



HAL
open science

Le droit politique comme théorie constitutionnelle : proposition de systématisation

Elsa Kohlhauer

► **To cite this version:**

Elsa Kohlhauer. Le droit politique comme théorie constitutionnelle : proposition de systématisation. Droit. Université Montpellier, 2019. Français. NNT : 2019MONTD013 . tel-02890501

HAL Id: tel-02890501

<https://theses.hal.science/tel-02890501>

Submitted on 6 Jul 2020

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 DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

En Droit public

École doctorale Droit et Science politique

Centre d'études et de recherches comparatives
constitutionnelles et politiques (CERCOP)

Le droit politique comme théorie constitutionnelle Proposition de systématisation

Présentée par Elsa KOHLHAUER

Le 12 décembre 2019

Sous la direction du professeur Alexandre Viala

Devant le jury composé de

Manon ALTWEGG-BOUSSAC

Professeure de droit public, Université Paris-Est Créteil

Xavier MAGNON

Professeur de droit public, Université d'Aix-Marseille

Jordane ARLETTAZ

Professeure de droit public, Université de Montpellier

Jacky HUMMEL

Professeur de droit public, Université de Rennes I

Alexandre VIALA

Professeur de droit public, Université de Montpellier

Rapporteur

Rapporteur

Présidente du jury

Directeur de thèse



UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER

« L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur ».

À Thibault, évidemment, infiniment

REMERCIEMENTS

Je souhaite d'abord exprimer toute ma gratitude au professeur Alexandre Viala. Sa bienveillance, sa passion et son exigence ont constitué des repères indispensables à ce travail de recherche, qu'il a su encadrer sans contraindre et diriger sans dicter. Je suis fière de me compter parmi ses élèves.

Je tiens également à remercier chaleureusement tous les enseignants sous la direction desquels j'ai eu le privilège d'enseigner. Tous m'ont appris en retour et je leur dois beaucoup. Merci donc aux professeurs Jordane Arlettaz, Michel Clapié, Pierre-Yves Gahdoun et à Monsieur Éric Sales.

Je suis très reconnaissante à l'ensemble des membres du CERCOP pour l'ambiance de convivialité productive qu'ils y font régner. Je remercie notamment Madame Habiba Abbassi, pour son efficacité, sa disponibilité et toute l'aide qu'elle m'a apportée.

Ce travail n'a pu aboutir que grâce à la relecture attentive d'amis dévoués. Je suis donc très reconnaissante à Monsieur Augustin Berthout et Madame Gohar Galustian. J'ai une pensée particulière pour Monsieur Yannick Rajaonson, dont l'amitié et la confiance ont fait autant pour cette thèse que le regard incisif qu'il a bien voulu porter sur elle. Je pense enfin à Madame Caroline Gilles, dont la présence bienveillante et attentive est devenue un soutien inestimable.

Depuis le début de mon doctorat, j'ai pu compter sur l'amitié de Madame Marie-Sophie Demoflys et de Monsieur Florent Larroque. Tous deux ont guidé mes premiers pas dans les rouages de l'Université et n'ont cessé, depuis, de me soutenir et de m'aider, pour les menus services comme dans les grandes détresses. Je les remercie affectueusement. J'ai également eu le bonheur de rencontrer Madame Nadia Fort, dont l'humour et le soutien m'ont portée jusque dans les derniers instants. Son amitié compte pour beaucoup dans l'achèvement de ce travail.

Rien ne prépare à trouver les mots pour remercier sa famille, surtout lorsqu'elle a tout rendu possible. De mes parents et de mon frère, je ne peux que saluer le soutien infaillible, la confiance éperdue et l'amour inconditionnel qu'ils ont bien voulu m'accorder, et dont j'espère toujours me montrer digne. Je n'oublie pas les encouragements bienveillants de ma belle-famille, qui ont certainement participé à l'accomplissement de ce travail.

Merci enfin à Thibault, dont il est particulièrement difficile de résumer le mérite, tant il a fait pour moi. Il est celui qui a su conjurer ma solitude et qui a participé, plus que quiconque, à faire de ces années de doctorat les plus heureuses de ma vie.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AFDC	Association française de droit constitutionnel
AIJC	<i>Annuaire international de justice constitutionnelle</i>
AJDA	<i>Actualité juridique de droit administratif</i>
al.	Alinéa
Annales HSS	<i>Annales. Histoire, Sciences sociales</i>
art.	Article
ass.	Assemblée
chron.	Chronique
CC	Conseil constitutionnel
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
coll.	Collection
CURAPP	Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
dact.	Dactylographié
dir.	Sous la direction de
Droits	<i>Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques</i>
Éd.	Édition
HS	Hors-série
Ibid.	<i>Ibidem</i>
JO	<i>Journal officiel de la République française</i>
Jus politicum	<i>Jus politicum Revue de droit politique</i>
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
not.	Notamment

<i>op. cit.</i>	Ouvrage précité
p.	Page ou pages
PFRLR	Principe fondamental reconnu par les lois de la République
<i>Pouvoirs</i>	<i>Revue Pouvoirs</i>
PUAM	Presses universitaires d’Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
préf.	Préface
prés.	Présentation
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
<i>RDLF</i>	<i>Revue des droits et libertés fondamentaux</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger</i>
<i>Rec.</i>	<i>Recueil des décisions du Conseil constitutionnel</i>
reprod.	Reproduit
<i>Revus</i>	<i>Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava – Journal for constitutional theory and philosophy of law</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RFDC</i>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
<i>RFHIP</i>	<i>Revue française d’histoire des idées politiques</i>
<i>RFSP</i>	<i>Revue française de science politique</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RIEJ</i>	<i>Revue interdisciplinaire d’études juridiques</i>
<i>RTD Civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RUDH</i>	<i>Revue universelle des droits de l’homme</i>
Ss	Et suivantes
T.	Tome
trad.	Traduit par

Vol.

Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE : UNE COHÉRENCE ONTOLOGIQUE OPÉRANTE

Titre I : Le dépassement du texte : la Constitution comme cadre de la politique

Chapitre 1 : Le refus du formalisme

Chapitre 2 : Le choix de l'institutionnalisme

Titre II : Le dépassement de la norme : la Constitution comme structure de la politique

Chapitre 1 : Une théorie de l'État

Chapitre 2 : Une théorie de la légitimité

SECONDE PARTIE : UNE COHÉRENCE MÉTHODOLOGIQUE SOUS-JACENTE

Titre I : Une épistémologie constructiviste

Chapitre 1 : La critique de l'empirisme méthodologique

Chapitre 2 : Le renoncement à l'idéalisme méthodologique

Titre II : Une méthodologie syncrétique

Chapitre 1 : Le recours significatif à l'histoire

Chapitre 2 : Le recours mesuré à la science politique

CONCLUSION GÉNÉRALE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« *Ma foi, dit d'Artagnan, vous êtes bien nommés, messieurs, et mon aventure, si elle fait quelque bruit, prouvera du moins que votre union n'est point fondée sur les contrastes* ».

Alexandre Dumas, *Les Trois Mousquetaires*, 1844

« *Rien n'est plus fécond, en effet, que la lutte des esprits et le choc des idées : ils frayent la voie à la vérité* ».

Georg Jellinek, *Théorie générale de l'État*, 1911¹

1. Qu'il semble désuet, ce terme de droit politique ! Déjà, il fut employé par Aristote², Hobbes³, Burlamaqui⁴, Montesquieu⁵ ou Rousseau⁶, dans un contexte idéologique parfois

¹ « Préface à l'édition française », *L'État moderne et son droit. Première partie*, trad. G. Fardis, préf. O. Jouanjan, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2005, p. III.

² Associer Aristote au droit politique est une tâche logiquement contrariée par l'obstacle que représente la nécessaire traduction. Nombreuses sont cependant les versions qui retiennent l'expression « droit politique » pour désigner le droit de participer au gouvernement de la Cité. Ainsi en va-t-il en 1874 de la traduction de Barthélémy Saint-Hilaire : « [...] dans quelques démocraties, le *droit politique* peut s'acquérir du chef de la mère », Aristote, *La Politique*, Livre III, Chap. III ; ou « [...] le *droit politique* appartient sans aucune distinction à tous ceux qui possèdent le cens légal [...] », *ibid.*, Livre VI, Chap. V ; nous soulignons.

³ L'expression « political law » de la version originale semble à ce titre éloquent ; elle désigne, dans les écrits du philosophe anglais, le droit déterminant l'identité et la puissance du souverain. Voir en ce sens : T. Hobbes, *Éléments de droit naturel et politique*, 1640, Partie I, Chap. XXII.

⁴ Dans cette hypothèse, le droit politique renvoie au droit structurant la société civile, c'est-à-dire « [...] la société naturelle elle-même, modifiée de telle sorte qu'il y a un Souverain qui y commande et de la volonté duquel tout ce qui peut intéresser le bonheur de la Société dépend en dernier ressort [...] », J.-J. Burlamaqui, *Principes du droit politique*, 1751, Partie I, Chap. 1^{er}. Les principes du droit politique désignent alors « [...] la constitution essentielle des États, c'est-à-dire [...] la manière dont ils se forment et [...] la structure de ces édifices merveilleux », *ibid.* Partie I, Chap. IV.

⁵ Montesquieu identifiait trois catégories de lois : « considérés comme habitants d'une si grande planète, qu'il est nécessaire qu'il y ait différents peuples, ils ont des lois dans le rapport que ces peuples ont entre eux ; et c'est le droit des gens. Considérés comme vivant dans une société qui doit être maintenue, ils ont des lois dans le rapport qu'ont ceux qui gouvernent avec ceux qui sont gouvernés ; et c'est le *droit politique*. Ils en ont encore dans le rapport que tous les citoyens ont entre eux ; et c'est le droit civil », Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748, Livre I^{er}, Chap. III ; nous soulignons. Le droit politique désigne donc ici toutes les prescriptions ayant trait à l'organisation du pouvoir politique, exercé par quelques-uns à l'égard de tous ; il ne s'agit pas spécifiquement d'un droit constitutionnel au sens où on l'entendrait aujourd'hui, puisque la notion de droit politique est alors indifférente à l'existence d'une séparation, à tout le moins d'une limitation des pouvoirs.

bien éloigné des aspirations du constitutionnalisme moderne. Prétendre, comme nous le faisons ici, subsumer une théorie du droit constitutionnel sous le couvert de cette notion pourrait donc apparaître comme la négation de plus de deux siècles d'histoire politique et doctrinale, comme le retour à un âge ante-constitutionnel, qui ferait fi de la révolution juridique opérée par le tournant constitutionnaliste de la fin du XVIII^e siècle⁷. C'est d'ailleurs dans cet esprit que le terme de droit politique s'invitait sous la plume de Michel Villey, lorsque le philosophe du droit appelait de ses vœux le retour à une théorie pré-moderne du droit⁸. On trouve également de nombreuses références au droit politique dans la doctrine française du XIX^e siècle⁹, à l'heure où le droit constitutionnel peine à s'émanciper académiquement de ce qui deviendra la science politique¹⁰.

⁶ Les « principes du droit politique » constituent en effet le sous-titre du maître ouvrage de Rousseau, *Le contrat social*, publié en 1762. L'auteur concluait son propos en considérant qu'il permettait de mettre au jour « les vrais principes du droit politique », soit les fondements logiques de toute association politique, les règles impératives auxquelles ne devrait pas pouvoir échapper la mise en place d'un gouvernement. Cette intuition est confirmée par la lecture d'un autre ouvrage du même philosophe, dans lequel il opposait l'étude du droit politique et celle du droit positif, estimant que « celui [...] qui veut juger sainement des gouvernements tels qu'ils existent est obligé de les réunir toutes deux : il faut savoir ce qui doit être [le droit politique] pour bien juger de ce qui est [le droit positif] », J.-J. Rousseau, *Émile ou De l'éducation*, 1762, Livre V. C'est donc une acception empreinte de naturalisme que Rousseau proposait pour définir le droit politique. Pour Olivier Beaud, « Rousseau ne veut pas en effet décrire la réalité existante, mais au contraire bâtir une *théorie de l'État légitime* (démocratique) qui constitue un étalon de mesure axiologique des États existants », O. Beaud, « Souveraineté », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 739.

⁷ Olivier Beaud estime ainsi que « le constitutionnalisme ancien ou médiéval est devenu obsolète depuis la naissance de la souveraineté et de l'État moderne », tandis que le constitutionnalisme moderne « [...] vise à limiter [la] puissance de l'État au moyen de règles « intangibles » appelées « constitutionnelles » et qui sont hors de portée des gouvernants », O. Beaud, « Constitution et constitutionnalisme », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 134.

⁸ Stéphane Bauzon propose une définition du droit politique tel que l'entendait le philosophe : « le droit politique selon Michel Villey est une méthode de compréhension de la formation du droit qui ne se réduit pas au droit formé (soit par exemple, la sentence ou la loi), à la controverse des juristes (soit, par exemple, le procès ou les débats parlementaires) ou à la seule observation de la nature des faits effectuée par le juriste ; le droit politique selon Michel Villey les intègre tous trois. Ce sont des stades (l'observation, la discussion, la conclusion) de la découverte du juste ; ces paliers du métier de juriste spécifient [...] le rapport à établir entre la nature des choses (le droit naturel) et les règles juridiques (droit positif) », ce qui précisément constitue le droit politique ; S. Bauzon, *Le métier de juriste. Du droit politique selon Michel Villey*, Québec : Presses Universitaires de Laval, coll. Dikè, 2003, p. 25-26. Cette conception du droit politique traduit l'héritage assumé d'une conception aristotélicienne du droit. Michel Villey se défendait d'ailleurs de l'accusation d'archaïsme portée à l'encontre de sa philosophie. Voir en ce sens : M. Villey, *Philosophie du droit. t.1, Définitions et fins du droit*, préf. F. Terré, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 4^e éd., 2001, p. 146 et ss.

⁹ C'est par exemple le cas de Louis-Antoine Macarel qui publie en 1833 les *Éléments de droit politique*, ouvrage disponible en version numérisée sur le site Gallica de la Banque Nationale de France. C'est également ce que traduit le *Traité de droit politique électoral et parlementaire* d'Eugène Pierre, publié pour la première fois en 1878 ; disponible dans ses multiples versions sur le site de l'Assemblée nationale. Sur l'usage de l'expression de droit politique en France, voir l'exposé qu'en propose Armel Le Divellec, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p. 92-96.

¹⁰ Voir sur ce point : C. Jamin, *La cuisine du droit. L'École de Droit de Sciences Po : une expérimentation française*, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. Forum, 2013, p. 42 et ss.

2. Rien de plus actuel pourtant que le droit politique dont il sera ici question¹¹, celui qui est brandi comme un étendard sur le champ de bataille que constitue la théorie juridique. Le terme revêt en effet un enjeu doctrinal et contemporain, puisqu'il permet aux juristes qui s'en réclament de professer une certaine approche du droit constitutionnel, « *droit politique par excellence* »¹². Le terme lui-même est empreint de modernité : si l'ambition première affichée touche à la définition du *droit*, l'adjonction de la notion de « politique » – qui renvoie à l'exercice d'un choix, l'expression d'une volonté¹³ – permet d'arracher la substance juridique à des considérations naturalistes¹⁴. La notion de droit politique est dès lors employée dans un cadre philosophique très différent de celui qui avait assisté à son succès antique ; c'est le volontarisme constitutionnel, marqueur de la modernité politique, qui est mis en lumière par les auteurs qui en revendiquent l'usage¹⁵. Il ne s'agit donc pas, pour eux, d'en appeler à la catégorie, désormais plus fréquemment employée en doctrine, des « droits politiques »¹⁶. Ceux-ci

¹¹ L'un de ses auteurs, Denis Baranger, prend soin de préciser que le droit politique qu'il vise « [...] ne doit pas être ici associé aux connotations philosophiques qu'il a souvent pris au XVIII^e siècle dans un contexte qui était celui de l'école philosophique du droit naturel » ; l'expression renvoie, lorsqu'il l'emploie, à « [...] une problématique : comment mettre en rapport les formes du droit avec celles de l'action politique ? » ; D. Baranger, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2008, p. 6.

¹² O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 257 ; nous soulignons. C'est également par l'assimilation toute naturelle du droit constitutionnel au droit politique que s'ouvre le manuel des professeurs Jean et Jean-Éric Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Domat droit public, 31^e éd., 2017, p. 23.

¹³ Largement, en effet, « *la politique est l'art du possible* » – soit la capacité à exprimer des choix – qui « se rapporte aux individus vivant en société » ; *ibid.*, p. 24. Jean-Marie Denquin propose une acception similaire du terme « politique » lorsqu'il l'associe étroitement à l'idée de choix : J.-M. Denquin, *Science politique*, Paris : PUF, coll. Droit fondamental. Droit politique et théorique, 5^e éd., 1996, p. 49.

¹⁴ Denis Baranger estime ainsi nécessaire de construire une réflexion sur les rapports qu'entretiennent le droit et la politique, pour remettre en cause l'autorité absolue du premier sur la seconde, ce qu'implique précisément une posture naturaliste : « le pouvoir tel que nous le concevons n'est « de droit » qu'au terme d'une autorisation donnée de l'extérieur par le droit, de sorte que le pouvoir validé par le droit reste néanmoins pouvoir. Il n'est pas converti en faculté de dire, dans des occasions particulières, ce qui est juste de toute éternité. Il n'est donc pas une juridiction, au sens classique du terme. Sa force est naturelle, et sa fragilité l'est tout autant », D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

¹⁵ Les prémisses de la philosophie moderne se fondent en effet sur un tournant artificialiste, qui conduit à consacrer le volontarisme juridique ; avec le temps, « [...] la brèche sera si large que la philosophie soulignera le rôle primordial de l'homme comme instituteur du droit, ce qui provoquera le basculement des thèses jusnaturalistes traditionnelles », S. Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris : PUF, coll. L'interrogation philosophique, 1992, p. 67. Ce changement de paradigme philosophique influence la conception du droit de manière décisive : « la source du droit (le devoir-être) n'est plus considérée comme issue des choses (l'être), mais comme le fruit des idées. La modernité en marche assure le passage du réalisme à l'idéalisme, c'est-à-dire d'un droit dans les choses (*in re*) à un droit dans les esprits », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 39.

¹⁶ Jean-Marie Denquin identifie à cet égard deux significations auxquelles peut renvoyer cette expression : « dans un premier sens, objectif, la formule désigne différents régimes juridiques qui, dans un État de droit, structurent, garantissent et limitent le fonctionnement des institutions politiques. Traditionnellement, on distingue parmi eux le droit constitutionnel, le droit électoral et le droit

renvoient en effet couramment aux modalités par lesquelles les citoyens participent à l'exercice du pouvoir politique¹⁷, ce qui représente un domaine bien plus circonscrit que celui que visent les auteurs du droit politique, au singulier.

3. Sans chercher donc à nier l'apport de la modernité au processus juridique, la proposition théorique que véhicule la notion de droit politique s'inscrit au contraire dans une perspective *contemporaine*, en prétendant justement revaloriser l'idée de Constitution, contre la tendance doctrinale actuelle qui consacrerait sa « banalisation »¹⁸, ou la « normalisation »¹⁹ de sa portée. Le droit politique invite ainsi à étudier plus avant la doctrine constitutionnelle contemporaine, afin de comprendre la portée de la controverse qu'il entretient en son sein et de mesurer l'originalité des propositions alternatives qu'il formule. Il questionne, ce faisant, le consensus qui semble pourtant établi en doctrine, en faveur d'une approche contentieuse du droit constitutionnel²⁰.

parlementaire. [...] Mais l'expression « droits politiques » peut être prise dans un second sens. Elle ne désigne plus cette fois un ensemble de règles qui s'imposent aux individus, mais les droits que ceux-ci possèdent à titre personnel dans le domaine politique. Autrement dit on considère maintenant les droits politiques en tant que droits subjectifs », J.-M. Denquin, *Les droits politiques. Libertés et droits fondamentaux*, Paris : Montchrestien, coll. Préparation au CRFPA, 1996, p. 3-4.

¹⁷ C'est en ce sens que Maurice Hauriou écrivait par exemple que « les droits *politiques* permettent la participation au pouvoir de domination politique, autrement dit à la souveraineté nationale, et n'appartiennent qu'au citoyen électeur [...] », M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 654.

¹⁸ Pour Alexandre Viala, « [...] en élevant la Constitution au rang de norme suprême, l'État de droit assure d'un même geste la promotion et la *banalisation* du droit constitutionnel ». L'auteur ajoute plus loin : « tenant le politique en respect, le droit constitutionnel paie son autonomisation en devenant un droit comme les autres », A. Viala, « De la promotion d'une règle à la normalisation d'une discipline », in B. Mathieu (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris : Dalloz, 2008, p. 522 ; nous soulignons. Xavier Magnon emploie le même terme de banalisation du droit constitutionnel pour désigner ce qu'il identifie comme l'un des enjeux de l'école d'Aix-en-Provence : cette dernière repose en effet sur « [...] la volonté de *banalisation* du droit constitutionnel vis-à-vis des autres branches du droit. Le droit constitutionnel est du droit : preuve en est, il a son juge. Aussi convient-il de se tourner vers celui-ci, comme c'est le cas en droit civil ou en droit administratif, pour établir la signification des énoncés constitutionnels », X. Magnon, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexion et tentative de reconstruction », in *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris : Dalloz, 2007, p. 242 ; nous soulignons.

¹⁹ Jean-Marie Denquin évoque à ce titre « les conséquences de [la] mutation du droit constitutionnel sur le statut intellectuel de la discipline ». Il estime que, « [...] si elle fait de lui un droit premier, au sens à la fois logique et protocolaire du terme, elle en fait aussi un droit quelconque, c'est-à-dire qui produit le même type d'objets et fonctionne selon les mêmes mécanismes que les autres disciplines juridiques. On est donc en présence d'une *véritable normalisation du droit constitutionnel*, avec les diverses connotations que peut revêtir ce terme : le droit constitutionnel devient un droit comme les autres, ce qui est un progrès dans la mesure où il ne présentait pas auparavant tous les caractères qui définissent le droit ; mais en même temps il rentre sous la loi commune aux phénomènes juridiques et perd ainsi sa spécificité. C'est donc à la fois, selon le point de référence, une promotion et une régression de la discipline », J.-M. Denquin, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits* n° 32, 2000, p. 35 ; nous soulignons.

²⁰ Le consensus semble en effet établi que, « [...] à la faveur de l'entrée en scène du juge constitutionnel et de l'introduction des questions contentieuses dans le droit constitutionnel, le constitutionnaliste est devenu, aux yeux de ses collègues des Facultés de droit, un juriste à part entière. Assorti de son juge, de ses procès, de sa jurisprudence, l'objet auquel s'intéresse maintenant le constitutionnaliste peut donner lieu à des commentaires de décisions juridictionnelles et le nouvel élan produit par la question prioritaire de

4. Étudier le droit politique comme une théorie constitutionnelle contemporaine impose donc une perspective bien différente de celle qui consisterait à relever et à classer toutes les occurrences de ce terme dans la riche littérature politique et juridique plurimillénaire. Si des liens existent logiquement entre les divers signifiés d'une même expression, ils sont suffisamment lâches pour être traités de manière autonome les uns des autres. L'emploi spécifique de la notion de droit politique commande ainsi en premier lieu que soit précisée la définition qui en sera retenue, et qui constitue l'objet de cette thèse (I). Ce dernier reste étroitement dépendant de la méthodologie mise en œuvre, méthode qui sera exposée dans un deuxième temps (II). Il faudra enfin exposer l'enjeu doctrinal que recouvre la définition du droit politique comme théorie de la Constitution (III).

I. L'objet de l'étude : une théorie constitutionnelle contemporaine

5. La présente étude fut suggérée par un constat fort simple : plusieurs membres de la communauté que forment les constitutionnalistes français revendiquent, contre une majorité des leurs, une appréhension de la Constitution comme expression d'un *droit politique*. C'est là la condition qu'ils jugent nécessaire à une théorie du droit constitutionnel susceptible de restituer fidèlement son objet²¹. Ce constat originel, celui d'une revendication doctrinale portée par l'idée de droit politique, serait de peu d'envergure s'il ne s'accompagnait d'un pari, celui de l'unité de la pensée des auteurs qui font du droit politique la pierre angulaire de leurs travaux. C'est à partir de ce postulat que peut prendre forme l'objet de la recherche ici entreprise : le droit politique désignera donc d'abord une théorie (A), intéressant principalement ce qu'il est commun d'appeler le droit constitutionnel (B) et inédite à bien des égards (C).

constitutionnalité donne à celui-ci l'occasion de s'ériger en *arrêviste* [...] », A. Viala, « Le droit constitutionnel à l'heure du tournant arrêviste. Questions de méthode », *RDP* n° 4, 2016, p. 1138.

²¹ Pierre Avril invite par exemple à « [...] une exacte définition du droit constitutionnel, qui est un *droit politique* », P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 158.

A. Une théorie du droit

6. Appréhender le droit politique comme une théorie juridique ne découle pas immédiatement de la seule lecture des discours qui le mentionnent. Cela ne constitue en réalité que le résultat (3) de l'association d'un postulat – celui de l'existence d'une *doctrine* du droit politique – (1) et d'un constat – celui du développement d'une *école de pensée* du droit politique (2).

1. Un postulat : une doctrine du droit politique

7. Derrière l'emploi parfois équivoque du terme de droit politique se profile une véritable revendication scientifique dont l'aboutissement serait la constitution d'une *doctrine*, reconnue en tant que telle par la communauté des juristes. La notion de doctrine est cependant ambiguë ; elle peut s'entendre très largement comme « l'ensemble des travaux destinés à exposer le droit, par opposition à la législation et à la jurisprudence »²². Toutefois, plutôt que de caractériser très largement la communauté universitaire, elle peut également être définie comme un courant de pensée spécifique en son sein. Il est ainsi possible de diviser la doctrine au sens académique, en diverses doctrines au sens étroit, chacune caractérisée par une appréhension différente d'un objet similaire. En ce sens, la doctrine juridique *lato sensu*, peut donc être regardée comme la somme de doctrines spécifiques, parmi lesquelles se trouvent par exemple la « doctrine positiviste-normativiste contemporaine » ou la doctrine du droit politique²³. Le choix de qualifier la démarche *juspolitiste*²⁴ de doctrine implique donc que ce terme ne soit pas réservé à la

²² O. Beaud, « Doctrine », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 385.

²³ Denis Baranger identifie ainsi, dans une liste non exhaustive, ces deux courants doctrinaux qu'il oppose : D. Baranger, « Avant-propos », in M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne : Institution universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2013, p. XX. Le texte est reproduit sous le titre « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels. À propos de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac », *Jus politicum* n° 11, décembre 2013.

²⁴ Nous nous permettrons, tout au long de cette étude, d'employer ce néologisme afin de désigner en d'autres termes les auteurs, la doctrine, la pensée ou les travaux du droit politique. À notre connaissance, ce terme n'a pas été employé en ce sens par d'autres auteurs. Pierre-Marie Raynal attribue toutefois une signification similaire au terme de « *juspolitiviste* ». Voir par exemple : P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 252. Ce qualificatif nous semble cependant trop proche du juspositivisme et nous lui préférerons donc, afin de parer à toute confusion, la notion de *juspolitiste*. On trouve également la notion de « juri-politiste » sous la plume de Daniel Gaxie, « Jeux croisés. Droit et politique dans polémique sur le refus de signature des

désignation de l'ensemble que forment les juristes universitaires²⁵ ; une telle posture permet d'insister davantage sur les divergences qui meuvent la communauté des chercheurs, plutôt que sur l'apparente homogénéité méthodologique qui semble caractériser l'activité de tous les juristes²⁶. Profitant de ce qu'« il n'est [pas] d'acception unanime de ce qu'est la « doctrine » pour les juristes »²⁷, nous l'emploierons autant dans une perspective restrictive qu'au sens large. À ce stade toutefois, en tant que présupposé de notre recherche, le terme de doctrine désigne spécifiquement le corps formé par plusieurs auteurs autour d'une idée globalement commune de ce qu'est le droit²⁸. En ce sens, elle renvoie à un ensemble de discours *sur* le droit²⁹, associés par l'harmonie et la cohérence des propositions théoriques qu'ils véhiculent. Cette définition finalement assez neutre n'implique pas que la doctrine soit drastiquement distinguée de la science juridique³⁰ : l'usage de ce terme permet justement d'afficher une prudente indifférence quant à la scientificité du discours visé, qui reste éventuellement à démontrer.

8. Les auteurs du droit politique peuvent, dès lors, être regardés comme constituant une doctrine, cristallisée justement autour de cette idée de droit politique. À ce terme est en effet associée, sous leur plume, une revendication quasi militante, en faveur d'une

ordonnances par le Président de la République », in *Droit et politique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 222. L'expression nous paraît toutefois manquer de spécificité.

²⁵ C'est ce que suggère l'ouvrage de Philippe Jestaz et Christophe Jamin, *La doctrine*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004, 314 p. Nous nous permettons de ne pas suivre leurs conclusions.

²⁶ Selon les professeurs Jestaz et Jamin, « l'homogénéité de la doctrine juridique [...] tient au fait qu'aujourd'hui les auteurs qui traitent du droit positif utilisent tous la méthode dogmatique [...] », ce qui n'empêche pas qu'« ils offrent [...] une assez grande diversité » qui se manifeste notamment par l'éclosion régulière de controverses d'ampleur ; *ibid.*, p. 174. Nous nous permettons toutefois de contester ce constat, en mettant en valeur l'originalité épistémologique du droit politique.

²⁷ X. Magnon, « La doctrine, la QPC et le Conseil constitutionnel : quelle distance ? Quelle expertise ? », *RDP* n° 1, 2013, p. 136.

²⁸ C'est là l'une des significations du terme identifiées par Éric Millard, celle d'« un ensemble d'opinions sur le droit », E. Millard, « Ce que « doctrine » veut dire », in *La doctrine en droit administratif : actes du colloque organisé à la Faculté de droit de Montpellier par l'Association française pour la recherche en droit administratif*, Paris : Litec, coll. Colloques & débats, 2010, p. 7. Il est ainsi possible d'affirmer que « la doctrine [au sens large] ne se présente pas comme un bloc monolithique [...] », mais comprend différents « courants doctrinaux » ; M. Deguerge, « Doctrine universitaire et doctrine organique », in *La doctrine en droit administratif, op. cit.*, p. 41.

²⁹ Cet élément de définition de la doctrine suscite lui-même peu de débat, étant entendu que « la doctrine, en quelque sens que ce soit, essaie de parler du droit, prétend en rendre compte, vise à le faire connaître [...] », E. Millard, « Ce que « doctrine » veut dire », in *La doctrine en droit administratif : actes du colloque organisé à la Faculté de droit de Montpellier par l'Association française pour la recherche en droit administratif*, Paris : Litec, coll. Colloques & débats, 2010, p. 3.

³⁰ Nous renonçons ce faisant à la distinction que propose Jacques Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société* n° 50, 2002, p. 103-119. De l'aveu même de l'auteur d'ailleurs, « [...] le travail doctrinal de commentaire et d'interprétation peut [...] être intégré à part entière dans une science du droit conçue de manière large », *ibid.* p. 105.

conception renouvelée et globalement unifiée du droit constitutionnel³¹. Le parti pris d'envisager les *juspolitistes* comme formant une communauté doctrinale homogène est cependant immédiatement contredit par les *juspolitistes* eux-mêmes, qui relativisent régulièrement la congruence de leurs propositions théoriques³². À cet égard, l'emploi de la notion de droit politique peut sembler constituer un indice trop maigre pour conclure à l'unité ontologique des discours qui la véhiculent³³, ainsi qu'à leur spécificité irréductible à l'égard du reste de la doctrine juridique. La récurrence de l'expression de droit politique ne saurait cependant être anodine ; bien que seulement postulée, cette cohérence doctrinale est d'ailleurs largement confirmée par une étude approfondie de la multiplicité des écrits concernés³⁴. Elle est en outre éprouvée par le fait que le droit politique dépasse la forme doctrinale pour épouser celle de l'école de pensée.

2. Un constat : une école du droit politique

9. Désignant un ensemble d'auteurs qui constituent une véritable doctrine juridique, le droit politique appelle à explorer les modalités de son existence en tant que discours, et notamment les instruments académiques que mobilisent pour lui ses auteurs. À ce titre, le droit politique peut apparaître comme une *école de pensée*, soit « [...] ce superbe mot qui désigne ici un espace [...] qui permet la confrontation des incertitudes dans les

³¹ Pierre Avril invite en ce sens à penser le droit politique en envisageant un droit constitutionnel qui ne serait « [...] réductible ni à « la politique saisie par le droit », ni au « droit saisi par la politique », il se situe à l'articulation des deux mouvements et tout le problème est de déterminer les caractères et le mécanisme de cette articulation [...] », P. Avril, « Penser le droit politique », *Jus politicum* n° 20, novembre 2018. Le droit politique apparaît alors comme le moyen de fonder le renouvellement du constitutionnalisme, dans un mouvement qui combat le double risque de sa dilution dans le contentieux constitutionnel ou dans la science politique.

³² C'est ce qu'a par exemple affirmé Denis Baranger, « L'institut Villey et Jus politicum », in X. Magnon et S. Mouton (dir.), *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain ?*, Colloque organisé à l'Université Toulouse-Capitole les 29 et 30 septembre 2016 (actes à paraître).

³³ Ne serait-ce que parce que les auteurs du droit politique eux-mêmes semblent réticents à admettre une telle unité. Armel Le Divellec réfute ainsi l'idée « [...] qu'il existe une véritable doctrine, unique et cohérente, de l'approche en termes de droit politique (ses adeptes sont bien trop divers) », A. Le Divellec, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p. 102.

