il faut présumer l'existence d'un acte de langage implicite faisant alors advenir une sorte de concept générique, indéterminé.

**795.** Si selon Benveniste « un langage est d'abord, une catégorisation, une création d'objets et de relation entre ces objets »<sup>1011</sup>, le langage constituant montrerait une mise en

---

<sup>1011</sup> Cf. BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale, I*, Paris, Gallimard, 1966, p. 83.

relation de sa créature individualisée avec sa catégorie. Les indices contenus dans les énoncés agissent comme des panneaux signalant les différentes fonctions du langage qui sont spécialement mises en avant<sup>1012</sup>. Ce qui n'est pas exprimé mais sous-entendu par le constituant se retrouverait dans la construction même de l'énonciation et ferait valoir une action allant au-delà de la simple création d'individus. Une analyse linguistique poussée permettrait ainsi de rendre compte de ce dire sous-jacent, mettant en lumière la fonction référentielle des énoncés constitutionnels et révélant un autre élément préalablement préconstruit. Il serait donc possible d'identifier linguistiquement une création dite « générique » (*Section I*), en ce qu'elle aurait pour but la mise en place d'objets aux allures générales adaptables à plusieurs cas particuliers. Une telle affirmation serait logiquement tenable si l'on se plaçait aux origines du constitutionnalisme et ne concernerait pas les Constitutions succédant à celle de 1791. Elle l'est beaucoup lorsque l'œuvre constituante en est à son énième essai. Or envisager une rupture institutionnelle invite à réactualiser cette création générique à chaque intervention du pouvoir constituant, et confirmerait l'idée d'une récurrence de celle-ci (*Section II*).

### ***Section I : L'identification d'une création générique***

**796.** L'identification d'une création générique par le langage constitutionnel passe nécessairement par une analyse linguistique relativement poussée. Les énoncés comportent moult marqueurs de toutes sortes relatant une vie énonciative autour d'eux. Aussi, en considérant le rôle grammatical et sémantique de chacune de ces traces, il apparaît envisageable de restaurer une ou plusieurs énonciations sous-entendues par des opérateurs de renvoi, de rappel ou encore parfois par une définition sémantique plus ou moins nette.

**797.** De cette manière, la création d'un objet générique déterminable serait linguistiquement marquée dans les énoncés constitutionnels (§1). Ce constat semble

---

<sup>1012</sup> Jakobson défend d'ailleurs l'idée que « la structure verbale d'un message dépend avant tout de la fonction prédominante », « la diversité des messages réside non dans le monopole de l'une ou l'autre fonction mais dans les différences de hiérarchies entre celles-ci ». Elles seraient alors toutes incluses dans chacun des énoncés quels qu'ils soient mais la prépondérance de l'une d'elles ferait la spécificité du message qu'ils portent (cf. JAKOBSON R., *Essais de linguistique générale : les fondations du langage*, Paris, Minuit, 2003, p. 214).

toutefois conférer une réalité à l'œuvre générique en ce qu'il rend explicite la mise en place d'une classe d'objets par les dispositions de la Constitution. La fertilité du langage en lui-même tendrait alors ici à montrer, qu'au-delà du clivage entre droit et science du droit, les énoncés prescriptifs effectuent une création de concepts génériques (§2).

### **§1 : Une création générique linguistiquement marquée**

798. Tout énoncé est parsemé d'indications diverses de ce qui constitue son contexte d'énonciation, son appartenance à une situation, ou une culture donnée et partagée par l'auditoire. Il est d'ailleurs récurrent qu'un énoncé ne se suffise pas à lui-même et s'accompagne d'un ou plusieurs éléments présupposés. Concernant les dispositions de la Constitution, chaque première évocation d'une institution ou d'un droit fondamental renferme des marques linguistiques qui laissent penser à une construction en amont de celle-ci, notamment par la désignation définie d'un sujet indéfini. C'est à travers cette contradiction énonciative qu'il apparaît envisageable de déduire de la présence d'un sujet définissable (A), la mise en place préalable de quelque chose d'autre (B).

#### **A/ La présence d'un sujet définissable**

799. « Le rôle des mots » est de faire en sorte que l'auditeur « voie ce qui est signifié », ce sont en fait des « indices »<sup>1013</sup>. C'est ainsi que le sujet des énoncés constitutionnels serait porteur d'un indice d'une création autre que celle d'un individu. Si la finalité de la prédication est de dire quelque chose à propos de quelque chose, il apparaît que ce dernier élément a une fonction spécifique fondant l'utilité du reste de l'énoncé. Aussi, à considérer que les dispositions constitutionnelles soient effectivement des définitions de concepts, il semble important de prendre en compte le caractère naturellement indéfini du sujet

---

<sup>1013</sup> Cf. GARDINER A. H., *Langage et acte de langage. Aux sources de la pragmatique*, Presses Universitaires de Lille, 1989, p. 37.

grammatical (1), lequel, en tant que fait de langage, montrerait ce que la doctrine linguistique désigne comme un « fonctionnement sémantique en intension »<sup>1014</sup> (2).

### 1. Le caractère indéterminé du sujet grammatical

**800.** L'énonciation prédicative peut se scinder en trois composantes : un acte phonétique, un acte phatique et un acte rhétique<sup>1015</sup>. En revanche, la prédication en elle-même<sup>1016</sup> s'associe généralement à un acte dit « rhétique » porteur du sens de l'énoncé<sup>1017</sup>. C'est là que le sujet entre en scène. Aussi, la détermination du sens que le prédicat induit invite à rechercher un élément à préciser<sup>1018</sup>. Une telle hypothèse basée sur la syntaxe de l'énoncé constitutionnel, enjoint à prendre position sur le plan du contenu de l'élément ainsi défini.

**801.** Voir les descriptions du langage constitutionnel comme un acte rhétique préjuge d'une caractérisation indéfinie du sujet de l'énoncé qui l'accomplit, et ce, qu'on soit proche des théories cognitivistes conférant une signification intrinsèque aux mots ou bien des théories réalistes qui au contraire nient l'existence de celle-ci. Une approche grammaticale des dispositions fondamentales invite ainsi à poursuivre l'examen des mots de la Constitution autour de la distinction entre sens et signification ou respectivement du rhème et du phème. Plus précisément, il s'agira ici de distinguer le sens rhétique et le sens phatique que François Récanati définit comme étant respectivement le « sens de l'énoncé » et la « signification de la phrase »<sup>1019</sup>. Si le sens rhétique peut être tiré de l'aspect descriptif

---

<sup>1014</sup> Ce vocable peut être défini par une caractéristique indénombrable de la signification du mot, en opposition avec le fonctionnement sémantique en extension qui, elle, serait dénombrable. En d'autres termes, l'indénombrable serait indéterminé quant à sa signification, et recouvrirait plusieurs significations particulières, tandis que le dénombrable représenterait son individualisation.

<sup>1015</sup> Cf. RECANATI F., *Les énoncés performatifs : contribution à la pragmatique*, Paris, Minuit, 1986, p. 224-225.

<sup>1016</sup> La prédication (aussi appelée acte locutionnaire ou locutoire) se distingue ici de l'énonciation prédicative (aussi nommée acte phatique) en ce qu'elle représente ce qui est dit. L'énonciation, quant à elle, exprime la façon dont ce qui est dit est dit.

<sup>1017</sup> François Récanati propose une définition de l'acte rhétique comme acte procédant à l'énonciation d'une phrase du langage, avec l'intention de faire une phrase du langage et d'y donner un sens particulier (*ibid.*, p. 225).

<sup>1018</sup> Le rhème présuppose le phème qui présuppose le phone. Ainsi, s'il y a rhème, il y a acte locutionnaire (*ibid.*, p. 227).

<sup>1019</sup> *Ibid.*, p. 226. Cette distinction s'accorde d'ailleurs avec celle de Forguson qui assimile, quant à lui, le phème au sens déterminable et le rhème au sens déterminé (cf. FORGUSON L. W., « Locutionary and Illocutionary Acts », in *Essays on J. L. Austin*, BERLIN I. et al. (eds), Clarendon Press, 1973, pp. 163-164).

de l'énoncé, et notamment de sa capacité à préciser le sujet grammatical en concevant des concepts individualisés, un tel postulat suggérerait une indétermination logique du sujet, objet de la détermination effectuée par le prédicat.

**802.** Dès lors, le sujet grammatical serait indéterminé car il ne se suffirait pas à lui-même et nécessiterait une précision. Il n'aurait alors pas de véritable forme autre que celle offerte par le prédicat. Il n'aurait de valeur que notionnelle au sens d'Antoine Culioli, c'est-à-dire d'un ensemble de propriétés de définitoire d'une chose, tenant des propriétés physico-culturelles de l'énonciateur, incluant les nuances lexicales du mot, et *a fortiori* de la chose, jusqu'à ce que cette dernière n'est pas<sup>1020</sup>. Ainsi, la nécessité d'un sujet malléable sémantiquement serait vérifiée par l'étude pragmatique des éléments disponibles de la Constitution. Pareille conclusion se vérifie aisément lorsque le sujet grammatical désigne une innovation du constituant. Ici, l'exemple du Conseil constitutionnel, nouveauté du texte de 1958, représente un concept large à la signification indéfinie jusqu'alors et fournit un aperçu explicite de l'établissement d'un sujet déterminable préalable à sa définition par le prédicat. Le sujet grammatical représenterait donc le *domaine* conceptuel à l'intérieur duquel le prédicat prendrait les éléments nécessaires à la confection de l'occurrence conceptuelle ou bien encore en ajouterait de nouveaux. De cette manière, le fait d'être élu pour cinq ans au suffrage universel direct, représentant une définition du sujet « le Président de la République », lui apporterait un sens particulier qu'il ne possédait pas au préalable. La durée quinquennale du mandat, de même que la qualité universelle et directe de l'élection, ne sont assurément pas des éléments notionnels caractéristiques du Président de la République. Elles font partie de ce que Culioli désigne par le *complémentaire*, en d'autres termes, ce qui n'est pas la chose mais qui s'y rapporte<sup>1021</sup>. S'agissant du présent exemple, si les questions de la durée du mandat et du mode désignation sont évidemment des propriétés notionnelles du « Président de la République », la délimitation du mandat à cinq ans et les caractéristiques universelles et directes de l'élection ne font pas la *notion* de Président de la République. Elle ne font que s'y rapporter et viennent façonner une occurrence à partir d'éléments déterminables du domaine notionnel. Par conséquent, si le *domaine notionnel* pourrait révéler un jugement analytique porté par l'énoncé

---

<sup>1020</sup> Cf. CULIOLI A., *Pour une linguistique de l'énonciation, opérations et représentations. I*, Ophrys, 1990, pp. 53-63.

<sup>1021</sup> *Ibid.*, pp. 61-63.

constitutionnel, l'apport de la notion de *complémentaire* conduirait plutôt à envisager un jugement synthétique à son propos.

**803.** Aussi, le sujet de la prédication ne serait pourvu que d'un sens phatique, déterminable, dont on aurait précisé le contenu et la portée par la suite. L'opération d'individualisation aura ensuite pour effet de donner un « sens » *stricto sensu* à cet élément de la phrase, une représentation orientée en fonction du contexte d'énonciation<sup>1022</sup> et faisant du même coup advenir l'individu conceptuel d'un monde donné. Mais ce constat peut aussi satisfaire à une analyse des droits fondamentaux. Leur structure énonciative étant globalement la même que dans le corps de la Constitution, il serait alors plausible d'en déduire une indétermination du sujet à l'instar des dispositions institutionnelles. De plus, l'emploi des termes « nul » dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 ou encore le terme « tout » qui se retrouvent aussi dans le Préambule de 1946 et la Charte de l'Environnement de 2004 portent une généralisation affectant le sujet s'accordant avec leur caractère intrinsèquement universaliste. En conséquence, pourvu d'une signification réduite, le sujet grammatical requiert une définition sémantique accrue que lui procurerait le prédicat. Aussi, une analyse inductive de cette définition conduit à voir le sujet de la prédication comme une coquille vide de toute occurrence et à laquelle il faudrait donner, à tout le moins une signification, un sens. Accorder une représentation déterminée à un sujet supposerait alors que celui-ci contienne cette possibilité, et donc une certaine alternative de sens inhérente au choix du vocable lui-même.

**804.** En outre, si dans l'exemple proposé plus haut, l'acte rhétorique confère au Président de la République la caractéristique d'être élu pour cinq ans au suffrage universel, celui-ci serait redondant si cette information était contenue dans le sujet et la disposition serait réduite à une simple tautologie. Une hypothèse en ce sens semble s'accorder avec certains énoncés comme celui de l'article 24 de la Constitution disposant que le « Parlement vote la loi ». En effet, un tel énoncé pourrait aisément passer pour l'exposé d'un jugement analytique en raison d'un apport inexistant quant à la particularité du sujet<sup>1023</sup>. Il ne paraît ainsi pas utile de rappeler que le vote de la loi échoit au Parlement puisque cette

---

<sup>1022</sup> Emile Benveniste fait d'ailleurs dériver l'attribution du sens du « choix de l'agencement des mots », de « l'organisation syntaxique », de « l'action qu'ils exercent les uns sur les autres » (cf. BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale*, 2, Paris, Gallimard, 1974, p. 225).

<sup>1023</sup> Les énoncés porteurs de jugements analytiques se distinguent des énoncés porteurs de jugements synthétiques en ce que contrairement à ces derniers, le prédicat n'apporte aucun complément d'information au sujet et ne fait que développer ce qui est déjà compris dans le sujet.

compétence serait inhérente à la définition, même large, de ce concept<sup>1024</sup>. Cependant, si le terme « Parlement » induit l'acte de voter la loi, ceci semble dû à une représentation rétrospectivement établie<sup>1025</sup>. Ce pléonasme en apparence pourrait être dépassé par une acception historicisée du concept de Parlement, réduisant l'union entre l'idée même de « Parlement » et l'acte de voter la loi à une volonté déclarée du moment. Aussi, la propriété analytique d'un énoncé de ce type tiendrait en la croyance que le vote de la loi ferait partie de l'essence même de l'institution parlementaire. Toutefois, si tel était le cas, pourquoi le constituant a-t-il jugé nécessaire de le dire<sup>1026</sup> ?

**805.** Or, le principe de l'effet utile qui accompagne les énoncés juridiques empêche de voir les choses sous cet angle. A ce titre, si selon Wittgenstein, le « rasoir » d'Occam « dit que les unités de signes *non nécessaires* ne signifient rien »<sup>1027</sup>, il devient *a contrario* nécessaire de trouver une explication à sa présence, en tout cas autre que le simple but d'apporter à l'énoncé une syntaxe correcte, conforme à une *technê grammatikê*<sup>1028</sup> donnée. Dans la mesure où « décrire implique de postuler l'existence d'un certain objet descriptible<sup>1029</sup> », le sujet grammatical représenterait cet objet descriptible et ne comporterait pas suffisamment d'information pour désigner seul l'individu ainsi affirmé. Ainsi, le vote de la loi ne fait pas partie de l'essence du Parlement, tout comme l'élection pour cinq ans au suffrage universel ne l'est pas pour le Président de la République. Pareille conclusion viendrait corroborer le caractère indéterminé du sujet grammatical des énoncés constitutionnels. Mais ce qui vaut pour les caractéristiques institutionnelles vaudrait aussi pour leurs compétences. A ce titre, l'article 11 de la Constitution fournirait un exemple intéressant. Conférant au Président de la République la capacité de consulter directement le souverain, cette compétence inédite dans l'histoire de la République, à l'instar de l'article 16 lui ouvrant la possibilité de réunir entre ses mains les pleins pouvoirs, vient compléter

---

<sup>1024</sup> De la même manière qu'une disposition qui énoncerait que le Président de la République préside la République.

<sup>1025</sup> Le terme « Parlement » suggère qu'il vote la loi puisqu'il est communément associé à cette action et tire en partie son existence de cette relation. Au-delà, c'est son usage qui détermine cette signification (cf. FRYDMAN B., *Le sens des lois*, Bruylant, L.G.D.J., 2007, p. 553 ; voir aussi en ce sens WITTGENSTEIN L. *Investigations philosophiques*, Paris, Gallimard, 1961, pp. 117 et s.

<sup>1026</sup> A l'image de l'exemple de l'article 24 explicité plus haut.

<sup>1027</sup> Cf. WITTGENSTEIN L., *Tractatus Logico-philosophicus*, Paris, Gallimard, 1961, p. 76.

<sup>1028</sup> Terme emprunté à Denys de Thrace (voir en ce sens AUROUX S., *La philosophie du langage*, Que sais-je ?, Paris, P.U.F., 2008, p. 85).

<sup>1029</sup> Cf. GUIBOURG R. A., « Gouvernement, droit et ontologie », in *L'architecture du droit*, BECHILLON (de) D., BRUNET P., CHAMPEIL-DESPLATS V. *et al.* (dir.), Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Economica, 2006, p. 468.



la compréhension du concept de Président. Ces compétences n'étant pas naturellement dévolues au Président de la République, défiant toute analyse historique<sup>1030</sup>, il faut alors admettre que le sujet de l'énoncé les instituant pècherait par une lacune sur ce point.

**806.** Dès lors, la présence d'un prédicat individualisant présumerait d'un caractère indéterminé du sujet grammatical. Toutefois, cela ne semble pas impliquer que l'information apportée ne soit pas incluse dans l'essence du concept individualisé. Aussi est-il nécessaire d'envisager le caractère indéfini du sujet grammatical des énoncés constitutionnel comme découlant d'un fonctionnement sémantique en intension.

## 2. Un fonctionnement sémantique en intension

**807.** La vision d'une création de concepts individualisés suggère un acte d'individualisation de quelque chose qui ne peut valablement être dénué de tout lien avec une essence des termes employés en tant que sujet de l'énoncé.

**808.** En reprenant les propos de Jean-Michel Adam sur le fonctionnement des séquences descriptives selon un mécanisme de dévidement lexical marqué par le développement sémantique d'un *tout* par le truchement d'une assertion mettant en valeur les *parties* de ce *tout*, l'observation d'un tel système rend plausible la saisie d'un sujet déterminable. Aussi, la qualité de « *thème-titre* »<sup>1031</sup> arborerait des propriétés suffisamment vagues pour qu'il soit possible d'en dégager un certain nombre de caractéristiques visant à son individualisation. Cette affirmation amène fatalement à mesurer le degré de détermination de ce *tout*, figuré par le sujet de l'énoncé, sous le prisme d'une hiérarchie entre ce *tout*, les différents traits spécifiques du *tout* ainsi défini, et à postuler une indétermination *a priori* de celui-ci en tant que condition *sine qua non* de l'acte même de description. Dès lors, à chaque fois que cette opération se présente, il faudrait envisager l'existence d'un élément définissable contenant un panel de signification tenant à son essence idiomatique.

**809.** L'action du prédicat se présenterait alors comme une extension de la signification du sujet grammatical, précisant ses contours. De cette manière, il traduirait une « texture

---

<sup>1030</sup> En effet, une analyse de ce type pourrait servir d'instrument de mesure du degré de déterminabilité du sujet en établissant la charge de représentation inhérente au mot qui fait office de sujet grammatical en comparant les diverses occurrences du concept de Président de la République.

<sup>1031</sup> Cf. ADAM J.-M., *Le récit*, Que sais-je ?, Paris, P.U.F., 6<sup>ème</sup> édition, 1999, p. 52.

ouverte », inhérente à sa qualité de *domaine notionnel* et caractéristique d'un certain flou sémantique dont la propriété principale est celle de s'adapter à l'occurrence intervenant à un instant  $T^{1032}$ . A ce titre, l'essence même du prédicat dans un énoncé porteur d'un jugement synthétique est d'apporter des éléments de précision de l'entité qui fait l'objet de la prédication. Ainsi, la nécessité de cette extension par le prédicat suggère que cette entité ne contient pas en elle-même une substance sémantique unique et satisfaisante à son utilisation dans un monde donné mais bien une pluralité. En d'autres termes, s'il est indispensable de préciser le sujet, c'est qu'il n'est pas assez défini au départ, ce qui ne peut être fait qu'au regard de l'essence du mot placé en tête de l'énoncé. Du sujet « le Président de la République » ne découlerait pas naturellement son élection au suffrage universel, ni une durée de mandat quinquennale, de même que « la langue de la République » ne suppose pas obligatoirement qu'elle soit le français. De même, le « principe de souveraineté » n'entraîne pas nécessairement qu'il réside dans la Nation ni que « tout homme » comprenne qu'il puisse défendre ses droits et intérêts par l'action syndicale ou encore que « toute personne » suppose qu'elle a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé. Toutefois cet ensemble de précision appartient à l'objet conceptuel décrit<sup>1033</sup>. Ceci impliquerait que le sujet ne peut se suffire seul et que le prédicat dispose d'un caractère indispensable à l'appréhension totale du concept, du moins dans sa dimension constitutionnelle du monde de la V<sup>ème</sup> République, et trouve son origine dans le système linguistique utilisé<sup>1034</sup>.

---

<sup>1032</sup> Freidrich Waismann décrivait cette notion de « texture ouverte » ou « open texture » comme se rapportant au fait qu'« aucun concept n'est limité d'une manière telle qu'il n'y ait plus de place pour aucun doute ». Il y aurait alors selon lui « toujours d'autres directions dans lesquelles le concept n'a pas été défini » (cf. WAISMANN F., « Verifiabilty », *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 19, 1945, pp. 119-150, réimpr. in *Essays in Logic and Language*, FLEW A. (ed.), Oxford, Blackwell, 1951, « Vérifiabilité », in *Philosophie des sciences. Théorie, expériences et méthodes*, LAUGIER S., WAGNER P. (coord.), CHAPUIS-SCHMITZ D., LAUGIER S. (trad.), Vrin, coll. Textes clés, 2004, pp. 325-350, pp. 329-330).

<sup>1033</sup> Certains pourront dire qu'il s'agit là d'une référence à la notion qui elle seule contiendrait cette essence. Or, s'il est ici considéré que la distinction entre concept et notion se résume en leur possible existence dans le monde en ce que les concepts produiraient des effets sensibles contrairement aux notions qui ne seraient que l'apanage de la science du droit, leur fonctionnement sémantique s'avère identique.

<sup>1034</sup> Une hypothèse en ce sens est d'ailleurs confortée par l'idée de l'« acception commune du mot », encadré par ce que Searle appelle le « background » (autrement dit l'arrière-plan culturel émanant du système de langage en lui-même). Cet élément socio-culturel, émanant du langage utilisé par un ensemble d'individus, participerait alors à la compréhension globale du mot placé en position de sujet grammatical (voir en ce sens SEARLE J. R., *The Construction of Social Reality*, New York, The Free Press, *La construction de la réalité sociale*, TIERCELIN C. (trad.), Paris, Gallimard, 1998, p. 171). Une analyse comparable se retrouve aussi chez Alexandre Viala à travers l'étude du mot « cerisier », culturellement associé à l'arbre qui fournit des cerises en été dans le langage français alors que son équivalent en japonais renvoie à l'arbre qui fleurit au printemps (cf. VIALA A., « Aux sources de la controverse juridique : la force des mots », in *Interpréter et traduire*, SUEUR J.-J. (dir.), Actes de colloque international des 25 et 26

**810.** Mais il semble qu'il faille aller plus loin que la simple relation entre le signe et l'objet représenté. En effet, une part importante de la définition des concepts créés par la Constitution a pour but de circonscrire la portée des compétences du sujet. Les nombreuses dispositions affectant les capacités des différentes institutions en subordonnant leur exercice à la réalisation de certaines conditions tendent à penser en ce sens. Certains énoncés débutent par le marqueur conditionnel « si », organisant la possibilité d'agir pour le sujet en fonction de circonstances particulières. L'article 11 dans son 4<sup>ème</sup> alinéa assujettit la soumission du projet de loi au peuple à l'absence d'examen par les deux assemblées dans un délai précis<sup>1035</sup>. De la même manière, l'article 41 alinéa 1 astreint l'opposition d'irrecevabilité dont disposent le Gouvernement et le président de l'assemblée saisie à l'exercice du droit d'amendement dans un domaine qui n'est pas de la compétence du Parlement<sup>1036</sup>. Si l'énumération est encore longue<sup>1037</sup>, d'autres marqueurs de cette subordination circonstancielle sont observables comme « lorsque »<sup>1038</sup> ou « dans les conditions prévues par la loi »<sup>1039</sup>. Ce type d'énoncé aurait ainsi pour finalité d'orienter le sens du sujet grammatical placé en tête. De cette manière, l'intension inclurait aussi les diverses circonstances tenant au comportement de l'objet institutionnel alors qu'il serait placé dans ces situations. Et c'est leur caractère non exclusif d'une nouvelle circonstance qui implique sa possibilité. Elle serait alors intrinsèquement associée à l'institution constituée.

**811.** En conséquence, il apparaît plausible d'induire là encore un caractère définissable du sujet grammatical des dispositions constitutionnelles. Son contenu sémantique pourrait alors n'être déterminé qu'à travers une mise en relation de tous les cas particuliers qu'il recouvre. Cette opération permettrait de mettre à jour des propriétés et compétences communes à tous les individus d'une classe. L'étendue de la signification primaire du sujet serait ainsi égale au plus petit dénominateur commun entre ces individus, justifiant une

---

novembre 2005, Faculté de droit de Toulon, Bruylant, 2007, p. 204). Umberto Eco, quant à lui, évoque un « patrimoine social de la langue » (cf. ECO U., *Les limites de l'interprétation*, Grasset, 1992, p. 134).

<sup>1035</sup> « Si la proposition de loi n'a pas été examinée par les deux assemblées dans un délai fixé par la loi organique, le Président de la République la soumet au référendum. »

<sup>1036</sup> « S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement ou le président de l'assemblée saisie peut opposer l'irrecevabilité. »

<sup>1037</sup> *i. e.* les articles 42, 44, 45 de la Constitution de la V<sup>ème</sup> République.

<sup>1038</sup> Art. 35 al. 3.

<sup>1039</sup> Art. 39 al. 5.

vision nécessairement indéterminée de l'espèce. Ceci permet d'extraire un fonctionnement sémantique qui serait en *intension* en opposition avec l'*extension* effectuée par le prédicat.

**812.** En conséquences, si la création générique des énoncés prescriptifs constitutionnels peut s'analyser à travers une intensionnalité de leur sujet déduite principalement de l'acte effectué par le prédicat, il semble que cela ne suffise pas. D'autant que d'autres marqueurs visibles tendent à confirmer cette idée. Mais surtout cette indétermination du sujet grammatical suggère une action cachée effectuée par les énoncés constitutionnels. L'examen assidu de cet élément syntaxique semble ouvrir la possibilité d'entrevoir derrière les mots de la Constitution autre chose que la création d'un concept individualisé. Les dispositions du texte fondamental contiendraient des balises linguistiques symptomatiques de la mise en place d'une chose préalable, et dans une certaine limite, distincte de celle de l'individu.

### **B/ La déduction d'une mise en place préalable**

**813.** La prise en compte d'un élément définissable servant de base à la création conceptuelle des individus constitutionnels implique de se pencher sur la finalité de ce signe à la signification minimale. Plus encore, cette unité linguistique se présente paradoxalement à son indétermination avec un article défini. S'il est admis qu'elle institue des concepts dans un contexte de vide, l'énonciation performative constitutionnelle ne pourrait valablement adopter une désignation définie en raison de sa fonction démonstrative, indiquant une préconstruction (1). Une contradiction qui peut pourtant être levée en considérant le caractère spécifique de l'article défini en ce qu'il serait pourvu de propriétés anaphoriques (2).

#### 1. L'indice grammatical d'une préconstruction

**814.** Là où il est logiquement susceptible d'attendre une confirmation de l'imprécision du sujet par un déterminant grammatical indéfini du type « un » ou « une », les dispositions de la Constitution l'accompagnent d'un article comme « le » ou « la » qui jure avec son indétermination.

**815.** Cette observation peut être faite à propos de nombreux articles. L'article 1<sup>er</sup> énonce « **la** France... » et non « **une** France »<sup>1040</sup>, l'article 5 « **le** Président de la République... »<sup>1041</sup> et non « **un** Président de la République », l'article 56 « **le** Conseil constitutionnel... » et non « **un** Conseil constitutionnel »<sup>1042</sup>. Et ce ne sont là que des exemples auxquels peuvent s'ajouter beaucoup d'autres<sup>1043</sup>. Une question se pose alors : l'article défini (par rapport à l'article indéfini) soulignant l'unicité de l'objet, quelle raison a poussé les rédacteurs de la Constitution à indiquer de cette manière un élément non encore défini ? La réponse se trouve potentiellement dans le fait que ce choix grammatical serait justifié par une mise en place préalable et indiquerait que l'individu ne sort pas de nulle part mais serait la seconde étape de la création conceptuelle. Le caractère désignatif du déterminant « le » suggère que le sujet est pointé du doigt, à la manière des démonstratifs comme « ce » ou « cette »<sup>1044</sup> qui créent une distanciation entre l'énonciateur et l'objet évoqué, et supposent une certaine existence de celui-ci. Or, l'analyse sémantique d'un mot ne permet pas, grammaticalement parlant, dans un système linguistique comme le français, d'assigner à un signe non défini, une unité démonstrative, même à la force nuancée, au risque d'être contradictoire.

**816.** Cette opération linguistique se retrouve aussi dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789<sup>1045</sup>. Les articles 3 et 4 opèrent un choix de déterminant similaire en disposant respectivement que « **le** principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation » et que « **la** liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui... », de même que l'article 15 énonçant que « **la** Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration. ». Le schéma exposé plus haut serait donc reproductible concernant ces dispositions fondamentales en ce qu'elles reprennent une désignation identique du sujet grammatical. Si à l'instar des énoncés du

---

<sup>1040</sup> « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. »

<sup>1041</sup> « Le Président de la République veille au respect de la Constitution. »

<sup>1042</sup> « Le Conseil constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Le Conseil constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. »

<sup>1043</sup> L'article 2 qui dans chacun de ses alinéas, ou presque, établit un concept différent en le désignant par un article défini, de la même manière que l'article 20 qui dispose que « **le** Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation. »

<sup>1044</sup> Même si la force n'est pas identique. Les démonstratifs ont par essence une capacité de désignation plus élevée que les déterminants définis. Si l'action reste sensiblement la même, l'intensité varie. De plus, « ce » est chargé d'une référence contextuelle, absente dans l'emploi de « le ».

<sup>1045</sup> Les autres déclarations de droits que sont le Préambule de 1946 et la Charte de l'environnement de 2004 se basant explicitement sur un texte préexistant, soit qu'elles réaffirment la déclaration de 1789, soit qu'elles s'inscrivent dans une révision constitutionnelle, ne rassemblent pas les conditions contextuelles nécessaires à l'illustration opportune de cette hypothèse.

corps de la Constitution, le sujet déterminable est indiqué par un déterminant défini, il semble logique d'y voir aussi une relation entre un concept exprimé et définissable et une prédication implicite dont il tire son existence. Le constituant exposerait alors, même dans sa construction des droits fondamentaux, un signe d'une double prédication dont le déterminant du sujet grammatical serait le témoignage apparent. Aussi, il serait difficile d'aborder les énoncés de la Constitution comme se suffisant à eux-mêmes tant leur désignation paraît subordonner leur existence à autre chose.

**817.** Autre chose oui, mais quoi ? La généralisation des articles « le » et « la » semble offrir au lecteur de ces énoncés un marqueur d'une prédication antérieure et implicite. Les travaux du linguiste Antoine Culioli apportent une certaine lumière au sujet de ces éléments linguistiques, quelle que soit leur place dans la phrase, et qui peuvent être interprétés comme des indicateurs d'un énoncé non exprimé<sup>1046</sup>. Selon lui, il arrive qu'un énoncé établisse « une relation entre lui-même et un autre énoncé dérivé (explicite ou non) »<sup>1047</sup>. Mais cette relation dépendrait pour certain de la présence d'un énoncé nominalisé qui ne serait pas intégré à celui établi par le locuteur mais qui serait « déjà là » quand bien même il ne serait pas explicitement énoncé<sup>1048</sup>. L'analyse linguistique de la dénomination du sujet ferait ainsi apparaître une autre énonciation, dissimulée sous l'énonciation apparente des dispositions constitutionnelles, et qui régirait la venue des concepts individualisés.

**818.** L'examen des dispositions constitutionnelles effectué précédemment met en avant un choix syntaxique généralisé en ce sens. Il y aurait alors un énoncé non exprimé établissant l'existence préalable du sujet, construisant une base conceptuelle, une *notion* culiolienne, servant de fondement à la mise en place d'un individu. Ainsi, derrière l'énoncé

---

<sup>1046</sup> La théorie culiolienne du préconstruit s'avère être plus pertinente que celle de la présupposition développée par les anglo-saxons, en ce qu'elle s'attache à reconstruire un énoncé implicite sur la base d'unités linguistique présentes dans ceux énoncés. Le présupposé, quant à lui, se fonde sur une trame culturelle pour déterminer un énoncé implicite. Patrick Sériot expose assez clairement cette distinction en affirmant que « la notion discursive de préconstruit, [...] doit être soigneusement distinguée de la notion logique de présupposition, restructurable sur la base d'opérations logiques internes, et qui s'inscrit dans la sphère individuelle du sujet psychologique » (cf. SERIOT P., « Langue russe et discours politique soviétique : analyse des nominalisations », *Langages*, n° 81, 1986. p. 24).

<sup>1047</sup> Cf. CULIOLI A., *Pour une linguistique de l'énonciation, opérations et représentations*, op. cit., p. 136

<sup>1048</sup> « Ce qui est important ici est que l'énoncé nominalisé est préconstruit, c'est-à-dire qu'il n'est pas pris en charge par le sujet énonciateur, mais se trouve comme un objet du monde « déjà là », préexistant au discours, qui va servir à instancier une place dans la relation : ses conditions de production ont été effacées » (cf. SERIOT P., « Langue russe et discours politique soviétique : analyse des nominalisations », op. cit., p. 24).

« le Président de la République veille au respect de la Constitution » se cacherait un autre énoncé qui pourrait être formulé comme suit : « il y a un Président de la République ». De la même manière derrière « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale » il y aurait un énoncé du type : « il y a une France ». Ces énoncés tacites se caractérisent par une indétermination générale, illustrée par un article, indéfini cette fois-ci, annonçant l'objet de la prédication constitutionnelle. Pour compléter la préconstruction, il est ici nécessaire de les accompagner de la locution « il y a » qui indique une prédication d'existence et dont la précision est naturellement floue en ce qu'elle se résume à la seule fonction de situer l'individu dans son *domaine notionnel*. Cette préconstruction énonciative créerait donc un fond sémantique et substantiel sur lequel s'appuierait l'énoncé du droit positif et encadrerait son action d'individualisation.

**819.** La notion de construction préalable met ainsi l'accent sur un caractère anaphorique du sujet rendu linguistiquement observable par son déterminant défini, relayant l'énoncé explicitement donné à une « résolution consistant à rajouter quelque chose »<sup>1049</sup>.

## 2. Le caractère anaphorique de l'article défini

**820.** L'énonciation du sujet accompagné des articles définis « le » et « la », révélerait la répétition d'une chose implicitement déclarée, ces derniers se comportant comme l'affirme Marie-Anne Paveau « comme le signe de la présence, antérieurement au discours, de segments discursifs « déjà là » dont les locuteurs n'aperçoivent plus les origines »<sup>1050</sup>. On retrouve ici cette idée de préexistence conceptuelle par le truchement de marqueurs énonciatifs explicites suggérant l'intégration de l'énoncé dans un *domaine notionnel* inconsciemment exploité.

**821.** En suivant cette démarche, il paraît plausible de les comparer à des propositions relatives telles que celles précédés par des pronoms relatifs du type « qui » ou « que ».

---

<sup>1049</sup> Dominique Ducard rappelle d'ailleurs cette idée dans un colloque en 2005 : « A. Culioli posait l'amont : préconstruit/anaphore et l'aval : résolution consistant à rajouter quelque chose » (cf. DUCARD D., « Témoignage », in Antoine Culioli, un homme dans le langage : originalité, diversité, ouverture, NORMAND C. & DUCARD D., Actes du colloque de Cerisy-la-Salle, juin 2005, Ophrys, 2006, p. 25).

<sup>1050</sup> Cf. PAVEAU M.-A., *Mémoire, sens et cognition*, Paris, Presse Sorbonne Nouvelle, 2006, p. 67. Elle rajoute un peu plus loin dans ces propos qu'« en effet, le préconstruit manifeste indirectement son existence dans des structures syntaxiques particulières : construction relative, détermination, nominalisation... » (*ibid.*, p. 68).



Aussi, à titre d'exemple, il serait possible de concevoir une énonciation complète de l'article 20 de la Constitution en le formulant comme suit : « il y a un Gouvernement qui détermine et conduit la politique de la Nation ». Plus crédible, l'utilisation d'un pronom personnel, chargé d'une valeur de renvoi à un état de chose antérieur convenu, rendrait plus fidèlement compte de la relation entre ces énoncés en s'articulant ainsi : « il y a un Gouvernement. Il détermine et conduit la politique de la Nation ». En outre, il est aussi possible de reconstituer la prédication complète au moyen d'un démonstratif du type « ce » ou « cette ». L'article 59 disposant que « le Conseil constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable » pourrait être réécrit de la façon suivante : « il y a un Conseil constitutionnel. Ce Conseil comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable ». Si à première vue la différence avec la précédente reconstitution<sup>1051</sup> paraît plus que ténue, il semble qu'elle existe bel et bien à travers une divergence de fonctionnement s'apparentant à un pointage, une monstration de l'objet.

**822.** Ces gloses donneraient raison au propos d'Isabelle Bril sur la notion de préconstruction en ce que « les [propositions] relatives associées à un déterminant déictique ou anaphorique réfèrent à une détermination préconstruite, déjà connue par le contexte ou identifiable par la situation ; ce déterminant est post-nominal et s'accorde en nombre avec l'antécédent »<sup>1052</sup>. En d'autres termes, certains marqueurs énonciatifs, tels que « le », ou « ce », mais encore les pronoms personnels et les pronoms relatifs comme « que », et leurs déclinaisons en genre et en nombre, servant à désigner précisément la chose dont on parle, présentent une double caractéristique. Tout d'abord, ils sont pourvus d'une propriété *déictique*, c'est-à-dire qu'ils renferment la faculté de montrer la chose ou l'état de chose, objet l'énonciation. A la manière d'un panneau, ils indiquent précisément une chose ou un état de chose, à l'exclusion d'une autre occurrence comparable. Ainsi, ils mettent en exergue une attitude énonciative faisant valoir *la* chose, cette chose là en particulier, et non une autre. D'autre part, ces marqueurs seraient symptomatiques d'une *anaphore*, un phénomène stylistique traduisant la réitération d'une chose ou d'un état de chose antérieurement exposé ou tacitement convenu. A ce titre, les propositions relatives

---

<sup>1051</sup> Sous la forme « Il y a un Gouvernement. Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation ».

<sup>1052</sup> Cf. BRIL I., « Thématisation et préconstruit, la structure des relatives en *nélémwa* : éléments de typologie », *Linx, Revue des linguistes de l'université Paris X Nanterre*, n° 11, *Typologie des langues, universaux linguistiques*, 1999, p. 106.



contiennent cette donnée en ce qu'elle répètent nécessairement ce sur quoi elles portent, afin d'assurer le lien avec la proposition principale. De plus, cette propriété *anaphorique* est naturellement affiliée à la propriété *déictique* en ce que la spécification est consubstantiellement liée à la répétition de la chose ou de l'état de chose désigné.

**823.** Aussi, si un déterminant du type « le » ou « la » retranscrit une énonciation anaphorique en ce qu'il procède à une répétition de ce qui est « déjà là », un pronom relatif, personnel, ou même un démonstratif fonctionnerait de manière déictique. Alors que l'anaphore reste présente chez les démonstratifs du fait de leur usage grammatical, il apparaît qu'elle soit l'essence même des déterminants définis. Il faudra donc distinguer ces deux espèces de déterminant suivant que le premier se caractérise par un fonctionnement anaphorique tandis que le second serait cantonné au domaine de la *deixis*<sup>1053</sup>. De plus, qualifier de propositions relatives les énoncés de la Constitution reviendrait à leur renier la qualité naturelle d'élément principal de par leur solitude énonciative. Malgré cela, ils entretiennent avec l'implicite une relation causale exprimée par le déterminant défini du sujet grammatical<sup>1054</sup>. Dans ce cas, cette relation est construite par un terme qu'Antoine Culioli nomme « repère constitutif » à partir duquel on construit un deuxième énoncé que l'on tire du premier<sup>1055</sup>. Ce repère serait ici l'article défini « le » qui annonce le sujet indéterminé. Il agirait alors comme un dispositif de « fléchage » signalant une réalisation antérieure<sup>1056</sup>. Mais le fléchage peut aussi être déterminé par l'emploi d'un démonstratif, considérant son caractère hybride anaphorique et déictique. Si cette opération linguistique

---

<sup>1053</sup> Cf. FRASER T. & JOLY A., « Le système de la *deixis*. Esquisse d'une théorie d'expression en anglais », *Modèles Linguistiques 1*, 1979, p. 137.

<sup>1054</sup> Cette idée viendrait relativiser l'affirmation d'Olivier Cayla dans sa thèse de doctorat selon qui l'énoncé divin « que la Lumière soit » serait un fait faisant advenir l'objet « Lumière » par le fait de dire, à l'image des énoncés constitutionnels (cf. CAYLA O., *La notion de signification en droit, contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, Thèse dact., Paris II, 1992, p. 525). En effet, le pronom relatif « que » placé en début de phrase renverrait à un élément préconstruit qui fait l'objet de l'énoncé visible. Or ici, il est impossible, outre l'emploi du subjonctif présent marqueur de l'irréel, de considérer cette assertion comme créant l'objet « Lumière ». Cette action serait accomplie par une prédication inexprimée, réactualisée par le pronom relatif « que » qui en serait l'indice.

<sup>1055</sup> Dans l'exemple qu'il donne « on achève bien les chevaux ! », Antoine Culioli identifie le terme « bien » comme un marqueur constitutif d'un énoncé dérivé « alors pourquoi pas les humains ». Il passe néanmoins par un changement de paradigme puisqu'il transforme le repère constitutif singulier « bien » en un autre plus classique de la préconstruction « puisque » (cf. CULIOLI A., *Pour une linguistique de l'énonciation, opérations et représentations, 1*, op. cit. p. 136).

<sup>1056</sup> « Tout comme en français, ou l'on considère que « Les réalisations sur la chaîne de l'opération de fléchage d'un argument sont : l'article défini et l'adjectif démonstratif » » (cf. CULIOLI A., FUCHS C. et PECHEUX M., « Considérations théoriques à propos du traitement formel du langage : tentative d'application au problème des déterminants », *Documents de Linguistique Quantitative*, n° 7, Association Jean-Favard, 1970, p. 35).

peut se faire de deux manières (par un déterminant défini mais aussi par un démonstratif), pourquoi le constituant a fait un tel choix ?

**824.** L'explication de cette option linguistique viendrait d'une différenciation fonctionnelle entre les deux déterminants. En effet, le fonctionnement déictique inhérent au déterminant démonstratif est parfois exclu de l'opération de fléchage<sup>1057</sup> et la réduit à la seule anaphore référencée par le déterminant défini « le » ou « la »<sup>1058</sup>. Cette distinction fonctionnelle entre ces deux déterminants assimilerait alors l'acte énonciatif constitutionnel matérialisé par le choix d'un article défini à un fléchage linguistique plutôt qu'à une deixis. L'emploi du « le » ou du « la » engageant l'énonciation constitutionnelle témoignerait d'un balisage traduisant un lien entre deux états de chose. La fonction signalétique de la détermination du sujet grammatical indiquerait donc un point de départ de l'énonciation constitutionnelle se situant en dehors de l'énoncé visible. Il serait ainsi porteur d'une information contextuelle reproduisant en filigrane l'établissement du fondement sémantique du sujet grammatical de la disposition constitutionnelle. Le caractère anaphorique qui se dégage du déterminant défini constituerait alors le marqueur d'une conceptualisation préconstruite, préliminaire à la création de l'individu.

**825.** De cette manière, l'induction d'un énoncé inexprimé prédisant l'existence du sujet de l'énoncé explicite conduirait à l'identification d'un rôle itératif de la désignation du sujet et l'indication sémantique effectuée par le déterminant défini observable lui conférerait une propriété particulière. Ainsi, il serait, sous la plume d'Anne Jaubert, « à première vue, le reflet de l'énonciation antérieure [et apparaîtrait] comme une extension de l'anaphore et de sa fonction structurante »<sup>1059</sup>. Dès lors, si on apprécie le caractère répétitif de la figure anaphorique, qu'elle soit identifiée dans le corps de la Constitution ou dans les énoncés des droits fondamentaux, celle-ci établirait un cadre lexical spécifiant l'élément à définir. En conséquence, ce capital anaphorique du désignant conduirait à envisager la

---

<sup>1057</sup> Danon-Boileau d'ailleurs a soutenu que le démonstratif relève exclusivement de la deixis (cf. DANON-BOILEAU L., « This, that, which, what et la construction de références », in *Méthodes en linguistique anglaise*, C.I.E.R.E.C., Travaux 39, Université de Saint-Etienne, 1983, p. 35-56).

<sup>1058</sup> Pierre Don Giancarli avance ainsi que « si le fléchage est un phénomène anaphorique, alors il me semble qu'on peut dire que **this** [démonstratif de la langue anglaise] en tant que déterminant n'est pas un marqueur de fléchage » (cf. DON GIANCARLI P., « Le fléchage (spécifique et générique) : opération seconde ou opération double ? Hypothèses à partir des articles et démonstratifs français et anglais », *Cycnos*, vol. 18, *Anaphores nominale et verbale*, n° 2, 2004, §3).

<sup>1059</sup> Voir en ce sens les propos tenus par Anne Jaubert. Elle rajoute d'ailleurs que « revenir sur un déjà dit, c'est à la fois l'explicitier et en confirmer le dire ; c'est aussi réactualiser une base utile à l'articulation de nouveaux contenus » caractérisant l'acte accompli par la prédication explicitement exprimée (cf. JAUBERT A., *La lecture pragmatique*, Paris, Hachette, 1990, p. 116).

réalisation d'une répétition énonciative effectuée au niveau locutoire des énoncés constitutionnels. Il supposerait l'existence d'un acte phatique convenu à l'avance sans qu'il soit besoin de le faire apparaître linguistiquement. Le déterminant défini du sujet constituerait *in fine* un reliquat de cet acte fondateur de concepts, réitéré par l'acte rhétorique de l'énoncé explicite.

**826.** L'examen du sujet dans son entièreté a permis de dégager des capacités singulières à la performativité du langage constitutionnel. Composé de deux éléments aux allures contradictoires, il semble pourtant porteur d'une indication d'un fait latent mais tout de même essentiel, justifiant l'adjonction de deux termes de valeur opposée. Analysés séparément, ils agiraient tels des indices d'une assertion primitive offrant à l'énoncé constitutionnel un contexte sémantique propice à l'élaboration des concepts individualisés qui fait l'objet des prédications observables.

**827.** Ainsi, l'addition d'un sujet à la signification qualitativement minimale, annoncé par un article défini rompant avec cette indétermination validerait l'hypothèse d'une préconstruction antérieure à l'énonciation manifestée par l'acte constitutionnel. Ceci suggérerait alors qu'en plus d'établir des individus conceptuels, le dire du texte fondamental installerait une filiation entre celui-ci et un concept générique, lui aussi engendré par les énoncés prescriptifs, ouvrant la classe à laquelle l'individu appartient. Par conséquent, si ce dont on ne peut parler il faut le taire<sup>1060</sup>, il apparaît que ce qui est tu peut parfois être réhabilité.

## **§2 : Une création générique par des énoncés prescriptifs**

**828.** La mise en avant d'une potentielle création générique, quand bien même elle serait indiquée par certains traceurs linguistiquement observables, ne présuppose pas nécessairement une réalité prescriptive établie comme l'exact miroir des individus. Les classes, rappelées par l'énonciation constitutionnelle, pourraient valablement renvoyer à un acte de langage différent de celui du langage prescriptif. Néanmoins, la dualité créatrice du langage constitutionnel invite à se poser la question d'une réalité, d'un point de vue interne

---

<sup>1060</sup> Cf. WITTGENSTEIN L., *Tractatus logico-philosophicus*, op. cit. p. 107.

au monde constitutionnel, des classes d'objet (A) pour les distinguer de celles construites par la science du droit (B).

### **A/ La réalité des classes d'objets**

**829.** La conception anaphorique des énoncés constitutionnels conduit à envisager une réalité des concepts générique par leur création dans le même temps que celle des individus. Cette réitération implicite ne pouvait se révéler qu'au moyen d'une reconstruction linguistique. A considérer la réalité de la création conceptuelle individualisée, supposer une création générique effectuée simultanément pose la question de la réalité de son produit. Si selon certains points de vue cette réalité demeure difficile à admettre (1), la réalité de l'individu semble rejaillir sur sa classe en ce qu'elle serait tout aussi dépendante d'un acte du langage constitutionnel (2).

#### 1. Une réalité difficile à admettre

**830.** La vision dogmatique des empiristes menés par Guillaume d'Occam a beaucoup œuvré pour renier les théories réalistes de l'époque en détruisant toute idée de réalité de ce qu'ils appelaient les *universaux*.

**831.** Selon les théories empiristes, il serait impossible de percevoir les arbres ou les chiens car les sens ne leur permettraient de voir que des bouleaux, des chênes ou des caniches et des dobermans<sup>1061</sup>. Cette catégorisation serait ainsi qu'un abus de langage, produisant des entités théoriques auxquelles il serait impossible d'inférer une réalité sensible. Aussi, imaginer une existence des concepts généraux reviendrait à conférer celle-ci aux universaux et verser dans une philosophie métaphysique détournée du monde sensible. Une telle hypothèse abonderait dans le sens d'un réalisme platonicien consacrant un monde des Idées dans lequel ces universaux correspondraient à « des entités qui [y]

---

<sup>1061</sup> Hans Hahn traduit parfaitement cette idée en évoquant le fait que « dans le monde sensible, nous trouvons beaucoup de chevaux – mais il y a *un seul* concept « cheval » (cf. HAHN H., « Entités superflues (le rasoir d'Occam) », in *Manifeste du cercle de Vienne et autres écrits*, CARNAP et al., Paris, VRIN, 2010, p. 192).

possèdent une existence réelle »<sup>1062</sup>. Or les empiristes considèrent « superflu d'admettre de surcroît comme existante » ces entités générales tandis que les individus suffisent<sup>1063</sup>. Il est tentant de répondre qu'en ce qui concerne le droit, les entités individuelles évoluent dans un monde non pas sensible mais abstrait. Ne voir que le seul monde sensible comme réel reviendrait alors à nier toute réalité aux concepts juridiques, même individualisés, qui ne pourraient être empiriquement vérifiés et à nier le droit lui-même.

**832.** En second lieu, la philosophie empiriste passe le langage au rasoir, s'attaquant à ce titre aux entités issues d'un simple dire. L'opération mentale qui en découle ferait naître dans l'esprit de l'auditoire la certitude d'un être réel qu'il serait possible d'appréhender<sup>1064</sup>. En ce sens, les classes d'objets se verraient alors dotées d'une existence perceptible par le fait d'être seulement mentionnées. Malheureusement, elles finissent logiquement par être qualifiées d'entités superflues elles aussi « de sorte qu'il ne reste rien d'autres que les entités de notre monde sensible » qui soient « susceptibles d'être vécues »<sup>1065</sup>. Que faire ici pour justifier la thèse d'une création générique armée d'un pouvoir réifiant analogue à celui des faits bruts ? Admettre la véracité de la théorie platonicienne du monde des Idées ? En effet, à l'instar de cette démonstration, la philosophie platonicienne discerne deux états : le visible et l'intelligible. Or, le premier serait illusoire, marqué par des ombres dont la forme n'offrirait qu'une image tronquée de la réalité appartenant au second. Si l'analyse du monde visible ne convient pas à la présente étude, l'idée d'une réalité de l'intelligible par contre présente un intérêt tout particulier. Les entités génériques seraient alors des objets qui n'auraient pour qualité que d'être intelligibles. La vision antique confèrerait donc une existence à ce qui n'est pas possible d'être confirmé par une expérience des cinq sens.

**833.** Si elle permet aisément de faire passer l'établissement langagier des catégories pour une action réalisant effectivement son objet, cette solution reste cependant difficile à accepter. La validité d'un monde des Idées transcendant celui des faits ne convainc pas. La distinction entre cet univers abstrait imaginé par Platon et celui, pourtant tout aussi abstrait,

---

<sup>1062</sup> *Ibid.*, p. 194.

<sup>1063</sup> *Ibid.*

<sup>1064</sup> Hans Hahn encore une fois amène la réflexion sur le terrain du pouvoir de la pensée en arguant le fait qu'elle « surestime la portée des formes linguistiques » en se basant sur l'idée que la philosophie détournée du monde donne une valeur à ce que « là où se trouve un sujet, se présente à l'instant même une entité » (*ibid.*, p. 197).

<sup>1065</sup> *Ibid.*, p. 204.

des concepts du droit paraît nécessaire. Cette différenciation doit se faire sur une base fonctionnelle. En effet, le monde des Idées n'apparaît aux yeux des hommes qu'à travers la conceptualisation des expériences sensibles dans le but de les magnifier en en dégageant l'essence. Cette approche se caractérise donc par une démarche ascendante vers la vérité, donnant cet aspect illusoire au produit de la perception sensorielle. Si elle aussi passe inévitablement par le langage pour exister en raison de son côté immatériel<sup>1066</sup>, l'abstraction juridique fonctionne différemment. Elle procède à une action descendante par laquelle le sensible adviendrait de l'incarnation des concepts linguistiquement formulés. De plus, loin de représenter une essence détachée du monde sensible, l'abstraction juridique et ce dernier sont assurément intimement connectés, et ce car c'est de leur expérience que les concepts tirent leur réalité sensible<sup>1067</sup>. La philosophie réaliste antique ne serait ainsi pas satisfaisante pour cautionner la conception générique.

**834.** Ainsi, élaborer une théorie de la création générique, c'est aussi se heurter à diverses affirmations réfutant l'effectivité de l'existence des catégories d'objet. Pendant longtemps il n'a jamais été admis par la science, et en particulier celle du droit, qu'il puisse exister autre chose que les seuls individus appartenant certes à une classe mais une classe construite *a posteriori* par la doctrine. Or, il semble pourtant que l'étude de la performativité du langage, et *a fortiori* du langage constitutionnel, puisse remettre en cause cette affirmation et révéler une certaine réalité des concepts génériques.

## 2. Une réalité dépendante de l'acte de langage constitutionnel

**835.** Le parallèle entre l'anaphore linguistiquement constatée et la potentielle existence des concepts génériques ne semble pas aller foncièrement de soi. La répétition opérée par les énoncés constitutionnels ne montre au final qu'une référence à une idée quelconque qui pourrait être en dehors du droit. De plus, le caractère virtuel de cette évocation implicite tend à nier toute existence réelle à celle-ci, quand bien même elle ressortirait de certains marqueurs.

---

<sup>1066</sup> Il n'est pas de conceptualisation, de mentalisation, sans l'usage du langage qui façonne les objets dans notre esprit. Ce dernier est indispensable à la constitution des objets mentaux car il est le seul outil dont dispose la conscience humaine.

<sup>1067</sup> Les concepts du droit ne peuvent exister sans leur incarnation ou leur application dans le monde sensible, contrairement aux Idées platoniciennes qui seraient les seules réelles.

**836.** La perspective d'un objet modelable à l'envie conjointement conçu avec l'individu qui en découle a de quoi rendre perplexe. L'artisan qui façonne l'objet de son art ne produit que la pièce unique sans intégrer de phase générique dans son processus créatif. Il semble en être tout autant pour le constituant qui dans l'exercice de son pouvoir créateur ne s'attèle explicitement qu'à faire advenir la chose individualisée. De même, distinguer deux actions sur la base d'une seule qui soit visible – le constituant ne les distingue pas – conduit à se demander si l'on ne court pas après une chimère, une fiction qui n'aurait de réalité que dans l'imaginaire théorique. La créature générique ne serait alors qu'un artefact mythologique éloigné de la réalité des choses.

**837.** Et pourtant, la mise en exergue d'une propriété sui-référentielle de l'énoncé performatif conduit à envisager une solution différente. En effet, Emile Benveniste a rapidement dégagé cet élément inhérent selon lui au performatif, en ce que ce dernier « se réfère à une réalité qu'il constitue lui-même »<sup>1068</sup>. Autrement dit, les marques de cette performativité renvoient à la chose que l'énoncé décrit et construit en la décrivant. Ainsi, si l'énoncé évoque un objet générique, même de manière laconique, il constituerait cet objet par la seule référence à son être. A titre d'exemple, asserter que « la voiture est rouge » reviendrait à disposer dans l'esprit de l'auditeur un objet « voiture » personnalisable qu'on lui représenterait rouge<sup>1069</sup>. L'énoncé refléterait alors toutes les caractéristiques de sa création, tant dans son aspect général (la voiture) que dans son individualisation (elle est rouge). L'énonciation traiterait ici d'elle-même<sup>1070</sup>, et donc de sa performance. En conséquence, chaque trait linguistique exprimerait chacune des particularités de celle-ci et l'acte de parole constituerait son propre référent du fait d'être *sui-référentiel*<sup>1071</sup>.

**838.** L'association sémantiquement contradictoire de l'article défini et du sujet indéfini porterait alors la marque d'une action distincte de celle qui se montre à l'évidence. Et si

---

<sup>1068</sup> De surcroît, il assimile l'énoncé à l'acte même qu'il accomplit (cf. BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale*, I, op. cit. p. 274).

<sup>1069</sup> Henri Atlan affirme d'ailleurs que parmi les capacités et les propriétés de la conscience humaine se trouve la réflexivité du langage qui n'est autre que sa faculté à effectuer un retour sur lui-même. Cette idée se rapproche beaucoup de la notion de sui-référence et corrobore l'hypothèse d'une connexion manifeste entre la teneur sémantique de l'énoncé et la forme de sa création (cf. ATLAN H., « L'usage de l'idée de nature dans le droit des sciences de la vie : les frontières de l'humain », in *Le droit, de quelle nature ?*, ROUSSEAU D. & VIALA A. (dir.), Actes de colloque des 8 et 9 mars 2007, Faculté de droit de Montpellier, Paris, Montchrétien, 2010, p. 91).

<sup>1070</sup> Cf. DUCROT O., *Dire et ne pas dire : principes de sémantique linguistique*, Paris, Hermann, DL, 1991, p. 73.

<sup>1071</sup> Cf. HARARI R., « L'acte de parole : réel et vérité », *Cliniques méditerranéennes*, 2003/2, n° 68, p. 163-173.



comme l'expose Charles S. Peirce « l'aspect constructif du langage ne reflète pas l'essence des objets extérieurs mais les constitue plutôt en les désignant »<sup>1072</sup>, alors la désignation observable sur ces deux unités de signe ne serait purement et simplement qu'une création constitutive d'une chose à part entière, montrant un « lien indissoluble entre langage et réalité »<sup>1073</sup>. Si leur conception est linguistiquement tenable, la question de la réalité des concepts génériques reste toutefois à examiner.

**839.** Cette vision d'un monde réel constitué d'abstraction reste toutefois à explorer. Les travaux du philosophe anglo-autrichien Karl Popper sur une tripartition de la réalité restituent en partie cette idée d'un monde idéal à travers ce qu'il nomme « le Monde 3 ». Ce monde serait constitué d'entités abstraites issues de la conscience collective, tandis que les entités physiques appartiendraient au premier Monde, et les états mentaux au second. Mais surtout ce troisième Monde contiendrait des entités afférant à l'organisation sociale<sup>1074</sup> et semble plaider en faveur d'une réalité des concepts juridiques, qu'ils soient individualisés ou généraux. L'apport de la philosophie de Popper et en particulier sur l'objectivité du troisième monde<sup>1075</sup>, montre que ce qui était affilié à de la métaphysique, et donc inconcevable dans une démarche positiviste, peut être ramené à quelque chose d'expérimentable par le jeu de la pensée<sup>1076</sup>. Il en va de même pour la création générique. Si, certes, elle ne conduit à aucun référent sensible, la construction mentale d'un individu ne peut advenir que s'il lui est donnée une forme préalable et malléable. Cette forme préexiste à l'individu même si sa durée de vie en tant que telle n'équivaut qu'à un claquement de doigt.

**840.** Au-delà, il est possible d'effectuer un parallèle entre ces catégories et des entités fictives, conçues par le langage et dont la réalité est rendue nécessaire pour pouvoir en parler. Jérémy Bentham avait imaginé l'existence d'objets mentaux, fabriqués par le langage et dont on doit parler comme vrais, comme s'ils existaient mais sans vouloir

---

<sup>1072</sup> Cf. PIERCE C. S., *Collected papers*, HARTSHORNE C. *et al.* (dir.), Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1933-1958, pp. 313-314.

<sup>1073</sup> PETEV V., « Virtualité et construction de la réalité sociale et juridique », *in* Archives de la philosophie du droit, le droit et l'immatériel, Tome 43, 1999, p. 30.

<sup>1074</sup> Cf. POPPER K., *La quête inachevée*, Calmann-Lévy, 1989, p. 255.

<sup>1075</sup> Cf. POPPER K., *La connaissance objective*, Flammarion, 1998, p. 249 et s.

<sup>1076</sup> Les normes ne sont observables que parce que nous pouvons les penser, aucune capacité sensorielle ne peut amener à les percevoir et leur réalité ne tient qu'à cette condition. C'est ce fossé entre le possible et l'impossible qui a fait le malheur du positivisme sociologique qui affirmait qu'il était possible d'observer dans la société des normes qu'il fallait reproduire dans le droit. Leur réalité n'est pas sensible, elle est intelligible.

persuader de son existence réelle<sup>1077</sup>. De plus, il affirme le lien consubstantiel entre le langage et l'existence de ces entités<sup>1078</sup>. Il semble alors que les catégories soient de ce genre là. Leur existence n'est due qu'à une création linguistique car rien ne les rattache au monde sensible. En effet, ils ne désignent rien qui puisse être identifié par les sens, et seul le langage permet d'y référer. En outre, le caractère impossible de leur existence convient parfaitement à ce qui est admis de manière générale à propos des universaux. A considérer ces entités comme superflues et à devoir s'en séparer, l'impossibilité de les admettre comme réelles pour rendre compte de ce qui est jurerait avec la possibilité d'en parler. Ce paradoxe oblige à concéder une part de réalité aux concepts génériques, sans quoi leur mention au début de l'énoncé créant l'individu conceptuel serait impossible. Leur conférer un statut d'entité fictive justifierait ainsi le fondement conceptuel de l'individu constitué.

**841.** De plus, il apparaît déroutant qu'un acte qui met en place des entités considérées comme réelles, puisse élaborer des objets qui n'aient qu'une existence imaginaire. Une superposition de deux actions à l'effectivité différente dans un fait simultané paraît peu vraisemblable au regard d'une nécessaire identité de nature entre tous les actes d'un même auteur. En effet, comment expliquer qu'il soit possible d'engendrer deux entités à l'essence discordante au moyen d'un même énoncé ? Une telle conclusion ne peut qu'aboutir à consacrer une schizophrénie du créateur, un Janus énonciateur accomplissant d'un côté un acte de langage métaphysique, et de l'autre un acte de langage physique.

**842.** Pourtant les faits linguistiques traduisent cette dualité d'action. Ceci implique d'admettre une corrélation entre la nature de l'individu et celle du général. Si le premier est réel, il ne peut être autrement que le général le soit aussi. L'analogie entre les deux créations rejaillirait sur leur progéniture, conduisant à envisager une réalité de la catégorie au même titre que l'individu. Aussi en leur qualité d'objets mentaux, ils disposeraient d'une existence équivalente à celle du monde sensible<sup>1079</sup>. Les concepts génériques se

---

<sup>1077</sup> Bentham distingue ces entités qu'il dénomme « entités fictives » des « non-entités », qu'il définit comme des objets imaginaires décrits de sorte à faire apparaître leur existence comme réelle (le Diable par exemple), et des « entités fabuleuses », désignées par des mots après que ceux-ci aient acquis une signification par la désignation d'un objet réel (Cf. BENTHAM J., *De l'ontologie, et autres textes sur les fictions*, trad. J.-P. CLERO et C. LAVAL, Le Seuil, 1997, pp. 85-87).

<sup>1078</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>1079</sup> Paul Amselek exprimait d'ailleurs une opinion comparable en affirmant que « les choses du monde sensible ne sont pas les seules à être réelles ; les produits de l'esprit, actes et objets mentaux, y compris les concepts ou les catégories, sont aussi des réalités » (cf. AMSELEK P., « Les fonctions normatives ou catégories modales », in *L'architecture du droit*, BECHILLON (de) D., BRUNET P., CHAMPEIL-DESPLATS V. *et al.* (dir.), Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Economica, 2006, p. 71).

verraient alors revêtus de cette caractéristique par une naissance linguistique comparable et par son incorporation dans un *logos*, certes atypique par sa dimension elliptique, mais qui n'enlèverait rien aux propriétés internes à l'élément qu'il évince de son énonciation. L'essence du produit serait alors intrinsèquement liée à celle de sa conception aussi abstraite soit-elle. Par conséquent, si l'immatérialité n'exclut pas l'existence, les concepts génériques en seraient alors pourvus juste avant d'être personnalisés par l'énoncé visible.

**843.** Toutefois, il est possible d'objecter leur caractère non juridique. Les concepts génériques ne seraient pas des concepts du droit à part entière du fait de leur naissance et de leur vie en dehors de l'énoncé juridique. De plus, leur utilité limitée seulement à la fourniture d'une base matérielle à la création de l'individu ne permettrait pas de conforter leur réalité en tant que telle. Enfin, leur usage quasi exclusif par la science du droit afin de parler et de construire ces catégories, de sorte qu'elles recouvrent toutes leurs occurrences, tend à envisager l'hypothèse qu'ils ne puissent être qu'un fait scientifique. Elles n'auraient alors qu'une réalité scientifique conduisant à considérer leur essence prescriptive comme illusoire. Cependant, il semble qu'un tel constat puisse être repoussé par une mise en rapport de la forme locutoire de l'énoncé performatif prescriptif et l'existence des concepts génériques.

### **B/ Une réalité différente de la science du droit**

**844.** La création générique se heurte à une vision du droit posant que la catégorisation est assimilée à l'œuvre de la science du droit. Effectivement, il est indéniable que l'activité doctrinale principale est de classer les différents objets juridiques afin de faciliter la compréhension globale du droit et son utilisation théorique. De plus, il est habituellement admis que ce procédé intervient *a posteriori* de l'établissement prescriptif. A ce niveau, la science décrirait son objet sans que son implication dans la création des énoncés constitutionnels ne soit à envisager. Toutefois, la présence des marqueurs de cette prise en compte d'une chose générique au sein d'énoncés dotés d'une objectivité juridique contredirait leur qualité d'œuvre exclusivement scientifique. Aussi, ce qui pourrait conduire à affirmer une nature notionnelle des concepts génériques (1) devra être confronté au lien consubstantiel que l'individu entretient avec sa classe (2).

1. La nature notionnelle des concepts génériques

**845.** Le fait de pouvoir linguistiquement observer une référence aux catégories de concepts s'apparenterait à une référence à l'activité doctrinale. Mais celle-ci conditionnerait-elle la forme générique des concepts individualisés élaborés par ce qu'elle étudie ? Autrement dit, la structuration opérée par une science peut-elle rejaillir sur la forme de son objet ? La distinction entre notion et concept exposée en amont sera ici utile pour explorer la question des catégories juridiques.

**846.** On sait que le concept de Nation et celui de souveraineté nationale existent en droit français sous l'impulsion d'Emmanuel Sieyès, de même pour le peuple et la souveraineté populaire dont la paternité est attribuée à Jean-Jacques Rousseau (pour ne citer qu'eux). De même, le contrôle de constitutionnalité centralisé a une origine théorique dans les écrits de Hans Kelsen, théorie qui s'est vu réalisée dans le droit positif postérieurement à sa théorisation<sup>1080</sup>. Les traces marquant une préconstruction renverraient alors peut-être à ces conceptions doctrinales et matérialiseraient une réception de ces thèses dans l'œuvre constitutionnelle, créant alors un individu esseulé pragmatiquement parlant mais rentrant dans la catégorie façonnée par la science du droit.

**847.** De cette manière, l'hypothèse d'un acte de connaissance inhérent à l'appréhension de la notion contrastant avec l'acte créant le concept permettrait de saisir efficacement ce que seraient réellement les concepts génériques. Qualifier respectivement les énoncés de la science du droit de « notion » et les énoncés du droit positif de « concepts » conduirait à attribuer la qualité notionnelle aux concepts génériques car ils n'auraient pas d'existence prescriptive évidente. Aussi, si certaines traces linguistiques dévoileraient la prise en compte des classes d'objets dans les dispositions constitutionnelles, il serait possible de ne les voir que comme des entités observées par la science mais plutôt comme le résultat d'une réflexion doctrinale à leur endroit. Les désigner comme des « notions » serait alors rendu possible par le simple fait qu'elles n'apparaissent pas en tant que « concepts » visibles dans le texte constitutionnel. Il n'y a que des indices, sujets à interprétation, et nécessitant une reconstruction théorique. Les concepts génériques ne se montreraient alors

---

<sup>1080</sup> La première Cour spécialisée dans la question de la constitutionnalité de la loi a d'ailleurs vu le jour en Autriche sous l'impulsion de Hans Kelsen lui-même. Pour ce qui est du droit français, l'instauration du comité consultatif constitutionnel est évidemment, elle aussi, intervenue après la publication de la notion de contrôle de constitutionnalité centralisé.

pas différents des catégories de la science du droit. Ils ne seraient ainsi l'aboutissement que d'un acte de connaissance et d'une recombinaison pouvant s'avérer vrai ou faux une fois qu'ils sont évalués au regard de la réalité du droit positif.

**848.** D'autre part, si la philosophie néokantienne a anéanti la conception exclusivement descriptiviste de la science et a fait du constructivisme son fondement épistémologique, l'existence des catégories de concepts juridiques serait le fruit d'une construction théorique, leur reniant une réalité autre que doctrinale. Le concept générique de Parlement par exemple ne résulterait alors que d'un examen des différents individus susceptibles d'être observés. Même chose pour le Gouvernement, le Président de la République ou encore du roi et ce constat s'appliquerait aussi aux droits fondamentaux. Dès lors, les concepts génériques dégagés par les propos précédents pourraient n'être finalement que des compositions doctrinales sans revêtir l'habit de concepts du droit positif. A ce stade de la démonstration, tout porte à croire que le général ne serait issu que d'une subsumption des individus dans des catégories artificiellement créées par la science du droit. Elles seraient alors conçues dans le but de « saisir plus pleinement ce qui, dans un phénomène social concret est proprement individuel » et donc « analogique »<sup>1081</sup>. Ainsi la performativité du langage s'appliquant aussi au dire scientifique, il n'y aurait pas de différence entre ces catégories dégagées par l'analyse linguistique des énoncés constitutionnels prescriptifs et celles de la science du droit. A en rester là, il semblerait que la mise en lumière de catégories juridiques ne soit que le fruit d'une construction théorique bornée à une conception idéale du droit sans qu'il soit possible d'y conférer une réalité quelconque. Les concepts génériques ne seraient donc que le produit de propositions scientifiques dont la véracité pourrait être vérifiée.

**849.** Une telle conclusion peut d'ailleurs trouver une confirmation dans la théorie des fonctions du langage. Roman Jakobson pose ainsi une distinction propre aux linguistes séparant ce qu'il nomme le « langage-objet » – parlant des objets – et le « métalangage » – parlant du langage lui-même – et qu'il identifie comme un instrument scientifique<sup>1082</sup>. La solution paraît alors toute trouvée. Du moment que l'indication d'une création, même à l'état de vestige, se rencontre dans l'énonciation du langage-objet (en l'occurrence ici les dispositions constitutionnelles), elle serait disjointe du métalangage et surtout constituerait

---

<sup>1081</sup> Cf. JELLINEK G., *L'Etat moderne et son droit. Première partie : Théorie générale de l'Etat*, préface JOUANJAN O., Panthéon Assas, 2005, p. 56-57.

<sup>1082</sup> Cf. JAKOBSON R., *Essais de linguistique générale : les fondations du langage*, op. cit., p. 217.

un objet d'étude pour ce dernier. Elle ne pourrait alors se voir dotée de la double nature de langage-objet et de métalangage, l'un étant exclusif de l'autre et vice-versa. Cependant, Jakobson continue en disant que le langage de manière générale contient une fonction métalinguistique même si elle n'est pas prédominante comme dans le langage scientifique<sup>1083</sup>. Ainsi, le langage prescriptif, même en tant que langage-objet en quasi-intégralité peut inclure des opérations métalinguistiques. Cette affirmation relativiserait alors le résultat de l'analyse linguistique présentée en amont, en ce que les marqueurs identifiés comme étant de la préconstruction ne seraient alors que le reflet d'une bricole de langage scientifique au sein même du langage prescriptif.

**850.** Cependant, une question se pose : comment expliquer la présence de traces linguistiques manifestant une préconstruction implicite par le dit énoncé ? L'observation de signes indiquant une conception en amont de celle visible tendrait-elle à distinguer une conceptualisation métalinguistique en marge de celle élaborée par le droit positif lui-même ? L'usage de certaines conventions par le langage mis en exergue par John L. Austin semble apporter une certaine lumière sur la présence de ces différents facteurs de représentation. Dans ses investigations relatives à la « vérité » (*truth*), il distingue deux sortes de convention de langage : les conventions *descriptives* mettant en corrélation les mots (en tant que phrases) avec les *types* de situation, chose, événements, etc., que l'on peut trouver dans le monde et les conventions *démonstratives* mettant en corrélation les mots (en tant qu'assertion) avec les situations, etc., *historiques* que l'on peut trouver dans le monde<sup>1084</sup>. Il est donc possible d'en déduire que les conventions *descriptives* renvoient à un certain type d'objet, tandis que les conventions *démonstratives* se réfèrent à des objets localisés dans l'espace et le temps<sup>1085</sup>. Appliquées aux énoncés constitutionnels, ces conventions mettent en avant un référencement particulier, marqué notamment par le couple formé par le sujet grammatical et son déterminant. En effet, suivant l'exemple, utilisé par John L. Austin et repris par François Récanati, « le chat est sur le paillason » (*the cat is on the mat*), la référence effectuée par le sujet grammatical renvoie au type ou à

---

<sup>1083</sup> « Mais le métalangage n'est pas seulement un outil scientifique nécessaire à l'usage des logiciens et des linguistes ; il joue aussi un rôle important dans le langage de tous les jours. Comme Monsieur Jourdain faisait de la prose sans le savoir, nous pratiquons le métalangage sans nous rendre compte du caractère métalinguistique de nos opérations » (*ibid.*, p. 217).

<sup>1084</sup> Cf. AUSTIN J. L., « Truth », in *Philosophical papers*, Oxford, Oxford University Press, 1961, pp. 89-90.

<sup>1085</sup> Cf. RECANATI F., *Les énoncés performatifs : contribution à la pragmatique*, op. cit., p. 230.

l'occurrence en fonction de l'intention de son auteur. Elle identifierait ainsi respectivement l'œuvre de la science et celle du droit positif.

**851.** Aussi, face à l'insuffisance de ces théories, il est indispensable de se recentrer sur la théorie des actes de langage pour tenter de résoudre le conflit de l'existence de la création générique du langage juridique prescriptif face à la création catégorielle scientifique. L'hypothèse d'une énonciation chargée de jugements analytiques tendrait ici à faire apparaître, plutôt qu'une dissociation de nature entre l'individu et sa classe, une identité de nature dès lors qu'ils tiennent leur existence d'un même énoncé.

## 2. Le lien consubstantiel entre l'individu et sa classe

**852.** L'observation d'une énonciation portant sur la mise en place simultanée de l'individu et de sa classe laisse penser qu'ils seraient liés quant à la qualité de leur être. La présence de marqueurs linguistiques véhiculant une opération anaphorique naturelle, la nature itérative de ces marqueurs supposerait une analogie entre l'acte visible et l'acte implicite.

**853.** En premier lieu, il paraît nécessaire de se passer du critère de l'intentionnalité, considérant qu'il est impossible de dégager une intention linguistique spécifique issue du souverain national et que certaines actions de langage peuvent se faire inconsciemment. De plus, il est fréquent que le dire échappe à son auteur et constitue sa propre réalité. Le texte parlant au final de lui-même, l'intention de l'auteur est ici une donnée superflue. Par conséquent, il serait impossible de dégager une référence descriptive ou démonstrative selon les thèses de John L. Austin et de François Récanati. Il faut alors distinguer les valeurs référentielles du sujet grammatical et de son déterminant. Si le déterminant « le » a une valeur démonstrative due à son caractère défini, le prédicat se présenterait comme indispensable en ce qu'il préciserait le sujet grammatical, celui-ci étant *de facto* indéterminé, en raison de la présence même d'un prédicat aux propriétés définitoires. Ces observations conduisent alors à envisager le sujet grammatical comme le reflet d'une convention *descriptive* renvoyant à un type d'objet, alors que son désignant dévoilerait l'emploi d'une convention *démonstrative* signalant une occurrence. Cette dualité référentielle particulière renforcerait la prise en compte, au sein même des énoncés constitutionnels, de deux éléments : l'occurrence matérialisée par l'action combinée de



l'article et du prédicat et le type fixé par le sujet grammatical. Ainsi, la convention *descriptive* ne serait pas l'apanage du seul discours scientifique mais peut aussi se retrouver dans le discours prescriptif, rendant objective la catégorie linguistiquement créée. Un constat en ce sens conforterait l'hypothèse d'une conception générique par les énoncés constitutionnels.