³⁴ Il est à cet égard nécessaire de préciser que le terme de doctrine désigne tout à la fois les auteurs qui la composent et les écrits qu'ils produisent dans ce cadre. En effet, « le sens organique et le sens matériel de la doctrine ne se distinguent pas [...] dans l'expression syncrétique de « corps de doctrine » qui désigne à la fois les idées principales d'un courant doctrinal et les tenants de ce courant regroupés éventuellement dans une école de pensée », M. Deguergue, « Doctrine universitaire et doctrine organique », in *La doctrine en droit administratif : actes du colloque organisé à la Faculté de droit de Montpellier par l'Association française pour la recherche en droit administratif*, Paris : Litec, coll. Colloques & débats, 2010, p. 41.

cheminements de la connaissance et d'une volonté de constamment les dépasser : dans l'interaction et dans l'exercice d'une double activité consistant à chercher en même temps qu'à transmettre »³⁵. Une telle notion d'école souffre cependant, comme celle de doctrine, d'une équivocité à laquelle il faut tenter ici de remédier. L'« école » est ainsi succinctement définie par un dictionnaire de référence, comme l'« ensemble des auteurs contribuant ou ayant contribué à l'élaboration d'une même doctrine juridique »³⁶. Cette proposition pâtit cependant d'une trop grande indistinction avec la notion de doctrine pour être ici retenue : elle rendrait l'usage de la notion d'école redondant.

10. Quoique la définition d'une école de droit reste discutée³⁷, plusieurs indices concordants émaillent toutes les tentatives de sa conceptualisation. Jacques Chevallier propose ainsi plusieurs critères dont la réunion en établirait l'existence : « la *crystallisation* d'un mouvement artistique ou d'un courant de pensée, ce qui postule *cohésion et continuité* », « l'existence d'un *groupe* de créateurs ou d'intellectuels qui [...] partagent les mêmes orientations fondamentales », « l'existence de mécanismes de *transmission* du savoir », « la référence au *principe d'autorité*, qu'exprime le concept de *doctrine* : toute école tend irrésistiblement à ériger les conceptions auxquelles elle se réfère en vérité, relevant de l'ordre de l'évidence »³⁸. Ces critères sont globalement satisfaits par ce que nous nous proposons d'appeler le droit politique ; ils permettent donc de le considérer comme une véritable école.

11. D'abord, ce que nous avons retenu sous le terme de doctrine du droit politique, induit déjà une certaine unité intellectuelle, distinctive au sein de la communauté académique plus vaste des constitutionnalistes. La difficulté surgissant à cet égard concerne la lisibilité de ce discours, la spécificité du droit politique comme école résidant dans l'impossibilité d'établir avec certitude un chef de file, dont la pensée ne serait que propagée par les autres membres de l'école³⁹. En outre, la multiplicité des écrits, des

³⁵ J. Commaille, « De la « sociologie juridique » à une sociologie politique du droit », in J. Commaille, L. Dumoulin, C. Robert (dir.), *La juridicisation du politique : leçons scientifiques*, Paris : LGDJ, coll. Droit et société. Recherche et travaux, 2000, p. 29.

³⁶ « Ecole », in G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 12e éd., 2018, p. 384.

³⁷ Voir par exemple les différentes interventions portant sur cette question lors du colloque organisé à l'Université de Toulouse-Capitole les 29 et 30 septembre 2016, *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain ?*, sous la direction des professeurs Magnon et Mouton (actes à paraître).

³⁸ J. Chevallier, « La fin des écoles ? », *RDP* n° 2, 1997, p. 679-680.

³⁹ À ce titre, nous choisissons de ne pas retenir le premier critère de l'école proposé par Mathieu Touzeil-Divina selon lequel, « avant tout, une « *Ecole* » est personnalisée et identifiée par l'existence d'un « *initiateur* » », M. Touzeil-Divina, « École (de droit) », in *Dictionnaire de droit public interne*, Paris :

objets et des auteurs pourrait sembler constituer un obstacle trop contrariant à l'encontre du constat d'une réelle unité discursive. Il n'en est rien cependant, si l'on considère que la cohérence nécessaire à l'établissement d'une école se trouve ailleurs. C'est notamment ce que démontre Xavier Magnon à propos de l'implication théorique de l'école d'Aix-en-Provence : « selon l'angle d'approche retenu, ce ne sont pas tant les travaux qui sont décisifs que leurs présupposés théoriques et les méthodes utilisées qui forment le socle de l'école aixoise de droit constitutionnel. La possibilité d'identifier une telle école repose précisément sur *l'existence d'une orientation et d'une démarche communes* à l'ensemble des travaux de ce groupe »⁴⁰. Une telle démarche collective est indiscutablement à l'œuvre au sein des écrits de droit politique, ce qui justifie d'admettre la constitution d'une école et encourage à éprouver l'unité des discours qui la nourrissent, au-delà des seuls présupposés doctrinaux.

12. Le discours doctrinal sur le droit politique bénéficie d'ailleurs d'une certaine institutionnalisation, qui favorise sa diffusion et sa reconnaissance en tant qu'école. En ce sens, il dispose d'instruments académiques qui permettent tout à la fois de marquer sa spécificité doctrinale, d'indiquer – au moins largement – les auteurs qui s'y rattachent, voire de le situer géographiquement. Si, en effet, « l'École n'a pas de frontière »⁴¹, d'aucuns estiment néanmoins qu'elle doit pouvoir revendiquer un lieu de naissance⁴². Dans l'hypothèse du droit politique, c'est incontestablement l'Université de Paris Panthéon-Assas, et notamment, en son sein, l'Institut Michel Villey, qui constitue l'épicentre de l'école ; les projets, séminaires, et enseignements qui y sont développés reflètent manifestement l'inspiration *juspolitiste*⁴³. La situation géographique ne saurait

LexisNexis, 2017, p. 156. La pluralité des « maîtres » du droit politique ne nous semble en effet pas constituer un obstacle rédhibitoire à l'emploi du terme.

⁴⁰ X. Magnon, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexion et tentative de reconstruction », in *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris : Dalloz, 2007, p. 234 ; nous soulignons.

⁴¹ M. Touzeil-Divina, « École (de droit) », in *Dictionnaire de droit public interne*, Paris : LexisNexis, 2017, p. 156.

⁴² C'est par exemple le cas de Wanda Mastor, dans la position qu'elle a défendue lors d'un colloque organisé à Toulouse les 29 et 30 septembre 2016, W. Mastor, « Quel(s) droit(s) constitutionnel(s) aux États-Unis ? », in X. Magnon et S. Mouton (dir.), *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain ?*, (actes à paraître). Mathieu Touzeil-Divina défend pour sa part, l'opinion inverse : M. Touzeil-Divina, « École (de droit) », in *Dictionnaire de droit public interne*, Paris : LexisNexis, 2017, p. 156.

⁴³ Dans le domaine de l'enseignement, est particulièrement révélateur en ce sens le Master 2 « Philosophie du droit et droit politique » proposé à l'Université Panthéon-Assas, qui est la seule formation de cet ordre dispensée en France. Les projets de recherche auxquels est étroitement associé l'Institut Michel Villey portent également la marque de l'orientation *juspolitiste*, à l'instar du programme de recherche en droit politique financé à deux reprises (pour les périodes 2009-2012 et 2013-2017) par l'Agence Nationale

néanmoins emporter toute la caractérisation de l'école du droit politique, dès lors que certains universitaires qui s'en réclament n'y enseignent pas⁴⁴, et que certains auteurs qui y enseignent n'y seront néanmoins pas rattachés. Plus évocatrice aux termes des critères de l'école de pensée, la création d'une revue numérique justement nommée *Jus politicum* favorise sans doute davantage la diffusion de la doctrine du droit politique. C'est d'ailleurs l'ambition affichée par son comité fondateur que de permettre, par ce nouveau moyen, de « [...] tenter de contribuer à faire entendre une autre « musique » sur les questions constitutionnelles »⁴⁵.

13. Si ces critères de l'institutionnalisation d'une école sont fondamentaux, ce n'est pas en tant que tels, mais parce qu'ils permettent à l'école de véritablement advenir sur le plan doctrinal, en appelant à elle la reconnaissance de ses pairs⁴⁶. Dans le cas du droit politique, il semble que cet indice soit satisfait⁴⁷. Paradoxalement, les auteurs concernés sont eux-mêmes plus réticents à reconnaître qu'ils forment une école⁴⁸, probablement parce qu'ils refusent le risque de s'enfermer mutuellement dans un carcan doctrinal qui pourrait s'avérer à terme trop étroit. Ils n'en témoignent pas moins toutefois d'un certain esprit de corps, au sens où ils partagent un nombre important de conceptions et de préoccupations théoriques⁴⁹.

de la Recherche, et qui a permis l'établissement de l'*Encyclopédie de droit politique*, accessible en ligne : <http://droitpolitique.com/>.

⁴⁴ C'est notamment le cas de Jean-Jacques Sueur, auteur d'un ouvrage au titre pour le moins évocateur : *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, Québec : Presses universitaires de Laval, coll. Diké, 2011, 331 p.

⁴⁵ C'est ce qu'affirme Armel Armel Le Divellec lorsqu'il présente la revue dont il est l'un des fondateurs ; « Jus politicum ; le droit ressaisi par la politique ? », *Nonfiction.fr*, 6 janvier 2011, entretien disponible en ligne : https://www.nonfiction.fr/articleprint-4108-jus_politicum_le_droit_ressaisi_par_la_politique_.htm.

⁴⁶ En effet, « [...] pour exister, l'École doit être singularisée, identifiée et reconnue comme telle par ses contemporains », M. Touzeil-Divina, « École (de droit) », in *Dictionnaire de droit public interne*, Paris : LexisNexis, 2017, p. 156.

⁴⁷ Des auteurs extérieurs au courant doctrinal évoquent ainsi volontiers l'« école du droit politique » ou l'« école Jus politicum ». Voir en ce sens : X. Magnon et S. Mouton (dir.), *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain ?*, Colloque organisé à l'Université Toulouse-Capitole les 29 et 30 septembre 2016 (actes à paraître). Voir aussi X. Magnon, A. Vidal-Naquet, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p. 107-128.

⁴⁸ Voir en ce sens l'intervention de Denis Baranger, « L'institut Villey et Jus politicum », in X. Magnon et S. Mouton (dir.), *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain ?*, Colloque organisé à l'Université Toulouse-Capitole les 29 et 30 septembre 2016 (actes à paraître).

⁴⁹ En ce sens, Armel Le Divellec affirme d'une part que « les animateurs de *Jus politicum* ne sont pas toujours d'accord entre eux sur toutes les questions théoriques ni sur les voies pour aborder tel ou tel problème juridique ou constitutionnel » ; d'autre part que, « partant d'une sensibilité intellectuelle commune, [ils souhaitent] promouvoir non seulement des réflexions sur des aspects aujourd'hui négligés du droit politique [...], mais aussi stimuler les débats et une véritable réflexion sur les grandes questions théoriques de la discipline », « Jus politicum ; le droit ressaisi par la politique ? », *Nonfiction.fr*, 6 janvier

14. Le dernier critère de l'école de pensée se comprend par référence à son étymologie ; au cœur de toute école se noue une relation entre maîtres et disciples, qui garantit dans le même mouvement la continuité et l'évanescence de la doctrine⁵⁰. Le droit politique présente une telle généalogie⁵¹ et il paraît possible de classer les auteurs qui en relèvent en trois catégories : les premiers inspireurs, les fondateurs et les « continuateurs », disciples des précédents. Les inspireurs sont ici les auteurs qui ont favorisé la création du droit politique comme mouvement doctrinal contemporain, sans pour autant s'y rattacher totalement eux-mêmes. Le plus souvent, ils ont directement contribué à former ceux qui ont ensuite véritablement fondé l'école de droit politique. Quoique cette catégorie des inspireurs soit moins que toute autre susceptible d'une énumération exhaustive, deux noms s'imposent clairement en son sein, ceux des professeurs Pierre Avril et Stéphane Rials ; le premier a actualisé la notion de droit politique en important dans le modèle français le concept de conventions de la Constitution⁵², le second a défendu la nécessité d'intégrer à l'étude du droit celle de la culture juridique⁵³. Tous deux ont manifestement influencé les *fondateurs*, les auteurs qui peuvent être regardés comme les « maîtres » de l'école du droit politique⁵⁴. S'ils sont bien des maîtres, c'est cependant d'abord parce qu'ils ont des disciples, des élèves qui ont embrassé la démarche *juspolitiste*, pour l'enrichir et – nécessairement – la transformer⁵⁵.

2011, entretien disponible en ligne : https://www.nonfiction.fr/articleprint-4108-jus_politicum__le_droit_ressaisi_par_la_politique_.htm. S'il y a école du droit politique donc, elle découle d'une ambition globale collective de ses membres, par-delà les divergences ponctuelles qui peuvent naître entre eux.

⁵⁰ Toute école semble en effet condamnée à ne pas survivre à son fondateur, « [...] chacun [des disciples] transformant et faisant évoluer la pensée doctrinale originelle qu'il a reçue », M. Touzeil-Divina, « École (de droit) », in *Dictionnaire de droit public interne*, Paris : LexisNexis, 2017, p. 157.

⁵¹ L'idée généalogique ne porte pas sur la notion de droit politique en tant que telle, mais concerne plus spécifiquement ce que nous identifions comme l'école du droit politique, celle qui se rapporte, par cette expression, à une certaine conception du droit constitutionnel.

⁵² Et ce au travers d'un ouvrage de référence : P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, 202 p. Pierre Avril est également un commentateur historique de la vie politique et constitutionnelle de la V^e République et il est impossible de le citer, à ce titre, sans mentionner celui qui est apparu comme son acolyte en ce domaine, Jean Gicquel. Ils ont notamment écrit conjointement le *Droit parlementaire*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Domat droit public, 5^e éd., 2014, 398 p.

⁵³ Deux indices sont à ce titre suffisamment univoques : c'est Stéphane Rials qui a fondé l'Institut Michel Villey *pour la culture juridique* et la philosophie du droit en 1998. Il a également codirigé, avec Denis Alland, le *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, 1649 p. L'influence exercée à ce titre est d'ailleurs reconnue par les membres de l'école du droit politique, par exemple par Denis Baranger, « L'institut Villey et Jus politicum », in X. Magnon et S. Mouton (dir.), *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain ?*, Colloque organisé à l'Université Toulouse-Capitole les 29 et 30 septembre 2016 (actes à paraître).

⁵⁴ Sans entrer ici dans le détail de l'identification de ces auteurs, il est néanmoins possible de citer à ce stade, les professeurs Denis Baranger, Olivier Beaud, Jacky Hummel, Armel Le Divillec et Carlos-Miguel Pimentel.

⁵⁵ Là encore, une analyse exhaustive est impossible, mais plusieurs exemples permettent d'étayer l'argument ; nombreuses sont en effet les thèses soutenues sous la direction de l'un des membres du droit

15. S'il est impossible d'affirmer avec certitude que le droit politique survivra à ses fondateurs et brisera ainsi le funeste destin que certains auteurs prêtent aux écoles de pensée⁵⁶, il n'en reste pas moins justifié de conclure à l'existence d'une école du droit politique, forgée autour de l'ambition de ses membres de proposer à l'entendement une nouvelle conception du droit constitutionnel. La proposition doctrinale qu'elle constitue reste certes *a priori* fragile, en ce qu'elle est morcelée, éclatée parmi les nombreux travaux qui la transcrivent et l'étayent. Il n'en reste pas moins possible de dégager l'unité théorique qui la sous-tend et qui représente l'un des enjeux premiers d'une étude du droit politique.

3. Un résultat : une théorie du droit politique

16. L'expression « droit politique » désigne finalement une *théorie du droit*, soit une proposition d'analyse des systèmes juridiques ; elle s'articule à la fois avec la *doctrine* du droit politique, qu'elle justifie, et avec son *école*, dont elle est l'objet. Selon Xavier Magnon, « une théorie vise à décrire et à expliquer de manière globale une réalité déterminée. Une théorie du droit doit permettre, à partir de la description qu'elle réalise d'un système juridique, en tant qu'ensemble de normes globalement organisé, d'en proposer une explication générale et cohérente »⁵⁷. Distincte à la fois de la philosophie du droit et de la science du droit⁵⁸, la théorie poursuit une « [...] fonction de généralisation

politique qui empruntent une méthodologie directement inspirée des travaux de leurs maîtres. Voir par exemple : J.-R. Catta, *Le cabinet ministériel. Essai d'analyse constitutionnelle*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2012, 400 p., sous la direction d'O. Beaud ; A. Fourmont, *L'opposition parlementaire en droit constitutionnel allemand et français*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2016, 837 p., sous la direction d'A. Le Divellec ; T. Guilluy, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution : recherches sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Thèses, 2018, 460 p., sous la direction d'O. Beaud ; T. Pasquier-Briand, *La réception de la Constitution anglaise au XIXe siècle. Une étude du droit politique français*, Bayonne : Institut Universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2017, 958 p., sous la direction de P. Lauvaux ; P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Panthéon-Assas, 2014, 593 p., sous la direction de D. Baranger.

⁵⁶ Mathieu Touzeil-Divinat estime ainsi que « puisque l'École est personnalisée dans les traits et les propos de son initiateur, elle n'a pas vocation à lui survivre lorsqu'il meurt », M. Touzeil-Divina, « École (de droit) », in *Dictionnaire de droit public interne*, Paris : LexisNexis, 2017, p. 156.

⁵⁷ X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Paris : Ellipses, coll. Universités. Droit, 2008, p. 12.

⁵⁸ « Après le comment du juriste technicien et le pourquoi du juriste-philosophe, voici maintenant le quoi du théoricien du droit, c'est-à-dire du juriste-savant. Par-delà les valeurs et les principes qui animent les hommes et les amènent à se donner des lois, la théorie du droit analyse, parfois au prix d'une certaine déconstruction qui peut heurter les illusions du philosophe du droit, la réalité des éléments constitutifs de la règle de droit susceptibles d'être dévoilés quel que soit le degré de justice ou d'injustice de celle-ci. Sans

qui [la] caractérise [et qui] conduit celle-ci à *construire* son objet tandis que la science du droit, attentive aux seuls phénomènes juridiques particuliers plutôt qu'à leur généralité, reste limitée, quant à elle, à un travail de pure description de celui-ci »⁵⁹.

17. Une lecture même rapide de plusieurs écrits d'auteurs *juspolitistes* démontre indiscutablement la propension théorique de leurs propos : sans se contenter de décrire différents systèmes juridiques, les membres de l'école du droit politique entendent construire des concepts et proposer des clefs de compréhension du droit constitutionnel. Ce faisant, ils élaborent un véritable modèle théorique qui « [...] agit tel un *prisme* : la théorie sert de révélateur, de grille d'analyse qui permet de situer le droit français dans l'éventail des solutions possibles et, de ce fait, accroît notre compréhension de cet objet »⁶⁰. La difficulté la plus pressante dans l'analyse du droit politique comme théorie du droit repose probablement dans la satisfaction de l'exigence d'unité et de cohérence que peut représenter une pluralité de discours, conduits par une pluralité de penseurs. De tels obstacles pourraient d'ailleurs sembler indépassables et justifier que l'idée d'une théorie de droit politique soit disqualifiée ; Eleonora Bottini estime en ce sens que « le droit politique [...] n'est pas un courant, ni même une véritable théorie du droit. Il s'agit d'approches théoriques convergentes, mais non univoques, qui s'appuient sur une série commune d'arguments essentiellement relatifs au rapport entre droit et politique ; il est possible de les rattacher, au moins en partie et au moins en France, à la récente création en 2008 de la revue *Jus politicum. Revue internationale de droit politique*, ainsi qu'aux thèses des auteurs qui inspirent ces discours, directement ou indirectement »⁶¹. À rebours de cette conviction sceptique quant à la possibilité d'évoquer une *théorie* du droit politique, notre thèse cherchera au contraire à mettre au jour l'homogénéité qu'elle présente, par-delà la multiplicité de ses sources. Un autre des objectifs poursuivis ici sera de questionner la pertinence de cette théorie, dans sa vocation à proposer une lecture originale et opportune des systèmes de droit positif. Il s'agira d'éprouver la capacité du droit politique considéré comme théorie, à mettre au jour « [...] la *réalité* du phénomène

partager avec le juriste-technicien le culte de la description, mais en mobilisant au contraire tout un appareil de dévoilement d'une réalité parfois rebelle au regard du citoyen qui crée et applique le droit, le théoricien demeure pour autant, et contrairement au philosophe du droit, indifférent à ces questions de justice et d'injustice qui hantent la production normative d'une société donnée », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 8-9. Nous verrons que, dans l'hypothèse du droit politique, cette dernière distinction entre théorie et philosophie du droit se doit d'être relativisée.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 11.

⁶⁰ L. Heuschling, « De l'intérêt de la théorie, de la théorie générale de l'État, de la théorie constitutionnelle. À propos d'un livre récent de Matthias Jestaedt », *Jus politicum* n° 5, décembre 2010.

⁶¹ E. Bottini, *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2016, p. 420.

juridique qui gît derrière la diversité des contenus moraux que celui-ci reflète quels que soient les époques et les horizons où ils aient pu prévaloir [...] »⁶².

18. Le droit politique se présente donc à l'entendement à la fois comme une doctrine, une école de pensée et une théorie du droit, « [...] c'est-à-dire une imagination, une représentation, une mise en scène, une mythologisation du *logos* juridique »⁶³. La notion de droit politique pourra donc indifféremment être employée dans ces trois acceptions, sans qu'il s'agisse véritablement de les distinguer. C'est cependant la dernière d'entre elles qui retiendra particulièrement notre attention ; il s'agira moins d'étudier les auteurs du droit politique ou de prétendre catégoriser les membres de la doctrine juridique que d'analyser les propositions théoriques établies à ce titre. Le droit politique ne saurait à cet égard se concevoir que comme une théorie de la Constitution.

B. Une théorie constitutionnelle

19. Si le droit politique envisagé comme une théorie présente un quelconque intérêt, c'est eu égard à son objet, et aux propositions qu'il émet à son endroit. L'expression de droit politique permet d'entretenir, à dessein sans doute, une certaine équivoque, mais il apparaît toutefois clairement qu'elle renvoie à une posture bien davantage juridique que politiste (1) et, plus spécifiquement encore, constitutionnaliste (2).

1. Une théorie juridique

20. L'audace de la théorie du droit politique apparaît dès l'emploi de ce terme, porteur d'une ambivalence délibérée : le droit politique se construit autour du postulat que la théorie juridique ne peut faire l'économie d'une considération simultanée des phénomènes politiques, qui constituent à la fois l'objet et la source du droit⁶⁴. Pour autant, il s'agit bien, en mettant en œuvre une démarche de droit politique, d'étudier le *droit*, tel

⁶² A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 9.

⁶³ O. Jouanjan, « Avant-propos », in *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 2.

⁶⁴ Aussi Pierre Avril écrit-il que « [...] la Constitution est un « instrument de gouvernement », autant qu'une charte des libertés, et elle est à ce titre inséparable du jeu des forces qui en conditionnent l'application », P. Avril, « Une « survivance » : le droit constitutionnel non écrit ? », in *Droit et politique à la croisée des cultures : Mélanges Philippe Ardat*, Paris : LGDJ, 1999, p. 4.

qu'il est nourri par la politique, et non de faire prévaloir une science politique dont certaines manifestations adopteraient parfois la forme de prescriptions juridiques⁶⁵. Pour le dire autrement, la théorie du droit politique n'appartient pas à une perspective doctrinale plus ancienne, par laquelle le droit, notamment constitutionnel, était dépouillé d'une autonomie méthodologique à l'égard de la science politique⁶⁶.

21. C'est bien d'analyse juridique dont il s'agit lorsqu'on évoque une étude de droit politique, même si son objet ne saurait être tout à fait dissocié du phénomène politique qui l'irrigue⁶⁷. Les *juspolitistes* ne se font donc pas les chantres d'une doctrine révolue, celle que défendaient notamment en France, Georges Burdeau et Maurice Duverger. Pour le premier, la méthodologie proprement juridique devait en effet céder le pas à une analyse établie autour des préceptes de la science politique⁶⁸. Burdeau décrivait ainsi l'inanité de l'objet « Constitution », à raison de la prévalence empirique des phénomènes sociaux sur l'effectivité de ses prescriptions⁶⁹. Dans la même veine, Maurice Duverger est resté célèbre pour avoir considéré l'étude du droit à travers les traductions politiques des

⁶⁵ Olivier Beaud insiste par exemple, dans l'introduction de son ouvrage consacré à la souveraineté, sur la dualité politique et juridique qui la caractérise, mais il affirme expressément « privilég[er] son aspect de droit positif », afin de « souligner l'aspect éminemment juridique de la souveraineté » ; O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 21.

⁶⁶ Alexandre Viala décrit ce mouvement par les termes suivants : « pour résister à toute tentation idéologique et mériter son statut spécifique, le droit constitutionnel dut renoncer à lui-même en développant, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, une science qui n'était plus normative, mais devenait explicative ou sociologique. Elle fut prise d'assaut par la science politique et perdit, fort logiquement, son autonomie. On reconnaît, derrière ce réductionnisme politique, l'influence intellectuelle et méthodologique du professeur Duverger. C'est en réaction à ce réductionnisme qu'en profitant de la montée en puissance du contentieux constitutionnel, le droit constitutionnel regagna son autonomie dès les années 1980, sous l'autorité du professeur Louis Favoreu, en redevenant normatif [...] », A. Viala, « De la promotion d'une règle à la normalisation d'une discipline », in B. Mathieu (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris : Dalloz, 2008, p. 524-525.

⁶⁷ C'est ce que résume Jacky Hummel lorsqu'il évoque la nécessité de « [...] définir la constitution politique d'un État dans des termes juridiques », J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les Sens du droit, 2010, p. 26.

⁶⁸ Jean Leca évoque ainsi « la science politique de Burdeau, ou le constitutionnaliste devenu politiste par nécessité », J. Leca, « Faut-il revisiter Georges Burdeau ? Retour sur une conception (« dépassée » ?) de la science politique d'un « constitutionnaliste » déçu et nostalgique », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

⁶⁹ « En effet – écrivait-il – l'artifice cède devant l'élémentaire, le système est recouvert par les improvisations, des données jusque-là contenues dans le domaine méprisé du fait recouvrent de leur exubérance le jardin policé du droit. Ce qui compte, dès lors, ce ne sont plus les théories savantes des publicistes ni la subtilité des agencements de procédures constitutionnelles, c'est l'homme, sa psychologie, sa condition sociale et économique, ses rêves, ses colères et ses illusions, car c'est lui isolément ou intégré aux masses, qui détermine la figure du Pouvoir, ses moyens et ses buts. Au regard de forces de cette nature il apparaît bien que la notion de constitution est dépassée. À l'instar d'une fonction instinctive ou viscérale la politique ne souffre d'autres lois que celles des possibilités et des besoins », G. Burdeau, « Une survivance : la notion de Constitution », 1956, in *Écrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, préf. J.-M. Denquin, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2011, p. 238.

mécaniques institutionnelles⁷⁰. La postérité contribuera à le classer définitivement parmi les politistes⁷¹.

22. Aux antipodes de cette conception *politiste* de la Constitution, les auteurs du droit politique que nous étudions ici proposent une théorie du *droit* de la Constitution, construite toutefois à la lumière des phénomènes politiques qui fondent sa valeur et déterminent sa portée⁷². C'est davantage sur le plan ontologique qu'en vertu d'un argument méthodologique que leur théorie relève du droit *politique*⁷³. Comme leurs travaux le proclament, ils restent donc des juristes, dont l'ambition est principalement de se saisir du droit, plus spécifiquement constitutionnel.

2. Une théorie articulée autour de la Constitution

23. Malgré le choix d'une expression multiséculaire comme étendard, la doctrine du droit politique est profondément moderne, en ceci qu'elle s'attache à l'étude du droit *constitutionnel*. Ainsi que l'affirme Denis Baranger, « d'un point de vue de droit politique, il semble au total plus pertinent de se tourner vers les positions classiques pour lesquelles le droit est avant tout tenu d'appréhender le pouvoir, de lui donner un cadre, d'entreprendre de le limiter. C'est la raison pour laquelle les juristes qu'on peut rattacher au droit politique ont une certaine tendance à s'intéresser au constitutionnalisme classique, qui était par excellence une pensée de la limitation du pouvoir par le droit »⁷⁴. Même lorsqu'est en cause un système juridique qui échappe aux canons du constitutionnalisme écrit, à l'instar du Royaume-Uni, l'analyse *juspolitiste* s'en saisit

⁷⁰ Voir notamment M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel 1. Les grands systèmes politiques*, Paris : PUF, coll. Thémis. Science politique, 17^e éd., 1988, 603 p.

⁷¹ Bastien François écrit à ce propos : « établi et subversif, à l'intersection de deux disciplines académiques (le droit constitutionnel et la science politique) entre lesquelles il fait le lien en même temps qu'il les fait exister, le « duvergisme » ne va pas résister à l'écart qui va se creuser entre ces deux disciplines dans la façon d'établir leur identité savante, alors même que la lecture qu'il propose des institutions politiques [...] va se banaliser, et que son prophétisme démystificateur va perdre progressivement de sa force [...] », B. François, « Maurice Duverger, la gloire avant l'oubli (en France) », *Revue internationale de politique comparée* vol. 17, 2010, p. 34-35.

⁷² Denis Baranger estime en effet que « l'idée de constitution [...] suppose pour être pensée que soit en place un ensemble de caractéristiques structurelles, de manières de penser les rapports de la politique avec le droit », D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

⁷³ Cette distinction sera étayée plus loin ; voir *infra* Partie II, Titre II, Chapitre 2.

⁷⁴ D. Baranger, « Avant-propos », in M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne : Institution universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2013, p. XVII.

toujours par ce prisme de la configuration de la limitation du pouvoir⁷⁵. En appelant à considérer le droit constitutionnel comme un droit politique, les auteurs concernés ne cherchent donc pas à diluer l'apport du constitutionnalisme parmi toutes les formes d'organisation du pouvoir politique. Paradoxalement peut-être, ils entendent au contraire redonner corps et vie à la notion de Constitution, en renouant avec « [...] la tradition constitutionnelle française [selon laquelle] il existe une relation intime entre la Constitution et le pouvoir politique, c'est-à-dire entre la Constitution et l'État, l'entité politique qu'elle a vocation à régir »⁷⁶. Érigé en théorie, le droit politique s'inscrit donc bien dans une perspective constitutionnaliste⁷⁷.

24. Par ailleurs, les auteurs considérés au titre du droit politique *se concentrent* sur la sphère constitutionnelle. S'ils esquissent, ce faisant, les fondements d'une théorie générale du droit, il ne s'agit pas là de leur ambition première. La théorie générale du droit, en effet, « [...] répond à des besoins théoriques, notamment en expliquant le phénomène juridique, aussi bien dans ses parties que dans sa totalité, et en réduisant par le biais d'une approche globalisante, synthétique, la complexité du phénomène juridique »⁷⁸. Les travaux du droit politique ne fournissent pas un tel portrait des systèmes juridiques considérés dans leur ensemble, puisque l'analyse qu'ils dispensent concerne essentiellement les mécaniques et les théories proprement constitutionnelles. Cela conduit éventuellement les *juspolitistes* à aborder la question épineuse d'une théorie de l'État –

⁷⁵ C'est ainsi notamment que Denis Baranger se propose d'étudier la « Constitution » britannique, autour de cette problématique de l'agencement des institutions comme source de leur limitation. De son point de vue en effet, « la constitution est certes la structure d'une institution ou d'un ensemble d'institutions. En même temps, l'idée que cette structure, ou cet ordre, est *de droit* impose sa présence. On perdrait de vue quelque chose d'important si l'on s'en tenait à l'une ou l'autre seulement de ces caractéristiques. La problématique de la structure institutionnelle coexiste avec celle de la juridicité, à condition de prendre ce terme dans le sens le plus large possible, et dans une perspective où légalité et légitimité ne sont pas des préoccupations distinctes », D. Baranger, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2008, p. 72.

⁷⁶ O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 262.

⁷⁷ Il rompt, ce faisant, avec une approche plus consensuelle de la Constitution au nom de laquelle sa dimension exclusivement normative efface ses caractéristiques substantielles. De cette hypothèse, « il [...] résulte que l'idée constitutionnaliste est sacrifiée sur l'autel du droit, de la « norme juridique » » ; à tout le moins, il en résulte une « disjonction » entre Constitution et constitutionnalisme : O. Beaud, « Constitution et constitutionnalisme », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 125. Sur les liens *a priori* ambigus entre juridicisation du droit constitutionnel et banalisation de la discipline, voir : A. Viala, « De la promotion d'une règle à la normalisation d'une discipline », in B. Mathieu (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris : Dalloz, 2008, p. 522. L'auteur y affirme que, « tenant le politique en respect, le droit constitutionnel paie son autonomisation en devenant un droit comme les autres », *ibid.*

⁷⁸ M. Van Hoecke, « Théorie générale du droit », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : LGDJ, 2^e éd., 1993, p. 611.

qui serait mécaniquement associée à celle de la Constitution⁷⁹ – mais dans une perspective qui reste moins généraliste que spécifiquement constitutionnelle⁸⁰.

C. Une théorie contemporaine

25. Empruntant beaucoup de conclusions à la pensée « classique »⁸¹ du droit constitutionnel, le droit politique ne s'inscrit pas moins dans une perspective éminemment contemporaine, et ce, d'abord parce que, en tant que doctrine et en tant qu'école, il ne se comprend que dans le contexte, relativement récent, de son avènement. C'est en effet *par réaction* que le droit politique apparaît revêtu d'une certaine unité doctrinale ; il repose sur un discours visant à combattre une conception exclusivement normative de la Constitution, elle-même fondée sur la juridictionnalisation de la matière⁸². Il naît ainsi du

⁷⁹ En effet, « telle est la signification révolutionnaire de la constitution et du pouvoir constituant : par elle, le peuple devient une nation, c'est-à-dire conscient de son existence politique. On ne peut donc pas séparer la question de la Constitution de celle du corps politique qui lui est associé, de la forme d'organisation de cette communauté politique », O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 265.

⁸⁰ Pour reprendre ici la conception proposée par Georg Jellinek, « il faut [...] distinguer les sciences de l'État, au sens large du mot, englobant toute la science du droit, et les sciences de l'État, au sens étroit du mot [...] ». Parmi ces dernières figurent notamment « [...] les branches qui ont pour objet les caractères juridiques de l'État et les rapports de droit qui s'y rattachent, l'ensemble des doctrines de droit public et, parmi elles le droit constitutionnel, le droit administratif, le droit international », G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, préf. O. Jouanjan, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2005, p. 6. En proposant une théorie de l'État, le droit politique s'inscrit spécifiquement dans une perspective constitutionnelle, qui présente certes des ramifications touchant à l'ensemble du droit public, mais qui, pour le dire rapidement, exclut l'analyse de droit privé.

⁸¹ À la suite d'Olivier Beaud, « on appellera doctrine constitutionnelle classique cette doctrine juridique qui, entre 1896 et 1930, a émancipé le droit constitutionnel de la théorie politique. Certes, elle s'est appuyée sur des philosophes, des politiques, des historiens, des poètes ou des romanciers comme Montesquieu, Rousseau, Sieyès, Chateaubriand, Benjamin Constant, Lamartine ou Victor Hugo, mais elle l'a fait pour penser la discipline du droit constitutionnel selon les catégories du droit. Ces principaux pionniers furent Adhémar Esmein, Léon Duguit, Maurice Hauriou ou Raymond Carré de Malberg [...] », O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 262.

⁸² Ainsi, « de façon très majoritaire, sinon hégémonique, la doctrine française présente, actuellement, la Constitution comme une norme (ou un ensemble de normes juridiques) dont la qualité serait d'être suprême(s) ». En outre, « [...] il semble que les tenants d'une conception normative ont de plus en plus tendance à considérer que le véritable critère d'appartenance formelle à la Constitution provient de ce qu'une norme inscrite dans une Constitution écrite soit « appliquée », c'est-à-dire sanctionnée par le juge », *ibid.*, p. 258. Jean-Marie Denquin formule une mise en garde similaire : « il est vrai que [le] droit constitutionnel ne pratiquait pas l'art subtil, mais parfois un peu répétitif, du commentaire d'arrêt. Il est heureux que cette corde ait été ajoutée à son arc. Il serait désastreux qu'elle fasse disparaître les autres. Ce serait à l'évidence la perte d'une tradition intellectuelle déjà ancienne qui a produit des œuvres remarquables et fait honneur à la science juridique française », J.-M. Denquin, « Repenser le droit constitutionnel », *Droits* n° 32, 2000, p. 3.

constat d'une « crise de l'idée de constitution »⁸³, d'un « dépérissement »⁸⁴ voire d'un « déclin »⁸⁵ de la pensée constitutionnelle, auxquels les *juspolitistes* se proposent d'apporter certains remèdes, ou tout au moins un regard critique qui, s'il peut être parfois jugé exagérément désenchanté, reste éclairant.

26. La première caractéristique du droit politique, en même temps que le premier moyen d'identifier ses auteurs, repose dans son opposition farouche à ce qu'il est commun d'appeler « la doctrine Favoreu »⁸⁶. Plus largement, l'école d'Aix-en-Provence fait figure de précurseur d'une théorie constitutionnelle entièrement tournée vers l'action du juge, et dont l'essence se saisit essentiellement à travers l'étude exclusive du contentieux constitutionnel⁸⁷. C'est face au succès retentissant de cette doctrine « néo-constitutionnaliste »⁸⁸ que le droit politique a émergé, comme l'expression de l'ultime sursaut de la conception concurrente – principalement institutionnelle – de la Constitution. Plutôt que de réduire le droit constitutionnel à sa nouvelle portée arrétiste⁸⁹, les *juspolitistes* préfèrent intégrer le volet contentieux à une appréhension plus large de la Constitution, qui ferait la part belle aux concepts ayant forgé sa spécificité ontologique

⁸³ Denis Baranger écrit en ce sens que « la crise de l'idée de constitution est à peine masquée par le triomphe de la « juridiction » constitutionnelle. On dirait que plus la constitution est l'objet d'une garantie satisfaisante d'un point de vue normatif, plus elle perd de sa substance interne », D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

⁸⁴ D. Baranger, « Le dépérissement de la pensée institutionnelle sous la V^e République », *Droits* n° 44, 2006, p. 33-50.

⁸⁵ A. Le Divellec, « La QPC, déclin de la pensée constitutionnelle ? », in D. Rousseau, P. Pasquino (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité : une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, Paris : Mare & Martin, 2018, p. 93-111.

⁸⁶ Du nom de son fondateur, le doyen Louis Favoreu, qui a été l'un des premiers à se saisir de la transformation du droit constitutionnel du fait de sa juridictionnalisation. En effet, « en France et partout où cela était possible, Louis Favoreu défendait, inlassablement, sa conception du « Nouveau Droit constitutionnel », un droit véritablement intégré dans l'ordre juridique, loin des analyses institutionnelles sur la nature du pouvoir ou les charmes du parlementarisme rationalisé », D. Maus, « Louis Favoreu, un missionnaire du droit constitutionnel », *RFDC* n° 59, 2004, p. 462.

⁸⁷ Décrivant la méthodologie mise en œuvre par cette école, Xavier Magnon écrit que « le choix de l'école aixoise pour interpréter les normes juridiques, l'herméneutique aixoise, consiste à se tourner vers l'interprétation donnée par le juge constitutionnel. [...] Cette démarche s'explique car c'est précisément parce qu'il n'existait pas de juge constitutionnel, et donc de sanction du principe de constitutionnalité, que l'analyse du droit constitutionnel est longtemps demeurée dans le champ d'analyse exclusif de la science politique. La revendication [tenant] à une autonomie de l'approche juridique du droit constitutionnel passe par la valorisation de son juge qui lui a conféré ses galons de discipline juridique », X. Magnon, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexion et tentative de reconstruction », in *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris : Dalloz, 2007, p. 242-243.

⁸⁸ Voir sur cette notion : L. Favoreu, « Propos d'un « néo-constitutionnaliste » », in J.-L. Seurin (dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris : Economica, coll. Politique comparée, 1984, p. 23-27.

⁸⁹ L'expression est employée par Alexandre Viala, et ce « même si le terme pourrait sembler inadéquat aux yeux des puristes qui n'ignorent pas que le Conseil constitutionnel rend des décisions et non des arrêts [...] », A. Viala, « Le droit constitutionnel à l'heure du tournant arrétiste. Questions de méthode », *RDP* n° 4, 2016, p. 1138. La même formule apparaît également sous la plume de Bastien François, « Le Conseil constitutionnel et la Cinquième République. Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France », *RFSP* n°s 3-4, vol. 47, 1997, p. 378 note 5.

par le passé, à l'instar de l'État, de la souveraineté, ou du pouvoir. Dans cette perspective, « ils font valoir que le droit constitutionnel est un droit politique et que son étude doit s'ouvrir davantage à la réflexion méthodologique et comparative ainsi qu'aux sciences sociales et historiques »⁹⁰. Si l'enracinement de la juridiction constitutionnelle peut ainsi être regardé comme le « fossoyeur » de la pensée constitutionnelle⁹¹, ce n'est pas tant en raison de la transformation du système juridique qui en résulte, mais plutôt du fait de l'appauvrissement de la théorie constitutionnelle, trop souvent réduite à l'exégèse jurisprudentielle⁹². La réserve alors formulée par le droit politique ne lui est d'ailleurs pas propre car, en approchant le droit de la Constitution par le seul prisme juridictionnel, « [...] le risque est grand de se contenter de développer une science du droit simplement répétitive du discours du juge qui, si elle n'est pas dépourvue de tout regard critique, peine à conceptualiser au-delà du discours du juge »⁹³. C'est donc également autour de l'ambition de préserver l'autonomie de la pensée constitutionnelle à l'égard du discours jurisprudentiel que se construit une théorie du droit politique. Si cette dernière suppose donc la survivance d'une acception classique du droit constitutionnel, elle ne saurait pourtant être qualifiée de réactionnaire, terme souvent teinté d'acrimonie et visant ceux qui refusent d'enregistrer le changement pourtant indéniable qui s'est opéré⁹⁴ : les auteurs

⁹⁰ R. Baumert, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique : les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres*, Clermont-Ferrand : Fondation Varenne, Paris : LGDJ, coll. des thèses, 2009, p. 539.

⁹¹ L'expression est empruntée à Olivier Beaud qui analyse le pragmatisme de Joseph Barthélemy, annonciateur d'un positivisme contentieux, comme le premier « fossoyeur de [la] doctrine constitutionnelle classique » ; O. Beaud, « Joseph Barthélemy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits* n° 32, 2000, p. 90.

⁹² Denis Baranger écrit par exemple qu'« on peut se demander si l'on est pas parvenu à une situation de surestimation du pouvoir d'interprétation authentique de la constitution par le Conseil constitutionnel. [...] Le renvoi systématique à un seul interprète [...] pose problème. Loin d'être une situation idéale, on peut y voir l'indice d'une régression dans l'évolution d'ensemble du constitutionnalisme », D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Jus politicum* n° 7, mai 2012. Armel Le Divellec a tenu un propos convergent lors d'un colloque organisé au Conseil constitutionnel : A. Le Divellec, « La QPC, déclin de la pensée constitutionnelle ? », in D. Rousseau, P. Pasquino (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité : une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, Paris : Mare & Martin, 2018, p. 93-111.

⁹³ X. Magnon, « Commentaire sous « Le droit constitutionnel, Constitution du droit, droit de la Constitution » de Louis Favoreu », in W. Mastor, J. Benetti, P. Égéa, X. Magnon (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, Paris : Dalloz, coll. Grands discours, 2017, p. 886. L'auteur ajoute : « telle est sans doute la critique la plus forte adressée à l'école jurisprudentielle du droit constitutionnel : le renoncement à une conceptualisation au-delà de celle, spontanée, à laquelle procède le juge par l'usage de certaines notions ou une conceptualisation liée au seul discours du juge par une systématisation de celui-ci sans aller au-delà de ce qui est dit », *ibid.* C'est très certainement l'un des reproches les plus véhéments qu'adresse le droit politique à la démarche « arrêtiste ».

⁹⁴ On peut en effet entendre le réactionnaire comme celui « qui se montre partisan d'un conservatisme étroit ou d'un retour vers un état social ou politique antérieur » ; *Dictionnaire Larousse*. Le terme pourrait concerner les auteurs du droit politique, au regard de leur réticence à célébrer le « renouveau » que

juspolitistes reçoivent effectivement le contentieux dans leur champ d'études, bien conscients de l'impossibilité de négliger le tournant juridique et politique qu'il constitue, même s'ils se refusent à lui sacrifier l'étude de la Constitution dans son ensemble⁹⁵. Si on peut considérer, avec les professeurs Ost et van de Kerchove, que « [...] la pensée scientifique [...] se développe [...] souvent [...] par glissements successifs ou « ajustements partiels » des paradigmes, selon une logique plus « incrémentale » ou graduelle que révolutionnaire »⁹⁶, il semble pertinent de regarder le droit politique comme un tel ajustement de la pensée constitutionnaliste, davantage que comme la résurgence entêtée d'une doctrine d'outre-tombe.

27. Au soutien de leur théorie, les *juspolitistes* exhument certes des travaux constitutionnels antérieurs à l'avènement de la justice constitutionnelle, car ces études d'un autre temps participent à démontrer la profondeur et la complexité d'une réflexion constitutionnelle qui se passait pourtant d'un juge. Ce n'est cependant que par le succès académique du contentieux constitutionnel qu'a pu voir le jour une véritable doctrine du droit politique puisque celle-ci y a puisé les raisons de se construire en contrepoint, en accusant alors nécessairement un certain délai. Ainsi, il est possible de dater ses premières expressions dans le courant des années 1990, pour situer sa confirmation et son épanouissement dans les vingt années qui ont inauguré le siècle suivant.

28. Ces quelques prolégomènes ontologiques permettent d'envisager plus clairement l'objet qui sera celui de la présente thèse. Conçu comme un discours sur le droit constitutionnel, le droit politique appelle à considérer plus avant les propositions qu'il formule pour le compte de la théorie constitutionnelle. Il interroge également l'opportunité d'une telle démarche, replacée dans le contexte contemporain de son avènement doctrinal. Une investigation plus pointue en ce domaine implique cependant qu'en soient d'abord précisés les jalons méthodologiques.

constitue le tournant contentieux de la doctrine constitutionnelle. Pour un état des lieux de ce mouvement, voir : F. Delpérée, « Le renouveau du droit constitutionnel », *RFDC* n° 74, 2008, p. 227-237.

⁹⁵ La jurisprudence elle-même fait d'ailleurs l'objet d'études de fond conduites par des auteurs *juspolitistes*. C'est le cas par exemple de Denis Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

⁹⁶ F. Ost, M. van de Kerchove, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 1992, p. 207.

II. La méthode de l'étude : une démarche métathéorique prospective

29. Se donner pour objet une théorie du droit et pour matériau d'investigation les discours qui s'y rattachent implique d'adopter une posture *métathéorique*⁹⁷, soit de proposer un méta-méta-discours, « c'est-à-dire un discours sur un discours (la science ou une autre modalité du savoir) qui analyse lui-même un discours (le droit) »⁹⁸. Prétendre étudier une théorie comme celle du droit politique nécessite cependant un cadre méthodologique qu'il convient de clarifier. La démarche adoptée ici peut se décomposer en trois phases, qui permettent de la qualifier globalement de *prospective*, en ceci qu'elle invite à la fois à envisager les faits discursifs soumis à l'étude et à procéder à la reconstruction d'une unité entre eux⁹⁹. En ce sens, cette démarche est d'abord stipulative (A) puis à la fois inductive et déductive (B), au service d'une perspective finalement analytique (C).

A. Une démarche stipulative

30. « Au sein des sciences juridiques, comme au sein de tout autre champ de savoir, aucune observation, ni aucune description de l'objet ne peuvent être dégagées des contextes historiques, sociaux, institutionnels, académiques dans lesquels elles sont menées »¹⁰⁰. Une entreprise de métathéorie ne fait pas exception à cette règle formulée par Véronique Champeil-Desplats ; elle impose en effet d'abord de préciser l'objet et de le distinguer de son contexte. En l'occurrence, il s'agit donc de déterminer, parmi les

⁹⁷ La métathéorie peut se définir comme la « recherche qui a comme objet spécifique les théories scientifiques (elles-mêmes considérées aussi du point de vue de l'activité et de son produit), et comme résultat, la production d'une « théorie des théories scientifiques », V. Villa, « Métathéorie », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris: LGDJ, 2^e éd., 1993, p. 370.

⁹⁸ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, p. 3.

⁹⁹ *Mutatis mutandis*, cette démarche qualifiée de prospective s'inspire de ce qu'Olivier Beaud appelle une « vision « perspectiviste » », c'est-à-dire une démarche qui assume une certaine liberté à l'égard des faits dont elle cherche pourtant à rendre compte, en en proposant une lecture conceptualisée, nécessairement en partie reconstruite ; cela « [...] ne signifie pas, cependant, une conception arbitraire du sujet qui aboutirait à reconstruire l'objet selon le bon plaisir de l'observateur. L'objectif reste de mieux analyser les données empiriques qui s'offrent au juriste », O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2007, p. 23-24. Si Olivier Beaud s'attache alors à l'articulation des concepts scientifiques et des faits, nous transposons sa démarche au niveau métathéorique, à la combinaison de notre analyse et des propositions théoriques qui en constituent l'objet.

¹⁰⁰ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, p. 287.

discours de la doctrine constitutionnelle, ceux qui relèvent du droit politique que nous entendons étudier. Ce préalable indispensable procède largement de la stipulation au sens d'« [...] une décision, que l'on prend au commencement d'une recherche, de constituer une classe d'objets présentant tous un certain caractère »¹⁰¹. L'existence doctrinale du droit politique peut en effet être *postulée*, et les auteurs qui s'y rattachent – et dont le discours constituera le matériau brut de la présente recherche – identifiés. Certainement subjectif, le choix opéré à ce titre n'en est pas moins dénué de tout critère. Il répond en premier lieu à une considération téléologique, au nom de laquelle doivent être ménagées la logique et l'efficacité de la démonstration que l'on entend mener à ce sujet : puisqu'il s'agit de démontrer l'unité théorique du droit politique, la cohérence des discours retenus à ce titre constitue un critère efficace de leur identification. Elle répond adéquatement à « la difficulté d'une approche méta-théorique [qui] réside dans la nécessité de délimiter de manière suffisamment opératoire l'ensemble [des] discours juridiques [...] »¹⁰² qui constituent l'objet de l'étude.

31. Le postulat d'une doctrine du droit politique se justifie en premier lieu au regard d'une collection d'auteurs qui, à l'époque contemporaine, revendiquent expressément la considération du droit constitutionnel comme un droit politique. Affirmant par là qu'ils n'adhèrent pas au succès disciplinaire du tout contentieux constitutionnel, ils appellent dans leur rang des auteurs moins prompts à employer la notion de droit politique, mais dont les conclusions se fondent sans peine parmi les leurs, du fait d'une préoccupation commune en faveur d'une certaine appréhension du droit constitutionnel¹⁰³. La divergence doctrinale à l'encontre de l'« école Favoreu » ne saurait toutefois suffire à intégrer les auteurs concernés au droit politique ; nombreux sont en effet les universitaires qui n'adhèrent pas à la méthodologie contentieuse inaugurée à Aix-en-Provence¹⁰⁴.

¹⁰¹ M. Troper, « Pour une définition stipulative du droit », *Droits* n° 10, 1989, p. 102. L'auteur précise que cette définition « [...] ne sera ni vraie ni fausse, mais seulement opératoire pour un problème spécifique ».

¹⁰² M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne : Institution universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2013, p. 36.

¹⁰³ Comme l'écrit Denis Baranger, il est des « [...] auteurs qu'il est possible (même quand ils ne le font pas eux-mêmes) de rattacher à l'idée du droit constitutionnel comme droit politique », D. Baranger, « Avant-propos », in M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne : Institution universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2013, p. XV. C'est par exemple le cas de Jean-Marie Denquin qui, peut-être plus laconique quant à son attachement à la notion de droit politique, présente des conclusions que nous regarderons comme participant de la théorie *juspolitiste*.

¹⁰⁴ Xavier Magnon, lui-même tenant manifeste du normativisme, identifie par exemple « une dimension politique dans l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle [qui] n'est pas nouvelle, la voie a été tracée à Montpellier il y a longtemps déjà, elle se poursuit aujourd'hui sous l'impulsion de la revue *Jus politicum* [...] », X. Magnon, « Appréhender le droit constitutionnel jurisprudentiel sous un angle politique. D'une posture à la discussion de quelques orientations méthodologiques fondamentales », in X. Magnon, P.

Réduire le champ doctrinal à une simple dichotomie entre école aixoise et école du droit politique se révélerait d'ailleurs caricatural et contrecarrerait l'entreprise d'une étude de la seconde : embrassant un trop grand nombre de penseurs et une large diversité de propositions, la pensée du droit politique ne pourrait alors être systématisée et analysée qu'au prix d'une cécité sur les enjeux théoriques qu'elle soulève pourtant.

32. Si les auteurs du droit politique appartiennent à un même courant doctrinal, c'est donc non seulement en ce qu'ils contestent le monopole disciplinaire que semble avoir conquis l'approche contentieuse, mais également en ce qu'ils affichent leur scepticisme à l'égard d'une science constitutionnelle recentrée autour de la juridictionnalisation de la matière ; ils lui préfèrent une aspiration résolument théorique, tournée vers la philosophie politique et l'histoire¹⁰⁵. Ils se démarquent ainsi de nombreuses écoles françaises qui accordent à la justice constitutionnelle une place primordiale, quand elle n'est pas exclusive, dans leur appréhension du droit constitutionnel¹⁰⁶. Plus spécifiquement, le droit politique apparaît essentiellement comme une proposition alternative à la conception *normative* de la Constitution¹⁰⁷. Fil conducteur dans l'identification des auteurs de

Esplugas, W. Mastor, S. Mouton (dir.), *Questions sur la question (QSQ 3) : de nouveaux équilibres institutionnels ?*, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. Grands colloques, 2014, p. 4. Il nous semble cependant que le premier courant mentionné, que l'on peut rattacher à la pensée de Dominique Rousseau, ne se confond pas avec le second, bien qu'ils partagent certainement une approche politisée du droit constitutionnel. La théorie de la démocratie continue notamment, implique un dépassement du droit constitutionnel comme droit politique, et un renouvellement des schèmes théoriques classiques, schèmes qui sont au contraire restaurés par les travaux *juspolitistes*. C'est ce qui apparaît par exemple à la lecture de cet extrait d'un article de Dominique Rousseau : « la constitution n'est donc plus constitution de l'État, mais constitution de la société, puisque toutes les activités des individus saisies par le droit peuvent être rapportées à la constitution ; ce qui, dans le langage juridique, se traduit par les expressions « constitutionnalisation » du droit civil, du droit du travail, du droit social, du droit commercial, du droit administratif, du droit pénal, etc., c'est-à-dire, par l'idée que toutes les branches du droit, *et pas seulement le droit politique*, trouvent leurs principes dans la constitution », D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, 19 septembre 2008, accessible en ligne : <http://www.laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html> ; nous soulignons.

¹⁰⁵ C'est ce que démontre Olivier Beaud lorsqu'il étudie la pensée de René Capitant : O. Beaud, « Découvrir un grand juriste : le « premier » René Capitant », *Droits* n° 35, 2002, p. 163-194.

¹⁰⁶ L'exemple le plus frappant à cet égard, est sans doute celui de la théorie réaliste de l'interprétation telle que l'a proposée Michel Troper ; quoique procédant à une déconstruction de l'ontologie juridique classique – en faisant de l'interprète du texte le véritable auteur de la norme –, le maître de Nanterre présente une théorie finalement concentrée sur la personne du juge. Stéphane Rials écrit en ce sens : « tout se passe comme si l'opération n'avait consisté qu'à déplacer un peu le lieu de la production normative. Ce n'est plus le Constituant, mais le juge constitutionnel ou, à défaut, le législateur ordinaire, ce n'est plus ce dernier, mais les juridictions souveraines qui deviennent le lieu exclusif de l'éclosion de la norme », S. Rials, « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits* n° 37, 2003, p. 80.

¹⁰⁷ C'est le sens que véhicule la définition proposée par Olivier Beaud du droit constitutionnel, lorsqu'il oppose la conception normative à la conception institutionnelle de la Constitution ; O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 257-266. Le droit politique ici entendu privilégie indiscutablement la seconde conception.

référence, ce critère de leur posture ontologique ne constitue jamais que la première étape d'une entreprise de reconstruction de leur pensée, globalement considérée.

B. Une démarche inducto-déductive

33. Pour paradoxale qu'elle puisse sembler, la juxtaposition des méthodes inductive et déductive n'est pas impossible, dès lors qu'elle ne traduit pas tant la simultanéité de leur usage que la possibilité de les emprunter successivement. Rendre compte du droit politique comme théorie constitutionnelle implique en premier lieu de restituer la pensée des auteurs qui le construisent, tâche à laquelle la démarche inductive est particulièrement adaptée puisqu'« elle consiste à passer d'une somme d'énoncés particuliers portant sur une même classe de faits, de personnes ou d'objets, à un énoncé général qui dépersonnalise ou désingularise les énoncés de départ »¹⁰⁸. Inscrite dans une doctrine dont la cohérence matérielle est postulée, la multitude des discours *juspolitistes* doit donc être ramenée à l'unité, par la formulation des préceptes généraux auxquels ils semblent tous adhérer.

34. Plus la mise au jour de la théorie du droit politique cherchera à être précise cependant, plus seront éprouvées les limites de la démarche inductive ; il est d'abord des matières au sujet desquelles le laconisme doctrinal n'est rompu que par une voix qui s'élève dans le silence du chœur¹⁰⁹. Lorsque cette hypothèse se présente, nous avons choisi de considérer le chant qui s'exprime comme partie prenante du droit politique, présumant que l'absence de dissonance constitue une autre forme d'harmonie. En l'absence de contradiction manifeste, les pensées des différents auteurs du droit politique seront donc combinées. La diversité des discours étudiés favorise également le développement d'arguments contradictoires, à tout le moins indépendants. Dans l'hypothèse du droit politique, il s'agit alors le plus souvent de domaines suffisamment marginaux pour qu'une divergence d'opinions ne suffise pas à ébranler la cohérence

¹⁰⁸ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, p. 362.

¹⁰⁹ L'exemple le plus évocateur de cette situation réside notamment dans la considération accordée à la théorie de l'État. Olivier Beaud est indubitablement l'auteur du droit politique le plus prolifique sur ce sujet, qui ne reçoit qu'un traitement indirect de la part de ses collègues ; c'est donc l'État tel que défini par Olivier Beaud qui constituera le fil conducteur des développements consacrés à cette question. Voir en ce sens *infra* Partie I, Titre II, Chapitre 1.

doctrinale globale. La méthode inductive encourage toutefois à opérer une conciliation entre ces idées plurielles, pour ménager leur compatibilité.

35. Lorsqu'une telle opération s'avère pourtant impossible, l'induction sera alors délaissée au profit d'une méthode davantage déductive, par laquelle est rendu possible « [...] le passage d'un énoncé général [...] qui constitue une [prémisse] connue, vraie ou vérifiable, vers un énoncé particulier qui est réputé alors présenter ces mêmes propriétés »¹¹⁰. À partir d'une représentation conceptuelle du droit politique, au nom de l'unité que l'on cherche à démontrer et de la cohérence qu'elle sous-entend, des arguments pourront être privilégiés sur d'autres, selon un choix toujours subjectif, mais dont on aura pris soin de réduire la part d'arbitraire au minimum. Si une part de déduction est rendue nécessaire par l'ambition de systématiser la pensée d'une pluralité d'auteurs, cette dernière implique également que les arguments considérés au titre du droit politique soient presque réifiés, regardés comme des entités autonomes, à l'égard notamment de leurs auteurs respectifs. Le présent travail de reconstruction est donc susceptible de contrarier le matériau doctrinal brut, au nom de la recherche d'unité qui le guide. C'est toutefois la condition d'une entreprise de systématisation : « la reformulation doit [permettre] d'établir des relations entre les énoncés au moyen de règles d'inférence et de dérivations logiques. Elle doit [également] veiller à ce que l'intégralité des énoncés s'agence selon des principes idéaux de la systématisation : non-redondance des énoncés, non-contradiction, complétude, cohérence »¹¹¹. Le propos s'émancipera donc ponctuellement des discours identifiés au titre du droit politique ; il s'agit là d'un mal nécessaire dès lors qu'« [...] il ne fait pas de doute que la satisfaction d'une telle exigence [de systématisme] opère au sens large du terme une « reconstruction » de l'objet étudié et aboutit à une modification, sinon de l'objet lui-même, tout au moins de la représentation qui en est fournie »¹¹².

36. L'identification de la théorie du droit politique procède donc, dans nos développements, d'un double mouvement, ascendant – qui part des auteurs pour formuler des principes généraux – et descendant : les principes généraux identifiés rejaillissent sur les discours des auteurs et permettent de les évaluer, voire de les disqualifier au titre du droit politique. Une telle combinaison des méthodes inductive et déductive ne paraît pas

¹¹⁰ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, p. 363.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 330.

¹¹² M. van de Kerchove, F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 1988, p. 128.

rédhibitoire, tant il est difficile, en pratique, de les distinguer absolument¹¹³. Elle permet, en outre, de séparer les arguments déployés au sein du droit politique des auteurs qui les formulent, de dépersonnaliser les propositions théoriques, afin de mieux mettre en valeur la dynamique intellectuelle qu'elles constituent. De fait, toutes ces étapes du raisonnement ne représentent jamais que les instruments préalables par lesquels est construit l'objet de la présente thèse ; son enjeu repose principalement dans l'analyse qui peut dès lors en être livrée.

C. Une démarche analytique

37. La méthode analytique renvoie, « au sens large, [à] toute approche qui cherche à expliquer ou élucider les termes, les concepts ou les structures du droit en analysant les éléments et en montrant comment le tout est compréhensible comme ordonnancement cohérent des parties »¹¹⁴. Appliquée à une démarche métathéorique, elle favorise l'analyse critique de l'objet visé, notamment en ce qu'elle permet de le confronter à ses propres limites, en mobilisant les instruments de la logique¹¹⁵ et en décomposant les propositions doctrinales qui le constituent¹¹⁶. C'est là le moyen d'assurer une posture non seulement descriptive, mais également critique, sur le droit politique envisagé comme théorie du droit constitutionnel. L'analyse critique pourra ainsi être menée sur le plan interne, en interrogeant la cohérence des arguments et des auteurs au sein du droit politique, et sur le plan externe : pourront alors notamment être éprouvées l'opérabilité de la théorie – par sa congruence avec les faits fournis par le droit positif – et sa scientificité – par une comparaison avec les autres théories du droit¹¹⁷. En d'autres termes, nous

¹¹³ En effet, la déduction comme l'induction impliquent que « [...] la pensée pren[ne] un risque, établi[sse] un compromis entre rigueur et invention », M. Grawitz, *Méthodes des sciences sociales*, Paris : Dalloz, coll. Précis Dalloz, 11^e éd., 2001, p. 17.

¹¹⁴ N. MacCormick, « Analytique (approche du droit) », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : LGDJ, 2^e éd., 1993, p. 24.

¹¹⁵ En effet, « [...] la méthode analytique trouve dans l'usage de la logique des propositions un gage de rigueur du discours scientifique », V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, p. 136.

¹¹⁶ À propos de la méthode analytique de Norberto Bobbio, Riccardo Guastini estime ainsi que « [...] « analyser » signifie diviser, distinguer, décomposer, sectionner. L'esprit analytique consiste précisément à envisager dans les choses les éléments les plus simples plutôt que les ensembles », R. Guastini, « Norberto Bobbio ou de la distinction », in N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, C. Agostini, Louvain : Bruylant, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique, 1998, p. 1.

¹¹⁷ Il s'agira donc ici de livrer une analyse juridique de la doctrine *juspolitiste* ; nous n'adopterons donc pas une démarche sociologique par laquelle seraient mis en valeur les enjeux de pouvoir qui sous-tendent

proposons d'adopter un point de vue « externe modéré », en transposant cette posture méthodologique de la science du droit dont elle est issue¹¹⁸, à la démarche métathéorique. En vertu de ce postulat en effet, « [...] si l'observateur suspend sa propre adhésion aux phénomènes [...] qu'il étudie, il ne néglige pas pour autant de se référer à la manière dont les acteurs [concernés] considèrent eux-mêmes les règles d'un point de vue interne »¹¹⁹.

38. L'ambition de systématiser la pensée exprimée par le droit politique suppose cependant de dépasser la simple mise en ordre des différents arguments exposés par ses auteurs. Dans cette perspective, il apparaîtra ainsi parfois nécessaire de développer des éléments délaissés ou simplement effleurés par les *juspolitistes* afin de mettre au jour l'entièreté des implications d'une démarche de droit politique. Si le travail de reconstruction implique logiquement une certaine liberté à l'égard du matériau doctrinal exploité, il reste conditionné par la volonté d'en rendre compte, en tissant les liens parfois manquants entre les différentes théories exposées. Il relève donc bien de l'analyse, en ce qu'il favorise la compréhension globale du droit politique considéré comme théorie constitutionnelle.

39. En l'occurrence, le recours à la méthode analytique est favorisé par l'extériorité entretenue à l'égard de l'objet d'étude. Ce travail ne prétend en effet pas être une thèse *de* droit politique – du moins pas directement – mais une thèse *sur* le droit politique ; il cherche moins à défendre une posture de droit politique qu'à faire état de ce qu'elle induit. En ce sens, la doctrine étudiée est objectivée, presque confisquée à ses auteurs, afin que l'analyse qui en est livrée puisse comporter une dimension critique autonome. Si elle prétend être analytique, la démarche ici adoptée n'est pourtant ni simplement descriptive ni complètement objective. Comme le relève Christian Atias, « la description supposée construit nécessairement son objet, en choisissant les éléments qui doivent l'informer sur ses composantes et en déterminant ceux qui constitueront des données et ceux qui laissent une liberté d'appréciation et de discussion. Avant même que ne s'engage le commentaire, toute neutralité est exclue »¹²⁰. Bien que la méthode analytique invite à

éventuellement l'apparition d'un discours doctrinal concurrent. Voir à ce titre : Y. Dezalay, « La production doctrinale comme objet et terrain de luttes politiques et professionnelles », in *La doctrine juridique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 230-239.

¹¹⁸ Les professeurs Ost et van de Kerchove visent en effet par ce terme une façon d'appréhender le droit et non le discours doctrinal qui en rend compte. Voir en ce sens : F. Ost, M. van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Travaux et recherches, 1987, p. 75 et ss.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 76.

¹²⁰ C. Atias, *Épistémologie juridique*, Paris : Dalloz, coll. Précis Dalloz. Série droit privé, 2002, p. 175.

s'inscrire dans une perspective scientifique et non idéologique¹²¹, aucune démarche qui chercherait à s'y conformer ne peut donc jamais prétendre à une parfaite objectivité. Par ailleurs, bien que le prisme métathéorique adopté ici implique une différenciation entre le discours constituant l'objet et le propos de cette thèse, nous ne saurions, à l'instar des auteurs que nous étudions¹²², adhérer tout à fait à une conception radicale de la distinction entre les niveaux de discours ; travail *sur* le droit politique, cette thèse sera donc parfois incidemment un travail *de* droit politique.

40. Derrière l'entreprise de description de la théorie du droit politique se dessinera donc un parti pris manifeste – et assumé – en faveur de ses conclusions. Il nous semble toutefois que cette subjectivité, irréductible dans toute démarche scientifique, n'atténue pas l'intérêt que véhicule une étude consacrée à cette question.

III. L'intérêt de l'étude : la mise au jour d'une théorie méconnue

41. L'enjeu d'une étude du droit politique envisagé comme théorie constitutionnelle contemporaine réside d'abord dans son caractère inédit, qui s'explique tout naturellement par le développement relativement récent des discours étudiés. Ce faisant, si plusieurs recherches qui ont été récemment publiées s'inscrivent ouvertement au cœur d'une doctrine de droit politique¹²³, elles ne procèdent pas en tant que telles à une *analyse* de

¹²¹ Science et idéologie s'excluent en effet dans la pensée juridique classique. Ainsi pour Kelsen, « toute science prise comme moyen de connaissance s'attache à révéler son objet. À l'inverse, l'idéologie politique jette un voile sur la réalité, elle la transfigure pour mieux la conserver et la défendre, ou elle la déforme afin de la combattre et de la détruire ou d'y substituer une autre réalité. Toute idéologie politique s'enracine dans une volonté, et non dans la connaissance ; dans la région émotionnelle de notre conscience, et non dans celle de la raison ; elle émane de certains intérêts, ou plutôt d'intérêts distincts de la recherche de la vérité », H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 48. Dans le même sens, Michel Troper écrit que « [...] l'idéologie n'est qu'un ensemble de jugements de valeur, qui se substituent à la description ou la déforment. Il suffit alors de mettre en évidence le caractère idéologique d'une thèse pour la disqualifier » au nom de la science ; M. Troper, « La distinction droit public-droit privé et la structure de l'ordre juridique », in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 192.