**854.** Dès lors, affirmer une réalité des concepts génériques reviendrait à abonder dans le sens du monde platonicien des Idées. Le résultat de la réflexion de l'Homme serait alors doté d'une objectivité, ce qui confondrait deux états de chose et détruirait la distinction entre théorie et pragmatique puisque la première deviendrait une *praxis* et serait la seule à posséder cette qualité<sup>1086</sup>. Néanmoins, si la fonction de la science du droit est à la fois de décrire et construire son objet, il apparaît soutenable que la conceptualisation générique intervient en amont de sa consécration dans le droit positif. La notion serait ainsi objectivée par le droit qui la consacre expressément dans ses dispositions et deviendrait par conséquent un concept du droit<sup>1087</sup>. Une telle conclusion expliquerait pourquoi le langage constitutionnel contient des traces d'une catégorisation antérieure à la création de l'individu. Une distinction entre des catégories subjectives laissée entre les mains de la science, et sujettes à une discussion continue, et des catégories implantées dans le droit en tant que réalité objective insusceptibles d'une remise en cause théorique, permettrait de conforter l'hypothèse d'une création générique par le passage de la théorie à la pratique.

**855.** Cependant, ce constat ne recouvre qu'une partie des catégories identifiées par le droit constitutionnel. Que faire des catégories qui n'auraient fait l'objet d'une conception notionnelle qu'après leur avènement positif ? La réponse se trouverait dans les fonctions du langage de Roman Jakobson. Selon le philosophe russe, le langage contiendrait une fonction *référentielle*, touchant au *contexte* de l'énonciation. Aussi, les marqueurs

---

<sup>1086</sup> Platon présente d'ailleurs explicitement la réalité sensible comme une « lubie » et ne qualifie de vrai que ce que voit l'Homme tiré de sa caverne et amené à observer le monde à travers la lumière du Soleil, autrement dit la Connaissance (cf. PLATON, *La République*, Paris, Flammarion, 2<sup>ème</sup> édition, 2004, pp. 358-361).

<sup>1087</sup> La souveraineté nationale développée par Sieyès dans son ouvrage d'avant-garde *Qu'est-ce que le Tiers-Etat ?*, reconnaissant une capacité totale et incontournable à la Nation (cf. SIEYES E., *Qu'est-ce que le Tiers-Etat ?*, op. cit., p. 126) se retrouve expressément repris par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, puis dans les dispositions de la Constitution de 1791 à l'article 1<sup>er</sup> du Titre III « La Souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la Nation ; aucune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice ». Quant à la thèse d'une souveraineté populaire emmenée par J.-J. Rousseau dans le *Contrat social*, elle fût vainement consacrée par l'article 7 de la Constitution de l'An I – « le peuple souverain est l'universalité des citoyens français » – mais intégrée comme une alternative dans celle de la V<sup>ème</sup> République aux l'article 3, 11 et 89.

linguistiques déictiques et anaphoriques font apparaître ce contexte, ce co-texte, implicite en replaçant l'énonciation principale dans un ensemble convenu par les interlocuteurs. Les marques référentielles observées dans le langage prescriptif exprimé n'auraient finalement pour objet que de rapporter ce qui a été fait dans une énonciation préalable. En d'autres termes, les indices linguistiques d'une préconstruction seraient pris en charge par la fonction *référentielle*, en situant l'individu dans un contexte substantiel, sémantique et conceptuel, plus général qu'il est difficile d'attribuer à un travail théorique procédant de la science du droit.

**856.** Ces conclusions invitent donc à considérer chacune des énonciations d'une même Constitution relativement à un type d'objet comme les « parties » d'un « tout » que constituerait le concept générique. Le passage par la méréologie de Lesniewski paraît intéressant en ce qu'il entend la notion d'individus comme un non-sens, les présentant comme de simples variables d'une classe<sup>1088</sup>. Cette idée tendrait à mettre la classe au centre de tout, lui conférant une réalité de par l'existence de ces parties<sup>1089</sup>. Dès lors, le Président de la V<sup>ème</sup> République, en tant que partie serait le signe de l'existence du tout « Président de la République ». Sa création serait présupposée par celle simultanée de son individu (ou *ingrédient*). On constate ici un lien inexorable entre la classe et les éléments qui la composent de sorte que l'établissement de ceux-ci n'aille pas sans l'instauration de celle-là.

**857.** Mais si cette théorie méréologique sert implicitement la cause de l'existence pragmatique des classes corrélativement à celle de leurs parties, elle ne permet toutefois pas directement de distinguer le fait de la science et celui du droit prescriptif. En effet, rien n'interdit de prendre les choses dans l'autre sens, le droit ne faisant que créer une partie d'un tout établi par la science du droit, lequel regrouperait plusieurs occurrences temporellement espacées. Cette hypothèse inviterait alors à considérer les concepts créés par le droit constitutionnel comme n'existant pas et ne seraient en définitive qu'une

---

<sup>1088</sup> Sobociński expose, à propos des classes méréologiques de Lesniewski, qu'« au sens collectif, l'expression “classe (a)” indique un objet existant réellement » et serait « composé de tous les objets du domaine des objets a ». En d'autres termes, la classe tiendrait sa réalité de ce qu'elle représenterait l'ensemble de ses variables, lesquelles appartiennent limitativement au domaine de cette classe. Prise au sens « collectif », elle serait alors un ensemble réel car chacune de ses composantes serait réelle. La « classe (a) » est alors réelle, en tant qu'« objet composé uniquement des objets appartenant au domaine » de la « classe (a) » dont la réalité est incontestable. (cf. SOBOCINSKI B., « L'analyse de l'antinomie russellienne par Lesniewski », *Methodos*, vol. 2, 1950, p. 241).

<sup>1089</sup> Cf. LESNIEWSKI S., *Sur les fondements de la mathématique*, KALINOWSKI G. (trad.), Paris, Mouton, 1989, chap. I-III.

déclinaison partielle d'un tout qui ne peut qu'être descriptif. Or, en partant du postulat que le *tout* et sa *partie* sont indissociables et linguistiquement liés, et que les concepts du droit existent nécessairement de manière objective, il est impossible d'assimiler la catégorie dont sont tirés ces derniers à une pure conceptualisation théorique sans retirer du même coup son caractère prescriptif à tout le reste. La balance penche inéluctablement d'un côté ou de l'autre, et la conception de l'individu est expressément exprimée par les dispositions de la Constitution. Au surplus, la réalité des individus conceptuels ne s'inscrit pas dans une linéarité temporelle permettant de réunir, à l'intérieur d'un même tout, l'ensemble des variantes qui pourraient lui correspondre, ou encore les éléments qui s'y rattacheraient.

**858.** Ainsi, si la réalité des concepts génériques pouvait au départ être reniée par une considération exclusivement scientifique de ceux-ci, l'analyse linguistique des énoncés constitutionnels, et notamment des marqueurs relatifs à une préconstruction révélerait une essence différente de l'acte de langage de la science du droit. Consacrée comme l'apanage de celle-ci, la catégorisation trouverait alors les honneurs de l'énonciation créatrice du langage prescriptif par le fait même d'y être intégrée. A la manière d'une archéologie linguistique, il faut alors gratter la surface pour découvrir les ruines d'une énonciation passée inhérente à la partie émergée de la création conceptuelle générique faisant advenir simultanément l'individu et sa classe indépendamment de l'intervention de la science du droit.

**859.** Linguistiquement marquée par le sujet de la prédication et sa désignation par un déterminant, tous deux pourvus d'une valeur représentative à la précision disparate, la réalité d'une création autre que celle du concept individualisé tend à s'opposer à celle de la science du droit en dotant le langage prescriptif d'une faculté analogue. Toutefois, si le niveau locutoire peut parfois suggérer la teneur et l'ampleur de l'acte de langage, le replacer dans son contexte s'avère souvent nécessaire afin de prendre en compte toute l'étendue des informations encadrant l'énonciation. La rupture institutionnelle faisant table rase du passé pour construire à nouveau, la création générique semble bénéficier d'un environnement analogue à celui de la création individualisée, occasionnant du même coup une récurrence identifiable par l'étude du contexte.

## ***Section II : L'identification d'une récurrence de la création générique***

**860.** L'identification linguistique d'une création générique ne semble pas se limiter au texte de la V<sup>ème</sup> République. Cantonner celle-ci à un seul cadre reviendrait à retirer toute effectivité à la précédente démonstration en lui opposant l'état de fait antérieur qui ne satisferait pas aux mêmes conditions. Aussi, l'association entre le contexte de vide dans lequel baigne l'acte constituant, et l'hypothèse d'une élaboration catégorielle dans le même temps que celle de l'individu, conduisent à envisager un rapprochement ontologique entre la rupture et la création générique (§1).

**861.** Cependant, il apparaît que cette séparation entre le droit existant et la nouveauté conceptuelle ne soit pas uniquement le fait du seul texte constitutionnel. Le juge se placerait parfois en porte-à-faux avec ce dernier et élargirait sa création au-delà de la particularisation de ses concepts. La mise en place de concepts *sui generis* ferait alors la part belle à une création générique par l'utilisation récurrente de concepts présentés comme étant de même nature (§2).

### **§1 : Une création liée au contexte de rupture**

**862.** La thèse d'une rupture inhérente au changement de Constitution semble porter en elle un argument supplémentaire à la prise en compte d'une création générique accomplie par l'acte constituant. Ainsi, chaque avènement d'une Constitution serait naturellement précédé d'un vide faisant apparaître la mise en œuvre d'un nouveau texte constitutionnel, un bigbang générateur d'un monde constitutionnel exclusif de l'ancien. Cet univers juridique et politique inédit se traduirait par la création de concepts nouveaux dans un contexte laissant la place à l'élaboration de l'individu et de sa catégorie, cette dernière étant rendue indispensable à l'existence du premier. Dès lors, la conception générique paraît aisément concevable lorsque, lors d'un changement de Constitution, on observe la venue de concepts de types différents de ceux qui étaient antérieurement (A), mais elle requiert un examen plus sérieux lorsque l'enchaînement des Constitutions et de leurs concepts affichent un glissement apparent d'un texte à l'autre. Néanmoins, si le contexte

de rupture institutionnelle dément l'idée d'une permanence conceptuelle, il semble toutefois révéler une continuité dans l'acte de créer le général (B).

### **A/ Une création observable lors d'un changement de Constitution**

**863.** Parallèlement à l'étude des concepts individualisés, affirmer l'existence d'une création générique liée au contexte de rupture requiert un examen empirique des textes qui font partie de l'évolution constitutionnelle française. Le dire constitutionnel, s'il peut varier d'un texte à l'autre, reproduit cependant des formes énonciatives qui ont trait au système linguistique utilisé. Les propos tenus dans les paragraphes précédents au sujet d'une contradiction dénomminative entre le caractère défini de l'article et l'indétermination du sujet grammatical, se retrouve ainsi largement dans toutes les Constitutions<sup>1090</sup>. L'avènement des catégories apparaîtrait alors comme un fait institutionnel observable, que le changement de Constitution aboutisse à un régime différent du précédent (1) ou bien à la reconduction d'un régime du même type (2).

#### 1. La création générique lors d'un changement de régime

**864.** De manière générale, lorsque le constituant choisit de mettre en place un nouveau régime, il fait advenir des objets conceptuels d'un type qui diffère des anciens. La réalité textuelle concernant le choix du chef de l'Etat et/ou du pouvoir exécutif, illustre parfaitement cette idée.

**865.** A titre d'exemple, le Roi de 1791 disparaît en 1795 pour être remplacé par un Directoire républicain<sup>1091</sup> qui lui-même virera au Consulat, prémisse à la venue du type impérial. On passe alors du type de chef unique incarné par l'institution royale à un type

---

<sup>1090</sup> Le concept de souveraineté par exemple résulte presque toujours, quel que soit sa particularisation constitutionnelle du moment, d'un énoncé débutant ainsi « la souveraineté est... ». Il n'existe aucune disposition de quelque Constitution effective que ce soit qui accorde le caractère déterminable du sujet avec son déterminant qui, lui, est toujours doté d'une propriété monstrative. Il est toutefois à noter que l'article 62 de la Constitution de 1793 disposait la création d'un Conseil exécutif de la manière suivante « il y a un Conseil exécutif... », avant de l'individualiser dans la suite de l'énoncé. Une telle forme montre ici la volonté d'explicitier ce qui est fait généralement de manière implicite par l'énonciation constitutionnelle, c'est-à-dire créer des concepts génériques en même temps que leur individualité.

<sup>1091</sup> Il est aussi intéressant de constater que le texte de 1793 prévoyait lui-même le remplacement du Roi par un Conseil exécutif.

pluriel et républicain pour ensuite revenir sur un chef unique mais dont la nature holiste contraste avec le monarque parlementaire<sup>1092</sup>. Cette succession de concepts à l'essence variée ne peut s'assimiler à la déclinaison d'un même type. Chaque nouveauté constitutionnelle opèrerait donc un chamboulement total de l'être existant, renversant la catégorie au même titre que son individu. D'ailleurs, le lien de causalité qui lie les deux ne peut que corroborer une telle analyse. En effet, le Directoire républicain du 5 fructidor An III ne peut procéder de la classe « Roi » puisqu'il ne possède pas les caractéristiques essentielles d'un tel type. De même, s'il tend à perpétuer une tradition républicaine à travers une nomination « élective », le Consulat ne correspond pas au modèle de démocratie nationale promu par la Constitution de 1795 qui faisait élire le Directoire par l'assemblée représentative de la Nation<sup>1093</sup>. Enfin, l'Empire établit une filiation de sang inhérente à la qualité d'Empereur ce qui empêche de l'inclure dans la catégorie de son prédécesseur<sup>1094</sup>.

**866.** Le long questionnement sur le choix du régime après le second Empire, et en particulier sur le type de chef de l'Etat à établir<sup>1095</sup>, finit de conforter l'hypothèse d'une création autant générique qu'individuelle lorsque la rupture avec le droit existant est consommée par la mise en place d'un système différent de l'ancien. Le constituant innoverait alors sur toute la ligne révolutionnant l'état de chose constitutionnel et s'adonnant à une Genèse conceptuelle donnant la vie suite à une table rase institutionnelle, non seulement à un concept personnalisé mais aussi à la classe à laquelle il appartient. Mais ceci ne concerne pas uniquement le corps de la Constitution. L'histoire des droits fondamentaux apporterait aussi quelques données exploitables en faveur de la thèse de la création générique.

---

<sup>1092</sup> Le Consulat, s'il est caractérisé par un triumvirat n'en reste pas moins marqué par une hiérarchie au profit du premier Consul, supplantant généralement les deux autres qui ne semblent être là que pour donner l'image d'un contrôle du premier, contrôle seulement en apparence au regard du charisme de Napoléon Bonaparte et surtout du passage rapide (deux ans seulement) d'un mandat de dix ans à un mandat à vie.

<sup>1093</sup> Le choix du Sénat conservateur plutôt qu'une assemblée représentative de la Nation tranche tout de même avec le principe d'une légitimité démocratique esquissé par le système antérieur.

<sup>1094</sup> Ces remarques s'accordent aussi avec la succession Monarchie-République-Empire de 1814 à 1870.

<sup>1095</sup> Les tergiversations au sein de l'Assemblée avant 1875 sur la restauration de la Monarchie avec l'accession au trône du Comte de Chambord ou bien un Président de la République démocratiquement élu renvoie au choix du type de chef et de régime. Aussi, l'option mise sur une Présidence de la République confirmerait la création de cette même catégorie.

**867.** La Constitution du 5 Fructidor An III fournit un exemple assez remarquable<sup>1096</sup>. En effet, certains éléments n'apparaissent pas dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Le concept de *crime* (qui n'a pas tout à fait la même forme qu'aujourd'hui)<sup>1097</sup> représente une innovation constitutionnelle de par son absence dans la déclaration précédente. De même, le concept d'effet rétroactif ne figure au panthéon constitutionnel que depuis sa consécration dans la même déclaration<sup>1098</sup>. Aussi, l'ouverture de classe est ici aisément identifiable en ce qu'elle fait advenir de nouveaux objets « droits fondamentaux » dans le monde constitutionnel créé par le texte du 5 Fructidor An III. Cependant, si elle possède la faculté de créer des concepts inédits, l'énonciation constitutionnelle dispose également de son corollaire : celle de les faire disparaître. Par exemple, la résistance à l'oppression mise en avant par le texte de 1789 au titre des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme<sup>1099</sup> est abandonnée par le constituant de l'An III qui préfère s'en affranchir. Ceci montre de manière évidente que la création conceptuelle ne peut se résumer à une simple personnalisation des concepts déjà présents et inaugurés par une Constitution antérieure.

**868.** Malgré cela, la Constitution du 5 Fructidor reste tout de même dans une certaine mesure comparable au texte de 1789, mais elle se caractérise toutefois par une déclaration atypique et unique en son genre. En effet, elle intègre dans son préambule en sus de droits plutôt classiques, une déclaration des devoirs du citoyen. Ainsi, outre la catégorie des « devoirs » qu'aucun autre univers constitutionnel n'a connu, cette section de la I<sup>ère</sup> République crée de toute pièce les concepts de « bon citoyen »<sup>1100</sup> et d'« homme de bien »<sup>1101</sup>. Si leur côté unique implique que l'individu et sa catégorie se superposent parfaitement, il est indéniable que leur originalité offre à la thèse de la création générique par l'énonciation constitutionnelle un argument de poids. Le constituant de 1795 utilise

---

<sup>1096</sup> Les propos suivants concerneront essentiellement cette Constitution ; les remarques qui découleront de son examen sont largement transposables aux autres textes qui disposent un régime différent de celui établi par la Constitution précédente.

<sup>1097</sup> Art. 13 de la section « droits » de la Déclaration des Droits et des Devoirs du Citoyen de 1795 : « tout traitement qui aggrave la peine déterminée par la loi, est un crime ».

<sup>1098</sup> Art. 14 de la section « droits » de la Déclaration des Droits et des Devoirs du Citoyen de 1795 : « aucune loi, ni criminelle ni civile, ne peut avoir d'effet rétroactif ».

<sup>1099</sup> Art. 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et *la résistance à l'oppression* ».

<sup>1100</sup> Art. 4 de la section « devoirs » de la Déclaration des Droits et des Devoirs du Citoyen de 1795 : « nul n'est bon citoyen, s'il n'est bon fils, bon père, bon frère, bon ami, bon époux ».

<sup>1101</sup> Art. 5 de la section « devoirs » de la Déclaration des Droits et des Devoirs du Citoyen de 1795 : « nul n'est homme de bien, s'il n'est franchement et religieusement observateur des lois ».



d'ailleurs une forme énonciative qui peut être transposée en un énoncé analogue à ceux présentés en amont de cette analyse. « Nul n'est bon citoyen, s'il n'est bon fils, bon père, bon ami, bon époux » peut se réécrire « le bon citoyen est bon fils, bon père, bon frère, bon ami, et bon époux ». Il supposerait alors un énoncé préalable équivalent à « il y a un [concept de] bon citoyen ». Enfin, la rupture avec l'état de chose existant est ici criante, et le caractère innovant de cette donnée constitutionnelle réaffirme que la rupture interconstitutionnelle offre un terrain favorable à une dualité créative engageant l'élaboration du concept générique en même temps que de celle l'individu.

**869.** Dès lors, quand le constituant décide de changer de régime, il semble qu'il s'adonne à un bouleversement généralisé détruisant l'ordre établi pour en instaurer un nouveau différent. Ainsi, ce chamboulement s'accompagnerait d'un remplacement du type en plus de l'individu, confortant l'idée d'une création générique. Cependant, si cela paraît logiquement concevable lorsque la nature du nouveau régime contraste avec l'ancien, l'analyse des situations se traduisant par une succession de régimes comparables ferait apparaître certains éléments qui iraient dans le même sens.

## 2. La création générique lors de la reconduction du régime précédent

**870.** Les monarchies du XIX<sup>ème</sup> siècle disposent une structure institutionnelle à peu de choses près identique. Leur Charte affichant une continuité en apparence<sup>1102</sup>, il n'est guère surprenant d'y voir une réactualisation de l'état de chose existant. Néanmoins, si la création générique se caractérise souvent par l'apparition ou la disparition de certaines catégories de concepts, la section concernant le droit public des français présente une particularité, certes minime, mais qui corroborerait l'hypothèse d'une mise à disposition du type entre les mains du constituant.

---

<sup>1102</sup> Il est particulier d'observer ici que la Charte constitutionnelle de 1830 débute comme suit : « LOUIS-PHILIPPE, ROI DES FRANÇAIS, à tous présents et à venir, SALUT. NOUS AVONS ORDONNÉ ET **ORDONNONS** que *la Charte constitutionnelle de 1814, telle qu'elle a été amendée* par les deux Chambres le 7 août et acceptée par nous le 9, *sera de nouveau publiée* dans les termes suivants ». Le caractère jésuitique de cette énonciation transparait cependant par l'association d'un pseudo amendement avec une publication nouvelle ordonnée par le Roi. Si la révision ne suppose pas qu'on réédite l'intégralité du texte modifié, ordonner de le faire suggère que la mise en vigueur du texte établi précédemment dépend d'une volonté autre que celle d'origine.

**871.** A ce titre, la Monarchie parlementaire de la Restauration établit une religion de l'Etat personnifié par le catholicisme apostolique et romain<sup>1103</sup> et, ce faisant, élabore le concept générique de « religion de l'Etat » tout en l'individualisant par son incarnation chrétienne spécifique<sup>1104</sup>. Or, la Charte de la Monarchie de Juillet ne reconduit pas ce type de concept, tout énoncé dont l'objet serait son établissement dans l'ordre juridique constitutionnel de 1830 ayant disparu. Cette absence démontre le caractère arbitraire du traitement fait à ce concept qui, au gré de la volonté du constituant se trouve tantôt ancré dans la réalité du monde constitutionnel, tantôt anéanti par le choix politique du moment. Le *gymkhana* effectué par la catégorie conceptuelle de « religion de l'Etat » conforterait ainsi l'idée que le phénomène de constitutionnalisation produit à la fois des individus, mais instituerait aussi des catégories.

**872.** Une autre illustration intéressante concerne le sort réservé aux droits fondamentaux par les mouvements constituant du XX<sup>ème</sup> siècle. L'enchaînement quasi continu du système républicain ne paraît pas aller à l'encontre des allégations soutenues jusqu'ici. Le constat d'une évolution croissante de la protection des libertés des citoyens ne laisse subsister aucun doute sur l'apparition graduée de déclaration de droits depuis la III<sup>ème</sup> République. L'absence de la traditionnelle garantie des droits fondamentaux dans les lois constitutionnelles de 1875 pose la question de leur retour en 1946. Le constituant semble disposer de ces derniers sans que l'exigence d'une continuité ne se pose. Rien ne suppose celle-ci dans l'examen du clignotement existentiel qui caractérise la survie des droits de 1789<sup>1105</sup>, évincés de la Constitution à la fin du II<sup>nd</sup> Empire puis « réaffirmés solennellement » par le Préambule du texte de 1946<sup>1106</sup>. Ces allées et venues entre l'être et le néant suggèrent un caractère aléatoire de leur existence et notamment leur subordination au bon vouloir politique du moment. Mais surtout, le fait que l'on opte pour leur réaffirmation invite à considérer leur recreation dans leur ensemble, tout comme le silence à leur sujet conduit à penser une action inverse. Si les individus ont pu évoluer avec le

---

<sup>1103</sup> Art. 6 de la Charte de 1814 : « Cependamment la religion catholique, apostolique et romaine est la religion de l'Etat ».

<sup>1104</sup> Si la forme énonciative paraît différente de celle grâce à laquelle fut dégagée la création générique par l'inversion procédée entre le sujet définissable et sa configuration actualisée, il est pourtant possible d'opérer un renversement de la proposition en la formulant ainsi : « la religion de l'Etat est la religion catholique, apostolique et romaine », ce qui correspond au standard moderne de l'énonciation constitutionnelle.

<sup>1105</sup> Ces droits étaient pourtant à l'honneur dans la Constitution de 1852 (art. 1 : « la Constitution reconnaît, confirme et garantit les grands principes proclamés en 1789, et qui sont la base du droit public des Français »).

<sup>1106</sup> « Il [le Peuple français] réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789... »

temps dans les différentes occurrences de certains après la Révolution, leur oubli formel expliquerait qu'ils n'aient pas été reconduits tant dans leur individualité que dans leur généralité. Idem pour leur résurrection en 1946.

**873.** De plus, les propos tenus plus haut sur la Déclaration des Devoirs du Citoyen de 1795 peuvent facilement s'appliquer à la naissance des droits sociaux. En effet, le caractère inédit des droits reconnus par le Préambule de la Constitution de la IV<sup>ème</sup> République ne peut que susciter l'hypothèse d'une création intégrale que ce soit de leur particularité qui en fait des droits singuliers, distincts d'une éventuelle adaptation, ou bien de leur forme générale<sup>1107</sup>. Penser une création générique de catégories conceptuelles devient alors accessible sans que puisse être remis en cause une analyse historiciste, celle-ci ne se basant pas sur le même plan. L'art constitutionnel observé à un instant « T » ne pourrait donc être vu que comme un simple agencement d'individus sans au préalable s'acquitter de leur paternité conceptuelle. Il est alors difficilement tenable d'affirmer que l'acte constituant n'institue pas des catégories qui ne seraient que pure métaphysique sans occulter une partie de son œuvre.

**874.** Mais si les droits fondamentaux jouent en faveur de cette vision de la création constitutionnelle, l'élaboration des institutions étatiques ne semble pas en reste. A ce titre, l'innovation conceptuelle de la IV<sup>ème</sup> République ne s'arrête pas aux droits fondamentaux. A la liberté du Législateur de 1875, le texte d'après-guerre répond par la création d'un nouveau type d'institution chargé de veiller à la conformité de la loi aux dispositions de la Constitution. Qu'il prenne le nom de Conseil constitutionnel, comme sous la V<sup>ème</sup> République ou de Comité constitutionnel comme en 1946, le concept générique de « contrôleur de la constitutionnalité de la loi » naît *ex nihilo*<sup>1108</sup>, en même temps que sa première occurrence et contient des caractéristiques générales qui, nonobstant des capacités variées de sanction et des fonctions annexes diverses, satisfait aux propriétés communes à tous ses individus correspondant à une structure collégiale et dont le rôle

---

<sup>1107</sup> Le libellé de l'annonce de ces droits dans le Préambule de 1946 en est tout à fait éloquent. Le peuple français, « proclame *en outre* [...] les principes politiques, économiques et sociaux ci-après », locution signifiant un rajout à ce qui a été fait précédemment et ne s'appuyant sur aucun pré-requis.

<sup>1108</sup> On remarquera toutefois la proposition d'Emmanuel Sieyès lors des débats concernant la Constitution de l'An III, à l'occasion desquels il suggérait la mise en place d'un « jurie constitutionnaire », un tribunal chargé de la question des droits de l'Homme (cf. BASTID P., « Opinion du 18 thermidor, an III », in *Les discours de Sieyès dans les débats constitutionnels de l'an III (2 et 18 thermidor)*, Thèse complémentaire, Paris, Hachette, 1939, p. 42).

serait de défendre une certaine hiérarchie des normes<sup>1109</sup>. L'invention produite par le dire constitutionnel après la Libération s'inscrirait ainsi non seulement en porte à faux avec le droit existant jusqu'alors, en contrariant le monopole législatif<sup>1110</sup>, mais initierait aussi une nouvelle classe d'objets constitutionnels. Dès lors, l'origine du contrôleur de la conformité de la loi à la Constitution montrerait une fois encore que l'œuvre du constituant dépasse la seule confection de concepts individualisés.

**875.** Par conséquent, la création générique peut s'observer empiriquement. Si le langage produit les marques suffisantes d'une construction préalable, le contexte permet aussi de conforter cette hypothèse en offrant un environnement vide de tout matériau imposé. L'élaboration d'une nouvelle Constitution, quel que soit le type de régime qu'elle instaure ferait alors exister des objets différents par leur conception tant individuelle que générale. Mais certains faits posent toutefois problème. Que faire de cette création générique lorsque le constituant reproduit la même catégorie pour ne faire que la personnaliser en fonction du cadre constitutionnel qu'il institue ? Ne faut-il pas admettre une permanence conceptuelle à un certain degré ? Or il semble que le lien entre rupture et création générique ne peut survivre que s'il est admis, non pas une continuité de la création dans un cadre initialement établi par la première occurrence, mais la continuité d'un acte de création générique, qui renouvellerait son œuvre à chaque avènement d'une Constitution.

## **B/ Une création continue**

**876.** La reconduction de certains concepts, quelle que soit la nature de la transition, pourrait remettre en cause la création de concepts génériques. En effet, à supposer que cette étape existe bien, l'analyse historique de l'enchaînement des différentes Constitutions françaises laisse transparaître une continuité des classes d'objets constitutionnels. La conservation de certaines catégories de concepts peut créer l'illusion d'une permanence conceptuelle (1). C'est alors l'interruption conceptuelle qui révélera la création générique malgré la reprise d'une classe ancienne (2).

---

<sup>1109</sup> Telles pourraient être désignées les caractéristiques principales et communes du Comité et du Conseil constitutionnel.

<sup>1110</sup> Même si son réel pouvoir est, comme l'indique d'ailleurs l'alinéa 3 de l'article 91 de la Constitution du 27 octobre 1946, d'examiner « si les lois votées par l'Assemblée nationale supposent une révision de la Constitution » et non celle-ci empêche la promulgation de celle-là.

1. L'illusion d'une permanence conceptuelle

**877.** Lors d'une succession d'un même régime, l'hypothèse d'un glissement semble plutôt manifeste. Les deux monarchies du XIX<sup>ème</sup> siècle s'inscrivent dans ce raisonnement en réitérant les mêmes institutions à peu de choses près. La forme du Gouvernement du roi, un Parlement bicaméral aux chambres désignées de manière quasi identique, un ordre judiciaire dont la justice émane du Roi tout comme la nomination des juges. Jusqu'à l'agencement du texte même de la Charte, tout paraît comparable, excepté de légères modifications qui pourraient facilement s'apparenter aux conséquences d'une révision constitutionnelle. Même chose pour les trois Républiques s'enchaînant de 1875 à aujourd'hui. La structure institutionnelle triadique agencée autour d'un Parlement composé de représentants de la Nation, d'un Président de la République élu par les représentants du peuple, d'un Gouvernement responsable devant l'assemblée parlementaire se retrouve dans les trois textes constitutionnels. Seul changement d'une Constitution à l'autre : les relations entre ces pouvoirs<sup>1111</sup>. La continuité, tout du moins au niveau générique, apparaît alors comme une évidence et suppose qu'on n'y voit pas de création de ce type autre que celle effectuée à l'origine de cette succession consécutive.

**878.** Concernant les droits fondamentaux, la donne s'avère être identique. Les monarchies de la Restauration et de Juillet illustrent bien cette idée de continuité. Leur apparence quasi identique et leur différence ne portant que sur des points de détails<sup>1112</sup> font aussi penser à une évolution de ce qui était, sans pour autant changer l'ensemble, occasionnant un glissement des concepts qui en découlent et non une refonte totale. Un constat semblable peut être effectué lors de l'enchaînement de la IV<sup>ème</sup> République et de la V<sup>ème</sup>. La reprise *in extenso* du Préambule de 1946 et la reconduction (quand bien même elle serait explicitée) de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 invite à pencher vers une permanence conceptuelle excluant la nouveauté et favorisant la consécration d'un glissement au niveau de la catégorie comme de l'individu.

---

<sup>1111</sup> Si bien que la IV<sup>ème</sup> et la V<sup>ème</sup> République peuvent passer pour une rationalisation du régime établi par le constituant de 1875 sans qu'on touchât réellement aux concepts en eux-mêmes. Leur singularisation est certes différente et modulée selon un impératif d'efficacité mais l'ensemble ne paraît pas fondamentalement bouleversé.

<sup>1112</sup> La religion catholique, apostolique et romaine qui est la religion de l'État en 1814 (art. 6 de la Charte constitutionnelle de 1814), ne l'est plus en 1830 mais reste tout de même financée par l'État. De même pour le Trésor royal qui devient Trésor public.

**879.** De plus, même lorsque le changement de Constitution aboutit à une succession de régimes différents, les concepts se voient parfois dotés d'une certaine pérennité. L'institution d'un Parlement pour n'évoquer qu'elle, traverse véritablement les âges car toutes les Constitutions qu'elles soient monarchiques, impériales ou républicaines consacrent l'existence d'une assemblée délibérative chargée de l'adoption de la loi. Quelle que soit sa variante – une ou deux chambres, des noms et des légitimités représentatives divers et variés – le principe demeure le même. Ceci pourrait valablement attester d'une continuité sans équivoque par la reconduction durable d'une institution et de son adaptation à tout type de système politique.

**880.** Des remarques analogues peuvent être formulées concernant les droits fondamentaux. Les différentes déclarations de droits font certes état de modifications multiples mais elles reconduisent tout de même plusieurs éléments à l'identique<sup>1113</sup>. Dans une même optique, la conception de la liberté de la Charte de 1830, rejoint largement celle de la Constitution de la II<sup>nd</sup>e République<sup>1114</sup>, tout comme celle de la censure qui ne peut être rétablie, ou encore de la possibilité d'un sacrifice d'un bien par le citoyen<sup>1115</sup>. Tous ces exemples montreraient ainsi qu'un fil conducteur pourrait être mis en avant au niveau de l'universalité conceptuelle. Les caractéristiques générales des individus ne seraient alors pas soumises au changement qui ne porterait que sur les cas particuliers dont la singularisation serait subordonnée à la nature du régime choisi. Une telle affirmation confirmerait l'analyse historique visant à concéder une part de permanence dans l'avènement des concepts constitutionnels les faisant reposer sur une base préétablie par les différents constituants qui l'ont précédé. Ce regard porté sur la constitutionnalisation mènerait à considérer l'œuvre constitutionnelle comme un palimpseste, un texte écrit en plusieurs temps et à plusieurs mains<sup>1116</sup>.

**881.** Cependant, l'hypothèse d'une rupture institutionnelle tend à relativiser cette vision historiciste des choses. Il est vrai que ces différents concepts portent le même nom (le Roi, le Président de la République, le Parlement...) et que la reconduction de cette

---

<sup>1113</sup> La liberté consiste toujours à pouvoir faire ce qui ne nuit pas à autrui, la loi est toujours l'expression de la volonté générale et doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. De même ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut toujours pas être empêché et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas dans les deux régimes pourtant différents.

<sup>1114</sup> « L'arrestation ne peut se faire que suivant les prescriptions de la Loi ».

<sup>1115</sup> Selon dans les deux cas un intérêt public légalement constatée, et moyennant une juste et préalable indemnité.

<sup>1116</sup> Voir sur ce point GENETTE G., *Palimpsestes. La littérature au second degré*, Paris, Le Seuil, 1982.

dénomination, quand bien même elle ne représenterait pas le même individu conceptuel, semble incompatible avec l'idée d'une rupture totale et confirmerait celle d'une permanence au moins au niveau de la désignation. Ceci serait alors le signe d'une conception générique historicisée, trouvant son origine dans la seule première apparition de la catégorie. Mais cette hypothèse semble contrariée par un phénomène particulier : la réapparition de certaines catégories après leur disparition.

## 2. Une création générique révélée par l'interruption conceptuelle

**882.** Certaines catégories de concepts disparaissent après leur mise en place puis reviennent dans la Constitution suivante. A titre d'exemple, la première Constitution de 1791 consacrait le Roi comme chef de l'Etat. Or cette institution disparaît dans le projet de 1793 jusqu'en 1814 où cette institution est rétablie. L'existence de l'Empereur a, elle aussi, souffert de cette contingence, naissant à la fin du Consulat pour laisser la place au Roi puis au Président de la République pour enfin revenir en 1852 suite à la décision de Louis Napoléon Bonaparte. Et ce constat s'accorde aussi avec l'instauration d'une présidence de la République.

**883.** Cette ligne entrecoupée empêcherait de voir une permanence des concepts, même génériques<sup>1117</sup>. Ce va-et-vient s'expliquerait par une volonté du constituant d'établir ou de rétablir telle ou telle institution ou tel ou tel concept fondamental. De plus, la réapparition de certaines catégories conforterait la thèse d'une création générique au-delà de sa naissance dans un texte précédent. L'interruption qui s'intercale entre ces deux moments appuierait ainsi le caractère volontariste de la remise en place de l'institution ou du droit fondamental. En effet, comment justifier qu'une catégorie perdure au delà des aléas de son individualisation alors que son établissement lui-même est soumis aux desideratas du constituant, décidant si oui ou non il la reconduit ? C'est bien évidemment ici la théorie de la décision qui rend toute sa compréhension à ce phénomène<sup>1118</sup>.

---

<sup>1117</sup> Tout du moins en ce qui concerne la période instable allant de la Révolution à la III<sup>ème</sup> République ; encore que le régime de Vichy, s'il est régulièrement qualifié de « parenthèse » (jusque dans le discours du Général de Gaulle à la Libération), peut néanmoins attester d'une instabilité même lors de la succession des trois dernières Républiques.

<sup>1118</sup> Certains diraient qu'il est normal et évident que lorsque la nature du régime change, certaines institutions comme le Roi disparaissent pour laisser la place à d'autres plus appropriées. Mais là encore, qu'est-ce qui justifie ce choix ? Est-ce que le concept générique du Roi conserve son existence même lors de



**884.** Néanmoins, la conservation du modèle républicain associé au régime parlementaire depuis la III<sup>ème</sup> République suggérerait l'absence d'un réel moment constituant et consacrerait une simple mutation du régime de 1875 jusqu'à aujourd'hui<sup>1119</sup>. Or une fois de plus, quelle explication donner au changement de République ? Comment appréhender sous cet angle de vue le fait que la rédaction du texte constitutionnel soit reprise dans son entièreté ? La conjonction de ces deux éléments contradictoires laisse penser que ce qui fut précédemment diffère de ce qui est au moment de la constitution du nouveau monde politique. Loin d'une transition occasionnant un glissement conceptuel sans cassure, d'un état de chose vers un autre, il apparaît nécessaire de considérer encore l'idée d'une rupture institutionnelle entre les textes constitutionnels. La prise en compte de l'hypothèse d'une volonté politique permet ici de comprendre pourquoi, alors que tout est modifié, le constituant opte pour une version révisée (optimisée ?) de l'être antérieur. La IV<sup>ème</sup> reconduit un Président de la République, relativement semblable à celui de la III<sup>ème</sup>. Cependant le projet du Général de Gaulle prévoyait autre chose<sup>1120</sup>. De plus, le texte constitutionnel du 19 avril 1946 rejeté proposait une assemblée unique élisant le Président de la République (art. 93) et le Président du Conseil des Ministres (art. 51). La différence entre cet état de chose et celui qui serait adopté le 27 octobre illustre parfaitement que tout est une question de choix.

**885.** Impossible ici de voir dans la IV<sup>ème</sup> République une simple révision de la III<sup>ème</sup>. En effet, les vicissitudes sur la forme et les poids politiques des institutions qui ont précédé la rédaction et l'adoption de la Constitution du 27 octobre 1946, ne laisse aucun doute à ce sujet. Et ce constat reste le même pour la V<sup>ème</sup> République. Correspondant aux aspirations du Général de Gaulle, elle consacre un monde opposé à celui de la IV<sup>ème</sup>. Etant alors en

---

l'avènement de la République et serait mis en sommeil pour cause d'inadéquation avec celle-ci ? Non, il disparaît puis réapparaît par le jeu des volontés politiques. La naissance difficile de la République après le II<sup>nd</sup> Empire atteste de ce caractère volontariste. Les longues discussions au sujet du choix d'un gouvernement monarchique ou républicain faisant voir le jour à une créature hybride montrent bien que l'existence de telle ou telle catégorie n'allait pas de soi mais qu'il fallait décider de la recréer dans son entièreté. De la même manière, la réédition en 1830 de la Charte de 1814 amendée est un « ordre » du Roi, lequel ordre n'est autre qu'une décision politique ici explicitement exprimée.

<sup>1119</sup> Ceci pourrait expliquer à l'image d'un palimpseste que même sous une même République, il n'y ait jamais eu de réelle stabilité, la III<sup>ème</sup> ayant subi des évolutions à travers la Constitution Grévy, puis une rationalisation donnant lieu à une IV<sup>ème</sup> République, rationalisation poussée à l'extrême par la V<sup>ème</sup> qui se transformera petit à petit en régime présidentiel. Cet acheminement institutionnel traduirait l'idée d'un texte unique, remaniés plusieurs fois mais jamais réellement remplacé.

<sup>1120</sup> « C'est donc du chef de l'État, placé au-dessus des partis, élu par un collège qui englobe le Parlement mais beaucoup plus large et composé de manière à faire de lui le président de l'Union française en même temps que celui de la République, que doit procéder le pouvoir exécutif » (voir en ce sens le discours du Général de Gaulle prononcé à Bayeux le 16 juin 1946).

présence d'un réel moment constituant, la question du choix politique justifie que l'œuvre constitutionnelle se fasse en deux temps – la catégorie et l'individu – quand bien même la première serait analogue à l'ancienne : c'est une volonté du constituant, un construit et non un donné précédant l'énonciation nouvelle. Cette hypothèse laisse ainsi entrevoir l'existence avérée des deux actes d'ouverture choisie d'une classe et de la constitution de l'individu qui y appartient.

**886.** En outre, le renouvellement du parlementarisme poserait le problème d'une continuité conceptuelle de l'institution du Parlement dans sa forme générique. En effet, quel que soit le régime – monarchique ou républicain – on retrouve une assemblée délibérante chargée du vote de la loi. Mais ces systèmes s'accordent facilement avec le principe du parlementarisme ce qui expliquerait qu'ils soient traditionnellement associés à l'instauration d'un Parlement<sup>1121</sup>. Toutefois, les régimes français sur le modèle dictatorial sont aussi assortis d'assemblées délibérantes<sup>1122</sup>. Que faire sinon admettre une permanence du concept générique de Parlement, seule institution à avoir traversé les âges et les systèmes ? Car même si l'individu se rencontre sous des aspects divers et variés, le général, lui, ne change pas. C'est à travers cette alliance aux allures quasi oxymoresque – l'idée d'un dictat n'allant pas naturellement de paire avec celle de la délibération – que se trouve, au sens de cette étude, l'explication de cette continuité. L'instauration d'un Parlement peut se voir comme une façon de susciter l'adhésion, une manière de faire passer la pilule en concédant une bribe de contrôle sur l'action du décideur. Un choix politique une fois de plus. Et il semble aller de même pour la reconduction du régime républicain après 1875. L'ancrage dont il bénéficie dans les esprits de par la longévité de la III<sup>ème</sup> République, ne fait qu'appuyer ce choix de sorte qu'il obtienne l'assentiment général<sup>1123</sup>. Ainsi, tout serait affaire de volonté politique au moment de la création de la Constitution. La rupture étant consommée, le constituant ferait alors voir le jour à l'ensemble des concepts constitutionnels propres au nouveau monde, mais aussi à leur catégorie sans laquelle les premiers ne peuvent avoir d'existence.

---

<sup>1121</sup> Le régime parlementaire étant né sous la monarchie et la République ne se concevant pas sans la présence d'un Parlement, quand bien même le régime serait présidentiel, leur association relèverait d'une coutume politique faisant office d'une norme et marquerait du sceau de la continuité conceptuelle tout avènement d'un régime de ce type.

<sup>1122</sup> Les I<sup>er</sup> et II<sup>nd</sup> Empires sont pourvus d'un Sénat et d'un Corps législatif confirmant la permanence du concept parlementaire.

<sup>1123</sup> D'autant que cela n'empêche pas qu'en cas de crise, l'option se porte sur un système autoritaire comme en 1940, où le contexte de conflit aurait permis qu'on supplantât le Parlement en donnant les pleins pouvoirs au Maréchal Pétain.

**887.** Ces développements semblent aussi s'accorder avec un examen analogue des droits fondamentaux. La pléthore des déclarations de droits montre une liberté dans l'établissement des types de droit autant que de leur particularisation. En effet, la présence ou non de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 au panthéon constitutionnel confirmerait le caractère optionnel des droits y figurant, et ce, quand bien même ils trouveraient leur équivalent dans une consécration du droit public des français<sup>1124</sup>. Mais c'est surtout le traitement qui lui est réservé après le II<sup>nd</sup> Empire qui pousse la réflexion sur le terrain de la discontinuité. Absente des Lois constitutionnelles de la III<sup>ème</sup> République, elle réapparaît sous la forme d'un renvoi en 1946 pour enfin être rétablie telle quelle en 1958. On retrouve ici aussi la notion de choix politique. Explicite en 1875<sup>1125</sup>, *a minima* sous la IV<sup>ème</sup> République, l'option de mettre en place les droits de l'Homme de 1789 dans leur forme pleine est confirmée par le constituant de la V<sup>ème</sup> République en ce qu'il recrée à l'identique les droits originaux et rétablit de ce fait les catégories dont ils sont issus. De même le Préambule de 1946 acquiert au même titre une généralité alors que les droits qu'il contient peuvent être regardés comme conjoncturels<sup>1126</sup>. En conséquence, et ce, considérant la rupture institutionnelle existant entre les deux Républiques, le constituant de 1958 recréerait les concepts génériques de ces droits en restaurant leur identité.

**888.** Dès lors, l'acte de création se verrait doté d'un caractère continu. Contrairement à la permanence apparente mise en lumière par l'approche historique de la frise constitutionnelle, le constituant ne ferait pas que reprendre ce qui existait préalablement à son œuvre mais lui offrirait une nouvelle vie. Le pouvoir constituant originaire s'exercerait alors véritablement après une table rase, remettant à chaque fois sur le métier l'intégralité de la création constitutionnelle, que ce soit vis-à-vis du corps de la Constitution comme des droits fondamentaux.

---

<sup>1124</sup> Ceci n'empêchant d'ailleurs pas le constituant d'en ajouter de nouveaux ou bien d'en ôter.

<sup>1125</sup> Il est admis ici que son absence, justifiée selon les parlementaires de l'époque par l'inutilité de les rappeler, inutilité appuyée par une supposée tradition fermement ancrée dans les esprits, n'est autre qu'un blanc seing accordé au Législateur, accompagné d'un argument passablement hypocrite.

<sup>1126</sup> Une certaine lecture de ce qu'on appelle aujourd'hui les droits sociaux, pouvait associer l'instauration de ces droits à une conjoncture politique sans leur offrir la solennité dont bénéficie la Déclaration de 1789 – celle-ci l'ayant acquise par l'aura de la Révolution – et dont le simple rappel suffirait. Les droits du Préambule de 1946 étant d'inspiration communiste, idéologie en vogue à la date de leur création, leur sort aurait pu s'aligner sur la multitude des déclarations de droits *ad hoc* du XIX<sup>ème</sup> siècle.

**889.** Ainsi, si elle s'observe aisément lorsque le changement de Constitution fait advenir un régime différent, elle requiert un regard plus fin sur l'action du langage lors d'un prétendu remaniement du régime en place. L'aspect transitionnel remettant ici en cause l'idée d'une création générique, il est nécessaire d'y associer un contexte de rupture proposant une lecture alternative réfutant une quelconque continuité. Mais si le constituant satisfait aux conditions de cette conception de l'universel, il semble que l'action du juge constitutionnel de la V<sup>ème</sup> République ne soit pas en reste. L'analyse de la création d'individu-concepts pourrait bien aboutir à ce que l'on y voit un acte bien plus complexe que le simple établissement de concepts particuliers épars.

## **§2 : Une création générique par le juge**

**890.** L'action créatrice juridictionnelle, jusque-là surtout marquée par sa capacité à faire naître des individus conceptuels en précisant des objets déjà existants dans l'œuvre du texte fondamental, ne se limite pas à cette seule singularisation. En effet, comme vu précédemment, le Conseil constitutionnel élabore lui-même des concepts à partir de rien, sans que le libellé de la Constitution ne lui fournisse réellement de base. L'établissement des individu-concepts que sont certains principes de valeur constitutionnelle et les objectifs, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et les principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France, satisferait alors à l'hypothèse d'une œuvre générique. Néanmoins, il apparaît ici nécessaire de distinguer entre l'acte de création de nouvelles catégories proprement dites (A) et l'activation de catégories dont l'existence serait latente en raison de leur ineffectivité (B).

### **A/ La création de nouvelles catégories**

**891.** L'action du juge de la constitutionnalité des lois ne semble pas se différencier de celle du texte qui lui sert de référence. L'activité créatrice du Conseil n'est pas une nouveauté et l'élaboration juridictionnelle de concepts individualisés se fait généralement sur une base conceptuelle préconstruite par le texte constitutionnel, la Haute instance procédant à une précision de ce qui est déjà présent. Or, il a été constaté que la création du

juge allait parfois au-delà de l'être constitué et arborait une énonciation assez proche de celle du constituant légitime. L'analyse des énoncés de la jurisprudence constitutionnelle devrait alors permettre d'identifier une création générique (1) dont l'usage contentieux conférerait une réalité aux concepts qui en sont issus et dont la nécessité procède de leur effectivité (2).

### 1. L'identification linguistique d'une création générique

**892.** L'absence de base textuelle précédant la mise en avant de certains concepts par le Conseil suscite l'interrogation sur leurs origines. Sortis de nulle part, leur énonciation comporte néanmoins, à l'instar de la Constitution elle-même, des indices d'une construction préalable de la catégorie à travers l'examen des individus. Il convient d'en analyser trois d'entre eux : les principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France, les principes de valeur constitutionnelle et les objectifs à valeur constitutionnelle, afin de découvrir cette action particulière qui ressort du langage performatif du Conseil constitutionnel.

**893.** Les objectifs de valeur constitutionnelle, tout d'abord, ont une formulation proche du texte constitutionnel. Leur naissance dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi présente des signes distinctifs qui rappellent ceux des individus conceptuels. En effet, dans sa décision du 27 juillet 1982, le juge fait advenir pour la première fois le concept d'objectif de valeur constitutionnelle en le désignant par un article défini. Il procéderait alors à un acte de monstration d'une chose informe. Cette énonciation pouvait se révéler paradoxale en ce qu'elle faisait cohabiter deux éléments linguistiques aux caractéristiques opposées. Or, ici aussi, l'énoncé « les objectifs de valeur constitutionnelle que sont... »<sup>1127</sup> ne serait que la répétition d'une chose préconstruite et ferait figure de trace d'une énonciation préalable disposant qu'« il y a des objectifs de valeurs constitutionnelle »<sup>1128</sup>. Cette relation anaphorique que l'explicite entretient avec l'implicite, couplée avec

---

<sup>1127</sup> « Les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auxquels ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte » (CC, n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle, Rec.*, p. 48, JO, 27 juillet 1982, p. 2422, cons. 5).

<sup>1128</sup> L'opération de qualification effectuée par le Conseil constitutionnel sur la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels, présuppose cette action originelle et en porte les marques linguistiques.

l'indétermination sémantique du concept placé en position de sujet et complété par le prédicat, conduit à prendre en compte l'idée d'une préconstruction générique<sup>1129</sup>. Dès lors, cette décision ferait advenir plus qu'un individu-concept réuni sous une bannière donnée. Elle donnerait naissance à un concept gigogne servant à offrir une certaine valeur à des principes qui jusque-là en étaient privés.

**894.** S'agissant des principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France, issus de sa jurisprudence européenne, il semble que la création générique soit assez simple à identifier. Dans la décision de 2006<sup>1130</sup> où ils apparaissent pour la première fois, le Conseil pose le concept avant de le mettre en application<sup>1131</sup>. Ce premier constat lance l'idée qu'il est possible que le juge mette en place la catégorie conceptuelle, d'autant qu'il ne précise pas ce qu'il entend par « une règle ou principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ». Ce caractère indéterminé de l'énonciation, conduisant à entrevoir une généralité intrinsèque au concept, paraît une nouvelle fois déductible de l'emploi d'un article « indéfini » et propre à cette qualité. Ce ne sont pas « les règles ou les principes » qui sont annoncés mais bien « une règle ou un principe ». Ceci atteste de l'absence d'une désignation particulière mais constitue l'indice d'une conception générique effectuée par le juge de la constitutionnalité des lois. De même, l'utilisation de termes génériques comme « règle » ou « principe », n'ayant pas de contenu sémantique précis et pouvant recouvrir plusieurs réalités, tend à aller en ce sens. Ainsi, la désignation du sujet grammatical montrerait de manière évidente, et bien plus que la conception générique textuelle, un degré de généralité laissant penser que la Haute instance institue la classe avant de l'individualiser.

---

<sup>1129</sup> Toutefois ce constat s'accorde mal avec les supputations des commentateurs des décisions faisant références à un « but », une « exigence » ou un « objectif d'intérêt général », ou encore à une « exigence d'intérêt national », lesquels créent une passerelle entre ces formulations et celles d'objectif de valeur constitutionnelle ». Il semble pourtant que cette analogie reste artificielle et peu fondée en ce que le juge montre une réelle volonté de créer une catégorie « objectif de valeur constitutionnelle » tandis que les autres formulations n'auraient pour fonction que d'établir une certaine hiérarchie normative par une qualification comparable mais aléatoire. S'il est tout de même évident que les objectifs ont pour but d'être des instruments de conciliation (comme le montre le considérant de la décision du 27 juillet 1982), ils restent cependant subsumables sous une catégorie à la dénomination fixe.

<sup>1130</sup> CC, n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec., p. 88, JO, 3 août 2006, p. 11541.

<sup>1131</sup> Dans son dix-neuvième considérant, le Conseil constitutionnel pose le principe en énonçant que « la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France... », puis l'applique dans un considérant ultérieur en décidant que la directive « n'est contraire à aucune règle ni à aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France... » (cons. 28).

**895.** Ce caractère vague emporte la considération d'une création d'un concept assimilable à une boîte dans laquelle il est possible de ranger plusieurs principes définis qui auraient pour composante dominante de faire partie des traits distinctifs de l'identité française. Ainsi, considérant l'attitude énonciative du Conseil constitutionnel, consistant à poser le principe avant d'y intégrer les cas particuliers, il paraît opportun d'associer cette activité langagière à la mise en place d'une catégorie *ex nihilo*, d'autant qu'il ferme ensuite la catégorie des principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France dans son vingt-huitième considérant après avoir jugé que la directive ne contrevenait pas au droit de propriété et aux principes d'égalité et de séparation des pouvoirs servant d'instruments de contrôle de celle-ci<sup>1132</sup>. Cet encadrement, confirmerait alors l'idée d'une filiation juridictionnellement établie entre ces principes et ceux inhérents à l'identité constitutionnelle de la France, le juge ouvrant ici une classe d'objets qu'il clôt une fois qu'il l'a fournie.

**896.** Autre concept significatif d'une création générique : le principe de valeur constitutionnelle. Conçu de manière analogue au principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, il est lui aussi exprimé au moyen d'énoncés indéterminés matérialisés par l'usage du terme « principe » à la signification imprécise. Plus encore, on retrouve une fois de plus l'article indéfini « un »<sup>1133</sup> attestant de ce défaut de clarté. Aussi, les principes de valeur constitutionnelle sont dotés de cette indéterminabilité caractéristique des concepts génériques, tandis qu'ils enveloppent à leur tour une diversité de principes positifs et trouvent une effectivité dans le contrôle de la loi par le Conseil constitutionnel.

**897.** Toutefois, leur apparition n'est pas une création directe, sans que rien ne préfigure de leur arrivée dans le champ constitutionnel. Néanmoins elle se distingue par leur énonciation. En effet, concernant les principes de valeur constitutionnelle dans sa décision

---

<sup>1132</sup> « Considérant, d'une part, qu'il résulte de ces dispositions que la directive du 22 mai 2001 susvisée, qui n'est contraire à aucune règle ni à aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, comporte des dispositions inconditionnelles et précises, notamment le 5 de son article 5 » (CC, n° 2006-540 DC, préc., cons. 28).

<sup>1133</sup> « ...les constituants ont entendu marquer que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle » (CC, n° 80-117 DC du 22 juillet 1980, *Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires*, Rec., p. 42, JO, 24 juillet 1980, p. 1867, cons. 4). On rencontre cette rédaction dans d'autres décisions comme celle concernant la loi relative à l'habitat : « considérant qu'il ressort également du Préambule de la Constitution de 1946 que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle » (CC, n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, Rec., p. 176, JO, 21 janvier 1995, p. 1166, cons. 6).



de 1980, la Haute instance procède à l'inverse de la logique textuelle. Elle énonce ainsi que « le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle » et non « le principe de valeur constitutionnelle du droit de grève ». On retrouve aussi cette inversion lorsque le Conseil confirme la valeur constitutionnelle du principe de la dignité de la personne humaine. Ils dérivent ainsi d'une opération de qualification juridique par laquelle le juge subsume le concept individualisé dans une catégorie. Cette opération conduit à envisager une création de celle-ci par son attachement à des concepts individualisés. Toutefois, à la différence de la création générique du texte constitutionnel, force est de constater qu'elle n'a rien d'implicite dans ce cas. Le Conseil constitutionnel met clairement en évidence son action de classification et son désir de donner un cadre conceptuel englobant, lui permettant de s'y référer sans pour autant avoir à user d'un individu adéquat. Il serait donc possible d'y voir aussi une volonté de distinguer les principes selon leur nature en ce qu'il opèrerait une classification des différents principes dans le but de faciliter leur utilisation au contentieux.

**898.** Dès lors, considérant leur contexte d'énonciation et leur emploi par le juge, il n'est pas impossible que ces catégories contiennent en elles-mêmes des indications sur la hiérarchie que ce dernier tente parfois de créer entre les diverses normes fondamentales constitutionnelles<sup>1134</sup>. Cette dernière allégation pose alors la question de la réalité de ces catégories.

## 2. La nécessaire réalité des concepts génériques jurisprudentiels

**899.** La création de concepts génériques peut n'être envisagée que sous l'angle d'un résumé pratique à la prise en main des composantes variées qui font le paysage constitutionnel. Cette classification juridictionnelle des droits et principes fondamentaux ne serait alors qu'une mise en ordre théorique dont l'utilité ne serait que discursive. Une conclusion en ce sens suggèrerait ainsi que le Conseil n'aurait disposé cet agencement conceptuel que dans le but de faciliter sa référence à ces concepts. Dès lors, aucune réalité

---

<sup>1134</sup> Il est d'ailleurs évident que le contrôle de la constitutionnalité de la loi aboutit souvent à concilier plusieurs libertés fondamentales et principes constitutionnels comme le montre sa jurisprudence sur l'égalité ou le droit de propriété. Cette classification pourrait servir à justifier cette conciliation faisant parfois passer la sauvegarde d'un droit ou une liberté avant une autre.

concrète de ces catégories ne serait à rapporter puisqu'elles ne constitueraient qu'un condensé de principes<sup>1135</sup>.

**900.** En suivant cette logique, les principes de valeur constitutionnelle seraient énoncés de manière tautologique. En effet, considérant que les individus qui composent la classe des principes de valeur constitutionnelle ont déjà cette valeur, quel besoin aurait eu le juge de le répéter ? D'autant que l'effectivité normative des déclarations de droit a été consacrée auparavant. Manifester l'évidence ? La justifier ? Non, si la Haute instance prend le soin, à ce stade de l'évolution de sa jurisprudence, d'inclure des principes de valeur constitutionnelle dans une catégorie portant ce même nom, c'est vraisemblablement dans l'optique de conférer une réalité à un concept générique recouvrant d'autres réalités plus disparates mais unies par un même dénominateur commun. De telles assertions de la part du Conseil constitutionnel seraient rendues inutiles s'il ne se cachait pas derrière elles une volonté en ce sens.

**901.** De plus, l'attitude discursive adoptée par le juge de la constitutionnalité de la loi concernant les principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France renforcerait ce renversement d'opinion. En effet, à la lecture de la décision de 2006 et des autres qui les mettent en œuvre, il apparaît que le Conseil pose cette entité comme un moyen de constitutionnalité en soi, quelque soit son contenu<sup>1136</sup>. C'est ici cette qualité qui fait qu'un principe constitutionnel fera obstacle à la transposition d'une directive et non le principe en lui-même. *A contrario*, cette dénomination ne ferait que fermer la marche sur cette question sans l'ouvrir au préalable. Le juge emploie par contre cette catégorie comme on utiliserait une entité déjà convenue, hypostasiée en début de discours. Point de rationalisation commode dans ce cas et sa réalité dans l'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois ne semble ici pas faire doute<sup>1137</sup>. Ce constat amène à envisager la réalité des catégories créées par le Conseil constitutionnel à travers leur utilisation

---

<sup>1135</sup> Cette affirmation est confortée par le fait que les principes de valeur constitutionnelle sont déjà dotés de cette valeur par le texte même de la Constitution (et le juge ne fait ici que rassembler des principes de ce type sous une bannière commune). Il en est de même pour les principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France.

<sup>1136</sup> « Considérant, en premier lieu, que la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti ».

<sup>1137</sup> L'encadrement que présente l'ouverture de la question dans un premier considérant, établissant le principe et un second servant de conclusion sur la question d'une transgression d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ferait ici office de châssis d'une argumentation s'appuyant sur une entité réelle sans qu'il soit possible de nier son existence.

contentieuse. Mais si les principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France, de par les modalités discursives de leur mise en œuvre, répondent favorablement à cette hypothèse, les principes et les objectifs de valeur constitutionnelle méritent un examen plus approfondi.

**902.** Concernant les principes, la décision du 22 juillet 1980 n'apporte pas sur ce point un éclairage intéressant, le juge ne se bornant qu'à conférer une valeur constitutionnelle à des principes qu'il tire du Préambule de 1946. Cependant, celle du 19 janvier 1995 présente une énonciation différente de la décision dite *Loi Bioéthique* du 27 juillet 1994 à l'occasion de laquelle il procédait à la création d'un principe individualisé de « dignité humaine »<sup>1138</sup>. En effet, dans son sixième considérant, la Haute instance énonce que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine fait partie des principes de valeur constitutionnelle<sup>1139</sup>, mais les suivants ne font état que de ces derniers. Au lieu d'appliquer le principe de la dignité de la personne humaine, il fait intervenir la catégorie elle-même<sup>1140</sup>. Un tel acte, même s'il n'a ici pour but que de dégager un objectif de valeur constitutionnelle, ne peut laisser indifférent quant à la réalité de la catégorie des principes. Aussi, s'ils n'ont qu'une nature métaphysique, comment tirer de cela un instrument qui serait pourvu d'une nature physique ? Il faut donc leur concéder cette réalité de par la paternité qu'ils exercent vis-à-vis des objectifs.

**903.** Enfin, cette hypothèse pourrait être mise de côté au regard du caractère fictif des objectifs de valeur constitutionnelle eux-mêmes. Or, l'énonciation du juge les concernant révèle autre chose. Ainsi à titre d'exemple, dans une décision de 1999, le Conseil considère « qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation de l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude fiscale, qui découle nécessairement de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, avec le principe énoncé par son

---

<sup>1138</sup> CC, n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, Rec., p. 100, JO, 29 juillet 1994, p. 11024, cons. 2.

<sup>1139</sup> « Considérant qu'il ressort également du Préambule de la Constitution de 1946 que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle » (CC, n° 94-359 DC, préc., cons. 6).

<sup>1140</sup> « Considérant qu'il résulte de ces principes que la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle » (cons. 7) et « considérant qu'il incombe tant au législateur qu'au Gouvernement de déterminer, conformément à leurs compétences respectives, les modalités de mise en œuvre de cet objectif à valeur constitutionnelle ; que le législateur peut à cette fin modifier, compléter ou abroger des dispositions législatives antérieurement promulguées à la seule condition de ne pas priver de garanties légales des principes à valeur constitutionnelle qu'elles avaient pour objet de mettre en œuvre » (cons. 8).

article 8, aux termes duquel : 'La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée' <sup>1141</sup>. Il est à noter ici que si le juge n'avait pas souhaité réifier la catégorie des objectifs, il aurait formulé son considérant en énonçant « qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation de *la lutte contre la fraude fiscale en tant qu'objectif ayant une valeur constitutionnelle...* », et non l'inverse. L'espèce étant l'objectif et le modificateur étant la lutte contre la fraude fiscale, c'est linguistiquement que le juge affirme sa création conceptuelle générique.

**904.** La création générée par les Sages de la rue de Montpensier pourrait dès lors être assimilée à une conception générique, regroupant plusieurs réalités particulières. Le produit de l'acte de langage jurisprudentiel disposerait néanmoins d'une existence propre, justifiant son utilisation en tant que tel par la Haute instance. Toutefois, certains concepts mis en lumière en amont de cette réflexion paraissent tirer leur naissance d'une énonciation textuelle expresse. Si le juge de la Constitution ouvre effectivement des classes d'objets qu'il réalise par la suite, il semble que cette ouverture pourrait se matérialiser dans l'activation d'une catégorie latente attendant qu'une existence leur soit offerte.

### **B/ L'activation de catégories existantes**

**905.** Mettre en avant une création générique effectuée par le juge de la constitutionnalité de la loi invite à se pencher sur un phénomène assez particulier. Le Conseil constitutionnel ne fait pas qu'agir dans le vide, il s'appuie généreusement sur des énoncés déjà présents dans son texte de référence. Et pourtant, ceux-ci disposent d'une effectivité normative variable. Les droits fondamentaux en sont le parfait exemple. Leur normativité, niée avant 1971 tient son objectivité de ce que le juge les utilise dans son appréciation de la constitutionnalité de la loi. Ainsi, si le lien entre réalité des concepts et leur caractère objectif est justifié, force est de constater que l'objectivisation d'un élément posé par le constituant reviendrait à le réaliser. Il faut alors montrer que l'acte d'activation peut être regardé comme un acte de création (1) puis comme un acte d'objectivation (2).

---

<sup>1141</sup> CC, n° 99-424 DC du 29 décembre 1999, *Loi de finances pour 2000*, *Rec.*, p. 156, JO, 31 décembre 1999, p. 19991, cons. 52.

1. L'activation comme acte de création

**906.** L'action d'activation suppose en elle-même l'existence préalable d'un état de chose dont on change la force. Il paraît donc difficile d'admettre que cela puisse équivaloir à une quelconque création, cette dernière impliquant que l'objet n'existe pas avant son élaboration.

**907.** Or, tout dépend du positionnement de l'acteur, selon qu'il est à l'extérieur ou à l'intérieur du monde. En effet, d'un point de vue externe, il est possible de saisir plusieurs types d'état de chose, qu'ils soient physiques dans ce monde, ou bien naviguant en marge de celui-ci<sup>1142</sup>. En revanche, d'un point de vue interne, les seuls états de chose qu'il soit possible d'appréhender sont ceux qui revêtent un caractère objectif dans le monde<sup>qu'</sup>ils soient physiques ou abstraits. S'agissant de la Constitution, il y a une différence d'essence entre le Préambule et le corps du texte. Le premier relatant l'idéologie du constituant, le second constituant réellement le monde juridique institutionnel étatique, seraient alors placés respectivement en dehors (au dessus ?) et au dedans du monde réalisé par la Constitution. Toutefois, si les droits de l'Homme se rapportent aux propriétés de mouvement de la société et du Législateur, certains éléments semblent être conçus comme des essences extérieures au monde constitué. Il en irait ainsi de certaines références vagues à des droits conçus dans un système constitutionnel passé et révolu, lesquelles seraient empreintes d'une volonté d'afficher une continuité républicaine ou morale.

**908.** Mais l'action du Conseil constitutionnel a finalement changé la donne. A l'image du Conseil d'Etat de 1950 dans sa décision *Dehaene* du 7 juillet<sup>1143</sup>, arrêt phare dans la protection des droits fondamentaux sous la IV<sup>ème</sup> République en consacrant le droit de grève pour les fonctionnaires, le juge de la constitutionnalité des lois de la V<sup>ème</sup> République pioche dans l'amas de principes non effectifs présentés dans le Préambule afin de fonder sa décision<sup>1144</sup>. Il active ainsi une catégorie d'objets constitutionnels réduite au statut d'idéologie. Ce faisant, il tend à leur offrir une existence dont ils étaient démunis

---

<sup>1142</sup> On retrouve ici en filigrane la distinction platonicienne entre le monde des Idées et le monde physique, le premier placé à l'extérieur du second et offrant une vue complète des choses, à la fois dans leur forme concrète et sous une forme métaphysique.

<sup>1143</sup> CE, 7 juillet 1950, *Dehaene*, n° 1645, *Rec.*, p. 426.

<sup>1144</sup> CC, n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association*, *Rec.*, p. 29, JO, 18 juillet 1971, p. 7114, cons. 2.

jusqu'alors par une utilisation contentieuse contradictoire avec leur immatérialité intrinsèque.

**909.** Par conséquent, son action peut s'interpréter comme la saisie d'un objet inexistant dans le monde auquel le juge appartient. En effet, son positionnement interne l'empêche de voir les principes fondamentaux contenus dans le Préambule comme des objets appréhendables au même titre que ceux établis par le corps de la Constitution. Leur réalité n'étant que subordonnée à un œil extérieur à celui-ci, leur reconnaître une existence et une normativité relèverait d'une conception jusnaturaliste du droit incompatible avec l'usage que le Conseil en fait<sup>1145</sup>. Dès lors, leur appropriation contentieuse dévoilerait un mouvement du dehors vers le dedans, le juge faisant naître d'une idée un objet concret, façonné à partir d'éléments qui n'ont aucune essence autre que métaphysique, et initialisant de ce fait l'apparition des droits fondamentaux dans le bloc normatif dont il dispose.

**910.** Cet acte d'activation serait au final une réalisation d'une chose irréaliste jusque-là. Officiant en tant que nocher constitutionnel, la Haute instance transporterait de l'extérieur du monde des concepts dont l'existence leur était reniée à l'intérieur de celui-ci. Cette vision de l'activité du juge conforterait l'hypothèse d'une création de certaines catégories ayant trait aux droits fondamentaux par une mise en route de celles-ci. L'analyse de la jurisprudence faisant naître les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République paraît ainsi corroborer une telle hypothèse, de par leur statut avant et après la décision de 1971. D'autant que, l'approche méréologique soutenue à propos du texte constitutionnel est transposable à l'activité jurisprudentielle en ce que le référencement d'un concept individualisé à une catégorie spécifique, quand bien même elle n'en serait pas une au départ, supposerait sa création. A titre d'exemple, la consécration juridictionnelle de la constitutionnalité du principe de la liberté d'association ne laisse pas de place au doute quant à sa création par le Conseil. Si le principe bénéficiait d'une existence légale, il n'est apparu au panthéon constitutionnel que par cette voie, manifestant ainsi une appropriation du pouvoir constituant, même indirecte par le juge de la Constitution.

---

<sup>1145</sup> Encore que certains remarquent parfois dans l'activité du juge constitutionnel français la concrétisation d'un jusnaturalisme moderne. Alexandre Viala voit d'ailleurs dans la conception du positivisme observé par la Haute instance une généralisation du volontarisme qu'elle oppose à une conception naturaliste du mariage (cf. VIALA A. « La consécration du droit naturel moderne dans la décision du Conseil constitutionnel relative au mariage gay », *AJJC*, 2014, pp. 77-85).

911. Par ailleurs, leur qualité d'individu-concept suggère une élaboration différente d'une simple individualisation de l'existant en ce qu'elle serait détachée d'un réel référent textuel précis<sup>1146</sup>. Aussi, l'essence contentieuse de ces principes étant avérée, *a minima* en tant qu'individualité, l'activation d'une classe passe nécessairement par son objectivation en tant que telle.

## 2. L'activation comme acte d'objectivisation

912. Si elle se montre comme une création, l'activation ne peut l'être véritablement qu'à travers une objectivisation. De cette manière, les catégories acquerraient leur existence en ce que, grâce au juge constitutionnel, elles seraient rendues objectives et effectives.

913. Apparaissant en tant que tel dans le libellé du Préambule de la Constitution de 1946<sup>1147</sup>, l'origine des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République peut difficilement passer pour le fait du juge puisqu'il ne ferait que reprendre les termes que son texte de référence énonce déjà. Dès lors, si création générique des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République il y a, elle prendrait racine dans l'acte constituant originaire et non dans celui du Conseil constitutionnel. Ainsi, son affirmation dans la décision du 16 juillet 1971<sup>1148</sup> ne serait que la légitimation textuelle de l'ascension du principe de la liberté d'association au rang constitutionnel. Le juge manifesterait alors sa volonté de n'être pas perçu comme empiétant sur une compétence qui ne serait en aucun cas la sienne, à travers une interprétation, certes créatrice, mais respectueuse des limites posées par sa qualité d'institution constituée. Il ne satisferait au final qu'à la nécessité de fournir une interprétation, quand bien même elle serait dynamique et évolutive, du texte constitutionnel sans pour autant s'adonner à une activité qui ne serait pas de son ressort. La Haute instance resterait alors d'une certaine manière dans les clous. Et pourtant, il semble que ce faisant, elle aille plus loin que ce qu'on a bien voulu voir.

---

<sup>1146</sup> Le caractère vague de la référence constitutionnelle effectuée par le juge à propos des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République lui laissant une marge de manœuvre conséquente, contraste avec la précision du concept de « volonté générale » auquel il ne fait qu'ajouter un critère fondé sur le respect de la Constitution.

<sup>1147</sup> « Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et *les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* » (al. 1<sup>er</sup> du Préambule).

<sup>1148</sup> « Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution... »



**914.** En examinant le coup d'éclat que représente cette décision<sup>1149</sup>, et l'action interprétative créatrice d'un juge générant des concepts constitutionnels, force est de constater que l'existence de la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ne peut décentement pas être réduite au seul fait du constituant. Le Préambule étant placé de fait par le constituant en dehors du monde qu'il constituait<sup>1150</sup>, le Conseil constitutionnel, en le rendant effectif, a ainsi fait passer à l'intérieur du monde constitué les concepts qu'il contenait, activant du même coup un état de chose endormi qui ne demandait qu'à être réveillé. L'objectivisation opérée par les Sages de la rue de Montpensier s'apparenterait alors à une réelle création d'un point de vue interne en ce que les droits inclus dans ce Préambule n'avaient pas d'existence autre que celle que leur conférait une vue du dessus, extérieure au monde constitué, et qui ne serait autre que mystique ou théorique. Le Préambule en devient alors saisissable, et par le juge, et par les requérants, s'imposant comme un être du monde et non comme une idéologie immatérielle qui en serait détachée.

**915.** De plus, le Conseil constitutionnel se réfère explicitement à la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Le second considérant de la décision du 16 juillet 1971 montre une énonciation du juge prenant en considération ces principes en tant que catégories et non comme une simple référence au texte de 1946. L'emploi de la locution « au nombre de »<sup>1151</sup> assorti de celle « il y a lieu de ranger », conforte l'idée que la Haute instance s'appuie sur un cadre général au caractère objectif, duquel il dégage une réalité singulière. Or, le fait qu'elle grimpe à l'arbre desdits principes pour en cueillir le fruit de la liberté d'association présuppose leur existence préalable, laquelle n'est due qu'à sa volonté. En outre, le juge « range » le principe de la liberté d'association dans la case « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Il explicite ainsi sa conception de ceux-ci en tant que catégorie de principes à laquelle appartient la liberté qu'il fait advenir. En conséquence, à travers son acte d'objectivisation du Préambule, et son énonciation spécifique classificatrice, le Conseil constitutionnel présente une création générique par l'activation d'une catégorie en se référant à un élément inexistant dans le monde dans lequel il évolue. Mais cet exemple

---

<sup>1149</sup> On entendra par là le fait qu'elle rende effectif le Préambule de la Constitution, qui devient de ce fait une norme invocable par les requérants.

<sup>1150</sup> Et ce, en grande partie par son exclusion explicite de l'office du Conseil dans les débats constitutifs lors de la confection du texte de la V<sup>ème</sup> République.

<sup>1151</sup> « Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République [...] il y a lieu de ranger »

n'est pas le seul à illustrer de manière favorable l'action du juge de la constitutionnalité des lois. La mise en œuvre des « principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps » paraît s'inscrire dans une optique analogue. Elle requiert toutefois un examen plus approfondi en ce que le Conseil constitutionnel ne bénéficie pas, contrairement aux principes précédemment évoqués, d'une marge de manœuvre aussi large.

**916.** Affirmer une activation de ces principes constitutionnels en tant que catégorie rencontre une certaine complexité en ce que le juge ne s'y réfère pas directement<sup>1152</sup>. A chacun de ses renvois concernant ce type de principes, le juge semble préférer une formule plus générale, limitée, basée sur le respect du « Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 »<sup>1153</sup>. Difficile ainsi de concevoir que le juge de la constitutionnalité de la loi modèlerait la catégorie des « principes particulièrement nécessaires à notre temps » sans qu'il n'y renvoie. Quand bien même ils bénéficieraient de la même action révélatrice que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qu'ils sont eux aussi intégrés au Préambule, par le passage de l'extérieur du monde vers l'intérieur, ils n'apparaissent qu'en tant qu'individualités et non à travers un groupe de principes explicitement désigné. En cela, il est impossible d'appliquer un raisonnement analogue à celui présenté précédemment, déduit d'une observation de l'énonciation juridictionnelle. Et pourtant, la décision de 1975 portant sur la loi relative à *l'Interruption volontaire de grossesse* révèle quelque chose qui ne peut représenter le Préambule de 1946 lui-même car celui-ci jouit déjà d'une objectivité depuis 1971.

---

<sup>1152</sup> Excepté une décision du 16 janvier 1982 mais dont la formulation s'apparente plus à une sorte de rappel de la place que tiennent ces principes dans la Constitution de 1958 (CC, n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, Rec., p. 18, JO, 17 janvier 1982, p. 299, cons 15 : « Considérant qu'au contraire, par les référendums du 13 octobre 1946 et du 28 septembre 1958, le peuple français a approuvé des textes conférant valeur constitutionnelle aux principes et aux droits proclamés en 1789 ; qu'en effet, le préambule de la Constitution de 1946 réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et tend seulement à compléter ceux-ci par la formulation des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps ; que, aux termes du préambule de la Constitution de 1958, le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946 »).

<sup>1153</sup> CC, n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, Rec., p. 671, JO, 16 janvier 1975, p. 671, cons. 10 ; n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1<sup>er</sup> juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement*, Rec., p. 42, JO, 25 novembre 1977, p. 5530, cons. 4 ; n° 87-230 DC du 27 juillet 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, Rec., p. 48, JO, 29 juillet 1987, p. 8508, cons. 6 ; n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Rec., p. 224, JO, 18 août 1993, p. 11722, cons. 4.

**917.** Deux remarques permettraient alors de dégager une activation objectivante de la catégorie des « principes économiques, politiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps » par le Conseil constitutionnel. La première est d'ordre logique et se fonde sur la capacité à désigner une chose par la mise en avant d'une de ses composantes<sup>1154</sup>. En mettant le doigt sur un des principes issus du préambule de 1946, le juge indexerait ceux-ci à la classe générique explicitement énoncée dans le texte. Ainsi, elle agirait comme un préconstruit à l'énonciation juridictionnelle établissant l'effectivité du principe qu'elle dégage. Cette approche métonymique de l'élaboration de la classe d'objet implique une référence préconstruite dans l'énumération des divers principes qu'elle contient. En conséquence, loin d'élaborer de toutes pièces le concept générique des « principes particulièrement nécessaires à notre temps », la Haute instance y ferait tout bonnement référence à la faveur d'une présupposition énonciative indiquant dans le monde ce qui se trouvait jusqu'alors en dehors.

**918.** La seconde remarque repose sur l'énonciation du dixième considérant de la décision du 15 janvier 1975. Le juge opère ici une distinction entre « les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », les principes « reconnus par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 » et « les autres dispositions ayant valeur constitutionnelle édictées par le même texte ». La Haute instance y ferait alors directement référence mais sans les dénommer en tant que « principes particulièrement nécessaires à notre temps ». Elle les met toutefois sur le même plan de réalité, ce qui confirmerait leur mise en route et donc la création interne au monde constitutionnel de cette catégorie.

**919.** Les Sages de la rue de Montpensier se verraient alors dotés d'un pouvoir de création hors norme dérivé de leur potentiel interprétatif. Leur capacité à concevoir des choses irait donc bien au-delà de la simple déduction, qu'elle soit téléologique ou non, de principes individualisés ou encore de la création *ex nihilo* de ce qui n'était pas prévu par le texte constitutionnel lui-même. Ils auraient ainsi la faculté de fonder des concepts génériques par la seule désignation des quelques locutions disposées par la Constitution, qu'elle soit explicite ou bien effectuées de manière détournée.

**920.** Accompagnée de l'établissement audacieux de catégories d'objets constitutionnels inédits, cette compétence, auto-attribuée révèle un pouvoir créatif quasi-complet arqué sur

---

<sup>1154</sup> De la même manière que l'éclairage d'une pièce active celui de la maison toute entière, la mise en acte d'un élément contenu dans une catégorie en sommeil activerait celle-ci.

### *La performativité du langage constitutionnel*

l'ouverture de classes nouvelles et sur l'activation de catégories latentes et dont l'effectivité n'attendait que d'être révélée. Elle vient toutefois compléter la création textuelle qui, s'inscrivant dans un contexte de rupture vis-à-vis du droit existant, se voit dotée d'un caractère continu par la répétition de sa mise en œuvre quel que soit le régime constitué. Les deux créations réunies viennent ainsi tour à tour conforter l'hypothèse d'une constance d'un acte langagier de création générique qui, venant d'une itération et de sa poursuite à l'infini, se caractérise par une intervention récurrente et contextualisée.

## CONCLUSION DU TITRE I

**921.** La performativité du langage constitutionnel conduit ainsi à concevoir une création d'objets individualisés par le fait de dire. Si les concepts du droit constitutionnel n'ont pas d'histoire, force est de constater que leur identité en tant qu'individus tient en ce qu'ils sont créés par le droit. Le texte même de la Constitution qui, au travers d'une énonciation constative, produit des énoncés assurant l'union entre le sujet et le prédicat au moyen de verbes dont c'est la nature ou pouvant être ramenés à cela, fait advenir des concepts différents d'une Constitution à l'autre. L'art du constituant se résumerait alors à faire advenir de nouveaux concepts à chaque exercice de sa volonté, sans que rien ne puisse venir l'encadrer. Aussi, le constat d'objets constitués différemment à chaque changement de monde constitutionnel, quel qu'en soit la nature, tendrait à rendre compte de cela. Mais si le texte constitutionnel est pourvu de cette capacité, l'œuvre du Conseil constitutionnel sous la V<sup>ème</sup> République n'est pas en reste. Habilité à interpréter sa norme de référence, il contribuerait à préciser les divers concepts présents dans la Constitution dont il fait usage, allant même jusqu'à en ajouter d'autres inédits. Au-delà, son énonciation, aussi performative qu'elle soit, rejaillit sur la perception de son identité, oscillant au gré du contexte politique et de l'audace de sa volonté entre l'apparence du juge et celle du conseiller du souverain.

**922.** Cependant, identifier une œuvre double suppose une seconde création effectuée conjointement à la création de concepts individualisés et requiert ainsi une analyse linguistique poussée des énoncés constitutionnels. De cette manière, la recherche de marques particulières indiquant une vie énonciative autour de l'énoncé visible a conduit à l'observation d'une préconstruction implicite et simultanée d'un état de chose antérieurement à l'acte d'individualisation. Les traces linguistiques que constituent la valeur sémantique *a minima* du sujet et sa désignation par un déterminant défini semblent ainsi montrer, sinon un paradoxe logique, du moins un renvoi vers un acte indispensable encadrant matériellement l'élaboration de l'individu par la confection d'un concept aux contours plus larges. Ce constat révèle donc un acte de langage complexe non réductible à la seule conception des individus peuplant le monde constitutionnel et fait apparaître une création générique faisant aussi advenir la catégorie de l'objet conçu. Les énoncés

prescriptifs auraient en définitive, à l'instar des énoncés scientifiques, la capacité de créer des classes de concepts mais dont le caractère objectif contraste avec la qualité méta-conceptuelle du langage de la science du droit.

**923.** Toutefois, si l'acte d'individualisation se répète d'une Constitution à l'autre, les développements qui précèdent montrent que cette récurrence de l'acte de créer s'applique aussi à la conception générique. Le fait que des types d'objets constitutionnels différents se rencontrent d'une Constitution à l'autre, que le nouveau régime soit différent ou identique à l'ancien, associé à l'affirmation d'une rupture institutionnelle, montre que le pouvoir constituant procède à une création, tant individuelle que générale, quand bien même l'avènement de la nouvelle Constitution s'apparenterait à une révision. D'autre part, inhérente à l'activité constituante, cette création de catégories d'objets constitutionnels n'échappe pas au juge de la constitutionnalité des lois. Doté d'une compétence constituante à travers son interprétation, le Conseil s'adonnerait à l'établissement de nouvelles classes d'objets qui ne sont pas générées par le texte constitutionnel. Plus encore, il s'affirme en tant que créateur de concepts génériques en activant des catégories latentes à travers la réalisation objective d'éléments constitutionnels purement rhétoriques. Cet ensemble de remarques révélerait une création constitutionnelle complète. Par conséquent, si l'on admet que le monde constitutionnel est composé d'individus dont la création est le fruit d'une description détaillée, il semble difficile d'envisager une transgression des règles constitutionnelles. En effet, la chose n'étant que ce qu'on qu'elle est, comment serait-il possible de concevoir la transgression d'une description tout en restant sous son empire ? Aussi, la double création constitutionnelle, individualisée et générique, suggérerait la construction d'un monde constitué et indépassable sous peine de ne pas exister dans celui-ci, faisant de la Constitution une œuvre constitutive.

## TITRE II : UNE ŒUVRE CONSTITUTIVE

**924.** Si la particularité des énoncés constitutionnels est d'agir dans un sens visant la création de concepts institutionnels ou non, il apparaît qu'il faille se pencher sur la nature même de l'œuvre constitutionnelle. L'écriture descriptive et syndétique caractérisant le texte fondamental et tendant à constater une chose qui n'existe pas semble être pour beaucoup dans la détermination d'une réalité des objets constitutionnels. Il est alors nécessaire de distinguer entre deux types d'énoncés juridiques aux finalités essentiellement divergentes. D'un côté se trouvent ceux ayant pour objet de réguler des comportements au moyen d'un discours dialogique, fixant une norme générale et abstraite dotée d'une normativité objective et suscitant de la part des sujets un devoir d'obéissance sanctionné. De l'autre se trouvent ceux conduisant à la constitution du monde social et juridique, par le truchement d'un discours monologique définissant de manière relativement rigide ce qu'il est, et *a fortiori* de ce qu'il n'est pas, et dont l'inobservation par quelque acteur que ce soit provoque l'impossibilité de son existence.

**925.** L'idée de l'exercice du pouvoir constituant est ici spécialement représenté par la manifestation d'une « intention de fonder » sous l'emprise d'un « facteur consensuel ». Cette donnée serait alors la base juridique, non seulement de l'opération de fondation, mais de l'existence même du corps constitué<sup>1155</sup>. John Searle exposait sa célèbre distinction entre règle constitutive et règle normative en ce que les premières créent et définissent de nouveaux comportements et que les secondes gouvernent des formes de comportements préexistants ou existants de manière indépendantes<sup>1156</sup>. Mais plus encore, le monde des faits institutionnels, miroir d'une réalité naturelle, proviendrait du langage qui instituerait un monde singulier par le fait de dire<sup>1157</sup> contrairement aux règles normatives qui, elles, ne feraient qu'organiser les interactions entre les individus.

---

<sup>1155</sup> Cf. HAURIOU M., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1986, p. 120.

<sup>1156</sup> Cf. SEARLE J. R., *Les actes de langage : essai de philosophie du langage*, Paris, Hermann, coll. Savoir, 1972, p. 72.

<sup>1157</sup> Riccardo Guastini lui-même énonçait que « l'approche constitutiviste procède de deux types de duplications ontologiques. Elle duplique tout d'abord le monde, il existerait en 1<sup>er</sup> lieu le monde des faits bruts ou naturels, perceptibles par les sens. Il existerait en 2<sup>nd</sup> lieu le monde des faits institutionnels » (cf.



926. Dès lors, au regard de la nature essentiellement « habilitante » de la Constitution, celle-ci peut être vue comme une œuvre constitutive. Découlant de son caractère créateur d'un monde à l'intérieur duquel évoluent diverses entités déterminées, sa propriété essentielle tiendrait dans l'impossibilité d'une transgression<sup>1158</sup> car la chose ou l'état de chose ne pourrait être que ce que la règle dit qu'elle est. A ce titre, la règle constitutionnelle bénéficierait d'un traitement spécifique que serait l'obligation de conformité imposée au comportement sous peine qu'il n'existe pas en tant que ce comportement particulier. Elle serait donc indépassable (**Chapitre 1**), lequel caractère serait confirmé par l'activité volontariste du juge constitutionnel qui jugera l'œuvre constitutionnelle comme telle (**Chapitre 2**).

---

GUASTINI R., « Teorie delle regole costitutive », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, n° 60, 1983, p. 557).

<sup>1158</sup> Il faudra néanmoins envisager la transgression de manière traditionnelle au regard de la sanction et de la faute. Elle ne s'y réduit certes pas et peut revêtir des formes linguistiques ou politiques (voir en ce sens SUEUR J.-J. (dir.), *La transgression*, Actes de colloque international, 24 et 25 novembre 2011, Faculté de droit de Toulon, Université du sud Toulon, Var, Bruxelles, Bruylant, 2013). Mais l'analyse de la dimension constitutive d'une règle, et *a fortiori* de la règle constitutionnelle, requiert de se limiter à cette acception qui elle seule semble permettre de saisir cette fonction créatrice et fondamentale qu'a la Constitution.

## **Chapitre 1 : Une œuvre indépassable**

927. Déterminer un caractère indépassable de la règle constitutionnelle suggère de distinguer entre deux types d'énoncés juridiques aux finalités essentiellement divergentes. D'un côté ceux ayant pour objet de réguler des comportements à travers des normes objectives suscitant de la part des sujets un devoir d'obéissance sanctionné, de l'autre, ceux conduisant à la constitution du monde social et juridique dont l'inobservation par quelque acteur que ce soit provoque des conséquences spécifiques différentes pénalisant le comportement non conforme d'une impossibilité d'existence.

928. Cette distinction entre *régulation* et *constitution*, rappelant celle établie par John Searle, tend à ce que chaque énoncé soit identifié à travers le prisme de l'un ou l'autre. Elle incite ainsi à ranger dans une case unique chacune des catégories d'acte juridique, selon que la règle est dotée d'un caractère constitutif ou normatif. Naturellement viendrait à l'esprit une répartition visant à attribuer la dimension constitutive à l'acte de langage constitutionnel, de par son caractère monologique et définitoire, et la normativité à l'acte de langage législatif ou infraconstitutionnel, en suivant sa qualité de commandement, lequel repose sur les vertus du dialogue. Aussi, si elles sont souvent envisagées sous une forme impérative – ou transposables comme telles – les règles dites « régulatrices » se différencieraient des règles dites « constitutives ». Guillaume Tusseau aura d'ailleurs pu comparer ces dernières à ce qu'il désigne comme les « règles de compétence » en reprenant la qualification offerte par Alf Ross<sup>1159</sup>.

929. Aussi, il apparaît nécessaire de vérifier si le parler constitutionnel souffre de cette dualité ou si celui-ci peut se voir attribuer l'unique qualité de règle constitutive. Il semble que l'examen de cette question tourne autour de la notion de faute<sup>1160</sup> et de son traitement par la Constitution. Gérée de manière différente selon que la règle constitue ou qu'elle prescrive, la « faute » apparaît de manière concrète ou abstraite suivant la caractéristique de l'énoncé juridique en question, refusant jusqu'à son existence au sein de l'appareil

---

<sup>1159</sup> Voir en ce sens ROSS A., *Introduction à l'Empirisme juridique*, L.G.D.J., 2004, p. 206 ; TUSSEAU G., « La théorie des normes de compétence d'Alf Ross », *Revus*, n° 24, 2014, pp. 115–140.

<sup>1160</sup> Envisager l'hypothèse d'une faute constitutionnelle requiert de distinguer entre plusieurs acceptions de la notion de *faute*. Si elle peut *lato sensu* représenter tout acte contrevenant à une règle quelconque, elle reflète *stricto sensu* un comportement déviant mû par une intention malveillante.

constitutionnel<sup>1161</sup>. Dès lors, un tel prérequis montrerait comme la règle constitutionnelle ne tolère aucunement l'idée d'une faute (*Section I*), une affirmation corroborée par l'absence de sanction de son non respect (*Section II*).

### ***Section I : L'inexistence de la faute constitutionnelle***

**930.** Comparer les règles constitutionnelles à des règles constitutives suggère de les assimiler aux règles d'un jeu d'échec ou encore de celles établissant le jeu de football. Si les premières s'apparentent à un idéal-type par l'unicité du traitement des comportements contraires, les secondes affichent un caractère hybride en ce qu'elles contiennent à la fois des règles constitutives et des règles normatives<sup>1162</sup>. Mais si la distinction de ces règles ne peut s'apprécier qu'au regard de leur finalité, il faut déterminer si la règle en question établit le jeu ou bien si elle ne fait que réguler des comportements existants indépendamment d'elle.

**931.** Penser la règle constitutionnelle comme une règle constitutive implique de déterminer si elle se comporte comme telle. Si ses propriétés créatrices ne la distinguent pas d'une règle normative, il reste toutefois un point sur lequel ces deux types de règles

---

<sup>1161</sup> Il faudra néanmoins entendre ici la notion de *faute* dans son sens éthique, proche de celui qui transparaît dans les écrits de Hans Kelsen. En effet, sa propension à comparer la « norme » à la règle de droit pénal, en particulier lors de son analyse du *devoir-être* (*Sollen*), conforte cette vision d'une conception kelsenienne de la *faute* sous un jour essentiellement éthique relevant du « bien » (cf. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, EISENMANN Ch. (trad.), Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 1962, pp. 8-10). Cette approche s'observe notamment lorsqu'il met en regard la *faute* et la *peine* toutes deux renvoyant à un comportement jugé mauvais et non simplement erroné (*ibid.*, p. 40). Il exposera en outre une compétence des normes de l'ordre juridique à régler « la conduite des êtres humains » et imposant un « châtement » (*ibid.*, p. 43). La détermination de l'existence d'une faute constitutionnelle impliquera nécessairement de comprendre la *faute* non pas dans son sens relatif, mais dans son sens pénal. Elle ne sera ainsi pas comprise comme une incompatibilité, ni une non conformité, mais bien comme un mauvais comportement. Il en ira de même pour la conception de la *sanction* de cette étude, les deux étant consubstantiellement liées, et qui relèvera essentiellement de la *peine* et non d'un acte procédural ou déclaratoire.

<sup>1162</sup> Le jeu d'échec ne contient que des règles qui ne peuvent être transgressées. Chaque coup joué n'est en aucun cas régulé, il n'existe tout simplement pas de comportement fautif, seulement des comportements constitutifs du jeu d'échec dans une situation donnée. Aussi, si un joueur déplace la tour en diagonale, celle-ci étant définie par sa faculté de ne se mouvoir que d'avant en arrière ou de côté, le jeu s'arrête, la pièce est remise à sa place et le joueur doit effectuer un mouvement conforme aux règles constitutives de la tour. *A contrario*, le fait de toucher ou de prendre le ballon à la main au football est constitutif d'une faute appelant, de la part de l'arbitre, une sanction, une *peine*, consistant à rendre le ballon à l'équipe adverse. L'on aura alors transgressé la règle interdisant de toucher ou de prendre le ballon à la main sur le terrain, sous peine de se voir retirer l'initiative de l'action de jeu.

tendent à se différencier : l'existence d'une faute intégrée dans l'énoncé de la règle elle-même. Ainsi, si la faute est intrinsèquement absente des règles constitutionnelles en ce qu'elles sont constitutives du jeu constitutionnel (§1), il semble qu'elle soit l'apanage de la règle infraconstitutionnelle en ce qu'elle serait régulatrice (§2).

### **§1 : La règle constitutionnelle comme règle constitutive**

**932.** Postuler une inexistence théorique de la faute dans la règle constitutionnelle implique une corrélation entre l'émission de la règle et l'avènement d'un environnement encadrant l'existence des comportements. Cette hypothèse suppose que soit établi un lien entre la structure étatique représentative d'un monde politique juridique et social et celle caractéristique d'un jeu tel que les échecs ou bien le football. Définissant les concepts qui font ce qu'est le monde constitutionnel, tant dans leurs traits que dans leurs compétences, il semble que la règle constitutionnelle constitue le jeu constitutionnel (A), excluant toute idée de faute par son caractère indépassable (B).

#### **A. Une règle constitutive du jeu constitutionnel**

**933.** Comme exposé précédemment, la Constitution possède un lien consubstantiel avec l'Etat et la société en ce qu'elle détermine leur existence sous une forme qu'elle dispose. En particulier, elle met en place les fondements des rapports interinstitutionnels ainsi que la faculté de se mouvoir pour chacun des différents acteurs de l'Etat. En ce sens, la règle constitutionnelle créerait les interactions entre les différents personnages, de même que le contexte dans lequel ils agissent. Une telle approche supposerait sa nature constitutive, une nature induite par la constitution de l'environnement étatique et politique (1). Mais la notion de règle constitutive conduit à envisager la définition constitutionnelle de l'être dynamique de l'Etat et de la société comme une constitution des possibilités de comportements institutionnels et politiques (2).

1. La constitution de l'environnement étatique et politique

- 934.** Dans le cadre du jeu constitutionnel de la V<sup>ème</sup> République, la Constitution de 1958 instaure diverses relations institutionnelles<sup>1163</sup> constituant les aptitudes affectées à l'un ou l'autre des acteurs politiques participant à la prise de décision.
- 935.** La définition généralement admise de ce qu'est une Constitution provient d'une interprétation de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 disposant que « toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Selon celle-ci, une Constitution pour être qualifiée comme telle doit contenir deux éléments indispensables que sont la déclaration des droits et une séparation des pouvoirs. Il est alors loisible de voir ici la fixation de l'agencement de l'Etat. En spécifiant l'être structurel étatique, la Constitution viserait à mettre en forme le décor institutionnel à l'intérieur duquel vont se mouvoir les divers acteurs de la décision politique. De ce fait, elle établirait l'environnement du jeu de la V<sup>ème</sup> République en ce qu'elle poserait les présupposés fondamentaux de l'ordre juridique à travers les fondements de l'identité de l'Etat et de son unité politique. Un environnement qui restera unique de par son attachement au seul état de chose que le constituant a énoncé et dont chaque élément en son sein vaudra pour ce qu'il est dit qu'il est.
- 936.** Cependant, selon l'acception de Carl Schmitt du mot « Constitution », celui-ci recouvrirait une « structure globale d'unité politique et d'ordre social » et non un ensemble de règles régulant la volonté de l'Etat<sup>1164</sup>. Il superpose ainsi société et Constitution, confortant une identité entre les trois concepts. Le premier correspondrait alors à une unité politique, un ordre social réunissant des individus devant coexister et interagir, faisant du contenu de la seconde un *Sein* constitutif. Aussi, cette distinction de la constitution de la société d'avec celle de l'Etat, constituerait alors l'ordre social en tant que produit incontournable pour les acteurs de ce monde. De cette manière, l'être social serait

---

<sup>1163</sup> En attestent par exemple les articles 5, 20 et 21, 24 ou encore 40.

<sup>1164</sup> D'après lui, le mot désignerait alors « non pas un système ou une collection de propositions de droit (Rechtsstatz) et de normes qui encadrent juridiquement (Regeln) la formation de la volonté de l'Etat, et l'exercice de l'activité de l'Etat et dont l'observation fait apparaître l'ordre, mais à proprement parler exclusivement l'Etat particulier concret – Reich allemand, France, Angleterre – dans son existence politique concrète ». Aussi, suivant cette approche de l'être étatique, « l'Etat n'a pas une Constitution « en vertu de laquelle » la volonté de l'Etat se forme et se réalise, mais l'Etat *est* Constitution... » (cf. SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, Quadriga, P.U.F., 2008, p. 132).

constitué dans son identité, qu'elle se définisse par des éléments statiques ou bien par le truchement de la mise à jour de ses valeurs, principalement véhiculées par les droits fondamentaux.

**937.** En cela, en apportant les éléments nécessaires, le texte constitutionnel institue le cadre du jeu autour des paramètres de la vie en commun et de la décision politique. Ces données peuvent être comparées à l'identification de ce qu'est un terrain de football, la forme du ballon, ou encore l'institution de l'arbitrage. D'autre part, les droits fondamentaux contribueraient eux aussi à cette définition du jeu constitutionnel. Les considérer comme tenant de l'idéologie d'une société ferait d'eux une sorte d'essence irrigant l'action des gouvernants, et ferait office d'âme de l'activité de gouverner. Ils tendraient ainsi à préciser l'esprit dans lequel le jeu doit être pratiqué – c'est-à-dire le respect et la garantie de certaines libertés et protections des citoyens – assimilable au fairplay et au respect des autres joueurs dans les règles constitutives du football.

**938.** Toutefois, en tant que fait institutionnel, il faut considérer une certaine subjectivité de la règle constitutive du jeu en général et donc de la règle constitutive du jeu constitutionnel. La différence exposée par John Searle entre l'ontologie objective qu'il impute aux réalités du monde sensible, et l'ontologie subjective qu'il assigne aux objets mentaux viendrait relativiser la qualité d'environnement objectivement apprécié par les acteurs du jeu. Pour lui, les faits institutionnels, tels que la valeur d'un billet ou les parlements, seraient des phénomènes soumis à la croyance de l'observateur en leur réalité institutionnelle. Leur être objectif ne serait au final qu'un bout de papier imprimé ou encore une assemblée d'individus discutant et débattant entre eux<sup>1165</sup>. Ainsi, le billet n'aurait de valeur monétaire que parce que ses utilisateurs sont intimement convaincus qu'il la possède. Même constat pour le Parlement qui n'aurait la valeur de pouvoir public qu'à la condition de le voir comme tel.

**939.** Or, il semble que les faits institutionnels constitutionnels contredisent cette conclusion. Leur qualité d'être indépendant d'un quelconque jugement se déduit aisément du fait qu'ils n'ont pas besoin d'être acceptés en tant que tels par l'observateur ou les participants<sup>1166</sup>. Leur dimension constitutive s'impose à eux par le seul fait qu'ils soient

---

<sup>1165</sup> Cf. MONNET E. & NAVARRO P., « Les institutions sont-elles dans la tête ? Entretien avec John Searle », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, n° 17, 2009, p. 249.

<sup>1166</sup> Si la tradition démocratique contemporaine rend indispensable l'acceptation populaire de la règle constitutionnelle pour la considérer comme telle, elle n'est pas pourtant une propriété inhérente à l'acte

institués. Si le choix de leur forme est subjectif, l'être du produit de la Constitution, lui, s'affiche aux yeux de tous comme étant un état de chose autonome d'une opinion quelle qu'elle soit. Et cette vision des choses n'est acceptable qu'à l'intérieur du monde – le point de vue externe leur rendrait visiblement leur subjectivité ontologique aux termes d'un positionnement qui s'applique à la présente étude.

940. Ces observations renvoient à une critique de la conception searlienne par l'historien Nicolas Mariot qui pointe du doigt le problème de l'origine de l'institution en posant la question de leur première fois. Il finit son analyse en reniant cet aspect de la notion de la règle constitutive développée par John Searle en arguant le fait que le caractère répétitif qui accompagnerait la novation d'un fait institutionnel en une telle règle « implique l'idée que les règles de [son] usage sont nécessairement préétablies » par une maîtrise pratique<sup>1167</sup>. En outre, cette interrogation en sous-tend une autre axée sur la possibilité du changement, de l'amendement de l'institution parallèlement à la continuité de son existence<sup>1168</sup>. La matière constitutionnelle offrirait une solution simple au sujet de l'origine de l'institution constituée. Le fait institutionnel prenant sa source dans l'acte constituant, il paraîtrait aisé de répondre que c'est là que réside l'issue du problème. Si l'hypothèse d'une permanence institutionnelle révélée par une analyse historique laisse en suspens la question tant de l'origine que la survivance de l'institution à travers sa révision, la prise en compte d'une rupture précédant l'acte constituant, en supprimant le fondement de cette question, anéantirait par là-même la seconde interrogation, tout du moins en partie. L'origine de l'institution se trouve dans son énonciation constituante, qu'elle soit du domaine constitutionnel ou du domaine institutionnel au sens large comme à propos du billet de banque. La rupture pouvant apparaître sous un jour formel ou matériel, il n'y aurait aucune permanence des faits institutionnels, mais bien un recommencement à chacune de leurs modifications. Néanmoins, l'altération présentée par Nicolas Mariot et John Searle se présente sous une forme continue mais surtout décontextualisée, contrairement à la révision constitutionnelle qui ne peut que s'apprécier dans un monde donné qui ne bouge pas. Ainsi, l'institution ne survivrait qu'à la condition que la situation dans laquelle elle est

---

constituant qui peut s'imposer objectivement sans que l'on requière l'assentiment d'un quelconque souverain populaire.

<sup>1167</sup> Cf. MARIOT N., « Le paradoxe acclamatif, ou pourquoi les institutions n'ont pas de première fois », in *Pratiques et méthodes de la socio-histoire*, BUTON M. & MARIOT F. (dir.), Paris, P.U.F., 2009, pp. 183-184.

<sup>1168</sup> Cf. FOSSIER A. & MONNET E., « Les institutions, mode d'emploi », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, op. cit., pp. 18-19.



prise persiste. Dans le cas contraire, celui d'une rupture constitutionnelle, elle ne resterait pas la même et serait remplacée par la nouvelle. Toutefois, l'hypothèse de la rupture matérielle, proposée par cette étude, ne peut que conduire à voir dans la persistance de l'institution qu'une apparence, cette dernière arborant une individualité éminemment différente.

**941.** Au-delà, l'analogie avec les règles du jeu d'échec ou encore du football pousse à voir dans l'œuvre constitutionnelle plus qu'un acte créateur d'un environnement rendu objectif à l'intérieur duquel évoluent des institutions et les individus. Elle définirait leur capacité d'agir et ferait émerger des comportements institutionnels qui ne peuvent exister qu'à travers elle et par elle.

## 2. La constitution des comportements institutionnels et politiques

**942.** Dans sa dimension créatrice de l'Etat et de la société, l'acte constituant met en place ce que Carl Schmitt désignait comme des « détails d'organisation », assimilables à la constitution de l'être dynamique de l'Etat à travers la définition des propriétés de mouvements institutionnels. Ce postulat posé précédemment dans cette étude tendrait à voir la Loi fondamentale comme une règle constitutive en ce qu'elle serait génératrice de comportements.

**943.** Cette observation peut en premier lieu porter sur le rôle des individus en tant que citoyens à travers la mise en place d'une certaine souveraineté et légitimité des gouvernants<sup>1169</sup>. De cette manière, la participation des citoyens à la prise de décision politique, que ce soit par la désignation de la représentation ou bien directement par le biais du référendum, présente un comportement politique non institutionnel posé et défini par la règle constitutionnelle. Une approche en ce sens est d'ailleurs contenue, implicitement ou non dans les théories contractualistes, instituant l'individu comme membre de l'association issue du contrat social. Il abandonnerait ainsi sa liberté d'homme à l'état de nature pour se constituer élément du « corps » social dont la décision ressort en

---

<sup>1169</sup> Ceci fait dire à Valentin Petev que « le droit d'autre part, en guidant la conduite des individus et des groupes sociaux, se réalise dans les rapports entre ses acteurs sociaux. Il se présente ainsi comme une structure essentielle de la réalité des actions sociales » (cf. PETEV V., « Virtualité et construction de la réalité sociale et juridique », *Archives de la philosophie du droit, le droit et l'immatériel*, Tome 43, 1999, p. 28).

ce qu'il agirait en tant que « corps »<sup>1170</sup>. La réalité politique de la contribution citoyenne procéderait donc de l'acte de langage constituant qui détermine les caractéristiques de l'individu en tant qu'être politique évoluant au sein de l'ordre étatique.

**944.** Telle est ici la finalité de la définition des propriétés de mouvement, tant de l'Etat que des éléments qui le composent. Aussi, établir un jeu nécessite d'instituer ses acteurs en tant qu'institutions régulatrices du comportement des joueurs. Outre la définition des contours des personnages agissant dans le monde élaboré par les règles du jeu, il est un élément primordial à sa constitution : le règlement des interactions entre eux. Aucun jeu ne peut être sans que soient déterminés la conduite des acteurs, leur comportement vis-à-vis des autres ou encore le jeu en lui-même. Ainsi sont établis les déplacements des pièces sur l'échiquier, ou alors la disposition des joueurs en équipes opposées. La Constitution agirait de la même manière concernant les déplacements autorisés des institutions en leur assignant un domaine de compétence par le truchement d'une habilitation spécifique à leur rôle dans l'ordre constitutionnel posé. Une telle conclusion conforterait alors les propos que l'abbé Sieyès tenait lui-même au sujet des institutions représentatives. Ainsi, « le corps des représentants [...] n'existe qu'avec la manière d'être que la Nation a voulu lui donner ». Il ira même plus loin en affirmant que ce dernier « n'est rien sans ses formes constitutives ; il n'agit, il ne dirige, il ne commande que par elles »<sup>1171</sup>.

**945.** Toutefois, la comparaison avec le football pourrait subir une certaine critique concernant un caractère intrinsèquement constitutif des règles qui instituent le décorum de l'activité. En effet, Olivier Morin évoque le fait que « beaucoup de règles constitutives du football d'aujourd'hui sont nées lorsque les jeux d'enfants ont commencé à être enclos dans des terrains de jeux et des cours d'école ». Il précise ainsi que « le terrain rectangulaire, les touches, le corner sont, à l'origine, des adaptations du jeu à des règles édictées par les adultes – des règles purement régulatrices, qui, loin de rendre le jeu possible, espéraient bien circonscrire le plus possible la pratique ». Il en conclura en fin d'analyse que la distinction ne désignerait non pas « deux catégories réellement différentes, mais plutôt deux choses différentes que font les règles »<sup>1172</sup>. Les règles constitutives du football seraient alors le résultat d'une évolution continue du jeu conférant

---

<sup>1170</sup> Voir en ce sens ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social*, Paris, Flammarion, 2001, p. 57 ; LOCKE J., *Le second traité du gouvernement*, Paris, P.U.F., 1994, p. 71.

<sup>1171</sup> Cf. SIEYES E., *Qu'est-ce que le Tiers-Etat ?*, Flammarion, 1998, p. 126.

<sup>1172</sup> Cf. MORIN O., « Y a-t-il des règles constitutives ? », *Tracés. Revue de Sciences humaines, op. cit.*, pp. 115-116).

des propriétés institutives à des règles de naissance régulatrices. Pareille conclusion semble pouvoir s'adapter à tout type d'activité dans laquelle une pratique ou une conception normative est communément acceptée par l'ensemble des acteurs et devient par la suite un élément constitutif de l'activité en elle-même.

**946.** A ce titre, certaines règles constitutionnelles constitutives de comportements pourraient être assimilées à des règles régulatrices. L'interaction entre le Parlement et le Gouvernement par exemple, ou plus généralement, entre l'organe législatif et l'organe exécutif pourrait très bien être envisagée comme étant naturelle. Mais il faut évacuer cette question en ce que cela dépend essentiellement du choix d'une séparation des pouvoirs donnée<sup>1173</sup>, imputant la détermination de leurs interactions à la règle constituant le cadre institutionnel dont ils relèvent.

**947.** Pourtant, les conventions de la Constitution offrent une donnée qui perturberait une telle affirmation. La plus marquante se trouvant être la « Constitution Grévy » qui, par un acte politique discursif, a initié une pratique qui a perduré comme une règle constitutive du parlementarisme absolu de la III<sup>ème</sup> République alors qu'elle est le fruit d'une évolution régulatrice d'un conflit entre l'Exécutif et le Parlement. Il serait possible de tenir de tels propos à l'égard de la mise à disposition du Premier Ministre sous la V<sup>ème</sup> République par le Président de la République lors d'une concordance des majorités parlementaires et présidentielles. Mais il peut arriver aussi, à l'image de la double investiture du Gouvernement inaugurée sous la IV<sup>ème</sup> République, qu'elle fasse simplement figure de simple interprétation de la Constitution dans un sens donné, et s'inscrivant dans l'être constitutionnel par sa seule répétition.

**948.** Fondées sur une décision politique, les conventions de la Constitution constitueraient des pratiques réglant la conduite des pouvoirs publics de manière informelle<sup>1174</sup> et seraient considérées *a posteriori* comme obligatoires par les acteurs politiques<sup>1175</sup>. Elles procéderaient alors à une modification au départ molle de la règle

---

<sup>1173</sup> De manière schématique, une séparation stricte des pouvoirs interdirait toute relation entre l'organe législatif et l'organe exécutif, tandis qu'une séparation souple la généraliserait.

<sup>1174</sup> Pierre Avril dans son ouvrage consacré à ces conventions concluait d'ailleurs de manière explicite qu'elles « ne sont pas du droit » (*cf.* AVRIL P., *Les conventions de la Constitution*, P.U.F., Léviathan, 1997, p. 146).

<sup>1175</sup> Yves Meny définissait d'ailleurs les conventions de la Constitutions « comme un ensemble de pratiques qui régulent le comportement et les devoirs des pouvoirs publics. Ces pratiques ne sont pas définies par un texte mais résultent de précédents, d'usages, d'accords informels considérés comme obligatoires, bien qu'il n'existe pas de sanction juridique, notamment juridictionnelle, à la violation des règles coutumières

constitutionnelle pour devenir aussi dure – voire même plus parfois – que la règle écrite<sup>1176</sup>. Dès lors, la matière constitutionnelle semble elle-même avaliser une telle vision d'une « constitutivisation » d'une règle préalablement régulative. En cela, elle s'apparenterait à une révision, certes souple mais bien réelle de la Constitution<sup>1177</sup>, tant elle participe à une redéfinition de l'institution dont elle fait l'objet. Mais le parallèle avec les règles normatives footballistiques fait valoir une certaine spécificité. En effet, ces dernières ne se transforment en règles constitutives que dans l'esprit des acteurs ou observateurs et ne le seraient alors réellement que par leur prise en compte en tant que telles.

**949.** Leur dimension constitutive serait alors subordonnée à la subjectivité d'un destinataire bienveillant à son égard. Dans l'absolu, rien n'empêche les successeurs de celui qui a créé cette convention constitutionnelle de ne pas respecter la contrainte qu'elle impose car elle ne figure pas expressément dans les règles constitutives de son institution. Ainsi, le successeur de Jules Grévy aurait pu disposer de son droit de dissolution sans qu'il ne contrevienne aux règles constitutionnelles. C'est assurément la prise en compte d'autres considérations – essentiellement politiques – qui font des conventions de la Constitution des règles constitutives. En d'autres termes, elles ne sont constitutives que parce qu'elles sont considérées comme constitutives, contrairement aux règles constitutionnelles posées par le constituant qui, elle, le seraient naturellement. Les conventions de la Constitution bénéficieraient alors d'une dimension constitutive subjective tandis que les règles constitutionnelles expresses seraient dotées d'une dimension constitutive objective.

**950.** D'autre part, il n'existe pas, dans l'idée de jeu, de distinction entre les règles constitutives et les règles normatives autre que matérielle et déterminée *a posteriori*. Elles ne peuvent alors être dégagées qu'après le recensement et l'examen de toutes les éventuelles variantes<sup>1178</sup>. Les règles communes à chacune d'elles seraient constitutives du jeu en lui-même, tandis que les autres ne seraient que normatives et propres à une interprétation personnelle des acteurs. Ce n'est pas tout à fait le cas du jeu constitutionnel

---

jusqu'à-là acceptées » (cf. MENY Y., « Les conventions de la Constitution », *Pouvoirs*, n° 50, 1789-1989, *Histoire constitutionnelle*, sept. 1989, p. 54).

<sup>1176</sup> *Ibid.*

<sup>1177</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>1178</sup> Il est possible de jouer au football ou à la bataille de diverses manières, tout en continuant à jouer à ces jeux, sans que cela ne dépende d'une interprétation des règles du jeu, quand bien même elles seraient constitutives. Cette solution écarte de la notion de variante les différentes interprétations par exemple de la Présidence de la République vécues sous l'empire de la Constitution de 1958. Elles ne changent pas les règles du jeu mais simplement la façon de les vivre.

qui, lui, est défini à l'avance et de manière instituée en tant que telles<sup>1179</sup> et dont l'élévation au rang de règle constitutionnelle est subordonnée à une procédure spéciale et non un simple entendement commun. Ainsi, les conventions de la Constitution ne détermineraient le comportement des pouvoirs publics qu'à la suite d'une conformisation volitionnelle. La soumission à ces règles étant purement volontaire, une telle contrainte n'engage que ceux qui la suivent. Au contraire les règles constitutionnelles formellement établies ne peuvent être valablement surmontées par la seule volonté politique de l'institution qui y est soumise.

**951.** Aussi, hormis l'exemple des conventions de la Constitution<sup>1180</sup>, il semble que les règles constitutionnelles n'obéissent à cette mutation qu'à une certaine condition : l'élévation de la règle régulative au rang de règle constitutive par la modification formelle et spéciale de la règle du jeu. D'ailleurs, leur qualité de règle constitutive ne dépend pas de la considération réitérée de la règle en tant que telle, quelle que soit sa nature d'origine, mais à une acceptation marquée dans le temps par son créateur formel.

**952.** Par conséquent, si la comparaison des règles constitutives du monde constitutionnel avec une règle du jeu peut parfois poser des problèmes logiques, force est de constater qu'elles agissent d'une manière similaire. Elle tendraient donc à instituer un univers dans lequel gravitent des institutions elles aussi créées, tant dans leur forme que dans leur façon d'agir mais permettant l'évolution des individus selon une forme sociale déterminée en dehors d'une quelconque interprétation<sup>1181</sup>. Leur caractère objectif les rendrait ainsi institutifs d'un ordre qu'il soit social ou politique, indépassable pour les différents acteurs sous peine de ne plus exister en tant qu'institution ou citoyen de ce monde. Ce constat aboutirait enfin à l'incompatibilité avec toute idée de faute des joueurs constitutionnels, en vertu de quoi, par l'outrepassement des règles, ils ne joueraient plus au jeu de la V<sup>ème</sup> République et n'auraient pas d'existence dans celui-ci.

---

<sup>1179</sup> C'est ce qui peut se déduire d'une manière triviale du texte qui les recueille et dénommé « Constitution ».

<sup>1180</sup> Elles ne représenteraient au final qu'une contrainte modérée qu'il n'est impossible de dépasser qu'en raison d'une pression interinstitutionnelle.

<sup>1181</sup> Postuler autrement reviendrait sans nul doute à nier l'existence de l'ordre juridique et donc, selon une approche positiviste, le droit lui-même. C'est en tout cas ce qui ressort de la critique d'Etienne Picard adressée à l'encontre de la subordination de l'existence de la norme à la parole du seul juge interprète (*cf.* PICARD E., « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in *L'office du juge*, Actes de colloque, 29-30 septembre 2006, Palais du Luxembourg, pp. 59-76).

**B/ Une règle excluant la notion de faute**

**953.** Envisager la règle constitutionnelle comme une règle constitutive d'un jeu implique bien qu'elle soit regardée comme un *être* indépassable et non un *devoir-être* transgressable. C'est d'ailleurs l'originalité de la règle constitutive. Elle institue des comportements qui ne pourraient exister en tant qu'agir dans le monde qu'elle crée, ce qui tend à exclure d'emblée toute idée de faute. A ce titre, elle bénéficierait d'un caractère spécial, rendant impossible le franchissement de la ligne de conduite qu'elles déterminent par les acteurs du monde qu'elle engendre. Une approche en ce sens conduit indiscutablement à envisager une intangibilité de la règle constitutive (1) sous l'empire de laquelle, le comportement fautif serait frappé d'une peine d'inexistence (2).

1. L'intangibilité de la règle constitutive

**954.** L'exemple des règles constitutives du jeu d'échecs est assez éclairant sur ce point. Dans ce jeu, construit uniquement autour de règles constitutives, la notion de faute n'existe pas car le comportement fautif est immédiatement réduit à néant par le retour au *statu quo* précédant la faute. De la même manière, si lors d'une partie de football, les joueurs se mettent à se faire des passes à la main, la partie de football elle-même disparaît car on joue à un autre jeu, quand bien même il existerait une règle normative qui sanctionnerait le touché ou la saisie à la main du ballon « par un joueur ». Une action de ce type constituerait alors une faute, tandis qu'une action globale de passe effectuée à la main entre les joueurs nierait le jeu lui-même, lequel ne peut être que si on se fait des passes au pied.

**955.** Cette position est par ailleurs présentée avec qualité par Guillaume Tusseau. A la faveur d'un exemple tiré d'une analyse de l'article 34 de la Constitution de 1958, habilitant le Parlement à voter la loi dans certains domaines, il expose la relation intime entre la nature du comportement et la règle qui le constitue en retranscrivant l'équation searlienne : X revient à Y dans la situation S<sup>1182</sup>. Mais surtout, sa conclusion concernant celle-ci rejoint le constat d'une intangibilité de la règle constitutive. En effet, un raisonnement *a contrario* permet de dégager le corollaire du système de la règle constitutive. Ainsi, la conséquence

---

<sup>1182</sup> « La réalisation de ces comportements « comptera comme » ou « aura valeur de » l'acte institutionnel de produire une norme législative » (cf. TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Dalloz, 2006, p. 177).

de « X = Y dans S » est logiquement que X ne revient pas à Y s'il ne s'inscrit pas dans la situation S. En d'autres termes, le comportement n'est tout simplement pas considéré comme celui décrit par la règle constitutive.

956. Emmanuel Sieyès évoquait déjà cette hypothèse dans *Qu'est-ce que le tiers-état ?* en affirmant que la Constitution formulait des énoncés déterminant des formes spécifiques empêchant les corps de l'Etat d'agir de manière effective en excédant les pouvoirs (au sens de « possibilités ») qui leur étaient constitutionnellement conférés<sup>1183</sup>. Précurseur de la conception constitutive que pouvaient avoir certaines règles, et en particulier les règles constitutionnelles, Sieyès conçoit ces dernières comme essentiellement indépassable par les corps constitués. Les comportements qu'elles instituent seraient alors inhérents à l'identité même des différents corps, institutions et concepts constitutionnels faisant de ce fait partie de leur essence. Un comportement contraire à ces règles serait rendu impossible en tant que corps constitué et réduit à un acte isolé ne pouvant faire partie de l'agir de ce corps, ou même de l'Etat.

957. Une telle conception de la règle constitutionnelle suppose « une certaine infailibilité » comme le concède Olivier Morin dans son analyse de l'œuvre de l'Abbé allant même jusqu'à mettre au jour l'impossibilité d'enfreindre la Constitution pour les corps qu'elle institue<sup>1184</sup>. Ainsi la volonté primaire de la Nation aurait ceci d'imposant qu'elle ne pourrait être contredite par un comportement autre que celui qu'elle a pu prescrire pour les corps qu'elle constitue. Enfreindre une règle constitutive serait de ce fait conçu comme « une impossibilité logique »<sup>1185</sup>. *Quid* alors du référendum de 1962 à l'occasion duquel le Président Charles de Gaulle invitait le peuple à se prononcer en faveur d'une révision de la Constitution sur le fondement de l'article 11 alors que ce référendum

---

<sup>1183</sup> « Un corps soumis à des formes constitutives ne peut rien décider que d'après sa Constitution. Il ne peut pas s'en donner une autre. Il cesse d'exister dès le moment qu'il se meut, qu'il parle, qu'il agit autrement que dans les formes qui lui ont été imposées (cf. SIEYES E., *Qu'est-ce que le Tiers-Etat ?*, op. cit., p. 140).

<sup>1184</sup> « Sieyès remarquera plus loin que le caractère constitutif de ces lois leur confère une certaine infailibilité : il est impossible à une Constitution digne de ce nom (c'est-à-dire voulue par la Nation) de n'être pas la bonne Constitution ; pour les mêmes raisons, elle est logiquement impossible à enfreindre pour ceux à qui la Nation a commis son pouvoir » (cf. MORIN O., « Y a-t-il des règles constitutives ? », op. cit., p. 111).

<sup>1185</sup> « Jouer au ballon prisonnier en marquant des buts, ce n'est pas jouer au ballon prisonnier : c'est un comportement impossible » (*ibid.*, p. 112). Olivier Morin ira même jusqu'à dire que certains auteurs accorderaient à ce titre une validité intrinsèque à la règle constitutive (*ibid.*), une affirmation qui clorait le débat sur la validité de la Constitution, si tant est que sa nature de règle constitutive fasse l'unanimité.



n'était de toute évidence pas prévu pour cela<sup>1186</sup> ? Une première solution serait d'envisager que certaines règles constitutives pourraient, tout en conservant cette propriété, n'être pas totalement respectées comme l'admet John Searle<sup>1187</sup>. Mais ce cas de figure suscite l'interrogation quant aux règles qui pourraient être transgressées sans que leur propriété constitutive ne leur soit niée. De même, jusqu'à quel degré de transgressabilité la règle resterait-elle constitutive ? Que faire enfin d'une règle *a priori* constitutive qui ne serait plus du tout respectée ? Le seul moyen de conserver cette distinction en l'état est évidemment de nier la potentialité d'une infraction quelconque d'une règle constitutive sous peine de la voir régresser au rang d'une règle normative.

**958.** L'économiste Avner Greif, dans une analyse des institutions économiques en tant que règles<sup>1188</sup>, considère qu'elles constituent une structure « qui influence le comportement »<sup>1189</sup>. Il ira d'ailleurs jusqu'à pousser cette influence à l'extrême en déterminant que les « composants institutionnels » forment « les micro-fondations du comportement »<sup>1190</sup>. Il en déduit une sorte de stabilité de l'environnement de ces comportements, qui, au-delà de leur paternité, fixerait un cadre inébranlable que les agents économiques ne pourraient dépasser sans briser un certain équilibre<sup>1191</sup>. Cette notion d'environnement stable présente ainsi de manière générale une des propriétés de la règle constitutive qui est de ne pouvoir être remise en cause sans que l'édifice ne s'écroule.

**959.** Il faut néanmoins aller plus loin que la simple notion de stabilité environnementale. En effet, si Avner Greif l'accompagne de celle d'équilibre, particulièrement appropriée au domaine économique, cela ne suffit pas à rendre compte de l'intangibilité des règles constitutionnelles, laquelle est incompatible avec une certaine idée de la flexibilité. Un tel compromis appliqué au droit reviendrait à accorder la conformité à la Constitution de la révision de 1962 au moyen de l'article 11. Si le Général de Gaulle visait à l'époque cet

---

<sup>1186</sup> Conclure autrement serait affirmer que le texte constitutionnel contiendrait des redondances, l'article 11 faisant doublon avec l'alinéa 1er de l'article 89. Ceci est difficilement concevable.

<sup>1187</sup> Cf SEARLE J. R., « What is an institution ? », *Journal of Institutional Economics*, vol. 1, Issue 1, June 2005, pp. 1-22.

<sup>1188</sup> Avner Greif expose une identification des institutions économiques à des règles déterminées politiquement qui sont imposées verticalement aux agents économiques par les structures politiques et les qualifie ainsi d'« institutions-comme-règles ». En ce sens, il les assimile à des règles constitutives de l'activité économique (cf. GREIF A., « Qu'est-ce que l'analyse institutionnelle ? », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, op. cit., p. 186).

<sup>1189</sup> *Ibid.*, p. 194.

<sup>1190</sup> *Ibid.*, p. 196.

<sup>1191</sup> *Ibid.*

article en justifiant son action par le caractère large du contenu de ses dispositions, il tord la réalité posée par la Constitution. Aussi, admettre la flexibilité du texte permet de conserver la stabilité de l'environnement constitutionnel mais la règle n'est alors pas strictement respectée. Toutefois, cet élément apporte un certain appui à l'hypothèse de l'indépassabilité de la règle. Sa flexibilité provient d'un degré d'imprécision laissant place à une interprétation qu'une lecture systémique pourrait invalider. Ainsi, si flexibilité il y a, elle dépend du caractère volontairement et en partie indéterminé de la règle constitutive<sup>1192</sup>. Or cette approximation assure la survie de l'ordre établi par l'ensemble des règles primaires et ne peut apparaître comme une faute qui remettrait cet ensemble en cause.

960. Mais cette flexibilité de la règle vient essentiellement de l'indétermination inhérente à la langue et en particulier au regard de son impossible immuabilité. Aussi, le texte ne peut être que synchroniquement déterminé et diachroniquement déterminable<sup>1193</sup>. L'acte d'interprétation est donc nécessairement contextualisé et relève d'un espace-temps précis. Une telle conclusion revient à relativiser dans le temps tout sens que la règle pourrait véhiculer et vient soutenir l'idée d'une stabilité par la flexibilité de la règle en ce qu'elle est une donnée linguistique<sup>1194</sup>. D'autre part, les tenants de la Théorie réaliste de l'interprétation évoquent d'ailleurs cette flexibilité du texte, en ce que « le seul sens est celui qui se dégage de l'interprétation », arguant du fait que les textes ne seraient ainsi qu'« en attente de sens »<sup>1195</sup>. Aussi, il faudrait accomplir un acte d'interprétation, quand bien même le texte serait, offrant de ce fait une flexibilité à la règle de par la flexibilité du texte qui la fonde. Par conséquent, la stabilité de la règle constitutive dépendra de la méthode utilisée, qu'elle soit sémiotique, génétique, systémique ou fonctionnelle, en ce qu'elles ne parviennent pas au même résultat. Une vision en ce sens conduit à accorder une

---

<sup>1192</sup> A l'image des règles fixant le comportement du Président de la République, que ce soit sous la III<sup>ème</sup> République avec la déclaration du Jules Grévy, ou encore les fluctuations de l'investissement du Président de la V<sup>ème</sup> République.

<sup>1193</sup> On retrouve d'ailleurs un angle de vue comparable dans les écrits de Jean-Yves Chérot à propos de la révision des concepts du droit. Son rejet de la dichotomie opposant la perspective textuelle et perspective évolutive d'une proposition, notamment en déterminant que la seconde fait partie intégrante de la première, marque ici une conception essentiellement évolutive de la langue qui ne peut se satisfaire d'une interprétation statique (cf. CHEROT J.-Y., « Signification et révision des concepts en droit », *Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif*, P.U.A.M., *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 28, 2015, pp. 2263 et s.).

<sup>1194</sup> Voir en ce sens SAVONITTO F., *Les discours constitutionnels sur la « violation de la Constitution » sous la V<sup>ème</sup> République*, Paris, L.G.D.J., 2013, pp. 412-420.

<sup>1195</sup> Cf. TROPER M., *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, P.U.F., Léviathan, p. 74.

signification différente au texte<sup>1196</sup> et assure une durabilité de la règle due à son interprétation dans un sens ou dans un autre selon la situation.

**961.** Au-delà, une issue à la problématique de la mobilisation de l'article 11 pour réviser la Constitution pourrait alors être trouvée par le truchement de la théorie des deux corps du roi en prenant en compte la dissociation entre le Président de la V<sup>ème</sup> République Charles de Gaulle et le politicien Charles de Gaulle. Si au regard d'une vision systémique de la Constitution, le Président de la République ne pouvait effectivement requérir le sentiment du peuple sur cette question sur la base de l'article 11, le politicien, en revanche, désincarnant sa fonction pouvait sans problème s'en référer au peuple pour modifier la Constitution. Ce dernier agirait ainsi en tant que constituant originaire souverain délié de toute forme procédurale que ce soit, ce qui infirmerait du même coup l'hypothèse d'une transgression de la règle constitutive constitutionnelle par l'exercice d'un pouvoir essentiellement sans limite<sup>1197</sup>. Mais il est aussi possible d'envisager une lecture systémique, non plus au regard de l'article 89 mais de l'article 3 en ce que le peuple peut exercer la souveraineté nationale (qu'il détient) directement, sans passer par ses représentants. Par conséquent, réviser la Constitution est un acte de volonté exprimant la souveraineté nationale, le peuple en tant que détenteur originel de cette souveraineté pouvant valablement se prononcer lui-même directement sur cette question. Aussi, s'il est évidemment possible de considérer que l'article 11 ne limite pas expressément sa mise en œuvre à la loi ordinaire, apprécier la révision référendaire au regard de la règle *lex generalia* ne conduit pas non plus à juger la consultation populaire de 1962 comme une transgression de la Constitution.

**962.** Dans une logique comparable, en affirmant que la Constitution est l'essence de l'Etat, Carl Schmitt tend à présupposer que celui-ci cesserait d'exister s'il n'avait plus de Constitution. Il est alors aisé d'étendre cette idée en la reportant sur la tentative de transgression de la règle constitutionnelle. Faire correspondre l'Etat et la Constitution

---

<sup>1196</sup> Cf. SAVONITTO F., *Les discours constitutionnels sur la « violation de la Constitution » sous la V<sup>ème</sup> République*, op. cit., p. 216-217.

<sup>1197</sup> D'ailleurs, la réponse du Conseil constitutionnel semble abonder dans ce sens, celui-ci refusant de juger la parole directe d'un souverain placé en dehors du monde constitué et réincarné en corps constituant. Une telle interprétation mène ainsi à légitimer un acte situé au-delà de la frontière tracée par l'acte constitutionnel primaire alors que le monde constitutionnel était constitué. Ce raisonnement reprend largement l'argumentation de John Searle concernant ce qu'il appelle « les fonctions-statuts » (*status functions*) dissociant l'objet ou la personne de son appréhension dans une situation donnée (cf. SEARLE J. R., *The Construction of Social Reality*, New York, The Free Press, *La construction de la réalité sociale*, TIERCELIN C. (trad.), Paris, Gallimard, 1998, p. 69).

suggère nécessairement que tout ce qui est placé en dehors de la Constitution est en dehors de l'Etat. Dès lors, tout agissement contredisant la Constitution se retrouverait *de facto* placé en dehors de l'Etat car il contrarierait son essence et relativiserait son existence<sup>1198</sup>.

## 2. L'inexistence du comportement *fautif*

**963.** Un comportement contraire aux règles constitutives du monde constitutionnel se verrait sanctionné d'une peine d'inexistence car située hors de celui-ci. Il ne pourrait alors, dans l'exercice du jeu constitutionnel, y avoir une coexistence des règles faisant naître et être les comportements institutionnels, et des comportements institutionnels fautifs qui ne remettraient pas cause l'ordre institutionnel. En ce sens, la théorie schmittienne tendrait à conforter la thèse d'un caractère indépassable d'une règle constitutionnelle en excluant la possibilité d'agir de manière contraire à cette règle, autrement dit en commettant une faute. Les propriétés fondamentales conférées aux règles établissant le monde étatique empêcheraient donc qu'il y soit dérogé, quelle qu'en soit la nature ou la cause, sans faire *ipso facto* cesser ce monde.

**964.** La conséquence d'un tel constat s'apparenterait à celle d'un déplacement erroné aux échecs : on considère qu'il n'a jamais existé en revenant au *statu quo* antérieur. Sa reconnaissance en tant qu'action assignée au comportement de ce corps constitué dépend du respect de la règle qui institue sa liberté de mouvement. A titre d'exemple, un Président de la V<sup>ème</sup> République ne peut en tant que Président de la République déclarer une loi inconstitutionnelle car cela ne fait pas partie de ses prérogatives en tant que tel, cette compétence étant constitutionnellement dévolue au Conseil constitutionnel<sup>1199</sup>. Si le Président de la République s'y risquait, il usurperait ainsi une compétence qui ne lui appartient pas, et donc qui ne fait pas partie de sa constitution. Sa décision serait alors dépourvue de valeur juridique car elle ne pourrait être considérée comme un acte du Président. Elle n'aurait la valeur que d'une prise de position politique sans affecter l'ordre juridique, de la même manière que le fou sera remis à sa place initiale s'il était déplacé en

---

<sup>1198</sup> Cette réflexion met volontairement l'acte constituant originaire de côté puisque, faisant advenir l'Etat par la déclaration d'une Constitution, il ne se place pas à l'intérieur de celui-ci mais plutôt en dehors, dans une sorte d'état de nature comme le dit Carl Schmitt et donc forcément insoumis aux règles constitutives qu'il institue (*ibid.*, p. 215).

<sup>1199</sup> Il pourra toutefois le faire de manière privée, mais cet acte sera jugé comme celui de la personne qui l'incarne, sans conséquence sur la considération juridique de la conformité de la loi à la Constitution.

ligne droite. On demandera alors au joueur d'effectuer un autre mouvement conforme à la constitution du fou, le premier mouvement n'étant pas pris en compte dans le déroulement du jeu.

**965.** Néanmoins, la distinction Carl Schmitt expose entre la Constitution en tant qu'essence et les dispositions de détails qu'il assimile aux lois constitutionnelles<sup>1200</sup> semble poser ici une difficulté particulière. En effet, le juriste allemand ne paraît pas accorder à celles-ci la même fundamentalité qu'à la Constitution proprement dite<sup>1201</sup>, ce qui aurait pour conséquence de relativiser leur caractère non transgressable. En raisonnant de la sorte, les dispositions réglant les interactions entre les différents organes de l'Etat, et définissant ceux-ci par l'attribution d'un comportement caractéristique de leur nature, pourraient, si l'on pousse la réflexion à l'extrême, se voir violées l'espace d'un instant tout en considérant cet acte comme un fait de l'Etat acceptable dans la configuration d'un monde constitutionnel donné. En ce sens, le référendum de 1962 lancé par le Général de Gaulle relatif au mode d'élection du Président de la République au moyen de l'article 11 de la Constitution de 1958 ne ferait que toucher à la disposition de détail et ne contredirait pas un élément fondamental du monde constitutionnel en place, lequel continuerait à vivre malgré cette « faute » pardonnable. Une telle interprétation rétrograderait les règles définissant certaines caractéristiques des objets constitutionnels au rang de règles simplement normatives. Or, elles participent de la constitution du monde, comme la tombée des feuilles en automne participe à celle des arbres à feuilles caduques et donc du monde sensible. Il est donc nécessaire d'admettre la fundamentalité de ces « dispositions de détail », en tout cas à un certain niveau qu'est celui de la création du monde et en particulier de l'exclusion de la notion de faute les concernant.

**966.** Pareille conclusion reviendrait alors à minimiser la distinction entre règles constitutives et régulatrices en acceptant l'idée que certaines règles constitutives peuvent être employées de manière normative<sup>1202</sup>. Certains comme Paul Amselek confèrent d'ailleurs un caractère constitutif ou créatif aux règles qui prescrivent une conduite

---

<sup>1200</sup> *Ibid.*, p. 142.

<sup>1201</sup> *Ibid.*

<sup>1202</sup> La règle constitutive régulant elle-même un « type de comportement qui n'existerait pas sans elle » (cf. MONNET E. & NAVARRO P., « Les institutions sont-elles dans la tête ? Entretien avec John Searle », *op. cit.*, p. 253).

particulière à un acteur d'un monde donné<sup>1203</sup>. Ainsi, une règle définissant une attitude à adopter jouerait un rôle dans la création ou la détermination du jeu au même titre que les autres. En conséquence, établir une distinction entre des règles de conduite constitutives et des règles de conduite régulatrices serait dénué de tout fondement, et par là même, tendrait à relativiser la distinction entre règle constitutive et normative en ce que les deux contribueraient à façonner le jeu et amènerait à refuser le caractère infaillible aux règles constitutives. Cependant, il semble qu'il faille contredire cette analyse. Certaines règles de conduite ne constitueraient pas réellement le jeu, tandis que d'autres participeraient à la définition de ses éléments. Lorsqu'on examine le jeu d'échec, les règles de conduite qui ont trait aux déplacements des pièces par les joueurs forment effectivement des règles constitutives puisque c'est le déplacement des pièces, plus que leur forme qui constitue leur identité<sup>1204</sup> et fait que les joueurs jouent en effet aux échecs.

967. Ainsi, outrepasser ces règles par un déplacement contraire reviendrait à nier l'existence de ces pièces en tant que telles et on ne jouerait alors plus aux échecs. De la même manière, si toucher le ballon ou le prendre avec les mains constitue une faute, il s'agit là d'un comportement envisagé par les règles constitutives du jeu de football. Il est impossible, sans s'extraire du jeu lui-même, d'évoluer en se faisant des passes à la main entre joueurs d'une même équipe<sup>1205</sup>. Dès lors, s'il paraît plausible de considérer que la règle régulatrice de la prise de balle à la main au football crée quelque chose, il est nécessaire ici de différencier le comportement établi par la règle (et qui est constitutif d'une faute) de l'adoption de ce comportement qui est régulé par la même règle. En somme, il n'y aurait pas lieu ici de dégager deux règles distinctes mais bien deux actions effectuées par la règle<sup>1206</sup>. Il faudrait donc définir la normativité de la règle suivant qu'elle crée ou qu'elle régule. S'il est indéniable qu'une règle régulatrice est normative, la règle constitutive dispose elle aussi d'une certaine normativité. Postuler un caractère

---

<sup>1203</sup> « Toutes règles de conduite est une règle à suivre et, en ce sens, une règle « constitutive » par hypothèse même, une règle qui appelle certaines conduites ; les règles de jeux ne sont pas davantage « constitutives » ou « créatives » que les autres ». « Elles restent – et ne sont que – des instruments de direction des conduites des joueurs et c'est en tant que telles qu'elles sont l'objet d'une conceptualisation » (cf. AMSELEK P., *Cheminevements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Collin, 2012, p. 399-400).

<sup>1204</sup> Il est possible d'envisager que deux personnes souhaitant jouer aux échecs mais n'ayant pas les pièces adéquates ni le plateau, prennent n'importe quelles figurines pour les remplacer et les faire évoluer comme les pièces originales sur une feuille de papier quadrillée de carrés clairs et sombres.

<sup>1205</sup> Les participants à une partie de football se placeraient eux-mêmes dans une situation différente de celle établie par les règles constitutives du jeu de football.

<sup>1206</sup> Cf. MORIN O., « Y a-t-il des règles constitutives ? », *op. cit.*, p. 116.

intransgressable de la règle constitutive supposerait alors une normativité spécifique, conditionnant l'existence du comportement selon qu'il respecte ou non la règle qui l'institue, contrairement à la règle normative qui fixe un étalon tenant à un jugement en bien ou en mal du comportement qu'elle vise. Aussi est-il nécessaire de considérer une normativité dite *absolue* de la règle constitutive en ce qu'elle s'appuie sur un discours monologique et poserait un régime du tout ou rien. D'autre part, la règle régulatrice serait dotée d'une normativité dialogique dite *éthique* en ce qu'elle viserait à la qualification du comportement comme étant bon ou mauvais.

968. Dès lors, l'incompatibilité de nature entre la faute et le caractère constitutif se trouverait dans l'incapacité à définir le comportement « fautif » comme étant le comportement que la règle crée. Aucun organe de l'Etat ne pourrait donc se comporter de telle sorte qu'il enfreindrait une disposition qui tracerait les contours de sa liberté de mouvement. Un acte en ce sens se verrait automatiquement marqué du sceau de l'inexistence en tant qu'acte de cet organe, réduisant de ce fait à néant soit la qualité juridique de l'auteur de l'acte, soit celle de l'acte lui-même<sup>1207</sup>. Aussi, la règle constitutionnelle en tant que règle constitutive serait dotée d'une intangibilité par la détermination de la nature de l'action effectuée et ne pourrait souffrir un quelconque irrespect sans que ce défaut ne rejaille sur l'identité de son auteur. Mais cette conception d'une règle constitutionnelle excluant la notion de faute n'est pas véritablement une nouveauté.

969. Appréhender la règle constitutionnelle comme une règle constitutive implique donc qu'elle soit comprise comme excluant la notion de comportement « fautif » qui ne peut exister. Ce lien ténu entre la tenue de la règle et la possibilité d'agir impliquerait donc qu'on ne puisse la transgresser sans sortir du monde qu'elle crée. Ce caractère indépassable des règles constitutives, et *a fortiori* des règles constitutionnelles, contribue à penser l'acte constituant comme un acte générateur d'un monde dans lequel les acteurs ne pourraient se soustraire à ce qui constitue leur essence. Mais si la théorie répond

---

<sup>1207</sup> « Si ce modèle n'est pas suivi, on ne saurait à proprement parler considérer que le Parlement a « violé » une prescription. En effet, aucune sanction, telle que l'emprisonnement d'individu ou le versement de dommages et intérêts, ne s'attache à une telle conduite. Il est possible de rendre compte de cette situation juridique de la manière suivante. L'activité entreprise ne correspond pas à la règle constitutive de compétence. En tant que définition d'une activité ou d'un acte, celle-ci ne prescrit rien. C'est pourquoi, si l'on s'en écarte, aucune « violation » ni aucune sanction ne s'ensuivent, seul en résulte un état de chose qu'il est impossible de subsumer sous la définition concernée : le texte voté par une simple commission de l'Assemblée Nationale n'est pas une loi » (cf. TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 177).



favorablement à la question d'une règle constitutive constitutionnelle, son application au droit confirmerait effectivement l'absence de faute dans la règle constitutionnelle.

## **§2 : La règle infraconstitutionnelle comme règle régulative**

**970.** La prise en compte d'une création du comportement par la règle constitutionnelle suppose un lien de causalité entre les deux. Le comportement social et institutionnel devant sa seule existence à la mise en place d'une règle constitutionnelle, cette dernière ne peut être regardée comme transgressable. Une telle dépendance exclurait de fait l'éventualité d'une faute constitutionnelle de la part des individus et institutions de l'Etat. Dès lors, pour fauter, il faut pouvoir agir dans une situation donnée. La faute, spécifique à la règle normative, ne peut alors être constitutionnelle et doit se trouver à un niveau dont le rôle n'est évidemment pas d'instaurer l'agir étatique. Ainsi, si le lien entre faute et comportement (A) semble indissoluble, la régulation de ce dernier appartiendrait à une règle normative infra-constitutionnelle (B).

### **A/ Le lien entre *faute* et comportement**

**971.** Les règles constitutives, et *a fortiori* les règles constitutionnelles, en créant une réalité sociale, de même qu'une réalité étatique, construisent le squelette de la mise en œuvre de l'activité. Cette structure juridico-étatique permet aux institutions de se mouvoir au sein d'un Etat et d'une société façonnés par un contrat spécifique faisant advenir la possibilité d'interactions. Par la tenue d'un ordre particulier, d'un état de chose exclusif, la règle constitutive constitutionnelle établirait la possibilité d'un comportement social et institutionnel encadré par des règles normatives sujettes à l'irrespect. Il convient toutefois ici, de raisonner de manière syllogistique en justifiant le lien entre le comportement social et étatique et sa régulation par une règle différente de la règle constitutive. Celle-ci induirait l'existence d'une faute potentielle ou avérée et par conséquent impossible à appréhender sans l'associer à la mise en œuvre, hypothétique ou non, d'un certain comportement. Il est alors nécessaire d'exposer le lien entre la régulation et l'existence

d'un comportement (1) tout comme sa dépendance au regard de la sanction de la faute qu'il génère (2).

### 1. Le lien entre régulation et comportement

**972.** La notion de règle régulatrice s'attacherait effectivement à celle de comportement. John Searle évoquait d'ailleurs cette perspective dans l'élaboration de sa distinction, associant ainsi la règle normative à des formes de comportements préexistants ou existants de manière indépendante qu'elle « gouverne »<sup>1208</sup>. De cette manière, il subordonne la création d'une règle de ce type à l'existence d'un comportement social à normaliser.

**973.** Il est nécessaire que le comportement soit, ou même puisse être, pour qu'une règle soit établie dans le but de le régir. Ce lien s'illustre par la forme de l'énonciation de la règle elle-même. Exposées par John Searle comme adoptant une tournure impérative du style « faites X » ou « si Y faites X » et pouvant être paraphrasées comme telle<sup>1209</sup>, ces règles s'adressent aux acteurs sociaux et étatiques dans le but d'orienter leur action dans un sens donné. C'est véritablement à l'intérieur de celles-ci que se trouve la force prescriptive mesurable par le degré d'influence que son auteur tend à exercer sur le comportement du destinataire de l'énoncé<sup>1210</sup>. Dès lors, ayant principalement la nature d'un commandement, qu'il soit positif ou négatif, elles ont pour objet de réguler un comportement déjà présent. De ce fait, elles se retrouvent distinctes des règles constitutives qui n'orientent pas le comportement mais le créent soit directement, soit indirectement. Si la relation causale entre règle et comportement est indéniable, force est de constater qu'elle ne s'opère pas dans le même sens, qu'il s'agisse des règles constitutives ou des règles régulatrices. La régulation serait alors subordonnée à la notion d'éthique.

**974.** L'origine du comportement se trouverait alors dans la règle constitutive qui le « constituerait », tandis qu'il serait la condition *sine qua non* de l'édiction d'une règle normative. En conséquence, en considérant que si les règles constitutives peuvent créer des comportements sociaux et étatiques, et que ces comportements sont la raison d'être de la formation d'une règle régulatrice, alors ces deux derniers éléments sont liés de manière

---

<sup>1208</sup> Cf. SEARLE J. R., *Les actes de langage : essai de philosophie du langage*, op. cit., p. 72.

<sup>1209</sup> *Ibid.*, pp. 73-74.

<sup>1210</sup> Cf. BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1998, pp. 121, 154-155.

indissoluble<sup>1211</sup>. Aussi, la pratique de l'escroquerie a conduit à la formulation d'une norme l'interdisant, tout comme celle de l'union naturelle mais indisciplinée de deux individus a amené à la production de règles encadrant cette pratique. De même, la naissance de cyber-comportements s'est accompagnée de normes visant, sinon à les restreindre, du moins à les réguler dans un certain sens. Il en va de manière identique pour les comportements des acteurs économiques<sup>1212</sup>.

**975.** Par ailleurs, le Décalogue biblique, archétype de la règle normative, n'a pour objet, non pas de créer un monde mais bien d'orienter l'attitude de ses destinataires vers une autre jugée plus appropriée. La normalisation serait donc une activité intrinsèquement liée à l'existence préalable de comportements sociaux, sans lesquels elle deviendrait inutile. Cette idée renvoie à la distinction entre discours adressé et discours non adressé. A ce titre, si la règle constitutive, dans une perspective constitutionnelle, n'a pas vocation à transmettre un message à quelqu'un, la règle régulatrice, quant à elle, se pose dans le cas contraire. Sa formule générique « faites X » induit un rapport communicationnel entre deux individus ou deux entités, et dont la finalité n'apparaît pas autrement que comme la formulation d'une volonté de diriger le comportement de l'interlocuteur. Cet élément conforte une fois de plus, à travers une analyse finaliste, la connexion entre la notion de règle régulatrice et celle de comportement social.

**976.** Une telle vision des choses implique d'observer une distinction entre le fait institutionnel et la norme. Si le premier correspond à une chose abstraite et objectivement instituée, le second tend à normer une action. Il convient de détailler cette distinction

---

<sup>1211</sup> L'exemple des lois mémorielles est assez parlant à ce sujet. L'institution chargée de l'édiction des règles réglementant l'activité sociale formulerait alors une règle qui n'aurait pas pour objet un comportement social donné et ne viserait pas à l'adapter de manière harmonieuse avec la vie en société. Celle-ci ne peut se voir octroyer un statut de norme car elle ne prescrit rien. Autrement dit, elle n'oriente en rien l'activité des acteurs sociaux, ni ne sanctionne, ni ne prévient une quelconque infraction à la règle. Un acte purement déclaratif qui n'établit rien, mais exprime simplement un positionnement axiologique de son auteur. Le lien avec le comportement est donc nécessaire pour qualifier un acte de « norme », et son action directrice sur celui-là paraît indispensable pour obtenir une règle régulatrice.

<sup>1212</sup> Un tel constat semble corroborer la thèse sociologique de Léon Duguit selon laquelle le fait social devrait guider la fabrication des normes par l'Etat et exposerait ces propos à la même critique et faiblesse d'un jusnaturalisme objectiviste latent. Or, si ces exemples ont été choisis pour leur évidence, ils ne constituent pas la seule occurrence de la formation des règles normatives. Elles peuvent très bien intervenir en prévision d'un comportement (rendu possible par les règles constitutives) et non uniquement après l'observation d'un fait social, ou encore promouvoir un comportement particulier en faisant montre de ses qualités bienfaitrices.

notamment au sujet de l'adéquation entre la règle régulatrice et la qualité de norme<sup>1213</sup>. En effet, ce type de règle contiendrait une norme, une attitude jugée « normale » selon la posture idéologique adoptée par son auteur, et devant s'imposer aux individus à qui elle s'adresse<sup>1214</sup>. En ce sens, elle constitue un *devoir-être* et ne conditionne le comportement d'autrui qu'*a posteriori* sans définir celui intrinsèque à l'entité désignée. Elle ne constitue que le comportement idéal, « normal ». C'est en cela qu'il possède nécessairement une « force obligatoire » qui rend indispensable son respect pour une bonne tenue de l'acteur social ou étatique.

977. Cet élément absent des règles constitutives, d'un point de vue interne<sup>1215</sup>, est assimilable à la raison d'être des règles normatives, l'associant ainsi au comportement social ou étatique qu'elle a pour objet d'encadrer. Ceci invite à s'interroger sur la force obligatoire d'un tel discours. En tant que critère définitoire de la règle normative, elle tendrait à montrer la nécessité d'une application à un comportement donné<sup>1216</sup>. Elle viserait donc encore une fois l'orientation du comportement des sujets de manière autoritaire sans qu'elle ne puisse être dénoncée comme ne correspondant pas à une réalité. Il faudrait d'ailleurs aller encore plus loin en affirmant que c'est cet écart entre la réalité des rapports inter individuels ou entre l'Etat et les individus qui fait de l'énoncé prescriptif une règle de nature régulatrice. De cette manière, la règle constitutive ne peut créer que des obligations impossibles à transgresser car elles seraient intrinsèques à l'être même de la chose constituée.

---

<sup>1213</sup> Le fait institutionnel étant l'apanage de la règle constitutive comme le présente John Searle, que ce soit par leur dépendance à l'énonciation de ces règles ou bien à l'existence de ces règles (cf. SEARLE J. R., *The Construction of Social Reality*, op. cit., p. 13 et s.)