¹²² La déconstruction de la « fiction du « méta » » est notamment opérée par Pierre-Marie Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Panthéon-Assas, 2014, p. 203-207. Voir sur ce point *infra*, Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 2, § 2, A.

¹²³ Sans prétention à l'exhaustivité, on peut citer ici plusieurs ouvrages. Jean-Jacques Sueur, d'abord, met en évidence certains écueils de la théorie constitutionnelle classique pour mieux promouvoir un droit politique. Mais il prend alors la forme d'un plaidoyer qui laisse peu de place à la systématisation analytique : J.-J. Sueur, *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, Québec : Presses universitaires de Laval, coll. Diké, 2011, 348 p. Pierre-Marie Raynal étudie, quant à lui, la notion de fiction constituante qui lui permet de défendre une méthodologie de droit politique. Cette dernière ne fait donc pas l'objet, nous semble-t-il, d'un traitement exhaustif : P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie*

celle-ci. L'absence d'une étude sur ce sujet pourrait sembler indiquer son intérêt limité, mais il n'en est rien en vérité, la systématisation du droit politique comme théorie constitutionnelle emportant au contraire un enjeu doctrinal d'envergure. En tant que doctrine *a priori* minoritaire au regard du faible nombre d'auteurs considérés à ce titre, le droit politique, envisagé comme une théorie constitutionnelle, permet d'abord d'encourager le débat scientifique autour de la définition du droit constitutionnel, débat qui tend quelque peu à s'enliser autour de l'appréhension arrêtière de la discipline (A). Étudier le droit politique permet également de mettre au jour son hostilité latente au positivisme juridique, et d'interroger ce faisant l'hégémonie que semble avoir conquise la posture normativiste au sein de la science du droit française, en lui opposant une conception renouvelée de la Constitution (B).

A. Un enjeu immédiat : une théorie nourrissant la controverse constitutionnelle

42. En tant que discours structuré et original sur la Constitution, le droit politique permet d'entretenir le débat académique en ce domaine ; pensé par ses auteurs comme un mouvement minoritaire au sein d'une doctrine globalement conquise par un emballement contentieux¹²⁴, il bouscule, ce faisant, la position hégémonique d'un « positivisme tranquille »¹²⁵ jugé trop sereinement installé. À l'heure où le succès fulgurant de l'acception contentieuse de la Constitution est sans cesse confirmé par la multiplication des manuels¹²⁶, des enseignements et des revues¹²⁷ qui y sont consacrés, le droit politique

du droit politique, thèse dact., Panthéon-Assas, 2014, 593 p. On compte enfin de nombreuses thèses doctorales qui objectivent le droit politique comme école de pensée, mais ne l'évoquent qu'incidemment, au détour d'une démonstration consacrée à une question transversale. C'est le cas notamment dans les ouvrages suivants : M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne : Institution universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2013, 627 p. ; E. Bottini, *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2016, p. 419 et ss ; S. Van Ouwerkerk, *Penser les formes de l'État. Un état de la pensée publiciste française*, thèse dact., Toulouse, 2019, not. p. 134 et ss.

¹²⁴ Olivier Beaud constate par exemple « l'actuelle domination de la conception normative de la Constitution » dans la doctrine constitutionnelle, au détriment de la conception institutionnelle qu'il préconise : O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 258.

¹²⁵ O. Beaud, « Le cas français : l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017.

¹²⁶ La fin du XX^e siècle voit ainsi le développement du contentieux constitutionnel par des manuels qui lui sont spécialement dédiés. Voir par exemple : G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, coll. Thémis, 1998, 1^{ère} édition, 580 p. ; D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 1990, 1^{ère} édition, 404 p. ; D. Turpin, *Contentieux constitutionnel*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 1986, 1^{ère} édition, 346 p.

reste indifférent à cet engouement disciplinaire et défie la prétention monopolistique de ses adeptes en matière constitutionnelle, en continuant notamment à considérer la Constitution dans son contexte politique¹²⁸.

43. Or, de cette position minoritaire parmi les constitutionnalistes, les travaux *juspolitistes* disposent d'une portée théorique décisive, à condition qu'ils soient rendus lisibles dans leur globalité. Ils permettent en effet de maintenir vivace la controverse en la matière et ils invitent ce faisant les partisans de chaque doctrine à déployer leurs arguments jusque dans leurs retranchements : « les procédés rhétoriques et la dynamique argumentative se déploient de façon privilégiée dans les situations de controverses, que celles-ci se manifestent dans des assemblées délibérantes, devant les prétoires ou au sein de « la doctrine » »¹²⁹. Que l'on adhère ou non à la démarche que suggère le droit politique, il présente au moins l'avantage de questionner des postulats depuis longtemps exclus du débat. *A minima*, une doctrine minoritaire permet-elle au discours dominant de renforcer ses soubassements théoriques ; *a maxima*, elle les condamne en révélant leur vacuité, logique ou empirique. Dans tous les cas, elle nourrit le débat académique et enrichit l'œuvre scientifique collective qui en résulte.

44. Il est en effet un principe scientifique fondamental en vertu duquel « la vérité est fille de discussion »¹³⁰ : c'est par le dialogue et la controverse que s'entretient la quête de la vérité. Si cette dernière est condamnée à rester indéfiniment inaccessible¹³¹, elle n'en constitue pas moins l'ambition ultime de toute démarche scientifique. Considéré comme une théorie constitutionnelle, le droit politique apparaît comme l'un des instruments de ce dialogue doctrinal, par lequel doivent être constamment interrogés les présupposés, les arguments et les méthodes mis en œuvre par la communauté des constitutionnalistes. Lui

¹²⁷ On pense ici à l'*Annuaire international de justice constitutionnelle*, inauguré en 1985, à la *Revue française de droit constitutionnel*, créée en 1990, et aux (*Nouveaux*) *Cahiers du Conseil constitutionnel* qui paraissent depuis 1996.

¹²⁸ C'est ce qui est par exemple affirmé dans un manuel de référence : « étudier l'environnement idéologique de la constitution [...], analyser les partis politiques qui la vivifient, [...] est le lot passionnant du constitutionnaliste. D'où la vision élargie aux *institutions politiques* et à la méthode rajeunie de la *science* ou *sociologie politique* », J. Gicquel, J.-É. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Domat droit public, 31^e éd., 2017, p. 38.

¹²⁹ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, p. 373.

¹³⁰ La formule complète est encore plus éloquente : « deux hommes, s'ils veulent s'entendre, ont dû d'abord se contredire. La vérité est fille de discussion, non pas fille de sympathie », G. Bachelard, *La philosophie du non. Essai d'une philosophie du nouvel esprit scientifique*, Paris : PUF, coll. Quadrige, 7^e éd., 2012, p. 134.

¹³¹ Dans cet esprit, Karl Popper qualifiait la recherche scientifique de « quête inachevée » ; K. Popper, *La quête inachevée : autobiographie intellectuelle*, 1976, trad. R. Bouveresse, Paris : Presses pocket, coll. Agora, 1989, 350 p.

consacrer une tentative de systématisation vise donc, modestement, à favoriser une certaine réflexivité¹³², en mettant en lumière des obstacles, trop souvent ignorés, qui tempèrent le succès des thèses dominant la doctrine constitutionnelle contemporaine. Construit par subversion du discours juridique majoritaire, le droit politique participe donc à l'œuvre scientifique collective¹³³.

45. S'il permet éventuellement de nourrir le débat en matière constitutionnelle, le droit politique comme théorie ne saurait cependant être doté d'une autorité doctrinale absolue, par la grâce de laquelle il pourrait espérer supplanter le positivisme actuellement majoritaire ; ce serait remplacer une hégémonie par une autre. Son intérêt repose au contraire dans le rejet qu'il suscite de la part d'un grand nombre de constitutionnalistes. Il contribue ainsi à mettre en valeur le pluralisme irréductible qui caractérise le discours scientifique¹³⁴. S'il peut être démontré qu'il renvoie à une théorie constitutionnelle structurée et cohérente, le droit politique devra dès lors être regardé comme une alternative valable¹³⁵ à toutes les théories constitutionnelles. Puisqu'une théorie du droit

¹³² C'est en ce sens qu'il s'agit d'ailleurs d'un travail de théorie et de métathéorie du droit. Ainsi que l'écrit Alexandre Viala en effet, « [...] la théorie du droit [est] *cette méthode de distanciation et de réflexivité*, c'est-à-dire un méta-méta-discours qui se donne pour objet de réfléchir dans quelle mesure le méta-discours de la science du droit peut produire des énoncés théoriques, à savoir des énoncés universels produisant des catégories à l'aune desquelles le juriste examine le résultat de ses observations ponctuelles et empiriques et sans lesquelles il n'est point de science du droit possible. Le théoricien est alors ce juriste qui, à l'instar des maîtres du soupçon à l'égard des autres compartiments du savoir scientifique, examine objectivement la situation des juristes et tâche de leur faire prendre la mesure du caractère éminemment subjectif et constructif de leur travail de catégorisation », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 231 ; nous soulignons.

¹³³ « Les libertés, ce sont, en l'occurrence, celles de ce qui devrait toujours présider au fonctionnement ordinaire de la recherche : emprunter des voies nouvelles de conceptualisation, travailler aux frontières des domaines ou des disciplines, croiser des savoirs qui s'ignorent habituellement. *Il n'y a de science que dans la subversion* et celle-ci peut aussi prendre la forme d'une remise en cause de cette hiérarchie des positions qui serait liée à celle des âges », A.-J. Arnaud, J. Commaille, « Avant-propos », in J. Commaille, L. Dumoulin, C. Robert (dir.), *La juridicisation du politique : leçons scientifiques*, Paris : LGDJ, coll. Droit et société. Recherche et travaux, 2000, p. 9 ; nous soulignons.

¹³⁴ Les professeurs Ost et van de Kerchove ont constaté l'incontournable pluralisme méthodologique de la science juridique : F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 454 et ss.

¹³⁵ En tant que théorie, le droit politique ne saurait en effet être apprécié en termes de *validité*, qui impliquerait un rapport de la théorie à l'ordre juridique positif, ni même en termes de vérité ou de fausseté. Ainsi que l'écrit Véronique Champeil-Desplats, « [...] les théories, notamment en ce qu'elles visent à généraliser des observations, à établir des rapports de causes à effets ou des corrélations, ont [...] une visée explicative, voire spéculative. À ce titre, elles comprennent des énoncés qui ne sont plus vrais ou faux, vérifiables ou falsifiables, mais qui sont vraisemblables ou non, heuristiquement féconds ou non, valides ou convaincants au regard de conceptions dominantes et courantes de la connaissance dans un contexte historique, académique, culturel ou social déterminé », V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, p. 277.

n'est jamais qu'une proposition de compréhension de l'ordre juridique¹³⁶, l'adhésion qu'elle suscite ne relève donc *in fine* que de l'appréciation – par nature subjective – des arguments sur lesquels elle repose. Une théorie peut en effet être évaluée au regard de sa scientificité, de sa cohérence générale, de son caractère opératoire à l'égard des faits dont on prétend rendre compte, voire de la philosophie qui la sous-tend¹³⁷. En droit, ces critères restent largement sujets à l'interprétation des commentateurs tant ils peinent à revêtir une définition univoque et absolue¹³⁸. Impossible donc, de faire prévaloir absolument une théorie sur les autres, si elles satisfont toutes à des exigences minimales de logique. En tant que théorie valide du droit constitutionnel, le droit politique peut alors nourrir la controverse, en présentant les lacunes des conceptions qui y ont cours et en proposant d'y substituer des alternatives.

B. Un enjeu différé : une théorie renouvelant les présupposés doctrinaux

46. Le droit politique est pensé, par ses auteurs mêmes, comme une alternative théorique au normativisme¹³⁹. Entendu au sens large, le normativisme désigne les théories

¹³⁶ Il ne s'agit en effet jamais que d'une *proposition*, dans la mesure où « [...] les théories du droit sont avant tout des représentations et des mises en ordre subjectives du monde sensible », T. Carrère, « Sur le néo-républicanisme et la science de l'histoire constitutionnelle », *Jus politicum* n° 14, juin 2015.

¹³⁷ Éric Millard souligne ainsi que, « [...] pour de nombreuses [...] théories générales du droit, le modèle des sciences empiriques doit se comprendre dans un sens limité : la science du droit est une science empirique (elle décrit ce qui existe) qui n'est pas susceptible de vérification empirique (elle ne peut être vérifiée relativement aux faits) », É. Millard, *Théorie générale du droit*, Paris : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2006, p. 29. C'est donc ailleurs que dans la stricte falsifiabilité qu'une théorie du droit doit puiser son autorité scientifique : *ibid.* p. 61-63.

¹³⁸ Il s'avère en effet impossible de procéder à la vérification objective de chacune des propositions formulées au titre d'une théorie du droit, d'abord parce qu'elles ne peuvent jamais être le fruit d'une démarche strictement empirique. Ainsi, « [...] toute théorie du droit, aussi fondée soit-elle sur une ontologie empiriste du droit [...], doit savoir s'arracher au résultat de l'expérience et renfermer une dimension transcendantale. [...] Mais ce faisant, [...] on s'aperçoit très vite avec les soupçons de la philosophie contemporaine, que cette démarche rationaliste et artificialiste cache toujours derrière le noble rideau de la connaissance la trace d'une volonté qui en compromet l'objectivité », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 225.

¹³⁹ C'est en ce sens que Denis Baranger perçoit une opposition radicale entre normativisme et droit politique : « en effet, face à cette conception normativiste, cohérente, élaborée et consciente de soi, se trouvent des manières de voir différentes. Ces conceptions, pour lesquelles l'expression fédératrice de droit politique a récemment regagné un certain crédit, n'ont en commun, bien souvent, que de ne pas s'estimer liées par les précautions de pensée, et plus profondément encore par l'ontologie très rigoureuse [du normativisme]. Elles tendent à considérer que le devoir-être, tout en étant analytiquement distinct, ne peut exister qu'en étroit arrangement avec l'être », D. Baranger, « Avant-propos », in M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne : Institution universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2013, p. XVI.

du droit fondées sur la définition exclusivement *normative* du droit¹⁴⁰ qui, dans le sillage du normativisme de Hans Kelsen, tendent, sinon à distinguer radicalement l'être du devoir-être, au moins à isoler le droit de la politique. Il semble en effet que le positivisme juridique, plus ou moins fidèle aux préceptes kelséniens¹⁴¹, bénéficie, dans la doctrine contemporaine, d'un succès latent¹⁴², comme si le débat méthodologique était, en droit, clos depuis longtemps. Il en résulte une forme d'hégémonie¹⁴³ exercée sur la doctrine juridique par un positivisme affranchi de toute préoccupation méthodologique¹⁴⁴. En contestant les présupposés majoritairement positivistes de la doctrine contemporaine, le droit politique stimule la controverse et ouvre ainsi la voie à un renouvellement du débat épistémologique.

47. Les travaux *juspolitistes* ne se contentent pas, à ce titre, de remettre en cause la démarche initiée par Hans Kelsen ; ils ressuscitent également la pensée d'auteurs qui, antérieurs ou contemporains au maître autrichien, ont farouchement résisté à l'appel du normativisme pour lui opposer des théories structurées et cohérentes, qui sont cependant, pour la plupart, désormais oubliées ou privées d'adeptes. L'étude de la filiation de la pensée du droit politique se révèle ainsi très instructive, d'abord pour mesurer son

¹⁴⁰ C'est ce qu'affirme notamment Michel Troper : « on appelle normativisme au sens large toute théorie du droit, d'inspiration positiviste, qui envisage le droit comme un ensemble de normes », M. Troper, « Normativisme », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 1074.

¹⁴¹ Les normativistes les plus fervents aujourd'hui estiment que la doctrine actuelle s'est largement émancipée de la théorie de Kelsen. C'est le cas notamment de Xavier Magnon qui, opposant normativisme et réalisme, estime que c'est le second qui emporte la conviction de la majorité des juristes : « si [le premier] est fortement décri[é], que ce soit sous l'angle de l'idéologie positiviste ou de son prétendu idéalisme abstrait, [le second] bénéficie d'une aura toute particulière », X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Paris : Ellipses, coll. Universités – Droit, 2008, p. 27. Ces deux courants peuvent toutefois, de l'aveu même de l'auteur, être rassemblés sous la bannière plus vaste du positivisme méthodologique ; *ibid.*, p. 22.

¹⁴² Michel Troper évoque à cet égard la « faveur nouvelle » dont bénéficie la pensée du maître de Vienne depuis l'avènement de la justice constitutionnelle en France : M. Troper, « Kelsen et l'idéologie des constitutionnalistes français », in C.M. Herrera (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique, 2001, p. 29-31.

¹⁴³ Vittorio Villa, théoricien du droit italien, a en ce sens dénoncé « l'impérialisme méthodologique des néopositivistes » ; V. Villa, *La science du droit*, trad. O. et P. Nerhot, Bruxelles : Story-Scientia, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1990, p. 47.

¹⁴⁴ Olivier Jouanjan identifie un tel phénomène, par des propos qui pourraient sans mal être prêtés à un auteur du droit politique : « il y a aujourd'hui profusion de modèles théoriques. Mais l'impossibilité pour l'un ou l'autre d'entre eux d'acquérir une position dominante laisse la voie libre à la pratique irréfléchie, c'est-à-dire non théorisée, d'un positivisme qu'on peut appeler « amorphe » en ce sens qu'il n'est pas pris en charge ni mis en forme par un méta-discours épistémologique. Son leitmotiv serait cette phrase qui court largement parmi les conversations des juristes : « Ma pratique me suffit ». L'entraînement, et l'expérience doivent suffire à assurer une certaine habileté et donc une certaine *sûreté* dans le travail juridique. La *preuve* de la validité des énoncés juridiques est laissée à la libre appréciation de ceux qui en jugent », O. Jouanjan, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales* vol. XLI, 2003, p. 142.

originalité à l'égard de ces théories désormais « classiques »¹⁴⁵, ensuite pour réactiver, en le renouvelant, un débat théorique en réalité loin d'être tari¹⁴⁶. Si le droit positif a lui-même succombé à la tentation normativiste en intégrant l'une des préconisations centrales qu'exprimait Hans Kelsen – la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité des lois¹⁴⁷ –, l'étude de la théorie *juspolitiste* démontre que la pensée kelsénienne n'est pas la seule susceptible d'analyser efficacement les systèmes juridiques actuels. Ces derniers ont manifestement été transformés depuis que Hauriou, Duguit ou Carré de Malberg les ont théorisés, mais les travaux de ces maîtres du droit public français conservent leur acuité – et leurs défauts – lorsqu'ils sont confrontés à la réalité juridique contemporaine.

48. En mobilisant la pensée classique pour traiter des problèmes modernes, la théorie *juspolitiste* pourrait être taxée de passéisme, voire d'anachronisme¹⁴⁸. Cécile Guérin-Bargues estime plus justement que, « [...] en tant qu'héritier du constitutionnalisme classique, le droit politique s'efforce de renouer avec la dimension institutionnelle du droit constitutionnel, que la fascination qu'exerce une vision purement contentieuse et idéalisée du droit constitutionnel tend à effacer. En un sens, [...] le discours [...] du droit politique est bien [...] une *restauration* »¹⁴⁹. Ce constat mérite cependant d'être nuancé par une lecture attentive des propositions doctrinales concernées : si le droit politique s'inspire manifestement d'auteurs depuis longtemps disparus, il ne procède pas à la simple transposition fidèle de leurs travaux. Il s'en émancipe au contraire, en opérant un certain tri entre les arguments qu'il accapare et ceux qu'il bannit. En ce sens, il ne

¹⁴⁵ C'est ainsi que les *juspolitistes* se réfèrent à la pensée des grands juristes du début du XX^e siècle qu'étaient Maurice Hauriou, Léon Duguit, Raymond Carré de Malberg, Adhémar Eismein, ou encore Léon Michoud. Voir par exemple : O. Beaud, « Joseph Barthélemy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits* n° 32, 2000, p. 90.

¹⁴⁶ Le droit politique n'est évidemment pas le seul courant doctrinal s'appuyant sur des œuvres classiques. La valorisation de ces sources d'inspiration doit cependant moins à une tradition académique à laquelle on sacrifie presque machinalement, qu'à une réelle perspective de recherche. Le droit politique se distingue en cela du constat presque désabusé que présentait Jacques Chevallier : « s'ils sont salués avec respect, les grands systèmes explicatifs du passé ne sont plus réellement mobilisés par les auteurs pour analyser le droit public actuel [...] ; les références aux œuvres de Duguit, Hauriou ou Carré de Malberg à Bordeaux, Toulouse ou Strasbourg sont davantage nostalgiques que réellement opératoires », J. Chevallier, « La fin des écoles ? », *RDJ* n° 2, 1997, p. 688.

¹⁴⁷ Cette thèse fut étayée par le maître viennois à travers notamment deux célèbres écrits : « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDJ* 1928, p. 197-257 ; *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, trad. S. Baume, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2006, 138 p.

¹⁴⁸ Dominique Rousseau taxe ainsi de « conservatisme doctrinal », « la doctrine contemporaine [qui] continue encore de penser à partir [des] schémas anciens et [qui], naturellement, [...] n'y trouve pas les instruments, les catégories, les outils pour se représenter le Conseil constitutionnel puisque ces schémas ont été construits avant son introduction dans le champ constitutionnel », D. Rousseau, « De quoi le Conseil constitutionnel est-il le nom ? », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

¹⁴⁹ C. Guérin-Bargues, « Le droit politique entre normativisme et *soft law* : à propos de l'ouvrage d'Eleonora Bottini, *La sanction constitutionnelle, étude d'un argument doctrinal* », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017 ; nous soulignons.

représente pas une posture théorique plus désuète que celle qui consiste à défendre une analyse contentieuse du droit constitutionnel sur le fondement de préceptes normativistes. S'ils s'inspirent des débats doctrinaux du début du siècle dernier, les *juspolitistes* ne se contentent pas de les reproduire ; ils les adaptent et les transforment. Dès lors, l'étude structurée de leurs travaux comporte un enjeu original, qui ne recoupe pas celui de la lecture des auteurs classiques et des débats qui les opposaient. Ainsi que l'écrit Pierre Avril, « la prédilection pour les auteurs classiques [...] signifie moins une nostalgie que le souci d'une démarche qui fût moins spécialisée, confinée ou réductrice, une manière d'aborder le droit constitutionnel avec laquelle on souhaite renouer plutôt que se plier au code régissant aujourd'hui la recherche – pour fait court : celui de la déconstruction »¹⁵⁰. C'est donc avec force d'actualité que des auteurs depuis longtemps enterrés sont à nouveau imposés sur le devant de la scène doctrinale par le droit politique. L'étude de ce dernier permet ainsi d'illustrer le « mouvement de balancier » qui anime la pensée constitutionnaliste¹⁵¹, à l'instar de tout courant doctrinal : des méthodes extrêmes appellent en réaction un mouvement exactement contraire¹⁵². C'est ce que représente le droit politique à l'égard du positivisme contemporain, dont la manifestation la plus éclatante réside dans le tournant contentieux qu'a connu la discipline¹⁵³.

*
**

49. Tous ces éléments – parfois difficilement dissociables – portant sur l'objet, la méthode et l'enjeu d'une étude dédiée au droit politique, esquissent déjà la problématique

¹⁵⁰ P. Avril, « Penser le droit politique (suite) », *Jus politicum* n° 20, décembre 2018.

¹⁵¹ O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 259.

¹⁵² C'est ce que sous-entend Denis Baranger, quoiqu'il préfère invoquer l'image du boomerang plutôt que celle du balancier : « avec la doctrine des contraintes juridiques, par exemple, on voit comment « l'être » (par opposition avec le « devoir-être »), ayant été rejeté au loin par la doctrine positiviste-normativiste contemporaine, revient finalement sur elle avec force comme tout bon boomerang qui se respecte. Tel est le coût dont doivent ultimement s'acquitter les doctrines porteuses d'une ontologie aussi clivante que celles issues du positivisme moderne (au sens très large [...] du mouvement d'ensemble portant ce nom dans toutes les sciences sociales) », D. Baranger, « Avant-propos », in M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne : Institution universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2013, p. XX.

¹⁵³ Sur le lien hésitant entre le tournant contentieux opéré notamment sous l'impulsion du doyen Favoreu et le positivisme normativiste, voir : X. Magnon, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexion et tentative de reconstruction », in *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris : Dalloz, 2007, p. 233-254 ; et du même auteur, « Commentaire sous « Le droit constitutionnel, Constitution du droit, droit de la Constitution » de Louis Favoreu », in W. Mastor, J. Benetti, P. Égéa, X. Magnon (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, Paris : Dalloz, coll. Grands discours, 2017, not. p. 885-886.

qui la guide : à quelles conditions le droit politique peut-il être pensé comme une théorie constitutionnelle et en quoi se présente-t-il alors comme une théorie inédite et par là enrichissante au titre de la doctrine constitutionnaliste ? La lecture des auteurs visés révèle un tronc commun de propositions sur le droit constitutionnel, voire une partie des racines qui nourrissent leur inspiration. Tous ces éléments peuvent être articulés, combinés, tissés, de sorte qu'ils présentent une unité et une cohérence, elles-mêmes parfois projetées à partir des données disponibles ; c'est là le moyen de démontrer l'opportunité de considérer le droit politique comme une théorie constitutionnelle à part entière au sein de la doctrine contemporaine.

50. S'il est bien une théorie constitutionnelle, c'est parce que le droit politique répond à certaines exigences méthodologiques, au premier rang desquels figure la cohérence¹⁵⁴. Face à la nécessité d'adapter la scientificité du discours à un objet – le droit – dont l'empiricité est compromise, il apparaît en effet que seule la cohérence des propositions émises par la doctrine est susceptible d'être véritablement jaugée en matière juridique. Ainsi, « les propositions de la science du droit sont évaluées par rapport aux règles élaborées par la logique formelle, aussi bien dans leur forme propre que dans leur rapprochement »¹⁵⁵. Cette cohérence logique du droit politique peut s'éprouver à deux niveaux, au regard de l'objet dont il prétend rendre compte d'abord, au regard du respect qu'il affiche des exigences de la méthodologie, voire de la scientificité, ensuite¹⁵⁶ ; le droit politique satisfait ces deux critères, qui seront donc envisagés successivement.

¹⁵⁴ C'est là la seule preuve de scientificité qui soit disponible, dans un milieu académique au sein duquel ne se dégage aucun consensus en faveur de critères plus spécifiques. C'est ce qu'affirme notamment Olivier Jouanjan : « on ne peut plus guère s'en remettre aux modes de preuve admissibles dans une communauté ordonnée par un modèle de scientificité ou, à tout le moins, par quelques modèles concurrents entre lesquels la *communication* [...] pourrait être encore possible. En l'absence même de souci commun pour la réflexion sur les conditions de scientificité du discours juridique, il ne nous reste qu'à examiner la cohérence, les tensions et contradictions *internes* des discours », O. Jouanjan, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales* vol. XLI, 2003, p. 143-144.

¹⁵⁵ É. Millard, *Théorie générale du droit*, Paris : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2006, p. 61.

¹⁵⁶ C'est ce qu'explique Olivier Jouanjan : « si l'on appelle scientifique une théorie ou un jugement *valide* (auquel on attache la valeur de vérité), dans le même temps qu'est apportée la preuve de la validité du jugement, est apportée la preuve de sa scientificité. Mais réciproquement, la scientificité se construit par un discours sur les conditions de validité des jugements sur tel type d'objet, c'est-à-dire que les critères admis de la scientificité déterminent les conditions d'admission des preuves. Si cela est vrai, la preuve scientifique n'est pas un absolu, mais ses modes d'administration sont liés à un contexte (normatif) qu'établit un discours de la scientificité « dominant ». Il apparaît d'ailleurs peu « probable » que ce discours de la scientificité (une théorie de la connaissance, méta-discours) puisse prouver sa propre validité à l'aide des moyens de preuve qu'elle impose pour reconnaître la validité des théories et jugements du discours qui, d'après ses critères, doit être tenu pour scientifique (discours-objet). Ce méta-discours ne peut s'instituer comme son propre discours-objet. Encore le pourrait-il, n'aurait-on qu'un discours auto-poïétique, et la preuve de sa validité ne sera jamais absolue. On dit que ce qui est prouvé est « fondé ». Mais si je n'ai jamais la preuve absolue que ma méthode probatoire est elle-même fondée, ce qui est « fondé » n'est jamais

51. Les professeurs Lochak et Chevallier ont pu affirmer qu'« une théorie se construit d'une part à partir de l'observation de la réalité, qui conduit à formuler des hypothèses ; d'autre part, à l'aide du raisonnement logique ou déductif ; puis elle se vérifie par un retour à la réalité »¹⁵⁷. Le postulat du droit politique repose lui-même sur des considérations essentiellement ontologiques¹⁵⁸. Si ses auteurs ne définissent pas expressément un objet complètement structuré et achevé en tout point, leur attachement à la notion même de droit politique témoigne de leur volonté de promouvoir une ontologie plus vaste, plus *politique*¹⁵⁹, plus adaptée au phénomène constitutionnel réel que ne le propose le normativisme au sens large¹⁶⁰. Ils satisfont ainsi à la première des exigences scientifiques, celle de la circonscription de leur objet¹⁶¹. Ce dernier ne saurait jamais être le produit brut d'une simple observation des faits, puisque le droit est privé par définition de toute existence immédiatement tangible¹⁶². La confrontation des hypothèses du droit politique à la « réalité constitutionnelle » n'est cependant pas inopportune ; elle permet dans une large mesure de justifier la posture que défendent ses auteurs, dès lors qu'elle met en lumière, tout à la fois les vertus explicatives de la théorie *juspolitiste* quant à la réalité juridique perceptible *a minima*, et les lacunes que présentent des théories

absolument fondé. C'est du moins probable, sinon peut-être prouvable » ; O. Jouanjan, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales* vol. XLI, 2003, p. 139.

¹⁵⁷ J. Chevallier, D. Lochak, *Science administrative*, Paris : LGDJ, 1978, p. 119 ; cité par V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, p. 278.

¹⁵⁸ D. Baranger, « L'institut Villey et jus politicum », in X. Magnon et S. Mouton (dir.), *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain ?*, Colloque organisé à l'Université Toulouse-Capitole les 29 et 30 septembre 2016 (actes à paraître).

¹⁵⁹ On mesure par exemple la portée principalement ontologique des travaux portant sur le droit politique à la lecture d'un article de Christoph Gusy, « Considérations sur le droit politique », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

¹⁶⁰ En effet, « l'ontologie du normativisme et celle qu'on peut reconstituer à partir des positions se rattachant au « droit politique » divergent [...] très profondément. À partir de là, ces deux positions se séparent en raison de ce que ces ontologies leur permettent d'appréhender concernant les rapports entre droit et politique », D. Baranger, « Avant-propos », in M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne : Institution universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2013, p. XVI.

¹⁶¹ Selon Michel Troper en effet, « puisque la science du droit doit décrire son objet, qui est le droit, il importe de commencer par le définir », M. Troper, *Philosophie du droit*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 4^e éd., 2015, p. 33-34.

¹⁶² C'est un problème qui semble largement contourné – sans être tout à fait résolu – par l'approche normativiste, ce que souligne Denis Baranger : « [...] les théories qui se concentrent sur l'étude des normes présument qu'elles sont une donnée observable. C'est un aspect très mystérieux et [...] peu exploré du normativisme. Si le droit consiste dans l'existence de normes, comment est-il possible de les observer ? », D. Baranger, « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 267. Le défaut de tangibilité du droit explique d'ailleurs en grande partie la controverse infinie qui anime la science du droit dans la quête de définition de son objet. Voir en ce sens : H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles : Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, p. 19-35.

concurrentes en ce domaine. Au-delà de l'opportunité des propositions ontologiques du droit politique, doit également être éprouvée l'unité qui les articule. Puisqu'« un objet contradictoire n'existe pas »¹⁶³, la pensée *juspolitiste* doit apporter la preuve de sa cohérence ontologique, pour prétendre accéder à la qualité de théorie du droit (Partie I).

52. Ce sont donc d'abord des considérations ontologiques qui guident la construction théorique à laquelle s'évertuent les auteurs du droit politique. Sous leur plume, les précisions d'ordre méthodologique restent plus ponctuelles – elles concernent des travaux spécifiques¹⁶⁴ – et manquent ce faisant de généralité et de systématisation. Les *juspolitistes* semblent ainsi tous adhérer à ce constat de François Saint-Bonnet en vertu duquel « la méthode n'est pas un préalable, elle est souvent un aboutissement »¹⁶⁵. Même si elle doit être considérée comme téléologiquement déterminée, la posture méthodologique n'en reste pas moins révélatrice : elle renseigne sur l'objet, elle guide la projection lorsque cet objet est trop rapidement évoqué, et elle met au jour des présupposés théoriques ou philosophiques qui réfléchissent sur la posture scientifique des auteurs. Considérer la méthode employée par les *juspolitistes* est alors d'autant plus enrichissant qu'ils restent eux-mêmes largement silencieux sur ce sujet. Leur laconisme à cet égard doit donc être dépassé, afin de mettre ainsi en valeur la cohérence de leur propos et l'éventuelle scientificité de leur démarche. En tant que doctrine minoritaire et en tant que théorie alternative au normativisme, le droit politique souffre en effet d'une présomption d'injustifiabilité, à l'heure où les canons de la scientificité semblent parfois tout entier confisqués par l'épistémologie kelsénienne¹⁶⁶. La mise en lumière de la

¹⁶³ C'est le constat sans appel que dresse Otto Pfersmann à l'occasion de la critique virulente qu'il oppose à la « théorie » réaliste de l'interprétation de Michel Troper ; O. Pfersmann, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *RFDC* n° 52, 2002, p. 788.