<sup>1214</sup> Voir en ce sens les propos tenus par Riccardo Guastini dans son ouvrage *Leçons de théorie constitutionnelles* dans lequel il expose que toute norme, quels que soit sa structure ou son contenu normatif, a une force obligatoire (cf. GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, trad. et présentation CHAMPEIL-DESPLATS V., Paris, Dalloz, 2010, p.170).

<sup>1215</sup> Il paraît clair que ces propos ne s'appliquent que d'un point de vue interne à l'ordre juridique. Si l'on se place en dehors de celui-ci, et donc du monde constitué par les règles constitutives, ces dernières aussi deviennent un *devoir-être*, X devant être dans la situation S pour valoir Y. D'un point de vue interne (c'est-à-dire placé dans la situation S), X n'existe pas, seul Y est visible.

<sup>1216</sup> Véronique Champeil-Desplats présentait d'ailleurs la norme en ce sens : « la normativité d'un énoncé est souvent liée à sa structure déontique. L'énoncé normatif est celui qui formule un ordre, en permettant ou interdisant une conduite. Il s'oppose à l'énoncé qui reconnaît, constate, ou décrit une situation, promeut ou favorise, encourage, ou encore exprime des vœux, des souhaits, des recommandations, ou des avis. » (cf. CHAMPEIL-DESPLATS V., « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *La normativité, Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 64). Ainsi, à la différence des règles constitutives, lesquelles semblent pouvoir être confirmées ou infirmées, les règles normatives pourraient être décrites comme des énoncés ne constituant pas « des protocoles d'expériences », tant leur comparaison avec les faits ne permettrait « ni de les confirmer ni de les infirmer » (cf. FRYDMAN B., *Le sens des lois*, Bruylant, L.G.D.J., 2007, p. 548).

**978.** La règle régulatrice pourrait alors être comparée aux normes de conduite de Friederich von Hayek lesquelles ont, pour Norberto Bobbio, une fonction visant à rendre possible la coexistence des individus (et des groupes) qui poursuivent chacun des *finalités individuelles*<sup>1217</sup>. Le rapport qu'elles entretiennent avec l'activité en société des individus ou vis-à-vis de l'Etat est ici difficile à nier. Ceci implique de voir dans la règle régulatrice un caractère normatif qui ne serait pas présent dans la règle constitutive, caractère qui exprimerait cette volonté de prescrire la norme à travers l'énonciation d'un *devoir-être* idéal<sup>1218</sup>. Le caractère éthique de la règle régulatrice est ici conforté en ce qu'il associé à la nécessité de sanctionner ou de prévenir des agissements incompatibles avec la préservation des finalités individuelles. Elle serait alors le pendant d'un autre concept, celui de faute.

**979.** Il ne paraît alors pas erroné de dire que s'il n'y avait pas de comportements jugés malveillants, l'utilité des règles normatives serait grandement relative. Néanmoins, la perspective hobbesienne de l'être humain implique l'édiction d'une règle normalisant les comportements et incluant l'éventualité d'une faute qu'on ne respecterait pas. Outre le fait que sa naissance corresponde parfois avec la volonté de faire cesser un comportement déviant ou dangereux, elle sanctionne d'une punition celui qui adopterait une conduite contraire à celle qu'elle préconise.

## 2. Le lien entre régulation et *sanction* de la *faute*

**980.** Le rôle de sanction, mais aussi de prévention, de la règle régulatrice, au moyen d'une menace ou d'une punition, s'accorde avec la prise en compte d'une faute potentielle du destinataire de la règle. Ce lien entre la régulation et la sanction requiert une faute de par l'attachement de la sanction à un comportement considéré comme mauvais.

**981.** Les règles constitutives ne peuvent, par nature, contenir une sanction quelconque et établir une faute de par leur finalité définitoire et institutionnelle. Mais c'est surtout leur statut originel vis-à-vis du comportement à réguler qui empêche d'y voir quelque

---

<sup>1217</sup> Tandis que les normes d'organisation auxquelles elles sont opposées auraient pour fonction de rendre possible la coopération des individus (ou des groupes) qui poursuivent une finalité commune (cf. BOBBIO N., *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie de du droit*, SOLDINI D. (trad.), Dalloz, coll. Rivages du droit, 2012, p. 81).

<sup>1218</sup> Norberto Bobbio assimile d'ailleurs la norme à un acte de communication linguistique prescriptif (cf. GUASTINI R., préface à BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, Bruylant, L.G.D.J., Paris, 1998, p. 9).

régulation que ce soit. Cependant, Searle exposait dès le départ que « les règles constitutives ne comportent pas toutes des sanctions »<sup>1219</sup>. Une telle affirmation implique *a contrario* que ce type de règle peut contenir des sanctions et pose ainsi une limite à l'exclusivité octroyée aux règles régulatrices. Il semble toutefois erroné d'entrevoir l'éventualité d'une sanction répressive dans une règle de type constitutive, celles-ci ayant véritablement pour objet de constituer les choses du monde donné.

**982.** Leur conférer la capacité de pouvoir sanctionner serait alors leur donner la qualité de prescription permettant leur violation. Or, une vision en ce sens conduit à l'impasse logique tendant à « violer » une définition et exister encore au sein de celle-ci. Aussi absurde que peut revêtir l'affirmation de la violation d'une définition, il est indéniable que cette dernière conditionne l'*être* de la chose décrite. Elle ne constitue un *devoir-être* que de manière tautologique en ce que la chose *doit être* selon la définition donnée pour *être* sous sa dénomination. Autrement elle est autre chose. Par conséquent, la transgression d'un énoncé constitutif de chose aurait pour simple effet d'exclure l'acte transgressif de la réalité énoncée, tandis que la sanction suppose une confirmation de l'existence de cet acte dans cette dernière. La faute résiderait alors dans son entièreté dans la seule régulation des comportements et non dans les statuts de leur création. Pareille conclusion peut donc se résumer de cette manière : si la règle établissant la possibilité de comportement n'est pas respectée, il n'y a pas de comportement du tout. La faute appartiendrait *in fine* exclusivement aux règles régulant des comportements car leur finalité induit la gestion d'une déviance établie ou potentielle qui leur est strictement dévolue face à l'impossibilité de la transgression d'une règle constitutive.

**983.** Le résultat du syllogisme reviendrait alors à établir un lien direct entre la faute et le comportement. En effet, si la règle régulatrice engendre la possibilité d'une faute, celle-ci ne peut intervenir sans l'intermédiaire d'un comportement qui la concrétiserait. Ainsi, la réalité de la faute tiendrait uniquement dans l'accomplissement d'un acte jugé éthiquement malveillant alors qu'elle n'est qu'hypothétique dans la parole de la règle normative. Aussi, celle-ci ne ferait office que de qualification sans être véritablement l'acte de naissance de la faute, le comportement faisant toujours partie du jeu quand bien même il ne la respecterait pas. On retrouve ici un caractère essentiellement axiologique de la règle régulatrice, jusque dans son énonciation. L'établissement des valeurs (bon ou mauvais)

---

<sup>1219</sup> Cf. SEARLE J. R., *Les actes de langage : essai de philosophie du langage*, op. cit., p. 81.

rejaillit de la sanction apposée au comportement régi par la règle. Dès lors, la règle crée ce lien en installant linguistiquement une récompense de la bonne action (ou bien l'absence de punition) ou au contraire la punition d'une mauvaise action (ou bien l'absence de récompense). Sa structure interne en « si... alors... » intègre nécessairement une valeur positive ou négative<sup>1220</sup>. Cependant, la dépendance de la faute à l'existence du comportement se traduit linguistiquement par le dégagement d'une sanction suite à la prémisse « si... » qui la présente comme la conséquence d'un comportement particulier<sup>1221</sup>.

**984.** Le comportement, la faute et la règle se trouveraient alors dans une relation de type triadique, chacun d'entre eux étant liés l'un à l'autre de manière interdépendante. En effet, le comportement engendre la règle régulative qui par la suite suscite des comportements axiologiquement marqués. C'est là la différence entre la création de comportement par les règles régulatrices et les règles constitutives. Les secondes ne produisent que des comportements indépendants de toute éthique contrairement aux règles normatives qui elles sont chargées d'une valeur axiologique qui rejaillit sur le comportement qu'elles provoquent (ou veulent provoquer)<sup>1222</sup>. De ce caractère éthique surgit l'existence d'une faute, indexée sur la réalisation d'un comportement et qui occasionne la sanction programmée par la règle. Ainsi, vu sous le prisme de la règle, le comportement peut

---

<sup>1220</sup> Cf. COURTES J., *Analyse sémiotique du discours. De l'énoncé à l'énonciation*, Hachette, Paris, 1991, pp. 172-174.

<sup>1221</sup> Il est à noter que certaines dispositions de la Constitution comportent ce genre d'énoncé, posant une conséquence à un état de fait (par exemple les dispositions concernant la vacance du Président de la République ou celles de l'article 16) ou à un comportement particulier (par exemple les dispositions relatives à la procédure législative). Si cette structure conditionnelle pourrait s'apparenter à une régulation d'un comportement, il est difficile de voir dans la conséquence une sanction positive ou négative d'un comportement bon ou mauvais, et même une sanction tout court. Il s'agit là simplement d'un itinéraire *bis* sensé pallier la survenance d'un incident. Riccardo Guastini lui-même présentait le langage des normes comme une structure conditionnelle du même type, la prémisse étant un fait une conséquence juridique. Néanmoins, il prend l'exemple d'une qualification juridique (transformant l'énoncé « toutes personnes qui a 18 ans est majeure » en « si une personne a 18 ans alors elle est majeure »). Aucune régulation dans cette règle, mais plutôt une règle de fonctionnement du jeu (cf. GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 118).

<sup>1222</sup> Paul Amselek affirmait d'ailleurs que toutes les normes éthiques (prescrivant une conduite, se prêtent « par leur nature même à une recherche herméneutique et une extraction de marge de possibilité d'agir, de droit, d'obligations, d'interdictions » montrant ici que c'est la fonction qu'on fait jouer à ce qui est énoncé » qui est important dans la détermination d'une règle normative (cf. AMSELEK P., « Les fonctions normatives ou catégories modales », in *L'architecture du droit*, BECHILLON (de) D., BRUNET P., CHAMPEIL-DESPLATS V. *et al.* (dir.), Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Economica, 2006, p. 55).



devenir fautif, tandis que la perspective d'une faute (et donc d'une sanction)<sup>1223</sup> conditionne la valeur du comportement sous la règle énoncée.

**985.** Cette relation peut alors se concevoir comme un triangle fléché partant du comportement, passant par la règle régulative qui cause la possibilité d'une faute sanctionnée, celle-ci rejaissant sur le comportement qui s'adapte en conséquence (ou non, et dans ce cas, la sanction s'applique). Retenir cette conception de la connexion entre ces trois éléments conduit fatalement à réaliser une union existentielle entre le comportement et la faute, union qui ne peut exister s'agissant des règles constitutives car le concept de comportement n'est qu'une conséquence de l'établissement de la règle. De plus, la présence d'un arbitre dont le rôle est de juger la conformité de l'acte à la règle, de constater la faute, et d'y appliquer la sanction<sup>1224</sup> dénote une spécificité de la règle régulative vis-à-vis de la règle constitutive qui n'en dispose pas. Cette absence tend à corroborer l'alliance de la faute et de l'existence préalable d'un comportement, alliance établie par l'arbitre qui lui applique la peine prévue.

**986.** Néanmoins, une telle affirmation se doit d'être transposée à l'ordre juridique à proprement parler. Si les présents propos viennent confirmer la dimension constitutive des règles constitutionnelles en ce qu'elles mettent en œuvre un monde particulier distinct des autres, il apparaît nécessaire de faire de même avec les règles régulatrices. Le caractère hybride de la loi, qu'elle soit ordinaire ou constitutionnelle, ne permet évidemment de trancher complètement la question à ce stade de la réflexion. Toutefois, il semble qu'exclure la notion de faute du traitement de la règle constitutive constitutionnelle amène à en faire un critère d'identification de la règle régulatrice infraconstitutionnelle, et notamment de la loi.

---

<sup>1223</sup> Il ne paraît pas nécessaire ici d'argumenter le lien implicite et intrinsèque entre la faute et la sanction tant l'un implique l'autre et vice et versa.

<sup>1224</sup> A titre d'exemple, lors d'une partie de football, l'arbitre siffle le comportement contraire à la règle régulatrice des interactions entre joueurs et sanctionne cette faute par un carton, ou un avantage donné à l'autre équipe. Dans le cadre d'une violation d'une règle constitutive, en l'absence d'une instance dédiée à leur respect, c'est l'arrêt de la partie qui marque cette atteinte aux règles constitutives du jeu.

## **B/ Une faute exclusivement infraconstitutionnelle**

**987.** La corrélation opérée en amont entre règle constitutive et règle constitutionnelle invite à s'interroger sur la matérialisation de la règle régulative dans l'ordre juridique français. S'il ne peut y avoir de régulation assortie d'une sanction au sein des dispositions constitutionnelles, la qualité de règle normative se verrait alors accordée à toute règle qui se situerait à un niveau inférieur à la Constitution. Dès lors, ce rôle de normalisation des comportements existants concernerait principalement les étages de la loi et du règlement. Mais si la nature régulative semble concerner exclusivement la règle infraconstitutionnelle (1), c'est l'effectivité de cette régulation par l'office du juge (2) qui caractérisera la notion de faute.

### 1. Une régulation réservée à la règle infraconstitutionnelle

**988.** La règle infraconstitutionnelle fait montre d'un attachement à l'existence d'un comportement fautif existant. A ce titre, la loi comme le règlement laissent apparaître ce lien par la mise en place d'une peine sanctionnant leur irrespect, ce que ne fait pas la Constitution.

**989.** Le caractère régulateur des actes réglementaires (qu'ils viennent du Gouvernement ou d'une administration décentralisée) n'est véritablement pas à mettre en doute. Les critères de bonne administration, de prérogative de puissance publique ou bien de service public, tendent à voir dans l'acte réglementaire un acte régulateur de comportements déjà existant et sont souvent éthiquement teintés<sup>1225</sup>. Ceci ne peut correspondre à autre chose qu'à une régulation axiologique, les règlements contenant de ce fait une sanction de la non ou mauvaise application. L'analyse même de certains types d'actes, comme la circulaire qui oriente le comportement des fonctionnaires ou encore l'arrêté d'une administration ou d'une collectivité locale agissant sur le comportement des administrés, ne semble pas contrarier cette vision de l'acte réglementaire, quand bien même ils viseraient une habilitation de l'administration qui sanctionnera ses agents s'ils ne s'y conforment pas.

---

<sup>1225</sup> Les exemples de l'intérêt général et de l'ordre public servant de base à certains arrêtés municipaux ou préfectoraux abondent dans le sens d'un acte chargé de valeurs.

Mais c'est en particulier la loi qui offre une matière féconde en termes de régulation en ce qu'elle agit sur les rapports interindividuels.

**990.** La règle législative montre, elle aussi, beaucoup de similitude avec le concept de règle régulatrice. Il semble qu'il soit possible de transposer à la loi les remarques faites à propos du concept de règle régulatrice. La relation triadique, tout d'abord, exposée précédemment, paraît s'adapter parfaitement au mécanisme législatif tant l'existence d'une loi ne se justifie que par l'existence d'interactions sociales au sein même d'une société<sup>1226</sup>. Elaborée selon une démarche réactive, elle régulerait donc des comportements déjà existants, ou hypothétiques, mais rendus possibles par la vie en société dans le cadre donné par les règles constitutives constitutionnelles<sup>1227</sup>.

**991.** Mais surtout, c'est dans l'établissement d'une faute sanctionnée par une peine que la loi se distingue d'une règle constitutive. En effet, la lecture, aussi aléatoire soit-elle, d'un code, qu'il soit civil, pénal ou commercial, conduit à constater la liaison effectuée entre un comportement social donné et son traitement (négatif ou positif). Par exemple, l'article 221-1 du Code pénal, disposant que « le fait de donner volontairement la mort à autrui [...] est puni de trente ans de réclusion criminelle » montre une régulation d'un acte particulier accompagnée de sa sanction (négative ici). De même, l'article 1382 du Code civil disposant que « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » impose une obligation positive à l'auteur d'un dommage. Enfin, les dispositions des articles L123-1 et suivant du Code de commerce relatifs aux obligations d'enregistrement d'une activité commerciale prévoient des peines d'astreintes et de radiation ou même d'amende à ceux qui ne les respecteraient pas.

**992.** De plus, il semble que la règle infraconstitutionnelle, et en particulier la loi, porteuse d'une normativité influençant les comportements, peut être transgressée sans que

---

<sup>1226</sup> En effet, tout comme le droit ou même la règle, la loi n'a pas sa place dans un environnement assimilable à l'état de nature dans lequel les actions de chacun ne se borne qu'à la survie de l'individu sans prise en compte de celle du groupe. De plus, son essence performative inclut un acte de communication visant à orienter l'action d'autrui.

<sup>1227</sup> Il est ici à noter que l'objet des lois, et à titre d'exemple le Code civil (mais les autres ne font pas exception), dans leur conception originelle comme dans leur acception actuelle est bien évidemment de régir les rapports, aussi spécialisés soient-ils, entre les individus. Point n'est ici question d'établir une Société ou un Corps particulier. Il s'agit là de réglementer la vie des sujets entre eux de sorte que les conflits existants ou hypothétiques cessent ou n'adviennent pas.

son existence soit remise en cause<sup>1228</sup>, car la subjectivité du dialogue implique l'adhésion et donc l'obéissance. Hans Kelsen ne subordonne alors pas la validité de la norme, et ainsi son existence dans l'ordre normatif, au respect que les sujets de l'Etat peuvent en avoir. Mais il y rajoute une condition de degré, reniant toute validité à une norme à laquelle « le comportement des hommes ne se conformerait en aucune façon »<sup>1229</sup>. *A contrario*, la validité d'une règle constitutionnelle, en sa qualité constitutive, ne supporte pas la transgression<sup>1230</sup> sans quoi, le comportement n'existe pas, ou bien la règle n'existe plus. Hans Kelsen va encore plus loin en affirmant que l'acte normatif « doit pouvoir être *enfreint*, faute de quoi il n'a nullement le caractère d'un ordre normatif »<sup>1231</sup>. En définitive, la règle infraconstitutionnelle, en tant que norme, contrairement à la règle constitutionnelle, inclut nécessairement une infraction – une faute – au regard du commandement qu'elle pose.

**993.** Néanmoins, il semble que la régulation des comportements sociaux ne soit pas la seule activité de l'acte législatif. Comme démontré en amont, la loi ne fait pas que communiquer un ordre, ou un commandement, positifs ou négatifs, elle crée aussi des choses. La question qui se pose ici concerne la correspondance entre la création du jeu et du monde spécifique à la règle constitutive et la création législative. En effet, il se trouve que l'équation de John Searle « X vaut Y dans la situation S », correspondant à l'identification d'une règle constitutive, résume l'acte de langage effectué par certaines règles législatives. Il a pu avoir été démontré que le langage législatif disposait ses propres énoncé-concepts à travers une énonciation descriptive innovante tenant à l'institution d'un *être* et non d'un *devoir-être*. On remarquera que le règlement pose le même problème, notamment avec l'exemple des statuts des fonctionnaires des différentes fonctions publiques, énonçant en substance que la personne physique vaut fonctionnaire dans la situation régie par le statut en vigueur. Dès lors, l'énonciation de certaines dispositions législatives et réglementaires satisferait aux conditions d'identification des règles

---

<sup>1228</sup> Hans Kelsen l'évoquait déjà en 1926 en énonçant que « si l'on ne se comporte pas de la manière prescrite, si l'on ne fait pas ce qu'on est obligé de faire ou si l'on fait ce qu'on ne doit pas faire, la norme ou l'ordre normatif ne sont pas atteints dans leur existence ». Il continuait en affirmant que « certes la norme ou l'ordre normatif sont *enfreints*, *brisés* ; mais cela ne signifie pas que cette norme ou cet ordre normatif auraient cessé d'être valables ». C'est pour lui dans cette validité que réside « l'existence spécifique de l'ordre normatif ». (cf. KELSEN H., « L'essence de l'Etat », in *La pensée politique de H. Kelsen*, GOYARD-FABRE S. (dir.), *Cahier de philosophie et politique et juridique*, n° 17, 1990, p. 20).

<sup>1229</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>1230</sup> Et c'est en partie sa nature intrinsèquement non normative mais factuelle qui implique cette conséquence.

<sup>1231</sup> *Ibid.*, p. 23.

constitutives, relativisant leur qualité régulatrice. Ainsi, il n'y aurait pas de différence entre la loi et la Constitution même au regard de la distinction entre règle constitutive et règle régulatrice.

**994.** Or, John Searle a très vite écarté la distinction formelle entre les règles constitutives et les règles régulatrice, pour ne retenir qu'un critère matériel. En effet, à la question de la distinction entre comportement *décrit* par des règles et le comportement *régi* par des règles, il répond que le comportement n'est parfois pas seulement décrit mais aussi régi par ces règles. Il s'agira alors selon lui, de considérer dans ce cas que le contenu sémantique de la règle joue vraiment un rôle causal dans la détermination du comportement<sup>1232</sup>. Aussi, l'allure descriptive, si elle peut fournir un indice éclairant quant à la nature constitutive de la règle, n'est pas un critère déterminant. C'est précisément ce qui est dit, et non la manière dont on le dit, qui permettra l'identification d'une dimension constitutive ou au contraire d'une dimension régulatrice. On pourra toutefois objecter à cette vision matérielle de l'acte de langage constitutif ou régulateur que la forme du discours, suivant qu'elle se montre sous un jour monologique ou dialogique, offre un argument de poids. Assurément, une règle comprise dans un discours monologique apparaîtrait comme constitutive, tandis qu'une règle comprise dans un discours dialogique présenterait une dimension régulatrice. La forme jouerait alors un rôle conséquent dans la détermination de la nature constitutive ou régulatrice des règles. Tout autant que la forme, le contexte de l'énonciation se révèle important, même si en soi, il n'est pas suffisant non plus. Dès lors, forme discursive, contexte et contenu sont nécessaires à l'appréciation constitutive ou régulatrice de la règle qui régira, de manière absolue ou de manière éthique, le comportement qui en est l'objet. Ceci étant, la règle constitutionnelle reste normative et régit ultérieurement les comportements qu'elle semble permettre à l'origine. Elle aurait alors une dimension régulatrice inhérente à la mise en mouvement continue des institutions qu'elle crée. Inversement, la règle législative pose aussi les fondements conceptuels de sa régulation<sup>1233</sup>.

**995.** Cette analyse viendrait conforter la vision d'une dimension constitutive de la loi tout comme de la régulation par la règle constitutionnelle. Il y aurait alors deux types de règles dans la loi : une partie indépassable sous peine de ne plus être régie par la règle législative et servant à qualifier l'acte afin de lui soumettre le régime prévu, et une partie

---

<sup>1232</sup> Cf. SEARLE J. R., *The Construction of Social Reality*, op. cit., p. 182.

<sup>1233</sup> Voir *supra* Chap 2 – Titre II – Partie 1.

transgressable établissant, parfois de manière indirecte, le comportement éthiquement convenable et la sanction de son irrespect. Toutes les règles contiendraient alors ces deux actes, d'un côté la constitution d'un comportement, de l'autre sa régulation. Une conclusion en ce sens relativise la distinction formelle pour au final la réduire à la nature de l'acte accompli. Aussi, la part de qualification juridique contenue dans la loi empêcherait de ne voir celle-ci que comme un acte régulateur des comportements sociaux et conditionnerait leur existence dans un microcosme élaboré par la règle régulatrice. Elle le ferait advenir comme un fait de ce monde abstrait, spécialisé à la question civile ou pénale ou encore commerciale, subordonnant son être à une correspondance avec la description législative.

**996.** Cependant, il semble qu'il soit possible de critiquer cette affirmation en rétablissant la règle constitutionnelle dans sa dimension constitutive la plus pure et en réservant la régulation à la loi, quand bien même celle-ci contiendrait des éléments relevant de la règle de nature constitutive. En effet, s'agissant de la loi, il y en aurait de deux sortes. La première essentiellement normative, aurait pour objet la seule orientation d'un comportement déjà qualifié, ou sans qu'il soit besoin de le faire au préalable. Elle serait alors purement régulatrice sans éléments de descriptions d'un acte quelconque<sup>1234</sup> et offrirait un archétype concret de la règle normative contrôlant l'orientation des comportements sociaux. Elle se plierait alors entièrement aux développements présentés précédemment concernant la relation triadique entre le comportement déjà existant, la règle et le traitement qu'elle lui réserve, sans que cela n'affecte le monde constitutionnel établi. La seconde arborerait les deux types de règles constitutives et régulatrices, dans un acte de qualification précédant la sanction prévue pour le comportement ainsi désigné<sup>1235</sup>. Elles présenteraient la création de mondes secondaires spécialisés, intégrant des comportements sociaux qu'elles transforment afin d'être considérés à l'intérieur de ceux-ci. Elles leur appliqueraient ensuite une sanction spécifique visant à les réguler dans une optique axiologique. Loin de montrer que des règles constitutives puissent fixer une peine

---

<sup>1234</sup> *i. e.* l'article 221-2 de Code pénal disposant que « le meurtre qui précède, accompagne ou suit un autre crime est puni de la réclusion criminelle à perpétuité » ; l'article 1382 du Code civil disposant que « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

<sup>1235</sup> Si tel acte ne correspond pas à la définition du crime donnée par le code pénal, alors il n'est pas un crime. De même pour l'union de deux personnes quel que soit leur sexe, si elle n'est pas contractualisée comme le dispose le Code civil, alors elle n'est pas un mariage. Et ceci fonctionne pour toute qualification législative.

ou une sanction de quelque type que ce soit, ce cas montre uniquement la possibilité de retrouver dans la loi une combinaison des deux catégories de règles.

**997.** D'autre part, le caractère hybride de la loi constitutionnelle pose la question d'une loi constitutive par essence ou à l'inverse d'une Constitution régulatrice de comportements. On a pu observer précédemment que la finalité de l'acte du pouvoir de révision pouvait être compris comme une réponse à un type de comportement jugé déstabilisant pour la tenue du monde constitutionnel, alors que la forme et le fond relevaient bien de l'ordre constitutionnel. Aussi est-il pertinent de se demander si la loi constitutionnelle insère une régulation dans le texte constitutif du monde constitutionnel. Sa différenciation d'avec la Constitution *stricto sensu* relève formellement de la procédure qui précède son adoption. Une fois en vigueur, il n'est pas permis à la simple lecture du texte d'aujourd'hui de faire le tri entre les mesures originales et celles qui ont été ultérieurement ajoutées.

**998.** De plus, elle modifie le monde et à ce titre participe à sa constitution. Mais alors pourquoi prend-elle la forme d'une loi ? Il semble que ce ne soit dû qu'à son auteur, le Législateur prenant la fonction de constituant. En substance, rien ne différencie l'œuvre du législateur constitutionnel de celle du constituant originaire. Ainsi, rien ne permet de lui conférer un caractère infraconstitutionnel puisqu'elle accède au final au même rang dans la hiérarchie des normes. Mais une telle conclusion reviendrait à ne plus envisager la règle constitutionnelle comme exclusivement constitutive. Si la nature bipolaire de la règle législative semble avérée, à l'inverse, la Constitution ne contient pas d'acte de régulation de comportement déjà existant, au-delà du fait qu'elle les fait advenir, car elle ne contient pas de sanction ou de traitement particulier d'une action quelconque. Ainsi, rien ne laisse supposer que la dualité constitutive et régulatrice de la règle législative s'applique aussi à la règle constitutionnelle. Tout au plus, il y aurait du langage constitutionnel dans la loi ce qui ne lui défend pas, tout comme au règlement, d'être dépositaire d'une fonction propre à la Constitution.

**999.** Il n'en reste pas moins que les comportements qui ne se conformeraient pas à la règle infraconstitutionnelle continuent d'exister. Toutefois, quelque régulatrice qu'elle soit, elle dispose d'un instrument garantissant l'effectivité de la sanction énoncée. Parmi les diverses institutions étatiques chargées de la faire respecter, c'est principalement l'office



du juge qui caractérisera cette nature régulatrice de par sa gestion de la faute et de son traitement.

## 2. Une régulation par l'office d'un juge

**1000.** C'est ici l'existence et l'office d'un arbitre qui va permettre de spécifier la règle infraconstitutionnelle comme le seul acte de régulation et donc de la gestion de la faute. La présence d'un juge, tout comme l'arbitre d'un jeu, vient assurer le respect de la règle par le comportement en question, mais surtout, exécute la sanction prévue par la règle. Pour ce faire, il identifie alors la faute à travers le comportement adopté par l'individu.

**1001.** La présence de l'arbitre identifiant la règle régulatrice vis-à-vis de la règle constitutive, il paraît pertinent d'associer la gestion de la faute à la règle infraconstitutionnelle. C'est l'application par le juge des dispositions législatives ou réglementaires, et en particulier le traitement qui y est joint, à l'hypothétique comportement considéré comme mauvais qui force à reconnaître la nature régulatrice de la règle. L'existence du juge poserait la question de l'identification de la Constitution au type constitutif. Par ailleurs, s'agissant du règlement, l'existence de divers Conseils de discipline ou de déontologie conduit à confirmer cette qualification de règle régulatrice par la concrétisation de la peine prévue et par une sanction de la faute appliquée par un organe pseudo-juridictionnel. Enfin, la faculté de l'administration elle-même de sanctionner ses administrés qui ne se conformeraient pas aux règles qu'elle édicte paraît aller dans le sens d'une affiliation de l'acte réglementaire à cette catégorie de règles.

**1002.** De manière générale, le lien entre la régulation et la présence d'un juge peut se voir conforté par l'histoire du Conseil d'Etat<sup>1236</sup>. En effet, la régulation de l'action de l'administration n'a véritablement vu le jour qu'à travers l'émancipation et la jurisprudence d'un juge administratif à part entière. Aussi, l'arrêt Blanco du 8 février 1973 marque la naissance d'une régulation propre à l'action de l'Etat, laquelle est aux mains du Conseil d'Etat qui produira tout au long du XX<sup>ème</sup> siècle une jurisprudence significative quant à la reconnaissance d'une faute de l'administration. Développée dans une optique

---

<sup>1236</sup> La particularité de cet exemple, notamment vis-à-vis du juge judiciaire, réside dans l'activisme jurisprudentiel du Conseil d'Etat, lequel a largement agi en dehors de toute fondement législatif ou réglementaire.

allant dans le sens d'une protection accrue des administrés, l'activité du juge administratif n'a eu de cesse de déterminer la potentialité d'une faute des agents de l'Etat et d'étendre le droit à la réparation d'un préjudice injustifié au regard de l'intérêt général<sup>1237</sup>. De ce constat il faut conclure à un lien solide entre la présence du juge et l'existence d'une faute, celle-ci procédant souvent d'une détermination juridictionnelle.

**1003.** Dès lors, l'inexistence de la faute dans la règle constitutionnelle, bien qu'elle montre certaines déconvenues, s'attache à l'établissement par la règle régulatrice infraconstitutionnelle d'une faute sanctionnée par un juge. La règle constitutionnelle serait alors une règle constitutive par l'absence de faute, reléguant celle-ci à la règle de type inférieure. Or, l'existence du juge constitutionnel tendrait à mettre en lumière l'éventualité d'une faute, en ce qu'il veille au respect de la règle constitutionnelle par les acteurs politiques. Aussi, ne disposant pas de caractère éthique ou encore de traitement d'un comportement jugé bon ou mauvais, la règle constitutionnelle dispose pourtant d'un organe en partie juridictionnel chargé de régler le sort d'une potentielle violation de la Constitution par le Parlement. L'inconstitutionnalité pourrait alors être considérée comme la conséquence de cette faute implicite<sup>1238</sup>. Par conséquent, la faute ne serait pas forcément infraconstitutionnelle, bien que la sanction soit différente. Toutefois, la justice constitutionnelle dispensée par la Haute instance souffre de la dualité marquée par sa nature hybride, à la fois politique et juridictionnelle. Aussi est-il nécessaire de réserver un traitement spécial à cet organe et d'analyser la « sanction » qu'il prononce de manière indépendante de celle des autorités administratives et judiciaires.

**1004.** Ainsi, le texte fondamental semble exclure la notion de faute. Cependant, les articles afférant au Conseil constitutionnel, que ce soit au regard de son existence comme de sa compétence pour « juger » la loi ou encore du traitement qu'il peut donner (la conformité ou la non conformité) au texte qui est soumis à son examen, montre une certaine ambiguïté. Ce constat pourrait induire une sanction juridictionnelle, affiliant la règle constitutionnelle à une règle régulatrice des comportements politiques du Parlement et

---

<sup>1237</sup> Voir notamment en ce sens la jurisprudence relative à la faute du fonctionnaire de police ou hospitalier et à sa réparation.

<sup>1238</sup> Une affirmation en ce sens bénéficierait d'un appui solide au regard de la jurisprudence *La Fleurette* du Conseil d'Etat reconnaissant une réparation du fait de la loi (CE, 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, Rec., p. 25).

du Gouvernement<sup>1239</sup>. Il apparaît toutefois que la nature neutre de la sanction prodiguée par la Haute instance ne puisse s'apparenter à celle de la règle infraconstitutionnelle, laissant envisager une absence de « sanction » éthiquement parlant.

## ***Section II : L'absence de sanction de non respect de la Constitution***

**1005.** Le caractère indépassable de la règle constitutionnelle en tant que règle constitutive implique nécessairement qu'on ne puisse l'enfreindre de la même manière qu'une personne physique ou morale le ferait pour une règle régulative. La distinction searlienne entre ces deux concepts suggère que l'acte tendant à contredire la règle constitutionnelle soit traité différemment de celui qui désobéit à la règle infraconstitutionnelle.

**1006.** Cette variété de procédé tenant à la qualité de la règle de référence invite à concevoir une réponse elle aussi différente en cas de non respect. Si l'intransgressabilité de la règle constitutionnelle se déduit de sa nature constitutive, il semble que la peine de l'inconstitutionnalité ne puisse être assimilée à une sanction juridictionnelle classique. Son caractère exclusivement déclaratif (§1) poserait une conséquence particulière, laquelle réside dans l'inexistence de l'acte désavoué (§2).

### **§1 : Le caractère exclusivement déclaratif de l'inconstitutionnalité**

**1007.** Déterminer le caractère indépassable de la règle constitutionnelle suppose que le traitement de cette dernière par le Conseil constitutionnel soit distingué de celui opéré par les autres juges. De manière générale, la définition d'un jugement ou d'un arrêt subordonnerait globalement cette forme de sentence à l'existence d'un magistrat ou d'une juridiction à part entière, excluant le contrôleur de la constitutionnalité de la loi<sup>1240</sup>. Aussi,

---

<sup>1239</sup> La partie régulative pouvant ici se comprendre comme se référant presque exclusivement à ces rapports entre le Gouvernement et le Parlement.

<sup>1240</sup> Le lexique juridique Dalloz par exemple définit le jugement comme un « terme général pour désigner toute décision prise par un collège de magistrats ou par un magistrat statuant à juge unique. Il désigne plus

il apparaît évident que cette mise à l'écart est due à une particularité prégnante de l'office de la Haute instance. Elle s'exprimerait alors à travers des déclarations d'inconstitutionnalité que ce soit à l'occasion du contrôle *a priori* (A) ou du contrôle *a posteriori* (B) de la conformité de la loi à la Constitution.

### **A/ Une déclaration d'inconstitutionnalité dans le contrôle *a priori***

**1008.** L'ensemble des décisions du Conseil constitutionnel est souvent présenté comme une jurisprudence, en comparaison avec la somme des arrêts d'une juridiction ordinaire. Néanmoins, le contrôle *a priori* n'a jamais généré de jugements ou d'arrêts assimilables aux décisions des juridictions administratives et judiciaires. Quand bien même la rédaction viserait une comparaison viable, il ne s'agit pas là de *jugements* mais de *décisions*. Une différence qui peut paraître superficielle aujourd'hui mais qui a finalement son importance quant à l'office de la Haute instance et ce notamment au regard de sa conception d'origine<sup>1241</sup>. Celle-ci n'étant pas une juridiction au sein de la Constitution de la V<sup>ème</sup> République<sup>1242</sup>, cette dernière ne présente aucun de ses actes comme des *jugements*. Aussi, son article 62 n'évoquant que des *décisions* (1) invite à examiner leur nature déclarative (2).

#### 1. La qualité de décision constitutionnelle *a priori*

**1009.** Il est loisible d'attendre d'une institution comme celle-ci et ayant acquis une telle importance que ses actes aient une aura en conséquence : la vision d'une *jurisprudence* de la Haute instance, sa désignation en tant que *juridiction*, tant d'éléments qui font penser le Conseil constitutionnel comme un véritable juge, un arbitre sanctionnant un

---

spécialement les jugements rendus par le tribunal de grande instance, par le tribunal de commerce et par le tribunal administratif » et un arrêt comme la « décision de justice rendue, soit par une cour d'appel soit par la Cour de cassation, soit par les juridictions administratives autre que les tribunaux administratifs » (*cf. Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 18<sup>ème</sup> édition, 2011).

<sup>1241</sup> Pour rappel, le Conseil constitutionnel n'est à l'origine pas conçu comme un juge, pas même de la fondamentale. Il n'était prévu que pour faire respecter son rôle au Parlement en déterminant si le texte adopté correspondait à la définition constitutionnelle de la loi ou non.

<sup>1242</sup> Art. 62 al. 2 : « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

comportement, celui du législateur. Et pourtant, selon le libellé de la Constitution, ce n'est pas le cas, ses actes n'étant ni des *jugements*, ni des *arrêts*.

**1010.** Ils ne sont tout d'abord pas des *jugements*, en particulier en raison du fait que le Conseil constitutionnel n'est pas le juge d'un comportement, ni donc de la sanction de faits commis par les acteurs politiques. Il serait toutefois possible de penser que sa décision porte sur une mauvaise action du Législateur qui aurait violé la Constitution et qui se serait ainsi adonné à un comportement irrégulier. Dès lors, son contrôle pourrait être regardé comme la régulation d'une attitude politique déviante au regard d'une règle normative contenue dans la Constitution<sup>1243</sup>. Dans ce cas, le rendu d'un *jugement* se serait naturellement posé comme une évidence. Le Conseil constitutionnel serait alors érigé au rang d'arbitre des conflits entre les actes des organes politiques et les dispositions du texte constitutionnel. Or, la Haute instance a pu par le passé s'affirmer en tant que « régulateur des pouvoirs publics » en s'appuyant sur l'esprit de la Constitution<sup>1244</sup>.

**1011.** Cependant, le texte constitutionnel n'évoque qu'une simple *décision* et non un *jugement*<sup>1245</sup>, un choix qui peut se justifier par le fait qu'en définitive la Haute instance n'agit pas en qualité de régulateur. Mais si la mise en avant de ce rôle pouvait se comprendre quant à la manière dont le Conseil était considéré à l'origine, elle n'est plus pertinente aujourd'hui suite à l'évolution de son office. Ainsi, au sens de la Constitution, l'action du contrôleur de la constitutionnalité de la loi se résumerait à un contrôle de la conformité du texte voté par le Parlement aux règles constitutives de la loi. En d'autres termes, il ne ferait que vérifier si l'œuvre du Législateur peut advenir dans le monde constitutionnel en tant que loi. Par ailleurs, sa décision se distingue même de ce qu'on appelle un *jugement constitutif*<sup>1246</sup>. Elle ne crée pas une situation juridique nouvelle qualifiant le comportement qui lui est soumis. La Haute instance ne se limite pas non plus

---

<sup>1243</sup> Et notamment au regard des dispositions relatives aux détails d'organisation réglant les rapports interinstitutionnels, ou bien des libertés fondamentales en tant que garant des droits de l'Homme.

<sup>1244</sup> CC, n° 62-20 DC du 06 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, Rec., p. 27, JO, 7 novembre 1962, p. 10778, cons. 2

<sup>1245</sup> Ce qui est corroboré par l'énonciation du Conseil lui-même qui conclue ses actes par « décide ».

<sup>1246</sup> Ce type de jugement peut se définir comme celui qui met en place un droit nouveau, ou une situation juridique nouvelle. Il s'oppose généralement aux jugements dits « déclaratifs » qui se bornent à reconnaître des droits ou une situation préexistants (voir en ce sens et pour plus de précisions MAZEAUD L., « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », *RTD civ.* 1929, pp. 17-56). Dans le cas, du jugement *déclaratif*, la décision du juge « constate un état de fait qui lui préexiste et auquel il convient de restaurer toute sa portée juridique ». A l'inverse, le jugement *constitutif* « fait œuvre créatrice » (cf. BOUTY C., *L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé*, P.U.A.M., 2008, §589).

à reconnaître ou non un état de chose qui existerait préalablement et indépendamment de sa décision. Sa décision ne représente donc pas plus un *jugement déclaratif* malgré sa qualité de « déclaration ». En outre, le texte voté par le Parlement ne peut pas être regardé comme un fait. Si un acte de langage n'est un acte qu'à partir du moment où il est effectivement énoncé, il faut de toute évidence considérer le texte voté par le Parlement comme un acte inaccompli tant qu'il n'a pas reçu l'onction de la promulgation. La décision du Conseil rendue *a priori* ne serait alors aucunement un *jugement* en ce que les Sages ne statuent pas sur un fait à proprement parler. Ils ne font qu'octroyer un statut juridique au texte et lui conférer la qualité de loi au regard des règles constitutives de ce concept.

**1012.** La déclaration procédant du contrôle *a priori* pourrait aussi être comparé à un *arrêt* prononcé par une Cour souveraine. Néanmoins, le Conseil constitutionnel, toute juridiction de fait qu'il puisse être, n'est pas une Cour et ne saurait l'être. Sa composition, différente d'une Cour de cassation ou d'un Conseil d'Etat, ou encore des juridictions d'appel des deux ordres, n'invite déjà pas à ce genre d'identification. En effet, il n'y a pas de « juge » au sens propre au Conseil constitutionnel, contrairement aux autres juges européens chargés de contrôler la constitutionnalité des lois. De plus, son statut constitutionnel ne semble pas infirmer ce constat en ne qualifiant pas cette institution comme telle, ni même en lui donnant une fonction analogue.

**1013.** Toutefois, l'action d'interprétation de la Haute instance pourrait se comparer à celle d'une Cour souveraine. François Saint-Bonnet rapproche ainsi les réserves d'interprétation au travail *a priori* des Parlements d'Ancien régime, en particulier dans leur interprétation des édits du roi<sup>1247</sup>. A ce titre, il serait possible de qualifier d'*arrêts* les décisions du Conseil selon un critère substantiel. De plus, ce type d'interprétation se retrouve aussi dans l'action des Cours administratives et judiciaires, même si cela reste dans la cadre d'une action *a posteriori* de l'existence de la loi. Dès lors, si la forme ne s'y prête pas, le fond pourrait éventuellement rapporter l'acte du Conseil constitutionnel à un *arrêt* de Cour souveraine. Or, cet argument ne suffit pas. Cette comparaison n'est que succincte et ne porte que sur une partie minime du contrôle de la constitutionnalité de la loi par la Haute instance. Par ailleurs, c'est la qualification constitutionnelle qui constitue son office. L'apparition des réserves d'interprétation n'est le résultat que d'une audace du Conseil et

---

<sup>1247</sup> Cf. SAINT-BONNET F., « Le pouvoir normatif des anciens juges. Le contrôle juridictionnel *a priori* des lois du roi », in Le pouvoir normatif du juge constitutionnel, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, juillet 2008, p. 86.

non d'une institutionnalisation. Aussi, la qualité d'*arrêt* ne peut constituer qu'un abus de langage et ne recouvre pas la réalité du contrôle de constitutionnalité français qui ne s'apparente pas à l'office d'un juge quand bien même il statuerait dans l'abstrait.

**1014.** Et pourtant, il doit *statuer*<sup>1248</sup> de la même manière que les juridictions judiciaires et administratives. Cet élément porterait à croire que la Haute instance bénéficierait d'un statut proche de ses cousines. Statuer conduit en effet à « arrêter » les choses et conférerait donc le rang d'*arrêt* aux déclarations de constitutionnalité. L'action de juger, historiquement ou prétoriennement dévolue aux arbitres des ordres administratifs et judiciaires présente ainsi cette qualité particulière qui est de façon générale refusée aux organes politiques. Ceux-ci ne peuvent qu'agir dans un contexte exclusivement unilatéral, extrait d'une situation conflictuelle. Cependant, la réforme de 1974 ouvrant droit à une opposition parlementaire de saisir le Conseil constitutionnel pourrait faire apparaître la résolution d'un conflit entre la minorité et la majorité politique au Parlement<sup>1249</sup>. Un constat en ce sens conduirait, à l'image de son office portant sur l'arbitrage des amendements, à faire sortir le contrôle du respect de la Constitution de son champ simplement déclaratif pour en faire un régulateur de comportements. Mais il convient ici de répondre à ce genre d'objection que le travail du Conseil constitutionnel, loin de contrôler le respect du texte suprême par les acteurs politiques, porte sur le contenu du texte législatif, et sa compatibilité avec le monde constitutionnel. S'il est possible d'entrevoir ici un impact sur le comportement des acteurs politiques participant à l'élaboration de la loi, il semble que ce ne soit que de manière incidente. En effet, le comportement du Législateur ne serait conditionné par l'action de la Haute instance que dans la marche à suivre suivant une déclaration d'inconstitutionnalité. Cet « aiguillage », pour reprendre l'expression de Louis Favoreu, n'impose qu'une alternative : changer le monde, changer les dispositions non conformes, ou laisser le texte lettre morte.

**1015.** On est loin de la sanction prévue par une juridiction qui juge au regard de faits relatifs à une application de la règle de droit, comme peuvent le faire les Cours suprêmes

---

<sup>1248</sup> Art. 61 alinéa 3 de la Constitution de 1958 : « dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le conseil constitutionnel *doit statuer* dans le délai d'un mois ».

<sup>1249</sup> Notamment en raison du fait que l'essentiel des saisines actuelles proviennent de l'opposition parlementaire (cf. PHILIP L., « Bilan et effets de la saisine du Conseil constitutionnel », *Revue française de science politique*, vol. 34, n<sup>os</sup> 4-5, 1984, p. 992).



administratives et judiciaires<sup>1250</sup>. Dès lors, si le Conseil constitutionnel *statue* lui aussi, ce ne serait que le résultat de l'ambiguïté latente d'une institution qui oscille entre juridiction et conseil mais ne fait que *déclarer* la constitutionnalité ou non de la loi.

## 2. La nature déclarative des décisions constitutionnelles *a priori*

**1016.** S'il ne rend pas *d'arrêt*, il ne rend pas non plus de *jugements*. En revenant sur le texte constitutionnel et en particulier l'alinéa 1 de l'article 62 de la Constitution de 1958, on constate que la disposition est « *déclarée* inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 » et non « *jugée* » inconstitutionnelle. Une telle définition de l'acte juridictionnel constitutionnel implique plusieurs choses en comparaison du jugement infraconstitutionnel.

**1017.** Tout d'abord, la *déclaration* suppose, un simple constat<sup>1251</sup>, tandis que l'acte de *juger* suppose l'analyse particulière d'une situation conflictuelle et porte sur une conduite. Aussi, le *jugement* suppose un conflit<sup>1252</sup> à résoudre et qu'on y apporte effectivement une solution. *Juger* induit donc une prise de position concernant un état de fait afin de le faire évoluer dans un sens éthiquement préférable. *A contrario*, celui qui *déclare* n'exprime que le reflet d'une réalité qui s'impose à ses yeux sans qu'il n'agisse sur celle-ci. Elle ne résout pas véritablement un conflit mais se borne à dire ce qui peut être ou ne peut pas être. Par conséquent, si le jugement tranche, la déclaration ne tranche pas. Elle ne fait que qu'affirmer, que décider, que la chose peut ou ne peut pas être ce que l'on prétend qu'elle est ou que l'on veut qu'elle soit. Cette opération constative ne peut intrinsèquement contenir de sanction (de peine)<sup>1253</sup>, le règlement de la question n'ayant pour objet que de déterminer ou prévenir l'existence d'un potentiel conflit entre deux règles et non entre la règle et un comportement qui y contreviendrait. Ceci vient s'ajouter à la forme déclaratoire

---

<sup>1250</sup> Et ce, quand bien même la résolution du cas, et l'application de l'arrêt, reviendraient au juge du fond comme dans les ordres judiciaires et administratifs.

<sup>1251</sup> Cf. GUASTINI, R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 244-245.

<sup>1252</sup> La notion de conflit qui n'est pas ici entendu comme un conflit de normes lequel ne porte que sur un rapport de compatibilité ou de conformité. Il s'agira plutôt de l'entendre sous une acception dont l'archétype est précisément pénale et porte sur des comportements que l'on juge bon ou mauvais.

<sup>1253</sup> Là encore, il faut se rapprocher de la vision kelsenienne de la *sanction* en regard de celle de *devoir-être*. Selon lui, la notion de sanction réunirait récompense et peine en ce qu'il y attache l'octroi d'un avantage ou d'un désavantage selon que la conduite suit ou est contraire à celle prescrite par la norme (cf. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 34-35 ; *Théorie générale des normes*, Léviathan, P.U.F., Paris, 1996, p. 176-177).

de son discours jurisprudentiel. Comme présenté au début de cette étude, le dire du Conseil s'inscrit dans un cadre déclaratif niant toute forme d'action, tant sur l'objet du contrôle que sur le texte de référence<sup>1254</sup>. Ce caractère descriptif corrobore lui aussi le fait qu'il n'existe aucune sanction quelle qu'elle soit envers une éventuelle erreur du Législateur. Certes, il corrige la copie mais ne la note pas. Aucune conséquence sur l'état du créateur de la loi n'est alors attachée à l'inconstitutionnalité du texte qu'il fournit.

**1018.** Ainsi, l'office de la Haute instance ne serait là que pour délivrer un rapport de compatibilité et non contrôler le respect d'une règle de conduite imposée. Et pourtant, son acception originelle tend à relativiser cette vision du contrôle de la constitutionnalité de la loi. Son statut initial de « chien de garde du Parlement » pourrait renvoyer à l'idée que son existence serait la conséquence d'une volonté rationalisatrice de contrôler l'action des assemblées, plus que le respect d'une hiérarchie normative. Ce rôle de bouclier dressé contre la déviance naturelle du Législateur est néanmoins remis en question par l'évolution du Conseil constitutionnel lui-même. Ayant pris fait et cause depuis 1971 pour la compatibilité textuelle plutôt que pour la bienséance parlementaire, les Sages de la rue de Montpensier s'instituent donc comme une pseudo troisième chambre de réflexion dont la fonction serait, non pas de sanctionner le Parlement, mais bien de purger le texte. Aussi, l'inconstitutionnalité ne deviendrait plus une sorte de sanction négative mais l'avertissement d'un problème relatif à l'harmonie du monde constitutionnel.

**1019.** Néanmoins, le dernier alinéa de l'article 62 de la Constitution dispose que les décisions du Conseil constitutionnel « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Interprétée par la Haute instance, il aurait pour effet de revêtir ces décisions de « l'autorité de la chose jugée »<sup>1255</sup> à la manière d'une juridiction souveraine. Il y a là une contradiction de forme et de fond, l'un ne pouvant se confondre avec l'autre. Soit l'on considère que le Conseil *juge* et que ses décisions ont l'autorité de chose jugée, soit qu'il *déclare*, et ce faisant l'on confère à ses décisions une autorité de chose *déclarée*. Il est à noter ici que la Cour de cassation française leur accorde

---

<sup>1254</sup> Voir *supra* Chap. 1 – Partie 1.

<sup>1255</sup> En 1988, le Conseil constitutionnel confère pour la première fois l'autorité de la chose jugée à ses propres décisions (« considérant que *l'autorité de chose jugée attachée à la décision du Conseil constitutionnel* du 22 octobre 1982 est limitée à la déclaration d'inconstitutionnalité visant certaines dispositions de la loi qui lui était alors soumise » – CC, n° 88-244 DC du 20 juillet 1980, *Loi portant amnistie*, *Rec.*, p. 119, JO, 21 juillet 1988, p. 9448, cons. 18).

aussi une autorité de chose *jugée*<sup>1256</sup>. Si une telle interprétation pourrait se justifier par la volonté de se promouvoir au rang des juridictions à part entière<sup>1257</sup>, il semble qu'elle soit plutôt l'issue d'une adaptation d'un concept déjà existant et pouvant matériellement se raccrocher à la prescription constitutionnelle dans ses effets.

**1020.** Or, si le caractère définitif et obligatoire des décisions juridictionnelles doit être affirmé dans le cadre d'un *jugement*, il apparaît comme redondant de le faire valoir pour une *déclaration*. En effet, la déclaration en tant que constat, présuppose qu'elle « s'impose à tous »<sup>1258</sup> en ce qu'elle n'inclut aucun choix que l'on puisse juridiquement discuter. Et c'est en tout cas formellement le cas ici puisque l'article 62 indique fermement que les déclarations du Conseil « ne sont susceptibles d'aucun recours ». Aussi, la qualité de déclaration empêcherait de considérer l'office de la Haute instance comme comparable à celui d'un juge ordinaire dans son travail de contrôle *a priori*. C'est en particulier en cela que le caractère « absolu » de cette autorité s'exprime, en ce sens qu'il ne peut être remis en question, non parce que l'autorité qui en a la charge possède une force spécifique, mais parce que le principe déclaratif rend la décision incontestable en raison du caractère indépassable de la règle de référence<sup>1259</sup>.

---

<sup>1256</sup> Voir l'attendu de principe de l'arrêt Breisacher rendu le 10 octobre 2001 par l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation énonçant que « n'ayant statué que sur la constitutionnalité de l'article 27 du traité portant statut de la Cour pénale internationale, *la décision du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1999 ne dispose d'aucune autorité de chose jugée à l'égard du juge pénal* agissant en application des dispositions du Code de procédure pénale, qui n'ont fait l'objet d'aucune décision du Conseil constitutionnel portant sur la question de l'immunité du chef de l'Etat ».

<sup>1257</sup> Hypothèse qu'émet Olivier Desaulnay en énonçant que « l'épisode Breisacher [...] clôt symboliquement le débat lancinant sur la légitimité et l'autorité du Conseil constitutionnel en tant qu'authentique juridiction constitutionnelle ». Il pointe ainsi l'évidence de la « reconnaissance solennelle de l'autorité de chose jugée des décisions du Conseil » (*cf.* DESAULNAY O., « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue par la Cour de cassation », *in* Autorité des décisions, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 30, janvier 2011, p. 33).

<sup>1258</sup> Pour reprendre les termes de Nicolas Sarkozy dans sa lettre de mission à Vincent Lamanda, relative à la récidive (voir la lettre de mission de M. Nicolas Sarkozy, Président de la République, adressée à M. Vincent Lamanda, Premier Président de la Cour de Cassation, sur la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, le 25 février 2008).

<sup>1259</sup> Une affirmation en ce sens pourrait laisser suggérer une appréciation cognitiviste de l'activité du Conseil constitutionnel et du juge constitutionnel en général. Réduire la déclaration de conformité ou d'inconstitutionnalité à un simple constat conduirait nier sa faculté à décider. Or il n'en est rien. Soutenir une création conceptuelle par le constat, tant du constituant que du Conseil, frapperait d'incohérence toute conception cognitiviste de la déclaration. Celle-ci institue une véritable décision de la Haute instance, mais une décision sous couvert d'une attitude observatrice visant uniquement à déresponsabiliser son auteur. Elle ne fait ainsi figure que de subterfuge dans le but d'obtenir une meilleure adhésion, à l'instar de la structuration syllogistique du raisonnement. Toutefois, ce choix a nécessairement des implications sur la considération de la règle qui sert de référence à cette décision, car il ne peut être regardé comme purement anodin ou comme un simple effet de style.

**1021.** Dans ce cadre, rien, pas même les évolutions prétoriennes et constitutionnelles du Conseil constitutionnel, ne permet de lui retirer sa spécificité d'organe hybride, à la fois politique et juridique. Tout du moins, ces conclusions relativisent sa condition de juge à part entière. Aucune modification de la nature de ses décisions n'a été opérée, outre l'appréciation de la doctrine ou encore l'attitude des juges ordinaires qui ont de plus en plus tendance à les assimiler à des actes de *juger*. Ces données illustreraient plutôt une considération extérieure visant à l'inclure dans une logique juridictionnelle en atténuant certaines caractéristiques de sa spécificité. De plus, si sa qualité d'arme de l'opposition contribue à voir dans le Conseil un *juge* du comportement de la majorité, il semble qu'il faille minimiser cette présentation en ce que son rôle d'origine de chien de garde du Gouvernement n'y conduisait déjà pas véritablement. De même, si son accession au rang de protecteur des droits fondamentaux en ferait un juge de la fundamentalité, il apparaît que cette propriété juridictionnelle soit également à écarter. Il *déclare* la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité de la loi suite à une opération constative, aussi volontariste et interprétative de la Constitution soit-elle.

**1022.** Dès lors, le contrôle de la loi *a priori* révélerait un caractère exclusivement *déclaratif* de l'inconstitutionnalité, distinct de l'acte de *juger*. Cette spécificité dénierait de manière substantielle à la Haute instance la qualité de juge contrôlant un comportement quelconque d'un joueur du jeu constitutionnel. Néanmoins, l'office du « juge » constitutionnel s'est trouvé remanié par la révision de juillet 2008 avec la création de la question prioritaire de constitutionnalité. Cette réforme le fait ainsi officiellement entrer dans le système juridictionnel. Mais si l'article 62 a été corrigé en conséquence, il ne pose toujours pas de modifications notables quant à l'aspect *déclaratif* des décisions des neuf Sages.

### **B/ Une déclaration d'inconstitutionnalité dans le contrôle *a posteriori***

**1023.** La création d'un contrôle *a posteriori* venu compléter l'action *a priori* du Conseil constitutionnel a eu pour tendance notable d'intégrer ce dernier et ses décisions dans l'organigramme juridictionnel. Ainsi, l'article 61-1 de la Constitution<sup>1260</sup> viendrait

---

<sup>1260</sup> « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil

juridictionnaliser le contrôle de la constitutionnalité de la loi de manière explicite. Cette incorporation dans la gestion de l'application de la loi pourrait altérer les conclusions présentées sur la déclaration de constitutionnalité ou d'inconstitutionnalité rendue avant la promulgation de la loi. On aurait pu croire que l'immersion dans le monde juridictionnel casuistique engagée par la réforme de juillet 2008 allait faire basculer l'acte décisionnel de la Haute instance dans la rangée des *arrêts* et des *jugements*, et pourtant il n'en est rien. Néanmoins, il apparaît que si le contexte change, le fond et la forme ne changent finalement pas. Il s'agit toujours de *décisions* (1) à la nature *déclarative* (2).

### 1. La qualité de décision constitutionnelle *a posteriori*

**1024.** Nombreux sont ceux qui voient dans l'avènement de l'exception d'inconstitutionnalité à l'occasion d'un procès une juridictionnalisation de la Haute instance, tant dans sa procédure – avec l'application du procès équitable<sup>1261</sup> – que dans la nature concrète de son contrôle<sup>1262</sup>. Cette réforme renforcerait alors sa nature juridictionnelle et devrait conduire à « donner à l'institution une dénomination conforme à sa nature et l'appeler Cour constitutionnelle »<sup>1263</sup>.

**1025.** Il est intéressant de rappeler les propos de Tocqueville au sujet du juge américain et de son action de contrôle de la conformité des lois du Congrès aux règles constitutionnelles. Selon lui, « lorsqu'un juge à propos d'un procès, attaque une loi relative à ce procès, il étend le cercle de ses attributions, mais il n'en sort pas, puisqu'il lui a fallu, en quelque sorte, juger la loi pour arriver à juger le procès »<sup>1264</sup>. A ce titre, l'académicien du XIX<sup>ème</sup> siècle associe lui aussi le contrôle de la loi à l'occasion d'une instance en cours à une simple extension des compétences de l'autorité juridictionnelle qui en a la charge. S'il agissait autrement, « il sort[irait] complètement de sa sphère, et il pénètre[rait] dans

---

constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. »

<sup>1261</sup> Cf. NICOT S., « Le Conseil constitutionnel face à ses contradictions », *RDLF*, 2011, chron. n° 13 (éd. numérique).

<sup>1262</sup> Voir par exemple CREPIN-DEHAENE I., « Quelle fonction nouvelle pour le Conseil constitutionnel depuis la question prioritaire de constitutionnalité ? », VIII<sup>ème</sup> Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Nancy, 16-18 juin 2011, p. 6.

<sup>1263</sup> Cf. BADINTER R., « Une longue marche « du Conseil vers la Cour constitutionnelle » », in 50<sup>ème</sup> anniversaire, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, août 2009, p. 8.

<sup>1264</sup> Cf. TOCQUEVILLE A., *De la démocratie en Amérique*, I, Flammarion, 2008, pp. 142-146.

celle du pouvoir législatif »<sup>1265</sup>. Ainsi, grâce à cette distinction, le contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité de la loi serait indétachable de la fonction de juger, dissociable du contrôle *a priori* qui lui ne ferait pas partie du domaine juridictionnel. Mais là encore certains éléments peuvent conduire à en douter.

**1026.** Tout d'abord, la nature de la solution donnée par le Conseil constitutionnel. La nouvelle mouture de l'article 62 de la Constitution, prenant en compte le contrôle de l'article 61-1 ne montre pas de changement quant à la considération des actes du Conseil constitutionnel à l'issue du processus de la question prioritaire de constitutionnalité. Il s'agit toujours d'une *déclaration* d'inconstitutionnalité ou de conformité et non d'un *jugement*<sup>1266</sup>. On aurait pu croire que la juridictionnalisation opérée par l'extension *a posteriori* des compétences du contrôleur de la loi allait amener un changement, sinon de leur nom, au moins de la qualification des décisions qu'il rend. Il n'en est rien. La loi reste *déclarée* conforme ou inconstitutionnelle, et non pas *jugée* comme telle. Ce choix implique que ce contrôle post-promulgation de la loi n'est guère différent dans son essence que celui qui est exercé en amont de cette promulgation.

**1027.** Il n'est alors pas question ici de considérer le Conseil comme une Cour constitutionnelle à part entière, même si plusieurs éléments tendent à pencher en ce sens. Sa décision s'apparente donc ici aussi à une simple constatation d'un état de chose et non à la régulation d'un comportement spécifique, ou bien d'un conflit entre les citoyens et leur représentation. Aussi, si le processus varie, le résultat ne semble pas être différent, quand bien même la peine de l'inconstitutionnalité serait reportée à une date ultérieure. Le caractère *a posteriori* couplé avec l'ancrage processuel ne modifierait donc pas la donne concernant la nature déclarative de la décision du Conseil constitutionnel. Une telle conclusion tendrait à confirmer l'analyse faite à propos du contrôle *a priori* en rejetant l'aspect régulateur de la solution apportée de la Haute instance. Elle conserverait ainsi une position ambiguë, oscillant entre *déclaration* de conformité ou non, délibérément et politiquement voulue, et *jugement* prétendu.

**1028.** Mais le Conseil constitutionnel a déjà une fonction juridictionnelle pleine en sa qualité de juge électoral. En effet, en comparant cette fonction avec le contrôle *a posteriori*

---

<sup>1265</sup> *Ibid.*

<sup>1266</sup> « Une disposition *déclarée* inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 » (art. 62 al. 2 de la Constitution de 1958).

de la constitutionnalité de la loi, il est loisible d'observer une différence notable entre les deux types d'actes décisionnels du Conseil. Selon les articles 58 et 59 relatifs aux élections présidentielles et parlementaires, il reçoit des contestations concernant un comportement illicite lors du déroulement des élections. On retrouve ici un office proche de celui du Conseil d'Etat et de son recours pour excès de pouvoir, la décision du juge pour irrégularité visant à l'annulation du résultat du scrutin et conduisant à la désignation du premier des candidats battus<sup>1267</sup>. Il était possible d'y voir une ouverture pour aligner l'office du contrôleur *a posteriori* de la loi à celui de sa fonction électorale. Ceci aurait eu pour effet d'assimiler la Constitution à une sorte de code de déontologie des pouvoirs publics et notamment du législateur. Sous ce schéma, ce dernier devrait alors respecter certaines règles fondamentales prescrivant un comportement idéal et ainsi faire correspondre la sanction de l'inconstitutionnalité de la loi avec celle de l'annulation d'une élection. Néanmoins, la Constitution ne prend la peine de préciser la nature de la « punition » que pour la loi « illicite » et non pour celle de l'élection irrégulière. Pourquoi cette précaution sinon pour effectivement creuser l'écart entre les deux et préserver d'une certaine manière la superbe, non seulement de la loi en ne la soumettant pas à l'arbitraire d'un jugement mais aussi du texte fondamental qui ne doit pas être pris pour une règle régulatrice. Si l'élection est soumise au code électoral d'origine législative, et donc d'essence régulatrice, la constitutionnalité dépendrait quant à elle d'une règle constitutive situant l'être et le non être<sup>1268</sup>.

**1029.** Au-delà, si la Haute instance ne conclue pas en fait, la qualification de *décision* de ses actes mènerait à les apprécier comme le règlement d'une question de droit. Pareille hypothèse tendrait à les assimiler à des *arrêts*, que ce soit au regard de la méthode utilisée comme de la nature du contrôle. L'office du juge de cassation semble ici comparable à celui du Conseil constitutionnel statuant sur une question prioritaire de constitutionnalité. Placé en marge de la résolution du conflit entre particuliers, le juge judiciaire suprême

---

<sup>1267</sup> Encore que la conclusion de l'irrégularité de l'élection reste tout de même la simple annulation de la victoire du candidat et peut être ramenée à sa seule suppression, comme si elle n'avait pas existé.

<sup>1268</sup> Il faut une nouvelle fois ici s'appuyer sur Hans Kelsen. L'essence régulatrice s'inscrivant dans une dimension normative, elle se fonde logiquement sur une définition de ce qui « doit-être » comme étant une sanction, autrement un acte ayant le « caractère d'un acte de contrainte » (*cf.* KELSEN H., *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 36). La question de l'existence ou même de l'être de la chose ne rentre ici pas dans cette conception-ci de la normativité, principalement en raison des propriétés intrinsèquement dialogiques du commandement. L'existence et l'être reposent sur une vision monologique de la norme, laquelle ne peut être dans ce cas qu'absolue.



effectue un traitement abstrait de la question qui lui est posée<sup>1269</sup>, tout comme le contrôleur de la constitutionnalité de la loi dans son examen *a posteriori*<sup>1270</sup>. Aussi, la distinction entre *décision* et *arrêt* paraît quelque peu superflue, les deux autorités produisant sensiblement la même chose. Néanmoins, le juge de cassation contrôle un jugement de fond, un fait juridictionnel et arrête une interprétation de la règle législative qui est transgressable<sup>1271</sup>. A l'inverse, si le Conseil émet une interprétation afin de fonder sa décision, il ne fait explicitement que déclarer la conformité ou non d'une règle de droit qui ne pourrait en violer une autre. Dès lors, le choix de la désignation de *décision* procéderait de la nature indépassable de la règle de référence.

**1030.** De plus, la comparaison avec le recours pour excès de pouvoir du juge administratif est une source d'interrogation sur le choix d'une *déclaration* d'inconstitutionnalité plutôt qu'un *jugement*. En effet, outre le contrôle de la conformité d'un acte administratif à une règle législative, la modulation des effets de l'annulation d'un acte administratif<sup>1272</sup> ressemble beaucoup à celle énoncée par l'article 62 s'agissant du contrôle de la constitutionnalité *a posteriori* de la loi<sup>1273</sup> et obéit aux mêmes considérations de sécurité juridique. Cependant, ces éléments sont déterminés à l'égard des faits de l'affaire et des conséquences notamment économiques de l'annulation de l'acte administratif. Point n'est question ici de prendre en compte la pure nécessité de l'existence d'une règle régissant la situation. Ce n'est pas le cas s'agissant du contrôle de constitutionnalité dont la modulation n'est employée que pour prévenir un vide juridique, le fait de l'affaire n'étant qu'un prétexte à l'action incidente du Conseil constitutionnel.

---

<sup>1269</sup> Elle ne constitue pas un troisième degré de juridiction et ne juge donc pas les faits mais la bonne interprétation de la règle de droit.

<sup>1270</sup> L'article 23-9 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution prévoit expressément le détachement de l'examen de la conformité de la loi à la Constitution des faits de l'affaire à l'occasion de laquelle elle a été posée (« *lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi de la question prioritaire de constitutionnalité, l'extinction, pour quelque cause que ce soit, de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée est sans conséquence sur l'examen de la question* »).

<sup>1271</sup> Une telle affirmation est également transposable au travail du Conseil d'Etat lorsqu'il statue en qualité de juge de cassation.

<sup>1272</sup> Voir CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres, Rec.*, 197.

<sup>1273</sup> « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel **ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause** » (art. 62 al. 2 de la Constitution de la V<sup>ème</sup> République).

**1031.** Toutefois, quand bien même le traitement de type *in abstracto* n'est pas une exclusivité du Conseil constitutionnel, son caractère déclaratif dénote avec les divers types de contentieux qu'il est possible de rencontrer dans une juridiction ordinaire.

## 2. La nature déclarative des décisions constitutionnelles *a posteriori*

**1032.** L'influence des décisions de la Haute instance suppose, là encore, une réflexion sur l'autorité de chose *jugée* par le contrôleur de la loi, et à plus forte raison du fait que ce nouveau type de contrôle de la constitutionnalité de la loi est officiellement intégré à une procédure juridictionnelle classique.

**1033.** Il semble pourtant que les propos énoncés au sujet du contrôle *a priori* puissent s'appliquer. Une nouvelle fois, l'article 62 apporte un éclairage intéressant. En effet, de la même manière que précédemment, les décisions de la Haute instance s'imposent « *aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* » tout en étant toujours « *susceptibles d'aucun recours* ». A ce titre, il apparaît indéniable que cette nouvelle arme contre l'inconstitutionnalité de la loi dispose de la même force que son pendant posé à l'article 61. Ainsi, à l'image du contrôle *a priori*, il s'avère que la conformité constitutionnelle *a posteriori* soit, elle aussi, insusceptible de contestation, qu'elle soit politique, juridictionnelle ou administrative (hormis bien sûr la révision constitutionnelle). Dès lors, l'autorité qui se dégage de ces décisions tend à être aussi absolue que lorsque qu'elles sont l'aboutissement d'une saisine politique. Ce nouvel instrument apparaît ainsi comme une question préjudicielle, incidente au regard du procès en cours, mais qui en détermine néanmoins l'issue. La nature de l'office *a posteriori* du Conseil se présenterait alors comme un acte déclaratif, constatant une chose, sans y insuffler explicitement un acte de volonté sur l'état de chose « observé ». Un choix qui rend compte d'une considération révérencieuse de la loi et de la Constitution mais qui pose la question du caractère effectivement juridictionnel de la procédure en raison de l'inexistence d'un quelconque lien hiérarchique exprimé par le droit positif entre le Conseil constitutionnel et les juridictions administratives et judiciaires.

**1034.** De plus, la loi organique du 10 décembre 2009 spécifiant les conditions d'application de l'article 61-1 de la Constitution dispose expressément l'impossibilité de soulever une question prioritaire de constitutionnalité à l'encontre de dispositions déjà

déclarées conformes à la Constitution, que ce soit à l'issue d'une saisie *a priori* comme d'une question prioritaire de constitutionnalité. Dès lors, le caractère absolu du résultat du contrôle *a posteriori* de la loi, confondu avec son homologue pré-promulgation au sein de l'article 62, se retrouve confirmée ici par les conditions d'application de la réforme de 2008 sur l'office du Conseil constitutionnel. Le caractère irréversible d'une décision de conformité tend ici aussi à refuser de qualifier l'autorité du Conseil constitutionnel post-promulgation de la loi comme détentrice d'une autorité de chose *jugée*, laquelle ne peut être que relative<sup>1274</sup>.

**1035.** Aussi s'il constitue une évolution dans l'esprit d'une purge de l'inconstitutionnalité de la loi, accordant cette fois au justiciable la faculté de contester la validité de la volonté de sa représentation, l'office *a posteriori* ne semble pas, lui non plus, contredire le fait que le résultat de ce contrôle ne se limite qu'à une déclaration d'inconstitutionnalité. Les décisions du Conseil constitutionnel ne peuvent donc que revêtir une autorité de chose *déclarée*. Une telle conclusion montre ainsi une « infailibilité prêtée à l'intervention du Conseil constitutionnel et à la minimisation du rôle des parties au procès » conduisant à y voir une certaine « objectivité du contrôle mis en place dans la continuité du contrôle *a priori* »<sup>1275</sup>.

**1036.** La validité de l'acte législatif est ainsi subordonnée à un contenu et une procédure indépassables établis par la Loi fondamentale. Elle y est donc *déclarée* conforme ou non sans que l'attitude adoptée par le Parlement ne soit remise en cause directement. L'absence de comparabilité avec les différents contrôles exercés par les juridictions ordinaires renforce l'idée d'un caractère spécifique de la décision de la Haute instance qui ne peut être assimilée à un jugement ou à un arrêt. Au-delà, en ne différenciant pas formellement les deux catégories de sentence entre le contrôle *a priori* et *a posteriori*, les dispositions constitutionnelles invitent à envisager l'inconstitutionnalité de la loi promulguée comme la consécration de son inexistence.

---

<sup>1274</sup> Comme l'énonce Paul Wachsmann indiquant que, selon ce principe, « il est admis qu'il ne peut y avoir autorité de la chose jugée que s'il y a identité de parties, d'objet et de cause, comme le rappelle l'article 1351 du code civil : il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité » (cf. WACHSMANN P., « L'Oracle des libertés ne parle qu'une seule fois », in *Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?*, *Jus Politicum*, n° 7, 2012, p. 4).

<sup>1275</sup> *Ibid.*

## **§ 2 : L'inexistence comme conséquence de l'inconstitutionnalité**

**1037.** Démontrer que l'inexistence de la loi est la seule conséquence de la déclaration d'inconstitutionnalité requiert d'aller plus loin que d'établir la forme constative de l'assertion d'une contrariété entre la règle régulative et la règle constitutive. La particularité de cette dernière implique donc une réponse adaptée qui ne peut être de même nature que celle prévue pour le traitement d'une infraction comportementale. La Constitution institue d'ailleurs une sentence spécifique, la censure du texte (B), dont les principes directeurs divergent de la « classique » sanction juridictionnelle (A).

### **A/ La différence de nature entre censure et sanction**

**1038.** Etablir une distinction entre *censure* et *sanction*, notamment dans le but de singulariser la première de tout autre acte juridictionnel négatif, suppose de définir ces deux sentences afin de comparer les tenants et les aboutissants de chacune d'elles. Mais s'il convient de revenir aux mots mêmes de *censure* et de *sanction* quant à leur signification et leur étymologie, il apparaît tout à fait indéniable qu'au regard du caractère particulier de l'office du Conseil constitutionnel, la censure qu'il prononce ne se confondrait pas avec une sanction, tant dans la nature du contrôle (1) que dans celle de ses effets (2).

#### 1. Une différence de nature du contrôle

**1039.** L'étude des termes même de *censure* et *sanction* mènent à une différence de nature justifiant l'existence d'une appellation spécifique pour chacune des deux réalités qu'ils recouvrent. Si la *sanction* correspond assez largement à la punition d'un acte incompatible avec une règle régissant les comportements sociaux<sup>1276</sup>, l'acte de censurer est globalement assimilé à l'office de la censure littéraire de l'Ancien Régime<sup>1277</sup> visant à contrôler la

---

<sup>1276</sup> L'étymologie du mot *sanction* révèle d'ailleurs un lien particulier avec l'idée de punition ou de peine prévue par un ensemble de prescriptions (cf. DUBOIS J., MITTERAND H., DAUZAT A., *Dictionnaire étymologique et historique du français*, Larousse, 1993).

<sup>1277</sup> *Ibid.*

bienséance des œuvres. Son contrôle s'effectuait notamment sur le fondement d'une morale souvent religieuse intransgressable conduisant à la nécessité d'une purge à la source des propos susceptibles d'y porter préjudice.

**1040.** Concernant l'acte juridictionnel, il semble que le choix de la dénomination influe sur la nature de la décision. Pour rappel, le principe de la sanction est intimement lié à l'existence d'un comportement à réguler. Il est ici évident que la *sanction* s'attache à un fait qu'il convient de punir et à un état de fait qu'il faut réparer. De plus la *sanction* n'intervient pas de manière préventive mais est administrée *a posteriori* du fait en cause. Elle peut d'ailleurs revêtir plusieurs formes : pécuniaire, privative de liberté, un travail à effectuer... Ceci lui confère un aspect modulable en fonction de la gravité et de la nature de la déviance du comportement accompli. Elle est alors un jugement de fait, prévu à l'avance par la règle régulatrice et applicable au comportement qui y est confronté. Elle présuppose alors une violation effective. Ainsi, il s'agit là de l'office d'un juge « classique » dont la mission porte sur l'application d'une norme régulant des faits sociaux déjà existants.

**1041.** En revanche, la censure semble être toute autre. Tout d'abord, elle n'est pas directement liée à un comportement mais concerne plutôt la confrontation d'un texte à un autre. Elle porte ainsi sur le texte mis en examen et non sur une quelconque action, quand bien même elle arborerait l'allure d'un acte de langage en devenir. La nature même de l'objet du contrôle diffère ici explicitement quant à la forme de l'acte, d'un côté factuel en ce qui concerne la sanction, de l'autre verbal pour ce qui est de la censure. Néanmoins, cette distinction avec le principe de la sanction pourrait se voir nuancer par le fait que la censure s'appliquerait indirectement à l'acte de langage de l'auteur du texte : celui d'exprimer sa volonté dans un sens déterminé. Ceci tendrait à assimiler le contrôle de la validité d'un texte à celui de la conformité du comportement de son auteur. Or, si la prise en compte de l'intention de l'auteur apparaît effectivement importante pour dégager une

interprétation fidèle de son dire<sup>1278</sup>, elle n'a pour but que de s'assurer de la vérité sémantique du texte faisant l'objet de l'examen<sup>1279</sup>.

**1042.** Une telle réalité est alors à l'opposé de la mise en place d'une sanction, l'intention ne jouant généralement que sur le degré de la sanction et non sur son existence. Aussi, la *censure* suppose nécessairement un acte d'interprétation, non seulement du texte de référence, mais encore du texte examiné, selon l'intention des différents auteurs ou encore l'esprit qu'ils ont voulu y insuffler<sup>1280</sup>. Cependant, il ne peut y avoir qu'une confusion entre le texte présenté au censeur et le comportement de son auteur. En effet, le contrôle porte totalement sur la conformité de l'écrit et non sur sa procédure d'élaboration, tandis que la détermination de la sanction résulte en partie de l'étude de la réalisation de l'acte incriminé<sup>1281</sup>. Ce critère n'intervient pas dans le principe de la censure. L'élaboration du texte pouvant respecter au pied de la lettre les règles de son déroulement ou non, c'est le résultat qui est jugé<sup>1282</sup>, qu'il soit intentionnel ou non.

**1043.** Dès lors, même si dire c'est faire, et que contrôler la conformité d'un dire avec un autre dire reviendrait au final à la confrontation de deux actions, c'est le caractère accompli ou non de l'acte de langage qui s'avère être déterminant. Mais mise à part la nature du contrôle, il est une donnée fondamentale qui cristallise cette différence et qui tient en une nature spécifique de ses effets.

---

<sup>1278</sup> Benoît Frydman l'indique de manière très claire en montrant que « le rapport 'sémantique' qui lie l'énoncé à ce dont il traite se double nécessairement d'un autre rapport (pragmatique) liant cette fois l'énoncé à ses utilisateurs ». Ainsi selon lui, « les deux dimensions sont désormais reconnues solidairement constitutives du sens » (cf. FRYDMAN B., *Le sens des lois, op. cit.*, p. 559).

<sup>1279</sup> C'est d'ailleurs ainsi qu'Olivier Cayla entend la recherche de l'intention de l'auteur par l'interprète cherchant à montrer « la vérité » de sa lecture du texte (cf. CAYLA O., *La notion de signification en droit, contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, Thèse dact. Paris II, 1992, p. 983).

<sup>1280</sup> Il faut souligner que l'intention de l'auteur peut parfois être difficile à déterminer, notamment dans le cas d'un texte de référence qui peut avoir été écrit en plusieurs temps ou présenter l'œuvre d'un écrivain multiple, virtuel ou artificiel créé par la nécessité d'une certaine force et d'une certaine légitimité (comme par exemple la Constitution). Au contraire, celle de l'auteur du texte soumis à l'examen de validité semble plus aisée de par sa proximité temporelle et par l'identification d'un auteur disponible.

<sup>1281</sup> Les circonstances de l'accomplissement du comportement déviant peuvent ici éventuellement atténuer ou aggraver la sanction ou tout simplement l'empêcher.

<sup>1282</sup> Le cas du nègre de l'écrivain en est le parfait exemple. Quand bien même l'auteur officiel ne serait pas l'auteur réel, le censeur de l'œuvre littéraire ne cherchera pas à déterminer autre chose que la conformité du texte soumis à l'examen vis-à-vis du texte de référence.

## 2. Une différence de nature des effets

**1044.** Élément essentiel de la distinction, le caractère essentiellement répressif ne se retrouve pas dans le mécanisme de la censure, la « prévention » étant un critère inhérent à sa reconnaissance. Aussi la réponse apportée à l'issue du contrôle tend à différer selon qu'on *censure* ou qu'on *sanctionne*.

**1045.** La *sanction* étant attachée à l'existence d'un comportement, elle ne peut intervenir qu'à partir du moment où le fait est effectivement accompli. Aussi, le phénomène de sanction ne peut surgir sans ce dernier car il s'y applique nécessairement<sup>1283</sup>. *A contrario*, la *censure* présuppose une réaction anticipée à la violation de la règle dans une optique de l'évincer avant que n'arrive l'éventuelle contradiction entre l'acte jugé et la norme qui l'encadre. Se caractérisant par un coup d'arrêt avant l'existence de la norme contrôlée dans le monde, la *censure* se distinguerait alors par la nature de la règle à garantir. Ainsi, la *sanction* ne peut que concerner des règles transgressables, mettant en jeu des règles régulatrices, tandis que la *censure* exclut l'hypothèse de cette transgression. Aussi, la *censure* ne s'apparenterait qu'à une sentence visant la non diffusion d'un dire alors que la *sanction* amènerait la punition d'une déviance caractérisée. De cette manière, le caractère préventif s'oppose *ratione temporis* au caractère répressif et porte des conséquences particulières sur la considération de la nature de la règle de référence en terme de possibilité de manquement à celle-ci. La divergence concernant le regard porté sur l'acte déferé vis-à-vis de sa nature textuelle ou comportementale réagit avec le type de jugement opéré par l'autorité chargée du contrôle.

**1046.** Dès lors, il semble que la *censure* ne dit que ce qui ne *peut* pas être, empêchant de fait sa venue dans le monde donné, tandis que la *sanction* s'exprime sur ce qui ne *doit* pas être, punissant la déviance d'un acte effectivement accompli dans ce monde. Cette hypothèse s'accorde finalement bien avec la définition de ce qu'Olivier Cayla nomme un « jugement de valeur », lequel serait un *jugement de fait* au moyen desquels on affirme l'existence de faits en même temps qu'on juge leur illicéité<sup>1284</sup>. En d'autres termes, ce type de jugement impliquerait la confirmation de l'existence préalable et avérée de faits qui ne

---

<sup>1283</sup> Il est *a priori* illogique de punition une intention de violer une règle dès lors que cette violation n'intervient pas.

<sup>1284</sup> Cf. CAYLA O., *La notion de signification en droit, contribution à une théorie du droit naturel de la communication, op. cit.*, p. 880.



devraient pas exister si la règle avait été respectée, et appuierait sa violation. Il semble, à l'inverse, que la censure n'obéisse pas à cette mécanique, tant le jugement de conformité s'apprécie ici d'une manière plus objective en confrontant la possibilité de l'existence plutôt que la condamnation de celle-ci. Néanmoins, la notion de tentative tend sensiblement à rapprocher ces deux catégories de sentence. Ainsi, la *censure* conduirait à envisager l'acte dédit comme une tentative de violation du cadre prescrit, offrant un rendu comparable au terrain de la *sanction* visant elle aussi une tentative.

**1047.** Il apparaît pourtant que le critère de l'échec intrinsèque à la notion de tentative puisse départager les deux. En effet, la conservation d'une trace de la violation tentée et sanctionnée montre celle-ci comme un fait réalisé, quand bien même l'atteinte totale à la règle ne se serait effectivement produite. Il constitue alors un acte manqué en vue de l'inobservation de cette dernière. Une telle conclusion présente la tentative elle-même comme une violation en tant qu'acte péchant intentionnellement et n'ayant pas trouvé le succès escompté. La *censure*, quant à elle, n'envisage pas la tentative comme un acte transgressif en lui-même. Il s'agit simplement de tarir à la source l'éventualité d'une violation d'une règle estimée comme constitutive, ou bien de pallier à la venue d'un dégât particulier, sans autre peine que le retrait de l'acte. Par conséquent la *censure* n'implique pas la prise en compte de l'intention matérialisée de contrevenir à la règle qu'elle protège. Mais la différence entre les deux notions ne semble pas s'arrêter là.

**1048.** L'assortiment de réponses possibles alimente lui aussi, de manière significative la distinction. Si la *sanction* dispose d'un choix assez large de peines à appliquer au comportement violant la règle, la *censure* n'a que deux flèches dans son carquois. En effet, la *sanction* peut largement moduler la nature de la punition, l'autorité en charge de celle-ci appréciant l'application de chacune des formes de manière soit alternative, soit cumulative. Le censeur au contraire n'a en mains que deux cartes à poser : la validité, évitant la censure, et l'invalidité y conduisant. Cette réponse binaire catégorique se trouve être le propre de ce seul mécanisme en relation directe avec la qualité de la règle de référence. Ainsi, tandis que la confrontation entre un comportement et la règle qui le régule suggère la possibilité d'une réplique adaptée à la gravité de l'acte, celle d'un texte vis-à-vis d'un autre ne peut que mener vers une acceptation ou un refus de la diffusion du texte. Cette pauvreté de choix semble alors être symptomatique d'une infaillibilité de la règle de référence, et paraît découler directement de la différence entre la *censure* et la *sanction*. De plus, elle s'avère confirmée par le degré potentiel de la non conformité. Si la *sanction* peut

fluctuer quant à son intensité<sup>1285</sup>, cette malléabilité ne correspond pas avec le caractère absolutiste de la *censure* qui ne connaît aucune progression de la peine.

**1049.** Toutefois, il est possible de tempérer cette affirmation à travers l'existence d'une conformité aménagée laissant la place à un nivellement de la sentence. C'est le cas de ce que certains nomment la « censure virtuelle ». Définie assez largement comme une déclaration de conformité sous conditions<sup>1286</sup>, elle constitue une alternative au diptyque oui/non en proposant une interprétation du texte qui, si elle est respectée, le rend valide. Elle produirait alors une *censure* « en l'état », virtuellement déclarée, mais contournée par une lecture orientée visant à conserver le texte tel qu'il est<sup>1287</sup>. De cette observation, il est possible de retirer une sorte d'alignement de l'action de censurer avec celle de sanctionner de part sa capacité à faire varier la force de la sentence au regard de l'objectif recherché. De plus, la correction étant effectuée de manière superficielle, elle laisse subsister le texte invalide au même titre que la sanction ne remet pas en cause l'existence du comportement déviant.

**1050.** Cependant, cette validation ne vaut finalement *censure* qu'à travers le cheminement suivi par le juge. Les différentes conclusions marquent ainsi les étapes d'un processus contradictoire avec la solution rendue. Il est alors légitime d'y voir une indication de la non validité du texte, lequel ne respecterait pas intrinsèquement les lignes tracées par la règle de référence. Or, si implicitement ces remarques tendent à mettre en lumière une *censure tacite* par la conformité sous conditions, elles ne semblent pas discréditer le caractère binaire de la sentence du censeur qui, en fin de parcours, dispose du seul choix de dire oui ou non.

**1051.** Il apparaît nécessaire d'analyser un dernier élément distinctif des conséquences de la *censure* vis-à-vis de la *sanction*. Associée au jugement d'un comportement pris en violation de la règle, la *sanction* conduit inévitablement à une réparation des dégâts qu'il a

---

<sup>1285</sup> Ici encore la gradation de la sanction opérée par l'autorité en charge de l'examen de la question peut faire varier l'amplitude de la punition qu'elle décide d'appliquer à l'acte incriminé. De cette manière, l'auteur de l'acte peut se voir infliger une privation de liberté plus ou moins longue, ou une peine pécuniaire plus ou moins élevée, ou encore une pénibilité ou un temps de travail plus ou moins grand selon la gravité de son infraction à la règle.

<sup>1286</sup> Elle est d'ailleurs généralement accompagnée d'une grille de lecture du texte validé explicitant son sens dans le but de contourner la censure systématique.

<sup>1287</sup> Pour plus de détails sur la censure virtuelle, voir ROUSSEAU D., « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *RDJ*, n° 1, 1999, p. 63 ; BARQUE F., « Le Conseil constitutionnel et la technique de la « censure virtuelle » : développements récents », *RDJ*, n° 5, 2006, pp. 1409-1423.

pu causer. L'objectif poursuivi ici est moins la cessation ou l'empêchement de l'infraction que la mise en place d'une compensation. A cet ajustement subjectif s'oppose la neutralité de la *censure* qui ne conçoit pas de variation concernant la force de sa sentence. L'acte écrit condamné est retiré et sa diffusion empêchée, que la censure intervienne antérieurement ou postérieurement à sa publication. Une analogie avec la sentence de l'annulation paraît ainsi pertinente puisque le principe semble identique. Toutefois, cette dernière implique une réparation obligatoire de dégâts causés par le texte répréhensible de sorte qu'il soit revenu au *statu quo* précédant son émission. Il n'en est rien pour la *censure*. Autant cette question est vide de sens lors d'une censure prononcée préalablement à la publication du texte, autant son retrait *a posteriori* n'entraîne pas non plus de compensation des effets de l'existence, aussi longue soit-elle. Il serait alors plus pertinent de comparer ce mécanisme avec principe de l'abrogation, lequel ne produit d'effet que pour l'avenir sans conditionner une quelconque réparation du mal engendré par l'existence préalable du texte. Cependant, la *censure*, même postérieure à la diffusion, agit d'une certaine manière « comme si » le texte en question n'avait jamais existé et supprime toute trace de son passage, tandis que l'abrogation conserve une marque de cette existence, le texte n'étant tout simplement plus.

**1052.** *In fine*, la *censure* ne peut définitivement pas se confondre avec la *sanction*, tant au regard des fondements de son principe que de ses effets. Même si certains éléments pouvaient laisser entrevoir une nuance de la distinction par un rapprochement des deux notions en parant l'acte de censurer des atours d'une sanction déguisée, cette confusion souffrirait en somme d'une vision soit superficielle, soit extrapolée de la réalité. Une telle conclusion rejaillit fatalement sur l'office du Conseil constitutionnel dont les décisions s'apparentent, en tout cas dans leur dénomination, à une censure de la loi inconstitutionnelle, réfutant l'éventualité de les qualifier de sanction.

## **B/ Une simple censure du texte**

**1053.** Si l'office du Conseil constitutionnel a beaucoup évolué depuis sa création, la nature de sa sentence, elle, paraît figée dans le temps. Au-delà des diverses qualifications de juridiction dont bénéficie la Haute instance, il est loisible d'observer une action de juger bien différente de ses homologues administratifs et judiciaires. Justifiée par l'aura de

l'objet de son contrôle, comme de sa référence, la spécificité de la charge de l'autorité constitutionnelle en dépend largement. Aussi, la confrontation de la loi à la Constitution constitue une base de réflexion intéressante dans l'optique d'expliquer en quoi les décisions du Conseil constitutionnel auraient la nature d'une *censure*. Jugeant la validité de la loi au regard d'une règle constitutive matérialisée par la Constitution, sa démarche conduit alors à envisager, non pas une sanction juridictionnelle traditionnelle, mais une *censure* du texte législatif inconstitutionnel. La dualité actuelle de l'office du contrôleur de la constitutionnalité de la loi impose alors d'examiner les deux successivement afin de déterminer une censure à l'issue du contrôle de la loi *a priori* (1), de même que du contrôle *a posteriori* (2).

### 1. Une censure *a priori*

**1054.** Considérant le contrôle *a priori* de la loi par le Conseil constitutionnel, la question paraît tout à fait simple. La censure présentée paraît remplir aisément les conditions évoquées précédemment. Aussi, outre le qualificatif de censure qu'il est possible de lire çà-et-là au sujet de la sentence de la Haute instance, il convient de comparer la réalité de son œuvre aux caractéristiques de la *censure* elle-même.

**1055.** Tout d'abord, la confrontation d'un texte à un autre ne saurait faire défaut au contrôle de constitutionnalité établi par l'article 61 de la Constitution. A la lecture stricte de la disposition constitutionnelle, l'office de la Haute instance ne concerne que des textes, attendu que seules sont visés les lois organiques, ordinaires ou référendaires, ainsi que les règlements des assemblées parlementaires<sup>1288</sup>. Point n'est question ici du comportement du Législateur vis-à-vis de la règle établissant son rôle au sein des pouvoirs publics. De même, nulle disposition ne qualifie le Conseil constitutionnel de régulateur. Une observation en ce sens conforterait alors aisément l'analogie avec l'un des critères de la *censure* qu'est l'absence de jugement d'un comportement. Il ne s'agit là que de confronter un texte à un autre dans le but d'en déterminer la validité.

---

<sup>1288</sup> « *Les lois organiques*, avant leur promulgation, *les propositions de loi mentionnées à l'article 11* avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et *les règlements des assemblées parlementaires*, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel, qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. Aux mêmes fins, *les lois* peuvent être déférées... » (art. 61 de la Constitution de 1958).

**1056.** Et pourtant, le Conseil constitutionnel n'hésite pas à se présenter comme tel. Dans sa décision de 1962 relative à la loi référendaire adoptant l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, le censeur de la loi expose le fait qu'« il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics... »<sup>1289</sup>. Cette anomalie, si elle semble pouvoir remettre en cause l'exclusivité textuelle de l'objet du contrôle du Conseil, n'en est pas moins une exception que l'on peut aisément renverser. A cet égard, si sa qualité de « régulateur des pouvoirs publics » est évoquée aussi maladroitement qu'on puisse le penser, c'est avant tout pour distinguer l'origine des textes dont il a la faculté de connaître de ceux exprimant la volonté directe du souverain qu'il refuse de contrôler<sup>1290</sup>. Dès lors, il ne s'agirait là que d'une définition indirecte du texte sujet à son contrôle et non d'une constitution particulière de sa propre figure. Une telle conclusion aboutirait *de facto* à singulariser la sentence des neuf Sages en ne la confondant pas avec une régulation du comportement du Législateur, et ce, quand bien même son acception d'origine irait dans ce sens.

**1057.** Mais encore, l'office *a priori* se caractérise par un contrôle préventif rejaillissant sur la qualité du verdict. L'article 61 montre effectivement un attribut préventif de la sentence constitutionnelle. L'indication d'une saisine « avant leur promulgation », quelque soit le type de loi votée au Parlement ou même de texte<sup>1291</sup>, renforce l'idée d'un contrôle effectué préalablement à leur diffusion. Cet élément textuel conforte la dénomination de censure du texte par le Conseil qui se prononce avant que ce dernier n'existe effectivement dans l'ordre juridique. L'option d'une sanction d'un quelconque comportement ou encore d'une régulation des pouvoirs publics semble alors à exclure. L'action de la Haute instance n'aurait pas pour finalité d'apprécier la conformité d'un fait de langage accompli par le Législateur mais celle d'autoriser ou non son accomplissement.

**1058.** De plus, la suspension de la promulgation<sup>1292</sup> contribue à confirmer le caractère préventif d'une sentence qui empêche la mise en œuvre de l'acte législatif et l'apparition de conséquences négatives produite par sa réalisation dans le monde constitutionnel donné.

---

<sup>1289</sup> CC, n° 62-20 DC, préc., cons. 2.

<sup>1290</sup> Il ne le dit d'ailleurs plus en 2003 (CC, n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, Rec., p. 293, JO, 29 mars 2003, p. 5570).

<sup>1291</sup> Les règlements des assemblées parlementaires en font partie, tout comme les propositions de loi référendaires mentionnées à l'article 11 de la Constitution. Les premières ne sont pourtant pas des lois et les secondes n'ont pas encore le statut de loi votée.

<sup>1292</sup> « Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation » (art. 61 al. 4).

Cette suspension, caractéristique du mécanisme de la *censure*, se distingue de la *sanction* juridictionnelle « classique » qui ne peut suspendre l'accomplissement du comportement déviant avant ce que celui-ci n'arrive. Ce type de contrôle n'adopte donc pas la physionomie répressive de la *sanction*. Il présente au contraire les traits d'une action en amont de l'existence de l'acte législatif et déterminant même la possibilité de celle-ci. Ainsi, outre son appellation explicite, le contrôle de la Haute instance exercé avant la promulgation de la loi comporte une caractéristique préventive concordant avec le principe de la *censure*.

**1059.** Autre élément symptomatique, la réponse binaire offerte au terme de l'examen du texte : conforme ou non conforme à la Constitution. Il apparaît plus qu'évident que la sentence du Conseil constitutionnel se limite à cette dualité oui/non. L'article 61 de la Constitution montre d'ailleurs parfaitement cette dichotomie exhaustive en disposant qu'il « se prononce sur leur conformité à la Constitution »<sup>1293</sup>. Aucune autre « sanction » n'est proposée par la Constitution. Quand bien même la censure serait sélective du point de vue du texte<sup>1294</sup>, cela ne change pas l'explicite dualité de la réponse donnée par le censeur de la loi.

**1060.** Néanmoins, un aménagement de celle-ci peut-être vu dans la conformité sous réserve. Conçue comme une troisième voie initiée de manière prétorienne<sup>1295</sup>, elle tend à se concevoir comme une modulation de la sentence constitutionnelle, validant une inconstitutionnalité par une interprétation orientée. La finalité induite par ce genre de pratique visant à éviter une censure indéniable de la loi, montrerait une volonté de se dégager de cette dichotomie imposée par la Constitution. Ainsi, il semble possible d'envisager que la sentence du Conseil constitutionnel tourne autour d'un triptyque, oui/non/non mais, relativisant l'exclusive dualité de la censure. Toutefois, cela ne semble pas remettre en cause la binarité de la réponse du juge qui, au final, se conforme au seul cadre qui lui est constitutionnellement autorisé. En effet, la conformité sous réserve, ou censure virtuelle comme elle peut être nommée, n'appelle pas à se distinguer des deux

---

<sup>1293</sup> Réduit à la conformité de la loi à la Constitution, l'objet de l'examen effectué par le Conseil des Sages implique nécessairement qu'il se prononce aussi sur sa non conformité. La sentence qui en résulte ne peut alors aller au-delà de ce dilemme.

<sup>1294</sup> Le juge constitutionnel pouvant en effet censurer certaines dispositions seulement du texte sans et moduler son contrôle sur la base du caractère nécessaire de la sentence prononcée.

<sup>1295</sup> Voir en ce sens VIALA A., *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 17 et s.

autres choix possibles. Même si elle est fondée sur une inconstitutionnalité, la conformité sous réserve revient en tout et pour tout à affirmer la validité de la loi dans le monde posé par le constituant. Aussi, le « non mais » équivaldrait en définitive à un « oui si », ce qui le réduit à une simple modalité du « oui ». Dès lors, qu'importe qu'on assortisse la validation du texte d'une lecture particulière, elle n'en reste pas moins une décision de conformité, renouant avec le diptyque : oui/non.

**1061.** Enfin, la confrontation du contrôle *a priori* avec le mécanisme de la *censure* conduit à envisager les conséquences de la sentence de la Haute instance. A l'inverse de la sanction juridictionnelle « classique » dont l'intensité varie en fonction de la gravité de l'infraction à la norme éthique, la *censure* n'offre qu'une « sanction » absolue : la non diffusion du texte dont on juge qu'il contient une transgression potentielle à une norme considérée comme absolue. Là encore, la Constitution énonce clairement cette idée en posant qu'une « disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application »<sup>1296</sup>. Un tel énoncé implique indubitablement l'absence de réparation du fait de l'inconstitutionnalité de la loi avant sa promulgation. Outre le fait qu'une telle démarche soit dépourvue de logique, la mise en place d'une compensation de la tentative d'édiction d'une loi suggérerait que l'on ne juge pas effectivement le texte en lui-même mais bien la mauvaise intention de son auteur. Or, ce n'est assurément pas le cas dans le cadre de ce type de contrôle. On assiste alors, conformément au principe de la *censure*, à une simple non diffusion de l'acte, exempte de la réparation d'un préjudice quelconque causé par son contenu inconstitutionnel.

**1062.** L'office *a priori* ne paraît donc pas poser de problème quant à la qualification de *censure* en ce qui concerne la sentence prononcée. Mais si la *censure* trouve aussi une réalité après la publication de l'acte, la qualification de *censure* s'agissant de l'inconstitutionnalité post-promulgation de la loi requiert une étude comparative plus poussée.

---

<sup>1296</sup> Art. 62 al. 1.



## 2. Une censure *a posteriori*

**1063.** Le principe du contrôle de la constitutionnalité de la loi après sa promulgation<sup>1297</sup> amène à relativiser la qualité de *censure* dévolue à la sentence du Conseil constitutionnel rendue à l'occasion de la question prioritaire de constitutionnalité.

**1064.** La lecture *in extenso* de l'article 62 al. 2 de la Constitution de 1958 à l'issue de la révision de juillet 2008 dévoile une différence notable avec mécanisme prévu pour le contrôle *a priori*. A ce titre, la Constitution énonce que la disposition « déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée ». De toute évidence, la sentence envisagée pour une loi inconstitutionnelle n'est pas une *censure* en ce qu'elle laisse derrière elle une trace de l'existence de la loi retirée de la circulation. L'abrogation conduirait alors indubitablement à dénier au Conseil constitutionnel, dans le cadre de ce contrôle, la qualité de censeur de la loi. Cette autre capacité à traiter la constitutionnalité de la loi, en ce qu'elle relativise le rôle essentiellement politique que le Conseil tenait de son officie *a priori*, suggère une comparaison avec certains mécanismes de juges suprêmes ordinaires que sont la Cour de cassation et le Conseil d'Etat.

**1065.** S'agissant du juge judiciaire, son jugement spécifique tendant à casser celui de la Cour d'appel ressemble fortement à l'office de la Haute instance. En effet, loin de constituer un nouveau jugement des faits de l'affaire en cours, l'action de la Cour de Cassation consiste en un contrôle de la bonne interprétation de la loi par le juge du fond. Aussi, son activité ne peut se concevoir comme l'établissement d'une *sanction* visant à « punir » le comportement du justiciable mais porte véritablement sur la compatibilité de l'arrêt de la Cour d'appel avec la règle législative<sup>1298</sup>. Ainsi, le mécanisme de la cassation pourrait s'apparenter à la *censure* d'un jugement. Celui-ci ne peut exister dans le monde donné sans qu'il ne soit conforme à ce qui est légalement entendu. Le caractère préventif de cet examen, autrement dit avant qu'il se voie conférer l'autorité de chose jugée, appuie la comparaison avec le système de la *censure*. De plus, l'absence de *sanction* particulière du juge du fond, qui ne se voit pas inquiété de sa mauvaise lecture, viendrait conforter la

---

<sup>1297</sup> Les développements suivant seront centrés sur la version française du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Il semble toutefois envisageable que les différentes conclusions qui seront faites à ce sujet puissent s'adapter à d'autres types de systèmes centralisés jugeant la conformité de la loi après sa promulgation et son application. Toutefois, cette question requiert une étude comparative approfondie méritant d'être traitée en elle-même dans une autre étude.

<sup>1298</sup> Que ce soit d'ailleurs vis-à-vis de l'application de la loi comme de son interprétation.

comparaison avec la *censure*. Enfin, le caractère abstrait du contrôle, autrement dit neutre au regard des faits de l'affaire, alimente la parenté avec l'examen de la question de la constitutionnalité de la loi par le Conseil constitutionnel<sup>1299</sup> qui en est aussi déconnecté.

**1066.** D'autre part, s'agissant de l'office du Conseil d'Etat, l'analogie entre la *censure* et l'*annulation* montrerait des similitudes sensibles. Dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, le juge administratif contrôle *a posteriori* la légalité des actes de l'administration selon une mécanique très proche de celle de la *censure*. Outre la confrontation du texte à un autre, la conséquence d'une telle sentence est le retour au *statu quo* antérieur à l'émission de l'acte administratif. Cette suppression de l'ordre juridique au point que le texte annulé a disparu, tant dans sa forme que dans son produit, amène à le considérer comme une censure après coup, avec un caractère répressif spécial. La réparation n'est effectivement que le résultat d'une nécessité de revenir à l'état de fait précédant la mise en vigueur de l'acte incriminé. Elle n'est point ici le fruit d'une volonté de dédommager le destinataire de l'acte d'un quelconque agissement contraire à la loi. Le but d'une telle compensation est bien évidemment de rétablir ce qui existait avant l'intervention de l'administration. Assimilable à une censure à rebours, la frontière entre l'annulation et cette dernière semble très ténue et montre qu'elle peut d'une certaine manière trouver sa place dans une action *a posteriori*.

**1067.** Néanmoins, si une sentence supprimant une règle de droit de manière préventive peut exister dans un système juridictionnel fondé sur une instance traditionnelle, il semble que la peine prévue pour la loi déclarée inconstitutionnelle rende impossible l'analogie des deux mécanismes avec celui du contrôle *a posteriori* de la conformité de la loi à la Constitution. Assurément, la sentence disposée par l'article 62 al. 2 ne peut être du même ordre. Le fonctionnement de l'abrogation ne semble pas agir de la même façon et maintient un fossé avec le principe de la censure de par sa contradiction avec le postulat d'une suppression ne valant que pour l'avenir. Elle conduit toutefois à une inexistence de l'acte législatif dans l'ordre juridique, ce qui la prédispose à une comparaison valable en partie.

---

<sup>1299</sup> La loi organique de décembre 2009 l'indique d'ailleurs implicitement dans son article 23-9 : « lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi de la question prioritaire de constitutionnalité, l'extinction, pour quelque cause que ce soit, de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée est sans conséquence sur l'examen de la question », tout autant que l'article 61-1 qui focalise la question sur la violation de la Constitution par une disposition législative et non sur son application.

**1068.** Ainsi, la Constitution établit un censeur de la loi contraire à ce qu'elle prescrit de sorte qu'aucun texte, dès lors qu'il est soumis *a priori* ou contesté *a posteriori*, ne puisse exister sans que son adéquation vis-à-vis de ses dispositions et du monde qu'elle bâtit ne soit avérée. La conséquence unique de l'inconstitutionnalité se trouve donc être l'inexistence de la loi conformément au mécanisme de la *censure* et excluant toute idée de sanction *stricto sensu*. De ce fait, la sentence instituée par le texte fondamental, de par son caractère déclaratif et sa fonction de suppression de l'acte suspecté d'y contrevenir, porte la conclusion d'une absence de *sanction* quant au non respect de la règle constitutionnelle, laquelle ne pourrait finalement être transgressée.

**1069.** Ce ne sont finalement que les circonstances consécutives à la sentence du contrôle *a posteriori* qui ferait voir dans l'abrogation de la loi inconstitutionnelle une *censure substantielle*. Outre l'analyse neutre d'un texte, l'absence d'un quelconque trait répressif, la disparition de la disposition inconstitutionnelle, la dualité de la réponse donnée excluant la question d'une réparation de quelque sorte que ce soit, seul le caractère préventif fait défaut à l'abrogation pour qu'elle soit assimilable à une censure matérielle. Cependant, une solution résiderait dans la vision particulière d'une sentence interprétée comme l'amorce de la constitution d'un monde nouveau par le fait du juge, et dans lequel le texte abrogé n'existerait pas. Dès lors, si la règle constitutionnelle porte en elle des propriétés constitutives, c'est à n'en pas douter ce qu'en fait le Conseil constitutionnel qui semble conforter cette hypothèse. Jouant le jeu d'une apparence cognitiviste, c'est à travers son action créatrice que se révèle une attitude volontariste tenant à juger la Constitution comme une règle indépassable.

## **Chapitre 2 : Une œuvre jugée indépassable**

**1070.** L'activité de l'institution communément désignée aujourd'hui comme « juge constitutionnel » présente différents points soulevant certaines questions relatives à sa nature et à sa nécessité dans un monde considéré comme indépassable. En effet, si la Constitution est une règle constitutive et donc insusceptible d'être transgressée par un acte législatif sous peine qu'il n'existe pas dans le monde qu'elle établit, quelle est utilité de charger un organe de la tâche de vérifier que le Législateur n'outrepasse pas ses compétences ou encore et surtout de sanctionner un comportement déviant de la part de celui-ci ?

**1071.** Si sa dénomination peut facilement s'apparenter à un raccourci pratique, de par sa similitude avec un juge à proprement parler, on reste toutefois loin de celui-ci, quand bien même diverses évolutions conduiraient à aller dans ce sens. L'Europe fourmille aujourd'hui de Cours constitutionnelles et la Haute instance française tend à imiter leurs pratiques afin de leur ressembler. Néanmoins, la nature même du contrôle de constitutionnalité apparaît comme un obstacle insurmontable et relativiserait même la qualité « Cour » ou bien de « juge » lorsqu'elle se présente sous le jour du contrôleur de la conformité de la loi à la Constitution.

**1072.** Qualifiée d'« oxymore » par Luc Heuschling, la justice constitutionnelle serait le révélateur d'un « rôle intrinsèquement politique » dévolu par la fonction elle-même ou pris d'autorité<sup>1300</sup>. Aussi, il semble que le Conseil constitutionnel fasse prévaloir la superbe de la règle constitutionnelle en opposant à la loi un cadre qu'elle ne pourrait pas dépasser. Son office *a priori*, censurant *ab initio* l'œuvre législative incompatible avec le monde conduit à confirmer cette analyse constitutiviste de l'activité des Sages (*Section I*). Mais cette analyse souffrirait de l'arrivée récente d'un office *a posteriori*, lequel la remettrait potentiellement en cause (*Section II*), notamment en raison de sa situation temporelle vis-à-vis de l'acte de naissance de la loi.

---

<sup>1300</sup> Cf. HEUSCHLING L., « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Epistémologie d'une distinction théorique », in *La notion de « justice constitutionnelle »*, GREWE C., JOUANJAN O., MAULIN E., et WACHSMAN P. (dir.), Actes du colloque, 16 et 17 janvier 2004, Institut de recherches Carré de Malberg, Strasbourg, Paris, Dalloz, 2005, pp. 88.

### ***Section I : Une confirmation par le contrôle a priori***

**1073.** La lecture de la « jurisprudence » *a priori* semble valider l'hypothèse d'une conception constitutiviste de la Constitution par le Conseil constitutionnel. A ce titre, la confrontation préalable de la règle régulative et de la règle constitutive laisse transparaître une vision de la Constitution qui irait dans le sens d'un caractère objectivement intransgressable. Mais l'emploi de termes spécifiques de la part du contrôleur de la loi offre des informations intéressantes tant au sujet de la considération qu'il peut avoir de sa « norme » de référence, mais surtout ce qu'il en fait. Les décisions constitutionnelles abondent ainsi de marqueurs d'attitude propositionnelle permettant de lire l'implicite et de révéler la façon dont le Conseil, par son énonciation ou bien sa censure d'une loi, apprécie et fait la constitutivité de la règle fondamentale.

**1074.** Aussi, l'appareil constitutionnel apparaîtrait comme impossible à outrepasser lorsque l'organe qui le protège se représente comme un conseiller scientifique par le truchement d'une énonciation particulière (§1) dont le principe reste le constat. Un postulat qui tendrait à concevoir la censure provoquée par l'inadéquation de la disposition législative avec la Constitution comme revenant à prononcer son impossible existence dans le monde constitutionnel (§2) et rejaillirait sur la conception indépassable de ce dernier.

#### **§1 : L'énonciation scientifique du juge**

**1075.** Michel Troper le disait lui-même, « il est incontestable que le Conseil constitutionnel, [...] subit des contraintes diverses provenant du système juridico-politique et qu'il est conduit à adopter des stratégies dans l'exercice de son pouvoir »<sup>1301</sup>. Ainsi, le discours du contrôleur de la loi reflète autre chose qu'un simple acte juridique d'interprétation et semble le représenter d'une manière spécifique, nécessaire à l'acceptation de ses décisions. Aussi, si selon Foucault « le droit est le lien par excellence où les pratiques sociales et les stratégies de pouvoir se constituent en discours

---

<sup>1301</sup> Cf. TROPER M., « Le réalisme et le juge constitutionnel », *in* Le réalisme en droit constitutionnel, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, juin 2007, p. 130.

scientifique »<sup>1302</sup>, c'est principalement au moyen d'une argumentation adaptée, laquelle rejaillit sur la nature de l'acte de langage constitutionnel. Plusieurs éléments du parler « juridictionnel » tendent à confirmer cette idée de l'adoption d'une attitude scientifique par le Conseil<sup>1303</sup>. Le choix des mots charpentant les décisions comme celui de ceux qui irriguent son énonciation amène à voir dans la sémantique du vocabulaire du conseiller du souverain un apport particulier quant à la problématique d'une formulation de type assertorique (A), accompagnée d'une poétique d'évidence (B) visant à se disculper d'un aspect volitionnel pourtant présent.

#### **A/ L'apport sémantique du vocabulaire juridictionnel**

**1076.** Le discours du Conseil constitutionnel montre des aspects particuliers dans sa façon de présenter son raisonnement et sa décision. Il présente d'ailleurs une attitude discursive qui tend à afficher l'apparence d'un détachement vis-à-vis de la Constitution et de l'être qu'elle pose. L'usage de certains termes empruntés au langage scientifique et dont la signification première conduit à ne communiquer que la réalisation d'un acte constatif d'une chose contenant en elle-même ce qu'il « découvre ». Aussi, il ne s'agirait en apparence que d'une simple observation et non un acte participant à la création du monde dans lequel il s'inscrit lui-même. La réitération générique d'un vocabulaire particulier, ou encore adopté alors que l'évolution du texte est manifeste, suggère que la Haute instance viserait un être apprécié comme indépassable, même pour son interprète. Ce dernier prendrait alors une posture scientifique, tant dans la structure (1) que dans l'énonciation de ses décisions (2).

---

<sup>1302</sup> Cf. FOUCAULT M., *Dits et écrits*, Tome II, texte n° 139, Paris, Gallimard, 1994, pp. 538-645.

<sup>1303</sup> Cette attitude peut être assimilée au « point de vue externe » de Hart, correspondant à celui de la science du droit, qu'il oppose au « point de vue interne », celui des participants au système juridique, quelles que soient ses nuances (voir sur ce point CHEROT J.-Y., « La question du point de vue interne dans la science du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 59, *Hommage à H. L. A. Hart à l'occasion du centenaire de sa naissance*, (n° spécial), 2007, pp. 17-34).

## 1. La structure scientifique des décisions

**1077.** Postuler une attitude scientifique du juge de la constitutionnalité de la loi à travers la structuration de ses décisions implique d'analyser l'apport des termes employés dans la perspective d'un positionnement non plus juridictionnel mais détaché de la Constitution.

**1078.** Premier élément, l'attitude déresponsabilisante qui se dégage du discours du Conseil constitutionnel. Ainsi qu'il l'a été exposé précédemment, le contrôleur de la constitutionnalité de la loi se présente comme un spectateur de la « nature constitutionnelle » qui se dévoile sous son regard expert. A la manière du scientifique observant la nature et tentant d'en déduire des règles, il se contenterait de décrire ce qu'il voit, ce qu'il « considère », rejetant toute implication sur l'être posé par la Constitution. Ce rapprochement conduirait à voir dans l'emploi des considérants une volonté d'associer l'examen des questions posées, ainsi que celui des règles constitutionnelles mobilisées, à une « recherche » de la vérité et non d'affirmer une croyance *intuitu personae* en une vérité particulière<sup>1304</sup>. Aussi, l'un des aspects de la performativité du langage étant de façonner aux yeux de tous la personnalité de celui qui parle ou dont on parle, ce choix terminologique produit une image particulière du locuteur le représentant comme celui qui a la réponse juste et vraie à une question.

**1079.** Mais s'il agit sur la réalité objective de l'énonciateur, un tel acte a aussi des conséquences sur l'objet de l'énonciation. Dès lors, si par son discours, jusque dans sa structure, le Conseil constitutionnel considère la Constitution, il convertirait les principes constitutionnels qu'il mobilise en faits observables au moyen d'une attitude et d'une méthodologie scientifique. Par exemple, lorsqu'il considère que « le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'à des situations différentes puissent être appliquées des règles différentes »<sup>1305</sup>, le contrôleur de la loi n'effectue qu'un examen approfondi des caractéristiques dudit principe, sans s'affirmer comme un créateur bis, ce qu'il fait

---

<sup>1304</sup> Saint Bernard faisait justement la différence entre l'acte de contempler et celui de considérer en affirmant que « la contemplation suppose la vérité reconnue comme certaine, alors que la considération s'emploie surtout à sa recherche. Selon ce sens, il apparaît que la contemplation peut se définir comme une intuition vraie et certaine de l'esprit sur n'importe quelle réalité, ou bien comme une appréhension du vrai excluant le doute. Quant à la considération, c'est l'intense application de la pensée à la recherche, la tension de l'âme en quête du vrai. » (cf. SAINT BERNARD, « De la considération (*De consideratione*) », in *Œuvres choisies de saint Bernard*, DAVY M.-M. (trad.), Paris, Aubier, coll. « Les maîtres de la spiritualité chrétienne », 1945, p. 352).

<sup>1305</sup> CC, n° 81-129 DC du 31 octobre 1981, *Loi portant dérogation au monopole d'Etat de la radiodiffusion*, Rec., p. 35, JO, 1 novembre 1981, p. 2997, cons. 15.



pourtant. De cette manière, il ne fait en apparence que postuler quelque chose qui est détaché de son action propre. La conséquence de cette présentation n'est alors que le constat d'une chose dont les traits peuvent être objectivement pointés du doigt et visibles par tous, du moment qu'ils y exercent un regard avisé. Ainsi, si la « considération » peut se distinguer de la « contemplation » par son caractère abstrait du fait de la mise en action des « yeux de l'esprit », elle n'en reste pas moins un acte disant ce qui *est* à travers un raisonnement de type scientifique, et non ce qui *doit être*. L'emploi de « considérant » porterait donc la marque d'une énonciation scientifique entourant le sujet de l'observation d'une nature qu'il serait impossible à surmonter<sup>1306</sup>.

**1080.** De plus, chacune des décisions de la Haute instance est pourvu de visas désignés syntaxiquement par le participe passé « vu ». Si le procédé paraît plus que classique, au regard de sa généralisation dans le discours juridictionnel, il existe pourtant une particularité dans celui du Conseil caractérisée par les décisions *Contrats d'association* et *Interruption volontaire de grossesse*. A ce sujet, il ne semble pas utile de démontrer les attributs constatifs et descriptifs dont ce type de locution verbale est empreinte. Le sens et la signification de « voir » ne souffrent d'aucun doute quant à la qualité expositive de ce verbe tant elle est explicite. Néanmoins, la création implicite par le truchement d'un visa se trouve être bien singulière<sup>1307</sup> : qu'est-ce qui la justifie dans cette partie là de la décision ? Comme démontré précédemment, constater l'existence d'une chose qui en est *a priori* dépourvue revient en définitive à la créer au moyen d'un acte langage.

**1081.** De plus, il est généralement admis que la décision de 1971 a vu le Conseil constitutionnel élargir son texte de référence en y intégrant le Préambule contenant les droits fondamentaux, et que de ce fait il crée de la Constitution. Mais si ce type d'action peut aisément se concevoir dans un raisonnement chargé d'interprétations diverses, il rentre en contradiction avec le principe du visa. Aussi, il s'agit de trouver une explication à ce choix autant surprenant que lacunaire. La logique voudrait qu'une telle avancée soit soumise à une explication développée par une argumentation spécifique. Or ce n'est pas le

---

<sup>1306</sup> Il faut une nouvelle fois mettre ces conclusions en perspective avec la nouvelle rédaction des décisions du Conseil constitutionnel depuis mai 2016. S'il est vrai que l'abandon des « considérants » est un des aspects les plus notable de cette évolution, il semble qu'elle ne vise pas à modifier l'attitude déresponsabilisante adoptée par la Haute instance vis-à-vis de son interprétation et de sa décision. Au contraire, elle n'a vocation qu'à rendre plus lisible la décision pour le justiciable, une lisibilité qui était passablement affectée par une énonciation structurée de la sorte, en particulier pour un lecteur non averti.

<sup>1307</sup> Pour rappel, les deux décisions de 1971 de 1975 présentent le visa suivant « vu la Constitution et notamment son Préambule ».

cas, l'interprète de la Constitution présente cela comme un fait posé sous ses yeux, comme un donné et non un construit. Son intégration dans les visas et non dans les motifs de la décision conforterait une telle interprétation. Ainsi, la finalité d'un tel choix paraît être de montrer une fois de plus le fait que les Sages considèrent la règle suprême comme constitutive et indépassable en ce qu'il n'en disposerait pas.

**1082.** Au-delà, ce visa comporte un élément particulier permettant d'assimiler une fois de plus l'attitude du Conseil constitutionnel à celle d'un scientifique observant un fait naturel. En effet l'adjonction de l'adverbe « notamment » à la conjonction de coordination « et » indiquerait une posture descriptive d'une chose que l'action du Conseil n'a finalement fait que révéler. La fonction de cette association lexicale mettrait en exergue une inclusion du Préambule dans la Constitution dont il ferait partie intégrante sans qu'une main vienne l'y placer. C'est ici la signification du terme « notamment » qui conduit à cette conclusion en ce qu'il tend à plonger l'allocataire dans une analyse introspective de l'objet présenté. Par ce biais, la Haute instance ferait sortir le Préambule de l'intérieur de la Constitution plutôt qu'il ne l'y placerait. Ainsi, le contrôleur de la loi mettrait en scène une certaine exégèse de l'objet Constitution en en dégagant des caractéristiques pourtant invisibles. Il ferait implicitement valoir un regard expert en posant explicitement le doigt sur une partie intrinsèque au concept sans qu'on puisse l'accuser d'usurper le constituant. Aussi, il ne compte officiellement pas aller plus loin que ce que la Constitution délimite mais bien se conformer à ce que le monde est. Ceci ne l'empêche pas d'opérer une déconstruction de la norme constitutionnelle afin de faire en sorte que soit considéré à sa juste valeur l'un de ses éléments. En conséquence, il masque sa construction à travers une dissociation d'un tout déjà constitué de diverses pièces dont l'une est mise en avant. De cette manière, la Haute instance semble montrer que l'incorporation du Préambule dans la Constitution mise à sa disposition n'est en réalité qu'un fait, un donné qu'il peut viser, et que sa présence au sein des normes constitutionnelles n'est pas due à sa volonté. Si ces conclusions pourraient faire valoir une approche cognitiviste de l'activité du Conseil constitutionnel, il est toutefois bien entendu qu'il ne s'agit là que d'une posture à la finalité stratégique.

**1083.** Ces conclusions conforteraient la mise en œuvre d'une structure scientifique des décisions. Mais la méthodologie déresponsabilisante du Conseil constitutionnel ne s'y limite pas et ressort aussi d'une énonciation descriptive axée sur l'assertion constative.

## 2. L'énonciation scientifique des décisions

**1084.** L'énonciation du contrôleur de la loi est marquée par une structure syndétique matérialisée par l'emploi de verbes spécifiques comme « être », « apparaître », « résulter » ou bien « exister » dont le sens descriptif n'est plus à démontrer. A ce titre, plusieurs décisions permettraient d'attester de ce vocabulaire particulier empreint d'une volonté de créer l'illusion d'être un scientifique décrivant un état de chose<sup>1308</sup>.

**1085.** Si le verbe « être » ne pose aucun problème quant à la nature de l'énoncé, le verbe « apparaître », dont la signature sémantique est largement attachée au constat, se retrouve assez fréquemment dans le parler de la Haute instance. En effet, il est possible d'observer pareil emploi s'agissant de l'éventualité d'un nouvel examen de la constitutionnalité d'un traité. Le Conseil a ainsi permis ce réexamen « *s'il apparaît* que la Constitution, une fois révisée, demeure contraire à une ou plusieurs stipulations du traité »<sup>1309</sup>. Mais encore, se rencontre aussi l'affirmation relativement contestable visant à montrer qu'« *il apparaît* ainsi que par les articles 34 et 37, alinéa 1<sup>er</sup>, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi »<sup>1310</sup>. De même l'usage du verbe « résulter » évoquant lui aussi la conséquence de l'observation d'un fait se rencontre dans la jurisprudence du Conseil notamment lorsqu'il énonce qu'« *il résulte* en effet des dispositions du premier alinéa de l'article 77 de la Constitution... »<sup>1311</sup>. Enfin, l'utilisation du verbe « exister » est visible dans les considérants notamment de la décision *Blocage des prix et des revenus* lorsque la Haute instance énonce « qu'il n'*existe* aucun principe de valeur constitutionnelle s'opposant à ce qu'une amende puisse être infligée à une personne morale »<sup>1312</sup>. Il se présente comme dépourvu d'emprise sur les choses constitutionnelles.

---

<sup>1308</sup> Dans son ouvrage dédié à la théorie du droit, Norberto Bobbio distingue trois prototypes de discours : le discours poétique porté sur la transmission d'un sentiment ou d'une émotion, le discours législatif dont la finalité est d'influencer le comportement d'autrui, et le discours scientifique décrivant l'état de chose (cf. BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1998, pp. 111-112).

<sup>1309</sup> Voir à titre d'exemple les décisions n° 62-18 L du 16 janvier 1962, *Loi d'orientation agricole*, Rec., p. 31, JO, 25 février 1962, p. 1915 ; n° 89-258 DC du 8 juillet 1989, *Loi portant amnistie*, Rec., p. 48, JO, 11 juillet 1989, p. 8734, cons. 12 ; n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*, Rec., p. 76, JO, 3 septembre 1992, p. 12095, cons. 4 et 5.

<sup>1310</sup> CC, n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, *Loi sur les prix et les revenus*, Rec., p. 57, JO, 31 juillet 1982, p. 2470, cons. 11.

<sup>1311</sup> CC, n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, Rec., p. 51, JO, 21 mars 1999, p. 4234, cons 3

<sup>1312</sup> CC, n° 82-143 DC, préc., cons. 10.

Ainsi, à travers l'emploi de tels verbes, le Conseil constitutionnel se positionnerait comme un spectateur extérieur tenant à rester fidèle à l'être qu'il contemple.

**1086.** Par conséquent, la caractéristique des énoncés « jurisprudentiels » semble aller dans le sens d'une énonciation assertorique formée autour des notions de vrai et de faux<sup>1313</sup>. Même s'il apparaît que derrière un langage particulier se trouve ici un ensemble de prescriptions ne souffrant pas de cette dichotomie, le constat effectué par la Haute instance montre des similitudes certaines avec celui du scientifique observant une nature quelconque pour en dégager des règles factuelles. L'attitude propositionnelle qui transparait d'un choix lexical et sémantique spécifique dans les décisions constitutionnelles reprend dans son principe le prototype scientifique de la description d'une chose existante. Le juge constitutionnel manifesterait alors une propension à concevoir la Constitution comme une règle indépassable. Pareille conclusion serait par ailleurs corroborée par l'usage de locutions explicites comme « dans ces conditions » employée à l'occasion d'une réserve d'interprétation<sup>1314</sup> ou bien celles confirmant la conformité « sous ces strictes réserves d'interprétation »<sup>1315</sup>. Le Conseil montrant ici le visage d'un simple conseiller, il offre, à travers une alternative laissée au choix des pouvoirs publics<sup>1316</sup>, la bonne lecture du dispositif législatif afin qu'il soit considéré comme valide dans un monde aux règles de fonctionnement indépassables.

**1087.** De la même manière, mais dans un style plus implicite, la déclaration de conformité « pour autant que », observable par exemple à l'occasion de la décision portant sur la *loi*

---

<sup>1313</sup> Cf. BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, op. cit. p. 113.

<sup>1314</sup> On peut citer comme exemple la décision relative à la loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration dans laquelle le Conseil caractérise sa réserve en affirmant que « dans ces conditions la disposition contestée n'est contraire à aucun principe ni à aucune règle constitutionnelle » (CC, n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, Rec., p. 45, JO, 25 avril 1997, p. 6271, cons. 12). Alexandre Viala a d'ailleurs pu reconstruire un énoncé-type ponctuant souvent ces réserves et dont la forme serait « dans ces conditions, la disposition contestée n'est pas contraire à la Constitution » (cf. VIALA A., *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 67).

<sup>1315</sup> Voir en ce sens CC, n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Rec., p. 224, JO, 18 août 1993, p. 11722, cons. 14 et 16 ; CC, n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, Rec., p. 78, JO, 13 octobre 1984, p. 3200).

<sup>1316</sup> Ce caractère optionnel peut sembler factice au regard de l'impératif de respecter la parole des Sages. Néanmoins, la prise en compte d'une modification de l'interprétation d'une disposition législative pouvant entraîner un changement de circonstance menant à ce que cette dernière puisse être réexaminée lors d'une question prioritaire de constitutionnalité l'éventualité d'une application non conforme à la réserve devient crédible et conforterait la thèse d'un engagement lié principalement aux conséquences d'une interprétation libérée de l'avis du Conseil.

*relative aux évaluations servant de base à certains impôts directs locaux*<sup>1317</sup>, ne semble pas contredire l'hypothèse d'un acte de langage scientifique. En effet, ces diverses occurrences tendent à confronter la disposition en question à une inconstitutionnalité latente jugulée par une proposition de traduction spécifique pouvant être regardée comme un moyen de faire correspondre ladite disposition au standard imposé par la Constitution sans que la décision ne revienne finalement à la Haute instance. Là encore, la règle constitutionnelle est considérée comme indépassable pour le Législateur et l'administration qui doivent lire la loi dans un certain sens pour être autorisée à réguler les comportements sans rentrer dans un conflit neutralisant avec le texte fondamental. Le Conseil constitutionnelle feint ainsi d'émettre un constat indépendant de sa volonté mettant en avant des « conditions » de validité. A charge pour les pouvoirs publics de les observer ou non, tout en désignant les limites du monde qu'il observe.

**1088.** Dès lors, à l'occasion de son office *a priori*, le vocabulaire du Conseil constitutionnel laisse apparaître une attitude particulière, assimilable à un conseiller scientifique indiquant au dépositaire de la souveraineté nationale ce qu'il est possible ou non de faire dans le cadre posé par la Constitution. Ces marqueurs linguistiques semblent conforter l'idée que la Haute instance ne représenterait qu'un organe dépourvu de la capacité réelle de « juger » l'action du Législateur. Il aurait pour simple fonction d'inviter le Législateur à s'inscrire dans les limites posées par le texte suprême. Cependant, ce type de dire s'accompagne chez le contrôleur de la loi d'un style de discours particulier qui le fait apparaître en position de spectateur d'un objet commenté. Une passivité qui serait soulignée par la mise en avant d'une poétique linguistique se distinguant par l'évocation intrinsèque d'une dimension évidemment indépassable de la règle constitutionnelle.

### **B/ L'utilisation d'une poétique de l'évidence**

**1089.** L'apparence scientifique du langage utilisé par le contrôleur de la loi montre la maîtrise de ses différentes fonctions dont le but semble être essentiellement de convaincre

---

<sup>1317</sup> « *La loi relative aux évaluations servant de base à certains impôts directs locaux, soumise à l'examen du Conseil constitutionnel, conformément à l'article 61 de la Constitution, est déclarée conforme à celle-ci, pour autant que les dispositions de l'article 22 de ladite loi tendant à ce qu'aucune mesure d'ordre réglementaire ne puisse entraîner une réduction des ressources fiscales, s'appliquent limitativement à celles prévues dans le texte de ladite loi* » (CC, n° 68-35 DC du 30 janvier 1968, *Loi relative aux évaluations servant de base à certains impôts directs locaux*, Rec., p. 19, JO, 1<sup>er</sup> février 1968).

de la vérité de son interprétation. Il est ici question d'un examen de l'agencement discursif dans le but de faire produire un effet particulier au dire du Conseil constitutionnel à travers une parole spécifique. Or, si la forme que prend le langage ne joue pas sur la capacité illocutoire ou encore sur la nature de l'acte, il n'en va pas ainsi concernant son effet perlocutoire. Si Oswald Ducrot présentait l'acte illocutoire comme essentiellement linguistique contrairement à l'acte perlocutoire qui ne le serait qu'accidentellement<sup>1318</sup>, l'analyse des fonctions du langage dégagées par Roman Jakobson tendrait à relativiser ce caractère accidentel. En conséquence, ces « événements » langagiers, comme dirait Derrida, que sont ces énoncés, requièrent qu'on s'attarde sur l'énonciation, la mise en scène et la rhétorique dont ils font l'objet<sup>1319</sup>. En ce sens, l'attitude propositionnelle du Conseil constitutionnel ferait ressortir l'évidence de la chose qu'il crée (1) de même que celle de la solution qui clôt sa décision (2).

### 1. L'évidence de la chose créée

**1090.** La mise en lumière d'une fonction poétique mettant l'accent sur le message pour son propre compte fait entrevoir une politique énonciative particulière du contrôleur de la loi marquée par la désignation d'un fait qui serait extérieur à sa propre volonté.

**1091.** Les travaux de Jakobson sur l'identification de différentes fonctions linguistiques dont l'une est spécifiquement travaillée dans le but de transmettre un message avec une force de conviction offrent ici un certain intérêt. Outre le choix d'un vocabulaire de type scientifique, il semble que le choix d'une énonciation portant sur l'évidence soit délibéré dans le but de produire un certain effet sur le destinataire<sup>1320</sup>. La décision de 1971 concernant la loi relative aux contrats d'association fournit un exemple assez parlant. Le premier visa dans sa formule lapidaire « vu la Constitution et notamment son Préambule » laisse peu de doute sur la volonté de marquer les esprits, tant dans sa brièveté que dans l'usage de mots de liaison tels que « et » et « notamment ». Ici, la Haute instance produit

---

<sup>1318</sup> Cf. DUCROT O., *Dire et ne pas dire : principes de sémantique linguistique*, op. cit., p. 281.

<sup>1319</sup> Cf. DERRIDA J. & CALLE-GRUBER M., « « Scènes des différences ». Où la philosophie et la poétique, indissociables, font événement d'écriture », *Littérature*, n° 142, 2006/2, p. 23.

<sup>1320</sup> Il est possible de rattacher ces observations à la construction syntaxique des adages et autres formules juridique dont la finalité mnémotechnique en serait une spécificité et constituerait la raison d'un tel agencement des mots (cf. LEROYER A.-M., « La spécificité du langage du droit », in « Parler droit », *Droit et justice*, n° 34, printemps-été 2010, p. 8 et s.). Au-delà d'un beau langage, la poétique juridique servirait une vision plus utilitariste qu'esthétique, axée sur l'effet recherché et non le charme de l'énoncé.

une énonciation dont le message est perçu par le destinataire de la décision – autrement dit le Parlement – et porte vraisemblablement autant sur sa réception que sur le contenu<sup>1321</sup>. Elle marque l'évidence par un lien de causalité présenté comme intrinsèque à l'essence de l'objet visé, indiqué par un adverbe inclusif suivant une conjonction de coordination additive. En d'autres termes, l'adjonction du Préambule à l'objet Constitution advient du dedans et le Conseil ne fait en apparence que la constater sans y toucher. Dès lors, si l'intention n'est pas d'adresser le message, il est néanmoins construit de sorte qu'il soit reçu comme évident pour tous.

**1092.** Cette manière de signifier l'évidence se retrouve aussi dans la mise en lumière de principes sans qu'une construction conceptuelle ou argumentative ne vienne justifier leur venue. A titre d'exemple, l'arrivée des « principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France »<sup>1322</sup> dans le panel des outils de contrôle du Conseil constitutionnel confirme l'énonciation constative et détachable d'une quelconque volonté au regard de leur naissance, ceux-ci venant en quelque sorte comme un cheveu sur la soupe<sup>1323</sup>. Dès lors, si le Conseil constitutionnel comble les vides de la Constitution, il ne se présente que comme un observateur de ce qui est inhérent au fonctionnement du monde, même si cela ne l'est visible que pour son œil exercé. Une telle conclusion s'accordera d'ailleurs avec tous les énoncés qui bénéficient d'une énonciation de type monologique qui caractérise la création constitutionnelle opérée par la Haute instance.

**1093.** De plus, le discours du contrôleur de la loi comporte certaines particularités quant au style adopté. La démarche scientifique orientée vers l'évidence se caractérise dans le discours décisionnel par une absence de prise de position explicite de la part du juge constitutionnel. Au-delà de la simple locution « décide » qui clôt son acte de langage, l'ensemble des moyens développés par le Conseil affichent un refus de se placer au devant de la scène. La lecture d'une décision quelle qu'elle soit affirme le choix d'un style indirect plutôt qu'un style direct, conséquence de la forme non adressée du discours de la Haute instance. Deux exemples, tenant à l'expression de la volonté générale par la loi et au

---

<sup>1321</sup> Jakobson illustre cette approche syntaxique du langage par son appropriation politique et sa concrétisation à travers la forme du slogan. Au terme d'une analyse linguistique d'un exemple type, il conclut en affirmant que le rôle de la fonction poétique renforcerait le poids et l'efficacité de l'énoncé (cf. JAKOBSON R., *Essais de linguistique générale : les fondations du langage*, Paris, Minuit, 2003, p. 219).

<sup>1322</sup> CC, n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec., p. 88, JO, 3 août 2006, p. 11541, cons. 19.

<sup>1323</sup> On pourrait en dire autant des Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, ou encore des objectifs à valeur constitutionnelle.



traitement du principe d'égalité, illustrent explicitement cette hypothèse. La fameuse redéfinition de la volonté générale dans la décision du 23 août 1985 est énoncée comme suit : « la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »<sup>1324</sup>. Elle traduit expressément l'idée d'une qualité conditionnée par un être établi, autant qu'elle puisse être interprétée de la sorte : « c'est la règle constitutive de la loi qui impose cette condition que je me contente seulement de sanctionner » Le choix d'un positionnement extérieur à l'énonciation révélerait une attitude désinvestie linguistiquement et exprimée par un style indirect, laissant faussement l'objet observé se manifester plutôt que de s'afficher comme l'acteur principal de l'énonciation.

**1094.** Cette formulation constative retranscrivant une démarche observatrice et un retrait énonciatif se retrouve encore dans l'accueil du principe d'égalité. Si au départ la Haute instance a pu utiliser un libellé singulier s'attachant au « respect du principe d'égalité »<sup>1325</sup>, il a rapidement opté pour une autre qu'il conservera à chacun de ses rappels de la définition du principe, et présentant ce dernier comme étant le sujet de la prédication. En effet, qu'il « implique »<sup>1326</sup>, qu'il « ne fasse pas obstacle »<sup>1327</sup> : point n'est ici fait mention d'une action quelconque de l'énonciateur. Seul le principe lui-même renferme ces caractéristiques qui ne sont qu'observées par le Conseil.

**1095.** Mais il semble que ce constat aille plus loin, les neuf Sages faisant conditionner le comportement du Législateur par le principe d'égalité et non par son action propre lorsqu'il énonce que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons

---

<sup>1324</sup> CC, n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, *Rec.*, p. 70, JO, 24 août 1985, p. 9814, cons. 27.

<sup>1325</sup> « Le respect du principe d'égalité fait obstacle à ce que des citoyens se trouvant dans des conditions semblables et poursuivis pour les mêmes infractions soient jugés par des juridictions composées selon des règles différentes » (CC, n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale*, *Rec.*, p. 22, JO, 24 juillet 1975, p. 7533, cons. 4 et 5).

<sup>1326</sup> « Le principe d'égalité devant la loi – dont le principe d'égalité devant les charges publiques est le corollaire - implique qu'à situations semblables il soit fait application de solutions semblables » (CC, n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, *Rec.*, p. 31, JO, 13 juillet 1979, p. 1824, cons. 4).

<sup>1327</sup> Le principe d'égalité ne fait pas obligation au législateur d'établir, d'une manière identique, les conditions de la représentation des catégories des enseignants, des chercheurs, des étudiants et des membres du personnel non enseignant, dès lors que celles-ci sont constituées de personnes placées dans des situations différentes. (CC, n° 80-120 DC du 17 juillet 1980, *Loi modifiant les articles 13, 14 et 15 de la loi d'orientation de l'enseignement supérieur du 12 novembre 1968*, *Rec.*, p. 39, JO, 19 juillet 1980, p. 1836, cons. 3).

d'intérêt général »<sup>1328</sup>. Là encore, le Conseil ne se présente pas explicitement comme étant le maçon d'une égalité modulable en fonction des circonstances factuelles des destinataires de la loi car c'est le principe lui-même, aux dires du Conseil, qui « ne s'oppose pas ». L'absence d'objection, ou *a contrario* l'objection caractérisée, ne viendrait donc pas d'un choix du juge mais serait inhérente à la nature même du concept. Tout se présente comme si le Conseil était un conseiller scientifique cantonné à la simple évidence observable.

**1096.** Une telle option discursive réduite à l'expérience d'un fait ou d'un être tend à révéler une attitude distante de l'énonciateur vis-à-vis de ce qu'il énonce, quand bien même il s'agirait d'un impératif formulé dans un style indirect<sup>1329</sup>. Un positionnement en recul qui donne le sentiment d'être en présence d'un conseiller scientifique dépendant de sa référence sans qu'il puisse objectivement agir dessus. L'explication de ce choix pourrait tenir dans la volonté de se déresponsabiliser de la décision prise. Son manque de légitimité démocratique face au Parlement pourrait justifier une telle posture, laquelle rejaillirait sur la conception de la Constitution en tant qu'être que lui-même ne pourrait dépasser.

**1097.** De plus, le style indirect et sa conséquence d'une absence apparente de parti pris se combinent avec l'utilisation d'une méthode argumentative déductive, laquelle fait découler la décision d'un raisonnement logique typique d'une interprétation dite de « connaissance » et non de l'expression d'une volonté propre. Une démarche syllogistique qui, si elle s'oppose pour certains à la réalité de l'action du Conseil, contribue à voir dans la règle constitutionnelle un caractère indépassable, un caractère conforté par l'évidence de la solution donnée.

## 2. L'évidence de la solution donnée

**1098.** Les décisions de la Haute instance, rédigées sous la forme d'un discours déductif, portent la solution donnée aux cas qui lui sont présentés comme une évidence à laquelle elle serait soumise. Une telle approche privilégierait l'apparence d'une interprétation-

---

<sup>1328</sup> CC, n° 87-232 DC du 7 janvier 1988, *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole, Rec.*, p. 17, JO, 10 janvier 1988, p. 482, cons. 10.

<sup>1329</sup> Frege avait déjà démontré qu'il était possible de transcrire des prescriptions au moyen de propositions descriptives (cf. FREGE G., *Ecrits logiques et philosophiques*, Paris, Le Seuil, 1971, p. 114), désengageant l'énonciateur du fait qu'elles seraient susceptibles de vérifications empiriques (cf. FRYDMAN B., *Le sens des lois*, Bruylant, L.G.D.J., 2007, p. 550).

connaissance, camouflant une réalité inductive dénoncée par la théorie réaliste de l'interprétation.

**1099.** Ici non plus, les Sages ne prennent pas le risque d'agir à visage découvert et préfèrent se cantonner à l'évidence d'une connaissance dans une optique visant assurément la recherche d'une « solution juridictionnelle qui permette, tout à la fois, de garantir le respect des dispositions de la Constitution et de réduire au minimum l'ingérence juridictionnelle dans les prérogatives du Parlement »<sup>1330</sup>.

**1100.** Néanmoins, l'affirmation d'un non réalisme juridictionnel « en apparence » peut être nuancé. En effet, Michel Troper énonce explicitement que le Conseil constitutionnel peut de lui-même se soumettre à des contraintes. C'est cette apparence qui en fait un véritable réaliste et conforte l'hypothèse d'un recul énonciatif volontaire exposant le fait que c'est la réalité qui pèse sur lui<sup>1331</sup>, que « c'est le droit qui le conduit à décider comme il le fait »<sup>1332</sup>. Et c'est en l'occurrence ce que les locataires du palais de Montpensier font. L'argumentation déductive ne fait rien d'autre que promouvoir le caractère indépassable de la règle qui sert de référence au contrôle de la constitutionnalité de la loi. En faisant mine de se soumettre à une certaine logique déterminant sa décision, ils affirmeraient indirectement que la Constitution ne peut être assimilée à une norme transgressable et que son action définitoire en établissant les règles du fonctionnement du monde n'autorise pas qu'on puisse s'en affranchir.

**1101.** Ainsi, si cette évidence assumée peut être en rapport direct avec une volonté de convaincre, ou bien encore de palier à un manque de légitimité, elle est assurément employée dans une perspective servant une vision constitutiviste de la Constitution. En d'autres termes, le choix d'une énonciation d'évidence par la Haute instance est subordonné non pas à une croyance mais à une nécessité de concevoir et de désigner la règle constitutionnelle comme constitutive d'un monde qu'il est impossible de surpasser, sous peine de prendre de force, aux yeux de tous, un pouvoir qui ne lui appartient pas. Plus

---

<sup>1330</sup> Cf. RIBES D., « Le réalisme du conseil constitutionnel », in *Le réalisme en droit constitutionnel, Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, juin 2007, p. 138.

<sup>1331</sup> « En outre, en se présentant comme réaliste en ce sens, c'est-à-dire en soulignant qu'il tient compte des contraintes du système, il remplace avantageusement la vieille théorie du syllogisme. Sa fonction n'est plus de déduire des sentences de normes constitutionnelles claires et précises. Désormais, il ne statue toujours pas en opportunité, mais trouve le juste équilibre entre des principes opposés et tient compte des éléments de la réalité qui pèse sur lui. C'est donc que son pouvoir discrétionnaire est réduit. » (cf. TROPER M., « Le réalisme et le juge constitutionnel », in *Le réalisme en droit constitutionnel, op. cit.*, pp. 131).

<sup>1332</sup> Cf. TROPER M., *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, P.U.F., Léviathan, 2001, p. 94.

qu'un indice, ce style indirect et scientifique contribuerait alors à caractériser la Constitution d'une manière différente en prétendant « se plier à la réalité », ce qui « a la même fonction que la prétention de découvrir dans les textes un sens déjà là et à les appliquer mécaniquement »<sup>1333</sup>. Par conséquent, la forme syllogistique du discours du Conseil constitutionnel tendrait à confirmer l'évidence qui marque le dire du contrôleur de la loi.

**1102.** Dès lors, la politique de l'évidence arborée par les Sages, si elle se justifie par un dessein particulier visant à s'assurer une réception positive de ses décisions, présente des éléments linguistiques et discursifs porté sur la mise en avant d'un être indépassable. Accompagnée de l'usage d'un vocabulaire choisi, la posture du Conseil constitutionnel traduit un recul énonciatif vis-à-vis de la chose créée et de la solution donnée. Un postulat en ce sens attesterait alors d'une certaine conception constitutive de la règle constitutionnelle.

**1103.** Aussi, si le langage du juge de la constitutionnalité *a priori* de la loi affiche une vocation plus scientifique que juridictionnelle, il conduit à ne pouvoir imaginer qu'on puisse porter atteinte à la Constitution. Il en découle logiquement que la déclaration d'inconstitutionnalité expose non pas une sanction d'un comportement fautif du Législateur mais un simple constat : celui de l'impossible existence de l'acte dont il a la charge d'examiner la conformité à la définition constitutionnelle que lui-même, interprète authentique, ne peut surmonter.

## **§2 : Le constat d'une inexistence dans un monde constitutionnel donné**

**1104.** Le caractère indépassable des règles constitutionnelles semble aussi s'affirmer à travers la faculté qu'a le Conseil constitutionnel, de par sa fonction, d'empêcher la loi d'avoir sa place dans l'ordre juridique posé par la Constitution. La conception de la *censure* trouve pour le coup une réalité dans la « jurisprudence » de la Haute instance en ce qu'elle retranscrit l'avortement législatif d'un texte qui n'aurait pas la viabilité nécessaire pour être dans le monde constitutionnel. Ainsi, l'office du contrôleur de la loi, lorsqu'il dit

---

<sup>1333</sup> Cf. TROPER M., « Le réalisme et le juge constitutionnel », *in* Le réalisme en droit constitutionnel, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 131.

« non », reviendrait à la détermination constatée d'une impossible existence (A). Mais certaines censures conduisent à ce que le souverain, recouvrant le prestige de sa fonction première, vienne surpasser cette réponse négative en retouchant le monde au moyen de sa révision. Une retouche qui a pour finalité et conséquence de permettre la venue de la mesure en question dans l'ordre constitué (B).

### **A/ L'inconstitutionnalité comme constat d'une existence impossible**

**1105.** Etablir un lien entre le travail du Conseil constitutionnel dans son office *a priori* et la consécration d'un caractère indépassable de la règle constitutionnelle oblige à revoir la nature même de ce contrôle ainsi que ses conséquences, et les moyens langagiers mis en œuvre pour l'assurer. L'énonciation constative, mais néanmoins performative, du contrôleur de la loi implique de répondre à la question de la réalité « jurisprudentielle » de la censure du texte voté par le Parlement. Ainsi, si la Haute instance produit des décisions marquées par une définition du concept de loi, il apparaît qu'elle soit aussi celle qui détermine l'existence de ses occurrences politiques. Dès lors, l'activité « juridictionnelle » *a priori* présenterait la censure du texte qui lui est soumis comme un constat d'une impossible existence, tant sa déclaration de conformité reviendrait à lui concéder le droit de vivre dans l'ordre juridique donné (1). Une attitude visiblement révélatrice d'une constitutivité de la règle constitutionnelle, notamment au regard de la technique jurisprudentielle spécifiquement développée à cette fin (2).

#### 1. La conformité comme droit à l'existence

**1106.** L'article 62 fait dépendre l'existence du texte voté par le Parlement à une conformité aux règles constitutionnelles. De cette manière, il subordonne la promulgation de l'acte du souverain national à l'approbation du Conseil constitutionnel. Aussi, le texte fondateur du monde de la V<sup>ème</sup> République ne semble permettre à la loi de voir le jour qu'à la condition qu'elle satisfasse à l'exigence de conformité aux règles qui le font tourner.

**1107.** La déclaration énoncée par la Haute instance se présenterait comme la délivrance d'un passeport au bénéfice de l'acte de langage législatif, le faisant passer du monde du

possible à celui de l'être. Son existence découlerait alors de la décision du contrôleur de la loi à l'occasion de l'examen *a priori* de sa conformité aux règles constitutionnelles, faisant de la déclaration d'inconstitutionnalité un constat de la possibilité d'exister dans l'esprit même du constituant de 1958. Cette affirmation pourrait néanmoins se voir opposer le caractère facultatif de la saisine du Conseil constitutionnel. Une telle donnée relativiserait ce rôle de portier en ce que la loi pourrait exister sans son intervention. Toutefois, il faut ici considérer que le texte législatif qui ne lui est pas soumis reçoit un visa tacite. Cette conformité implicite peut paraître comme un raccourci pratique dans le but de justifier la fonction maïeutique qu'assure le collège des neuf Sages, mais la présomption de conformité à la Constitution de la loi non contrôlée présente les traits d'une fiction juridique sous-tendue par un impératif admis de sécurité<sup>1334</sup>.

**1108.** Ainsi, qu'elle soit lue *a contrario* ou de manière positive, la Constitution affiche clairement un rapport direct entre la décision du « juge constitutionnel » et l'existence de la loi dans l'ordre juridique. D'un côté l'inconstitutionnalité exclut l'existence, de l'autre la conformité la fait advenir. En conséquence, l'étude de la « jurisprudence » du Conseil constitutionnel ne devrait pas conduire à un constat différent, laquelle « jurisprudence » fait largement ressortir l'état de chose généré par la combinaison des articles 61 et 62 de la Constitution.

**1109.** De ces dispositions, il est permis de dégager, en plus de la purge du système des règles n'honorant pas la hiérarchie des normes, une volonté d'affirmer l'inaptitude de tout corps constitué d'aller à l'encontre de leur constitution. Il en irait alors de même s'agissant de leur production. Aussi, la finalité du contrôle *a priori* pourrait bien être la détermination de ce qui peut ou ne peut pas être dans l'ordre juridique symbolisant ce monde<sup>1335</sup>. La décision du 23 août 1985 relative à la loi sur l'évolution de la Nouvelle Calédonie présente à ce titre un élément intéressant à travers le désormais fameux considérant posant que « la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »<sup>1336</sup>. Si

---

<sup>1334</sup> Cf. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, EISENMANN Ch. (trad.), Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 1962, p. 390.

<sup>1335</sup> Il est toutefois légitime de croire que la pensée qui animait le constituant en 1958 allait plus dans le sens de la rationalisation de la production et du comportement du parlement plus que la vérification de ce qui peut ou ne peut pas être dans le monde qu'il s'apprêtait à faire advenir. Or, si certains acte de parole dépassent l'intention du locuteur, force est de constater ici que l'évolution de ce contrôle permet d'interpréter la présence d'une « jurisprudence » constitutionnelle comme tendant à autoriser la promulgation des lois votées dans un cas où celle-ci a la possibilité d'exister dans le monde que la Constitution établit.

<sup>1336</sup> CC, n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, *Rec.*, p. 70, JO, 24 août 1985, p. 9814, cons. 27.

l'interprétation classique de ce considérant porte l'intérêt sur la hiérarchie indiscutable entre la Constitution et l'œuvre du Législateur, il peut tout autant signifier la subordination de l'existence de la loi au respect de la Constitution. En effet, en disposant que « la Loi est l'expression de la volonté générale », l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 expose la faculté de la loi à exprimer la volonté commune<sup>1337</sup> comme un élément indissociable et constitutif de son essence même.