¹⁶⁴ Tous les travaux du droit politique, dès lors qu'ils présentent une certaine ampleur, contiennent classiquement des considérations méthodologiques ; thèses et ouvrages ne sauraient couper à ces précisions académiques. Les exposés de ces méthodes constituent une ressource précieuse pour envisager ce que pourrait être l'épistémologie du droit politique en général, mais ils ne suffisent pas à la tâche, qui se doit d'aller plus loin, en perçant à jour les équivoques et les présupposés. Certains travaux placés sous l'égide du droit politique sont plus directement méthodologiques, mais ils portent alors davantage sur la critique d'une épistémologie concurrente que sur la définition de la méthode elle-même *juspolitiste*. C'est notamment le cas de la première partie de l'ouvrage de Pierre-Marie Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 51 et ss.

¹⁶⁵ F. Saint-Bonnet, « Regards critiques sur la méthodologie en histoire constitutionnelle. Les destinations téléologiques des options épistémologiques », *Jus politicum* n° 2, mars 2009.

¹⁶⁶ Le normativisme kelsénien présente en effet l'argument du monisme épistémologique – inspiré de l'idéalisme kantien – en vertu duquel une seule méthode serait apte à rendre compte de l'objet juridique. Il emporte donc une prétention à l'exhaustivité épistémologique qui s'accommode mal d'une controverse portant sur la méthode juridique : l'argument de sa propre autorité peut ainsi entretenir le mythe de la justesse incontestable de ses présupposés. Sur le monisme méthodologique et ses liens avec le normativisme (plus largement le « néopositivisme »), voir : V. Villa, *La science du droit*, trad. O. et P. Nerhot, Bruxelles : Story-Scientia, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1990, p. 27-34.

pertinence méthodologique du droit politique semble dès lors une entreprise indispensable à la démonstration de sa cohérence théorique (Partie II).

PREMIÈRE PARTIE : UNE COHÉRENCE ONTOLOGIQUE OPÉRANTE

53. Analyser le droit politique comme théorie constitutionnelle implique en premier lieu d'en saisir l'objet¹⁶⁷ ; quel est donc ce droit constitutionnel que l'on présente comme un droit éminemment politique ? Comment les auteurs qui soutiennent une telle thèse la défendent-ils ? En quoi la réalité qu'ils observent leur paraît-elle susceptible d'être ainsi mieux appréhendée que par toute autre voie ? Et surtout, l'ontologie ainsi déployée présente-t-elle la cohérence exigée de toute théorie juridique digne de ce nom ? Toutes ces questions constituent le fondement nécessaire d'une investigation sur l'objet du droit politique. Elles sont d'autant plus pressantes que les auteurs qui emploient la notion de droit politique le font manifestement dans une perspective d'abord ontologique ; la doctrine constitutionnelle française leur paraît empêtrée dans des considérations étriquées qui la rendraient aveugle à la réalité du phénomène constitutionnel¹⁶⁸. C'est donc d'abord sur la question de l'objet de la recherche en droit constitutionnel que se construit la logique d'opposition qui anime le droit politique comme théorie¹⁶⁹ : il est temps, de ce point de vue, que la doctrine élargisse son horizon à des aspects de la matière qu'elle s'obstine pour l'instant, dans sa grande majorité, à négliger au titre du droit.

54. Dans l'hypothèse du droit politique en effet, la grande majorité des constitutionnalistes reste arc-boutée sur une définition de la juridicité qui pourrait éventuellement s'avérer efficace pour traiter du droit en général, mais qui est tout bonnement impropre à restituer la spécificité du phénomène constitutionnel¹⁷⁰. Deux

¹⁶⁷ Ce qui revient à poser la question de son ontologie, qui « [...] a trait à *ce qui est* (du grec ancien *ontos* qui signifie *être* et *logos*, *science*) et s'intéresse à l'être du droit » ; A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 15-16.

¹⁶⁸ La doctrine *juspolitiste* « [...] juge les discours (français) dominants depuis quelques trente ans sur la « constitution normative » pour le moins *réducteurs* et *naïfs* », A. Le Divellec, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p. 102 ; nous soulignons.

¹⁶⁹ C'est du moins ainsi qu'elle est perçue par le reste de la doctrine : « la revendication de *Jus politicum* s'inscrit [...] triplement dans la réaction, en ce qu'elle s'inscrit en réaction contre l'école aixoise du droit constitutionnel, en ce qu'elle entend renouer avec le discours traditionnel sur le droit constitutionnel et en ce qu'elle entend proposer une lecture politique voire politisée du droit constitutionnel », X. Magnon, A. Vidal-Naquet, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p. 122.

¹⁷⁰ Jacky Hummel écrit en ce sens que « surmonter la crise qui affecte la notion moderne de constitution est un dessein que se proposent de poursuivre certains discours doctrinaux qui ne se résolvent pas à voir dans l'ordre constitutionnel un ordre normatif clos et achevé. Ils s'écartent ainsi de la pensée doctrinale dominante pour affirmer l'existence d'un droit politique non prévu *expressis verbis* par le texte de la

tendances doctrinales sont à ce titre identifiées. La première consiste en un formalisme aigu qui, hérité d'une histoire lointaine, continue de prôner une définition du droit par référence exclusive à l'énoncé juridique¹⁷¹. Une autre tendance doctrinale connaît un succès particulier dans le cercle concentré des constitutionnalistes, celle du normativisme qui, inspiré des écrits de Hans Kelsen, consiste à définir le droit comme un ensemble de normes¹⁷². Cette double influence aurait été combinée par la doctrine contemporaine, de telle sorte que, désormais, celle-ci considérerait dans sa grande majorité que le droit constitutionnel est seulement un ensemble de normes, dont l'existence ne peut être avérée que par leur transcription formalisée dans un texte¹⁷³. La recherche constitutionnelle serait ainsi obstruée par deux obstacles presque dogmatiques, dont la compatibilité et l'opportunité ne sont pas – ou plus – démontrées. Cette tendance à une forme d'enfermement méthodologique est qualifiée de « post-kelsénisme mou »¹⁷⁴ par Armel Le Divellec, qui identifie là l'ennemi intime contre lequel se dresse le droit politique ; plutôt que de se satisfaire d'une définition figée du droit constitutionnel, les auteurs *juspolitistes* encouragent leurs collègues à réinterroger des postulats trop longtemps éculés, trop

constitution [...] », J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les Sens du droit, 2010, p. 111.

¹⁷¹ Le formalisme constitutionnel, en effet, « [...] consiste à rassembler l'ensemble des règles fondamentales relatives à l'organisation des pouvoirs et aux droits des citoyens dans un texte écrit, doté d'une valeur juridique supérieure et placé au sommet de la hiérarchie des normes [...] », J. Chevallier, « Pour une sociologie du droit constitutionnel », in D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats, E. Millard (dir.), *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris : Economica, 2006, p. 288.

¹⁷² Le succès de la pensée de Kelsen en matière constitutionnelle s'explique notamment par la postérité qu'a connue l'une de ses recommandations les célèbres, celle tenant à la mise en place d'une justice constitutionnelle concentrée ; Jean-Marie Denquin estime ainsi que « [...] l'idée que l'on se fait du Conseil a connu un changement radical. L'influence profonde, voire prépondérante, de l'utopie normativiste l'a métamorphosé en Juge (avec majuscule) comme elle a métamorphosé la Constitution en norme », J.-M. Denquin, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *Jus politicum* n° 7, mai 2012. Sur l'influence de Kelsen dans la pensée constitutionnelle française contemporaine, voir aussi : M. Troper, « Kelsen et l'idéologie des constitutionnalistes français », in C.M. Herrera (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique, 2001, p. 29 et ss.

¹⁷³ Cette tendance est soulignée par un auteur extérieur au droit politique, Olivier Cayla, qui estime que les juristes contemporains se caractérisent par leur « [...] refus de prendre en considération l'idée que la normativité puisse être étrangère à la textualité » ; O. Cayla, « Les juristes à l'épreuve du tournant pragmatique », in D. Rousseau (dir.), *Le droit dérobé : actes du colloque de Montpellier, Faculté de droit, 10 et 11 avril 2003*, Paris : Montchrestien, coll. Grands colloques, p. 43.

¹⁷⁴ A. Le Divellec, « *Jus Politicum* : le droit ressaisi par la politique ? », *Nonfiction.fr*, 6 janvier 2011, en ligne : http://www.nonfiction.fr/articleprint-4108-jus_politicum_le_droit_ressaisi_par_la_politique_.htm. L'auteur désigne ainsi la tendance de la doctrine constitutionnelle contemporaine à appuyer opportunément ses travaux sur certains des arguments proposés par Hans Kelsen, sans pour autant épouser ni la rigueur épistémologique, ni la prudence méthodologique du maître autrichien. Cette même tendance est relevée par Michel Troper, « Kelsen et l'idéologie des constitutionnalistes français », in C.M. Herrera (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique, 2001, p. 30-31.

souvent fragilisés par leur impuissance à rendre compte de la réalité constitutionnelle et politique¹⁷⁵.

55. La théorie du droit politique se présente donc, de l'aveu même de ses auteurs, comme une critique adressée à la cohabitation, méthodologiquement branlante, du formalisme et du normativisme. L'ontologie du droit politique révèle en effet une certaine nostalgie des grandes heures de la théorie du droit constitutionnel¹⁷⁶, à une époque où la référence au texte ou à la norme ne constituait pas le seul carcan étroit dans lequel pouvait évoluer le constitutionnaliste. L'opposition du droit politique à la majorité de la doctrine contemporaine, qui serait soumise à la double influence du formalisme et du normativisme, peut donc également se comprendre comme un antagonisme entretenu avec chacun de ces deux aspects.

56. Ainsi que l'affirme Eleonora Bottini, « [...] l'idée fondamentale de l'approche du droit politique [est] celle du *dépassement* : en particulier, le dépassement de la notion de constitution entendue comme simple norme sanctionnée comme les autres, notion qui semble trop « limitative » »¹⁷⁷. On ajoutera sans mal le formalisme à la liste des récriminations qu'entretient le droit politique à l'encontre de ce qu'il estime être le mouvement doctrinal majoritaire. En tout état de cause, envisager cette théorie dans une telle perspective de dépassement permet, chemin faisant, d'en souligner l'originalité : en quoi parvient-elle effectivement à surmonter les obstacles qu'elle décèle sur la voie des autres constitutionnalistes comme elle le prétend ? Si une telle démarche permet par ailleurs de souligner ce à quoi n'adhèrent pas les tenants du droit politique, elle permet aussi, symétriquement, de révéler progressivement ce qui se cache derrière la désignation du droit constitutionnel comme droit politique. Elle encourage donc à évaluer l'opportunité de recourir à un objet juridique étendu, émancipé des considérations tenant exclusivement à sa forme ou à sa normativité.

57. Le droit politique s'inscrit d'abord dans le mouvement plus vaste qui procède à la déconstruction de l'écrit comme témoin exhaustif de la juridicité ; il fait sienne la thèse

¹⁷⁵ C'est par exemple le cas des « changements constitutionnels informels », qui heurtent de front les conceptions traditionnelles d'un droit exclusivement écrit. Le droit politique propose au contraire de s'en saisir et de bâtir une théorie constitutionnelle compatible avec cette idée. Pour une comparaison entre les deux types de discours sur cette question, voir : M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne : Institution universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2013, 627 p.

¹⁷⁶ Les références ne manquent pas à cette doctrine « grande » ou « classique » dans les travaux du droit politique. Voir par exemple : S. Rials, « Une doctrine constitutionnelle française ? », *Pouvoirs* n° 50, 1989, p. 81-82.

¹⁷⁷ E. Bottini, *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2016, p. 464.

selon laquelle le texte ne suffit pas à restituer le droit. Le constat d'un décalage flagrant entre ce que le texte de la Constitution prévoit expressément et la pratique politique qui le met en œuvre n'est lui-même guère original ; il a déjà été formulé, il y a plus d'un siècle, par les constitutionnalistes français¹⁷⁸. Un tel constat a d'ailleurs pu justifier que la Constitution soit décrétée défailante, impuissante à limiter effectivement l'exercice du pouvoir politique par les gouvernants¹⁷⁹. Plutôt que de céder au pessimisme d'un Burdeau en la matière, et de renoncer alors à ce qu'ils définissent eux-mêmes comme le constitutionnalisme¹⁸⁰, les auteurs du droit politique préfèrent envisager différemment la juridicité constitutionnelle. Cette dernière ne saurait être consubstantielle au seul texte de la Constitution, elle gît bien plus certainement dans l'équilibre institutionnel que contribue à faire naître son adoption. Dans l'hypothèse du droit politique donc, et contrairement à ce que prétendent les tenants du formalisme constitutionnel, la Constitution comme cadre ne se comprend qu'à la lumière de l'influence que la politique exerce à son endroit (Titre I).

58. Le succès qu'a connu en France la théorie normativiste du droit conduit fréquemment les constitutionnalistes à regarder leur objet, non pas seulement comme un texte, mais plus spécifiquement comme un ensemble de normes, comme la formulation de « devoir-être » qui n'ont, par définition, qu'une prise limitée sur le réel et qui doivent s'étudier dans une stricte autonomie à l'égard du fait. En d'autres termes, le normativisme préconise une distinction radicale entre le droit et la politique¹⁸¹. Or, les travaux du droit politique sont parsemés de considérations visant à déconstruire ce postulat de l'autonomie absolue de la juridicité¹⁸² ; la Constitution se comprend plus justement comme

¹⁷⁸ On pense notamment à René Capitant qui défendait avec ardeur l'existence d'une coutume constitutionnelle pour compenser l'impuissance constatée du texte à rendre compte du droit effectivement appliqué : R. Capitant, « La coutume constitutionnelle », *Gazette du Palais*, 20 décembre 1929, reproduit in *RDP* n° 4, 1979, p. 959-970. Voir aussi, du même auteur, « Le droit constitutionnel non-écrit », in *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, préf. O. Beaud, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2004, p. 297-304.

¹⁷⁹ Voir l'expression célèbre de la désillusion de Georges Burdeau à ce propos : G. Burdeau, « Une survivance : la notion de Constitution », 1956, in *Écrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, préf. J.-M. Denquin, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2011, p. 235-243.

¹⁸⁰ Ainsi, selon Denis Baranger, « le « constitutionnalisme » (le mouvement historique qui a conduit à l'édition de lois constitutionnelles écrites) repose sur la conviction que le pouvoir du législateur doit être assujéti à des principes supérieurs, inscrits dans des textes servant de fondement à l'ordre politique tout entier », D. Baranger, *Le droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 7^e éd., 2017, p. 19.

¹⁸¹ C'est du moins ce que perçoivent du normativisme les auteurs *juspolitistes* ; les professeurs Magnon et Vidal-Naquet dénoncent à ce titre une mauvaise lecture de Kelsen : X. Magnon, A. Vidal-Naquet, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p. 112.

¹⁸² D. Baranger, « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels. À propos de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac », *Jus politicum* n° 11, décembre 2013 ; A. Le Divellec, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p. 102.

PREMIÈRE PARTIE : UNE COHÉRENCE ONTOLOGIQUE OPÉRANTE

« structure »¹⁸³ de la politique, comme l'instrument de son unité et de sa cohérence. Il faut donc moins, dans cette perspective, la séparer du fait qu'accepter de la replonger dans le contexte politique de ses origines et de son avènement. C'est là le tribut qu'exige la spécificité irréductible de la Constitution pour se manifester (Titre II).

¹⁸³ Olivier Beaud affirme ainsi être « [...] certain [...] que les juristes spécialistes de droit constitutionnel auraient tout intérêt à prendre au sérieux cette dimension « structurelle » de la constitution », O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

TITRE I : LE DÉPASSEMENT DU TEXTE : LA CONSTITUTION COMME CADRE DE LA POLITIQUE

59. La doctrine constitutionnaliste contemporaine reste, de l'avis des auteurs du droit politique, imprégnée d'une tradition formaliste en vertu de laquelle le droit est principalement défini par référence au texte juridique, à l'énoncé qui se présente lui-même comme du droit. Cette tradition est l'héritage de la modernité, si l'on suit à cet égard la pensée de l'auteur d'un autre droit politique, Michel Villey. Selon lui, l'avènement du subjectivisme philosophique et le développement ultérieur du positivisme juridique ne sont pas une coïncidence, mais participent d'un même mouvement culturel que cristallise le recours à l'écrit¹⁸⁴. De ce point de vue, il est possible de considérer que le droit constitutionnel – entendu largement comme le droit s'imposant aux gouvernants – accède à la modernité en accédant à la *textualité*. Simultanément, il émerge également comme *droit* : la Constitution, en devenant un texte, devient aussi une norme¹⁸⁵. S'ils ont logiquement partie liée, ces deux aspects ne découlent pas nécessairement l'un de l'autre pour autant. L'exemple de la Constitution coutumière du Royaume-Uni, objet de prédilection de nombreux auteurs *juspolitistes*, illustre assez que le droit constitutionnel peut exister sans se prévaloir d'un support textuel unitaire. Pourtant, la doctrine constitutionnelle française apparaît, du point de vue du droit politique, gagnée par « la propension dominante des juristes publicistes contemporains – comme de la plupart des juristes en général – à se focaliser sur le droit écrit, voire à surévaluer l'importance des textes, notamment les constitutions écrites [...] »¹⁸⁶.

60. Comme son nom l'indique, l'école du droit politique ne cherche pas à construire une théorie de la Constitution qui ne tiendrait pas compte de sa nature éminemment juridique ; il ne s'agit pas pour elle de remettre en cause le concept moderne qui a

¹⁸⁴ Voir en ce sens la longue histoire de la pensée juridique moderne que proposait Michel Villey ; concluant ses pérégrinations philosophiques par l'étude de la pensée de Hobbes, il estimait que « [...] quiconque fait de la loi non plus une recherche intellectuelle, mais l'œuvre d'une autorité, *posée* par cette autorité sous la forme d'une règle expresse – et ne connaît plus que cette règle expresse – peut être appelé positiviste », M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, préf. S. Rials, Paris : PUF, coll. Quadrige, Manuel, 2006, p. 597.

¹⁸⁵ C'est là le legs indiscutable de Sieyès, qui théorise le premier la Constitution comme norme juridique. Voir en ce sens : O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

¹⁸⁶ A. Le Divellec, « Le style des constitutions écrites dans l'histoire moderne. Une esquisse sur les trois types de l'écriture constitutionnelle (XVII^e – XX^e siècles) », *Jus politicum* n° 10, mars 2014.

notamment été construit par les révolutions américaine et française du XVIII^e siècle. Au contraire s'agit-il bien plutôt de mettre en valeur la spécificité de la juridicité constitutionnelle, du fait de son imprégnation irrésistible par la politique. Or, au vu du décalage flagrant entre les énoncés constitutionnels et la pratique politique pourtant censée y être assujettie, la « survivance »¹⁸⁷ du concept de Constitution ne peut dépendre que d'une dissociation nécessaire entre normativité et textualité.

61. Si, dans la pensée du droit politique, elle n'est donc plus seulement un texte, la Constitution n'en reste pas moins cadre¹⁸⁸ de la politique : elle continue ainsi de répondre à sa raison d'être originelle. Elle revêt dès lors toujours une dimension juridique, sauf que les fondements et les manifestations de sa juridicité la distinguent de celle des autres branches du droit. Cadre de la politique, elle est en effet également un cadre *politique*, dans la mesure où la contrainte qu'elle fait peser à l'encontre des pouvoirs constitués repose *in fine* sur leur active complicité. Le droit de la Constitution n'est donc pas contenu dans un texte, mais résulte de la puissance coercitive des institutions politiques elles-mêmes ; c'est là l'une des thèses fondamentales que soutient la théorie du droit politique, celle d'un droit constitutionnel politique parce qu'« élaboré par ses protagonistes eux-mêmes »¹⁸⁹.

62. Analyser cet argument fondateur implique de mieux comprendre les raisons qui motivent les auteurs du droit politique lorsqu'ils renoncent au critère de la textualité. L'argument en tant que tel n'a aucun caractère révolutionnaire en doctrine ; il est au contraire nourri par de nombreux courants de pensée qui, malgré leur diversité par ailleurs, se retrouvent dans une même condamnation du textualisme. Le raisonnement suivi à ce titre par le droit politique n'est toutefois pas dénué d'originalité, notamment parce qu'il ne recourt pas au même expédient le plus souvent choisi par la doctrine, celui de l'interprétation juridictionnelle (Chapitre 1).

63. Dans la perspective anti-formaliste qui semble être celle du droit politique, « [...] la « vérité » du droit constitutionnel, droit « à demi politique », résiderait alors moins dans

¹⁸⁷ En réponse au constat désabusé de Burdeau exprimé en 1956, Pierre Avril suggère ainsi la prise en compte du droit constitutionnel « non-écrit » ; P. Avril, « Une « survivance » : le droit constitutionnel non écrit ? », *in Droit et politique à la croisée des cultures : Mélanges Philippe Ardant*, Paris : LGDJ, 1999, p. 3-13.

¹⁸⁸ Sur la Constitution comme cadre, voir notamment au titre du droit politique : P. Avril, « Le cadre et le tableau », *RFDC* n° 43, 2000, p. 501-504 ; A. Le Divellec, « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus politicum* n° 4, juillet 2010.

¹⁸⁹ A. Le Divellec, « Le prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la présidence de la V^e République (simultanément une esquisse sur l'étude des rapports entre « droit de la constitution » et système de gouvernement) », *Droits* n° 44, 2006, p. 107.

TITRE I : LE DÉPASSEMENT DU TEXTE : LA CONSTITUTION COMME CADRE DE LA POLITIQUE

le texte et dans l'interprétation à laquelle il donne lieu que dans sa pratique qui la constituerait de sorte qu'il est nécessaire qu'une théorie en rende compte. Cette théorie lui permettrait précisément de trouver son unité dans sa pratique et de révéler sa « véritable » dimension, voire sa « véritable » identité : le droit constitutionnel ne serait qu'une somme de pratiques, jamais prisonnières d'un texte d'ailleurs censé n'exister qu'à travers elles... »¹⁹⁰. C'est en effet dans la pratique des pouvoirs constitués que les auteurs *juspolitistes* prétendent trouver un palliatif théorique au texte comme témoin de la normativité : si le droit constitutionnel ne peut être appréhendé à travers l'écrit qui le désigne, il doit être recherché dans les actions des institutions qui lui sont assujetties par définition. L'observation attentive de la pratique politique favorise l'identification d'un schème organisationnel, manifestation la plus aboutie de ce en quoi consiste le droit constitutionnel. L'étude éparpillée de toute la pratique politique ne saurait toutefois suffire à théoriser la juridicité constitutionnelle ; le droit politique, en mal d'un concept qui lui permettrait de fusionner le droit et la politique, semble trouver dans l'institutionnalisme les moyens de combler le vide creusé par la disqualification de la textualité (Chapitre 2).

¹⁹⁰ B. Daugeron, « Brèves réflexions sur le rapport entre le droit constitutionnel non écrit et le droit politique », *Encyclopédie de droit politique*, disponible en ligne : <http://droitpolitique.com/publications/article/344/breves-reflexions-sur-le-rapport-entre-le-droit-constitutionnel-non-ecrit-et-le-droit-politique>

CHAPITRE 1 : LE REFUS DU FORMALISME

64. Si le droit politique conduit une déconstruction du textualisme constitutionnel – en vertu de l'idée selon laquelle le texte ne saurait ni contenir ni même traduire à lui seul la juridicité constitutionnelle – il s'en sert également pour procéder à une critique plus fondamentale du formalisme ontologique¹⁹¹. Le lien entre ces deux aspects est ténu, quoiqu'une distinction reste nécessaire. Le textualisme peut se définir comme le choix du savant juriste de ne considérer au titre du droit que les textes dont l'adoption a fait l'objet d'une procédure permettant d'établir leur juridicité ; ne sont étudiés, dans cette perspective, que les énoncés, juridiques par leur origine¹⁹². Le formalisme, quant à lui, peut s'appréhender comme la posture plus large qui consiste à regarder le droit comme le fruit d'un syllogisme, d'une opération de déduction, mis en œuvre au cours d'une procédure réglementée¹⁹³. Le textualisme est donc un formalisme, mais l'inverse n'est pas toujours vrai. En effet, l'optique formaliste, qui reste d'actualité en doctrine, s'est fondamentalement éloignée du textualisme au sens strict pour se transposer plus sûrement sur le critère de la justiciabilité des normes juridiques ; ce n'est plus seulement la procédure législative au sens large et l'adoption d'un texte formellement juridique qui font naître le droit, mais plus décisivement, la manière dont le juge lui donne vie, en l'appliquant à des litiges concrets. D'abord textualiste, le formalisme dominant serait ainsi devenu principalement contentieux.

65. Cette translation de la réflexion doctrinale est particulièrement notable en matière constitutionnelle, dans un domaine où l'écrit subit depuis toujours la contradiction

¹⁹¹ Celui-ci peut s'appréhender comme le choix de retenir une définition formelle du droit positif, ce qui revient à « [...] suppose[r] que sa validité découle de sa procédure de confection. En ce sens, la validité du droit ne résulte pas d'une correspondance de contenu, mais d'une procédure d'élaboration. Cette procédure étant réglée par un ensemble de normes elles-mêmes valides, la validité trouve sa source *in fine* dans l'ordre juridique lui-même », R. Baumert, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique : les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres*, Clermont-Ferrand : Fondation Varenne, Paris : LGDJ, coll. des thèses, 2009, p. 543.

¹⁹² On trouve un tel prisme textualiste dans la profession de foi de l'école aixoise de droit constitutionnel puisque cette dernière « [...] ne reconnaît comme normes que les significations de phénomènes linguistiques effectivement énoncés, possédant un support empirique objectif », L. Favoreu et *alii*, *Droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, coll. Précis Dalloz, 21^e éd., 2018, p. 71.

¹⁹³ Ainsi, pour Denis Baranger, « le formalisme, qu'il soit le fait d'un juge ou d'un auteur de doctrine, consiste donc à considérer que la solution aux problèmes juridiques, et donc l'intervention de décisions, est trouvée par voie de déduction de conclusions particulières à partir de propositions abstraites ou générales », D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

permanente de la pratique politique¹⁹⁴. Les constitutionnalistes ont ainsi, dans leur grande majorité, reçu l'avènement de la justice constitutionnelle comme la solution ultime permettant de réconcilier l'idée de juridicité avec celle de Constitution : le droit constitutionnel n'est plus dans le texte, mais dans ce que le juge lui fait dire. Un tel passage, d'un formalisme à un autre, est loin de satisfaire l'ambition que les auteurs du droit politique portent sur leur objet. Olivier Beaud estime par exemple, en apportant ainsi son soutien à l'une des thèses de Pierre Avril, que « le droit constitutionnel déborde non seulement le texte constitutionnel, mais aussi la pratique constitutionnelle jurisprudentielle »¹⁹⁵. Si le droit politique appelle à une considération approfondie du « droit constitutionnel non-écrit »¹⁹⁶, celui-ci ne saurait se trouver exclusivement dans la jurisprudence constitutionnelle. Cette dernière, d'ailleurs, épouse largement les caractères du droit écrit, contrairement à ce qu'affirme un grand nombre de juristes qui cherchent par là à se dédouaner d'une accusation de textualisme dépassé¹⁹⁷ ; le juge aussi s'exprime par écrit et le dépassement qu'appelle le renoncement à la textualité ne saurait s'arrêter au seuil de son prétoire. Dans la perspective *juspolitiste*, la critique de la textualité invite donc à une critique plus générale du formalisme, soit de la conviction globale qu'il n'y a de droit qu'écrit et sanctionné.

66. La déconstruction de la forme juridique à laquelle procède le droit politique n'est donc pas dénuée d'originalité. Certes, il reprend à son compte un grand nombre d'arguments établis en dehors du cercle de ses auteurs. La théorie réaliste de l'interprétation notamment, dont le succès semble incapable de se démentir, était venue à bout du texte bien avant que le droit politique se constitue comme école. Même en ce domaine cependant, la pensée *juspolitiste* parvient à se distinguer en recourant à des

¹⁹⁴ C'est particulièrement le cas du régime constitutionnel français actuel : « un décalage significatif existe, nul ne l'ignore, entre le texte de la Constitution de la V^e République et le régime qui en est issu. La Constitution écrite, dite du 4 octobre 1958 bien qu'une grande partie de son texte soit maintenant postérieur, décrit certes une réalité, mais celle-ci n'est pas exactement la réalité : plusieurs éléments nécessaires au fonctionnement réel du système n'y sont pas mentionnés, et il existe des cas où le texte suggère l'inverse de ce qui se produit en fait », J.-M. Denquin, « Trois remarques sur le droit constitutionnel non écrit », *Encyclopédie de droit politique*, disponible en ligne : <http://droitpolitique.com/publications/article/343/trois-remarques-sur-le-droit-constitutionnel-non-ecrit>.

¹⁹⁵ O. Beaud, « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle - À propos d'un ouvrage récent », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 6, janvier 1999, p. 69.

¹⁹⁶ Voir sur cette question l'ouvrage de référence de Pierre Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, 202 p.

¹⁹⁷ Certains juristes estiment en effet se dégager de l'emprise du texte lorsqu'ils considèrent la jurisprudence au titre des sources du droit. C'est par exemple le cas en droit civil, dont la doctrine assimile l'interprétation jurisprudentielle à une « coutume d'origine savante », principalement caractérisée, du fait de sa dénomination de « coutume », par sa qualité non écrite : J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, Paris : PUF, coll. Quadrige Manuel, 2004, p. 245.

arguments qui ne sont pas forcément ceux des réalistes (Section 1). Plus radicalement, c'est sur la place accordée à l'interprétation, et notamment à l'interprétation juridictionnelle, que diffèrent leurs vues. Loin d'ériger la justice constitutionnelle en centre de gravité de la juridicité, le droit politique en relativise au contraire la portée, en soulignant notamment le caractère principalement politique de son office (Section 2).

Section 1 : La relativisation classique de l'autorité juridique du texte constitutionnel

67. La critique que les auteurs du droit politique adressent au textualisme constitutionnel évoque immédiatement la déconstruction à laquelle a procédé en France la théorie réaliste de l'interprétation. Cette dernière, auréolée d'un succès retentissant, a très certainement influencé la pensée *juspolitiste*, tant il est désormais difficile, sous son impulsion, de soutenir en doctrine que le texte constitutionnel traduit effectivement la réalité du droit positif. L'analyse approfondie des arguments de la théorie réaliste de l'interprétation¹⁹⁸ et de ceux du droit politique permet donc de souligner les convergences évidentes qui les rassemblent sur cette question. Mais elle invite également à mesurer leurs différences. Le droit politique ne se contente en effet pas de réinvestir des arguments déployés par des auteurs en dehors de son cercle ; les raisons qui le conduisent à adhérer à cette thèse lui sont propres. Pour autant, il appréhende bien le texte constitutionnel d'un point de vue réaliste (§1) et l'interprétation qui vient en combler les lacunes sous un angle politique (§2).

§1 : Une approche réaliste du texte

68. Dans le mouvement initié par la théorie réaliste de l'interprétation, le droit politique dénie au texte une performativité exhaustive en vertu de laquelle chacune de ses dispositions serait la traduction parfaite et univoque d'une norme. L'emploi d'un certain vocabulaire, la structure grammaticale, le laconisme ou la volubilité constituante ne permettent jamais de déterminer effectivement la juridicité des énoncés en cause (A). Le droit politique résiste toutefois à l'entreprise de déconstruction, voire d'annihilation, de toute signification juridique attribuée au texte constitutionnel. Contrairement à ce qu'affirment les tenants du réalisme, le texte constitutionnel n'est pas, dans l'esprit des *juspolitistes*, sans enjeu quant à la juridicité constitutionnelle. L'adoption solennelle dont il fait l'objet n'est pas anodine et il s'agit donc d'en évaluer la portée (B).

¹⁹⁸ Nous n'ignorons pas qu'il est possible de diviser le courant réaliste français en diverses branches qui ne se recoupent pas sur chacun de leurs aspects. Par facilité toutefois, la théorie réaliste de l'interprétation dont il sera question dans ces développements visera plus spécifiquement la théorie proposée notamment par Michel Troper. Sur l'unité doctrinale limitée du courant réaliste en général, voir : É. Millard, « Réalisme », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 1297-1299.

A. La signification relativisée du langage constitutionnel

69. À la suite de la théorie réaliste de l'interprétation, le droit politique accorde au langage employé par le texte constitutionnel une portée juridique drastiquement limitée. Si une telle entreprise de déconstruction de la signification des mots du texte n'est pas originale, c'est parce qu'elle découle d'un mouvement philosophique ancien repris à bon compte par de nombreuses théories proprement juridiques et dont le droit politique embrasse sans peine l'héritage (1). À la relativisation du langage que préconise la philosophie s'agrège, en matière constitutionnelle, une imprécision du texte garante de sa fonctionnalité spécifique (2).

1. Une relativisation devenue classique

70. La thèse selon laquelle l'énoncé juridique serait la transcription parfaite du droit en vigueur est depuis longtemps discutée en doctrine, et on trouve dans nombre de travaux devenus classiques, les arguments justifiant d'enterrer définitivement le textualisme juridique. Cette tendance de la recherche juridique à bannir le texte de ses présupposés ontologiques participe d'une réception du courant pragmatique de la philosophie du langage au XX^e siècle¹⁹⁹. Les juristes n'ont pu rester sourds à une telle révolution paradigmatique, eux qui sont depuis toujours confrontés à la problématique de la signification objective des énoncés juridiques. Aussi décisive que soit cette influence de la philosophie cependant, il faut admettre que le rapport du droit au texte soulève des questions auxquelles elle ne permet pas de répondre directement. C'est donc dans l'histoire des doctrines juridiques elles-mêmes qu'il faut plus sûrement chercher la manière dont le texte s'est peu à peu trouvé privé de la reconnaissance de sa performativité.