**1110.** La loi ne peut donc être *loi* que si elle est placée dans une situation spécifique que serait le fait de manifester l'intérêt commun. Elle requiert alors d'être investie de cet intérêt commun pour être qualifiée de *loi*. Aussi, lorsque la Haute instance soumet l'expression de la volonté générale au respect de la Constitution, elle lie l'existence même de la loi à ce respect. Jamais le juge constitutionnel n'a fait machine arrière sur ce point mais a confirmé cette démarche en substance dans l'ensemble de ses décisions de sorte que le contrôle de constitutionnalité prévu par la Constitution du 4 octobre 1958 n'est pas considéré comme un moyen de « gêner ou de retarder l'exercice du pouvoir législatif mais d'assurer sa conformité à la Constitution »<sup>1338</sup>. La Constitution est ainsi envisagée d'une manière constitutive, indépassable par les corps constitués, fussent-ils les dépositaires d'une légitimité démocratique. Une affirmation se dédouanant d'un quelconque ralentissement du travail du Parlement en le reportant sur un donné dont il ne dispose pas, que ce soit dans un sens positif ou négatif.

**1111.** Dès lors, la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition du texte soumis à son examen revient à se prononcer sur la viabilité de celui-ci dans le monde constitutionnel donné. Dans ces conditions, la loi *ne peut pas être* si l'organe chargé de vérifier sa conformité aux règles qui régissent l'ordre constitutionnel en vigueur constate son inconstitutionnalité au motif qu'elle serait dépourvue de la capacité d'exprimer la volonté générale. Une inconstitutionnalité qui rend donc l'existence du texte en tant que loi impossible dans l'ordre juridique qui lui-même ne peut admettre une quelconque transgression car il constitue la Loi et énonce les conditions lui permettant d'advenir dans le monde sous cette forme. En conséquence, la « sanction » prononcée par les Sages de la rue de Montpensier s'apparenterait à une qualification du texte en « loi pouvant exister »

---

<sup>1337</sup> Une volonté qui ne peut être assimilable à la volonté de tous. Jean-Jacques Rousseau les distinguait déjà en ce que la volonté générale « ne regarde qu'à l'intérêt commun » alors que la volonté de tous « regarde à l'intérêt privé, et n'est qu'une somme de volontés particulières » (cf. ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social*, Paris, Flammarion, 2001, p. 68).

<sup>1338</sup> CC, n° 85-197 DC, préc., cons. 20.



sans qu'il agisse sur les exigences de cette existence. Il s'agirait là encore d'un fait, d'un donné qu'il lui est impossible de dépasser.

**1112.** Aussi, quel que soit le versant de la pièce, la déclaration du Conseil constitutionnel influe sur le droit du texte qui lui est soumis d'exister en tant que *loi* dans le monde posé par la Constitution. A ce titre, la Haute instance a su mettre en œuvre une technique jurisprudentielle particulière, spécifique à une nature constitutionnelle que le Législateur ne pourrait dépasser.

## 2. L'usage jurisprudentiel d'une technique spécifique

**1113.** La Haute instance a plusieurs fois et de différentes manières opéré une redéfinition de l'objet constitutionnel *loi* que ce soit directement ou indirectement en se prononçant sur ce qu'elle devait être pour être.

**1114.** La jurisprudence sur le principe d'égalité par exemple a largement pris part à la définition des contours de la *loi* par la voie de son contenu. En déterminant ce qu'elle peut faire ou ne pas faire concernant la réalisation du principe d'égalité, le contrôleur de la loi s'emploie à lui accorder un titre de séjour dans le monde juridique au regard de considérations matérielles en montrant que le texte ne contrevient pas au décor constitutionnel imposé. D'autre part, la formule adoptée évoque un « obstacle » que poserait le principe à ce que la loi soit telle qu'elle est présentée. On retrouve là encore la notion de « possibilité d'existence », laquelle n'est finalement que constatée à travers l'utilisation d'un style indirect. Mais deux éléments présentent un intérêt certain en ce qu'ils agissent directement sur les conditions d'existence de la *loi*. La « jurisprudence » *Blocage des prix* et la pratique des réserves d'interprétation semblent ainsi apporter un éclairage sur le rôle que joue le Conseil vis-à-vis de l'essence législative de l'acte voté par le Parlement.

**1115.** La décision du 30 juillet 1982 relative à la *loi sur les prix et revenus* est célèbre pour avoir relativisé le caractère excessif de la rationalisation du travail du Parlement. Ce faisant, le Conseil constitutionnel a redessiné les contours de la loi et montré qu'elle pouvait toujours être qualifiée comme telle nonobstant les dispositions relevant du domaine de l'article 37 de la Constitution. Mais il a aussi pu déterminer la possibilité de

son existence. Ainsi, en se prononçant sur l'éventualité d'une conformité à la Constitution de la loi contenant des dispositions d'essence réglementaire, le contrôleur de la loi constate que cette dernière « n'a pas entendu [la] frapper d'inconstitutionnalité »<sup>1339</sup>. Une affirmation en ce sens rendrait possible l'existence de la loi dans le monde constitutionnel donné, et ce notamment en vertu de ce que le « Gouvernement, par la mise en œuvre des procédures spécifiques des articles 37, alinéa 2, et 41 » a le pouvoir d'assurer la protection du domaine réglementaire « contre d'éventuels empiétements de la loi »<sup>1340</sup>. De cette manière, même si cela revient à faire sauter les verrous initiaux de l'office parlementaire, la Haute instance redéfinit ce que la loi peut être, et par ricochet repousse la limite de ce qu'elle ne peut pas être. Dès lors, elle estime que suivant ses observations, on ne saurait soutenir que « la disposition critiquée serait contraire à la Constitution » car le fait constitutionnel permet au pouvoir réglementaire de faire valoir sa compétence avant et après l'installation de la loi dans l'ordre juridique. Une position qu'il confirmera à chacune des occurrences de ce moyen d'inconstitutionnalité<sup>1341</sup>, moyen qu'il réfutera comme tel car le texte fondamental ne l'a pas « pour autant entendu » ainsi<sup>1342</sup>.

**1116.** Il est toutefois à noter qu'en 2005, le Conseil constitutionnel a fait le choix d'une option différente, à visée pédagogique, qualifiant certaines dispositions de la loi comme faisant partie du domaine réglementaire sans évoquer l'absence d'opposition du Gouvernement les concernant. Il ne les censurera étrangement pas alors qu'il les montre du doigt comme ne pouvant figurer au sein d'un acte législatif, ayant « à l'évidence, le caractère réglementaire »<sup>1343</sup>. Or cette décision pose un problème vis-à-vis de l'hypothèse d'une inexistence en raison de l'inconstitutionnalité. En effet, si le caractère réglementaire des dispositions législatives est « marqué au fer rouge » par le Conseil constitutionnel, comme a pu le mettre en avant Jean-Bernard Auby<sup>1344</sup>, il n'en est toujours pas un critère de censure. Et pourtant, si en substance il l'est, et que la mise en évidence de cette

---

<sup>1339</sup> CC, n° 82-143 DC préc..

<sup>1340</sup> Cons. 10.

<sup>1341</sup> A cette fin, il est possible de voir une conformation de ce principe dans une récente décision concernant la loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, qui reprend une formulation similaire dans son dixième considérant (CC, n° 2012-649 DC du 15 mars 2012, *Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives*, Rec., p. 142, JO, 23 mars 2012, p. 5253, cons. 11).

<sup>1342</sup> *Ibid.*

<sup>1343</sup> CC, n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, Rec., p. 72, JO, 24 avril 2005, p. 7173, cons. 22.

<sup>1344</sup> Cf. AUBY J.-B., « L'avenir de la jurisprudence *Blocage des prix et des revenus* », in *Loi et règlements, Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 19, 2005, p. 108.

caractéristique interne aux dispositions désignées met l'accent sur ce souci au regard de l'ordre constitutionnel des choses<sup>1345</sup>, la logique voudrait qu'advienne la conséquence ultime de leur suppression de la loi autorisée à paraître. Aussi, une inconstitutionnalité aussi fortement exposée<sup>1346</sup> aurait dû conduire à la constatation de l'inexistence législative desdites dispositions alors qu'il n'en est rien. Une telle décision aurait certainement pu ouvrir la porte à la transformation du non respect de la distinction opérée par les articles 34 et 37 en motif effectif d'inconstitutionnalité de la loi. Cependant, il semble qu'il ne s'agisse là que d'une tentative ratée de ne faire qu'indiquer l'inconstitutionnalité latente des dispositions ainsi requalifiées pour que les pouvoirs publics règlent d'eux-mêmes le problème. Le Conseil constitutionnel se propose alors et selon ses propres mots « désormais de déclarer « préventivement » réglementaires les dispositions en cause »<sup>1347</sup>. Néanmoins, l'abandon de cette pratique dès sa première apparition suggère qu'il ne comptait pas revenir sur son indulgence à l'égard des dispositions de nature réglementaire contenues dans le texte législatif. Leur énumération n'aura alors eu qu'une valeur pédagogique à l'attention du Gouvernement, le Conseil estimant que cette question ne fait pas partie de son rôle.

**1117.** D'autre part, la pratique des réserves d'interprétation tend à moduler elle aussi la faculté d'un texte législatif à exister dans l'ordre juridique. Pour rappel, certains comme Alexandre Viala considèrent largement cet instrument comme une troisième voie relativisant la logique binaire du contrôle de constitutionnalité de l'article 61<sup>1348</sup>. Il semble néanmoins que la finalité d'une telle technique puisse être interprétée comme la permission octroyée à la loi d'intégrer le monde constitué, quand bien même elle serait substantiellement inconstitutionnelle. Outre le fondement politique de son développement, il apparaît envisageable de relier cette « troisième voie » à la gestion de la potentialité de l'existence du texte voté par le Parlement sur la base de cette question : doit-on censurer

---

<sup>1345</sup> « Article 3. – Les articles 19, 22, 33 et 34 de la même loi ont le caractère réglementaire » (CC, n° 2005-512 DC, préc.).

<sup>1346</sup> Si la jurisprudence *Blocage des prix* a pu dénier l'insertion de dispositions de nature réglementaires le statut d'« inconstitutionnalité », le choix énonciatif de 2005 n'est apparemment pas dans la même optique et tendrait à montrer les imperfections du texte proposé au regard de la Constitution ou à « stigmatiser [...] la malfaçon législative ». Elle se présenterait alors comme une incitation à ce que le Gouvernement y remédie ultérieurement sans que le Conseil n'ait à désavouer sa première position (voir le commentaire de la décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 19, 2005, pp. 10-15).

<sup>1347</sup> *Ibid.*

<sup>1348</sup> Cf. VIALA A., *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 17 et s.

cette disposition qui est à l'évidence contraire à la Constitution ou peut-on trouver un moyen de faire subsister la mesure qui paraît opportune ? Une fois encore, le remodelage du texte trouve une issue favorable au problème d'incompatibilité avec le monde en soulevant une conformité latente placée au sommet des interprétations possibles. Aussi, à travers ses réserves, la Haute instance constate « sous certaines conditions » la capacité de la loi à faire partie du monde établi par le texte fondamental.

**1118.** Il faut enfin évoquer ici le cas des censures Néo-Calédoniennes, ou censures « par ricochet », introduites par la décision *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie* à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel permet que soit contestée la constitutionnalité d'une loi promulguée « à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine »<sup>1349</sup>. Embryon de contrôle *a posteriori* à l'intérieur même du contrôle *a priori*, ce type singulier de contrôle a pu faire valoir l'inconstitutionnalité d'une disposition déjà promulguée, mais sans la supprimer de l'ordre juridique (car il n'en n'avait pas le pouvoir)<sup>1350</sup>. C'était alors au juge ordinaire de conférer à cette déclaration d'inconstitutionnalité son effectivité, malgré le dilemme du choix « entre l'application de la théorie de l'écran législatif et le respect de l'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel »<sup>1351</sup>. Si pour la Haute instance, la sentence est claire, la disposition jugée inconstitutionnelle ne peut exister dans le monde constitutionnel, la question s'est néanmoins une nouvelle fois posée suite au refus des juridictions ordinaires d'appliquer cette « censure » singulière. Le Conseil d'Etat a ainsi transmis une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil qui s'est borné à tirer la seule conséquence plausible pour lui de sa jurisprudence *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie* : la fin de non recevoir<sup>1352</sup>. Il faut en déduire que dans l'esprit du Conseil, outre

---

<sup>1349</sup> CC, n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, Rec., p. 43, JO, 26 janvier 1985, p. 1137, cons 10.

<sup>1350</sup> « Considérant que la conformité à la Constitution d'une loi déjà promulguée peut être appréciée à l'occasion de l'examen des dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine ; que le 5° du I de l'article 195 de la loi soumise au Conseil constitutionnel étend aux élections au congrès et aux assemblées de province de Nouvelle-Calédonie – le domaine d'intervention des dispositions des articles 192, 194 et 195 de la loi du 25 janvier 1985 précitée ; qu'en conséquence il appartient au Conseil constitutionnel de s'assurer que ces dispositions sont conformes à la Constitution » (CC, n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, Rec., p. 51, JO, 21 mars 1999, p. 4234, cons. 39).

<sup>1351</sup> Voir en ce sens VIALA A., « L'autorité des censures « néo-calédoniennes » : quand le contrôle *a priori* pétrifie les enjeux du contrôle *a posteriori* », *Constitutions : Revue de droit constitutionnel appliqué*, n° 4, Octobre-décembre 2013, [en ligne, disponible sur <https://documentation.outre-mer.gouv.fr>].

<sup>1352</sup> CC, n° 2013-349 QPC du 18 octobre 2013, *Société Allianz IARD et autres*, Rec., p. 1000, JO, 20 octobre 2013, p. 17279, texte n° 32.

sa volonté de cohérence<sup>1353</sup>, la disposition déclarée inconstitutionnelle n'est plus comme applicable ni susceptible de lui être soumis dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, et donc qu'elle n'existe plus depuis sa décision rendue *a priori*.

**1119.** Tout ceci révèle ainsi la faculté du Conseil constitutionnel de déterminer, à la manière d'un observateur, l'éventuelle permission qu'accorde le cadre dressé par la Constitution quant à la mise en vigueur de la loi à l'intérieur de celui-ci. Ces divers exemples présentent donc l'œuvre du contrôleur de la loi comme un constat, celui de la concordance entre les dispositions du texte législatif avec les règles constitutives de l'ordre juridique français. Néanmoins, lorsque les Sages constatent que les règles du monde ne permettent pas la venue de la loi, le souverain peut aussi reprendre ses lettres de noblesse, s'ériger en constituant. Il briserait alors la limite qui impose au Conseil d'exercer sa faculté d'empêcher et ouvrirait le droit à l'existence de la loi en actionnant la procédure de révision de la Constitution.

## **B. L'existence par la révision constitutionnelle**

**1120.** Si l'inconstitutionnalité déclarée conduit à refuser au texte du Parlement une existence dans le monde constitutionnel donné en raison de sa contrariété avec les règles constitutives de ce dernier, il va de soi que leur modification pourrait y remédier. Aussi, et les décisions de la Haute instance tendent à aller dans ce sens, il semble que l'existence de la loi inconstitutionnelle soit rendue possible par l'aiguillage, et parfois explicite, du souverain vers la voie adéquate. Alors que son interprétation ne semble pas pouvoir suffire à tordre la réalité s'imposant à elle, comme au Législateur, et qu'ils ne peuvent ni l'un ni l'autre, en tant que corps constitués, passer outre<sup>1354</sup>, la Haute instance inviterait par ce

---

<sup>1353</sup> Cf. VIALA A., « L'autorité des censures « néo-calédoniennes » : quand le contrôle *a priori* pétrifie les enjeux du contrôle *a posteriori* », *op. cit.*

<sup>1354</sup> On se souviendra de sa soumission à la voix directe du constituant en 1962 alors que la démarche elle-même occasionnait de vives réactions quant à sa conformité avec les règles constitutives et considérées comme indépassables, même pas le pouvoir constituant lorsqu'il s'inscrit dans le monde donné (voir en ce sens Cahier français n° 300, « La V<sup>ème</sup> République, permanence et mutations », la documentation française, janvier-février 2001, p. 7, ou encore le discours du député Paul Reynaud lors de la 1<sup>ère</sup> séance du jeudi 4 octobre 1962 devant l'Assemblée nationale – Journal Officiel du vendredi 5 octobre 1962). Le doyen Vedel l'énonçait déjà en 1992 en affirmant que « le pouvoir constituant dérivé n'est pas d'une autre nature que le pouvoir constituant initial : la Constitution lui donne sa procédure [...], elle ne borne point son étendue » (cf. VEDEL G., « Schengen et Maastricht », *RFDA*, n° 2, 1992, p. 179). Il est ici alors évident que lui seul peut s'en affranchir et actualiser le jeu à sa guise (et quelle que soit la procédure choisie comme le démontre formellement la décision de 1962), ce que les institutions constituées ne peuvent faire car elles en dépendent.

biais le souverain à remanier le monde constitutionnel. Dès lors, la loi inconstitutionnelle pourrait se voir réhabilitée par l'invocation du pouvoir constituant venant corriger l'être constitutionnel (1) lorsque la « révision molle » de l'être du monde par le truchement d'une interprétation extensive opérée par le Conseil constitutionnel (2) ne suffirait pas.

### 1. L'existence par l'exercice du pouvoir constituant

**1121.** Beaucoup d'encre a coulé sur la faculté du constituant à remettre en cause la déclaration d'inconstitutionnalité et à offrir du même coup à la loi la possibilité d'exister dans le monde que la Constitution dispose. Dès lors, le pouvoir de dernier mot, selon la célèbre formule de Louis Favoreu concernant la légitimité de l'action du Conseil constitutionnel, ne montre pas un caractère définitif<sup>1355</sup>. Aussi explique-t-il que la censure ne s'analyse pas « comme un verrou ou un barrage, mais comme un aiguillage : c'est-à-dire que l'obstacle opposé par le juge constitutionnel à une loi ordinaire n'est pas définitif et peut être levé par le vote d'une loi constitutionnelle ». En conséquence, le contrôle de constitutionnalité joue le rôle d'un aiguillage en orientant les réformes vers la voie procédurale adéquate, en l'occurrence, la voie constitutionnelle<sup>1356</sup>. Cette métaphore, si elle pallie l'absence de recours contre les décisions du Conseil, contribue toutefois à ce que dans la mise en œuvre d'une révision constitutionnelle soit regardée comme la volonté de faire exister le texte dont la promulgation a été refusée. En effet, à la suite de Hans Kelsen, la doctrine s'accorde sur le fait que l'invalidation de la mesure ne serait que la sanction d'un « vice de procédure » et non une condamnation au fond, permettant que la mesure censurée soit « reprise et insérée dans le système juridique par l'organe compétent »<sup>1357</sup>. Néanmoins, l'opposition de la part des Sages se montrerait comme étant tout autant matérielle que formelle. Si elle porte expressément sur le choix de la procédure, la fonction d'aiguilleur se fonde toute de même sur une incompatibilité matérielle, la loi venant en contrariété avec l'être du monde constitutionnel. Aussi, il s'agirait non pas d'une erreur de forme, mais bien d'une opposition matérielle entre la loi et la Constitution. L'aiguillage ne

---

<sup>1355</sup> « La légitimité du juge constitutionnel tient à ce qu'il n'a pas le dernier mot » (cf. FAVOREU L., « La légitimité du juge constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46, n° 2, 1994, p. 578).

<sup>1356</sup> *Ibid.*, pp. 578-579.

<sup>1357</sup> Cf. ROUSSEAU D., « De quoi le Conseil constitutionnel est-il le nom ? », in *Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?*, *Jus Politicum*, n° 7, 2012, p. 5 ; voir aussi TROPER M., *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, op. cit., p. 139 ; FAVOREU L., « La légitimité du juge constitutionnel », op. cit., pp. 578-579.

serait alors que l'indication d'une obligation pour le souverain de modifier l'être du monde s'il soutient sa volonté législative comme étant une exigence régulative.

**1122.** Ainsi, la validité de la mesure prise par le Législateur serait subordonnée à ce que George Vedel a nommé le « lit de justice » du constituant<sup>1358</sup>. Largement utilisée pour réfuter la menace d'un gouvernement des juges, elle se veut être dans la continuité de la théorie de l'aiguilleur<sup>1359</sup> en démontrant l'action du Constituant venant « briser » l'arrêt du juge<sup>1360</sup>. En effet, la Haute instance, en invalidant une loi, « ne se dresse pas contre le souverain »<sup>1361</sup> mais pointe du doigt une incompatibilité rendant impossible la concomitance entre la loi et l'agencement du monde constitutionnel tel qu'il est. Dans cette configuration, le lit de justice s'apparenterait alors à une intervention de l'Être suprême – le souverain national – venant corriger l'élément de l'ordre constitutionnel qui empêchait l'arrivée de la loi. Un lit de justice qui montre aussi la nécessité d'une intervention du créateur de ce monde, la procédure de révision faisant office de rituel visant à faire apparaître le Constituant, dans le but de remédier à l'incapacité du contrôleur de la loi à autoriser son existence.

**1123.** Un pouvoir de révision qui peut toutefois intervenir « à tout moment », comme a pu le souligner Michel Troper<sup>1362</sup>, sans qu'il ne soit explicitement invoqué<sup>1363</sup>. A ce titre, le caractère procédural de la censure de la loi ressort de l'absence de signe explicite de la voie à suivre. Il n'est pas question ici pour le Conseil constitutionnel d'apprécier politiquement le caractère bienvenu d'une révision car sa légitimité ne le lui permettrait pas<sup>1364</sup>. L'invitation est implicite et n'a pas besoin d'être exprimée. Dès lors, imprévisible, le lit de justice du Constituant aurait pour mission auto-proclamée de remodeler le monde

---

<sup>1358</sup> Cf. VEDEL G., « Schengen et Maastricht », *op. cit.*, p. 173.

<sup>1359</sup> Cf. TROPER M., « Histoire constitution et théorie constitutionnelle », in *L'histoire du contrôle de constitutionnalité, Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 28, juillet 2010, p. 8.

<sup>1360</sup> « Si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme Constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts » (cf. VEDEL G., « Schengen et Maastricht », *op. cit.* p. 180).

<sup>1361</sup> Cf. TROPER M., « Histoire, constitution et théorie constitutionnelle » *op. cit.*, p. 8.

<sup>1362</sup> *Ibid.* p. 9.

<sup>1363</sup> La révision du 25 novembre 1993 qui fait suite à la décision de non conformité de la loi *Pasqua* offre ici une illustration sans équivoque en ce que le Conseil constitutionnel se limitait à établir la seule inconstitutionnalité du texte (CC, n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, Rec.*, p. 224, JO, 18 août 1993, p. 11722).

<sup>1364</sup> C'est en tout cas ce qui peut ressortir des deux décisions de 1962 et de 2003 que ce soit en raison du statut supérieur du Constituant ou bien de l'absence d'indication constitutionnelle à ce sujet.



afin d'offrir à la loi l'opportunité d'exister, désavouant d'une certaine manière l'opposition formée par les Sages. Néanmoins, leur jurisprudence laisse apparaître une poignée de décisions qui, par leur appel explicite à la révision constitutionnelle pour surpasser l'inconstitutionnalité, présentent une originalité particulière.

**1124.** Caractérisées par « une fuite en avant » au niveau européen<sup>1365</sup>, les années 1990 ont vu poindre une formulation nouvelle qui rompt avec l'habituel silence du Conseil constitutionnel quant à la mise en œuvre du pouvoir constituant. La décision concernant l'adoption du traité de Maastricht incarne le premier accro à la construction européenne, ainsi qu'une évolution significative de l'attitude du Conseil vis-à-vis du Constituant. En effet, le considérant 14 de la décision n° 92-308 DC énonce expressément « qu'au cas où des engagements internationaux souscrits [...] contiennent une clause contraire à la Constitution ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle »<sup>1366</sup>. Par cet énoncé, il prend l'initiative de soumettre au détenteur du pouvoir constituant un conseil visant à permettre la venue du traité dans l'ordre constitutionnel français, et ce, par la voie d'un réagencement de ses règles constitutives. La décision relative au traité sur l'Union européenne, bien que timide, n'est toutefois pas la seule à faire montre d'une telle sollicitation. Suivant une rédaction variée, la Haute instance expose tantôt la « nécessité »<sup>1367</sup>, tantôt l'une « exigence »<sup>1368</sup> d'une révision.

**1125.** On ne peut concevoir un rôle du Conseil constitutionnel dont le but sera de contraindre juridiquement le souverain à agir, chose qu'il ne peut accomplir en tant qu'organe constitué. En tant que conseiller, il peut en revanche se prononcer sur l'opportunité politique de la révision. L'appel du pied du contrôleur de la loi ne serait alors que le résultat d'une prise de conscience d'un « engrenage » qu'il ne faudrait pas

---

<sup>1365</sup> Cette expression est reprise de l'ouvrage relatif aux institutions européennes de Michel Clapié (cf. CLAPIÉ M., *Institutions européennes*, Flammarion, 2003, p. 147)

<sup>1366</sup> CC, n° 92-308 DC du 09 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne, Rec.*, p. 55, JO, 11 avril 1992, p. 5354.

<sup>1367</sup> « Le droit reconnu au Parlement français de s'opposer à une modification du traité selon le mode simplifié prévu par l'article IV-444 *rend nécessaire une révision* de la Constitution afin de permettre l'exercice de cette prérogative » (CC, n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Rec.*, p. 173, JO, 24 novembre 2004, p. 19885, cons. 41)

<sup>1368</sup> « Considérant que, pour les motifs ci-dessus énoncés, *l'autorisation de ratifier*, en vertu d'une loi, le traité d'Amsterdam *exige une révision de la Constitution* » (CC, n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, Rec.*, p. 344, JO, 3 janvier 1998, p. 165, cons. 32).

enrayer<sup>1369</sup>. Cependant, il y a fort à parier que sans cela, le souverain, élevé en « majesté »<sup>1370</sup>, aurait pris ses responsabilités en ouvrant la porte du monde de la V<sup>ème</sup> République aux avancées de l'Union, comme il l'a fait à chaque fois que la Haute instance a déclaré l'inconstitutionnalité d'un traité portant sur l'Union européenne.

**1126.** Une dernière occurrence présente un Conseil constitutionnel affirmant l'inutilité de modifier le monde pour y faire entrer la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne incluse dans le Traité établissant une Constitution pour l'Europe car « ni par le contenu de ses articles, ni par ses effets sur les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, la Charte n'appelle de révision de la Constitution »<sup>1371</sup>. Cette référence, par la négative, à l'éventualité d'une action du Constituant, dont la mission serait de donner la permission d'exister à la stipulation conventionnelle tendrait, encore une fois, à insister sur le rôle premier de ce dernier, Janus de l'univers constitutionnel, ouvrant la porte ou bien la laissant close.

**1127.** Il est néanmoins possible de ne voir dans ces appels qu'une référence aux dispositions de l'article 54 de la Constitution indiquant que « si le Conseil constitutionnel [...] a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, *l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution* ». Il reste cependant singulier de voir la Haute instance invoquer de manière expresse le Constituant, alors qu'elle-même se soumet à l'œuvre constituée en l'état. D'autant plus qu'elle ne s'adonne à ce genre de chose qu'à l'occasion seulement des traités relatifs à l'intégration européenne. En effet, il faut souligner que la décision portant sur la Charte européenne des langues régionales et minoritaires, située dans le même espace-temps, n'obéit pas à cette logique référentielle. Aucune recommandation n'échappe de la plume des Sages qui se bornent à une déclaration de non conformité pure et simple sans préciser que sa ratification appelle une révision de la Constitution<sup>1372</sup>. Quelle interprétation y donner ? Une attitude

---

<sup>1369</sup> La construction européenne obéissant à cette logique fonctionnaliste caractérisée par le principe du *spill over effect*, ce qui est communément désignée comme la « méthode Monnet » trouverait dans la jurisprudence de la Haute instance une considération certaine (voir en ce sens CLAPIE M., « Institutions européennes », *op. cit.* p. 116)

<sup>1370</sup> Cf. VEDEL G., « Schengen et Maastricht », *op. cit.* p. 173.

<sup>1371</sup> CC, n° 2004-505 DC, préc., cons. 22.

<sup>1372</sup> « Considérant que, dans ces conditions, les dispositions précitées de la Charte sont contraires à la Constitution » (CC, n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Loi relative à la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, *Rec.*, p. 71, JO, 18 juin 1999, p. 8964, cons. 12).

intransigeante<sup>1373</sup> tenant d'un « intégrisme césaro-papiste » comme ont pu le qualifier Olivier Duhamel et Bruno Etienne<sup>1374</sup> ? Ou bien que l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution, auquel la Charte contrevenait, aurait une force intangible si bien que le constituant ne pourrait y toucher sans revenir sur les fondements même de l'identité de la France<sup>1375</sup> ? Il semble toutefois que la force du silence exprime ici un appel visant à ne pas réviser la Constitution de la part d'un Conseil constitutionnel irrité par les révisions précédentes.

**1128.** Mais, au-delà de la révision par le Constituant, il est possible de noter le fait que le Conseil constitutionnel joue aussi indirectement le rôle de constituant en interprétant de manière extensive le texte fondamental.

## 2. L'existence par l'interprétation extensive

**1129.** Le panel de décisions allant dans ce sens est assez large, qu'il consente ou désapprouve le texte qui lui est soumis. S'il est permis d'observer une création conceptuelle constitutionnelle opérée par la Haute instance dans le cadre de son contrôle *a priori*, cette faculté autorise à penser que par ce biais, elle pratique une sorte de révision *soft* de la Constitution au moyen d'une interprétation spécifique.

**1130.** Le Conseil constitutionnel a pu à diverses reprises exercer son aptitude à tordre les mots de la Constitution dans le but de permettre à la loi votée par le Parlement d'exister dans le monde constitué. La décision dite *Interruption Volontaire Grossesse*<sup>1376</sup> présente une confirmation de cette hypothèse. En effet, même si la décision de 1971 constitutionnalisait le Préambule, la référence expresse au Préambule de 1946 en 1975, dont la conséquence était la validation d'une loi, confirme ce que l'on pourrait désigner sous le nom de « révision jurisprudentielle » débouchant sur un visa d'entrée du texte dans le monde. Un autre exemple encore plus parlant se trouve dans la décision n° 82-141 DC. Les considérants 5 et 6 affichent une validation de la mesure prise par le texte législatif au regard d'un nouvel objet constitutionnel qui se trouve être un objectif de valeur

---

<sup>1373</sup> Voir en ce sens VERPEAUX M., « Note sous décision n° 99-412 DC », in *Chronique de jurisprudence constitutionnelle*, n° 21, janvier-juin 1999, *LPA*, n° 188, 21 septembre 1999, pp. 18-20.

<sup>1374</sup> Voir en ce sens l'article du Monde du 24 juin 1999.

<sup>1375</sup> CLAPIE M., « Le français restera la langue de la république », *LPA*, n° 3, 5 janvier 2000, p. 18.

<sup>1376</sup> CC, n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, *Rec.*, p. 671, JO, 16 janvier 1975, p. 671.

constitutionnelle<sup>1377</sup>, complétant l'arsenal constitutif de la règle fondamentale et conduisant une fois de plus à ce que la loi bénéficie d'une autorisation d'exister.

**1131.** Néanmoins, la révision par les Sages poursuit aussi une fin allant dans un sens inverse à la validation de la loi. La célèbre décision *Liberté d'association* offre l'exemple le plus criant à ce sujet en recréant la Constitution pour l'assortir de son Préambule. Mais c'est surtout par la confection des Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République que le Conseil va empêcher la loi liberticide d'entrer dans le monde constitutionnel. Ceux-ci viennent ainsi annihiler les chances de la loi d'acquérir une existence et ont permis au Conseil de déterminer « qu'il y a lieu de déclarer non conformes à la Constitution les dispositions de l'article 3 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel complétant l'article 7 de la loi du 1er juillet 1901, ainsi, par voie de conséquence, que la disposition de la dernière phrase de l'alinéa 2 de l'article 1er de la loi soumise au Conseil constitutionnel leur faisant référence »<sup>1378</sup>.

**1132.** Un autre exemple se trouverait dans la décision portant sur la loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales<sup>1379</sup>. Cette occurrence jurisprudentielle présente aussi l'utilisation d'un Principe fondamental reconnu par les lois de la République aux fins d'une déclaration de non conformité à la Constitution<sup>1380</sup>. Là encore, l'interdiction de l'existence d'un texte législatif fait de toute évidence suite à un amendement « jurisprudentiel ». La révision constitutionnelle née d'une décision du contrôleur de la loi tend ainsi à conforter la thèse selon laquelle

---

<sup>1377</sup> « Considérant qu'ainsi il appartient au législateur de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auquel ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte ; considérant que les dispositions de la loi auxquelles il est reproché de méconnaître l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen répondent aux impératifs ci-dessus énoncés et que, dès lors, les auteurs de la saisine ne sont pas fondés à soutenir qu'elles sont contraires à la Constitution ; qu'ils ne sauraient non plus soutenir que la disposition relative à l'établissement d'installations méconnaît le droit de propriété » (CC, n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, Rec., p. 48, JO, 27 juillet 1982, p. 2422, cons. 5 et 6).

<sup>1378</sup> CC, n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association*, Rec., p. 29, JO, 18 juillet 1971, p. 7114, cons. 4.

<sup>1379</sup> CC, n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*, Rec., p. 33, JO, 13 janvier 1976, p. 344.

<sup>1380</sup> « Considérant qu'en raison de l'étendue des pouvoirs, dont la nature n'est, par ailleurs, pas définie, conférés aux officiers de police judiciaire et à leurs agents, du caractère très général des cas dans lesquels ces pouvoirs pourraient s'exercer et de l'imprécision de la portée des contrôles auxquels il seraient susceptibles de donner lieu, ce texte porte atteinte aux principes essentiels sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle ; que, par suite, il n'est pas conforme à la Constitution » (cons. 5).

l'existence du texte en tant qu'acte législatif dépendant de sa conformité aux règles constitutives du monde de la V<sup>ème</sup> République ou de leur modification.

**1133.** Par conséquent, la révision constitutionnelle, qu'elle soit du fait du constituant institutionnalisé ou bien du « juge » constitutionnel, ferait apparaître une volonté de permettre à l'œuvre du Législateur d'exister dans le monde constitutionnel. Cette faculté s'appréhenderait alors comme le pendant irréductible d'une inconstitutionnalité vue sous l'angle d'un constat de l'impossibilité pour le texte voté par le Parlement de cohabiter avec les autres règles régulatrices, et ce, du fait de leur incompatibilité avec des règles indépassables qui leur seraient supérieures.

**1134.** Dès lors, ces remarques confirmeraient une attitude spécifique du conseil des neuf Sages qui, se comportant comme de simples observateurs d'un monde constitué, subordonne de manière objective l'être législatif potentiel du texte soumis au contrôle de la constitutionnalité. Une telle aptitude, qu'elle s'exprime par une énonciation spécifique de l'organe qui en est chargé ou bien qu'elle soit le fruit de la fonction intrinsèque de l'office *a priori* du Conseil constitutionnel, viendrait conforter la vision d'une règle constitutive à travers les yeux de son interprète authentique. Ainsi, si la censure *a priori* garantit aisément le caractère constitutif et donc indépassable des règles fixées par la Constitution, le pendant *a posteriori* du contrôle de constitutionnalité présenterait une potentielle remise en cause de cette qualité.

## ***Section II : Une remise en cause hypothétique par le contrôle a posteriori***

**1135.** La constitutivité de la règle constitutionnelle et la protection accrue et effective des droits de l'Homme semble toujours se marier difficilement. Le mécanisme de contrôle *a posteriori* de la conformité de la loi à la règle supérieure en particulier viendrait contrarier cette conception spécifique d'une Constitution indépassable. Il laisserait alors penser que le nouveau rôle dévolu au Conseil constitutionnel ébranlerait la stature de la Loi fondamentale au point que l'application de la distinction searlienne, perdrait de sa pertinence

**1136.** Il faut avouer que la révision de juillet 2008 a pu contribuer à faire descendre le droit constitutionnel de son piédestal en offrant la possibilité au justiciable de l'invoquer comme n'importe qu'elle autre règle régulant des comportements. Une telle arme mise à disposition des individus leur confèrerait la possibilité de contester un acte du Législateur présenté comme « illicite » au regard des limites fondamentales qui lui sont imposées et de le faire sanctionner (§1). Cette circonstance, manifestement incompatible avec la qualité constitutive d'une règle, suggèrerait une inconstitutionnalité latente de la loi. Or, cette inconstitutionnalité serait au contraire la conséquence de l'évolution du monde constitutionnel, principalement du fait du Conseil constitutionnel, marquant une conformité par défaut de la norme législative (§2).

### **§1 : La sanction d'un comportement « illicite » du Législateur**

**1137.** Considérer la loi comme un comportement du Législateur, un acte de langage qui serait « illicite » au regard d'une « norme » reviendrait à concevoir que la Constitution ne régirait pas la production législative mais son contenu, sa justesse suivant un critère éthique. Selon ce postulat, l'édiction d'une sanction serait la marque d'une révolution opérée par l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité. L'organe qui ne ressemblait jusqu'alors qu'à un conseiller du souverain se prononçant sur la validité constitutionnelle d'une intention législative, trouverait finalement sa place dans un contexte juridictionnel, transformant une norme absolue en norme éthique. Une qualité qui rejaillit *de facto* sur le contrôle de constitutionnalité et la Haute instance elle-même (A), l'amenant non plus à conclure au sujet d'un texte inexistant mais bien d'une loi effective de l'ordre juridique (B).

### **A/ La juridictionnalisation du contrôle de constitutionnalité**

**1138.** Le contrôle *a posteriori* a souvent relancé le débat sur la question de la juridictionnalisation accrue du Conseil constitutionnel qui jusque-là oscillait entre deux statuts : celui d'un juge de la constitutionnalité de la loi, et celui d'un organe politique chargé de vérifier le respect de la hiérarchie des normes. L'apparition de la question

prioritaire de constitutionnalité dans l'ordre juridique français a aussitôt donné des arguments aux partisans de la première thèse<sup>1381</sup> en ce qu'il serait placé en une sorte de position de Cour suprême<sup>1382</sup> et ferait selon certains « office de Cour constitutionnelle »<sup>1383</sup>. Deux séries de remarques peuvent être faites à ce sujet. La première concernera les similitudes certaines entre l'office *a posteriori* du Conseil et celui des Cours judiciaires et administratives faisant valoir l'apparition d'un procès dans le procès (1). La seconde tendra à présenter le juge de la rue de Montpensier non plus comme un simple censeur mais comme un régulateur potentiel du comportement du Législateur (2).

### 1. Un procès dans le procès

**1139.** Tocqueville le disait déjà au XIX<sup>ème</sup> siècle « lorsqu'un juge à propos d'un procès, attaque une loi relative à ce procès, il étend le cercle de ses attributions, mais il n'en sort pas, puisqu'il lui a fallu, en quelque sorte, juger la loi pour arriver à juger le procès »<sup>1384</sup>. En d'autres termes, l'office juridictionnel ne change pas sa nature tandis qu'il porte sur l'exécution de la loi. Une telle vision, basée sur l'observation de la Cour suprême américaine tend à faire conserver à l'institution chargée de juger un procès la qualité de juge à part entière, quand bien même elle aurait à déterminer la constitutionnalité de la loi qui le sous-tend. Est-ce à dire qu'un organe chargé de la conformité de la loi à la Constitution inséré dans un procès, soit-il de l'exception, en deviendrait un juge à proprement parler ? Il semble que cela ne suffise pas au regard de la multitude d'organes non juridictionnels qui peuvent participer à une instance en cours.

**1140.** Le cas de la question préjudicielle illustre assez bien l'idée, l'organe chargé d'y répondre n'agissant pas en sa qualité de juge mais en sa qualité d'interprète du texte sur lequel elle est fondée. Ceci induirait une dualité consultative et juridictionnelle intrinsèque à chacun des juges. Pareil constat empêche d'utiliser ce critère comme un élément

---

<sup>1381</sup> Ce qui fera dire à Robert Badinter que « l'exception d'inconstitutionnalité renforcera encore la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel » (cf. BADINTER R., « Une longue marche « du Conseil vers la Cour constitutionnelle » », in 50<sup>ème</sup> anniversaire, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, août 2009, p. 8).

<sup>1382</sup> Et c'est d'ailleurs cette considération qui a conduit à associer les Cours suprêmes des deux ordres administratif et judiciaire à cette procédure et qui a occasionné de vives réticences et une certaine résistance de la part de la Cour de Cassation refusant de voir sa suzeraineté remise en cause.

<sup>1383</sup> Cf. BADINTER R., *op. cit.*, p. 8

<sup>1384</sup> Cf. TOCQUEVILLE A., *De la démocratie en Amérique*, I, Flammarion, 2008, pp. 142-146.



déterminant de la juridictionnalisation du Conseil constitutionnel puisque si les juges sont nécessairement pourvus d'une option de consultation, la participation de manière incidente à un procès ne fait pas de celui dont on a confié cette tâche un authentique juge. D'autre part, une réflexion similaire peut être faite à l'égard du *judicial review*. Pendant britannique du contrôle *a posteriori*, il souffre du même défaut d'être une alternative dévolue à un juge tandis qu'elle est la substance du contrôle effectué par la Haute instance dans sa forme politique. Il faut donc rechercher d'autres critères qui permettraient de voir dans l'avènement du contrôle de la constitutionnalité *a posteriori* de la loi une juridictionnalisation du Conseil des Sages.

**1141.** C'est dans la conséquence de la déclaration d'inconstitutionnalité au regard de l'affaire pendante que pourrait se trouver la juridictionnalisation effective du contrôle de constitutionnalité. Or, si le fait que le procès en lui-même dépend de la décision de la Haute instance en ce qu'elle supprime le fondement des poursuites en déclarant la loi inconstitutionnelle<sup>1385</sup> ou bien renforce sa validité dans le cas inverse, cela ne peut suffire à la qualifier de juge à part entière. En effet, quand bien même la solution posée par la déclaration *a posteriori* de non conformité aurait une incidence directe sur l'issue de l'instance en cours, elle reste une *censure* et ne peut être considérée comme la *sanction* d'un comportement quelconque<sup>1386</sup>.

**1142.** Il faut alors se pencher sur l'organisation du procès fait à la loi. Selon l'acception commune, quelle soit doctrinale ou jurisprudentielle, un procès doit respecter un certain nombre de garanties qui peuvent être regardées comme constitutive du procès lui-même. Parmi elles, le principe du contradictoire Aussi il apparaît que le respect du principe du contradictoire confirmerait l'hypothèse d'un « Cour constitutionnelle ». La question ici est de savoir si oui ou non le contrôle *a posteriori* est pourvu de cet élément symptomatique de la présence d'une juridiction *stricto sensu*. Selon les propos de Robert Badinter, ayant œuvré en tant que Président du Conseil constitutionnel pour la mise en application d'un tel principe dans le but affirmé de faire paraître cette institution comme un « juge » encadré

---

<sup>1385</sup> Pour rappel, l'un des critères de validité d'une question prioritaire de constitutionnalité établis par la loi organique du 10 décembre 2009 est que la loi en question soit le fondement des poursuites.

<sup>1386</sup> Pour rappel, le postulat de cette étude prend comme fondement théorique l'acception kelsenienne du concept de *sanction* dont l'archétype se trouve dans un sens pénal. Autrement dit, il faudra entendre une fois encore la *sanction* comme une sanction éthique et non une sanction au sens large pouvant porter sur des rapports de compatibilité ou de conformité.

par les règles du procès équitable<sup>1387</sup>, la réponse est oui, mais elle ne daterait pas de la révolution de 2009.

**1143.** Toutefois, le nœud du problème réside dans ce qui est substantiellement entendu par « contradictoire ». En effet, l'office *a priori* contenait déjà en substance une certaine forme de contradictoire à travers le mémoire déposé par les requérants de la minorité parlementaire et les observations du Gouvernement. Cependant, cela ne suffit pas à qualifier la Haute instance de juge puisqu'il lui manque un caractère subjectif refusant la qualité de « partie » aux requérants. Ainsi, « appréhendé comme un procès sans parties, le procès constitutionnel exclut, de ce fait, la contradiction »<sup>1388</sup>. Or, l'implication de la problématique de la constitutionnalité de la loi au sein d'un procès « classique » fait dire que la question prioritaire de constitutionnalité « donne une réponse dépourvue de toute ambiguïté quant à l'applicabilité du principe du contradictoire au procès constitutionnel »<sup>1389</sup>. Par conséquent, la contradiction dans le contentieux constitutionnel ne semble plus laisser de doute quant à sa réalité concernant le contrôle *a posteriori* des lois<sup>1390</sup>.

**1144.** Plus encore, le règlement intérieur de la Haute instance concernant les questions prioritaires de constitutionnalité contient dans son article 3 tous les éléments du contradictoire<sup>1391</sup>. Expressément posée à l'alinéa 2 suite à la révision de juillet 2008<sup>1392</sup>, la mise en œuvre de ce principe issu de l'exigence d'un procès équitable interne fait clairement apparaître que « les parties sont mises à même de présenter **contradictoirement**

---

<sup>1387</sup> Cf. BADINTER R, *op. cit.*, p. 8.

<sup>1388</sup> Séverine Nicot soutient d'ailleurs cette lecture du contrôle *a priori* de la constitutionnalité de la loi en affirmant qu'il « est soutenu, volontiers, que le contradictoire, parce qu'il organise l'opposition des thèses des parties au procès, est consubstantiel à la notion de procès et appelle, par suite, la présence de parties ». Mais elle y rétorque que « le procès constitutionnel, dans sa forme traditionnelle – à savoir le contrôle *a priori* des normes –, ne réunit pas l'ensemble des éléments d'un procès « classique » ». Aussi au terme d'une analyse restrictive du principe du contradictoire, elle estime que ce dernier « se heurte [...] à la spécificité du contrôle de constitutionnalité « à la française », dont la dimension objective conduit à refuser aux requérants – en particulier aux parlementaires – la qualité de parties » (cf. NICOT S., « Le Conseil constitutionnel face à ses contradictions », *RDLF*, chron. n° 13, 2011 (éd. numérique)).

<sup>1389</sup> *Ibid.*

<sup>1390</sup> Pour reprendre les mots de Séverine Nicot, « d'informel dans le cadre du contrôle *a priori*, le principe du contradictoire est donc devenu formalisé avec le contrôle *a posteriori* » (*ibid.*).

<sup>1391</sup> « Au cours de l'instruction, les actes et pièces de procédure ainsi que les avertissements ou convocations sont notifiés par voie électronique. Ils font l'objet d'un avis de réception également adressé par voie électronique. À cette fin, toute partie communique au secrétariat général du Conseil constitutionnel l'adresse électronique à laquelle ces notifications lui sont valablement faites » (art. 3 al. 1 du règlement intérieur du Conseil constitutionnel).

<sup>1392</sup> « En tant que de besoin et **pour garantir le caractère contradictoire de la procédure**, le secrétariat général du Conseil constitutionnel peut recourir à tout autre moyen de communication »

leurs observations »<sup>1393</sup>. Là encore, l'exception d'inconstitutionnalité révèle une juridictionnalisation accrue du contrôle de la loi en affirmant de manière explicite le respect d'une garantie du droit processuel. Corollaire de ce principe, la présence de « parties » est, elle aussi, évoquée par l'Ordonnance de 1958. En effet, assurer le principe du contradictoire ne semble avoir de sens qu'à partir du moment où il y a quelqu'un à contredire. Aussi, en permettant aux parties d'un procès devant une juridiction ordinaire d'accéder au prétoire constitutionnel, l'office *a posteriori* rend indispensable la mise en œuvre du principe du contradictoire<sup>1394</sup> sous peine de se voir réprimander par le juge européen des droits de l'Homme<sup>1395</sup>.

**1145.** Ces différents éléments laissent donc entrevoir la figure d'un certain jugement du comportement d'un Législateur qui aurait mal agi et à qui il serait imposé une « sanction » : celle de revoir son texte à l'aune des garanties fondamentales « prescrites » par la Constitution. Dès lors, nonobstant le fait qu'une censure de la loi fondant les poursuites revient à régler le litige, la présence de « parties » et l'application du principe du contradictoire fait finalement apparaître le Conseil constitutionnel comme une instance juridictionnelle, comme pourrait l'être la Cour de Cassation ou le Conseil d'Etat. Conçue comme une solution à part entière de l'instance pendante dans l'un des ordres de juridiction, l'exception d'inconstitutionnalité tendrait vraisemblablement à inclure le contentieux de la loi dans le domaine de la régulation, et en particulier celle du comportement du Législateur. Une telle conclusion rejaillirait alors sur la qualité constitutive des règles constitutionnelles qui pourraient *in fine* être transgressées par une loi en vigueur.

**1146.** Dès lors, s'il est possible d'entrevoir un procès dans le procès à l'occasion duquel, le requérant individuel reprocherait à l'Etat législateur de lui avoir causé un préjudice en violant ses droits fondamentaux constitutionnellement garantis, le contrôle *a posteriori* érigerait le juge constitutionnel en un régulateur potentiel.

---

<sup>1393</sup> Art. 23-10 de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

<sup>1394</sup> Voir en ce sens NICOT S., « Le Conseil constitutionnel face à ses contradictions », *op.cit.*

<sup>1395</sup> On se souvient de l'arrêt Ruiz Mateos de la Cour Européenne des Droits de l'Homme rendu le 27 juin 1993 dans lequel l'institution juridictionnelle du Conseil de l'Europe avait condamné l'Espagne sur la question du respect de l'article 6§1 de la Convention par la procédure établie pour le recours d'*Amparo* devant le Tribunal constitutionnel espagnol.

## 2. Un régulateur potentiel du comportement du Législateur

**1147.** Quand bien même l'Ordonnance de 1958 révisée ne présenterait l'intervention des représentants des pouvoirs exécutif et législatif que comme une faculté et non une obligation<sup>1396</sup>, la question prioritaire de constitutionnalité pourrait se définir comme à un procès fait à la loi derrière lequel son auteur s'en trouverait affecté.

**1148.** Aussi, le Conseil constitutionnel ne jugeant toujours qu'en droit, la loi deviendrait un prétexte à mettre le Législateur face à ses responsabilités soit en supprimant son œuvre sur le champ, soit en lui laissant le soin de la corriger dans un temps qu'il aura choisi. L'abrogation pourrait alors être présentée comme le signe d'une faillibilité du Législateur, après la mise en vigueur de la loi dont la constitutionnalité est contestée<sup>1397</sup>. Si son erreur peut être pointée du doigt après qu'elle ait produit ses effets, c'est bien que la Haute instance devient une juridiction<sup>1398</sup> devant laquelle le justiciable peut arguer de l'illicéité de l'action du Législateur et obtenir une « condamnation » de son comportement jugé attentatoire à une liberté fondamentale. Toutefois, le caractère objectif inhérent à ce contrôle *a posteriori*, en ce qu'il ne juge pas les faits de l'affaire et se borne à déterminer, au regard du droit seulement, l'adéquation de la loi avec les règles constitutionnelles conduirait à n'y voir qu'une question de droit et de respect de la hiérarchie des normes. En somme, il ne figurerait qu'un simple complément de son pendant *a priori*.

**1149.** Or, la justice rendue en droit et non en fait se retrouve aussi dans le cadre de l'office de la Cour de Cassation. Celle-ci n'offre pas un règlement au litige en lui même mais se limite à la seule confrontation du jugement de la Cour d'appel avec la règle législative. Cette juridiction, dont le statut est constitutionnellement consacré en tant qu'autorité judiciaire, paraît ainsi opérer d'une manière qui peut aisément se comparer à une censure de la décision du juge du second degré. Ainsi, la réduction à la simple

---

<sup>1396</sup> « Le Conseil constitutionnel, saisi en application des dispositions du présent chapitre, avise immédiatement le Président de la République, le Premier ministre et les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat. Ceux-ci peuvent adresser au Conseil constitutionnel leurs observations sur la question prioritaire de constitutionnalité qui lui est soumise » (art. 23-8 de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel).

<sup>1397</sup> Une faillibilité déjà manifestée par le contrôle de constitutionnalité *a priori* ou bien par le contrôle de la conventionnalité. Si le premier peut correspondre à une réflexion interne à l'élaboration de la loi, le second entame sérieusement sa force par le truchement d'une remise en cause effectuée par le citoyen. Néanmoins elle restait limitée au cas concret.

<sup>1398</sup> Même si dans l'Ordonnance de 1958, le terme « juridiction » semble réservé aux Cours suprêmes des ordres administratif et judiciaire

question du droit n'empêche pas de se voir reconnaître la qualité de juge. De même, s'il lui arrive parfois de modifier la qualification des faits donnée par la Cour d'appel<sup>1399</sup> – ce que le Conseil constitutionnel se refuse de faire<sup>1400</sup> – le juge suprême judiciaire agit dans le cadre d'une compétence liée au pourvoi, à l'instar de la Haute instance lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité lui est soumise. En effet, un juge est nécessairement limité à ce que le requérant a pu demander<sup>1401</sup>. Il est alors saisi d'une question ou d'une demande particulière qu'il ne peut valablement dépasser, hormis certains moyens qualifiés d'ordre public. Autrement dit, comme a pu l'affirmer Gilles Darcy « le procès est l'affaire des parties »<sup>1402</sup>.

**1150.** Cette position est particulièrement claire en ce qui concerne les observations en intervention faites par des tiers lors de l'examen de la Question devant le Conseil. La Haute instance a d'ailleurs pu régulièrement les rejeter sur le fondement qu'elles ne portaient pas sur les dispositions législatives contestées par le requérant principal<sup>1403</sup>. Dès lors, contrairement à la saisine politique qui ne limite pas sa compétence, le juge constitutionnel pouvant se saisir d'office d'une question de constitutionnalité, ce dernier se limite à ce qui lui est demandé sans statuer *ultra petita*. La seule entorse à cette modestie tient dans le relevé d'office de certains griefs portant sur les dispositions attaquées, ou consiste encore à substituer les siens à ceux du requérant.

---

<sup>1399</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> Civ. 23 octobre 1983, n° 82-11.610.

<sup>1400</sup> Le contrôleur de la loi a pu largement affirmer qu'il « n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, de remettre en cause la décision par laquelle le Conseil d'État ou la Cour de cassation a jugé » la recevabilité de la question (CC, n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L., Rec.*, p. 91, JO, 29 mai 2010, p. 9728, texte n° 67, cons. 6) ou encore que « le Conseil d'État a jugé les dispositions faisant l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité applicables au litige. Le Conseil constitutionnel ne vérifie pas cette condition » (CC, n° 2010-16 QPC du 23 juillet 2010, *M. Philippe E., Rec.*, p. 164, JO, 24 juillet 2010, p. 13728, texte n° 121, cons. 2).

<sup>1401</sup> A ce titre, Tocqueville présentait ce qu'il appelait « le cercle où [le juge] a l'habitude de se mouvoir » en distinguant trois caractères : le fait de servir d'arbitre, de ne se prononcer que sur des cas particuliers et non des principes généraux et enfin de n'agir que lorsqu'on l'appelle (*cf.* TOCQUEVILLE A., *De la démocratie en Amérique, op. cit.*, pp 142-143).

<sup>1402</sup> « Le juge doit être saisi d'une requête. Il ne peut intervenir d'office. Le déclenchement du contrôle juridictionnel suppose l'existence d'une prétention articulée par un requérant qui y a intérêt, dans un certain délai. En d'autres termes, le procès est l'affaire des parties [...] le juge doit être saisi par un demandeur qui assortit sa requête de conclusions principales précisées [...] Le juge ne saurait dépasser le cadre qui s'impose à lui. Il ne peut se prononcer que sur ce qui lui est demandé... » (*cf.* DARCY G., « Regard elliptique sur l'office du juge », in *Confluences*, DEGUERGUE M. & FONBAUSTIER L. (dir.), Mélanges en l'honneur de Jacqueline MORAND-DEVILLER, Montchrestien, 2007, pp. 293-294).

<sup>1403</sup> Voir en ce sens CC, n° 2014-373 QPC du 4 avril 2014, *Société Sephora*, JO, 5 avril 2014 p. 6477, texte n° 1, cons. 4 ; n° 2014-419 QPC du 8 octobre 2014, *Société Praxair SAS*, JO, 10 octobre 2014 p. 16485, texte n° 76, cons. 5.

**1151.** Il est aussi possible de rapprocher cet examen non factuel de la Question prioritaire de constitutionnalité du contentieux de l'excès de pouvoir en droit administratif à l'occasion duquel le requérant conteste la légalité d'un acte émis par une autorité administrative. Recours objectif par excellence dont le but est de purger le droit administratif des actes illégaux, le recours pour excès de pouvoir comporte des similitudes intéressantes avec l'exception d'inconstitutionnalité. Mise à part la différence tenant en ce que le recours devant le Conseil d'Etat s'effectue aussi par voie d'action, le principe semble relativement similaire : c'est la conformité d'un texte à un autre qui est examinée, sans indemnité autre que celles dues à l'annulation. Toutefois, ce moyen peut être regardé sous un angle de vue différent. Aussi, l'attaque portée sur l'acte administratif peut être envisagée comme un reproche fait à l'Administration d'avoir agi en dehors des clous législatifs et l'annulation de l'acte se rapprocherait alors d'une sanction du comportement fautif de celle-là<sup>1404</sup>.

**1152.** Au regard de cette analogie entre les deux types de contrôle, il est possible d'émettre cette même conclusion au sujet de l'examen de la constitutionnalité *a posteriori* de la loi. Issu d'un recours incident formé par un justiciable, il est possible de ne plus le voir comme étant seulement dirigé contre la constitutionnalité objective de la loi mais comme pointant un comportement liberticide du Législateur. Dès lors, lorsque qu'une Question prioritaire de constitutionnalité est engagée, la règle constitutionnelle, et plus spécifiquement les droits fondamentaux, serait utilisée en tant que règle régulatrice, potentiellement transgressable par la représentation nationale, de la même manière que la loi par l'Administration. Une telle déduction reviendrait alors à souligner la dimension singulière des droits fondamentaux qui relativiserait leur caractère constitutif.

**1153.** Ainsi en transformant son gardien privilégié en juge, la Constitution, qui permet au justiciable d'arguer de la non conformité de la loi, s'en retrouverait banalisée, ravalée au rang d'une simple règle dont la finalité ne serait qu'une « vulgaire » régulation des actes du Législateur. Le contrôle *a posteriori* se distinguerait donc de l'autre versant de la pièce en ce qu'il consacrerait en substance la naissance d'une juridiction constitutionnelle dans l'ordre juridique français. Si la dénomination du Conseil constitutionnel ne reflète

---

<sup>1404</sup> L'arrêt Dame Lamotte rendu par le Conseil d'Etat en 1950 montre de manière plus qu'explicite cette lecture de l'annulation pour excès de pouvoir en ce que le juge administratif est allé jusqu'à dégager un principe général du droit alors que la stricte légalité lui refusait le droit de se prononcer. Le parallèle avec la sanction d'un comportement de l'Administration est ici accentué par les velléités du Gouvernement à employer la règle de droit selon un intérêt dont on pouvait douter de la généralité.

finalement pas ce nouveau statut, il est toutefois impossible de passer outre ces changements qui viendraient bouleverser la conception essentiellement politique de son office.

**1154.** De surcroît, si les remarques précédentes concernant le contrôle *a priori* avait pu mettre en évidence une apparence scientifique du rôle du Conseil constitutionnel, force est de constater que la question prioritaire de constitutionnalité change la donne de ce point de vue. Le Conseil ne semble pas pouvoir simplement « constater » la possibilité ou non de l'existence de la loi dans le monde constitutionnel donné lorsqu'il juge inconstitutionnelle *a posteriori* une loi qui a déjà marqué le monde de son existence.

### **B/ L'existence préalable de la loi inconstitutionnelle**

**1155.** Le contrôle *a posteriori* de la loi se distingue essentiellement de son pendant *a priori* par le fait que la loi mise en examen est déjà présente dans l'ordre juridique. La différence entre les deux tiendrait ainsi en l'accomplissement de l'acte de langage législatif alors qu'il n'était jusque-là qu'hypothétique. Cette situation sensiblement incompatible avec le caractère constitutif et indépassable de la règle constitutionnelle suggérée précédemment, conduirait à présenter l'abrogation comme une sanction du comportement « illicite » du législateur, lequel aurait hypothétiquement agi délibérément en marge du cadre du jeu de la V<sup>ème</sup> République<sup>1405</sup>. Aussi, l'existence préalable de la loi jugée inconstitutionnelle suggérerait que le juge constitutionnel apprécie une acte de langage préjudiciable accompli par le Législateur (1) portant en lui un transgression actée de la règle constitutionnelle (2).

#### 1. La loi comme acte de langage accompli par le Législateur

**1156.** La loi en vigueur correspondrait à un comportement avéré du Législateur que la Question prioritaire de constitutionnalité aurait pour but de réguler. Nul besoin de répéter

---

<sup>1405</sup> On peut prendre comme exemple le code pénal voté en 1994 qui n'a volontairement pas été soumis au contrôle du Conseil constitutionnel. On peut estimer que les parlementaires avaient conscience de la potentielle incompatibilité de certaines des dispositions de ce code avec la Constitution, alors que l'ampleur et l'importance de la réforme aurait laissé suggérer que la saisine du contrôleur de la loi était indispensable, sinon tout du moins souhaitable.



ici en quoi le langage, et notamment le langage politique agit par le fait de dire ni comment se manifeste cette performativité. Néanmoins, il convient de déterminer la distinction entre la loi votée sujette au contrôle de constitutionnalité avant sa promulgation et celle qui a passé cette étape et qui bénéficie d'une existence à l'intérieur du monde constitué.

**1157.** De manière générale, une loi existe dans l'ordre juridique après sa promulgation. Ainsi, la mesure prévue ne peut se concrétiser qu'à partir de l'instant où elle est mise en vigueur, le projet ou la proposition de loi votée par les deux assemblées ne bénéficiant de l'essence législative selon la règle constitutive qui régit son être qu'au terme de la procédure de son adoption. C'est ce moment spécifique qui met en acte la parole du Législateur et refuse cette qualité au texte seulement voté par le Parlement. En l'absence de cette estampille, le texte restera lettre morte et ne constituera donc pas un acte. Dès lors, si le contrôle *a priori* conduit à une conception constitutiviste de la Constitution en ce qu'il porte sur une simple intention, le contrôle *a posteriori* porte sur un acte réalisé. La loi en vigueur existe et agit, et ce, de manière continue en faisant, dans un sens, « grief » aux individus dont elle a déjà régulé les comportements. Aussi, cette situation d'une loi inconstitutionnelle promulguée contrarierait l'hypothèse d'une dimension constitutive de la règle constitutionnelle.

**1158.** Concevoir une loi inconstitutionnelle comme un acte illicite du Législateur suggère d'assimiler son application, et plus spécialement les conséquences de celle-ci à un fait dommageable résultant de sa contradiction avec les libertés que la Constitution garantit. En effet, la question de sa constitutionnalité est posée sur la base des effets de la loi en vigueur et du préjudice qu'elle cause. En d'autres termes, le justiciable reproche à celle-ci, de la même manière qu'il le ferait de l'action à son encontre d'une personne physique, ou morale, privée ou publique, un fait dommageable qu'il justifie par la violation d'un de ses droits fondamentaux. Il est alors possible de rapprocher ces observations du contentieux des droits de l'Homme au niveau européen refusant l'*actio popularis* et requérant la qualité de victime d'un fait de l'Etat<sup>1406</sup>.

**1159.** Il semble que les conditions de recevabilité d'une question prioritaire de constitutionnalité soient du même calibre. En effet, elle sera systématiquement rejetée si

---

<sup>1406</sup> La notion de *fait* étant dans ce cadre entendue au sens large puisque le caractère potentiel de la violation est aussi favorablement reçu par la Cour Européenne des Droits de l'Homme (cf. Young, James and Webster c. Royaume-Uni, n° 7601/76, 13 août 1981 A. 44 ; Open Door and Woman Dublin Well c. Irlande, n° 14234/88, 29 octobre 1992, A. 146).

elle ne constitue pas « le fondement des poursuites », autrement dit si l'acte de langage législatif n'a pas produit ses effets sur le justiciable. Un tel constat oblige à prendre en compte la notion de *fait accompli* par la loi en vigueur, renouvelée en acte effectif de langage. L'*actio popularis* prendrait alors la forme d'une *actio nationalis* et est réservée au Parlement dans le cadre du contrôle *a priori*. Le contrôle *a posteriori* nécessiterait donc un fait, un acte illicite de la part du législateur, acte effectué par le truchement du dire législatif agissant dans un monde constitué et violant une de ses règles fondamentales<sup>1407</sup>. Ainsi l'inconstitutionnalité de la loi en vigueur résulterait d'un fait occasionnant un dommage qui serait la conséquence de l'application d'une loi liberticide transgressant une Constitution jugée intransgressable<sup>1408</sup>.

**1160.** Ces remarques conduisent logiquement à analyser la sanction de l'inconstitutionnalité de la loi déjà présente dans l'ordre juridique qui, selon l'article 62 de la Constitution, consiste en une abrogation et non plus en une censure – même si matériellement elles restent assez largement comparables – la distinction entre les deux se faisant sur la base de l'existence réelle ou non du texte préalablement à sa mise en cause. Si la censure ne peut concerner que des textes qui n'ont aucune réalité avérée dans un monde donné, l'abrogation, elle, s'applique à des textes ayant déjà montré leur valeur et leur produit, lesquels sont alors jugés non conformes à la règle qui régit leur validité. Aussi, l'abrogation pourrait être assimilée à la sanction d'un fait établi tandis que la censure serait la prévention d'un acte nuisible sur la base d'une intention énoncée. Mais encore, elle se différencie de l'annulation qui, alors qu'elle porte sur un acte de langage ayant eu des conséquences, fait par la suite effacer l'acte en question comme s'il n'avait

---

<sup>1407</sup> Sauf à considérer, à l'inverse d'Etienne Picard que les droits et libertés fondamentaux ne sont pas des règles constitutionnelles matériellement parlant mais des règles régulant le comportement du Législateur et lui imposant des limites à sa conduite. Il peut alors être amené à passer outre risquant à ce titre une sanction juridictionnelle. A l'inverse, les autres seraient des règles de structure ne permettant pas une transgression valide, ou tout du moins considérées comme valides à un instant « T ». Une telle conclusion reviendrait, à l'instar de Kelsen, à ne leur conférer le statut constitutionnel qu'au regard de la procédure mise en œuvre pour les mettre en place et non sur la base d'une essence fondamentale. Leur nature serait ainsi matériellement régulative et ne participeraient pas de la constitution du monde. Une posture en ce sens est difficilement tenable si les droits fondamentaux sont regardés comme définitoires de la société dans ses propriétés de mouvement, ou bien représentent l'essence constitutionnelle même (voir sur cette question PICARD E., « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n° Hors-série du 20 juillet 1998, pp. 6-43).

<sup>1408</sup> Il faut souligner le caractère oxymoresque de cette conclusion, laquelle tend à relativiser la dimension constitutive de la règle constitutionnelle en ce qu'elle supporterait d'être transgressée par un fait effectivement accompli, quand bien même le Conseil constitutionnel aurait montré une attitude orientée vers un caractère indépassable de la Constitution.

jamais existé. Un jugement là aussi *a posteriori* d'un texte porteur d'un fait concret mais qui ne trouve plus sa place dans l'ordre juridique et dont toute trace a été supprimée.

**1161.** La comparaison entre ces deux types de sanction apparaît donc prolifique puisqu'ils peuvent indifféremment s'analyser comme une purge des actes illicites émis par les institutions de l'Etat. Ainsi, alors que la censure procède avant la publication de l'acte, et que l'annulation agit rétroactivement à celle-ci en couvrant son produit d'un voile fictif d'inexistence, l'abrogation se présenterait donc comme une peine n'ayant d'effet qu'à partir de la décision la prononçant, scellant le passé de la loi. Aussi, cette caractéristique de la sanction ne valant que pour l'avenir tendrait à confirmer l'existence du fait législatif dans l'historique du monde constitué. De ce fait, elle permettrait de ne voir dans l'abrogation que la sanction *stricto sensu* d'un acte intrinsèquement illicite mais accepté comme valide pour le temps où il fut. C'est cette trace laissée par la loi abrogée qui conduit sensiblement à concevoir le contrôle *a posteriori* comme le jugement d'une action accomplie par le Législateur.

**1162.** De plus, l'article 62 prévoit aussi la possibilité pour le Conseil constitutionnel de différer les effets de l'inconstitutionnalité *a posteriori* dans le temps<sup>1409</sup>. Autrement dit, la loi contraire à une règle fondamentale continue d'exister malgré son caractère transgressif d'une règle estimée constitutive, loi à qui on confère une validité précaire dans le but affirmé de ne pas faire souffrir l'appareil législatif d'un vide juridique préjudiciable. Cette obsolescence programmée confirmerait doublement l'hypothèse de l'existence de la loi inconstitutionnelle, avant la déclaration qui la dénonce, mais aussi après celle-ci. En plus de la marque laissée dans le monde antérieurement à la sanction de son illicéité, le juge constitutionnel peut donc décider de la conservation de la loi pour un temps imparti sur le fondement de considérations factuelles tenant à la réparation *in abstracto* du dommage causé par son auteur.

**1163.** Un tel mécanisme, comparable à la faculté que possède le juge administratif de l'annulation<sup>1410</sup>, fait largement ressortir le fait que le contrôle de la constitutionnalité de la loi postérieurement à sa promulgation laisse survivre une incompatibilité manifeste avec

---

<sup>1409</sup> « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel *ou d'une date ultérieure fixée par cette décision.* »

<sup>1410</sup> Le Conseil d'Etat a pu mettre en œuvre une annulation spécifique dans son arrêt *Association AC !* au terme duquel il limite les effets dus à sa décision d'annuler l'acte en question. De ce fait il préserve une trace de l'acte illégal alors que la sanction elle-même ne le permettait pas dans son principe.

les règles constitutives du texte fondamental. Ainsi, le monde constitué garde les stigmates de sa transgression passée, l'existence de la loi incriminée étant inscrite dans le catalogue des égarements du Législateur mais sans qu'elle ne soit immédiatement corrigée. Jugé inconstitutionnel, et donc incompatible avec les règles du fonctionnement de l'état de chose social, l'acte d'une institution constituée peut dès lors d'une certaine manière poursuivre son œuvre pendant un court instant jusqu'à son extinction, soit du fait d'une auto-correction, soit de l'écoulement du délai imparti.

**1164.** Dès lors, la survivance des effets du comportement « illicite » du Législateur supposerait une certaine banalisation de la règle suprême, transformant ce qui semblait être une norme absolue aux propriétés monologiques en une norme éthique aux caractéristiques dialogiques. La question prioritaire de constitutionnalité, s'accompagnant d'une sanction implicite, viendrait alors relativiser la conception constitutiviste de la Constitution et supposerait un caractère transgressable des droits fondamentaux.

## 2. Le caractère transgressable des droits fondamentaux

**1165.** Le caractère indépassable, critère fondamental de la constitutivité d'une règle, est ici largement mis à mal par ce mécanisme de contrôle *a posteriori* de constitutionnalité. Ce dernier tendrait à rendre transgressables par le Législateur des droits fondamentaux qui apparaissent pourtant comme des principes de définition de la société et dont la dimension constitutive semblait assurée, appuyant ainsi leur qualité d'éthique du pouvoir législatif.

**1166.** La présence de la loi jugée inconstitutionnelle, illustrant un comportement déviant de ce dernier, montrerait alors qu'il est finalement possible de contrevenir effectivement et même de manière valide aux droits fondamentaux. Si la peine d'inexistence subsiste, ce n'est que pour l'avenir. Elle deviendrait alors la sanction d'un acte accompli car, autant l'intention est dépourvue de réalité, autant sa concrétisation représente un donné est régulé par une norme éthiquement chargée. L'existence préalable de la loi inconstitutionnelle serait alors la preuve que la règle constitutionnelle, présentée comme constitutive pourrait alors être transgressée par un comportement législatif illicite. Une chose qui paraissait être un fait serait ainsi devenu une simple norme. Le contrôle *a posteriori* ferait donc perdre de sa superbe à une Constitution devenant une règle « comme les autres », passible d'une

violation engendrant un dommage dans le chef des particuliers qu'il faut réparer. Dès lors, suivant le pas de la chute du mythe de la souveraineté de la loi, l'idée d'une spécificité constitutive de la Constitution fondrait comme neige au soleil et conduirait à repenser sa distinction d'avec la règle de type régulateur.

**1167.** C'est cette trace laissée par la loi abrogée qui mène à concevoir le contrôle *a posteriori* comme un jugement d'une action accomplie en violation d'une règle non plus constitutive mais régulatrice. La question prioritaire de constitutionnalité transformerait alors ce qui était d'un point de vue interne l'énoncé d'un *être*, un *Sein*, en un *devoir-être*, un *Sollen*. Les droits de l'Homme ne seraient plus une norme absolue exprimées au sein d'un discours de type monologique, constituant une partie du monde, mais prendrait la forme d'une norme éthique aux vertus dialogiques, régulatrice des comportements étatiques. La loi inconstitutionnelle *a posteriori* serait ainsi la marque d'une possible transgression de la règle constitutionnelle. La déclaration d'abrogation de la loi revêtirait alors les habits d'un jugement n'ayant pour but que d'assurer une sanction réparatrice de ce dernier.

**1168.** Par conséquent, une telle mutation estomperait la frontière qui sépare la loi de la Constitution en uniformisant leur nature. Cette conclusion semble rejoindre la conception qu'avaient les parlementaires de la III<sup>ème</sup> République sur le caractère constitutionnel de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, et des droits fondamentaux en général. La protection des libertés des individus pouvait sans nul doute relever d'un acte législatif régulateur des comportements de l'Etat envers le citoyen. En d'autres termes, si les droits fondamentaux sont aujourd'hui de plus en plus intégrés au sommet de la pyramide, il semble que cela ne soit justifié que par des raisons de protection vis-à-vis du Législateur qui pourrait les bafouer, laissant alors croire à leur nature intrinsèquement régulatrice.

**1169.** Néanmoins certains auteurs comme François Saint-Bonnet considèrent que les droits fondamentaux font partie de ce qui serait naturellement constitutionnel, quand bien même ils ne seraient pas compris dans une Constitution formellement parlant. Suivant son analyse historique de la question, il y aurait bien eu une « Constitution » sous l'Ancien Régime alors qu'on ne la désignait pas encore ainsi. Elle serait formée des lois Fondamentales du Royaume mais encore de « règles garantissant, en dépit de

l'absolutisme, un certain nombre de droits et libertés aux sujets »<sup>1411</sup>. Aussi, il faudrait une fois de plus distinguer entre ce qui est substantiellement constitutionnel et ce qui ne l'est que formellement<sup>1412</sup>. Une différenciation qui reviendrait à prendre la suite de la thèse schmittienne selon laquelle l'essence constitutionnelle se trouverait dans les principes fondamentaux qui serait inaccessibles même pour le pouvoir de révision<sup>1413</sup>, bien qu'il leur nie tout caractère constitutif<sup>1414</sup>. Ce regard qu'il porte sur les droits fondamentaux fait apparaître leur caractère transgressable en ce qu'ils ne seraient qu'une règle éthique de l'Etat, et qui ne peut être regardée comme constitutive de ce dernier.

**1170.** L'existence préalable ou postérieure à la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi soumise à la question prioritaire semble ainsi mener vers une « normativisation » de la règle constitutionnelle, transformant le traitement des droits fondamentaux en une régulation des comportements de l'Etat. Laissant une trace des effets indésirables dans l'historique du monde, l'abrogation de la loi tendrait à entrer dans cette logique et fragiliserait la qualité de règle constitutive à l'intégralité de la Constitution. Aussi, si le but identifié du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* est la régularisation d'un comportement du Législateur considéré comme illicite, le rôle du Conseil constitutionnel se verrait affecté d'une certaine forme de juridictionnalisation alors qu'il était jusque-là essentiellement politique.

**1171.** Néanmoins, cette remise en cause semble n'être qu'hypothétique. Au-delà de la distinction entre droits fondamentaux et règles structurelles réalisant cette décision sur la forme politique du peuple, force est de constater que la loi déclarée inconstitutionnelle *a posteriori* était pourtant revêtue du sceau de la conformité. Ce sceau qui relativise

---

<sup>1411</sup> Cf. SAINT-BONNET F., « Un droit fondamental avant le droit constitutionnel ? », *Droits*, n° 32, 2000, p. 7. Une vision d'ailleurs partagée par Jacques Chevallier qui estime que « l'élaboration d'une Constitution [...] traduit [...] les valeurs communes par lesquels [les citoyens] se reconnaissent et s'identifient » (cf. CHEVALLIER J., « Pour une sociologie du droit constitutionnel », in *L'architecture du droit*, BECHILLON (de) D., BRUNET P., CHAMPEIL-DESPLATS V. *et al.* (dir.), Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Economica, 2006, pp. 296-297).

<sup>1412</sup> Adhémar Esmein constatait déjà que « les Constitutions écrites peuvent contenir et contiennent souvent des dispositions qui ne sont constitutionnelles que par la forme et qui ne le sont point naturellement par leur objet » (cf. ESMEIN A., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Tome 1, Paris, Recueil Sirey, 6<sup>ème</sup> édition, 1914, p. 582).

<sup>1413</sup> Cf. ZANON N., « La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle », *AJJC*, 1989, Paris, Economica, P.U.A.M., 1991, p. 177.

<sup>1414</sup> Il reprendra d'ailleurs une formule de Giuseppe Mazzini affirmant que « la liberté ne constitue rien » (cf. SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, Quadrige, P.U.F., 2008, p. 337).

l'inconstitutionnalité originelle de la loi emporterait ainsi des conséquences confortant *in fine* la vision constitutive de ce qu'il est coutume d'appeler le *bloc de constitutionnalité*.

## **§2 : La constitutionnalité par défaut de la loi**

1172. La V<sup>ème</sup> République n'a eu de cesse que de réduire à néant la superbe d'une loi sacralisée depuis plus d'un siècle et la création de la question prioritaire de constitutionnalité n'a pu que renforcer cette vision de l'acte d'un Législateur jugé déviant. Placée sous la vigilance d'un gardien tantôt sévère, tantôt laxiste, la loi adoptée et promulguée est alors accablée d'un péché originel causé par l'attitude d'un concepteur frivole ayant dans ses gènes la culture du déni de sa constitutionnalité. Or, attester d'un caractère constitutif de la règle constitutionnelle oblige à relativiser un tel comportement considéré comme immanent à l'institution parlementaire. La thèse normativiste a su apporter une appréciation particulière de la loi en vigueur qui bénéficierait d'une présomption de conformité à la Constitution (A). Une telle approche constituerait alors un indice de ce que la sanction assénée par la Haute instance ne serait en réalité qu'une modulation constante du monde constitutionnel (B).

### **A/ La présomption de constitutionnalité de la loi en vigueur**

1173. Offrir à la loi en vigueur une présomption de constitutionnalité conduit nécessairement à prendre en compte le statut initial de celle-ci. Mais l'avènement d'un instrument tel que la question prioritaire de constitutionnalité laisse place à une certaine ambiguïté vis-à-vis de la loi en vigueur. La question qui se pose ici est véritablement de savoir si la déclaration d'inconstitutionnalité *a posteriori* se borne à constater une invalidité déjà présente dans la loi ou si elle dispose d'un brevet de conformité qui finit par lui être retiré. Aussi semble-t-il, suivant l'approche kelsenienne de la validité législative, que l'argument de l'inconstitutionnalité latente est inopérant (1) en ce que l'existence de la loi présuppose sa conformité à la règle constitutive (2).



1. L'argument inopérant d'une inconstitutionnalité latente

**1174.** La loi pourrait être appréhendée comme souffrant d'une inconstitutionnalité potentielle latente et dévoilée par le juge constitutionnel après sa mise en circulation. Deux cas de figure se présentent alors : soit l'inconstitutionnalité de la loi se trouve susceptible d'être incluse dans toutes les lois valides de manière générale, soit elle apparaît seulement à l'occasion de l'évolution du droit constitutionnel et serait donc subordonnée à un facteur temporel portant la modification du monde constitué.

**1175.** Le premier cas correspond à une interprétation que donne Philippe Blachère de la nécessité kelsenienne d'une justice constitutionnelle. Il expose ainsi l'éventualité qu'une norme puisse « parfaitement être valide (en vigueur) sans pour autant être conforme à la norme qui est supérieure »<sup>1415</sup>. Autrement dit, la validité d'une norme ne serait pas indexée à une adéquation avec la norme qui régit les modalités de son existence mais pourrait valablement être effective dans l'ordre juridique, nonobstant sa création illicite. Selon cette conception, une loi pourrait évoluer dans un monde constitué alors qu'elle contreviendrait aux règles déterminant son fonctionnement. Une nouvelle distinction est requise à ce stade. En effet, la différence entre les lois déjà contrôlées *a priori* par le Conseil constitutionnel et celles qui ne l'auraient pas été présente un intérêt notable. Les premières bénéficieraient d'un brevet de constitutionnalité du fait de la déclaration de conformité avant leur promulgation, tandis que les secondes n'en jouiraient pas en raison de l'absence d'une telle déclaration.

**1176.** Si l'on suit la vision de Philippe Blachère, il est possible de penser que chaque loi non préalablement contrôlée serait infectée d'une inconstitutionnalité potentielle nécessitant un révélateur que constituerait l'examen *a posteriori*. Une analyse en ce sens trouverait son spécimen dans l'embryon de contrôle *a posteriori* initié par la Haute instance à l'occasion de la décision concernant la *loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*. Fondé sur le caractère non détachable des dispositions nouvelles soumises au contrôle préventif avec celles de l'ancienne loi, ce contrôle incident, ou « par ricochet », mettrait en exergue une conception, non pas d'une inconstitutionnalité accidentelle mais bien d'une inconstitutionnalité présumée inhérente à toute loi en vigueur.

---

<sup>1415</sup> Il en conclut d'ailleurs qu'une loi « peut être valide, c'est-à-dire exister, tout en étant inconstitutionnelle » (cf. BLACHER P., *Droit constitutionnel*, Hachette, 2<sup>ème</sup> édition, 2012).

**1177.** Pareille conclusion reviendrait à inverser la logique du contrôle de constitutionnalité en transformant ce qui est regardé comme la recherche d'une inconstitutionnalité quelconque en une quête de la conformité à la Constitution. Dès lors, le juge de la constitutionnalité deviendrait celui de l'inconstitutionnalité, conduisant les Sages de la rue de Montpensier à examiner une loi qui serait par défaut contraire à la Constitution pour en déduire une éventuelle validité. Ainsi, au lieu de laisser à la loi le bénéfice du doute, celle-ci subirait plutôt les défauts d'une stigmatisation assise sur une présomption d'inconstitutionnalité.

**1178.** Tel n'est toutefois pas le cas des lois ayant montré patte blanche sous l'empire de l'article 61 de la Constitution. En effet, la purge opérée par la saisine politique du Conseil constitutionnel a pour but avoué d'empêcher une loi inconstitutionnelle d'obtenir son certificat de validité et de produire des conséquences incompatibles avec les règles déterminant le fonctionnement du monde. Aussi, cette précaution est censée supprimer la possibilité d'une non conformité de la loi en vigueur et donc satisfaire aux exigences préalables de son existence. De ce fait, une loi valide et contrôlée par la Haute instance ne pourrait en tout état de cause se voir suspectée d'une violation de la règle constitutionnelle. La conséquence d'une situation de cet acabit serait la prise en compte d'une présomption de conformité cette fois de la loi examinée *a priori*, quand bien même toutes les dispositions n'auraient pas expressément été analysées. Toutefois, les suites du fameux « considérant-balai » sont largement relativisées, le Conseil faisant apparaître ses limites en n'écartant pas la remise sur le métier d'une disposition qui n'aurait pas bénéficié d'un brevet exprès de conformité<sup>1416</sup>. *Exit* donc le brevet implicite, laissant libre court à la vision d'un dispositif législatif contenant *de facto* une invalidité endémique qu'il incombe au juge de déceler.

**1179.** Le second cas de figure concerne l'inconstitutionnalité potentielle de la loi inhérente à sa persistance malgré une certaine évolution du droit. Là encore, il s'agit de distinguer entre les dispositions effectivement contrôlées par le Conseil constitutionnel, mais qui peuvent se voir contestées suite à une révision constitutionnelle, et celles qui en

---

<sup>1416</sup> Il a d'ailleurs pu se prononcer sur cette question dans sa décision du 20 juillet 1988 en affirmant que « l'autorité de chose jugée attachée à la décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 1982 est limitée à la déclaration d'inconstitutionnalité visant certaines dispositions de la loi qui lui était alors soumise » (CC, n° 88-244 DC du 20 juillet 1980, *Loi portant amnistie*, *Rec.*, p. 119, JO, 21 juillet 1988, p. 9448, cons. 18). *Une position reprise par la loi* organique relative à la question prioritaire de constitutionnalité énonce explicitement dans son article 23-2 que la disposition contestée ne doit pas avoir déjà été « déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ».

ont été exemptées du fait de l'absence d'instrument de contrôle, ou d'un choix délibéré du législateur de ne pas saisir la Haute instance. Concernant les lois antérieures à 1958, la présomption d'inconstitutionnalité semble être la plus plausible puisqu'elles furent adoptées dans un monde différent. En effet, préjuger la compatibilité par défaut de la loi aux règles constitutives du nouveau monde impliquerait que ce dernier ait été façonné en considération de l'appareil législatif existant. Outre la grande difficulté technique d'une telle opération, cela reviendrait à soumettre le pouvoir constituant originaire à une limite, qui plus est à une limite émanant d'un pouvoir qui lui est inférieur. Cette configuration remettrait alors en cause le caractère inconditionné du constituant originaire et donc à nier de ce fait son existence en tant que tel.

**1180.** De plus, la loi ne pouvant elle-même limiter l'étendue de sa propre action à venir<sup>1417</sup>, il serait curieux que celle-ci puisse entraver de la sorte un pouvoir placé au dessus d'elle. Aussi, les lois mises en vigueur avant l'établissement de la V<sup>ème</sup> République apparaissent comme susceptibles d'être inconstitutionnelles. Une vision en ce sens serait par ailleurs corroborée par la précision expresse de la loi organique relative à la question prioritaire de constitutionnalité qui vise les dispositions non déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel. Le pendant d'un tel énoncé suppose que l'essentiel des lois concernées par ce dispositif serait celles que la Haute instance n'a pu examiner, faute d'avoir été créé, mais aussi celles qui auraient échappé au contrôle *a priori* en raison de sa nature facultative. Force est de constater ici que ces lois antérieures au 4 octobre 1958 ne bénéficient pas d'une présomption de constitutionnalité, la logique purgatoire tendant à penser la création du contrôle *a posteriori* en ce sens.

**1181.** Mais la question prioritaire de constitutionnalité a aussi vocation à prendre acte de la modification de la Constitution. La loi organique dispose la prise en compte du changement de circonstances, lesquelles peuvent être de droit ou de fait. A titre d'exemple, la révision constitutionnelle ayant intégré la Charte de l'environnement au bloc de constitutionnalité, les lois adoptées antérieurement à celle-ci, qu'elles aient été contrôlées ou non, se voient lestées du poids d'une potentielle incompatibilité nouvelle. Une fois encore, cette situation semble conduire à une appréciation négative par défaut de l'acte législatif. La nouveauté constitutionnelle amènerait donc à relativiser une déclaration de conformité énoncée en vertu de l'état du droit existant car elle produirait naturellement un

---

<sup>1417</sup> Toute loi peut venir abroger la précédente ou bien la modifier à sa guise, sans limitation résultant du respect de l'état du droit antérieur. Telle est l'une des conséquences du principe *lex posterior priori derogat*.

scepticisme quant à la constitutionnalité de la loi, celle-ci perdant sa garantie, en en faisant une norme fragile face à une éventuelle contestation par le justiciable.

**1182.** C'est cette fragilité qui concrétiserait le caractère latent de l'inconstitutionnalité : si la Constitution est révisée et que de nouveaux droits fondamentaux sont consacrés, rien ne dit que la loi, qui ne violait aucune liberté constitutionnelle avant l'intervention du constituant, conservera son crédit après celle-ci. Cet angle de vue contribue à valider l'approche d'une présomption d'inconstitutionnalité que Philippe Blachère voit dans les propos de Hans Kelsen et *a fortiori* dans la loi qui ne bénéficie finalement pas de la sécurité que devrait procurer l'aval du Conseil constitutionnel. Dès lors, l'évolution du droit, la limitation du brevet de conformité aux dispositions expressément déclarées constitutionnelles, tout comme l'option de la saisine politique, viennent frapper la stabilité et la validité de la loi qui en définitive n'existe et reste applicable que parce qu'elle n'a pas encore été disgraciée. Ainsi, chaque loi valide est en sursis et peut à tout moment se faire épingleur en raison d'une contrariété qui n'est parfois pas de son fait. C'est en ce sens que la logique s'inverse car, loin d'être présumé innocent jusqu'à se rendre malgré lui ou non coupable d'inconstitutionnalité, tout se passe comme si l'acte législatif était présumé coupable jusqu'à ce que, malgré lui dans tous les cas, il se voie innocenté.

**1183.** Une telle logique reviendrait à nier la constitutivité de la règle constitutionnelle. En effet, une loi non valable pourrait exister dans un monde qui ne le permettrait pas car elle violerait les règles fondamentales de son fonctionnement. Une vision en ce sens semble incohérente tant la Constitution fixe les conditions d'existence de la loi. La présomption d'une irrégularité latente peut paraître viable concernant les lois antérieures à l'intervention du constituant, originaire comme dérivé, en raison de l'évolution du monde. Or, statuer ainsi au sujet des lois adoptées postérieurement à l'acte constituant conduirait à chambouler une conception pourtant linguistiquement marquée dans les gènes de l'énonciation constitutionnelle. Imaginer des règles évoluant de manière contraire à celles agencant le monde dans lequel elles ont pourtant une existence, reviendrait à désavouer le monde lui-même. Celui-ci perdrait donc son essence, transformant les énoncés de la Constitution en une simple indication sans véritable force performative, et donc dépourvue de normativité. Pareil résultat laisserait les dispositions de la norme suprême à la merci de la transgression par le Législateur, une transgression qui deviendrait courante, sans conséquence, et la conformité un simple idéal à atteindre. Dès lors, en raison de l'unicité conférée au bloc de constitutionnalité par la Haute instance, refuser la nature constitutive

aux droits fondamentaux ferait de même pour la V<sup>ème</sup> République elle-même. La Constitution ne deviendrait plus qu'une norme comme une autre, requérant l'office d'un juge particulier qui régulerait les comportements d'institutions auto-proclamées ou issues d'une tradition quelconque.

**1184.** Ainsi, adhérer à la thèse de la présomption d'inconstitutionnalité remettrait en cause la constitutivité de la règle constitutionnelle, tant dans sa qualité indépassable que dans sa fonction de constitution positive du monde étatique et politique. Il faut donc se tourner vers la seconde hypothèse de la supposition d'une compatibilité immanente à l'existence *de facto* de la loi.

## 2. La conformité supposée par l'existence

**1185.** Hans Kelsen affirmait expressément qu'une loi inconstitutionnelle est une « contradiction *in adjecto* » car « une loi non-valable n'est pas du tout une loi, parce que juridiquement, elle n'existe pas, et que, par conséquent on ne peut avancer à son sujet aucune assertion juridique ». Il concluait ainsi qu'« aussi longtemps qu'elle n'est pas abrogée (ou annulée) on doit la considérer comme valable et aussi longtemps qu'elle est valable, elle ne peut être contraire à la Constitution, inconstitutionnelle »<sup>1418</sup>. Plutôt qu'une infirmité inhérente à la loi n'ayant pas subi le contrôle de la conformité de la loi à sa norme supérieure, l'approche du théoricien du cercle de Vienne propose une présomption de constitutionnalité. Deux cas de figure seront à confronter à cette lecture plus juste des propos de Hans Kelsen : le premier cas aura trait aux lois adoptées après l'acte constituant, le second visera celles advenues avant ce dernier, qu'il soit dans les deux cas originaire ou dérivé.

**1186.** Selon la première occurrence, il apparaît tout à fait admissible qu'une loi qui existe à l'issue d'une procédure dictée par la Constitution soit valide aux yeux de celle-ci. Quand bien même elle n'aurait pas été soumise au contrôle *a priori*, il faut postuler sa validité du simple fait de son existence. En effet, dans le monde établi par la Constitution, sa place en tant que loi ne lui est accordée qu'en vertu de sa conformité à celle-ci. Sa réalité juridique et sa prise en compte en tant que telle, sont donc les indices de cet état de fait. Une

---

<sup>1418</sup> Cf. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, EISENMANN Ch. (trad.), Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 1962, p. 360.

convention inverse reviendrait à avaliser une contradiction performative ou tout du moins à constater une aporie issue d'une tautologie annihilante visant à consacrer l'impossible essence d'une loi existante. Pour parodier le paradoxe de la toute puissance divine, le Législateur pourrait créer une loi qui ne pourrait pas exister, ce qui est une impossibilité logique : si une loi peut être créée par le Législateur, alors elle peut exister. Au contraire, si elle ne peut pas exister, alors elle ne peut pas être créée, sa création présupposant son existence postérieurement à l'acte créateur. Ainsi les lois existantes sous la V<sup>ème</sup> République sont nécessairement *a priori* conformes à la règle qui les rend concevables.

**1187.** Toutefois, tenir une telle position n'est pas aussi évident concernant les lois adoptées antérieurement à l'acte constituant, lesquelles voient leur existence potentiellement remise en cause par la nouvelle forme du monde. Ici encore, il faut distinguer entre les lois adoptées avant l'acte qui a fait naître la Constitution du 4 octobre 1958 et celles qui ont précédé une de ses révisions.

**1188.** S'agissant des premières, il apparaît nécessaire de les considérer *a priori* conformes à la nouvelle Constitution au risque de retomber dans une situation validant la thèse d'une présomption d'inconstitutionnalité. En effet, même si leur adoption ne dépendait pas de la procédure nouvelle et donc de règles de fonctionnement qui ne sont apparues qu'après leur naissance, il relève d'une difficulté technique de les envisager comme potentiellement déviantes. Statuer autrement conduirait à remettre en cause l'ensemble de l'appareil législatif à chaque renouvellement constitutionnel, lequel ne pourrait plus trouver son existence dans le nouveau monde alors établi. Aussi, si elle ne semble pas évidente en soi, la présomption de constitutionnalité des lois adoptées antérieurement à la nouvelle Constitution découle d'une nécessité pratique sans laquelle le bloc législatif existerait sans véritablement être.

**1189.** Il en est de même pour les lois adoptées antérieurement à une révision de la Constitution. Certes certaines d'entre-elles peuvent se voir contestées au regard d'une incompatibilité inattendue au moment de leur mise en vigueur. A ce titre, elles ne peuvent se voir accusées du vice de la déviance volontaire, mais leur survivance malgré la révision crée le doute quant à leur maintien. Par conséquent, selon cette seconde hypothèse, la présomption de conformité semble résulter de leur adéquation avec la procédure formellement en place à l'heure de leur adoption. L'inconstitutionnalité serait alors accidentelle car subordonnée à un contrôle postérieur et incident. Là encore, leur existence

effective, alors même que la révision prend effet, tend à prouver que le but de l'action du Conseil constitutionnel n'est pas de révéler une non conformité latente mais bien une inconstitutionnalité spontanée apparue au moment même où intervient le contrôle. Une telle conclusion oblige à supposer la conformité à la Constitution de la loi du fait qu'elle existe.

**1190.** Si la loi bénéficie d'une présomption de constitutionnalité par son existence afin de pallier à une contradiction logique et une impasse pratique, force est de constater que l'action de l'organe chargé du contrôle de sa conformité à la règle constitutive va plus loin que la simple autorisation d'exister ou non dans le monde donné. Mais une présomption hypostasiée ne suffit pas à garantir la constitutivité de la règle constitutionnelle. Aussi, il apparaît que l'hypothèse fondée sur la capacité créatrice de concepts et l'exigence d'absence de transgression oblige à aller au-delà de la simple présomption pour considérer la création constante et continue du monde constitutionnel par l'interprétation du Conseil constitutionnel.

### **B/ L'hypothèse d'une création constante du monde constitutionnel**

**1191.** La création constitutionnelle est traditionnellement dévolue au constituant en ce qu'il est institué *de facto* ou constitué. Mais la dualité discursive, monologique et dialogique, du juge constitutionnel oblige à considérer une révision opérée d'une manière plus souple à travers son office. Et pourtant, en principe, un organe constitué non habilité ne peut toucher au texte fondamental sans se rendre coupable d'un coup d'Etat de droit. Or, le travail du Conseil constitutionnel, qu'on le considère comme un juge ou non, ne paraît pas se distinguer des juges ordinaires. Empruntant les techniques usuelles à la fonction de juger, il interprète la Constitution à la lumière de ce qu'elle est (selon lui) au moment de sa décision. A ce titre, il s'octroie de manière prétorienne une compétence qui lui est originellement refusée, non pas celle de l'interprète aux limites strictes et tracées à l'avance, mais celle du créateur en ce qu'il se fait le porte-parole authentique de la norme suprême<sup>1419</sup>. Aussi, s'il on a pu observer son appétence, à travers un discours de type

---

<sup>1419</sup> Une affirmation en ce sens est d'ailleurs dévoilée par Etienne Picard. Dans une vive critique à la Théorie réaliste de l'interprétation, il fait ainsi valoir qu'elle propose une vision d'une habilitation qui « n'existe pas normativement » pour l'interprète « avant qu'il ne l'interprète [...] pour en faire ce qu'il veut »



monologique, à concevoir conceptuellement de la matière constitutionnelle lors de son contrôle *a priori* (1), il est à noter que son pendant *a posteriori*, au regard notamment du critère de la nouveauté, ne tend pas à déroger à cette règle mais plutôt à en accentuer le phénomène (2).

### 1. Une création observable avant de la promulgation de la loi

**1192.** L'interprétation possède des propriétés linguistiques monologiques révélant un potentiel créatif, une position confirmant l'acceptation générale de l'acte même d'interpréter. Appréhender la Constitution comme un *fiat* reviendrait à prendre son acte de lecture comme un autre *fiat*, le premier étant privé de la faculté d'expression, le second lui restituant une parole qui peut évoluer suivant la qualité du lecteur et sa situation culturelle.

**1193.** Ainsi, par ce biais, la Haute instance a pu créer de la Constitution en instituant des concepts tels que les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou encore les objectifs à valeur constitutionnelle, absents de la version explicite du monde mais dormant toutefois à l'intérieur de son acte de naissance. Il en est de même pour les droits fondamentaux auxquels il a pu offrir une effectivité, une réalité concrète en tant que limite exprimée des mouvements des institutions la V<sup>ème</sup> République, ce que n'avait fait que formellement le constituant. Il a alors aménagé différemment le monde en le remodelant au gré de sa volonté. Le complément apporté à la Constitution par la décision du 16 juillet 1971 en est la preuve évidente, sans néanmoins que le Conseil constitutionnel se présente expressément comme un co-créateur.

**1194.** Par conséquent, il est flagrant, même s'il paraît peu novateur de le dire, que l'usage que fait la Haute instance de la Constitution n'est pas neutre et qu'il est impossible de le voir comme une simple « bouche de la Constitution » comme a pu le qualifier Luc Heuschling dans une approche *strictissimo sensu* de la justice constitutionnelle<sup>1420</sup>. Dès lors, au risque d'enfoncer une porte ouverte, l'interprétation juridictionnelle de la

---

(cf. PICARD E., « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in *L'office du juge*, Actes de colloque, 29-30 septembre 2006, Palais du Luxembourg, p. 49).

<sup>1420</sup> Cf. HEUSCHLING L., « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Epistémologie d'une distinction théorique », in *La notion de « justice constitutionnelle »*, GREWE C., JOUANJAN O., MAULIN E., et WACHSMAN P. (dir.), Actes du colloque, 16 et 17 janvier 2004, Institut de recherches Carré de Malberg, Strasbourg, Paris, Dalloz, 2005, p. 88.

Constitution pourrait, au même titre que les conventions de la Constitution, se voir qualifiée de révision de cette dernière, et en particulier au regard de la conception du droit en tant qu'instrument vivant. Pourtant, il est régulièrement avancé, à l'instar de Kelsen, que le pouvoir constituant s'exerce selon une procédure exceptionnelle plus complexe que celle de la loi ordinaire. Une intervention formalisée censée préserver le texte suprême des vicissitudes politiques et notamment de sa contingence. Mais une conception aussi limitée conduirait à nier la possibilité de réviser la Constitution si celle-ci ne contient pas de procédure en ce sens. N'est-elle alors pas révisable si elle ne dispose pas de formalité de révision ?<sup>1421</sup>

**1195.** Il semble que l'activité de la Haute instance agisse dans un sens comparable au constituant. En effet, à chacune de ses décisions, tout du moins les plus importantes, elle entreprend un travail de redéfinition du texte constitutionnel en faisant progressivement évoluer sa signification. Aussi, il apparaît que le contrôle de constitutionnalité mène nécessairement l'organe qui en est chargé à « reconstituer en permanence le « tout constitutionnel » », montrant que chaque décision affecte par un sens nouveau l'ensemble de la Constitution<sup>1422</sup>. A ce titre, la théorie des « arts à deux temps » a su montrer le rôle de l'interprète dans la réalisation de l'œuvre elle-même. Le temps de l'auteur offrant un travail fixé de manière suffisamment indéterminée pour que l'interprète puisse s'approprier l'œuvre à sa façon. La production constituante n'échappe de toute évidence pas à ce système. Comme a pu l'affirmer Carole Louis, l'activité constituante ne se réduit pas « au seul acte de celui qui a écrit le texte constitutionnel mais est aussi le fait de ceux qui le lisent », l'assimilant aux créations artistiques « à deux temps »<sup>1423</sup>.

**1196.** Autant d'éléments qui montrent que l'action du Conseil constitutionnel peut être regardée comme exerçant le pouvoir constituant d'une manière souple. Il opèrerait une création continue du monde constitutionnel au gré de ses décisions, et ce, au moyen d'une technique juridictionnelle qui ne se distingue pas de celle d'une juridiction ordinaire

---

<sup>1421</sup> Cette question est posée de manière rhétorique par Pierre Brunet, posant ce cas d'école afin de justifier la spécificité de l'interprétation de la Constitution en tant que modalité de révision de celle-ci (cf. BRUNET P., « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexion méthodologique sur la justice constitutionnelle », in *La force normative. Naissance d'un concept*, THIBIERGE C. (dir.), Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2009, p. 118).

<sup>1422</sup> Cf. BLANQUET J.-M., « L'ordre constitutionnel d'un régime mixte. Le sens donné à la Constitution par le Conseil constitutionnel », *RDP*, n° 5-6, 1998, p. 1529.

<sup>1423</sup> Cf. LOUIS C., *L'intérêt de la métaphore du sacré en droit constitutionnel*, Thèse dact., Montpellier I, 2005, p. 200.

Utilisant à son avantage l'imprécision inhérente au texte écrit, il donne ainsi une nouvelle vie à la Constitution et matérialise le monde qu'elle établit sous un visage modernisé dont la dernière caractéristique est insufflée par la nature réversible de ce qui est « jurisprudentiel ». Pour reprendre les mots de Maurice Hauriou, « l'organisation en un corps social et la durée de l'institution ne sont pas uniquement imputables à la volonté des fondateurs primitifs, elles le sont aussi à la vertu propre de l'idée directrice de l'institution fondée »<sup>1424</sup>.

**1197.** Cette dernière affirmation conduit nécessairement à envisager la Constitution comme une « Constitution vivante », évoluant à travers l'activité juridictionnelle en suivant les mutations de la société elle-même. En effet, il est possible d'adapter *mutatis mutandis* la conception du contrôle de constitutionnalité adoptée par la Cour constitutionnelle italienne à celle de la Haute instance française en ce qu'elle montrerait une attitude réaliste vis-à-vis de l'état de fait social. La décision du 16 juillet 1971, innovant par sa prise en compte des questions relatives aux droits fondamentaux fait écho à un besoin social caractérisé par la montée en puissance de certains organismes internationaux comme la Cour Européenne des Droits de l'Homme, laquelle concurrence sa mainmise sur la validité de la loi et concrétise une préoccupation de la société concernant le respect des libertés de ses individus. De même, la décision du 30 juillet 1982 relâchant le carcan constitutionnel créé par la volonté de rationaliser le travail parlementaire prend elle aussi acte du pli pris par les assemblées et de la supériorité du Gouvernement sur le déroulement de la procédure législative. En guise de troisième exemple, le refus en 2013 d'invalider la loi sur l'autorisation du mariage homosexuel tend à faire ressortir la mise en considération d'une évolution sociale qui y serait favorable, même si le débat social sur la question n'apparaissait pas tout à fait tranché. Aussi, comme a pu l'affirmer Jean-Jacques Pardini, « le contexte peut aussi révéler des évolutions sociales, économiques, scientifiques et techniques qui conduisent le juge constitutionnel [...] à adapter les normes constitutionnelles ». L'instance chargée du contrôle de constitutionnalité fait alors montre de sa « sensibilité à l'évolution des faits dans son appréhension de la norme de constitutionnalité ». Il conclut ainsi en soutenant que « l'énoncé constitutionnel doit lui-même être adapté au temps qui passe et, au besoin, être

---

<sup>1424</sup> Cf. HAURIOU M., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1986, p. 121-122.

modernisé, remodelé lorsqu'il ne s'insère plus harmonieusement dans la réalité des faits »<sup>1425</sup>.

**1198.** Le travail en amont de la promulgation de la loi opéré par le Conseil constitutionnel ferait donc apparaître une propension de ce dernier à faire évoluer le monde à chacune de ses décisions, en vue de fonder naturellement sa conclusion sur la validité du texte qui lui est présenté<sup>1426</sup>. Mais l'office *a posteriori* français ne semble pas en reste à ce sujet et renforcerait même l'idée d'une création constante du monde constitutionnel par l'activité de la Haute instance.

## 2. Une création accentuée après de la promulgation de la loi

**1199.** L'un des critères relatif à la nouveauté de la question, aux changements de circonstances de fait ou bien de droit, impliqueraient une mutation formelle ou matérielle du monde. Là encore, la vision d'une Constitution vivante paraît prégnante.

**1200.** Formalisée dans la Loi organique du 3 décembre 2009, la prise en compte du contexte général entourant l'acte de volonté du Législateur et spécifiquement la « mouvance » ou « mode » sociale apparue d'une manière spontanée, conditionnerait non seulement l'acceptation de l'examen de la loi, mais aussi la décision du Conseil constitutionnel de l'abroger. La nouveauté du monde justifierait alors la déclaration de non conformité de la loi à la règle supérieure. Etant indépassable, elle aurait finalement changée et générerait une incompatibilité de la loi examinée avec les règles de fonctionnement du nouveau monde de la V<sup>ème</sup> République. Aussi, ce ne serait pas la loi elle-même qui aurait violé subrepticement la Constitution mais la Constitution qui en changeant de forme ou de fond la rendrait inconstitutionnelle, la Haute instance ne faisant que valider un être déjà existant, qu'il soit matériellement latent ou explicite.

---

<sup>1425</sup> Cf. PARDINI J.-J., « Réalisme et contrôle des lois en Italie », *in* Le réalisme en droit constitutionnel, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, juin 2007, p. 167.

<sup>1426</sup> Il est ainsi possible d'analyser cette attitude comme la résolution d'un désaccord entre deux significations, l'un prenant comme fondement l'origine du concept, l'autre basant sa pertinence sur l'évolution sociale. Il est, certes, tout à fait concevable que les controverses et les désaccords en termes de signification ou de sens n'aboutissent pas à parler de choses différentes (cf. CHEROT J.-Y., « Signification et révision des concepts en droit », *Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif*, P.U.A.M., *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 28, 2015, p. 2259). Il faut toutefois considérer que la chose issue d'une évolution d'un concept n'est pas vraiment le même concept. Il en est un autre, individualisé d'une autre manière, un nouvel individu constitutionnel, créé par le Conseil constitutionnel.

**1201.** Ce constat produirait une sorte de distorsion entre deux états de fait : celui connu jusque-là et celui qui apparaît au moment de la contestation de la constitutionnalité de la loi par le justiciable. L'abrogation représenterait ainsi la conséquence logique de la contrariété de la loi à une règle fondamentale qui aurait évolué. Dépendant de la Constitution, l'inconstitutionnalité *a posteriori* de la loi ferait alors ressortir un lien de causalité particulier validant l'hypothèse d'une dynamique propre à la norme suprême. Quant au monde qu'elle institue, il vivrait sans contrôle, avec ou sans l'intervention formelle du constituant, et serait par la suite consacré en tant que tel par le Conseil en vue d'en sceller l'évolution dans le marbre constitutionnel. Il serait donc possible de croire qu'en pareil cas, la mouvance constitutionnelle échapperait à la maîtrise du contrôleur de la loi. Il n'en est pourtant rien puisqu'il lui appartient de dire si oui ou non le monde a changé. Il faut d'ailleurs aller plus loin en déterminant que l'évolution du monde est le fait de la décision de la Haute instance qui décidera s'il convient de remodeler le monde au regard de la loi qui lui est soumise. Le juge constitutionnel agirait alors comme un constituant dérivé, sous couvert d'une attitude tenant à acter une évolution dont elle ne serait pas responsable.

**1202.** Outre cet élément, il semble qu'il soit possible de généraliser l'analyse à l'ensemble du contrôle *a posteriori*. Sur la base d'une présomption de conformité de la loi vis-à-vis de la Constitution, la question du « pourquoi devient-elle à présent contraire à celle-ci », alors qu'elle ne l'était pas précédemment, se pose. Est-ce la loi qui a changé ? La réponse à cette question ne peut être que négative. En effet, le constat du Conseil ne tendrait pas à prendre acte d'une altération du dispositif législatif qui lui est soumis. A ce stade, il convient de distinguer entre deux cas de figure : celui relativement simple de la loi subissant une modification interprétative et celui de la loi qui deviendrait inconstitutionnelle sans altération. S'agissant du premier cas, la loi ne varie pas et sa contrariété avec la Constitution ne peut venir que d'une donnée extérieure. Aussi, seule l'évolution tacite du monde constitutionnel peut être à l'origine de l'incompatibilité. A titre d'exemple, la déconstruction de la législation relative à la garde-à-vue au moyen de la question prioritaire de constitutionnalité ne s'est pas faite en vertu d'une inconstitutionnalité qui serait due à une mutation interprétative de celle-ci mais bien à une évolution du monde lui-même qui ne permet plus son existence en tant que loi. Ce n'est finalement pas la loi qui enfreint la Constitution, c'est la Constitution qui est changée par le truchement d'une interprétation de la Haute instance.

**1203.** S'agissant du second cas, l'équation paraît simple. Si le nouveau sens de la loi est considéré comme contraire à la Constitution, elle *devient* inconstitutionnelle. Un tel phénomène s'apparenterait à une nouvelle naissance de la loi. Mais là encore, le même problème demeure : la loi interprétée existe bien dans le monde constitué et produit ses nouveaux effets. L'abrogation ne peut être le résultat du changement législatif puisque la loi a pu fonctionner avec le monde dont elle contredit les règles. De cette manière, elle bénéficie elle aussi d'une présomption de constitutionnalité due à l'effectivité de son existence. Elle serait donc bien le fait d'une évolution constitutionnelle constatée à un instant « T », celui de l'abrogation. Là encore, même si la loi change de contenu, c'est l'évolution du monde constitutionnel par le fait du juge qui cause la l'inconstitutionnalité. Dès lors, l'abrogation de la loi qui était conforme à un état de fait établi, serait l'indice d'une altération de l'univers constitutionnel, la Haute instance décidant que la règle législative ne peut plus exister au regard de la nouveauté du monde.

**1204.** Néanmoins, cela reviendrait à dire que la modification constitutionnelle interviendrait à rebours de l'évolution du monde, le Conseil ne venant alors qu'avaliser une transformation déjà accomplie. Statuer de la sorte supposerait une approche cognitiviste de la fonction de juge constitutionnel. Considérer que l'état de chose constitutionnel ne serait que le résultat d'une constatation, indépendamment de la volonté du Conseil ferait alors apparaître celui-ci comme un simple observateur. Une telle vision d'un Conseil constitutionnel scribe de la réalité des faits sociaux renverrait dans les cordes l'hypothèse d'une Constitution constitutive d'un monde car elle-même y serait soumise en ce qu'elle ne serait que la retranscription d'un état de chose. Elle ne serait en conséquence que la simple fixation de cet état de fait sur lequel elle n'aurait aucune emprise.

**1205.** Il semble ainsi que l'objet du contrôle soit non pas une révision explicite de la Constitution, ni même la retranscription d'un état de fait indépendant de celle-ci. La solution résiderait donc dans un changement autonome du monde que le Conseil constitutionnel ne ferait que constater en simultané. Or, envisager les choses sous cet angle s'avère incompatible avec la conception constitutive de la Constitution, et conduirait à prendre pour vrai une image naïve de la figure du Conseil constitutionnel. Force est de constater que l'hypothèse d'u scribe constitutionnel manque cruellement de cohérence tant le caractère concomitant des deux faits amènerait à voiler la réalité. En effet, conclure à cette coïncidence mettrait de côté l'activisme de la Haute instance et nierait sa faculté créatrice qui pourtant ne peut être écartée. Il faut donc confirmer cette dernière donnée et

consacrer un pouvoir de révision dite « souple », marqué par une action « juridictionnelle », observant une évolution qui ne prend effet qu'au moment même du constat. Ceci ne laisserait dès lors que peu de doute quant à une évolution continue générée par le contrôleur de la loi, celui-ci participant implicitement à l'aventure constituante et concourant doucement mais sûrement à « l'action du pouvoir politique »<sup>1427</sup>.

**1206.** Ainsi, puisant sa source dans un postulat théorique kelsenien, l'analyse de l'activité « juridictionnelle » relative à l'œuvre constituante révèle une attitude qui, si elle se doit d'être neutre, ne l'est pas pour autant. De sa chaire de bouche de la Constitution, constatant des évolutions indépendantes de sa volonté et les consacrant dans les textes fondamentaux, il s'élève en réalité au rang de constituant, révisant de manière souple l'ensemble des règles agençant le monde. Ces observations conduisent à valider l'hypothèse du juriste autrichien selon laquelle la loi n'est valide qu'une vertu de la Constitution. Une validité qui, lorsqu'elle est avérée par l'effectivité de la loi, verrait cette dernière bénéficier du doute concernant sa compatibilité avec la règle supérieure.

**1207.** Cette constitutionnalité par défaut, soutenue par une mutation constitutionnelle venant souffler sur une présomption de compatibilité, relativise grandement l'idée d'une transgression de l'œuvre constitutionnelle par le Législateur en ce qu'elle ne peut être qualifiée d'« illicite ». Ce dernier n'aurait alors aucune marge de manœuvre pour outrepasser valablement sa condition. Et ce, quand bien même les apparences seraient trompeuses et l'office *a posteriori* habillerait le Conseil constitutionnel des oripeaux d'un tribunal où l'auteur de l'acte législatif serait l'accusé. Vu sous cet angle, c'est même l'ensemble du monde constitué qui imposerait une limite indépassable, sanctionnée par les Sages de la rue de Montpensier.

---

<sup>1427</sup> Cf. HAURIOU M., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, op. cit., p. 122.



## CONCLUSION DU TITRE II

**1208.** Le caractère indépassable de la règle constitutionnelle s'inscrit donc dans une double optique, théorique et pratique, tendant à mettre à l'écart l'éventualité de l'existence d'une faute sanctionnable et sanctionnée par une prescription juridique. Il se justifie ainsi par l'analogie de la règle constitutionnelle à une règle constitutive d'un monde particulier dépendant des énoncés performatifs qui le définissent. Pareille propriété impliquerait donc l'impossibilité de passer outre ces « règles du jeu constitutionnel » sans finalement s'extraire de celui-ci. Dès lors, l'existence d'une faute, dans son sens éthique, de la part du Législateur semble ici théoriquement dénuée de logique. La faute supposant un acte accompli et la censure ne portant que sur une intention, considérer la possibilité d'une faute constitutionnelle reviendrait à la contradiction suivante : la disparition d'un acte accompli en dépit des conditions de son existence. Sur cette base, il est intéressant de constater une liaison intrinsèque entre le concept de faute et la préexistence d'un comportement dont l'occurrence est déterminée par la règle constitutive, et notamment au regard des conséquences pratiques du traitement de la faute par une règle régulatrice des comportements sociaux. La nature exclusivement constitutive des règles constitutionnelles conduirait ainsi au monopole de la gestion de la faute par la règle infraconstitutionnelle, impliquant une absence de sanction *stricto sensu* du non respect de la Constitution.

**1209.** De même, les mécanismes de validité de la loi prévoient un traitement de la « violation » de la Constitution sous une forme spécifique présentant un système déclaratif de la sentence envisagée pour inconstitutionnalité. Posant que le jugement de la constitutionnalité de la loi n'aurait pour conséquence qu'une déclaration, la Constitution elle-même confirmerait d'ailleurs la nature non prescriptive de la décision de l'autorité en charge du contrôle. Aussi, qu'elle soit rendue *a priori* ou *a posteriori* de la promulgation du texte, il semble qu'il ne puisse s'agir du jugement « classique » d'une action accomplie, supposant une sanction dudit comportement et contribuant à affirmer l'existence de l'infraction. Au contraire, la déclaration d'inconstitutionnalité présente une réponse spécifique s'apparentant à une censure dont la caractéristique principale entraîne la disparition pure et simple du texte dont la conformité à la règle constitutionnelle est contestée. Un tel constat a conduit à distinguer deux types de normativité : la normativité

absolue de la règle constitutive – et *a fortiori* de la règle constitutionnelle – fondée sur le principe du tout ou rien tenant d'une attitude discursive monologique, et la normativité éthique de la règle régulative – et *a fortiori* de la règle infraconstitutionnelle – fondée sur le principe du bien et du mal tenant d'une attitude discursive dialogique.

**1210.** Dès lors, le caractère intransgressable de celle-ci s'en verrait attesté par la peine d'inexistence encourue par l'acte énonciatif législatif susceptible de violer la règle constitutive constitutionnelle. Une conclusion qui serait renforcée par l'office du « juge » constitutionnel dont l'activité, tant énonciative que juridictionnelle, mettrait en œuvre cette qualité, et ce quel que soit le type de contrôle opéré. Si après de la promulgation de la loi, le Conseil constitutionnel montre des élans purement juridictionnels et tend à remettre le Législateur dans le droit chemin en sanctionnant son mauvais comportement, force est de constater qu'il n'agit pas différemment que lorsqu'il se prononce avant la promulgation de la loi. Prenant acte d'une conformité par défaut de la loi, il affirmerait ainsi sa qualité constituante en remodelant le monde à chaque décision, soit qu'il censure, soit qu'il corrige, imposant ainsi l'évolution du texte afin qu'il corresponde à la mutation factuelle du monde constitutionnel.

## CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

**1211.** L'œuvre du constituant révélerait dans sa rédaction une complexité autre que la simple répartition des compétences entre les diverses institutions qui composent l'Etat. Elle irait bien au-delà de cette croyance éculée au gré des actes constitutionnels qui parsèment l'histoire française depuis 1789. Liée à l'incapacité de l'état constitutionnel antérieur à offrir stabilité et régularité dans le fonctionnement du régime, cette vision du changement de Constitution, ou encore de la révision tendrait à n'être qu'une extrapolation du véritable d'acte de langage qui réalise la volonté du constituant. Ce qui est considéré comme la solution à un problème ne serait en définitive que l'établissement d'un nouveau monde dont la correction ne serait qu'une conséquence de l'acte en lui-même. Cependant, si la volonté première de la mobilisation de ce pouvoir exceptionnel est véritablement la création de l'ordre juridique, elle semble ne pouvoir passer que par la Genèse d'un univers entier.

**1212.** A ce titre, l'œuvre est nécessairement double et constitutive. On ne peut envisager la création d'un monde rompant avec l'état du droit existant sans remettre l'ensemble de l'ouvrage sur le métier. Subordonné à un choix, le décisionnisme constitutionnel, qu'il conduise à un compromis dilatoire ou bien qu'il exprime fermement une position spécifique, produit dès l'origine un être nouveau, singulier, débarrassé des bagages de son ascendant. Dès lors, l'énonciation constitutionnelle, qu'elle soit originelle, révisionnelle ou bien jurisprudentielle, présente diverses particularités linguistiques qui suggèrent une création complète des concepts. En conséquence, sa nature spécifique mènerait à lui conférer une qualité supérieure, constitutive du monde qu'elle engendre. La distinction de l'*être* et du *devoir-être* se verrait alors réactualisée autour de la distinction entre des règles constitutives et normatives. Différenciées au moyen d'une formulation linguistique propre, essentiellement descriptive pour les premières, essentiellement prescriptives pour les secondes, elles permettraient d'apprécier la séparation nécessaire entre ce qui relève de la Constitution et ce qui relève de la régulation législative de comportements déjà existants et rendus possibles par la règle constitutionnelle elle-même.

**1213.** Ainsi, la définition constitutionnelle établissant le jeu social, et dont la V<sup>ème</sup> République n'est que la vitrine, doit se faire au moyen d'une création pleine et entière,

prélude d'un système non pas normatif mais étatique et social. Cette création langagière, aux atouts idiopathiques irréductibles à la Constitution de 1958, revêt une allure particulière justifiant une noblesse que d'autres règles ne peuvent avoir. Le caractère exclusif de l'identification de ce qui est en dehors du monde et de ce qui peut voir le jour à l'intérieur de celui-ci apparaît comme propre à la règle constitutionnelle. Ainsi, la *constitution* conceptuelle faite au niveau législatif ne toucherait pas à l'existence du comportement mais permettrait plutôt sa qualification « en tant que » en vue de lui conférer une réalité dans le monde abstrait du droit. L'œuvre du constituant serait alors une œuvre unique tant elle met en place une société organisée, dotée d'une superstructure permettant son fonctionnement raisonné, et faisant de l'Homme un être social extrait de son anarchique état de nature.

## CONCLUSION GENERALE

**1214.** Le langage fait encore et toujours preuve d'une fertilité étonnante, soit qu'il exprime une volonté particulière, soit qu'il reflète l'inconscient de celui qui parle.

**1215.** Au-delà de sa fonction de représentation du sensible et de sa vocation communicative, il s'avère être un instrument d'action sur le monde dont la puissance est encore difficile à mesurer. Il modèle la pensée et celle de l'autre qui reçoit un message véhiculé par les mots agencés en phrases structurées de manière complexe et qu'il faut décrypter. Or, la chose énoncée ne l'a pas été ainsi par hasard ou par habitude. L'énonciation obéit à un certain nombre de contraintes sociales, culturelles, structurelles ou tout simplement artistiques. Aussi, à l'image de la poésie qui contraint le poète par des règles, règles qui, à leur tour, font naître le génie à travers l'habileté de l'auteur à les contourner, tout en les respectant, le langage et ses règles constitutives instillent le génie de chacun à s'exprimer en bonnes et dues formes dans le but d'agir efficacement sur l'autre.

**1216.** C'est là l'enseignement de l'étude de la performativité du langage constitutionnel. Il est un langage du droit qui ne peut être comme les autres car il agit selon ses propres règles énonciatives. Sous couvert d'un descriptivisme apparent, le langage constitutionnel est donc un langage performatif dont seul le contexte et la finalité permettent de déceler l'acte de langage qu'il renferme. Aussi, si la forme de l'énonciation n'a que peu d'importance à ce sujet, cette étude a su montrer que le choix d'une forme ou d'une autre tient sa justification de la situation dans laquelle l'acte de langage est accompli. Ainsi, le constituant n'opte pas pour une forme constative par stratégie, comme ce pourrait être le cas pour le langage ordinaire ou celui du juge. Il ne le fait pas non plus en raison d'une approche réellement descriptive d'une nature institutionnelle qu'il ne ferait qu'observer. Il crée la réalité qu'il décrit en faisant advenir les concepts dont il dépeint les contours. Forme énonciative, contexte et finalité sont ainsi les trois éléments d'identification du performatif.

**1217.** Quant au constituant, il ne peut agir de la sorte que si la réalité qu'il constate n'existe pas. Son acte de langage s'accompagne donc d'une table rase institutionnelle et balaie d'un revers de manche l'état de chose qui existait jusqu'alors. La forme constative

de l'énonciation constitutionnelle ne se comprend alors que dans un contexte de vide : le constituant décrit ce qui n'est pas et ne peut pas être en dehors de sa volonté puisque la mise en œuvre du pouvoir constituant provoque la rupture avec l'état de chose ancien. On n'invoque pas le créateur pour témoigner de ce qui est mais bien pour créer à nouveaux. Telle a semblé être la finalité de l'acte du langage constituant, celle de créer l'état de chose qu'il énonce, qu'il s'agisse de l'existence institutionnelle de l'Etat ou encore de celle de la société dans leur identité propre.

**1218.** Une telle conclusion permet ainsi de qualifier le langage constitutionnel comme étant un langage qui crée, qui fait advenir la chose qu'il énonce, aussi abstraite soit-elle (le droit n'est-il d'ailleurs pas une fiction régissant les rapports sociaux et caractérisant l'être même de l'Etat). La performativité constitutionnelle donne donc sa spécificité au droit constitutionnel, notamment vis-à-vis d'autres normes comme la loi. Mais s'il est difficile de refuser la qualité performative au discours de la loi en ce qu'il régule des comportements, il semble toutefois possible de diviser la catégorie des performatifs juridiques en deux sous-catégories : celle des performatifs *objectifs* constitutionnels « créateurs de chose » et celle des performatifs *subjectifs* législatifs, dont la forme correspond plus justement aux canons développés par John L. Austin, et qui ont été qualifiés d'« actionnels » de par leur propriétés ordonnatrices. En considérant que l'objet unique du discours « créateur de chose » est de créer artificiellement cette chose, il ne suppose pas nécessairement d'adressataire. Par conséquent, le performatif *objectif* s'apparente au *Fiat Lux* divin de la Genèse dont l'objet est la création objective du monde. A l'inverse, le discours « actionnel » législatif, subjectif, suppose un interlocuteur à l'instar du *Décalogue*. Le langage constitutionnel se définit alors selon un critère matériel indépendant de sa forme normative comme le langage qui crée, face au langage législatif qui, lui, commande.

**1219.** D'autre part, le descriptivisme formel de l'énonciation constitutionnelle, et particulièrement son aspect définitoire, fait valoir une faculté du dire constituant de créer des concepts institutionnels avec une certaine précision. Néanmoins, si la loi contient, elle aussi, des définitions conceptuelles, elle ne paraît pas montrer une propension à la précision mais plutôt une volonté d'embrasser le maximum d'occurrences en vue de régir le plus de situations possibles. La relation prédicative entretenue dans l'énonciation constitutionnelle diffère sur ce point de l'autre catégorie formelle de norme, de sorte qu'il est possible d'en déduire un caractère strict et individualisé de la règle constitutionnelle.

Aussi, la norme générale suprême ne se trouve pas être la norme constitutionnelle mais bien la norme législative. Ici réside l'un des apports importants de l'étude de la performativité du langage constitutionnel. Il est un langage qui *constitue*, autrement dit qui crée quelque chose de précis. Mais son action créatrice ne s'arrête pas à une simple individualisation. Le contexte de rupture dans lequel intervient l'énonciation créatrice invite à considérer une conception complète de l'état de chose décrit. La présence d'indices énonciatifs marquant la contextualisation, notionnelle cette fois, a dévoilé une aptitude du langage constitutionnel à constituer l'individu mais aussi son pendant générique. L'avènement du pouvoir constituant conduirait alors véritablement à un acte total de langage créateur de chose faisant advenir tant un individu-concept que la classe à laquelle il appartient.

**1220.** De cela, il faut en tirer la conséquence que le produit de l'énonciation performative constitutionnelle ne peut être que ce qu'elle décrit et non autre chose. Pareille vision emmène sur le terrain de la distinction opérée par John Searle entre la règle constitutive et la règle normative. Si la première fait naître un environnement qu'ils ne peuvent transgresser et à l'intérieur duquel les différents acteurs agissent, se comportent « en tant que », la seconde porte sur des comportements existant indépendamment de son édicition. La thèse d'un acte de langage créateur de concepts individualisés revient alors à affilier la règle constitutionnelle à une règle constitutive en ce que l'état de chose qui ne correspondrait pas à la description que la règle en donne ne peut être valablement subsumé sous celle-ci. Au contraire, la règle législative peut, et même doit, être transgressée pour être efficiente, dans la mesure particulière où elle serait constituée de commandements. Ne prévoyant pas de *sanction*, au sens éthique et kelsenien du terme, la règle constitutionnelle n'entend pas être enfreinte, si bien qu'elle ne se comporte pas comme une norme « classique ». Elle serait alors pourvue d'une normativité spécifique, une normativité *absolue*, ne souffrant pas la contradiction sous peine que la norme ou l'institution n'existent pas en tant que telles, tandis que la norme infraconstitutionnelle n'arborerait qu'une normativité *éthique*, requérant cette contradiction pour produire ses effets. La règle constitutionnelle agit alors selon le régime du tout ou rien et tiendrait sa spécificité de sa capacité à constituer un monde que ses acteurs ne peuvent dépasser sans en sortir *de facto*.

**1221.** Le droit constitutionnel ne saurait négliger l'interprétation authentique de son juge, l'étude de la performativité du langage constitutionnel ne peut faire l'économie d'un examen de la performativité du langage du Conseil constitutionnel. Empreint d'une dualité



certaine, le discours de la Haute instance a pu révéler une aptitude comparable au constituant dans son action d'interprétation. Dialogique dans son acte de juger, monologique dans son acte de création de la matière constitutionnelle, le juge de la constitutionnalité de la loi revêt les habits linguistiques d'un constituant, notamment dans son inclination à réaliser les droits fondamentaux. Il fait alors œuvre individualisante mais aussi créatrice de concepts constitutionnels à travers un acte d'activation de certaines catégories de droits.

**1222.** Mais c'est au regard de la dimension constitutive de la règle constitutionnelle que son activité joue un rôle important. Longtemps cantonnée au contrôle de la loi *a priori*, la jurisprudence développée par la Haute instance ne laissait que peu de doute sur le caractère indépassable de la Constitution et pouvait aisément conforter une vision constitutiviste des règles qu'elle posait. Le mécanisme de la *censure*, prononcée *avant* l'entrée en vigueur de la loi seulement votée par le Parlement, fait d'ailleurs preuve d'une force convaincante. Le Conseil ne permettrait tout simplement pas qu'un texte agisse *en tant que* loi car s'il ne fournit pas les garanties suffisantes au regard du nécessaire respect de la Constitution. Aussi la sanction encourue à l'issue du contrôle *a priori* n'est autre que l'inexistence d'une loi qui n'est pas ce que la règle constitutive (la Constitution) dit qu'elle *doit être*. Le contrôle *a posteriori* en revanche posait un problème évident : la loi avait déjà reçu u, visa d'entrée dans le monde constitutionnel et l'avait marqué de son existence. Telle était la difficulté de l'abrogation face à l'hypothèse d'une dimension constitutive des règles constitutionnelles.

**1223.** Dès lors, la sanction d'une loi inconstitutionnelle doit s'envisager sous deux angles. Celui du contrôle *a priori* tout d'abord, abordant la constitutionnalité d'une loi non encore appliquée et dont le retrait des dispositions inconstitutionnelles semble accréditer la thèse de la constitutivité des règles constitutionnelles, en ce qu'il les place dans une position de non-existence dans l'ordre juridique. A l'inverse, le contrôle *a posteriori* pose le problème de l'existence et de l'application préalable de la disposition législative mise en cause. Ainsi, la sanction apparaîtrait comme régissant un comportement et ferait envisager la règle constitutionnelle comme une règle normative, caractéristique des règles législatives. Une ambiguïté qui laisse entrevoir un certain obstacle à l'affirmation d'une constitutivité de la règle constitutionnelle. Le Législateur pourrait accomplir un acte de langage législatif, produisant un effet *en tant que* loi qui viole la Constitution, une loi existant malgré sa non validité. Il fallait donc s'appuyer sur la présomption de conformité qui,

selon Hans Kelsen, subordonne la validité à l'existence. Autrement dit, la loi est valide parce qu'elle existe et tant qu'elle existe. Sa non validité nouvelle ne pouvait alors pas dépendre de la loi elle-même mais provenait bien d'un changement constitutionnel, qui ne peut être dans ce cas que le fait de l'interprétation du juge constitutionnel. Par conséquent, l'abrogation devient une censure au regard du nouveau monde constitutionnel élaboré par le juge, celui-ci apparaissant *in fine* comme un pouvoir constituant dérivé, révisant la Constitution de manière souple.

**1224.** Enfin, l'étude de la performativité du langage constitutionnel a conduit à s'interroger régulièrement sur une éventuelle banalisation du droit constitutionnel, notamment vis-à-vis de la pratique politique et juridictionnelle. L'immixtion du langage législatif dans le langage constitutionnel trouve son pendant dans la mise en lumière d'un langage constitutionnel, « créateur de chose », dans le langage législatif. De plus, la mise en place d'un contrôle de la loi *a posteriori* transforme une règle *a priori* constitutive en un simple instrument de régulation du comportement du Législateur. Les indices d'une banalisation du droit constitutionnel étaient donc là et laissaient à penser que la Constitution n'avait pas la spécificité qu'on pouvait lui accorder. Il apparaît pourtant qu'il n'en est rien. Le droit constitutionnel a une spécificité qui ressort de la qualité performative de son langage. Il ne porte pas sur l'existant mais sur l'existence, contrairement au langage législatif qui tend à commander aux individus, à réguler la société. Ce droit spécial qui donne vie à ce qu'il énonce, ce droit qui « constitue », ne peut être de même nature que celui qui « légifère ».

\*

\*

\*

**1225.** Ainsi, si l'œuvre de l'écrivain constitue le monde de son imagination, l'œuvre du constituant constitue celui de sa volonté. Le langage montre alors des capacités étonnantes quelle que soit son utilisation. Employé dans la communication ordinaire, il génère une multitude de situations et permet l'adaptation des interlocuteurs aux diverses situations qui se présentent à eux. En tant que fait de langue, le droit – le droit constitutionnel ne fait pas

exception – tient sa force de la capacité du langage à faire naître une situation intersubjective fondée sur la croyance d'une obligation à la fois contextuelle et linguistique. Il en est d'ailleurs le reflet et fait porter en lui les stigmates de la pensée et de la volonté du locuteur dans un environnement culturel donné. La théorie des actes de langage constitue ainsi l'un des pans les plus féconds de l'analyse juridique en ce qu'elle revient sur les fondements de l'être du droit lui-même.

**1226.** Toutefois, la langue représentant un mode de pensée propre à une communauté linguistique, l'étude du langage est nécessairement limitée à un système de langue particulier. Aussi, s'il est indiscutable qu'il existe des règles communes à plusieurs systèmes de langues en raison de sa visée communicative, les conclusions d'une telle approche ne peuvent qu'être circonscrites à la culture linguistique associée à la langue étudiée. Il y aurait alors autant de langages constitutionnels et de mondes constitutionnel qu'il existe de systèmes de langue et donc de modes de représentation du monde. Parce que le langage conditionne la pensée et par là même le produit de cette pensée, le fait d'examiner un objet mental tel que le droit suppose une lecture propre de chacun des systèmes et supporte difficilement la comparaison du détail. Celle-ci requerrait une analyse approfondie de l'acte de langage juridique dans son contexte linguistique et culturel. Dès lors, si à chaque langue son monde, à chaque culture son droit.

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **I – SOURCES**

*Journal officiel de la République française*, Paris, Imprimerie des Journaux officiels.

*Recueil des décisions du Conseil d'Etat et du tribunal des conflits, des arrêts des cours administratives d'appel et des jugements des tribunaux administratifs*, désigné par l'expression « Recueil Lebon », Paris, Sirey, de 1821 à aujourd'hui.

*Recueils annuels des décisions du Conseil constitutionnel*, Editions de l'Imprimerie nationale (de 1959 à 1992), Editions Dalloz (depuis 1993).

*Webographie sommaire :*

<http://www.assemblée-nationale.fr>

<http://www.conseil-constitutionnel.fr>

<http://www.journal-officiel.gouv.fr>

<http://www.legifrance.gouv.fr>

<http://www.senat.fr>

<http://www.conseil-etat.fr>

<http://www.curia.eu.int>

### **II – DICTIONNAIRES ET LITTÉRATURE**

GIRAUDOUX J., *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, Grasset, 1935.

Lexique des termes juridiques, Dalloz, 18<sup>ème</sup> édition, 2011.

MORE T., *Utopia*, Introduction et traduction TURNER P., Harmondsworth, Royaume-Uni, Penguin Classics, 1965.

III – OUVRAGES GENERAUX

- ADAM J.-M., *Le récit*, Que sais-je ?, Paris, P.U.F., 6<sup>ème</sup> édition, 1999.
- AUROUX S., *La philosophie du langage*, Que-sais-je ?, Paris, P.U.F., 2008.
- BLACHER P., *Droit constitutionnel*, Hachette, 2<sup>ème</sup> édition, 2012.
- BURDEAU G., HAMON B., TROPER M., *Droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 32<sup>ème</sup> édition, 1997.
- CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome I, 1920, Paris, Recueil Sirey, C.N.R.S., 1962.
- CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome II, 1922, Paris, Recueil Sirey, C.N.R.S., 1962.
- CLAPIE M., *Institutions européennes*, Flammarion, 2003.
- DRAGO G., *Contentieux constitutionnel français*, Paris, P.U.F., Thémis droit, 2<sup>ème</sup> édition, 2006.
- DUBOIS J., MITTERAND H., DAUZAT A., *Dictionnaire étymologique et historique du français*, Larousse, 1993.
- DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, Tome III, Paris, 1930.
- ESMEIN A., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Tome 1, Paris, Recueil Sirey, 6<sup>ème</sup> édition, 1914.
- GOHIN O., *Droit constitutionnel*, Paris, LexisNexis, 2<sup>ème</sup> édition, 2013.
- PFERSMANN O., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MESTRE J.-L., ROUX A., SCOFFONI G., FAVOREU L., *Droit constitutionnel*, FAVOREU L. (dir.), Dalloz, Précis, 5<sup>ème</sup> édition, 2002.
- ROUSSEAU D. et VIALA A., *Droit constitutionnel*, Montchrestien, 2004.
- ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrétien, 9<sup>ème</sup> édition, 2010.
- TROPER M., *La philosophie du droit*, Que sais-je ?, P.U.F., 2<sup>ème</sup> édition, Paris, 2008.
- TURPIN D., *Droit constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1992.
- WEIL P. & POUYAUD D., *Le droit administratif*, Que-sais-je ?, n° 1152, P.U.F., 20<sup>ème</sup> édition, 2003.

**IV – OUVRAGES SPECIALISES**

- AMSELEK P., *Cheminevements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Collin, 2012.
- ARNAULD A. & LANCELOT C., *Grammaire générale et raisonnée*, Paris, Le Petit, 1660.
- AUSTIN J. L., *Philosophical papers*, Oxford, Clarendon Press, 1961.
- AUSTIN J. L., *Quand dire, c'est faire*, Paris, Le Seuil, 1991.
- AUSTIN J., *The province of jurisprudence determined* (1832), Cambridge : New York, NY : Cambridge University Press, 1995.
- AVRIL P., *Les conventions de la Constitution*, P.U.F., Léviathan, 1997.
- BEAUD O., *Théorie de la fédération*, Paris, Léviathan, P.U.F., 2009.
- BENTHAM J., *De l'ontologie, et autres textes sur les fictions*, CLERO J.-P. & LAVAL C. (trad.), Le Seuil, 1997.
- BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, Dalloz, Paris 2010.
- BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale, 1*, Paris, Gallimard, 1966.
- BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale, 2*, Paris, Gallimard, 1974.
- BENVENISTE E., *Vocabulaire des institutions indo-européennes*, Paris, Minuit, 1969.
- BOBBIO N., *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie de du droit*, SOLDINI D. (trad.), Dalloz, coll. Rivages du droit, 2012.
- BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1998.
- BONNARD R., *Les actes constitutionnels de 1940*, Paris, L.G.D.J., 1942.
- BOURDIEU P., *Ce que parler veut dire*, Paris, Fayard, 1982.
- BRAY K., *Comment marquer un but. Les lois secrètes du football*, Paris, Lattès, 2006.
- BUTLER J., *Le pouvoir des mots, politique du performatif*, Paris, Amsterdam, 2004.
- BUTLER J., *Trouble dans le genre. Le féminisme et la subversion de l'identité*, La Découverte Poche, 2006.
- CARCASSONNE G., *La Constitution introduite et commentée*, Points, Le Seuil, 2011.

- CARCATERRA G., *Lezioni*, 1987/88, Rome, Bulzoni, 1988.
- COURTES J., *Analyse sémiotique du discours. De l'énoncé à l'énonciation*, Hachette, Paris, 1991.
- CULIOLI A., *Pour une linguistique de l'énonciation, opérations et représentations, 1*, Ophrys, 1990.
- CULIOLI A., *Variations sur la linguistique, Entretiens avec Frédéric Fau*, préface et notes VIEL M., Langres, Paris, Klincksieck, 2009.
- DAMOURETTE J. & PICHON E., *Des mots à la pensée, essai de grammaire de la langue française*, Paris, d'Atrey, Livre V, Tome V, 1911–1936.
- De GAULLE C., *Discours et messages*, Tome 1 (« Pendant la guerre »), Paris, Plon, 1970.
- DENQUIN J.-M., *La politique et le langage*, Paris, M. Houdiard, 2007.
- DERRIDA J., *L'écriture et la différence*, Le Seuil, Paris, 1967.
- DERRIDA J., *Signature Événement Contexte, Limited Inc.*, Chicago, Northwestern University Press, Gerald Graff (éd.), 1988, WEBER E. (trad.), Paris, Galilée, 1990.
- DUCROT O., *Dire et ne pas dire : principes de sémantique linguistique*, Paris, Hermann, 1991.
- DWORKIN R., *Taking Right Seriously*, 2<sup>ème</sup> édition, Cambridge (Mass), 1978.
- ECO U., *Les limites de l'interprétation*, Grasset, 1992.
- FAURE C., *Ce que déclarer les droits veut dire : histoires*, Paris, Les Belles Lettres, 2011.
- FOUCAULT M., *Dits et écrits*, Tome II, texte n° 139, Paris, Gallimard, 1994.
- FOUCAULT M., *L'ordre du discours*, Gallimard, 1971.
- FREGE G., *Ecrits logiques et philosophiques*, Paris, Le Seuil, 1971.
- FRYDMAN B., *Le sens des lois*, Bruylant, L.G.D.J., 2007.
- FUCHS C. & LE GOFFIC P., *Initiation aux problèmes des linguistiques contemporaines*, Paris, Hachette, 1985.
- GARDINER A. H., *Langage et acte de langage. Aux sources de la pragmatique*, Presses Universitaires de Lille, 1989.
- GAUDEMET P.-M., *La séparation des pouvoirs, mythe et réalité*, Dalloz, 1961.
- GENETTE G., *Palimpsestes. La littérature au second degré*, Paris, Le Seuil, 1982.



*La performativité du langage constitutionnel*

- GOYARD-FABRE S., *L'Etat, figure moderne de la politique*, Armand Collin, 1999.
- GOYARD-FABRE S., *Les embarras philosophiques du droit naturel*, Vrin, 2002.
- GREVISSE M. & GOOSSE A., *Le Bon Usage*, Louvain-la-Neuve : De Boeck/Duculot, 2008.
- GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, trad. et présentation CHAMPEIL-DESPLATS V., Paris, Dalloz, 2010.
- GUASTINI R., *Nuovi studi sull'interpretazione*, Rome, Aracne, 2008.
- HART H. L. A., *Le concept de droit*, VAN DE KERCHOVE M. (trad.), Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, coll. Droit, 2005.
- HAURIOU M., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1986.
- HOBBS T., *Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, introduction par ASCARELLI T., Paris, Dalloz, 1966.
- HOBBS T., *Léviathan*, TRICAUD F. (trad.), Paris, Dalloz, 1999.
- HUMMEL J., *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris, 2010.
- JACKSON B. S., *Law, Fact and Narrative Coherence*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1988.
- JAKOBSON R., *Essais de linguistique générale : les fondations du langage*, Paris, Minuit, 2003.
- JAUBERT A., *La lecture pragmatique*, Paris, Hachette, 1990.
- JELLINEK G., *L'Etat moderne et son droit. Première partie : Théorie générale de l'Etat*, préface JOUANJAN O., Panthéon Assas, 2005.
- JHERING (von) R., *L'évolution du droit*, DE MEULNAERE O. (trad.), Paris, 3<sup>ème</sup> édition, 1901.
- JOLY A. & O'KELLY D., *L'analyse linguistique des textes anglais*, Paris, Nathan, 1988.
- KANT E., *Critique de la raison pratique. Fondements de la métaphysique des mœurs*, BARNI J. (trad.), Paris, 1848.
- KANT E., *Critique de la raison pure*, Quadrige, P.U.F., 2014.
- KANT E., *Métaphysique des mœurs. Première partie, Doctrine du droit*, PHILONENKO A. (trad.), Vrin, 1971.

- KELSEN H., *Théorie générale des normes*, Paris, Léviathan, P.U.F., 1996.
- KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Bruylant, L.G.D.J., 2010.
- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, EISENMANN Ch. (trad.), Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 1962.
- KERBRAT-ORECCHIONI C., *L'énonciation*, Armand Collin, 4<sup>ème</sup> édition, Paris, 2006.
- LACROIX J.-Y., *L'utopie. Philosophie de la Nouvelle Terre*, Paris, Bordas, 1994.
- LEGROS R., *L'idée d'humanité*, Grasset, 1990.
- LENOBLE J. & BERTEN A., *Dire la norme : droit, politique, et énonciation*, L.G.D.J., 1990.
- LENOBLE J. et OST F., *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1980.
- LESNIEWSKI S., *Sur les fondements de la mathématique*, KALINOWSKI G. (trad.), Paris, Mouton, 1989.
- LOCKE J., *Essai sur le Gouvernement Civil*, 1690.
- LOCKE J., *Le second traité du gouvernement*, Paris, P.U.F., 1994.
- MELKEVIK B., *Horizons de la philosophie du droit*, Saint-Nicolas, Les Presses universitaires de Laval, Coll. Dikè, , 2004.
- MILL J. S., *L'utilitarisme*, Paris, Flammarion, 2010.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748.
- MORRIS Ch. W., *Foundations of the Theory of Signs*, Chicago, Chicago University Press, 1938.
- OPPETIT B., *Philosophie du droit*, Dalloz, 1<sup>ère</sup> édition, Paris, 1999.
- PAVEAU M.-A., *Mémoire, sens et cognition*, Paris, Presse Sorbonne Nouvelle, 2006.
- PLATON, *La République*, Paris, Flammarion, 2<sup>ème</sup> édition, 2004.
- POPPER K., *La connaissance objective*, Flammarion, 1998.
- POPPER K., *La quête inachevée*, Calmann-Lévy, 1989.
- RABAUT SAINT-ETIENNE J.-P., *Précis d'histoire de la Révolution française [1792]*, rééd. Paris, Fleffer, 1822.

*La performativité du langage constitutionnel*

- RECANATI F., *La transparence et l'énonciation*, Paris, Le Seuil, 1978.
- RECANATI F., *Les énoncés performatifs : contribution à la pragmatique*, Paris, Minuit, 1986.
- RICŒUR P., *Cours sur l'herméneutique*, Louvain, UCL, 1972.
- RICŒUR P., *Philosophie de la volonté I. Le volontaire et l'involontaire*, Aubier, Paris, 1950.
- RICŒUR P., *Temps et récit II. La configuration du temps dans le récit de fiction*, Paris, Le Seuil, 1984.
- RICŒUR P., *Temps et récit III. Le temps raconté*, Paris, Le Seuil, 1985.
- ROSS A., *Introduction à l'Empirisme juridique*, L.G.D.J., 2004.
- ROSS A., *On Law and Justice*, Berkeley : University of California Press, 1959.
- ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social*, Paris, Flammarion, 2001.
- ROUSSEAU J.-J., *Essai sur l'origine des langues [1781]*, Paris, Flammarion, 1993.
- SAINT BERNARD, « De la considération (*De consideratione*) », in *Œuvres choisies de Saint Bernard*, DAVY M.-M. (trad.), Paris, Aubier, coll. Les maîtres de la spiritualité chrétienne, 1945.
- SARCEVIC S., *New Approach to Legal Translation*, La Haye, Kluwer Law international, 1997.
- SAUSSURE (de) F., *Cours de linguistique générale*, 1916, Paris, Payot, 1995.
- SCHLAICH K. & KORIOH S., *Das Bundesverfassungsgericht*, Munich, Beck, 6<sup>ème</sup> édition, 2004.
- SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, Quadrige, P.U.F., 2008.
- SEARLE J. R., *Les actes de langage : essai de philosophie du langage*, Paris, Hermann, coll. Savoir, 1972.
- SEARLE J. R., *The Construction of Social Reality*, New York, The Free Press, *La construction de la réalité sociale*, TIERCELIN C. (trad.), Paris, Gallimard, 1998.
- SIEYES E., *Qu'est-ce que le Tiers-Etat ?*, Flammarion, 1998.
- STRAWSON P. F., *Logico-Linguistic Papers*, Londres, Methuen, 1971.
- TOCQUEVILLE A., *De la démocratie en Amérique*, I, Flammarion, 2008.

- TROPER M., *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, P.U.F., Léviathan, 2001.
- TROPER M., *Le droit et la nécessité*, Paris, Léviathan, P.U.F., 2011.
- VIALA A., *Philosophie du droit*, Ellipses, Paris, 2010.
- WITTGENSTEIN L., *Investigations philosophiques*, Paris, Gallimard, 1961.
- WITTGENSTEIN L., *Tractatus Logico-philosophicus*, Paris, Gallimard, 1961.
- YOKOYAMA O. T., *Discourse and word order*, Amsterdam, Philadelphia, J. Benjamins, 1986.

#### V – ACTES DE COLLOQUES, MELANGES ET OUVRAGES COLLECTIFS

- ALLEN S. (ed), *Possible Worlds in Humanities, Arts and Sciences : Proceedings of Nobel Symposium 65*, New York, De Gruyter, 1989.
- AMSELEK P. (dir.), *La théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, P.U.F., 1986.
- AMSELEK P. (dir.), *Théorie du droit et science*, Léviathan, P.U.F., Paris, 1994.
- BECHILLON (de) D., BRUNET P., CHAMPEIL-DESPLATS V. et al. (dir.), *L'architecture du droit*, Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Economica, 2006.
- BENOIST J. et al., *Quelle philosophie pour le XXI<sup>ème</sup> siècle ?*, Paris, Gallimard, coll. Folio essais, 2001
- PIERCE C. S., *Collected papers*, HARTSHORNE C. et al. (dir.), Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1933-1958.
- BERLIN I. et al. (eds.), *Essays on J. L. Austin*, Clarendon Press, 1973.
- BORELLA F. (dir.), *Les valeurs de la révolution devant la science actuelle*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1990.
- BOURETZ P. (dir.), *La force du droit, panorama des débats contemporains*, Esprit, Paris, 1991.
- BURGORGUE-LARSEN L. (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Cahiers européens, n° 1, Pédone, Paris, 2011.
- BUTON M. & MARIOT F. (dir.), *Pratiques et méthodes de la socio-histoire*, Paris, P.U.F., 2009.

- C.I.E.R.E.C., *Aux marges du texte. Texte et co-texte*, Travaux 128, Université Jean-Monnet, Saint-Etienne, 2006.
- C.I.E.R.E.C., *L'organisation du sens*, Travaux 68, Université Jean Monnet, de Saint-Etienne, 1990.
- C.I.E.R.E.C., *Méthodes en linguistique anglaise*, Travaux 39, Université de Saint-Etienne, 1983.
- CARNAP et al., *Manifeste du cercle de Vienne et autres écrits*, Paris, VRIN, 2010.
- Catherine FILIPPI-DESWELLE (dir.), *L'ajustement dans la TOE d'Antoine Culioli*, Rouen, *Epilogos*, n° 3, Collection linguistique, 2012.
- CONAC G., MAISL H. et VAUDIAUX J. (dir.), *Itinéraires*, Mélanges en l'honneur de Léo HAMON, Economica, Paris, 1982.
- DANON-BOILEAU L. & DUCHET J.-L. (dir.), *Opération énonciatives et interprétation de l'énoncé*, Mélanges en l'honneur de Janine BOUSCAREN, Paris, Ophrys, 1993.
- FAVOREU L. (dir.), *Le renouveau du droit constitutionnel*, Mélanges en l'honneur de Louis Faroveu, Dalloz, 2007.
- GAUCHET M., *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002.
- GIRARD-GILLET G. (dir.), *Aux marges du texte. Texte et co-texte*, C.I.E.R.E.C., Travaux 128, Université Jean-Monnet, Saint-Etienne, 2006.
- GOYARD-FABRE S. (dir.), *La pensée politique de H. Kelsen*, *Cahier de philosophie et politique et juridique*, n° 17, 1990.
- GREWE C., JOUANJAN O., MAULIN E., et WACHSMAN P. (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Actes du colloque, 16 et 17 janvier 2004, Institut de recherches Carré de Malberg, Strasbourg, Paris, Dalloz, 2005.
- KAMBOUCHNER D. (dir.), *Notions de philosophie*, Paris, Gallimard, 1995.
- LAMBERT-ABDELGAWAD E., SZYMCZAK D., TOUZE S. (dir.), *L'homme et le droit*, Mélanges en l'honneur de Jean-François FLAUSS, Paris, Pédone, 2014.
- LAUGIER S., WAGNER P. (coord.), *Philosophie des sciences. Théorie, expériences et méthodes*, CHAPUIS-SCHMITZ D., LAUGIER S. (trad.), Vrin, coll. Textes clés, 2004.
- MARSHALL T. (éd.), *Théorie et pratique du gouvernement constitutionnel*, La Garenne-Colombes, Éditions de l'Espace européen, 1992.

- OGDEN C. K. & RICHARDS I. A. (dir.), *The meaning of meaning : a study of influence of language upon thought and of the science of symbolism*, New York, Harcourt, Brace and World, 1923.
- PAULSON S. L. & SCHULTE M. (eds.), *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, Tübingen, Mohr, 2000.
- ROUSSEAU D. & VIALA A. (dir.), *Le droit, de quelle nature ?*, Actes de colloque des 8 et 9 mars 2007, Faculté de droit de Montpellier, Paris, Montchrétien, 2010.
- SUEUR J.-J. (dir.), *Interpréter et traduire*, Actes de colloque international, 25 et 26 novembre 2005, Faculté de droit de Toulon, Paris, Bruylant, 2007.
- SUEUR J.-J. (dir.), *La transgression*, Actes de colloque international, 24 et 25 novembre 2011, Faculté de droit de Toulon, Université du sud Toulon, Var, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- THIBIERGE C. (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2009.
- WEINBERGER O. et al., *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993.