71. Plusieurs auteurs appartenant à la génération des constitutionnalistes classiques émettaient, dès la fin du XIX^e siècle, des doutes quant à l'opportunité de concentrer sur l'énoncé juridique les efforts d'identification du droit positif. Norbert Foulquier affirme par exemple à propos de Maurice Hauriou qu'« [...] il ne pouvait se cantonner à la seule exégèse des textes constitutionnels car l'État comme la liberté étaient essentiellement des

¹⁹⁹ Sur les liens – discutés par l'auteur – que présente la philosophie du langage et la théorie du droit, voir : A. Le Pillouer, « Indétermination du langage et indétermination du droit », *Droit & Philosophie* vol. 9-1, 2017, p. 19-43.

pouvoirs, des réalités sociales vivantes que le Droit ne faisait qu'encadrer, sans les créer »²⁰⁰. Si l'influence de la théorie du doyen Hauriou sur l'école contemporaine du droit politique n'est en rien négligeable – elle sera bien sûr étudiée plus avant –, elle n'est toutefois pas directement décisive en ce qui concerne les rapports du droit au texte, puisque cette question reste somme toute subsidiaire dans les travaux du doyen de Toulouse. La réflexion sur l'articulation de la norme et de l'énoncé juridique doit en revanche beaucoup à Hans Kelsen qui, au cours d'un ultime chapitre de sa *Théorie pure du droit* consacré à l'interprétation, a jeté les fondations de ce qui deviendra la théorie réaliste de l'interprétation²⁰¹. Dans ce passage, le maître autrichien souligne en effet la part d'indétermination irréductible que comporte l'application d'un énoncé juridique : aussi précise que soit la formulation visée, celle-ci ne peut jamais suffire à connaître la norme qu'elle prétend traduire²⁰².

72. Ce premier constat n'a rien d'aberrant, au regard des postulats épistémologiques retenus par le père du normativisme : son ontologie kantienne incite Kelsen à retenir une stricte séparation entre être et devoir-être, entre fait et droit²⁰³. Or, le texte appartient à la première de ces deux catégories. Rien n'indique donc que la norme qu'il cherche à traduire lui soit effectivement associée, ni qu'elle soit détectable à partir de la seule lecture de l'énoncé. Malgré une démarche par ailleurs critique de la posture kelsénienne, Paul Amselek formule une conclusion permettant de résumer la pensée du maître de Vienne : « [L]es règles ne se confondent avec aucun de ces matériaux, ni avec le papier, ni avec l'encre sur le papier ; elles ne se confondent pas davantage, du reste, avec les caractères graphiques eux-mêmes que l'encre donne à voir sur le papier : elles se situent dans un tout autre univers que celui des choses sensibles »²⁰⁴.

73. À la frontière ontologique qui isole le texte du monde idéal des normes, s'ajoute le problème plus pragmatique de l'application d'une norme générale à un cas particulier. Comment prétendre détecter dans une formulation parfois alambiquée, souvent générale,

²⁰⁰ N. Foulquier, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », *Jus politicum* n° 2, mars 2009.

²⁰¹ Pour les liens indéniables entre les deux théories du droit, voir notamment : C. Leben, « Troper et Kelsen », *Droits* n° 37, 2003, p. 13-30. Voir également, dans une perspective critique : S. Rials, « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits* n° 37, 2003, p. 49-86.

²⁰² « La norme de degré supérieur ne peut pas lier l'acte qui l'appliquera sous tous les rapports. Il demeure toujours inévitablement une certaine marge, réduite ou considérable, pour le jeu du pouvoir discrétionnaire [...] », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 336.

²⁰³ Sur l'exposé de cette distinction fondatrice entre *Sein* et *Sollen*, voir : *ibid.*, p. 14 et ss.

²⁰⁴ P. Amselek, « Le droit dans les esprits », in P. Amselek et C. Grzegorzcyk (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris : PUF, coll. Questions, 1989, p. 32.

la solution qui s'impose à un cas concret ? Le texte ne fournit jamais, à cet égard, une solution indiscutable, qui garantirait le caractère purement mécanique de la fonction judiciaire. L'étape de la concrétisation²⁰⁵ des règles est au contraire une étape de construction autant que d'application du droit. C'est ce que souligne Kelsen lorsqu'il décompose en deux phases le processus d'application du droit par le juge : celui-ci détermine d'abord, par une opération de connaissance, le nombre limité d'interprétations qu'est susceptible de revêtir le texte qu'il doit appliquer. Il recourt ensuite à sa propre volonté pour choisir, parmi les significations potentielles identifiées, celle qu'il retiendra pour clore le litige soumis à son office²⁰⁶. Ainsi, loin de traduire parfaitement le droit en vigueur, « les textes normatifs ont besoin d'être interprétés non seulement parce qu'ils ne sont pas univoques ou évidents – ce qui signifie qu'ils sont dénués de clarté –, mais aussi parce qu'ils doivent être appliqués aux cas concrets, que ceux-ci soient réels ou fictifs »²⁰⁷.

74. Dans la perspective normativiste, le texte juridique constitue donc tout au plus un « cadre »²⁰⁸ au travail herméneutique que devra assumer le juge ; si ce dernier ne dispose pas d'une marge de manœuvre infinie, au moins détient-il un pouvoir d'appréciation décisif pour déterminer la signification juridique qu'il souhaite conférer à tel ou tel énoncé. À ce titre, « [...] loin d'être la règle de plomb de l'architecte, la loi ne peut être qu'un moule dans lequel doit s'engouffrer une certaine réalité au prix, parfois, de quelques contorsions délicates »²⁰⁹. Avec Kelsen est donc déjà initié ce tournant paradigmatique qui prive l'écrit de sa valeur juridique intrinsèque. C'est toutefois la

²⁰⁵ Succinctement, « on appelle « concrétisation » le passage d'une norme générale relativement abstraite à une norme relativement plus concrète afin de trancher un ou plusieurs cas », A. Dyèvre, « Comprendre et analyser l'activité décisionnelle des cours et des tribunaux : l'intérêt de la distinction entre interprétation et concrétisation », *Jus politicum* n° 4, juillet 2010.

²⁰⁶ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 339-341. Alexandre Viala résume ainsi la théorie de l'interprétation authentique proposée par Kelsen : « dans cette perspective, la norme juridique se présenterait comme un cadre à l'intérieur duquel la science juridique serait à même de recenser, par des énoncés en quantité exhaustive et susceptibles d'être vrais ou faux, les diverses significations potentielles que renferme ce cadre. À cette opération scientifique et objective dictée par la connaissance d'un donné polysémique, succède et s'oppose le stade politique et subjectif du choix, par un juge ou une quelconque autorité habilitée par l'ordre juridique à appliquer et sanctionner la norme, d'une signification possible parmi toutes celles que la science du droit a recensées », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 174.

²⁰⁷ E. R. Grau, *Pourquoi j'ai peur des juges : l'interprétation du droit et les principes juridiques*, Paris : Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2014, p. 31.

²⁰⁸ Kelsen définissait en effet « le droit à appliquer [comme] un cadre à l'intérieur duquel il y a plusieurs possibilités d'application », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 337 et ss ; nous soulignons.

²⁰⁹ J.-J. Pardini, « L'opération de qualification des faits dans le contrôle de constitutionnalité des lois », in *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris : Dalloz, 2007, p. 350.

théorie réaliste de l'interprétation qui, dans son sillage, portera le coup de grâce à un textualisme désormais anecdotique en doctrine.

75. Michel Troper propose en effet une théorie du droit fondée sur les leçons du positivisme méthodologique²¹⁰ et tout à fait émancipée de la culture textualiste : ni l'étymologie, ni la grammaire, ni la signification habituellement reconnue aux termes employés ne représentent des contraintes susceptibles d'indiquer la norme que contiendrait le texte. Celui-ci n'est au mieux qu'un argument que son interprète – seul véritable législateur – pourra mobiliser pour feindre de ne pas décider²¹¹. Le texte juridique est donc tout à fait disqualifié pour la recherche du droit, il n'est même pas un indice de la décision qu'il est censé fonder, puisque son interprète dispose d'une infinité de possibilités pour déterminer ce qu'il souhaite lui faire dire²¹². À peine cette liberté a-t-elle été nuancée par la théorie des contraintes juridiques²¹³, qui cherche à expliquer la relative stabilité de la jurisprudence, malgré le postulat de la liberté totale de l'interprète²¹⁴.

76. La théorie réaliste de l'interprétation présente donc une banalisation radicale du texte juridique. Si elle n'emporte pas l'adhésion des juristes dans leur ensemble, elle influence toutefois incontestablement la manière contemporaine d'aborder l'objet juridique. Le centre de gravité de la réflexion doctrinale s'est globalement déplacé, du texte vers la jurisprudence²¹⁵. Les auteurs du droit politique eux-mêmes témoignent d'une propension à relativiser la portée de l'énoncé juridique²¹⁶, sans toutefois embrasser une

²¹⁰ P. Raynaud, « Philosophie de Michel Troper », *Droits* n° 37, 2003, p. 3-12.

²¹¹ Le texte est en effet moins une contrainte qu'un instrument de la « contrainte argumentative » qui s'impose à l'interprète : M. Troper, « La contrainte en droit », in *Le droit et la nécessité*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2011, p. 15-16.

²¹² C'est particulièrement le cas des « [...] juridictions suprêmes [qui] peuvent sans doute donner à un texte n'importe quelle signification, puisque, quel que soit son contenu, elle ne pourra être juridiquement contestée, c'est-à-dire qu'elle sera valide et produira des effets de droit », M. Troper, « Interprétation », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 847.

²¹³ M. Troper, V. Champeil-Desplats, C. Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2005, 203 p.

²¹⁴ V. Champeil-Desplats, M. Troper, « Introduction », in *ibid.*, p. 2.

²¹⁵ Olivier Beaud souligne ainsi une telle mutation doctrinale : « [...] il semble que les tenants d'une conception normative [de la Constitution] ont de plus en plus tendance à considérer que le véritable critère d'appartenance formelle à la Constitution provient de ce qu'une norme inscrite dans une Constitution écrite soit « appliquée », c'est-à-dire sanctionnée par le juge. Le critère de la reconnaissance juridictionnelle serait en train de remplacer le critère de la révision [...] », donc de la textualité ; O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 258.

²¹⁶ Armel Le Divellec écrit par exemple que « [l]es énoncés sont « convertis » en normes juridiques par des interprétations. [...] Ce serait une illusion de considérer que le cadre juridique est un donné assez strictement préétabli, et qu'il suffirait de le lire pour l'identifier complètement », A. Le Divellec, « Le prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la présidence de la V^e République (simultanément

démarche comparable à celle de Michel Troper²¹⁷. En tout état de cause, ils semblent admettre sans mal que « [...] la seule lecture de l'outil textuel, opération purement sensorielle, est inapte à nous faire accéder à la connaissance de la norme juridique dont il n'est que le support matériel et graphique »²¹⁸. C'est spécifiquement en matière constitutionnelle que s'exprime cette posture du droit politique, non seulement en raison d'un scepticisme avéré quant à la performativité du langage juridique, mais également du fait d'un certain particularisme constitutionnel.

2. Une relativisation accentuée au niveau constitutionnel

77. Si les auteurs du droit politique adhèrent sans peine à la thèse réaliste de l'absence de performativité absolue de l'énoncé juridique, c'est autant en raison du constat philosophique de son indétermination irréductible que du fait de la spécificité de la matière constitutionnelle. Ainsi, là où Michel Troper relativise la singularité de la Constitution à cet égard²¹⁹, le droit politique aurait davantage tendance à la distinguer des autres branches du droit. Il reprend ce faisant à bon compte, l'idée somme toute assez commune selon laquelle « [...] les Constitutions sont souvent « courtes et obscures » et, par voie de conséquence, offrent par nature matière à interprétation. Il y a là une caractéristique quasiment structurelle de la Constitution qu'on ne retrouve pas nécessairement [...] dans les textes ordinaires »²²⁰.

78. Si le texte constitutionnel présente une indétermination accrue, c'est d'abord à raison de son objet puisque, « sur un plan matériel, le contenu de la Constitution [comporte] les règles d'organisation du pouvoir et surtout ses principes fondamentaux [...] »²²¹. Sous cet angle, le droit constitutionnel se comprend essentiellement comme un

une esquisse sur l'étude des rapports entre « droit de la constitution » et système de gouvernement) », *Droits* n° 44, 2006, p. 106.

²¹⁷ Pour une critique *juspolitiste* de la théorie réaliste de l'interprétation et de la théorie des contraintes juridiques, voir : D. Baranger, « Les constitutions de Michel Troper », *Droits* n° 37, 2003, p. 123-147.

²¹⁸ A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 123.

²¹⁹ Le maître de Nanterre écrit par exemple que « [...] la Constitution est loin d'être le seul document qui contienne des dispositions vagues ou qui énonce des principes », M. Troper, « L'interprétation constitutionnelle », in *Le droit et la nécessité*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2011, p. 156.

²²⁰ Y. Aguila, « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *RFDC*, n° 21, 1995, p. 16.

²²¹ F. Rouvillois, *Droit constitutionnel, 1. Fondements et pratiques*, Paris : Flammarion, coll. Champs Université, 4^e éd., 2015, p. 118.

ensemble d'habilitations²²², c'est-à-dire de normes attributives de compétences²²³. C'est l'exercice du pouvoir politique qui est ainsi habilité – et donc encadré – par la Constitution ; mais il n'est pas *dicté* par elle, en ceci qu'il répond toujours à une marge d'appréciation juridiquement irréductible, quant à sa concrétisation et quant à son opportunité²²⁴. En tant que norme ultime d'habilitation, la Constitution est donc particulièrement soumise à la contingence des interprétations livrées par ceux-là mêmes qu'elle habilite²²⁵. Ainsi, « si la Constitution est d'abord une loi de procédure, le corollaire en est que le fond du droit dépend des autorités qui l'appliquent, soit pour développer le régime esquissé par le texte, soit pour l'infléchir, soit encore pour en contredire le dessein »²²⁶.

79. L'imprécision structurelle du texte constitutionnel apparaît également indubitable à la lecture des grands principes politiques qu'il entend proclamer et, ce faisant, garantir. Là encore, la doctrine semble unanime pour admettre l'impossible objectivité de la signification d'un énoncé trop vague par nature²²⁷. Stéphane Rials estime notamment que « [...] en matière de droits fondamentaux, les concepts mis en œuvre sont généralement affectés d'une puissante indétermination, confinant à l'indéterminabilité [...] »²²⁸. La seule lecture du texte constitutionnel ne saurait donc conférer aux principes évoqués l'objectivité nécessaire à la reconnaissance de leur juridicité.

80. Outre l'indépassable indétermination liée à l'emploi d'un vocabulaire idéologiquement marqué, le langage constitutionnel présente une imprécision qui tient

²²² Cela rejoint peu ou prou la conception de la Constitution que proposait Kelsen. Il écrivait ainsi qu'« au sens matériel, la constitution se compose des règles qui régissent la création des normes juridiques générales, des lois en particulier », H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 179. Au titre du droit politique, Olivier Beaud « [...] rappelle cette chose essentielle : la constitution est un acte d'habilitation du pouvoir souverain, le peuple », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 211.

²²³ Pierre Avril affirme en ce sens que « [...] la Constitution est d'abord une loi de procédure qui attribue des compétences et en règle l'exercice », P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 6.

²²⁴ Ainsi selon Pierre, Avril, « en tant qu'elle réunit l'ensemble des prescriptions destinées à régir le gouvernement du pays et qu'elle les énonce sur le mode juridique, la Constitution est affectée d'une inévitable incomplétude pour la simple raison que ses prescriptions ne peuvent fournir de solution automatique à toutes les situations auxquelles son application se trouvera confrontée », *ibid.*, p. 159.

²²⁵ Cette question est traitée par Guillaume Tusseau au titre de l'« auto-habilitation ». En vertu de cette dernière, « un acteur peut détenir une habilitation dont il définit les contours précis. [...] Il lui est loisible, en vue de ses fins, de construire la norme d'habilitation qu'il souhaite », G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des Thèses, 2006, p. 482.

²²⁶ P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 7.

²²⁷ Par exemple Yann Aguila écrit-il que « leur formulation est générale, et donc par définition imprécise », Y. Aguila, « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *RFDC*, n° 21, 1995, p. 17.

²²⁸ S. Rials, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *Le Débat* n° 64, 1991, p. 163.

autant à son objet qu'à sa fonctionnalité. Elle est donc dans une certaine mesure recherchée par ses auteurs, qui y trouvent un gage de son adaptabilité et, par là, de sa longévité. Pierre Avril recommande en ce sens un certain laconisme du texte, « parce qu'en s'en tenant à ce qui est indispensable, on sauvegarde la marge de liberté qui permet d'adapter la règle pour l'appliquer aux situations imprévues »²²⁹. Loin d'être une marque de leur impuissance, la généralité des dispositions énoncées serait donc la garantie de leur fonctionnalité, de leur capacité à laisser les modalités de l'exercice du pouvoir s'adapter, au fil du temps et des circonstances. Les besoins de précision technique seront plus adéquatement satisfaits par la législation organique, qui peut plus facilement être adaptée puisqu'elle n'est pas soumise aux contraintes de la rigidité constitutionnelle. Guy Carcassonne soulignait d'ailleurs que ce sont « les lois organiques [qui] donnent à la Constitution sa brièveté – puisqu'elle n'a [alors] pas besoin d'entrer dans trop de détails [...] »²³⁰. Finalement, si le texte constitutionnel présente toujours une indétermination incompressible, il s'agit moins d'une malédiction que d'une garantie pour la Constitution et le régime politique qu'elle met en place. Leur succès dépend justement de sa réserve ; c'est ce que révèle une sentence de Benjamin Constant qui affirmait qu'« étendre une Constitution à tout, c'est faire de tout des dangers pour elle »²³¹.

81. Forts de ce constat, les constitutionnalistes disposent en conséquence d'une liberté accrue pour envisager leur objet : ils ne sont pas plus liés par les formulations présentes dans le texte que ne l'est son interprète juridictionnel ou politique. Les tenants du droit politique usent sans retenue de cette liberté, qui se manifeste notamment à l'occasion du travail de théorisation auquel ils se livrent. Les concepts qu'ils déploient à ce titre portent ainsi la marque d'une franche émancipation à l'égard d'un énoncé jugé de toute façon peu fiable. C'est en ce sens qu'Olivier Beaud, connu pour avoir construit une théorie de la souveraineté, exclut par exemple de son cadre d'analyse la proclamation de l'article 3 de la Constitution de 1958, selon lequel pourtant « la souveraineté nationale appartient au peuple [...] » ; il ne s'agirait que d'une « pseudo-souveraineté, car elle est inscrite « dans la Constitution », c'est-à-dire limitée par la Constitution »²³², là où le concept de souveraineté qu'il propose implique au contraire l'exercice d'un pouvoir absolu. Cette distance que s'autorise à entretenir plus généralement le droit politique à l'égard du

²²⁹ P. Avril, « Des conventions à la révision de la Constitution », *RFDC HS* n° 2, 2008, p. 49.

²³⁰ G. Carcassonne, M. Guillaume, « Article 46 », in *La Constitution*, Paris : Éd. Points, coll. Série Essais, 13^e éd., 2016, p. 229.

²³¹ B. Constant, *Principes de politique : applicables à tous les gouvernements (version de 1806-1810)*, préf. T. Todorov, Paris : Hachette littératures, coll. Pluriel, 2006, p.107.

²³² O. Beaud, « Le Souverain », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 38.

vocabulaire employé dans les énoncés juridiques témoigne déjà du fait que cette théorie constitutionnelle ne repose pas sur une forme d'essentialisation des concepts, qui consacrerait la réalité indubitable des représentations que traduisent les mots énoncés²³³. L'indétermination constatée du texte constitutionnel conduit au contraire à relativiser l'objectivité de la matière juridique. Celle-ci ne saurait venir des seuls énoncés, tant « [...] le souci de précision et de complétude qui sous-tend l'écrit peine à être définitivement satisfait »²³⁴. Pour autant, dans l'hypothèse défendue par les auteurs *juspolitistes*, l'ensemble du texte ne doit pas être trop vite évacué du champ d'investigation constitutionnel.

B. La signification préservée du texte constitutionnel

82. Le droit politique, dans le sillage de la théorie réaliste de l'interprétation, relativise l'objectivité de la signification des mots inscrits dans le texte constitutionnel ; il ne banalise toutefois pas ce dernier car il refuse de n'y voir qu'un ensemble de mots sans portée en soi²³⁵. La signification retenue pour chacune de ses dispositions peut certes changer, sa portée juridique et politique évoluer au fil des interprétations qui en sont livrées, le texte constitutionnel n'en reste pas moins un élément juridiquement et politiquement déterminant, dont le constitutionnaliste ne doit pas trop drastiquement s'affranchir s'il veut pouvoir comprendre son objet²³⁶. Le texte est en effet l'expression du pouvoir constituant et ne saurait donc être totalement négligé (1). Il représente

²³³ Peuvent être en effet qualifiés d'essentialistes ceux qui « [...] prennent pour des essences ce qui n'est désigné que par des mots », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 41. Sur l'absence d'essentialisme dans la démarche suivie par le droit politique, voir *infra*, Partie II, Titre I, Chapitre 2.

²³⁴ A. Le Divillec, « Le style des constitutions écrites dans l'histoire moderne. Une esquisse sur les trois types de l'écriture constitutionnelle (XVII^e – XX^e siècles) », *Jus politicum* n° 10, mars 2014.

²³⁵ Sur la tendance du droit politique à « maintenir le cadre normatif de la Constitution écrite », voir : M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne : Institution universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2013, p. 321 et ss.

²³⁶ « [...] Le droit constitutionnel ou droit politique n'échappe pas à ce préjugé : il est banal de constater que le principe des constitutions écrites est depuis longtemps presque partout admis comme une nécessaire évidence. En outre, et même s'il est pensé de manière confuse, un idéal de complétude continue de sous-tendre ces textes constitutionnels formalisés. Qu'il s'agisse d'une gigantesque illusion, il n'empêche : le juriste ne peut échapper à la tentation de prendre les textes constitutionnels au sérieux. On serait tenté d'ajouter : il doit, dans une certaine mesure, les prendre au sérieux même lorsqu'il veut montrer que l'écrit ne suffit pas à rendre compte du droit positif, et *a fortiori* lorsque, au-delà de la simple description, il en cherche l'explication profonde ou encore tente de le discuter », A. Le Divillec, « Le gouvernement, portion dirigeante du Parlement. Quelques aspects de la réception juridique hésitante du modèle de Westminster dans les États européens », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

également, à l'égard de ses interprètes, une contrainte effective, bien que limitée, qui mérite d'être considérée (2).

1. Un symbole de l'acte constituant

83. L'analyse approfondie des travaux du droit politique révèle que l'assimilation de sa pensée à la théorie réaliste de l'interprétation doit d'emblée être nuancée²³⁷. Le texte de la Constitution ne saurait être totalement dénué de portée juridique²³⁸, dès lors que sa seule consécration emporte des conséquences décisives sur l'ordre politique. Comment pourrait-on en effet négliger complètement l'écrit constitutionnel lorsque sa seule promulgation bouleverse radicalement le régime politique institué²³⁹ ? L'intérêt que le droit politique accorde spécifiquement au texte constitutionnel se manifeste notamment au regard du traitement différencié qu'accordent ses auteurs au droit constitutionnel écrit et au droit constitutionnel coutumier. Dans leur rapport au temps²⁴⁰, dans leur rapport aux institutions²⁴¹, ces deux pendants du constitutionnalisme se distinguent nécessairement. Certes, les auteurs *juspolitistes* ne cherchent pas à opposer ces deux modèles comme le feraient des juristes qui reconnaissent au texte une performativité irréductible et déterminante ; ils tendent au contraire à mettre en valeur les points communs qui

²³⁷ L'approche réaliste réduit en effet à néant l'autorité de l'énoncé juridique, exclu de la catégorie des contraintes juridiques au même titre que « les considérations financières, les structures linguistiques des textes, l'emploi de la force, l'opinion publique, les sensibilités politiques, religieuses ou morales des acteurs, les lectures, les fréquentations ou la composition du petit-déjeuner précédant la prise de décision » ; V. Champeil-Desplats, M. Troper, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in M. Troper, V. Champeil-Desplats, C. Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2005, p. 12-13.

²³⁸ « [...] Il est bien clair que les constitutions [...] sont des règles bien ordinaires, si on en juge par le nombre des interprétations dont elles sont l'objet. Ces règles cependant n'en continuent pas moins d'occuper un statut particulier dans la « hiérarchie » des normes juridiques, au moins autant en raison de leur contenu qu'en considération de l'autorité qui les pose ou les fait évoluer [...] », J.-J. Sueur, *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, Québec : Presses Universitaires de Laval, coll. Diké, 2011, p. 158-159.

²³⁹ C'est d'ailleurs tout l'intérêt d'un recours à l'écrit que de permettre la révolution juridique au sens strict. C'est ce que souligne par exemple Claude Klein : « du point de vue du contenu, on voit bien que l'écriture va permettre la mise au point du message. [...] En bref, un régime nouveau, révolutionnaire, ne peut échapper à cette évidence, à savoir qu'il lui faudra écrire une (sa) constitution pour s'opposer au régime précédent, pour se poser clairement », C. Klein, « Pourquoi écrit-on une constitution ? », in M. Troper, L. Jaume (dir.), *1789 et l'invention de la constitution. Actes du colloque de Paris organisé par l'Association française de Science Politique : 2, 3 et 4 mars 1989*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, 1994, p. 95.

²⁴⁰ D. Baranger, « Temps et constitution », *Droits* n° 30, 2000, p. 56-58.

²⁴¹ D. Baranger, *Le droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 7^e éd., 2017, p. 12.

caractérisent les constitutionnalismes écrit et coutumier²⁴². Pour autant, le droit politique ne gomme pas les différences entre eux, ce qui tend à prouver que le texte constitutionnel revêt, lorsqu'il existe, une portée juridique avérée, et notamment *instituyente*²⁴³.

84. Pareille conclusion n'est guère surprenante, au regard du goût prononcé du droit politique pour l'histoire des concepts juridiques. En l'occurrence, le constitutionnalisme moderne s'est bien construit à partir de l'écrit, le texte de la Constitution ayant un rôle primordial à jouer dans l'avènement du libéralisme politique²⁴⁴. Olivier Beaud démontre, à ce titre, l'influence décisive de la Révolution conduite au sein des jeunes États-Unis d'Amérique, puisqu'elle mena à « [...] l'émergence d'une *constitution écrite*, formellement distincte des autres lois ordinaires. Il en résulta que la constitution posséda une valeur juridique, donc *obligatoire* pour les gouvernants »²⁴⁵. Le constitutionnalisme se comprend depuis lors par référence à cette tradition textualiste, dans la continuité de laquelle il s'est construit. L'existence du texte ne saurait donc être tout à fait anodine ; elle répond à des considérations pragmatiques et politiques qui n'ont pas moins d'acuité aujourd'hui que par le passé.

85. Si les premiers constituants, imprégnés d'une culture subjectiviste, voyaient dans le recours au texte le gage d'une normativité efficace²⁴⁶ – présumé largement remis en cause aujourd'hui –, l'écrit constitutionnel remplissait incidemment d'autres fonctions qui sont toujours d'actualité. D'abord, il manifeste l'unilatéralité de la volonté de son auteur²⁴⁷ : c'est par le texte que le pouvoir constituant exprime sa domination à l'encontre des pouvoirs constitués. Ensuite, même s'il ne dispose jamais d'une portée objectivement

²⁴² Cette comparaison permet notamment de justifier le recours à une appréhension institutionnelle du droit constitutionnel : O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 264.

²⁴³ En effet, l'institution « [...] n'est pas seulement visée par les mots, [...], mais véritablement *constituée* par ceux-ci », J.-M. Denquin, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits* n° 32, 2000, p. 42 ; nous soulignons.

²⁴⁴ En ceci notamment que « cette révolution conceptuelle permit d'ancrer solidement la garantie des droits de l'homme dans une procédure juridique », O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ Dans cette perspective, selon Stéphane Rials, « telle technique hautement formalisée de preuve fait droit en faisant fait, comme le texte adopté formellement de telle ou telle façon fait loi, de même aussi que les énoncés reconnus par le faisceau discriminant de notre raison forment, pour tels jusnaturalistes modernes, la loi naturelle dont la forme est en quelque sorte en nous », S. Rials, « *Veritas Juris*, La vérité du droit écrit. Critique philologique humaniste et culture juridique moderne de la forme » *Droits* n° 26, 1998, p. 107.

²⁴⁷ C'est notamment en ce sens qu'Olivier Beaud retient de la Constitution moderne une définition fondée sur « un « texte juridique », c'est-à-dire un acte juridique », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 207 ; voir également, sur l'unilatéralité de l'acte constituant, *ibid.*, p. 245 et ss.

et définitivement déterminée, il représente toutefois un instrument de la communication – certes imparfait²⁴⁸ – entre les gouvernants et les gouvernés²⁴⁹, les seconds disposant notamment d'une référence pour contrôler que les premiers respectent le cadre qui leur est imposé au nom de la Nation²⁵⁰. L'écrit constitutionnel représente en ce sens un moyen général, si ce n'est objectif, par lequel les institutions politiques sont placées sous le regard constant du peuple, sujet de leur pouvoir. Par ailleurs, le texte constitutionnel représente, aujourd'hui comme hier, la possibilité d'évolution immédiate et radicale du droit en vigueur ; l'écrit garantit en effet socialement « [...] le fait de *pouvoir revenir sur ce qu'on a dit*, contrôle logique que permet le retour en arrière, la confrontation des moments successifs du discours »²⁵¹. Déjà concernés par le fait qu'« un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution »²⁵², les premiers constituants semblent ainsi avoir trouvé dans l'écrit, le moyen de mettre en œuvre d'éventuels changements constitutionnels.

86. La plongée dans les origines du constitutionnalisme continental permet de mieux comprendre la posture *a priori* ambivalente de l'école du droit politique à l'égard du texte constitutionnel : ce dernier ne dit pas exactement ce que sera le droit effectivement appliqué à l'avenir, mais, en vertu des fondements du constitutionnalisme qui sont toujours pertinents aujourd'hui, le recours à l'écrit reste décisif, notamment pour envisager le pouvoir constituant et le principe de sa souveraineté. Ce dernier aspect tient une place d'importance dans la pensée *juspolitiste* ; l'exercice du pouvoir constituant y est associé à la souveraineté du peuple et, ce faisant, à l'exercice de la démocratie elle-même²⁵³. Olivier Beaud estime ainsi que « [...] si la démocratie a un sens juridique, c'est

²⁴⁸ Sur les limites que représentent le droit comme communication, voir : A. Basset, *Pour en finir avec l'interprétation. Usages des techniques d'interprétation dans les jurisprudences constitutionnelles française et allemande*, Bayonne : Institut universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des Thèses, 2015, p. 10-13.

²⁴⁹ « L'un des caractères de la textualité, outre l'*inscription*, c'est la *circulation*. [...] Ce qui caractérise ainsi le texte de norme, c'est sa circulation sociale, directe ou indirecte – par la médiation des commentaires – auprès de ceux qui s'y connaissent [...] comme auprès de ceux qui ne s'y connaissent pas [...] », O. Jouanjan, « La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes », *Droits* n° 54, 2011, p. 47.

²⁵⁰ Sur l'avènement de la théorie révolutionnaire qui fait du pouvoir constituant le représentant de la Nation, voir : P. Pasquino, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris : Odile Jacob, 1998, p. 46 et ss.

²⁵¹ P. Bourdieu, « Habitus, code et codification », *Actes de la recherche en sciences sociales* n° 1, vol. 64, 1986, p. 42 ; nous soulignons.

²⁵² La formule figure à l'article 28 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 24 juin 1793 et se poursuit en ces termes : « une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures ». Une telle disposition apparaissait déjà, en creux, dans la Constitution du 3 septembre 1791, qui proclamait en son titre VII que « [...] la Nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution ».

²⁵³ Voir en ce sens *infra*, Titre II, Chapitre 2, section 2, §2, B, 2.

d'abord parce que le peuple intervient comme titulaire du pouvoir constituant »²⁵⁴. Or, ce dernier ne s'exprime jamais que par l'adoption solennelle d'un *texte*. Consacrer sa valeur juridique minimale est donc le seul moyen, dans cette perspective, de préserver la logique démocratique que théorise le droit politique. Cela implique, par conséquent, que l'écrit constitutionnel ne soit pas dénué de toute portée, mais qu'il exerce effectivement une contrainte quelconque à l'encontre des pouvoirs constitués.

2. Une contrainte argumentative

87. La perspective adoptée par le droit politique laisse entendre que « la dénaturation de la lettre constitutionnelle, qu'elle soit le fait des acteurs politiques ou de la doctrine, résulte d'interprétations qui, aussi extensives soient-elles, ne sont finalement que des possibilités d'expression de la règle écrite »²⁵⁵. On retrouve ici une conception du texte assez proche de la théorie du cadre de Kelsen ; l'interprète authentique, celui qui confère à l'énoncé sa portée juridique²⁵⁶, ne dispose pas d'une liberté de choix infinie, mais ne peut évoluer que dans les limites que lui impose le texte²⁵⁷. Dans cette hypothèse, et contrairement à ce que considère la théorie réaliste de l'interprétation²⁵⁸, le texte constitue bien lui-même une contrainte, aussi lâche soit-elle, à l'encontre des pouvoirs constitués.

88. Le texte de la Constitution répond d'abord à un certain nombre de contraintes structurelles que l'interprète ne peut ignorer, dès lors qu'elles mobilisent les principes de la communication et du langage. Ainsi, « si les règles juridiques sont intrinsèquement normatives au point que la vie sociale peut continuer de s'écouler malgré leur transgression, elles sont néanmoins énoncées, depuis la civilisation de l'écriture, à l'aide du langage lequel obéit, quant à lui, à des règles constitutives dont la méconnaissance

²⁵⁴ O. Beaud, « Le Souverain », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 38.

²⁵⁵ J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les Sens du droit, 2010, p. 116.

²⁵⁶ « L'interprétation par l'organe d'application du droit a toujours caractère *authentique* : elle crée du droit », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 340 ; nous soulignons.

²⁵⁷ « En rapport avec [le droit positif], la création de l'acte de droit à l'intérieur du cadre de la norme juridique à appliquer est libre, c'est-à-dire placée dans le pouvoir discrétionnaire de l'organe appelé à faire acte », *ibid.*, p. 340 ; nous soulignons.

²⁵⁸ L'énoncé n'est en effet jamais juridiquement pertinent, dans la théorie réaliste de l'interprétation, qu'après que sa signification lui a été attribuée par l'interprétation. Il n'exerce donc aucune contrainte à l'égard de l'interprète : « préalablement à l'interprétation, les textes n'ont encore aucun sens, mais sont seulement en attente de sens », M. Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2001, p. 74.

signe son propre effacement [...] »²⁵⁹. Certes, la grammaire, qui représente la première de ces règles constitutives, ne représente pas juridiquement une donnée absolue et peut elle-même constituer l'un des aspects indéterminés de l'énoncé²⁶⁰. Ainsi, si l'on a pu longtemps estimer qu'en droit, « l'emploi du présent de l'indicatif [a] valeur impérative »²⁶¹, cela n'a guère empêché le Président de la République de s'estimer libre de ne pas signer les ordonnances présentées par le Gouvernement en 1986²⁶². La grammaire, à l'instar des règles constitutives du langage, ne constitue donc pas une garantie absolue du caractère contraignant du texte de la Constitution.