## VI – THESES ET MONOGRAPHIES

- AMSELEK P., *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, Paris, 1962, L.G.D.J., 1964.
- BASTID P., « Opinion du 18 thermidor, an III », in *Les discours de Sieyès dans les débats constitutionnels de l'an III (2 et 18 thermidor)*, Thèse complémentaire, Paris, Hachette, 1939.
- BIOY, X., *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2003.
- BLACHER P., *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale. Etude sur l'obiter dictum : « la loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »*, Thèse dact., Montpellier I, 1998.
- BONNET J., *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2009.
- BOUTY C., *L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé*, P.U.A.M., 2008.

CAYLA O., *La notion de signification en droit, contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, Thèse dact., Paris II, 1992.

HAID F., *Les notions indéterminées dans la loi : essai sur l'indétermination des notions légales en droit civil et pénal*, Thèse dact., Université Paul Cézanne, Aix-Marseille, 2005.

JEANNENEY J., *Les lacunes constitutionnelles*, Paris, Dalloz, 2016.

LOUIS C., *L'intérêt de la métaphore du sacré en droit constitutionnel*, Thèse dact., Montpellier I, 2005.

RICHAUD C., *La notion de précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse dact., Montpellier I, 2016.

SAVONITTO F., *Les discours constitutionnels sur la « violation de la Constitution » sous la V<sup>ème</sup> République*, Paris, L.G.D.J., 2013.

TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2006.

VIALA A., *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 1999.

## VII – ARTICLES, CONTRIBUTIONS, ET COMMUNICATIONS

AGLO J., « Norme, discours normatif et logique », *Exchorésis*, n° 5, juillet 2007.

AMSELEK P., « Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques », *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1990/3, pp. 385-413.

AMSELEK P., « Les fonctions normatives ou catégories modales », in *L'architecture du droit*, BECHILLON (de) D., BRUNET P., CHAMPEIL-DESPLATS V. et al., Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Economica, 2006, pp. 51-77.

AMSELEK P., « Les règles juridiques en tant qu'objets mentaux », *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. 79, n° 3, 1993, pp. 311-320.

AMSELEK P., « Ontologie du droit et logique déontique », *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, n° 27, 1995, pp. 115-159.

AMSELEK P., « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », in *La théorie des actes de langage, éthique et droit*, AMSELEK P. (dir.), Paris, P.U.F., 1986, pp. 109-163.



- ANDRE-JEAN A., « Présentation. Autour d'un dialogue imaginaire entre Michel Villey et Friedrich von Hayek », *Droit et société*, n° 71, 2009/1, pp. 9-25.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « La conception des libertés par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme », in *Convention européenne des droits de l'homme, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 32, juillet 2011, pp. 19-28.
- ARRIVE M., MUNI TOKE V., NORMAND C. (dir.), *De la grammaire à l'inconscient, dans les traces de Damourette et Pichon*, Actes du colloque de Cerisy-la-Salle, 1-11 août 2009, Limoges, Lambert-Lucas, 2010.
- ATLAN H., « L'usage de l'idée de nature dans le droit des sciences de la vie : les frontières de l'humain », in *Le droit, de quelle nature ?*, ROUSSEAU D. & VIALA A. (dir.), Actes de colloque des 8 et 9 mars 2007, Faculté de droit de Montpellier, Paris, Montchrétien, 2010, pp. 83-97.
- AUBY J.-B., « L'avenir de la jurisprudence *Blocage des prix et des revenus* », in *Loi et règlements, Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 19, 2005, pp. 105-108.
- AUSTIN J. L., « A Plea for Excuses », in *Philosophical papers*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 123-152.
- AUSTIN J. L., « Performative utterances », in *Philosophical papers*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 220-240.
- AUSTIN J. L., « Truth », in *Philosophical papers*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 85-101.
- AUSTIN J. L., « Unfair to facts », in *Philosophical papers*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 102-122.
- BADINTER R., « Une longue marche « du Conseil vers la Cour constitutionnelle » », in 50<sup>ème</sup> anniversaire, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, août 2009, pp. 6-9.
- BAR-HILLEL Y., « Indexical Expressions », *Mind*, n° 63, 1954, pp. 359-379.
- BARQUE F., « Le Conseil constitutionnel et la technique de la « censure virtuelle » : développements récents », *RDP*, n° 5, 2006, pp. 1409-1423.
- BEAUD O., « Maastricht et théorie constitutionnelle. La nécessaire et inévitable distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision constitutionnelle », *LPA*, 31 mars 1993, n° 39, pp. 14 et s.
- BERGEL J.-L., « Regard sur la recherche en droit », in *L'homme et le droit*, LAMBERT-ABDELGAWAD E., SZYMCZAK D., TOUZE S. (dir.), *Mélanges en l'honneur de Jean-François FLAUSS*, Paris, Pédone, 2014, pp. 53-67.

- BIOY X., « L'usage de l'idée de nature dans le droit constitutionnel », in *Le droit, de quelle nature ?*, ROUSSEAU D. & VIALA A. (dir.), Actes de colloque des 8 et 9 mars 2007, Faculté de droit de Montpellier, Paris, Montchrétien, 2010, pp. 99-138.
- BIRDSWHISTELL R., « Some body motion elements accompanying American English » in *Communication concepts and Perspectives*, Washington D.C., Spartan Books, 1967, « L'analyse kinésique », *Language* n° 10, 1968.
- BLANQUET J.-M., « L'ordre constitutionnel d'un régime mixte. Le sens donné à la Constitution par le Conseil constitutionnel », *RDJ*, n° 5-6, 1998, pp. 1526-1540.
- BONNET J., « Les contrôles *a priori* et *a posteriori* », in *Le Conseil constitutionnel : trois ans de QPC*, *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, juin 2013, pp. 105-115.
- BOUARD B., « Les théories syntaxiques de Damourette et Pichon et la « tradition » grammaticale », in *De la grammaire à l'inconscient, dans les traces de Damourette et Pichon*, ARRIVE M., MUNI TOKE V., NORMAND C. (dir.), Actes du colloque de Cerisy-la-Salle, 1-11 août 2009, Limoges, Lambert-Lucas, 2010.
- BOURQUIN G., « De l'indéfini au défini : un aspect de l'organisation du sens grammatical », in *L'organisation du sens*, C.I.E.R.E.C., Travaux 68, Université Jean Monnet, de Saint-Etienne, 1990, pp. 105-123.
- BRIL I., « Thématization et préconstruit, la structure des relatives en *nêlêmwa* : éléments de typologie », *Linx, Revue des linguistes de l'université Paris X Nanterre*, n° 11, *Typologie des langues, universaux linguistiques*, 1999, pp. 105-124.
- BRUNET F., « La force normative de la loi », in *La force normative. Naissance d'un concept*, THIBIERGE C. (dir.), Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2009, pp. 403-418.
- BRUNET P., « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexion méthodologique sur la justice constitutionnelle », in *La notion de « justice constitutionnelle »*, GREWE C., JOUANJAN O., MAULIN E., et WACHSMAN P. (dir.), Actes du colloque, 16 et 17 janvier 2004, Institut de recherches Carré de Malberg, Strasbourg, Paris, Dalloz, 2005, pp. 115-135.
- BUSINO G., « Un regard sociologique sur la crise du droit », *Revue européenne des sciences sociales*, Tome 34, 1996, n° 104, p. 216.
- CABRILLAC R., « Le Code civil est-il la véritable constitution de la France ? », *R.J.T.*, n° 39, 2005.
- CARCATERRA G., « Il normativismo e la forzacostitutiva delle norme », in *Lezioni*, 1987/88, Rome, Bulzoni, 1988.

- CAVELL S., « Passionate and performative utterance : Morals of encounter », DAUZAT P.-E. (trad.), « La passion », in *Quelle philosophie pour le XXI<sup>ème</sup> siècle ?*, BENOIST J. et al., Paris, Gallimard, coll. Folio essais, 2001, pp. 333-386.
- CAYLA O., « L'obscur théorie du pouvoir constituant originaire », in *L'architecture du droit*, BECHILLON (de) D., BRUNET P., CHAMPEIL-DESPLATS V. et al., Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Economica, 2006, pp. 249-265.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., « Le Conseil constitutionnel, protecteur des droits et libertés ? », *CRDF*, n° 9, 2011, pp. 11-22.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *La normativité, Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, pp. 63-68.
- CHEROT J.-Y., « L'analyse des concepts en droit : sur quatre thèses de Hart et quelques questions », *Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif, Cahiers de méthodologie juridique*, n° 37, P.U.A.M., 2013, pp. 2273-2285.
- CHEROT J.-Y., « Signification et révision des concepts en droit », *Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif, Cahiers de méthodologie juridique*, n° 28, P.U.A.M., 2015, pp. 2257-2272.
- CHEROT J.-Y., « Paul Amserek et la normativité en droit », *Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif*, n° 27 (n° spécial), P.U.A.M., 2014, pp. 1997-2009.
- CHEROT J.-Y., « La question du point de vue interne dans la science du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridique*, n° 59, *Hommage à H. L. A. Hart à l'occasion du centenaire de sa naissance*, (n° spécial), 2007, pp. 17-34.
- CHEVALLIER J., « Pour une sociologie du droit constitutionnel », in *L'architecture du droit*, BECHILLON (de) D., BRUNET P., CHAMPEIL-DESPLATS V. et al., Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Economica, 2006, pp. 281-297.
- CLAPIE M., « Le français restera la langue de la république », *LPA*, n° 3, 5 janvier 2000, pp. 17-18.
- COLLIN F., « Judith Butler, Le pouvoir des mots : politique du performatif », in *Critiques, Travail, genre et sociétés*, 2005/2 n° 14, p. 197-211.
- COMANDUCCI P., « Quelques problèmes conceptuels concernant l'application du droit », in *L'architecture du droit*, BECHILLON (de) D., BRUNET P., CHAMPEIL-DESPLATS V. et al., Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Economica, 2006, pp. 315-327.

- CREPIN-DEHAENE I., « Quelle fonction nouvelle pour le Conseil constitutionnel depuis la question prioritaire de constitutionnalité? », VIII<sup>ème</sup> Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Nancy, 16-18 juin 2011.
- CROTTET B., « Une tentative de reformulation de la théorie des contraintes. Application à la question de la fragmentation du droit international », in *Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?*, *Jus Politicum*, n° 7, 2012.
- CULIOLI A., « Valeurs aspectuelles et opérations énonciatives : l'aoristique », in *La notion d'aspect*, Actes du colloque, Metz, in *Linguistique, énonciation. Aspects et détermination*, FISHER S & FRANCKEL J.-J. (dir.), Paris, EHESS, 1983, pp. 99-113.
- CULIOLI A., FUCHS C. & PECHEUX M., « Considérations théoriques à propos du traitement formel du langage : tentative d'application au problème des déterminants », *Documents de Linguistique Quantitative*, n° 7, Association Jean-Favard, 1970, p. 1-49.
- CULLER J., « Philosophie et littérature : les fortunes du performatif », *Littérature*, n° 144, 2006/4, p. 81-100.
- DANON-BOILEAU L., « This, that, which, what et la construction de références », in *Méthodes en linguistique anglaise*, C.I.E.R.E.C., Travaux 39, Université de Saint-Etienne, 1983, pp. 35-56.
- DARCY G., « Regard elliptique sur l'office du juge », in *Confluences*, DEGUERGUE M. & FONBAUSTIER L. (dir.), Mélanges en l'honneur de Jacqueline MORAND-DEVILLER, Montchrestien, 2007, pp. 287-300.
- DEBRE M., « Discours de clôture », in *50<sup>ème</sup> anniversaire du Conseil constitutionnel*, Actes de colloque, Conseil constitutionnel, 3 novembre 2008, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° Hors série, 2009, pp. 87-91.
- DEGUERGUE M. & FONBAUSTIER L. (dir.), *Confluences*, Mélanges en l'honneur de Jacqueline MORAND-DEVILLER, Montchrestien, 2007.
- DENQUIN J.-M., « Réflexions sur le syllogisme judiciaire », in *L'architecture du droit*, BECHILLON (de) D., BRUNET P., CHAMPEIL-DESPLATS V. et al., Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Economica, 2006, pp. 373-385.
- DERRIDA J. & CALLE-GRUBER M., « « Scènes des différences ». Où la philosophie et la poétique, indissociables, font événement d'écriture », *Littérature*, n° 142, 2006/2, pp. 16-29.
- DESAULNAY O., « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue par la Cour de cassation », in *Autorité des décisions*, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 30, janvier 2011, pp. 31-48.

- DOLEZEL L., « Possible worlds and literary fiction », in *Possible Worlds in Humanities, Arts and Sciences : Proceedings of Nobel Symposium 65*, ALLEN S. (ed), New York, De Gruyter, 1989, pp. 221-242.
- DON GIANCARLI P., « Le fléchage (spécifique et générique) : opération seconde ou opération double ? Hypothèses à partir des articles et démonstratifs français et anglais », *Cycnos*, vol. 18, *Anaphores nominale et verbale*, n° 2, 2004.
- DUBOUT E., « « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité », *RFDC*, n° 83, 2010/3, pp. 451-482.
- DUCARD D., « Témoignage », in Antoine Culioli, un homme dans le langage : originalité, diversité, ouverture, NORMAND C. & DUCARD D., Actes du colloque de Cerisy-la-Salle, juin 2005, Ophrys, 2006.
- FAVOREU L., « La légitimité du juge constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46, n° 2, 1994, pp. 557-581.
- FAVOREU, L., « Les décisions du Conseil Constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », *RDP*, 1982, pp. 419 et s.
- FISHER S & FRANCKEL J.-J. (dir.), *Linguistique, énonciation. Aspects et détermination*, Paris, EHESS, 1983.
- FLÜCKIGER A. « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal » in La normativité, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, janvier 2007.
- FORGUSON L. W., « Locutionary and Illocutionary Acts », in *Essays on J. L. Austin*, BERLIN I. et al. (eds.), Clarendon Press, 1973, p. 160-185.
- FOSSIER A. & MONNET E., « Les institutions, mode d'emploi », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, n° 17, 2009, pp. 7-28.
- FRAENKEL Beatrice, « Actes écrits, actes oraux : la performativité à l'épreuve de l'écriture », *Etudes de communication*, n° 29, 2006.
- FRANCKEL J.-J., « Modalités et opérations de détermination », BULAG. 8, Université de Franche-Comté, Besançon, 1981.
- FRASER T. & JOLY A., « Le système de la *deixis*. Esquisse d'une théorie d'expression en anglais », *Modèles Linguistiques 1*, 1979, p. 97-157
- GAHDOUN P.-Y., « L'émergence d'un droit transitoire constitutionnel », *RDP*, n° 1, 1<sup>er</sup> janvier 2016, pp 149-184.

- GALLETTI F., « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? Propos sur « l'incompétence négative du législateur » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 58, 2004/2, pp. 387-417.
- GAUCHET M., « Les droits de l'Homme ne sont pas une politique », *Le Débat*, n° 3, juillet-août 1980, in *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002.
- GAUCHET M., « Quand les droits de l'homme deviennent une politique » *Le Débat*, n° 110, mai-août 2000, in *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002.
- GENEVOIS B., « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *RFDA*, sept-oct.1998, n° 5, p. 929 et s.
- GREIF A., « Qu'est-ce que l'analyse institutionnelle ? », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, n° 17, 2009, p. 181-210.
- GRELLEY P., « Quand la linguistique rencontre le droit », in « Parler droit », *Droit et justice*, n° 34, printemps-été 2010, pp. 11 et s.
- GROULIER C., « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in THIBIERGE C. (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruylant, L.G.D.J., 2009, pp. 199-210.
- GROULIER C., « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in *La force normative. Naissance d'un concept*, THIBIERGE C. (dir.), Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2009, pp. 199-210.
- GUASTINI R., « Teorie delle regole costitutive », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, n° 60, 1983, pp. 548-564.
- GUENANCIA P., « L'identité », in D. KAMBOUCHNER (dir.), *Notions de philosophie*, Paris, Gallimard, 1995, pp. 653-635.
- GUIBOURG R. A., « Gouvernement, droit et ontologie », in *L'architecture du droit*, BECHILLON (de) D., BRUNET P., CHAMPEIL-DESPLATS V. et al., Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Economica, 2006, pp. 463-475.
- GUILHAUMOU J, « La langue politique et la Révolution française », *Langage et société*, 2005/3, n° 113, p. 63-92.
- HAHN H., « Entités superflues (le rasoir d'Occam) », in *Manifeste du cercle de Vienne et autres écrits*, CARNAP et al., Paris, VRIN, 2010, pp. 191-205.
- HALEVI R., « La déconstitution de l'Ancien Régime. Le pouvoir constituant comme acte révolutionnaire », in *Autour de la notion de Constitution*, *Jus Politicum*, n° 3, 2009.



- HARARI R., « L'acte de parole : réel et vérité », *Cliniques méditerranéennes*, 2003/2 n° 68, p. 163-173.
- HEUSCHLING L., « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Epistémologie d'une distinction théorique », in *La notion de « justice constitutionnelle »*, GREWE C., JOUANJAN O., MAULIN E., et WACHSMAN P. (dir.), Actes du colloque, 16 et 17 janvier 2004, Institut de recherches Carré de Malberg, Strasbourg, Paris, Dalloz, 2005, pp. 85-112.
- HUMMEL J., « Les préambules de la Constitution : une forme du « genre littéraire utopique » ? », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, 2011, n° 31, pp. 203-221.
- JAUME L., « Question d'interprétation : le texte comme producteur d'idéologie », in *L'architecture du droit*, BECHILLON (de) D., BRUNET P., CHAMPEIL-DESPLATS V. et al., Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Paris, Economica, 2006, pp. 519-537.
- JUSSIAUME A., « Existe-t-il un genre littéraire constitutionnel ? », *Revue d'histoire des Facultés de droit, de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, n° 31, 2001, pp. 183-184.
- KELSEN H., « L'essence de l'Etat », in GOYARD-FABRE S. (dir.), *La pensée politique de H. Kelsen, Cahier de philosophie et politique et juridique*, n° 17, 1990, pp. 19-34.
- LA TORRE M., « Le modèle hiérarchique et le concept de droit de Hart », *Revus, revue de théorie constitutionnelle et de philosophie du droit*, n° 21, 2003, pp. 117-139.
- LAB F., « Présent français et traduction automatique : le problème de la généricité », in *Opération énonciatives et interprétation de l'énoncé*, DANON-BOILEAU L. & DUCHET J.-L. (dir.), Mélanges en l'honneur de Janine BOUSCAREN, Paris, Ophrys, 1993, pp. 61-76.
- LACAN J., « Fonction et champ de la parole et du langage en psychanalyse » *La psychanalyse*, n° 1, *Sur la parole et le langage*, 1956, pp. 81-166.
- LARROQUE P., « De la norme à la pratique... », in *L'ajustement dans la TOE d'Antoine Culioli*, Catherine FILIPPI-DESWELLE (dir.), Rouen, *Epilogos*, n° 3, Collection linguistique, 2012, pp. 235-250.
- LARROQUE P., « Le rôle du contexte en anglais non-standard », in GIRARD-GILLET G. (dir.), *Aux marges du texte. Texte et co-texte*, C.I.E.R.E.C., Travaux 128, Université Jean-Monnet, Saint-Etienne, 2006, pp. 149-162.
- LAUGIER S., « Actes de langage et état de choses : Austin et Reinach », *Les études philosophiques*, 2005/1, n° 72, pp. 73-97.



*La performativité du langage constitutionnel*

- LAUGIER S., « Performativité, normativité et droit », *Archives de Philosophie*, 2004/4, Tome 67, p. 607-627.
- LAUWERS P. et TOBBACK E., « Les verbes attributifs : inventaire(s) et statut(s) », *Langages*, n<sup>os</sup> 179-180, 2010/3, p. 79-113.
- LE DIVELLEC A., LEVADE A., PIMENTEL C. M., « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles », in *Contrôle de constitutionnalité et lois constitutionnelles, Cahiers du Conseil constitutionnel*, n<sup>o</sup> 27, janvier 2010, (éd. numérique).
- LE POURHIET A.-M., « Définir la démocratie », *RFDC*, n<sup>o</sup> 87, juillet 2011, pp. 453-464.
- LEEMAN D., « Description, taxinomie, systémique : un modèle pour les emplois des verbes français », *Langages*, n<sup>os</sup> 179-180, 2010/3, p. 5-29
- LEPSIUS O., « Georg Jellineks Methodenlehre im Spiegel der zeitgenössischen Erkenntnistheorie », in *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, PAULSON S. L. & SCHULTE M. (eds.), Tübingen, Mohr, 2000.
- LEROYER A.-M., « La spécificité du langage du droit », in « Parler droit », *Droit et justice*, n<sup>o</sup> 34, printemps-été 2010, pp. 8 et s.
- LEVADE A., « Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles et droit européen – l'intuition d'une piste à explorer », in *Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles, Cahiers du Conseil constitutionnel*, n<sup>o</sup> 27, janvier 2010, (éd. numérique).
- LOSCHAK D., « Le droit, discours de pouvoir », in *Itinéraires*, CONAC G., MAISL H. et VAUDIAUX J. (dir.), Mélanges en l'honneur de Léo HAMON, Economica, Paris, 1982, pp. 429-444.
- MACE S., « Considérer, contempler. Pour une étude du lexique de la vision chez Bossuet », *La toison d'or*, n<sup>o</sup> 6, Dijon, 2004, p. 103-115.
- MAGNON X., « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence », *RFDC*, n<sup>o</sup> 59, 2004, pp. 595-617.
- MALINOWSKI B., « The problem of meaning in primitive languages », in *The meaning of meaning : a study of influence of language upon thought and of the science of symbolism*, OGDEN C. K. & RICHARDS I. A. (dir.), New York, Harcourt, Brace and World, 1923, pp. 296-336.
- MARIOT N., « Le paradoxe acclamatif, ou pourquoi les institutions n'ont pas de première fois », in *Pratiques et méthodes de la socio-histoire*, BUTON M. & MARIOT F. (dir.), Paris, P.U.F, 2009, pp. 165-186.

- MATHIEU B., « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *in* La normativité, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, pp. 69-73.
- MAUS D., « La V<sup>ème</sup> République, hier, aujourd'hui, demain », *in* *Le renouveau du droit constitutionnel*, FAVOREU L. (dir.), Mélanges en l'honneur de Louis FAROVEU, Dalloz, 2007, p. 821-836.
- MAZEAUD L., « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », *RTD civ.* 1929, pp. 17-56.
- MENY Y., « Les conventions de la Constitution », *Pouvoirs*, n° 50, 1789-1989, *Histoire constitutionnelle*, sept. 1989, pp. 53-68.
- MILLARD E., « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *in* La normativité, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, pp. 59-62.
- MONNET E. & NAVARRO P., « Les institutions sont-elles dans la tête ? Entretien avec John Searle », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, n° 17, 2009.
- MONTALIVET (de) P., « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *in* Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, juin 2006, pp. 169-175.
- MORIN O., « Y a-t-il des règles constitutives ? », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, n° 17, 2009, pp. 109-125.
- NICOT S., « Le Conseil constitutionnel face à ses contradictions », *RDLF*, chron. n° 13, 2011 (éd.numérique).
- OGER C. et OLLIVIER-YANIV C., « Conjurer le désordre discursif. Les procédés de « lissage » dans la fabrication du discours institutionnel », *in* *Mots. Les langages du politique*, n° 81, 2006
- OGER C., « Judith Butler, *Le pouvoir des mots. Politique du performatif* », *in* *Mots. Les langages du politique*, n° 81, 200.
- OST F., « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », *in* *La force du droit, panorama des débats contemporains*, BOURETZ P. (dir.), Esprit, Paris, 1991, pp. 241-272.
- PACTET P., « Le Conseil constitutionnel et l'œuvre constituante », *in* *Le renouveau du droit constitutionnel*, FAVOREU L. (dir.), Mélanges en l'honneur de Louis FAROVEU, Dalloz, 2007, pp. 1373-1386.
- PARDINI J.-J., « Réalisme et contrôle des lois en Italie », *in* Le réalisme en droit constitutionnel, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, juin 2007, pp. 160-171.

- PAULIN C., « Etude sémantico-syntaxique d'unité polylexémiques dont le noyau est go : la construction du sens par le co-texte », *Aux marges du texte. Texte et co-texte*, GIRARD-GILLET G. (dir.), C.I.E.R.E.C., Travaux 128, Université Jean-Monnet, Saint-Etienne, 2006, pp. 15-32.
- PECZENIK A., « L'existence de principes supraconstitutionnels », in *L'architecture du droit*, Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Economica, 2006, pp. 817-826.
- PELLEGRIN-RESCIA Marie-Louise, « Enoncer l'éthique ou la puissance du performatif », *Nouvelle revue de psychosociologie*, 2007/1, n° 3, pp. 135-148.
- PETEV V., « Virtualité et construction de la réalité sociale et juridique », *Archives de la philosophie du droit, le droit et l'immatériel*, Tome 43, 1999, pp. 27-34.
- PHILIP L., « Bilan et effets de la saisine du Conseil constitutionnel », *Revue française de science politique*, vol. 34, n° 4-5, 1984, pp. 988-1001.
- PICARD E., « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n° Hors-série du 20 juillet 1998, pp. 6-43.
- PICARD E., « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in *L'office du juge*, Actes de colloque, 29-30 septembre 2006, Palais du Luxembourg, pp. 42-147.
- PREITE Ch., « Analyse de l'organisation énonciative des arrêts de la Cour de justice et du Tribunal de Première Instance des communautés européennes », in *Le français aujourd'hui : Problèmes et méthodes*, ROSSI-GENSANE N. (dir.), Actes de colloque, 25-27 septembre 2003, Université de Tours, in *Corela, Numéros thématiques*, « Colloque AFLS », 2005.
- PRIET F., « L'incompétence négative du législateur », *RFDC*, 1994, n° 17, pp. 59-85.
- RAID L., « Enoncés passionnés et performatif selon Stanley Cavell », *Revue internationale de la philosophie*, 2011/2, n° 256, pp. 151-165.
- RAYNAUD P., « « Faire » et « connaître » dans la philosophie politique moderne », in *Théorie du droit et science*, AMSELEK P. (dir.), Léviathan, P.U.F., Paris, 1994, pp. 27-47.
- REINACH A., « Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes » (1913), repr. in *Gesammelte Schriften*, Halle, Niemeyer, (1921), CROSBY J. F. (trad.), *Aletheia*, n° 3, 1964, pp. 1-142.
- RIBES D., « Le réalisme du conseil constitutionnel », in *Le réalisme en droit constitutionnel*, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, juin 2007, pp. 132-140.

- RICHAUD C., « Présence et perspectives de l'argument du précédent dans les délibérations du Conseil constitutionnel », VIII<sup>ème</sup> Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Nancy, 16-18 juin 2011.
- ROSS A., « Tû-Tû », *Enquêtes*, n° 7, 1998, pp. 263-279.
- ROSSI-GENSANE N. (dir.), *Le français aujourd'hui : Problèmes et méthodes*, Actes de colloque, 25-27 septembre 2003, Université de Tours, in *Corela, Numéros thématiques*, « Colloque AFLS », 2005.
- ROUSSEAU D. (dir.), *La démocratie continue*, Actes de colloque, 2-4 avril 1992, Faculté de droit de Montpellier, Paris, Bruylant, 1992.
- ROUSSEAU D., « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *RDP*, n° 1, 1999, pp. 47-92.
- ROUSSEAU D., « De la démocratie continue », in *La démocratie continue*, ROUSSEAU D. (dir.), Actes de colloque, 2-4 avril 1992, Faculté de droit de Montpellier, Paris, Bruylant, 1992.
- ROUSSEAU D., « De quoi le Conseil constitutionnel est-il le nom ? », in *Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?*, *Jus Politicum*, n° 7, 2012.
- ROUSSEAU D., « La Constitution peut-elle être modifiée ? », La révision de la Constitution sous la Vème République, Cinquantième anniversaire de la Constitution, *La Constitution en 20 questions*, Question n° 20, 2008 [en ligne, disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr>].
- ROUSSEAU D., « Prolégomènes à l'étude de l'identité constitutionnelle », in *Le droit constitutionnel normatif, développement récents*, BEN ACHOUR R. (dir.), Bruylant, 2009, pp. 19-29.
- SAINT-BONNET F., « Le pouvoir normatif des anciens juges. Le contrôle juridictionnel *a priori* des lois du roi », in *Le pouvoir normatif du juge constitutionnel*, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, juillet 2008, p. 86-89.
- SAINT-BONNET F., « Un droit fondamental avant le droit constitutionnel ? », *Droits*, n° 32, 2000, p. 7-20.
- SEARLE J. R., « Langage, conscience, rationalité », *Revue Le débat*, n° 109, mars-avril 2000, pp. 177-192.
- SEARLE J. R., « What is an institution ? », *Journal of Institutional Economics*, vol. 1, Issue 1, June 2005, pp. 1-22.
- SEROT P., « Langue russe et discours politique soviétique : analyse des nominalisations », *Langages*, n° 81, 1986, pp. 11-41.

- SOBOCINSKI B., « L'analyse de l'antinomie russellienne par Lesniewski », *Methodos*, vol. 2, 1950, pp. 237-257.
- SQUELLA A., « Law and force », in *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. WEINBERGER O. et al.*, Geburtstag, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pp. 617-624.
- STRAWSON P. F., « On Referring », *Mind*, vol. 59, 1950, pp. 219-234.
- STRÖMHOLM S. & VOGEL H.H., *Le « réalisme scandinave » dans la philosophie du droit*, L.G.D.J., 1975, pp. 75 et s.
- TERRE F., « Le choix des mots » in « Parler droit », *Droit et justice*, n° 34, printemps-été 2010, pp. 2 et s.
- TROGNON A., « La Déclaration en tant qu'acte de discours », in *Les valeurs de la révolution devant la science actuelle*, BORELLA F. (dir.), Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1990.
- TROPER M., « Démocratie constituée et justice constitutionnelle », in *La démocratie continue*, ROUSSEAU D. (dir.), Actes de colloque, 2-4 avril 1992, Faculté de droit de Montpellier, Paris, Bruylant, 1992.
- TROPER M., « Histoire constitution et théorie constitutionnelle », in *L'histoire du contrôle de constitutionnalité*, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 28, juillet 2010, pp. 4-9.
- TROPER M., « Le réalisme et le juge constitutionnel », in *Le réalisme en droit constitutionnel*, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, juin 2007, pp. 125-131.
- TUSSEAU G., « La théorie des normes de compétence d'Alf Ross », *Revus*, n° 24, 2014, 115-140.
- VEDEL G., « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », in *Théorie et pratique du gouvernement constitutionnel*, MARSHALL T. (éd.), La Garenne-Colombes, Éditions de l'Espace européen, 1992.
- VEDEL G., « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, n° 2, p. 178-180.
- VERPEAUX M., « Note sous décision n° 99-412 DC », in *Chronique de jurisprudence constitutionnelle*, n° 21, janvier-juin 1999, *LPA*, n° 188, 21 septembre 1999, pp. 18-20.
- VIALA A., « La consécration du droit naturel moderne dans la décision du Conseil constitutionnel relative au mariage gay », *AJJC*, 2014, pp. 77-85.

- VIALA A., « Aux sources de la controverse juridique : la force des mots », in *Interpréter et traduire*, SUEUR J.-J (dir.), Actes de colloque international, 25-26 novembre 2005, Faculté de droit de Toulon, Paris, Bruylant, 2007, pp. 189-215.
- VIALA A., « L'autorité des censures « néo-calédoniennes » : quand le contrôle *a priori* pétrifie les enjeux du contrôle *a posteriori* », *Constitutions : Revue de droit constitutionnel appliqué*, n° 4, Octobre-décembre 2013, p. 574-581.
- VIALA A., « L'autorité des censures « néo-calédoniennes » : quand le contrôle *a priori* pétrifie les enjeux du contrôle *a posteriori* », *Constitutions : Revue de droit constitutionnel appliqué*, n° 4, Octobre-décembre 2013, [en ligne, disponible sur <https://documentation.outre-mer.gouv.fr>].
- VIALA A., « Le concept d'identité constitutionnelle : approche théorique », in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, BURGORGUE-LARSEN L. (dir.), Cahiers européens, n° 1, Pédone, Paris, 2011, pp. 7-24.
- VIALA A., « Riccardo Guastini, traduit de l'italien et présenté par Véronique Champeil-Desplats, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Paris, 2010 », in *Mutation ou crépuscule des libertés publiques ?*, *Jus Politicum*, n° 5, 2010.
- WACHSMANN P., « L'Oracle des libertés ne parle qu'une seule fois », in *Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?*, *Jus Politicum*, n° 7, 2012.
- WAISMANN F., « Verifiability », *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 19, 1945, pp. 119-150, réimpr. in A. Flew (ed.), *Essays in Logic and Language*, Oxford, Blackwell, 1951, « Vérifiabilité », in *Philosophie des sciences. Théorie, expériences et méthodes*, LAUGIER S., WAGNER P. (coord.), CHAPUIS-SCHMITZ D., LAUGIER S. (trad.), Vrin, coll. Textes clés, 2004, pp. 325-350.
- ZANON N., « La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle », *AJJC*, 1989, Paris, Economica, P.U.A.M., 1991, pp. 177-189.
- ZUBER R., « Structure prépositionnelle du langage », Dunod, *Document de linguistique quantitative*, n° 17, Paris, 1972, p. 55 et s.

## VIII – ARTICLES DE PRESSE, CONFÉRENCES ET DISCOURS

- BELLOUBET N., « Le Conseil constitutionnel, une cour suprême ? » Conférence donnée à la faculté de droit de Montpellier le 7 mars 2014.
- De GAULLE, Discours prononcé à Bayeux le 16 juin 1946.

*La performativité du langage constitutionnel*

DENQUIN J.-M., « La notion de concept juridique », Conférence donnée à la faculté de droit de Montpellier le 6 mai 2013.

DEVEDJIAN P., « Je souhaite que le Conseil constitutionnel soit à l'abri de tout soupçons », LE MONDE, 13 janvier 2010.

FAVOREU L., « La légitimité du Conseil tient à ce qu'il n'a pas le dernier mot », LE FIGARO, 27 août 1993.

FOYER J., « Loi d'orientation de la recherche et du développement technologique », JOAN, 21 juin 1982.

GUENA Y., « Le rôle du Conseil constitutionnel français », Exposé présenté à l'occasion du 150<sup>ème</sup> anniversaire de l'État fédéral suisse, le 13 juin 1998.

MAZEAUD P., « Vœux du président du Conseil constitutionnel au Président de la République, prononcé le 3 janvier 2005.

SCHNAPPER D., « Une sociologue au Conseil constitutionnel », Conférence donnée à la faculté de droit de Montpellier le 5 avril 2011.

Séance du Comité consultatif constitutionnel, 9<sup>ème</sup> séance, 7 août 1958, *Documents pour servir l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. II, Paris, La Documentation française, 1998, pp. 254-257.



# TABLE CHRONOLOGIQUE DES DECISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL CITEES

CC, n° 62-18 L du 16 janvier 1962, *Loi d'orientation agricole*, Rec., p. 31, JO, 25 février 1962, p. 1915.

CC, n° 62-20 DC du 06 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, Rec., p. 27, JO, 7 novembre 1962, p. 10778.

CC, n° 67-31 DC du 26 janvier 1967, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, Rec., p. 79, JO, 19 février 1967, p. 1793.

CC, n° 68-35 DC du 30 janvier 1968, *Loi relative aux évaluations servant de base à certains impôts directs locaux*, Rec., p. 19, JO, 1<sup>er</sup> février 1968.

CC, n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association*, Rec., p. 29, JO, 18 juillet 1971, p. 7114.

CC, n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, Rec., p. 671, JO, 16 janvier 1975, p. 671.

CC, n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale*, Rec., p. 22, JO, 24 juillet 1975, p. 7533.

CC, n° 76-70 DC du 2 décembre 1976, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*, Rec., p. 39, JO, 7 décembre 1976, p. 7052

CC, n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*, Rec., p. 33, JO, 13 janvier 1976, p. 344.

CC, n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1<sup>er</sup> juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement*, Rec., p. 42, JO, 25 novembre 1977, p. 5530.

CC, n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, Rec., p. 33, JO, 27 juillet 1979.

- CC, n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, Rec., p. 31, JO, 13 juillet 1979, p. 1824.
- CC, n° 79-112 DC du 9 janvier 1980, *Loi portant aménagement de la fiscalité directe locale*, Rec., p. 32, JO, 11 janvier 1980, p. 85.
- CC, n° 80-117 DC du 22 juillet 1980, *Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires*, Rec., p. 42, JO, 24 juillet 1980, p. 1867.
- CC, n° 80-120 DC du 17 juillet 1980, *Loi modifiant les articles 13, 14 et 15 de la loi d'orientation de l'enseignement supérieur du 12 novembre 1968*, Rec., p. 39, JO, 19 juillet 1980, p. 1836.
- CC, n° 81-129 DC du 31 octobre 1981, *Loi portant dérogation au monopole d'Etat de la radiodiffusion*, Rec., p. 35, JO, 1 novembre 1981, p. 2997.
- CC, n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, Rec., p. 18, JO, 17 janvier 1982, p. 299.
- CC, n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, Rec., p. 48, JO, 27 juillet 1982, p. 2422.
- CC, n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, *Loi sur les prix et les revenus*, Rec., p. 57, JO, 31 juillet 1982, p. 2470.
- CC, n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, Rec., p. 66, JO, 19 novembre 1982, p. 3475.
- CC, n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, Rec., p. 78, JO, 13 octobre 1984, p. 3200.
- CC, n° 84-183 DC du 18 janvier 1985, *Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, Rec., p. 32, JO, 20 janvier 1985, p. 820.
- CC, n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, Rec., p. 43, JO, 26 janvier 1985, p. 1137.
- CC, n° 85-196 DC du 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, Rec., p. 63, JO, 8 août 1985, p. 9125.
- CC, n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, Rec., p. 70, JO, 24 août 1985, p. 9814.

CC, n° 85-200 DC du 16 janvier 1986, *Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité*, Rec., p. 9, JO, 18 janvier 1986, p. 920.

CC, n° 86-209 DC du 3 juillet 1986, *Loi de finances rectificative pour 1986*, Rec., p. 86, JO, 4 juillet 1986, p. 8342.

CC, n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, *Loi relative au régime de la presse*, Rec., p. 110, JO, 30 juillet 1986, p. 9393.

CC, n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, Rec., p. 141, JO, 19 septembre 1986, p. 11294.

CC, n° 87-230 DC du 27 juillet 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, Rec., p. 48, JO, 29 juillet 1987, p. 8508.

CC, n° 87-232 DC du 7 janvier 1988, *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole*, Rec., p. 17, JO, 10 janvier 1988, p. 482.

CC, n° 87-237 DC, 30 décembre 1987, *Loi de finances pour 1988*, Rec. p. 63, JO, 31 décembre 1987, p. 15761.

CC, n° 89-258 DC du 8 juillet 1989, *Loi portant amnistie*, Rec., p. 48, JO, 11 juillet 1989, p. 8734.

CC, n° 90-274 DC du 9 mai 1990, *Loi visant à la mise en œuvre du droit au logement*, Rec., p. 61, JO, 1<sup>er</sup> juin 1990, p. 6518.

CC, n° 92-308 DC du 09 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, Rec., p. 55, JO, 11 avril 1992, p. 5354.

CC, n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*, Rec., p. 76, JO, 3 septembre 1992, p. 12095.

CC, n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Rec., p. 224, JO, 18 août 1993, p. 11722.

CC, n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, Rec., p. 100, JO, 29 juillet 1994, p. 11024.

CC, n° 94-350 DC du 20 décembre 1994, *Loi relative au statut fiscal de la corse*, Rec., p. 134, JO, 24 décembre 1994, p. 18387.

CC, n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, Rec., p. 176, JO, 21 janvier 1995, p. 1166.

CC, n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, Rec., p. 45, JO, 25 avril 1997, p. 6271.

CC, n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes*, Rec., p. 344, JO, 3 janvier 1998, p. 165.

CC, n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux*, Rec., p. 21, JO, 20 janvier 1999, p. 1028.

CC, n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, Rec., p. 51, JO, 21 mars 1999, p. 4234.

CC, n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Loi relative à la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, Rec., p. 71, JO, 18 juin 1999, p. 8964.

CC, n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie Législative de certains codes*, Rec., p. 136, JO, 22 décembre 1999, p. 19041.

CC, n° 99-424 DC du 29 décembre 1999, *Loi de finances pour 2000*, Rec., p. 156, JO, 31 décembre 1999, p. 19991.

CC, n° 2000-436 DC du 07 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, Rec., p. 176, JO, 14 décembre 2000, p. 19840.

CC, n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, Rec., p. 49, JO, 18 janvier 2002, p. 1053.

CC, n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, Rec., p. 211, JO, 19 mars 2003, p. 4789.

CC, n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, Rec., p. 293, JO, 29 mars 2003, p. 5570.

CC, n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, *Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile*, Rec., p. 455, JO, 11 décembre 2003, p. 21085.

CC, n° 2004-496 du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rec., p. 101, JO, 22 juin 2004, p. 11182.

CC, n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec., p. 173, JO, 24 novembre 2004, p. 19885.

CC, n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, Rec., p. 72, JO, 24 avril 2005, p. 7173.

CC, n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, *Rec.*, p. 88, JO, 3 août 2006, p. 11541.

CC, n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, *Rec.*, p. 459, JO, 29 décembre 2007, p. 21813.

CC, n° 2011-639 DC du 28 juillet 2011, *Loi tendant à améliorer le fonctionnement des maisons départementales des personnes handicapées et portant diverses dispositions relatives à la politique du handicap*, *Rec.*, p. 398, JO, 30 juillet 2011, p. 13011.

CC, n° 2012-649 DC du 15 mars 2012, *Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives*, *Rec.*, p. 142, JO, 23 mars 2012, p. 5253.

CC, n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, *Rec.*, p. 721, JO, 18 mai 2013, p. 8281.

CC, n° 2013-675 DC du 9 octobre 2013, *Loi organique relative à la transparence de la vie publique*, *Rec.*, p. 956, JO, 12 octobre 2013, p. 16838.

CC, n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*, *Rec.*, p. 1094, JO, 24 décembre 2013, p. 21069.

CC, n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L.*, *Rec.*, p. 91, JO, 29 mai 2010, p. 9728, texte n° 67.

CC, n° 2010-16 QPC du 23 juillet 2010, *M. Philippe E.*, *Rec.*, p. 164, JO, 24 juillet 2010, p. 13728, texte n° 121.

CC, n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010, *M. Kamel D.*, *Rec.*, p. 406, JO, 19 décembre 2010, p. 22373, texte n° 49.

CC, n° 2011-157 QPC du 5 août 2011, *Société SOMODIA*, *Rec.*, p. 430, JO, 6 août 2011, p. 13476.

CC, n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012, *M. Christian S.*, *Rec.*, p. 636, JO, 1 décembre 2012, p. 18908, texte n° 93.

CC, n° 2013-349 QPC du 18 octobre 2013, *Société Allianz IARD et autres*, *Rec.*, p. 1000, JO, 20 octobre 2013, p. 17279, texte n° 32.

CC, n° 2014-419 QPC du 8 octobre 2014, *Société Praxair SAS*, JO, 10 octobre 2014 p. 16485, texte n° 76.

CC, n° 2014-373 QPC du 4 avril 2014, *Société Sephora*, JO, 5 avril 2014 p. 6477, texte n° 1.

CC, n° 2015-485 QPC du 25 septembre 2015, *M. Johnny M.*, JO, 27 septembre 2015, p. 17328.

CC, n° 2016-539 QPC du 10 mai 2016, *Mme Eve G.*, JO n° 110, 12 mai 2016, texte n° 38.

CC, n° 2016-540 QPC du 10 mai 2016, *Société civile Groupement foncier rural Namin et Co*, JO n° 110, 12 mai 2016, texte n° 39.

# INDEX ALPHABETIQUE

## -A-

**Abrogation** : 174, 400, 544, 550s, 591s, 615s, 626s.

**Actualisation** : 58s, 125, 148s, 193, 313, 338.

**Adressataire** : 87s, 270s, 624.

**Anaphore** : 159, 424s, 432s, 462.

**Annulation** : 396s, 532s, 544s, 593s.

**Arrêt** : 219, 258, 469, 511, 519s, 534s, 550, 579, 590s.

**Autorité** : 35, 178s, 201, 273s, 294, 341s, 377, 394s, 527s, 541s, 576, 592s, 619.

- de chose jugée : 527s, 551, 605.

- skeptron : 273s.

## -B-

**Banalisation** : 43, 265, 311, 327, 599, 627.

## -C-

**Censure** : 75, 98, 152s, 216, 317, 345, 366, 404s, 456, 537s, 568s, 585s, 619s.

- virtuelle, 543s.

**Commandement** : 12s, 44, 76, 94s, 132, 176, 269, 276, 285s, 330s, 352s, 402s, 480, 504s, 533, 625.

**Communication** : 1s, 26s, 44s, 65, 87s, 155, 188, 199s, 231s, 258s, 390s, 427, 462, 507, 513, 539s, 583s, 628.

**Compétence** : 15s, 63s, 84, 92, 140s, 225s, 255s, 279, 298s, 344s, 371s, 416s, 472s, 520, 573, 592s.

**Comportement** : 14s, 45s, 86s, 128s, 173s, 225s, 264s, 478s.

### Concept

- générique, 5s, 45s, 89, 118s, 178, 219s, 299s, 356, 373s, 429s, 500s, 565, 584s, 615.

- individualisé, 339s, 356, 388s, 438s, 625.

- instituant, 294s.

- opératoire, 294s.

**Conseiller** : 67, 393s, 476, 554s, 581, 586.

**Constat** : 42, 64, 84, 250, 260, 532, 574, 617.

**Contexte** : 5, 22s, 76s, 113s, 124s, 162, 189s, 240s, 288s, 312, 320s, 350s, 384s, 407s, 421s, 443s, 453s, 475s, 483, 515, 525, 530, 586, 614s, 623s.

**Continuité** : 40, 62, 192s, 216, 222s, 239, 254, 258, 306, 316s, 328, 337, 364, 367, 372, 385, 399, 447s, 469, 486, 536, 579.

### Contrôle

- *a posteriori* : 97, 152, 521, 530s, 545, 551s, 576, 585s.

- *a priori* : 97, 391, 521s, 545s, 570, 576, 582s, 626s.



- de constitutionnalité, 96s, 149s, 165, 169, 252, 310, 322, 380s, 438, 525, 534, 546s, 571s, 585s, 613s.

**Convention** : 3, 70, 87, 239s, 284, 316, 398, 440s, 489s, 609, 612.

- de la Constitution : 489s, 612.
- de langage : 87, 440.

## -D-

### Décision

- constitutionnelle, 37, 64s, 85, 96s, 149s, 228, 251s, 271, 280s, 298s, 315, 325s, 368s, 457, 462s, 484s, 499, 521s, 546s, 555s, 598s, 611s.
- politique, 37, 158s, 185, 201, 251, 370, 406, 457, 484s.

**Définition** : 15s, 44s, 70s, 84s, 107s, 130, 138s, 236, 242, 243s, 257, 273, 278s, 289s, 315, 321, 335, 339s, 362, 366, 377s, 388s, 407, 412s, 480s, 500s, 517, 521s, 533, 541s, 565s, 600, 622s.

**Deixis** : 29, 349, 425s.

**Désactualisation** : 62, 75, 125s.

**Devoir-être** : 12s, 75s, 160, 175s, 234, 279, 290, 322, 352, 481, 493, 506s, 515, 526, 600, 621.

### Discours

- actualisé : 60s, 132, 153.
- déclaratoire : 10, 36, 53s, 75, 86, 93s, 119s, 126s, 132s, 140, 149s, 207, 214, 233, 250s, 265s, 284, 318, 355, 361s, 403, 422, 449s, 474s, 521s, 561s, 598s.
- désactualisé, 59s, 122s, 151s.
- dialogique, 87s, 184, 247, 267s, 402s, 478s, 501, 514s, 611, 620.
- monologique, 86s, 188, 199, 230s, 247s, 267s, 478s, 501, 515, 533, 564, 600, 611, 620, 626.

**Droits fondamentaux** : 16, 24, 36s, 98s, 119s, 188, 205, 228, 243s, 308s, 338, 359s, 415, 423s, 439, 449s, 485, 523s, 558, 581, 591s.

## -E-

### Enoncé

- constatif : 41s, 79s.
- définitoire : 71, 113, 190.
- descriptif : 4, 45s, 70s, 103s, 142, 164s, 189, 248, 276s, 329s, 341, 352s, 379, 418, 477, 516, 560, 625.
- performatif : 7, 8, 28, 29, 30, 31, 41, 50, 71, 74, 76, 77, 82, 83, 84, 110, 113, 116, 175, 177, 192, 249, 272, 337, 413, 433, 436, 441, 619.

**Enonciateur** : 22s, 52s, 91, 113, 130, 153, 182, 259, 270s, 300s, 414, 422s, 435, 556s.

### Enonciation

- constative : 79, 329, 386, 476, 564s.
- performative : 4, 12, 30, 51, 79, 113, 119, 180, 249, 421, 625.

**Essence** : 5s, 34s, 52, 81s, 119s, 230s, 251s, 339s, 398s, 416s, 469s, 485, 494s, 513s, 532s, 563s, 596s.

**Ethique** : 16, 29, 58, 75, 84, 135, 142, 276, 481, 501s, 549, 586s, 599s, 619, 625.

**Etre** : 24, 71s, 100, 120, 147, 158s, 185s, 212, 225, 237, 263s, 288s, 318, 324s, 350s, 373, 383s, 437s, 481s, 503s, 536, 546, 559, 574, 589, 600.

## -F-

**Faute** : 268, 291, 479s, 606s.

**Fiat** : 193, 230s, 263, 611.

## -I-

**Illocutoire** : 7s, 50s, 79, 114s, 139s, 175, 186s, 267s, 562.

**Individu** : 5s, 22, 32, 49, 105, 121s, 183, 232s, 263s, 337, 357s, 585s, 614, 628.

**Interprétation** : 8, 14, 20, 32s, 59, 69, 82s, 112s, 137s, 163s, 224, 238s, 256s, 281s, 321, 339s, 391s, 439, 472s, 524s, 604s, 626s.

- authentique : 36, 42, 190, 258, 408, 568, 585, 626.

- circonstancielle : 8, 82, 137.

- conforme : 407.

- connaissance : 69, 260, 566.

- évolutive : 102.

- extensive : 389, 578s.

- finaliste : 112.

- fonctionnelle : 339.

- historique : 163.

- sémantique : 364.

- téléologique : 170.

## -J-

**Jugement** : 13, 67s, 83, 96, 153s, 174, 285, 302, 322, 340, 376, 403s, 486, 501, 521s, 590s, 619.

## -L-

**Locuteur** : 7, 15, 21s, 50s, 112s, 142, 162, 270s, 308, 330, 347s, 423, 556, 571, 628.

**Locutoire** : 7s, 28, 50, 79s, 114s, 139s, 175, 186s, 267, 283s, 413, 428s.

## -N-

**Normativisme** : 13, 174, 298.

### Normativité

- absolue : 620, 626.

- éthique : 620, 626.

### Norme

- de conduite : 21, 173, 184, 278, 351, 507.

- primaire : 21, 173s, 275.

- secondaire : 21, 173s.

**Notion** : 8, 13s, 121, 123, 133s, 151s, 167, 174s, 212, 231s, 257s, 275s, 294, 309s, 353, 392s, 415s, 460, 480s, 553, 573, 589, 596s, 612.

- notion culiolienne : 104s, 137s, 409s, 625.

## -O-

**Obligation** : 12s, 75s, 102s, 142, 154s, 173s, 241, 254, 268s, 343s, 378, 403s, 479, 507s, 565, 579, 591, 628.

- externe : 20, 75, 102, 276, 291.

- interne : 20, 276, 291, 343.

## -P-

**Paradigme** : 27s, 243s, 342, 351, 427.

### Performativité

- créatrice : 139s, 157s, 192, 264s, 300.

- objective : 624.

**Perlocutoire** : 7s, 272s, 393, 562.

### Pouvoir

- constituant : 5, 24, 39s, 74, 104s, 161s, 297s, 357s, 408s, 460, 471s, 577s, 606s, 624s.

- de révision : 43, 163s, 195s, 230s, 263, 301, 313s, 351, 517, 579, 602, 618.
- dérivé : 162s, 189s, 227s, 260, 303s, 320s, 577, 627.
- originaire : 105, 194s, 227s, 301s, 328, 357s, 460, 606.

**Préconstruit** : 153s, 411, 421s, 462, 474s.

**Prédicat** : 71s, 106, 339s, 413s, 442, 462, 476.

**Prédication** : 141, 160, 339, 349s, 377, 413s, 445, 565.

**Présomption** : 570, 603s.

**Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République** : 102, 150, 192, 228, 253, 368, 386s, 461s.

**Promulgation** : 62, 97, 171s, 216s, 377, 453, 524s, 569s.

## -Q-

**Question prioritaire de constitutionnalité** : 37, 168, 391, 400, 529s, 550s, 576s.

## -R-

### Règle

- constitutive : 45, 478s, 533s, 584, 596s.
- indépassable : 552, 560.
- normative : 75, 179, 478s, 594, 620s.

**Régulation** : 4, 16, 94, 122, 134, 201, 234, 270, 283s, 480, 503s, 590s, 621s.

**Rupture** : 39s, 131s, 193s, 289, 316s, 328s, 357s, 407s, 445s, 475s, 624s.

- matérielle : 203s, 328s, 487.

## -S-

**Sanction** : 15s, 45, 76, 178s, 268s, 314, 325s, 360, 378, 396s, 453, 479s.

**Sémantique** : 2s, 26s, 63s, 109s, 272s, 340s, 367, 404s, 462s, 515, 539, 555s.

### Sens

- déterminable : 414.
- déterminé : 95, 325, 414, 539.
- phatique : 16, 413s.
- rhétorique : 16, 413s.

**Signe** : 2s, 30, 146, 260, 336s, 365s, 407, 419s, 579s.

**Signification** : 3s, 29s, 142s, 190s, 231s, 279s, 339s, 376s, 413s, 464, 497, 537s, 613s.

**Stratégie** : 46, 259, 387, 559, 623.

**Sui-référence** : 8, 77s, 114, 349, 383, 408, 433.

**Sujet** : 13s, 59s, 104s, 190s, 234s, 270s, 325, 339s, 392s, 505s, 531s, 580s.

**Syndèse** : 283s, 339s, 362, 378, 478, 559.

**Syntaxe** : 2, 26, 71s, 111s, 243, 286, 338s, 394, 413s, 557s.

**Système** : 22, 70, 111, 339, 496s.

- de langue : 33s, 628.
- juridique : 63, 174s, 199s, 292, 555, 578.

## -T-

**Temps** : 22s, 121s, 170, 186, 205, 216s, 252s, 282s, 313, 338s, 362s, 400s, 429, 441s, 473s, 492s, 539s, 591s.

**-V-**

**Verbe**

- attributif : 339s.

**Vérité** : 3s, 17s, 28, 56, 68, 80s, 140,  
192, 249, 406, 431s, 539, 556, 562.

- condition de : 29, 243.

**Volonté**

- acte de : 13, 74, 93s, 202, 233, 364,  
498, 535, 615.

- générale : 241, 262, 270s, 280, 310,  
343, 380, 406, 455, 471, 564s.

# TABLE DES MATIERES

|   |           |
|---|-----------|
| SOMMAIRE .....  | 1         |
| PRINCIPALES ABREVIATIONS .....  | 4         |
| INTRODUCTION .....  | 7         |
| <b>I – UN OBJET DOUBLE .....</b>  | <b>11</b> |
| a) La performativité .....  | 11        |
| 1. La performativité du langage .....   | 12        |
| 2. La performativité politique .....  | 13        |
| 3. La performativité institutionnelle.....  | 15        |
| b) La nature du droit constitutionnel.....  | 17        |
| 1. La distinction entre être et devoir-être .....                                       | 17        |
| 2. La qualité de norme constitutionnelle .....  | 19        |
| <b>II – UNE METHODE ANALYTIQUE.....</b>   | <b>21</b> |
| a) Une méthode analytique théorique .....   | 22        |
| 1. Une approche déductive.....  | 22        |
| 2. Une approche distinctive.....  | 23        |
| 3. Une approche énonciative .....   | 25        |
| 4. Une approche dialectique.....  | 27        |
| b) Une méthode analytique technique .....   | 29        |
| 1. Une approche morphosyntaxique.....   | 29        |
| 2. Une approche sémantique .....  | 31        |
| 3. Une approche pragmatique .....   | 32        |
| 4. Une approche contextuelle.....   | 33        |
| <b>III – UN CHAMP D’ETUDE COMPLEXE.....</b>   | <b>35</b> |
| a) La circonscription au droit constitutionnel français .....                           | 36        |
| b) Un corpus juridico-politique.....  | 37        |
| 1. Le discours constitutionnel textuel .....  | 37        |
| 2. Le discours constitutionnel jurisprudentiel.....                                     | 38        |
| 3. Le discours politique constitutionnel .....  | 40        |
| c) Un contexte d’énonciation hétérogène .....   | 41        |
| 1. La crise politique.....  | 41        |
| 2. La crise institutionnelle.....   | 42        |
| 3. La révision constitutionnelle.....   | 43        |
| <b>IV – PROBLEMATIQUE.....</b>  | <b>43</b> |
| <br>  |           |
| <b>PREMIERE PARTIE : L’ACTION CREATRICE DU LANGAGE CONSTITUTIONNEL.....</b>             | <b>49</b> |
| <br>  |           |
| <b>TITRE I : LA FORME DE L’ACTION CREATRICE .....</b>                                   | <b>52</b> |
| Chapitre 1 : L’identification d’une forme spécifique .....                              | 54        |
| Section I : <i>Une spécificité liée à la forme constative du dire constituant</i> ..... | 55        |
| §1 : La forme déclaratoire du discours.....   | 56        |
| A/ Un texte constitutionnel effectivement déclaratoire.....                             | 56        |
| 1. Un discours descriptif.....  | 56        |
| 2. Un discours déresponsabilisant .....   | 59        |
| B/ Un discours jurisprudentiel déclaratoire en apparence .....                          | 63        |

|   |            |
|---|------------|
| 1. Une attitude discursive monstrative .....  | 64         |
| 2. Une attitude discursive déresponsabilisante .....  | 66         |
| §2 : La forme descriptive des énoncés .....   | 70         |
| A/ Des énoncés définitoires .....   | 71         |
| 1. Des énoncés assertifs et descriptifs .....   | 71         |
| 2. L'assertion d'un <i>être</i> .....   | 75         |
| B/ Une forme <i>a priori</i> opposée à la performativité .....                                | 77         |
| 1. La fragile distinction entre constatif et performatif .....                                | 78         |
| 2. Une performativité constitutionnelle implicite .....                                       | 81         |
| <i>Section II : Une spécificité liée à la finalité constructive du dire constituant</i> ..... | 85         |
| §1 : Une performativité monologique .....   | 85         |
| A/ L'absence d'adressataire constitutionnel .....   | 86         |
| 1. L'exception discursive du monologue pur .....  | 86         |
| 2. Le caractère monologique du dire constituant .....   | 90         |
| B/ La dualité discursive de la jurisprudence constitutionnelle .....                          | 93         |
| 1. Un discours juridictionnel dialogique .....  | 94         |
| 2. Une insertion monologique .....  | 97         |
| §2 : Une performativité conceptrice .....   | 100        |
| A/ Des énoncé-concepts .....  | 100        |
| 1. Une ontologie subjective issue d'une épistémologie objective .....                         | 101        |
| 2. Des concepts distincts de la notion scientifique .....                                     | 104        |
| B/ Une performativité liée à la volonté de construire .....                                   | 108        |
| 1. Une existence inhérente à sa description .....   | 109        |
| 2. Des mots comme matériaux .....   | 111        |
| Chapitre 2 : L'identification d'une forme multiple .....                                      | 115        |
| <i>Section I : La forme utopique des droits de l'Homme</i> .....                              | 116        |
| §1 : Une définition <i>a priori</i> idéale de la Société .....                                | 117        |
| A/ Un discours universalisant .....   | 117        |
| 1. Un discours généralisant .....   | 118        |
| 2. Un discours désactualisé .....   | 120        |
| B/ Un discours idéalisé .....   | 125        |
| 1. Un discours projeté .....  | 126        |
| 2. L'expression d'un modèle social irréalisable .....   | 128        |
| §2 : Une définition <i>a posteriori</i> réalisée .....  | 133        |
| A/ La dimension créatrice du niveau illocutoire .....   | 133        |
| 1. Une dimension illocutoire constituante .....   | 134        |
| 2. La création d'un <i>être en devenir</i> .....  | 137        |
| B/ La réalisation juridictionnelle des déclarations de droits .....                           | 141        |
| 1. Une réalisation par l'actualisation des droits fondamentaux .....                          | 142        |
| 2. Une réalisation par l'effectivité normative des droits fondamentaux .....                  | 145        |
| <i>Section II : La forme organisationnelle du corps de la Constitution</i> .....              | 148        |
| §1 : La réalisation de l'être structurel de l'Etat .....                                      | 149        |
| A/ L'énonciation constitutive des « présupposés fondamentaux » .....                          | 150        |
| 1. L'énonciation des fondements de l'identité politique .....                                 | 150        |
| 2. L'énonciation des fondements de l'identité étatique .....                                  | 153        |
| B/ L'énonciation technique des « détails d'organisation » .....                               | 157        |
| 1. Une nature <i>a priori</i> infraconstitutionnelle .....                                    | 158        |
| 2. La précision de l'être institutionnel statique .....                                       | 160        |
| §2 La réalisation de l'être dynamique de l'Etat .....   | 163        |
| A/ La création définitoire des compétences institutionnelles .....                            | 164        |
| 1. La création constitutionnelle par l'habilitation .....                                     | 164        |
| 2. La définition des propriétés institutionnelles de mouvement .....                          | 167        |
| B/ La création définitoire de rapports interinstitutionnels .....                             | 170        |
| 1. La définition des rapports horizontaux .....   | 171        |
| 2. La définition des rapports verticaux .....   | 175        |
| <b>CONCLUSION DU TITRE I</b> .....  | <b>178</b> |
| <b>TITRE II : LE CONTEXTE DE L'ACTION CREATRICE</b> .....                                     | <b>180</b> |
| Chapitre 1 : Une création <i>ex nihilo</i> .....  | 182        |
| <i>Section I : Une rupture</i> .....  | 183        |

|  |     |
|--|-----|
| §1 : La rupture par l'exercice du pouvoir constituant .....  | 184 |
| A/ Le pouvoir constituant originaire : une rupture institutionnelle .....                            | 184 |
| 1. La marque d'une discontinuité .....   | 185 |
| 2. Le passage du <i>néant</i> à l' <i>être</i> constitutionnel .....                                 | 187 |
| B/ Le pouvoir constituant dérivé : une rupture implicite .....                                       | 191 |
| 1. L'apparence d'une continuité .....  | 192 |
| 2. Une rupture matérielle .....  | 197 |
| §2 : Une rupture inhérente à la transition constitutionnelle .....                                   | 199 |
| A/ Une rupture en cas de changement de régime .....  | 200 |
| 1. Une rupture institutionnelle sur fond de crise politique et sociale .....                         | 201 |
| 2. Une rupture institutionnelle sur fond de crise militaire .....                                    | 205 |
| B/ Une rupture en cas de changement de Constitution .....  | 208 |
| 1. Une rupture dans la continuité monarchique .....  | 209 |
| 2. Une rupture dans la continuité républicaine .....   | 212 |
| Section II : <i>Un Fiat</i> .....  | 216 |
| §1 : L'avènement social par la Constitution .....  | 217 |
| A/ L'avènement constitutionnel de l'Etat .....   | 217 |
| 1. Le lien consubstantiel entre Constitution et Etat .....   | 218 |
| 2. Le lien consubstantiel entre Constitution et agencement institutionnel .....                      | 221 |
| B/ L'avènement constitutionnel de la société .....   | 224 |
| 1. Le lien entre Constitution et société .....   | 224 |
| 2. L'argument de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 .....    | 228 |
| §2 : Le constat d'une chose inexistante .....  | 231 |
| A/ Un constat textuel .....  | 232 |
| 1. Une innovation conceptuelle .....   | 232 |
| 2. Le choix politique de la répétition .....   | 236 |
| B/ Un constat jurisprudentiel .....  | 239 |
| 1. L'impossibilité apparente d'un acte <i>ex nihilo</i> .....  | 239 |
| 2. Une innovation matérielle jurisprudentielle .....   | 242 |
| Chapitre 2 : Une création généralisée .....  | 247 |
| Section I : <i>La performativité du langage constitutionnel dans la loi ordinaire</i> .....          | 248 |
| §1 : Une action différenciée .....   | 249 |
| A/ Une force illocutoire différente .....  | 250 |
| 1. Une spécificité dialogique .....  | 250 |
| 2. Un dialogue concrétisé par l'obéissance .....   | 254 |
| B/ L'essence législative dans le langage législatif .....  | 257 |
| 1. Une finalité régulatrice .....  | 257 |
| 2. L'exigence d'une normativité .....  | 260 |
| §2 : Une action double .....   | 264 |
| A/ La dualité de l'illocutoire législatif .....  | 265 |
| 1. Une énonciation descriptive et constative .....   | 265 |
| 2. Des énoncés a-normatifs .....   | 268 |
| B/ L'essence constitutionnelle dans le langage législatif .....                                      | 270 |
| 1. L'énonciation d'un <i>être</i> .....  | 270 |
| 2. La formulation d'énoncé-concepts législatifs .....  | 273 |
| Section II : <i>La performativité du langage constitutionnel dans la loi constitutionnelle</i> ..... | 277 |
| §1 : La nature hybride de la loi constitutionnelle .....   | 278 |
| A/ La nature constitutionnelle de la loi constitutionnelle .....                                     | 278 |
| 1. La nature constitutionnelle de la loi constitutionnelle parlementaire .....                       | 279 |
| 2. La nature constitutionnelle de la loi constitutionnelle référendaire .....                        | 281 |
| B/ La nature législative de la loi constitutionnelle .....   | 283 |
| 1. Une procédure législative .....   | 284 |
| 2. L'œuvre de la représentation .....  | 286 |
| §2 : La finalité ambiguë de la loi constitutionnelle .....   | 291 |
| A/ Un « avenant » au contrat social .....  | 291 |
| 1. Un « avenant » matériellement constitutionnel .....   | 292 |
| 2. Le renouvellement de la « raison sociale » .....  | 294 |
| B/ La régulation des institutions .....  | 298 |
| 1. Une amélioration institutionnelle .....   | 298 |



|  |            |
|--|------------|
| 2. Un moyen d'action politique .....   | 300        |
| <b>CONCLUSION DU TITRE II.....</b>   | <b>305</b> |
| <b>CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE .....</b>  | <b>307</b> |
| <b>SECONDE PARTIE : L'ŒUVRE DU LANGAGE CONSTITUTIONNEL .....</b>                     | <b>309</b> |
| <b>TITRE I : UNE ŒUVRE DOUBLE .....</b>  | <b>312</b> |
| Chapitre 1 : La création d'objets individualisés .....                               | 314        |
| <i>Section I : Une individualisation textuelle.....</i>                              | 315        |
| §1 : Une création originale d'objets constitutionnels.....                           | 315        |
| A/ L'attribution de caractéristiques propres .....                                   | 316        |
| 1. L'emploi de verbes attributifs par essence .....                                  | 316        |
| 2. L'emploi attributif des verbes modaux .....                                       | 320        |
| B/ L'attribution de compétences propres .....  | 324        |
| 1. L'emploi attributif des verbes d'action .....                                     | 324        |
| 2. L'attribution de compétences des déclarations de droits.....                      | 329        |
| §2 : Une création répétée à chaque transition constitutionnelle.....                 | 332        |
| A/ Une création observable lors d'un changement de régime .....                      | 333        |
| 1. L'évidente individualisation d'une conceptualisation différente .....             | 333        |
| 2. Une individualisation par la réitération conceptuelle.....                        | 337        |
| B/ Une création observable lors d'un changement de Constitution .....                | 340        |
| 1. L'individualisation des droits fondamentaux .....                                 | 340        |
| 2. L'individualisation des institutions étatiques .....                              | 343        |
| <i>Section II : Une individualisation jurisprudentielle .....</i>                    | 349        |
| §1 : L'individualisation de concepts existants .....                                 | 350        |
| A/ La précision de l'existant .....  | 350        |
| 1. La précision du contenu conceptuel de la Constitution.....                        | 351        |
| 2. La précision de l'œuvre constituante.....   | 354        |
| B/ L'apport conceptuel jurisprudentiel .....   | 358        |
| 1. Le complément de l'existant .....   | 358        |
| 2. L'ajout de nouveaux concepts.....   | 363        |
| §2 : La personnalisation du Conseil constitutionnel.....                             | 366        |
| A/ Une personnalisation en tant que juge.....  | 366        |
| 1. Une perspective énonciative juridictionnelle .....                                | 367        |
| 2. L'utilisation de techniques juridictionnelles .....                               | 370        |
| B/ Une personnalisation en tant que conseiller .....                                 | 373        |
| 1. Une réserve énonciative .....   | 374        |
| 2. Un dialogue institutionnel .....  | 377        |
| Chapitre 2 : La création d'objets individualisables .....                            | 381        |
| <i>Section I : L'identification d'une création générique.....</i>                    | 382        |
| §1 : Une création générique linguistiquement marquée.....                            | 383        |
| A/ La présence d'un sujet définissable.....  | 383        |
| 1. Le caractère indéterminé du sujet grammatical.....                                | 384        |
| 2. Un fonctionnement sémantique en intension .....                                   | 388        |
| B/ La déduction d'une mise en place préalable.....                                   | 391        |
| 1. L'indice grammatical d'une préconstruction.....                                   | 391        |
| 2. Le caractère anaphorique de l'article défini .....                                | 394        |
| §2 : Une création générique par des énoncés prescriptifs.....                        | 398        |
| A/ La réalité des classes d'objets .....   | 399        |
| 1. Une réalité difficile à admettre.....   | 399        |
| 2. Une réalité dépendante de l'acte de langage constitutionnel.....                  | 401        |
| B/ Une réalité différente de la science du droit.....                                | 405        |
| 1. La nature notionnelle des concepts génériques .....                               | 406        |
| 2. Le lien consubstantiel entre l'individu et sa classe .....                        | 409        |
| <i>Section II : L'identification d'une récurrence de la création générique .....</i> | 413        |
| §1 : Une création liée au contexte de rupture.....                                   | 413        |
| A/ Une création observable lors d'un changement de Constitution.....                 | 414        |
| 1. La création générique lors d'un changement de régime.....                         | 414        |

|  |            |
|--|------------|
| 2. La création générique lors de la reconduction du régime précédent .....           | 417        |
| B/ Une création continue .....   | 420        |
| 1. L'illusion d'une permanence conceptuelle .....                                    | 421        |
| 2. Une création générique révélée par l'interruption conceptuelle .....              | 423        |
| §2 : Une création générique par le juge .....  | 427        |
| A/ La création de nouvelles catégories .....   | 427        |
| 1. L'identification linguistique d'une création générique .....                      | 428        |
| 2. La nécessaire réalité des concepts génériques jurisprudentiels .....              | 431        |
| B/ L'activation de catégories existantes .....                                       | 434        |
| 1. L'activation comme acte de création .....   | 435        |
| 2. L'activation comme acte d'objectivisation .....                                   | 437        |
| <b>CONCLUSION DU TITRE I .....</b>   | <b>442</b> |
| <b>TITRE II : UNE ŒUVRE CONSTITUTIVE .....</b>                                       | <b>444</b> |
| Chapitre 1 : Une œuvre indépassable .....  | 446        |
| <i>Section I : L'inexistence de la faute constitutionnelle</i> .....                 | 447        |
| §1 : La règle constitutionnelle comme règle constitutive .....                       | 448        |
| A. Une règle constitutive du jeu constitutionnel .....                               | 448        |
| 1. La constitution de l'environnement étatique et politique .....                    | 449        |
| 2. La constitution des comportements institutionnels et politiques .....             | 452        |
| B/ Une règle excluant la notion de <i>faute</i> .....                                | 457        |
| 1. L'intangibilité de la règle constitutive .....                                    | 457        |
| 2. L'inexistence du comportement <i>fautif</i> .....                                 | 462        |
| §2 : La règle infraconstitutionnelle comme règle régulative .....                    | 466        |
| A/ Le lien entre <i>faute</i> et comportement .....                                  | 466        |
| 1. Le lien entre régulation et comportement .....                                    | 467        |
| 2. Le lien entre régulation et <i>sanction</i> de la <i>faute</i> .....              | 470        |
| B/ Une <i>faute</i> exclusivement infraconstitutionnelle .....                       | 474        |
| 1. Une régulation réservée à la règle infraconstitutionnelle .....                   | 474        |
| 2. Une régulation par l'office d'un juge .....                                       | 480        |
| <i>Section II : L'absence de sanction de non respect de la Constitution</i> .....    | 482        |
| §1 : Le caractère exclusivement déclaratif de l'inconstitutionnalité .....           | 482        |
| A/ Une déclaration d'inconstitutionnalité dans le contrôle <i>a priori</i> .....     | 483        |
| 1. La qualité de décision constitutionnelle <i>a priori</i> .....                    | 483        |
| 2. La nature déclarative des décisions constitutionnelles <i>a priori</i> .....      | 487        |
| B/ Une déclaration d'inconstitutionnalité dans le contrôle <i>a posteriori</i> ..... | 490        |
| 1. La qualité de décision constitutionnelle <i>a posteriori</i> .....                | 491        |
| 2. La nature déclarative des décisions constitutionnelles <i>a posteriori</i> .....  | 495        |
| § 2 : L'inexistence comme conséquence de l'inconstitutionnalité .....                | 497        |
| A/ La différence de nature entre censure et sanction .....                           | 497        |
| 1. Une différence de nature du contrôle .....  | 497        |
| 2. Une différence de nature des effets .....   | 500        |
| B/ Une simple censure du texte .....   | 503        |
| 1. Une censure <i>a priori</i> .....   | 504        |
| 2. Une censure <i>a posteriori</i> .....   | 508        |
| Chapitre 2 : Une œuvre <i>jugée</i> indépassable .....                               | 511        |
| <i>Section I : Une confirmation par le contrôle a priori</i> .....                   | 512        |
| §1 : L'énonciation scientifique du juge .....  | 512        |
| A/ L'apport sémantique du vocabulaire juridictionnel .....                           | 513        |
| 1. La structure scientifique des décisions .....                                     | 514        |
| 2. L'énonciation scientifique des décisions .....                                    | 517        |
| B/ L'utilisation d'une poétique de l'évidence .....                                  | 519        |
| 1. L'évidence de la chose créée .....  | 520        |
| 2. L'évidence de la solution donnée .....  | 523        |
| §2 : Le constat d'une inexistence dans un monde constitutionnel donné .....          | 525        |
| A/ L'inconstitutionnalité comme constat d'une existence impossible .....             | 526        |
| 1. La conformité comme droit à l'existence .....                                     | 526        |
| 2. L'usage jurisprudentiel d'une technique spécifique .....                          | 529        |
| B. L'existence par la révision constitutionnelle .....                               | 533        |
| 1. L'existence par l'exercice du pouvoir constituant .....                           | 534        |

|   |            |
|---|------------|
| 2. L'existence par l'interprétation extensive .....                                     | 538        |
| <i>Section II : Une remise en cause hypothétique par le contrôle a posteriori</i> ..... | 540        |
| §1 : La sanction d'un comportement « illicite » du Législateur .....                    | 541        |
| A/ La juridictionnalisation du contrôle de constitutionnalité .....                     | 541        |
| 1. Un procès dans le procès .....   | 542        |
| 2. Un régulateur potentiel du comportement du Législateur .....                         | 546        |
| B/ L'existence préalable de la loi inconstitutionnelle .....                            | 549        |
| 1. La loi comme acte de langage accompli par le Législateur .....                       | 549        |
| 2. Le caractère transgressable des droits fondamentaux .....                            | 553        |
| §2 : La constitutionnalité par défaut de la loi .....                                   | 556        |
| A/ La présomption de constitutionnalité de la loi en vigueur .....                      | 556        |
| 1. L'argument inopérant d'une inconstitutionnalité latente .....                        | 557        |
| 2. La conformité supposée par l'existence .....   | 561        |
| B/ L'hypothèse d'une création constante du monde constitutionnel .....                  | 563        |
| 1. Une création observable avant de la promulgation de la loi .....                     | 564        |
| 2. Une création accentuée après de la promulgation de la loi .....                      | 567        |
| <b>CONCLUSION DU TITRE II</b> .....   | <b>571</b> |
| <b>CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE</b> .....  | <b>573</b> |
| <b>CONCLUSION GENERALE</b> .....  | <b>575</b> |
| <b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....  | <b>581</b> |
| <b>TABLE CHRONOLOGIQUE DES DECISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL CITEES</b> ....         | <b>606</b> |
| <b>INDEX ALPHABETIQUE</b> .....   | <b>612</b> |
| <b>TABLE DES MATIERES</b> .....   | <b>617</b> |