89. Il existe toutefois d'autres aspects de l'énoncé qui sont mis en valeur par les auteurs du droit politique comme autant de contraintes issues spécifiquement de sa formulation. Armel Le Divellec distingue ainsi parmi les différents styles constitutionnels, des « dispositions tantôt symboliques, tantôt pédagogiques, tantôt programmatiques ou incantatoires »²⁶³. Cette distinction est d'importance car elle permet de mesurer globalement la marge de manœuvre plus ou moins étendue dont dispose l'interprète du texte : alors qu'elle sera logiquement considérable dans le cas de principes politiques vaguement définis²⁶⁴, elle est nécessairement réduite en présence d'énoncés techniques, qui se contentent de fixer des éléments tenant à la procédure. C'est d'ailleurs l'un des arguments soulevés par Olivier Beaud lorsqu'il donne raison au Conseil constitutionnel à propos de sa jurisprudence portant sur l'initiative parlementaire d'un référendum relatif à la privatisation de l'entreprise Aéroports de Paris : face à un texte fixant précisément la procédure en cause, le juge n'avait d'autre choix que de faire prévaloir une interprétation stricte de l'article 11 de la Constitution²⁶⁵. On peut estimer en l'occurrence que, si

²⁵⁹ A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 124.

²⁶⁰ Par exemple, « de l'avis général, la Constitution de 1958 est, grammaticalement, susceptible de plusieurs lectures », selon le Comité consultatif pour la révision de la Constitution, présidé par le doyen Georges Vedel, *Rapport au Président de la République. Propositions pour une révision de la Constitution*, La documentation française, 1993, p. 17.

²⁶¹ C'est ce qu'affirme le Conseil constitutionnel, Décision n° 2007-561 DC du 17 janvier 2008, *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail*, *Rec.* p. 41, cons. 17.

²⁶² L'article 13 de la Constitution de 1958 dispose en effet que « le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres ». Pour un compte-rendu de la controverse sur le sujet, voir par exemple : M. Troper, « La signature des ordonnances. Fonctions d'une controverse », *Pouvoirs* n° 41, 1987, p. 75-91.

²⁶³ A. Le Divellec, « Le style des constitutions écrites dans l'histoire moderne. Une esquisse sur les trois types de l'écriture constitutionnelle (XVII^e – XX^e siècles) », *Jus politicum* n° 10, mars 2014.

²⁶⁴ En effet, « les droits fondamentaux et, plus encore, les principes structurant l'ordre constitutionnel sont le terrain propice aux clauses générales non exclusivement techniques », *ibid.*

²⁶⁵ L'auteur estime ainsi qu'« [...] il est toujours dangereux [...] d'en appeler à « l'esprit de la constitution » contre sa lettre, surtout en l'occurrence lorsque la lettre est claire », O. Beaud, « Remarques sur le référendum d'initiative parlementaire et sur les arguments de ceux qui ont voulu en bloquer la procédure », *JP blog*, 23 mai 2019.

plusieurs interprétations sont toujours possibles, une seule était véritablement *acceptable*, c'est-à-dire justifiable²⁶⁶ au regard de l'énoncé en cause.

90. L'interprète, quelle que soit son autonomie de fait à l'égard du texte, n'en est pas moins assujéti à la nécessité de fonder ses interprétations sur lui ; c'est là l'argument de leur légitimité²⁶⁷. Une circonstance illustre parfaitement la contrainte que représente le texte sur ses interprètes, celle de la révision constitutionnelle. Cette dernière se caractérise par le changement formel de l'énoncé constitutionnel, au moyen, dans le cas français, d'une procédure politiquement plus contraignante que l'adoption d'une loi²⁶⁸. Les différents interprètes de la Constitution ne peuvent ignorer pareil changement du texte. Une interprétation de la nouvelle formulation doit bien être délivrée, mais elle ne peut, aussi libre soit-elle par ailleurs, être exactement ce qu'elle était à propos de l'énoncé antérieur. Le simple fait qu'une modification solennelle du texte ait lieu – *a fortiori* quand il s'agit d'un « lit de justice », qui vise à neutraliser une jurisprudence du Conseil constitutionnel²⁶⁹ – contraint l'interprète de la Constitution à amender la signification qu'il en retenait. L'énoncé exerce donc bien une certaine autorité à l'encontre de ceux qui sont chargés de le mettre en œuvre.

91. La théorie du droit politique procède donc à une déconstruction du texte bien moins radicale que celle que propose notamment la théorie réaliste de l'interprétation²⁷⁰. Denis Baranger expose cette mesure qui caractérise le rapport qu'entretiennent les auteurs *juspolitistes* à l'énoncé constitutionnel : « l'acte juridique qui est objet de l'interprétation joue un rôle dans ladite interprétation : sinon il ne serait pas question d'une interprétation, mais d'une libre création de sens. Ainsi, il me semble très peu vraisemblable – et

²⁶⁶ Sur l'importance qu'accorde le droit politique à la justification en droit, et à la reconnaissance comme clef de l'analyse juridique, voir *infra*, Titre II, Chapitre 2, section 2, §1.

²⁶⁷ C'est ce qu'illustre la pratique des objectifs de valeur constitutionnelle ; ils « [...] sont une création du juge (une norme), mais [...] il est bon de les rattacher, là où cela est possible, à des textes du bloc de constitutionnalité (des sources) *pour les légitimer* », D. Baranger, « Comprendre le « bloc de constitutionnalité », *Jus politicum* n° 21, juillet 2018 ; nous soulignons.

²⁶⁸ La révision se distingue donc du changement constitutionnel informel, qui laisse le texte intact : O. Beaud, « Les mutations de la V^e République ou comment se modifie une Constitution écrite », *Pouvoirs* n° 99, 2001, p. 21.

²⁶⁹ La métaphore du lit de justice fut pour la première fois employée par Georges Vedel pour désigner la révision constitutionnelle par laquelle est surmontée une décision du Conseil constitutionnel. Selon une élégante formule, « 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 », G. Vedel, « Schengen et Maastricht (à propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *RFDA* n° 8, 1992, p. 179.

²⁷⁰ Il manque d'ailleurs à cette dernière, selon la critique que lui adresse Olivier Jouanjan, une théorie de la textualité. L'auteur estime à ce titre que le courant réaliste néglige imprudemment le fait qu'« il n'y a pas de norme qui puisse exister non formulée », O. Jouanjan, « La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes », *Droits* n° 54, 2011, p. 47.

conceptuellement contradictoire – de considérer que l’interprétation est totalement libre, et que l’interprète est souverain vis-à-vis du texte interprété. Ce texte, qui joue un rôle – comme facteur de détermination – dans l’interprétation, a une vertu de stabilité qui est indéniable et que, par définition, la norme ne peut pas avoir. En d’autres termes, l’acte (*l’instrumentum*) doit être appréhendé en tant qu’il est une « source »²⁷¹. Dans cette perspective, le texte de la Constitution continue donc à présenter une pertinence juridique, quoiqu’il ne puisse toutefois être étudié qu’en lien étroit avec l’interprétation dont il fait l’objet.

§2 : Une définition politique de l’interprétation

92. Le renoncement au textualisme, néanmoins teinté d’une certaine considération de l’énoncé constitutionnel, impose que le droit politique reconnaisse la portée fondatrice de l’interprétation. Celle-ci a besoin du texte comme support, mais elle n’en est pas moins libre dans une large mesure. Dans cette perspective, le droit est donc le résultat de l’interprétation d’un énoncé dit juridique²⁷². L’interprétation devient, à cet égard, l’une des manifestations de la politique dans le droit, manifestations que cherche justement à mettre en valeur la théorie *juspolitiste*. Cette dernière renoue alors avec certains des postulats de la théorie réaliste de l’interprétation, sans se confondre pour autant avec elle. Comme les réalistes quoique de manière parfois différente, les tenants du droit politique consacrent en effet le caractère politique de l’interprétation en elle-même (A), et de la portée qu’elle revêt spécifiquement dans le cadre constitutionnel (B).

A. Le caractère politique de l’interprétation

93. Dans la théorie réaliste de l’interprétation²⁷³, comme dans le normativisme kelsénien avant elle²⁷⁴, la création du droit est toujours regardée comme un processus

²⁷¹ D. Baranger, « Comprendre le « bloc de constitutionnalité », *Jus politicum* n° 21, juillet 2018.

²⁷² Denis Baranger définit ainsi la norme comme « [...] une unité d’interprétation du sens d’un énoncé de langage contenu dans un acte. La norme n’est pas dissociable de l’opération ponctuelle d’interprétation », *ibid.*

²⁷³ M. Troper, « Le droit, la raison et la politique », *Le Débat* n° 64, 1991, p. 181-186.

éminemment politique. Cette qualification concerne logiquement l'opération d'interprétation, dès lors qu'elle est considérée, non pas comme la restitution de la signification d'un énoncé juridique, mais comme la détermination de celle-ci²⁷⁵. La théorie du droit politique reprend à son compte une telle assertion, dès lors qu'elle estime que le texte constitutionnel ne dispose d'aucun « [...] « sens caché » préexistant, qui [serait] le « vrai sens », mais [comporte] seulement des énoncés recélant virtuellement plusieurs significations »²⁷⁶. L'attribution au texte d'une signification effective relève donc d'un choix politique ; cela implique de consacrer le caractère volontariste que revêt l'opération herméneutique (1) ainsi que l'absence d'objectivité de tout recours à des méthodes d'interprétation déterminées (2).

1. Le volontarisme de l'interprète

94. Toute théorie de l'interprétation doit s'appuyer sur un modèle, celui de l'interprétation comme acte de volonté ou celui de l'interprétation comme acte de connaissance²⁷⁷. Ces modèles ne sont pas exclusifs l'un de l'autre, mais peuvent être combinés, comme l'a démontré la théorie de l'interprétation authentique proposée par Hans Kelsen²⁷⁸. La conception de l'interprétation comme acte de connaissance a longtemps prévalu dans la doctrine juridique, et continue d'exercer une influence certaine en France²⁷⁹. Pour autant, elle est désormais concurrencée par la théorie de

²⁷⁴ Ainsi selon Kelsen, « le droit ne peut être isolé de la politique dès lors qu'il en est l'instrument. Sa création aussi bien que son application sont politiques [...] », H. Kelsen, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », 1953, *Droit et société* n° 22, 1992, p. 559.

²⁷⁵ Michel Troper propose en ce sens d'entendre par politique « [...] une activité qui, d'une part, a pour objet de déterminer par le moyen de normes générales ou individuelles (commandements) le comportement ou la situation d'autres individus que ceux qui l'exercent et dont la source est d'autre part dans ce qu'on appellerait en termes juridiques une volonté autonome, c'est-à-dire qui ne serait pas *liée* par des normes juridiques préexistantes, mais simplement déterminée par l'ensemble des valeurs partisans, morales, religieuses, etc., de son détenteur », M. Troper, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs* n° 16, 1981, p. 8.

²⁷⁶ P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 58.

²⁷⁷ Pour une définition approfondie de ces deux notions antagonistes, voir : M. Troper, « Interprétation », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 843.

²⁷⁸ Cette théorie implique en effet que l'organe d'application de la norme recherche d'abord, par un acte de connaissance, toutes les significations qu'est susceptible de revêtir l'énoncé juridique, avant de choisir, par un acte de volonté donc, celle qu'il retient au titre de son office : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 340.

²⁷⁹ Denys de Béchillon estime ainsi que l'interprétation comme acte de connaissance « [...] suppose une double croyance forte : en l'existence d'un sens vrai du texte, et en la possibilité de le connaître. [...] Telle est bien l'épistémologie naïve sur laquelle est bâtie la rhétorique ordinaire que suscite l'appréhension

l'interprétation comme acte de volonté ; Norberto Bobbio pouvait ainsi écrire dès 1961 que « c'est un fait que personne ne croit plus [...] que l'interprétation, même celle dite mécanique, soit une opération purement logique »²⁸⁰. Le droit politique ne fait pas exception à ce constat du maître italien ; Denis Baranger estime ainsi qu'« interpréter la constitution, c'est la créer »²⁸¹.

95. Le droit politique a pu être considéré comme une doctrine ne choisissant pas véritablement entre les deux conceptions fondamentales de l'interprétation²⁸². Il nous semble toutefois que les auteurs *juspolitistes* admettent sans peine l'artificialisme et la subjectivité de l'interprète, dès lors qu'ils ne croient pas possible que la réalité qu'ils étudient satisfasse les canons de l'interprétation comme acte de connaissance²⁸³. Cela ne signifie pas pour autant qu'ils radicalisent le volontarisme qu'ils consacrent. Mais, comme le démontre la théorie des contraintes juridiques qui s'est développée en marge de la théorie réaliste de l'interprétation, adhérer à une conception de l'interprétation comme acte de volonté ne suppose pas nécessairement que cette volonté soit totalement libre, émancipée de toute contrainte²⁸⁴. Ainsi, la proposition doctrinale que formule Armel Le Divellec impliquerait plus modérément « [...] qu'il faille reconnaître une marge importante de liberté à la volonté des acteurs pour faire produire effet aux énoncés textuels d'une constitution écrite ou, a fortiori, pour formuler une règle non écrite, mais que, pour autant, *leur liberté ne serait pas juridiquement entière* comme le considèrent les théories les plus radicales de l'interprétation »²⁸⁵.

courante de la règle de droit », D. de Béchillon, « Huit manières de se demander si l'interprète est libre », in F. Mélin-Soucramanien (dir.), *L'interprétation constitutionnelle : actes de la table ronde de l'Association internationale de droit constitutionnel*, Bordeaux, 15 et 16 octobre 2004, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 28. Sur cette question, voir également les travaux d'Antoine Basset qui démontrent la nécessité de dépasser l'interprétation conçue comme l'opération par laquelle est révélée la vérité sous-jacente du texte juridique : A. Basset, *Pour en finir avec l'interprétation. Usages des techniques d'interprétation dans les jurisprudences constitutionnelles française et allemande*, Bayonne : Institut universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2015, 527 p.

²⁸⁰ N. Bobbio, « Sur le positivisme juridique », in *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret et C. Agostini, préf. R. Guastini, Louvain : Bruylant, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique, 1998, p. 37.

²⁸¹ D. Baranger, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2008, p. 120.

²⁸² E. Bottini, *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2016 p. 475.

²⁸³ Denis Baranger estime par exemple à propos des limites constitutionnelles au pouvoir de révision qu'elles « [...] ne prennent pas la forme de manifestations de volonté dont la signification pourrait être dégagée par un interprète », D. Baranger, « Un chantier qui ne prend jamais fin. Le juge, les révisions, et les autres formes de changement constitutionnel dans la France contemporaine », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017.

²⁸⁴ M. Troper, V. Champeil-Desplats, C. Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2005, 203 p.

²⁸⁵ A. Le Divellec, « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus politicum* n° 4, juillet 2010, note 6 ; nous soulignons.

96. Comme dans l'hypothèse de la théorie réaliste de l'interprétation, le droit politique s'inscrit donc dans une entreprise de dévoilement de la réalité herméneutique en pratique ; les interprètes de la Constitution ne sont en effet pas prompts à affirmer leur propre volontarisme, pourtant bien à l'œuvre. C'est particulièrement manifeste dans le cas du juge constitutionnel puisqu'il « [...] doit affirmer d'abord que ce qui lui sert de référence était présent de toute époque dans le droit positif. En affirmant ainsi sa légitimité, le juge constitutionnel dissimule ce qui est précisément son œuvre spécifique »²⁸⁶. Dans l'optique d'une telle dissimulation, la juridiction constitutionnelle se trouve précisément contrariée dans sa liberté herméneutique : Guillaume Drago estime à cet égard que « en définitive, la contrainte interne la plus significative nous paraît être, pour le Conseil constitutionnel, sa propre jurisprudence. Il apporte un soin tout particulier à ne pas se contredire, tant dans l'énoncé de ses décisions que des raisonnements tenus »²⁸⁷. Il présente à cet effet un usage stratégique du précédent²⁸⁸, qui limite sans les faire disparaître²⁸⁹ les revirements de jurisprudence, traditionnelle source de défiance de la doctrine²⁹⁰. Dans une perspective comparable, le juge recourt également à la figure rassurante du syllogisme judiciaire, qui tend à présenter sa décision comme le fruit indiscutable d'une déduction²⁹¹ ; et « on mesure [...] l'importance politique qu'il y a à présenter le raisonnement des juges comme syllogistique : la conclusion à laquelle ils parviennent n'est pas le fait d'une création volontaire et subjective, mais le fruit d'une connaissance rationnelle et objective »²⁹².

²⁸⁶ D. Baranger, « Temps et constitution », *Droits* n° 30, 1999, p. 64.

²⁸⁷ G. Drago, « La qualité de l'argumentation constitutionnelle », *RFDC* n° 102, 2015, p. 348.

²⁸⁸ C. Richaud, *Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Bayonne : Institut universitaire Varenne, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2016, 484 p. Voir également sur un thème proche : C. Arnaud, *L'effet corroboratif de la jurisprudence*, Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses de l'institut fédératif de recherche « Mutation des normes juridiques », 2016, 595 p.

²⁸⁹ « Il est vrai que le précédent n'impose pas totalement une solution dans la mesure où aucun nouveau cas n'est strictement semblable à ceux qui ont déjà été jugés. [...] Reste pourtant que le poids de cette jurisprudence limite les possibilités de choix », D. Schnapper, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, Paris : Gallimard, coll. NRF Essais, 2010, p. 289-290.

²⁹⁰ C'est notamment le cas en droit privé : « [...] le revirement de jurisprudence [est] mal considéré en droit privé parce qu'il est en rupture de la permanence que suppose toute règle de droit. Sa défaveur viendrait du fait qu'il heurterait profondément l'idée que l'on se fait de la justice », G. Darcy, « Le théoricien et le rêveur (Réflexions sur les revirements de jurisprudence) », in D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats, E. Millard (dir.), *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris : Economica, 2006, p. 335-336.

²⁹¹ Selon Pierre Brunet en effet, « le syllogisme normatif donne [...] l'illusion d'une déduction, mais il est en réalité un mode de justification d'une décision dont le processus apparaît bien plus complexe, alliant à la fois connaissance et volonté, mais reposant, en dernier ressort, sur la volonté », P. Brunet, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits* n° 39, 2004, p. 216-217.

²⁹² *Ibid.*, p. 197.

97. Les auteurs du droit politique, comme la plupart des membres de la doctrine, ne sont donc pas dupes de cette entreprise de dissimulation conduite par le juge constitutionnel, et plus largement par l'ensemble des interprètes du texte de la Constitution. S'ils adhèrent à la thèse de l'interprétation comme acte de volonté, ils estiment cependant qu'elle ne peut constituer un seul constat et doit conduire à une réflexion plus approfondie sur le rôle politique ainsi conféré à une juridiction²⁹³. Comme la théorie réaliste de l'interprétation par ailleurs, le droit politique affirme le caractère politique de l'opération herméneutique, dès lors que celle-ci relève au moins partiellement de la volonté et de la subjectivité de l'interprète. Armel Le Divellec estime par exemple que « [...] le droit est en grande partie le produit du politique c'est-à-dire de décisions, d'actes de volonté »²⁹⁴. Dans une telle perspective, la volonté subjective de l'interprète peut bien être limitée et contrainte, elle n'en dispose pas moins d'une marge d'expression juridiquement déterminante.

98. Si la considération par le droit politique de l'interprétation comme acte de volonté diffère néanmoins de celle que retient la théorie réaliste de l'interprétation, ce n'est finalement pas tant à raison de la définition retenue que de la portée qui lui est reconnue. La pensée de Michel Troper consiste en effet à proposer une théorie du droit dont l'interprétation constitue l'épicentre ; au contraire le droit politique tend-il à banaliser l'interprétation comme l'une des innombrables intrusions de la politique dans le droit constitutionnel. Il présente à ce titre une proximité plus marquée avec le travail d'Antoine Basset consacré à l'analyse de l'interprétation conduite par les juges constitutionnels allemand et français²⁹⁵, à ceci près qu'il ne limite pas cette considération à l'interprétation juridictionnelle, mais l'étend à l'ensemble des interprètes de la Constitution. Malgré ces divergences non négligeables, la théorie de l'interprétation que retient le droit politique présente cependant des similarités évidentes avec celle du courant réaliste. Il partage notamment le scepticisme de ce dernier quant à la possibilité d'endiguer le pouvoir

²⁹³ Jean-Marie Denquin déplore en ce sens que, « alors qu'[on] voyait dans la réduction du jugement à un syllogisme un moyen de lutter contre l'arbitraire, l'opinion aujourd'hui dominante distingue plutôt le camouflage sous une apparente nécessité d'un arbitraire politique réel », J.-M. Denquin, « Réflexions sur le syllogisme judiciaire », in D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats, E. Millard (dir.), *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris : Economica, 2006, p. 373.

²⁹⁴ A. Le Divellec, « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus politicum* n° 4, juillet 2010.

²⁹⁵ A. Basset, *Pour en finir avec l'interprétation. Usages des techniques d'interprétation dans les jurisprudences constitutionnelles française et allemande*, Bayonne : Institut universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2015, 527 p. L'auteur cherche notamment à montrer que « [...] l'interprétation ne peut être ce point aveugle qui garantirait la légitimité du droit, mais un instrument qui, s'il laisse une part d'autonomie au juge constitutionnel, est surtout contraint par le système dans lequel celui-ci agit, système qu'il contribue à former en retour », *ibid.* p. 25.

d'appréciation de l'interprète au moyen de techniques d'interprétation réputées objectives.

2. L'indétermination de la méthode herméneutique

99. Dans les travaux du droit politique comme dans ceux de la théorie réaliste de l'interprétation, le caractère politique de l'interprétation se manifeste au regard de la liberté et de la subjectivité de l'interprète – liberté et subjectivité que n'entrave que marginalement le texte – mais également du fait de l'absence de méthode d'interprétation objectivement susceptible de découvrir la vraie signification de l'énoncé en cause. Dans cette perspective, « [...] lors même que l'interprète s'en tient à une interprétation prudemment littérale du texte, c'est encore de sa volonté que ce parti procède, puisqu'il ne tenait qu'à lui d'en choisir un autre »²⁹⁶. Le texte ne porte en effet en lui que des potentialités et aucune vérité qu'une interprétation balisée permettrait de restituer.

100. Or, ce constat n'est pas unanime en doctrine ; si cette dernière semble désormais acquise à l'indétermination de l'énoncé juridique, elle reste parfois convaincue de la nécessité de systématiser les méthodes d'interprétation auxquelles a notamment recours le juge, soit que cela permette de restituer ce qui serait le vrai sens du texte²⁹⁷, soit que cela permette de réduire sa marge d'appréciation²⁹⁸. La doctrine ayant abandonné la croyance que le texte présente une vérité à sa seule lecture, elle s'est parfois déportée sur des méthodes d'interprétation afin d'y puiser l'objectivité nécessaire pour penser la juridicité²⁹⁹. L'étude desdites méthodes peut certes poursuivre des fins strictement

²⁹⁶ P. Wachsmann, « La volonté de l'interprète », *Droits* n° 28, 1999, p. 37.

²⁹⁷ F. Luchaire, « De la méthode en droit constitutionnel », *RDP* n° 2, 1981, p. 275-329.

²⁹⁸ Xavier Magnon écrit en ce sens que « le pouvoir discrétionnaire de l'interprète est d'autant plus limité que les méthodes d'interprétation garantissent une interprétation restrictive », X. Magnon, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexion et tentative de reconstruction », in *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris : Dalloz, 2007, p. 245. La même idée apparaissait sous la plume d'Ernst-Wolfgang Böckenförde lorsqu'il écrivait que « la question de la bonne méthode d'interprétation de la constitution ou de la seule méthode licite n'est [...] que l'autre face de la question de l'étendue exacte ou raisonnable de la compétence de la juridiction constitutionnelle », E.-W. Böckenförde, « Les méthodes d'interprétation de la Constitution : un bilan critique », in *Le droit, l'État et la constitution démocratique : essai de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, trad. et préf. O. Jouanjan, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2000, p. 224.

²⁹⁹ On trouve ainsi en doctrine l'affirmation selon laquelle « [...] la légitimité de la décision juridictionnelle apparaît exclusivement fondée sur le principe de conformité au droit, sur le principe de « juridicité ». [...] La décision juridictionnelle ne saurait relever d'un système de légitimation fondé sur le seul principe de volonté ou de simple autorité. Le principe de conformité au droit pose que la décision

analytiques, dans une perspective de systématisation de l'action herméneutique du juge³⁰⁰ ; mais elle peut également être le moyen de fonder la persévérance de l'idée selon laquelle le texte exerce toujours une autorité normative à l'encontre de son interprète. En se conformant à ces méthodes, le juge notamment serait encastré dans le strict respect d'un droit qui a été objectivement établi en dehors de son office. La mise au jour de méthodes d'interprétation objectivement valables participe ainsi d'une volonté de réconcilier le constat moderne de l'indétermination du texte avec la lutte contre le spectre du gouvernement des juges³⁰¹, en greffant un nouveau syllogisme judiciaire à l'ancien³⁰².

101. Les auteurs du droit politique ne recourent pas à pareil expédient pour théoriser l'objectivité du droit ; au contraire en réprouvent-ils l'usage par la doctrine constitutionnelle, qui semble alors démontrer qu'« [...] elle reste prisonnière de ce que Bruce Ackerman appelle « l'hyper-textualisme », c'est-à-dire cette croyance selon laquelle la réponse à tout problème constitutionnel se trouverait nécessairement dans une disposition de la Constitution écrite, c'est-à-dire dans un texte constitutionnel »³⁰³, et ce même si cela implique d'emprunter le chemin balisé de l'interprétation. Plusieurs méthodes sont habituellement préconisées à ce titre, et aucune d'entre elles ne semble retenir l'attention des auteurs *juspolitistes*, qui suivent donc, en cette occasion, un raisonnement assez proche de celui de la théorie réaliste de l'interprétation. Michel Troper identifie notamment quatre modèles habituellement mis en exergue en doctrine ;

juridictionnelle implique un acte de connaissance et, par conséquent, une méthode », H. Rabault, *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1997, p. 9.

³⁰⁰ Pour un inventaire synthétique des outils d'interprétation dans la jurisprudence, voir la liste établie par Claire Vocanson, « Le texte », in P. Deumier (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2013, p. 25-26.

³⁰¹ Hughes Rabault écrit à cet égard que « c'est une idée admise aujourd'hui par l'ensemble des juristes, que la loi ne saurait être univoque, que le juge ne saurait limiter son travail à une application syllogistique des textes. L'application des textes suppose leur interprétation. Or, si on ne parvient pas à définir l'opération herméneutique, sa nature, ses limites, ses instruments, en un mot ce qu'elle est comme méthode, si on ne parvient pas à l'enfermer dans le cadre d'une méthodologique contraignante, c'est l'activité juridique même qui se trouve discréditée... Refuser d'interroger la méthodologie en droit c'est implicitement admettre que l'interprétation n'est pas fondée sur une méthode. C'est du même coup suggérer que l'interprétation, loin d'être soumise au texte de la norme, crée la norme, constitue la norme... C'est dès lors porter le soupçon sur le juge, accusé d'être toujours à l'affût de l'imperfection de la norme pour y inscrire son arbitraire », H. Rabault, *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1997, p. 7-8.

³⁰² L'identification d'un second syllogisme, par lequel serait déduite la majeure du premier, ne parvient cependant pas à dissimuler la réalité du raisonnement effectivement suivi : la conclusion est en vérité le point de départ de la décision du juge. C'est du moins le point de vue Michel Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 310.

³⁰³ O. Beaud, « La controverse doctrinale autour de la responsabilité pénale du Président de la République. Pour une autre interprétation de l'article 68 de la Constitution », *RFDA* n° 6, 2001, p. 1188.

l'interprétation peut être sémiotique, génétique, systémique ou fonctionnelle³⁰⁴. Le maître de Nanterre se garde toutefois de préconiser le recours à l'une de ces méthodes ou d'en hiérarchiser l'usage, estimant que « [...] ces diverses méthodes conduisent à des résultats différents entre lesquels on ne peut trancher qu'au moyen d'une décision »³⁰⁵. Elles ne présentent donc aucune objectivité en tant que méthodes d'interprétation, non plus qu'elles ne permettent de révéler la signification objective du texte en cause. Pareille dépréciation des instruments herméneutiques mobilisés par une partie de la doctrine n'est pas étrangère à la pensée du droit politique³⁰⁶.

102. Les deux premières méthodes, sémiotique et génétique, sont réputées garantir une certaine réserve dans la mise en œuvre du pouvoir appréciatif dont dispose le juge³⁰⁷. La méthode sémiotique correspond à celle par laquelle « les mots reçoivent le sens qu'ils ont habituellement dans la langue et les expressions celui qui résulte des règles de la grammaire »³⁰⁸. Une telle méthode présente toutefois de nombreuses limites quant à sa mise en œuvre efficace ; elle implique une unicité de la signification retenue à travers le temps et un certain consensus dans l'hypothèse où plusieurs autorités sont amenées à l'interpréter. Or, Pierre Avril notamment a démontré, à partir de nombreuses illustrations piochées dans l'expérience de la V^e République, que l'interprétation sémiotique ne saurait, à ce titre, caractériser la méthode effectivement mise en œuvre par les pouvoirs constitués : on compte de trop nombreux exemples de dispositions ayant fait l'objet d'interprétations fondamentalement différentes³⁰⁹.

³⁰⁴ M. Troper, « Interprétation », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 844.

³⁰⁵ M. Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation » in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2001, p.74.

³⁰⁶ Olivier Beaud déplore par exemple que « [...] la doctrine française, dans son immense majorité, continue à croire en la validité de la méthode herméneutique classique », O. Beaud, « La controverse doctrinale autour de la responsabilité pénale du Président de la République. Pour une autre interprétation de l'article 68 de la Constitution », *RFDA* n° 6, 2001, p. 1189.

³⁰⁷ Xavier Magnon écrit ainsi que « l'interprétation *sémiotique* et l'interprétation *génétique* semblent devoir être les deux méthodes d'interprétation à retenir afin de parvenir à une interprétation restrictive des énoncés », X. Magnon, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexion et tentative de reconstruction », in *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris : Dalloz, 2007, p. 244.

³⁰⁸ M. Troper, « Interprétation », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 844.

³⁰⁹ Pierre Avril évoque par exemple l'article 27 alinéa 2 de la Constitution ayant trait au droit de vote des Parlementaires ; en livrant une interprétation de cette disposition en rupture avec le consensus politique qui l'entourait préalablement, le Conseil constitutionnel aurait opéré un choix « [...] étranger à la lettre comme à l'esprit de cette disposition », P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 61. Il s'agit en l'occurrence de la décision suivante : CC, Décision n° 86-225 DC du 23 janvier 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, *Rec.* p. 13.

103. Cette ineffectivité constatée de l'interprétation sémiotique n'est guère compensée par la recherche de l'intention de l'auteur du texte, caractéristique d'une méthode génétique³¹⁰. Cette dernière interroge de fait la possibilité même de saisir la volonté qui a présidé à l'adoption d'un texte. D'abord, dès lors que « [...] l'intention des auteurs d'un texte résulte de leurs déclarations ou des sources de leur inspiration [...] »³¹¹, l'interprète qui souhaiterait s'en servir se trouverait face à la nécessité d'interpréter à nouveau un texte, un langage, sans aucune garantie de restituer effectivement la volonté que des auteurs ont cherché à transcrire. Cette forme de mise en abîme fragilise frontalement la possibilité d'identifier une intention de façon univoque. C'est d'autant plus vrai en matière constitutionnelle, où les « travaux préparatoires »³¹², qui fondent pourtant toute la méthode génétique³¹³, n'en sont pas exactement, dès lors que, le plus souvent, « l'auteur au sens juridique [n'est] pas l'auteur intellectuel »³¹⁴. Finalement, ainsi que l'écrit Alexandre Viala, il semble que « [...] l'intention humaine que représente le signe et qui se dérobe au regard empirique, se dérobe aussi à toute préhension intellectuelle »³¹⁵. Même dans l'hypothèse où l'intention serait connaissable par l'interprète, il devrait encore réussir à concilier d'éventuelles aspirations contradictoires parmi les auteurs identifiés³¹⁶. Il est alors aisé de conclure avec Michel Troper qu'« il n'y a pas de sens réductible à l'intention du législateur »³¹⁷.

³¹⁰ Elle repose en effet « [...] sur une connaissance de la volonté réelle de l'auteur du texte, telle qu'on peut la reconsidérer par exemple à travers les travaux préparatoires », M. Troper, « Interprétation », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 844.

³¹¹ F. Luchaire, « De la méthode en droit constitutionnel », *RDP* n° 2, 1981, p. 314.

³¹² On peut les définir comme l'« ensemble des activités et documents (exposés des motifs des projets ou propositions, rapports, discussions, etc.), qui, dans le processus d'élaboration d'un acte juridique [...] ont précédé la manifestation définitive de la volonté de son auteur et sont de nature à éclairer sa signification », G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 12e éd., 2018, p. 791.

³¹³ En effet selon François Luchaire, « l'intention des auteurs d'un texte est le plus souvent recherchée dans les travaux préparatoires », F. Luchaire, « De la méthode en droit constitutionnel », *RDP* n° 2, 1981, p. 317.

³¹⁴ M. Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2001, p.73. De ce fait, « [...] les prétendus « travaux préparatoires » de la Constitution de 1958 n'en étaient pas », P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 55.

³¹⁵ A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 123.

³¹⁶ Cela représente une difficulté d'importance, notamment dans la perspective d'une loi adoptée au sein d'une assemblée pluraliste ; en effet, « l'auteur du texte est réputé être l'autorité tout entière et pas seulement les membres qui ont voté pour lui [...] », M. Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2001, p.72.

³¹⁷ *Ibid.*

104. Deux autres méthodes, réputées plus lâches³¹⁸, ont également été théorisées, l'interprétation fonctionnelle et l'interprétation systémique. La première implique que, « lorsqu'une disposition est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle doit avoir quelque effet que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun »³¹⁹. Inspirée de l'ancien article 1157 du Code civil³²⁰ portant sur les conventions, cette méthode préconisée en matière constitutionnelle par François Luchaire découle d'un présupposé fort discutable en vertu duquel la Constitution doit présenter une complétude et une cohérence qui excluent toute redondance. Or, cet argument lui-même peut conduire à certaines incohérences lorsqu'il est poussé jusque dans ses retranchements. C'est ainsi cet argument qui a conduit différents membres de la doctrine à dénoncer, en 1962, le recours à l'article 11 pour organiser un référendum constituant : si le Titre XVI de la Constitution de 1958 pouvait seul être mis en œuvre à cette fin, c'était au nom de la cohérence générale qu'est réputé présenter le texte considéré dans son entier³²¹. Pour autant, Mathieu Carpentier souligne l'absurdité à laquelle peut conduire un tel raisonnement ; il impliquerait en effet que le recours à l'article 11 soit tout bonnement impossible, dès lors qu'il constitue une exception à la procédure législative de droit commun, organisée aux articles 34 et suivants de la même Constitution³²². L'interprétation fonctionnelle présente donc une portée logique limitée, sans pour autant parvenir à entraver le caractère arbitraire de l'opération herméneutique : l'interprète reste libre de fixer l'utilité pratique que peut revêtir telle ou telle disposition.

105. Enfin, l'interprétation systémique implique que toutes les dispositions d'un même texte soient interprétées les unes en rapport avec les autres³²³. Elle procède donc d'une uniformisation du vocabulaire employé. On pourrait cependant répliquer que, même

³¹⁸ En effet, « [l'] utilisation [des méthodes sémiotique et génétique] aboutit à une interprétation plus restrictive des énoncés, par rapport aux interprétations *fonctionnelle* et *systémique* », X. Magnon, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexion et tentative de reconstruction », in *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris : Dalloz, 2007, p. 244.

³¹⁹ F. Luchaire, « De la méthode en droit constitutionnel », *RDP* n° 2, 1981, p. 293-294.

³²⁰ Devenu l'article 1191 : « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun ».

³²¹ Ainsi, lors de la controverse de 1962, « du fait qu'il constitue l'intégralité du Titre XVI, l'article 89 a été souvent considéré comme la seule procédure de révision juridiquement correcte, sous réserve des exceptions éventuellement prévues par la Constitution », F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, Lextenso, coll. Manuel, 38^e éd., 2017, p. 491.

³²² M. Carpentier, « Comment j'ai appris à ne plus m'en faire et à (presque) aimer le recours à l'article 11 pour réviser la Constitution », *JP blog*, 21 février 2018.

³²³ François Luchaire estime en ce sens qu'« un terme qui revient à plusieurs reprises dans le même texte doit chaque fois être interprété dans le même sens », F. Luchaire, « De la méthode en droit constitutionnel », *RDP* n° 2, 1981, p. 292.

scrupuleusement appliquée, cette méthode n'ôterait rien en fait au pouvoir d'appréciation que met en œuvre l'interprète, puisqu'il resterait libre de déterminer la signification générale de chacun des termes employés. En outre, l'étude de la jurisprudence révèle l'ineffectivité d'une telle méthode en pratique, tant elle peine à faire émerger des significations uniques pour chacun des termes employés dans le texte³²⁴. On trouve néanmoins les traces d'une telle méthodologie dans les travaux du droit politique, qui préconisent parfois l'appréhension systémique afin de mieux saisir la portée d'une disposition constitutionnelle³²⁵. L'argument alors soulevé s'explique notamment au regard de la force juridique que le droit politique reconnaît au texte constitutionnel comme résultat d'un acte constituant³²⁶. Il n'est toutefois pas l'expression d'un textualisme latent, dès lors que la cohérence recherchée ne concerne pas seulement les énoncés constitutionnels en vigueur, mais, plus largement, l'histoire constitutionnelle des principes politiques. C'est en ce sens que nous comprenons cette déclaration de Pierre Avril, lorsqu'il affirme que « la Constitution de 1958 ne s'est pas établie sur une table rase et ses dispositions ne sauraient se lire isolément, parce que leur portée doit s'entendre par référence aux dispositions antérieures qu'elles modifient, contredisent... ou reprennent. Cette supputation n'implique aucune « force constitutionnelle », mais elle ajoute à la « logique grammaticale » la vraisemblance politique »³²⁷.

106. Si le droit politique ne disqualifie pas également les différentes méthodes herméneutiques considérées, il ne prétend donc pas y voir des instruments absolument fiables pour découvrir le véritable sens caché du texte et révéler son objectivité. Cette conclusion s'impose avec d'autant plus de force d'ailleurs que la combinaison des différentes méthodes entre elles ne peut répondre qu'à un choix éminemment subjectif³²⁸,

³²⁴ Jean-Louis Pezant souligne ainsi que le Conseil constitutionnel s'est largement émancipé des exigences de la méthode systémique, lorsqu'il est notamment amené à interpréter le terme « programme », présent à diverses occurrences dans le texte de 1958 ; J.-L. Pezant, « De la situation de nécessité. Réflexions sur les avatars du raisonnement juridique dans la matière constitutionnelle », *RFDC* n° 42, 2000, p. 272.

³²⁵ C'est par exemple ce que suggère Olivier Beaud à propos de l'ancien article 68 de la Constitution : « [la] règle de l'inviolabilité ne figure pas explicitement dans une disposition écrite de la Constitution de la V^e République, mais elle existe néanmoins en droit constitutionnel car elle découle inévitablement de règles écrites de cette Constitution et de principes constitutionnels qui structurent cette Constitution. Au risque de surprendre, une telle assertion nous paraît moins arbitraire que celle qui revient pour le juriste à jouer au ventriloque en faisant dire à cet article 68 ce qu'il ne peut pas signifier », O. Beaud, « La controverse doctrinale autour de la responsabilité pénale du Président de la République. Pour une autre interprétation de l'article 68 de la Constitution », *RFDA* n° 6, 2001, p. 1200.

³²⁶ Voir en ce sens *supra*, §1, B, 1.

³²⁷ P. Avril, « Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international. À propos de l'interprétation littérale de l'article 68 de la Constitution », *RFDA* n° 5, 1999, p. 716.

³²⁸ Kelsen estimait déjà que, « d'un point de vue qui ne considère que le droit positif, il n'existe aucun critérium sur la base duquel l'une des possibilités données dans le cadre du droit à appliquer pourrait être préférée aux autres », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles :

comme le serait toute entreprise visant à leur hiérarchisation³²⁹. En somme, le droit politique présente un scepticisme certain à l'égard de l'objectivité des méthodes d'interprétation, et reprend à son compte l'une des conclusions de Michel Troper : « il n'y a donc pas de sens objectif [du texte], ni dans l'intention du législateur, ni indépendamment de cette intention »³³⁰. À la suite de la théorie réaliste de l'interprétation, les auteurs *juspolitistes* consacrent donc le caractère résolument subjectif, politique de l'opération herméneutique³³¹.

B. L'effet politique de l'interprétation

107. En envisageant l'interprétation constitutionnelle comme une activité essentiellement subjective et politique, et en estimant par ailleurs que « la constitution en tant qu'ensemble de règles contraignantes ne préexiste pas à son application »³³², le droit politique se trouve contraint de considérer et d'analyser la portée que peut revêtir l'interprétation, aussi bien au regard de la pratique d'un système politique particulier que sur la question de la définition même du droit constitutionnel. Leur raisonnement conduit alors les auteurs *juspolitistes* à appréhender celui-ci sous un angle d'abord matériel, délaissant ainsi un peu plus les canons du formalisme juridique (1). Il les invite également à reconstruire une définition unitaire du droit constitutionnel, par-delà la pluralité des

Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 338. Ce constat concerne sans mal le système de la V^e République dès lors que « la Constitution [...] n'édicte pas de règles d'interprétation », Y. Aguila, « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *RFDC* n° 21, 1995, p. 41.

³²⁹ « Dans cette perspective, alors que l'objectivité totale se révèle être une gageure, peut-être vaut-il mieux l'obtenir de manière indirecte, en précisant le choix de l'interprétation retenue. Certes, ce choix est subjectif. Néanmoins, le seul fait d'indiquer qu'il s'agit d'un choix et de préciser quelles vont en être les conséquences sur l'interprétation introduit une objectivité indirecte et de second degré. L'« objectivité » repose alors sur l'énoncé des critères de la subjectivité », X. Magnon, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexion et tentative de reconstruction », in *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris : Dalloz, 2007, p. 242.

³³⁰ M. Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2001, p.74.

³³¹ Ainsi Stéphane Rials écrit-il, à propos du Conseil constitutionnel, que « ses décisions, au moins souvent et les plus importantes, ne sauraient être le fruit que d'une volonté. Inévitablement et puissamment politiques, même si elles sont médiatisées par l'obligation d'une motivation formellement juridique, elles pourraient être autres (pas n'importe quelles autres sans doute) de façon tout aussi convaincante », S. Rials, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *Le Débat* n° 64, 1991, p. 167 ; nous soulignons.

³³² A. Le Divellec, « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus politicum* n° 4, juillet 2010.

interprétations ponctuellement livrées, en considérant notamment la portée structurelle que peut revêtir l'interprétation constitutionnelle (2).

1. La définition matérielle du droit constitutionnel

108. Nombreuses sont désormais les doctrines constitutionnelles qui admettent la portée politique que revêt l'interprétation livrée par les pouvoirs constitués, et notamment par le juge. Le droit politique ne présente donc pas *a priori* une originalité manifeste lorsqu'il souligne lui-même cet aspect. Diverses modalités, depuis longtemps éprouvées dans le cadre de la V^e République, nourrissent cette représentation de l'interprétation comme véritable enjeu politique. Louis Favoreu admettait ainsi volontiers que « l'application de la Constitution telle qu'elle est assurée par le Conseil constitutionnel, a [...] des effets sur les institutions et mécanismes politiques »³³³. Ce constat s'impose avec d'autant plus de force depuis l'avènement de la justice constitutionnelle que sa jurisprudence met justement en lumière le travail herméneutique qui sous-tend chaque décision rendue. L'interprétation juridictionnelle permet en effet en premier lieu de trancher des litiges qui portent d'une manière ou d'une autre sur l'interprétation du texte fondateur ; c'est le cas lors des conflits entre différents pouvoirs constitués qui en appellent au juge pour trancher la question de la signification que doivent revêtir les dispositions en cause³³⁴. C'est également le cas lorsque des conflits plus spécifiquement politiques justifient que soient plaidées devant le juge deux interprétations concurrentes de la Constitution. En France, on considère ainsi souvent que l'ouverture de la saisine parlementaire en 1974 a permis de souligner le caractère stratégique d'une telle saisine pour l'opposition³³⁵ et, partant, la portée politique indéniable que revêt l'interprétation finalement rendue par le Conseil constitutionnel³³⁶. Le développement du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* depuis

³³³ L. Favoreu, *La politique saisie par le droit : alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris : Economica, 1988, p. 92.

³³⁴ C'est le cas notamment en Allemagne, où la Cour constitutionnelle fédérale est compétente pour statuer « [...] sur l'interprétation de la présente Loi fondamentale, à l'occasion de litiges sur l'étendue des droits et obligations d'un organe fédéral suprême ou d'autres parties investies de droits propres [...] », article 93 de la Loi fondamentale du 23 mai 1949.

³³⁵ Sa pratique témoigne en effet d'une « [...] tentative permanente des acteurs [...] d'attirer le droit dans leur camp et de donner un habillage juridique à une décision qui n'a d'autre véritable explication que politique », J.-L. Pezant, « De la situation de nécessité. Réflexions sur les avatars du raisonnement juridique dans la matière constitutionnelle », *RFDC* n° 42, 2000, p. 282.

³³⁶ La saisine par l'opposition, si elle représente un dernier moyen de poursuivre le débat politique, est toujours fondée sur une certaine interprétation de la Constitution, que contestera la majorité. Le conflit politique est donc de fait porté en des termes constitutionnels. C'est ce que relève Guillaume Drago : « il

2010 permet enfin de souligner le caractère controversé de l'interprétation constitutionnelle, qui porte ses fruits jusque dans le litige opposant plusieurs justiciables : dès lors que des intérêts spécifiques sont privilégiés sur d'autres, par le moyen de l'interprétation constitutionnelle, on est forcé de conclure à l'existence de sa portée éminemment politique³³⁷.

109. Les tenants du droit politique ne s'arrêtent cependant pas à ce constat somme toute banal ; ils en font l'argument d'une redéfinition de la Constitution autour de sa nature politique. En effet, la portée politique de l'interprétation réfléchit, selon la théorie *juspolitiste*, sur le texte constitutionnel et le langage qu'il emploie. Si l'interprétation représente un enjeu politique fondamental, c'est d'abord en ceci qu'elle fixe, même de manière incomplète ou temporaire, les usages du texte constitutionnel³³⁸. Or, la fixation du langage constitutionnel représente un enjeu politique décisif³³⁹, non seulement pour les acteurs politiques, mais également pour la Constitution elle-même³⁴⁰ ; les acteurs politiques ont donc tout intérêt à prendre part à son interprétation, en espérant lui conférer une signification qui leur serait définitivement favorable. Le texte, originellement indéterminé, conquiert donc progressivement, sous l'impulsion des pouvoirs constitués, une signification précisée, à défaut d'être définitive. Il conserve donc, par ce biais, une place de premier plan dans la pensée du droit politique³⁴¹. Dans la perspective ainsi

faut rappeler l'attachement des parlementaires à la saisine du Conseil constitutionnel, véritable droit de l'opposition dont il serait aujourd'hui difficile de la priver, droit de saisine autant politique que juridique, dans ses motivations comme dans ses effets », G. Drago, « L'influence de la QPC sur le Parlement ou la loi sous la dictée du Conseil constitutionnel », *Jus politicum* n° 6, octobre 2011.

³³⁷ François Saint-Bonnet démontre d'ailleurs que l'apparition de la Question prioritaire de constitutionnalité ne change pas fondamentalement le fait que le juge constitutionnel « [...] parle moins à la société et spécialement à ses justiciables qu'il ne parle aux législateurs. On est dans une logique qui est celle [...] certes des juges *du* pouvoir, mais des juges *dans* le pouvoir », F. Saint-Bonnet, « La QPC et la canalisation de la puissance », in X. Magnon, P. Esplugas, W. Mastor, S. Mouton (dir.), *Questions sur la question 3 (QsQ) : de nouveaux équilibres institutionnels ?*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Grands colloques, 2014, p. 36.

³³⁸ Ce phénomène résulte, selon Denis Baranger, d'une tendance politique inévitable : « [...] envisagée comme règne des principes ultimes de la vie sociale, la constitution est « réclamée » par des groupes qui se présentent comme capables d'en exprimer le vrai contenu, et d'en être les vrais gardiens », D. Baranger, « Quand et pourquoi peut-on raisonner en terme de conflit constitutionnel ? », in J. Hummel (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique : actes de la journée d'études organisée à la faculté de droit et de science politique de Rennes le 28 novembre 2008*, Rennes : Presses universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2010, p. 168.

³³⁹ Sur le langage comme enjeu politique : J.-M. Denquin, *La politique et le langage*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2007, p. 129 et ss.

³⁴⁰ Denis Baranger estime notamment que « une Constitution, c'est aussi un langage commun » ; D. Baranger, « Quand et pourquoi peut-on raisonner en terme de conflit constitutionnel ? », in J. Hummel (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique : actes de la journée d'études organisée à la faculté de droit et de science politique de Rennes le 28 novembre 2008*, Rennes : Presses universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2010, p. 172.

³⁴¹ Au moins continue-t-il de représenter dans cette théorie, un cadre contraignant de l'exercice du pouvoir politique. Cet aspect est notamment mis en lumière par M. Altwegg-Boussac, *Les changements*

adoptée, si l'interprétation présente un enjeu politique, c'est parce qu'elle précise le champ d'application d'un texte qui recèle lui-même un enjeu fondamental, celui du langage comme instrument à la fois du droit et de la politique³⁴². Plus largement, c'est l'ensemble du droit constitutionnel qui se comprend à la lumière de l'intérêt stratégique qu'il est susceptible de revêtir ; l'interprétation constitutionnelle n'est donc jamais que l'une des manifestations d'un principe politique qui la dépasse.

110. La spécificité de la pensée du droit politique à cet égard relève en réalité des conséquences ontologiques que ses auteurs entendent tirer d'un constat relativement consensuel en doctrine. De leur point de vue, puisque le droit constitutionnel est au moins partiellement défini par l'application qui est faite du texte et que celle-ci procède essentiellement d'un choix politique, le droit constitutionnel lui-même doit être regardé comme *politique*. La théorie juridique qui est ainsi esquissée ne propose donc pas une définition du droit constitutionnel entendu comme une succession d'interprétations ponctuelles ; elle s'éloigne définitivement à cet égard de la théorie réaliste de l'interprétation. Cette dernière subit en effet le feu des critiques *juspolitistes* en ceci qu'elle serait l'expression d'un « scepticisme juridique », qui impliquerait que, « une fois identifiés les interprètes, il n'y [aurait plus] rien à comprendre à propos de la constitution »³⁴³. La théorie réaliste de l'interprétation ne proposerait ainsi qu'un regard tronqué et ne dispenserait qu'un savoir fragmenté sur la notion de Constitution.

111. On pourrait ajouter que, du point de vue du droit politique, la théorie défendue notamment par Michel Troper repose finalement sur une éclipse de la politique dans le droit. Même si l'interprétation y est expressément présentée comme le résultat d'un choix politique³⁴⁴, elle n'est pas considérée en tant que telle au titre de la définition du droit. C'est en effet le processus herméneutique en général qui est au cœur de la théorie réaliste ; les données politiques y tiennent au mieux un rôle *explicatif*, de telle ou telle interprétation³⁴⁵, au pire sont-elles totalement effacées derrière la définition aseptisée, formalisée, de l'interprétation. En tout cas la matière politique que les *juspolitistes*

constitutionnels informels, Bayonne : Institution universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2013, p. 323-325.

³⁴² En effet, « dans la mesure où le langage est un enjeu, il constitue un terrain d'affrontement où des batailles se livrent, se gagnent et se perdent », J.-M. Denquin, *La politique et le langage*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2007, p. 129-130.

³⁴³ D. Baranger, « Les constitutions de Michel Troper », *Droits* n° 37, 2003, p. 143.

³⁴⁴ Par exemple : M. Troper, « Le constitutionnalisme entre droit et politique », in *Droit et politique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 84-85.

³⁴⁵ C'est ce qui ressort de la théorie des contraintes juridiques : M. Troper, V. Champeil-Desplats, C. Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2005, 203 p.

discernent dans le droit constitutionnel est-elle largement écartée de la réflexion conduite par la théorie réaliste de l'interprétation³⁴⁶.

112. Le droit politique, quant à lui, tend au contraire à banaliser l'interprétation parmi la somme des phénomènes politiques qui contribuent à forger le droit constitutionnel ; c'est en lui-même un concept insuffisant à rendre compte de la spécificité d'un tel objet. Il n'en est pas moins déterminant pour penser notamment l'articulation de la pratique politique et du texte dans le cadre constitutionnel. L'interprétation est alors l'un des instruments permettant de penser le changement constitutionnel informel, qui altère la matière, mais laisse l'énoncé inchangé³⁴⁷. Cette aspiration *juspolitiste* invite donc les tenants du droit politique à renoncer au textualisme intransigeant sans pour autant basculer dans un réalisme effréné, et ce au profit d'une approche essentiellement matérielle de leur objet³⁴⁸.

2. La définition structurelle du droit constitutionnel

113. Les interprétations constitutionnelles considérées par le droit politique ne représentent pas une catégorie indistincte de décisions politiques dotant le texte de la Constitution d'une signification décidée. Parmi leur grand nombre se démarquent en effet des interprétations spécifiques eu égard à leur portée, qui n'est plus seulement politique, mais également structurelle. Il est ainsi fait mention, dans les travaux *juspolitistes*, d'interprétations dont la formulation influence durablement l'ensemble du régime constitutionnel considéré. C'est ce dont témoigne le concept de *conflits constitutionnels*, que propose notamment Jacky Hummel ; il s'agit alors « [...] de situations singulières où se trouvent brusquement révélées à la fois la force et la fragilité des actes constitutionnels, comme des moments où la cristallisation des enjeux politiques autour de la lettre

³⁴⁶ Il nous semble ainsi qu'elle tombe sous le joug d'une critique du formalisme exprimée par Olivier Jouanjan lorsqu'il écrit que « [...] le formalisme juridique ne peut résoudre la question de l'interprétation parce que cette dernière est une opération *matérielle*, à même la matière du droit », O. Jouanjan, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales* vol. XLI, 2003, p. 141.

³⁴⁷ Selon la définition proposée notamment par Georg Jellinek, de la révision constitutionnelle : G. Jellinek, *Révision et mutation constitutionnelles*, trad. M. A. Roy, préf. O. Jouanjan, Paris : Dalloz, coll. Droit politique. Textes fondamentaux, 2018, p. 36.

³⁴⁸ Ce double dépassement est mis en valeur par Olivier Beaud lorsqu'il interroge la signification que peut revêtir l'ancienne disposition de la Constitution évoquant la haute trahison : « si l'on refuse [l]es définitions de la haute trahison commandées par une acception purement formelle et par une théorie plus ou moins « réaliste » de l'interprétation, il ne reste comme autre solution que définir la haute trahison par son objet », O. Beaud, « La controverse doctrinale autour de la responsabilité pénale du Président de la République. Pour une autre interprétation de l'article 68 de la Constitution », *RFDA* n° 6, 2001, p. 1196.

constitutionnelle s'accompagne paradoxalement de la révélation de l'impuissance de cette dernière à trancher les dissensions interprétatives et à imposer une solution »³⁴⁹. C'est bien une interprétation qui permettra de mettre fin à ce type de conflit, dès lors qu'il naît précisément d'aspirations irréconciliables quant à la portée que doit revêtir le texte constitutionnel³⁵⁰. L'interprétation qui permet de clore un tel conflit est par ailleurs foncièrement politique, dès lors qu'elle est justement rendue nécessaire par l'absence de consensus quant à la matière du droit ; cette interprétation ne porte donc pas sur l'application de la Constitution, mais sur sa détermination elle-même³⁵¹.

114. Le concept de conflit constitutionnel que construit le droit politique présente des échos certains avec la pensée de Carl Schmitt lorsque ce dernier théorise le « compromis dilatoire » ; il s'agissait en l'occurrence de définir le texte constitutionnel comme l'émanation d'un consensus politique creux, d'un procédé par lequel ses différents auteurs s'entendaient sur le fait qu'ils ne pourraient parvenir à s'accorder entre eux. Le texte, de ce point de vue, ne traduit « [...] d'autre intention que celle de n'avoir provisoirement aucune volonté à ce sujet [...] »³⁵². Ce compromis pourra – devra même – être tranché, et ce au moyen d'une décision, d'une interprétation sur le sens à conférer au texte³⁵³, interprétation qui sera imposée par une force politique lorsque s'en présentera l'occasion. On peut alors sans mal considérer que le concept de conflit constitutionnel permet justement de penser ce moment au terme duquel se résout le compromis dilatoire, malgré les divergences ontologiques qui distinguent par ailleurs le droit politique du décisionnisme schmittien³⁵⁴. Il est éloquent à cet égard que la crise du 16 mai 1877, qui a profondément altéré le régime constitutionnel de la III^e République, soit considérée sous chacun de ces deux aspects, comme la résolution du compromis dilatoire que représentent

³⁴⁹ J. Hummel, « Introduction. Les conflits constitutionnels, définition(s) d'un objet d'étude », in J. Hummel (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et de la politique : actes de la journée d'études organisée à la faculté de droit et de science politique de Rennes le 28 novembre 2008*, Rennes : Presses universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2010, p. 10.

³⁵⁰ D. Baranger, « Quand et pourquoi peut-on raisonner en terme de conflit constitutionnel ? », in J. Hummel (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et de la politique : actes de la journée d'études organisée à la faculté de droit et de science politique de Rennes le 28 novembre 2008*, Rennes : Presses universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2010, p. 172.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 169.

³⁵² C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, préf. O. Beaud, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 165.

³⁵³ Carl Schmitt lui-même ne retient pas l'idée d'interprétation, qui supposerait selon lui l'existence préalable d'une volonté, au moins implicite. Il écrit en ce sens : « la décision de fond se révèle être une *décision politique* [...] quand on en vient à tirer au clair le compromis de façade – et pas une décision par interprétations et expertises juridiques. Il est tout simplement impossible d'interpréter une volonté qui n'existe pas », *ibid.* ; nous soulignons.

³⁵⁴ Voir en ce sens *infra*, Titre II, Chapitre 2, section 1, §2, A, 2.

les lois constitutionnelles de 1875 et 1877 par Schmitt³⁵⁵, comme la période topique d'un conflit constitutionnel par Jacky Hummel³⁵⁶. La lecture croisée des deux théories éclaire ainsi la position du droit politique.

115. On trouve en effet dans ces deux conceptions de la Constitution une mise en valeur comparable de la portée structurelle de l'interprétation mettant fin, soit au compromis originel, soit au conflit qu'il génère. Dans la pensée de Schmitt, la décision résolutoire n'est pas seulement interprétative, elle est surtout fondatrice de la Constitution entendue comme « structure globale de l'unité et de l'ordre politiques »³⁵⁷. Il en va de même de la résolution du conflit constitutionnel telle qu'elle est présentée par Jacky Hummel, puisque le conflit porte par définition sur l'un des pans fondamentaux du droit constitutionnel³⁵⁸.

116. Il peut ainsi porter sur le principe de légitimité qui va fonder l'ordre constitutionnel en devenir. L'histoire de la crise du 16 mai 1877 représente à ce titre une illustration éclairante, dès lors qu'elle a permis de trancher définitivement entre deux principes représentatifs mis en exergue par les forces politiques en présence, celui du parlementarisme et celui du présidentielisme plébiscitaire³⁵⁹. Dans une perspective assez proche, mais plus spécifique sans doute, la résolution du conflit peut également fonder l'équilibre du régime politique institué, en en déterminant le centre de gravité. Pierre Avril propose en ce sens de considérer que le référendum de 1962, inscrivant dans la Constitution le principe de l'élection présidentielle au suffrage universel direct, permet de mettre un terme au compromis dilatoire contenu dans le texte de 1958³⁶⁰. Ce dernier contenait en effet en germe trois régimes politiques potentiels, selon les aspirations

³⁵⁵ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, préf. O. Beaud, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 160.

³⁵⁶ J. Hummel, « Le conflit constitutionnel prussien de 1862-1866 et la crise du Seize-Mai. Regards croisés », in J. Hummel (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique : actes de la journée d'études organisée à la faculté de droit et de science politique de Rennes le 28 novembre 2008*, Rennes : Presses universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2010, p. 59-77.

³⁵⁷ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, préf. O. Beaud, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 131.

³⁵⁸ Jacky Hummel identifie trois cas de figure : le conflit de légitimités, le conflit relatif « à l'identité du représentant de la volonté populaire » et le conflit naissant d'une interprétation que tente d'imposer un pouvoir constitué contre les autres : J. Hummel, « Introduction. Les conflits constitutionnels, définition(s) d'un objet d'étude », in J. Hummel (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique : actes de la journée d'études organisée à la faculté de droit et de science politique de Rennes le 28 novembre 2008*, Rennes : Presses universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2010, p. 9-30.

³⁵⁹ « [...] les conflits de légitimités ont pour principal enjeu d'identifier l'autorité jugée la plus apte à représenter la volonté souveraine du peuple (soit le Parlement et son émanation, le chef du gouvernement, soit le chef de l'État dans une appréhension plébiscitaire) », *ibid.*, p. 24.

³⁶⁰ P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 49-51.

contradictoires de ses différents auteurs : « [...] la République [...] pour le général de Gaulle, dont le Président était la clef de voûte ; la République parlementaire d'inspiration britannique de Michel Debré, dont le Premier ministre était l'animateur ; la République traditionnelle réformée des ministres d'État, pour lesquels l'essentiel était que le gouvernement demeurât responsable devant les députés qui conservaient ainsi, croyaient-ils, le dernier mot »³⁶¹. L'interprétation conjuguée du général de Gaulle, du Conseil constitutionnel et du peuple permettra de faire prévaloir durablement l'ambition constitutionnelle du premier. Enfin, on peut également trouver, dans des termes très schmittiens, la trace de compromis dilatoires tenant à la structure de l'État et aux modalités de l'unité politique que consacre la Constitution. À titre d'exemple, le texte espagnol de 1978 comporte en lui une certaine ambiguïté, notamment dans la formulation de son article 2 qui mentionne simultanément une nation unique et une pluralité de nationalités³⁶². Une rédaction aussi ambivalente est sans conteste l'expression d'une dissension radicale entre les différents auteurs du texte, et peut sans mal être envisagée comme le résultat d'un compromis politique³⁶³. Cette disposition faisant toujours l'objet d'une contestation politique quant à la portée que les autorités devraient lui conférer, il est difficile d'estimer que l'interprétation qu'en livre régulièrement le juge constitutionnel³⁶⁴ ait effectivement permis la résorption du conflit. Au moins permet-elle de montrer l'influence politique décisive que peut revêtir l'opération herméneutique, par exemple lorsqu'elle tranche entre deux modèles étatiques différents.

117. En d'autres termes, conflits constitutionnels et résolutions de compromis dilatoires présentent la même portée théorique, puisqu'ils sont présentés par leurs auteurs respectifs comme les moments de naissance véritable de la Constitution. Ainsi, « au regard de l'histoire, il apparaît clairement que les conflits de légitimité pos[ent] la question existentielle de la signification même de l'ordre politico-constitutionnel [...] »³⁶⁵. C'est là

³⁶¹ *Ibid.*, p. 49-50.

³⁶² « La Constitution est fondée sur l'unité indissoluble de la nation espagnole, patrie commune et indivisible de tous les Espagnols. Elle reconnaît et garantit le droit à l'autonomie des nationalités et des régions qui la composent et la solidarité entre elles ».

³⁶³ Les professeurs Moderne et Bon estiment ainsi que « la reconnaissance des « nationalités » et de leur « droit à l'autonomie » se justifiait à ses yeux par la crise actuelle que traversait, en Espagne plus qu'ailleurs, l'État centraliste autoritaire et par la nécessité de trouver un *compromis acceptable* pour la grande majorité des Espagnols », F. Moderne, P. Bon, *Les autonomies régionales dans la Constitution espagnole*, Paris : Economica, coll. Etudes juridiques comparatives, 1981, p. 47 ; nous soulignons.

³⁶⁴ Par exemple : Décision 31/2010 du 28 juin 2010, *Statut d'autonomie de la Catalogne* ; ou encore : Décision 42/2014, 25 mars 2014, *Résolution du Parlement catalan du 23 janvier 2013* : le juge y distingue soigneusement les nationalités de la nation espagnole qui seule dispose de la souveraineté.

³⁶⁵ J. Hummel, « Introduction. Les conflits constitutionnels, définition(s) d'un objet d'étude », in J. Hummel (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du*

une thèse topique de la théorie du droit politique, que de situer l'origine de la Constitution dans une somme de décisions politiques. Plus significativement encore, l'idée du conflit constitutionnel souligne la volonté des auteurs *juspolitistes* de proposer une acception unitaire du droit constitutionnel. Sans défendre pour autant la thèse schmittienne selon laquelle cette unité découle de l'unicité de la décision souveraine qui le fait naître³⁶⁶, le droit politique tend néanmoins à reconstruire la Constitution autour de quelques éléments déterminants, par-delà la fragmentation à laquelle elle est soumise dans une acception concentrée sur le procédé herméneutique. Manon Altwegg-Boussac identifie à ce titre l'une des manières doctrinales de reconstruire l'objet constitutionnel indépendamment du texte : « à rebours d'une approche textuelle du cadre constitutionnel, une perception plus globale de la constitution invite à se détacher de l'ensemble fragmenté des énoncés constitutionnels pour dévoiler une unité substantielle dont le texte constitutionnel ne serait que l'imparfaite émanation »³⁶⁷. L'idée de conflit constitutionnel notamment, permet ainsi au droit politique de dépasser la Constitution soit comme ensemble d'énoncés textuels, soit comme ensemble d'interprétations à propos du même texte, et de ménager son unité conceptuelle en lui attribuant une cohérence sur le fondement d'une décision interprétative particulièrement cruciale.

118. La double dimension politique et juridique de la Constitution que les auteurs *juspolitistes* entendent consacrer puise donc notamment dans les conditions de son apparition, les arguments de cette dualité ; quoique politiquement établie, la Constitution n'en exerce pas moins une certaine autorité juridique sur les pouvoirs constitués. On pourrait même formuler les choses autrement : c'est parce que la Constitution est politiquement fondée qu'elle accède à la qualité juridique. Le droit politique accorde ce faisant peu de poids à l'argument selon lequel seule une autorité juridictionnelle est susceptible de conférer à l'interprétation sa portée juridique. Quoiqu'en France, la jurisprudence constitutionnelle ait connu un essor fulgurant au cours des cinquante dernières années, son étude ne saurait suffire à pallier les lacunes constatées dans la

politique : actes de la journée d'études organisée à la faculté de droit et de science politique de Rennes le 28 novembre 2008, Rennes : Presses universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2010, p. 30.

³⁶⁶ Carl Schmitt adhère en effet à ce qu'Olivier Beaud estime être une « conception absolutiste » de la souveraineté ; « [...] la marque profondément politique de cette théorie est de faire de l'*unicité* dans l'exercice du pouvoir la *condition* du maintien de l'indivisibilité de la puissance publique », O. Beaud, « Souveraineté », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 737.

³⁶⁷ M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne : Institut universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des Thèses, 2013, p. 161.

formulation de l'énoncé constitutionnel. C'est du moins là l'une des thèses les plus farouchement défendues par l'école du droit politique.

Section 2 : La relativisation symptomatique du monopole herméneutique du juge
constitutionnel

119. La doctrine constitutionnelle semble désormais largement acquise à la thèse réaliste selon laquelle ni le texte ni les méthodes d'interprétation ne sont susceptibles de restituer une quelconque vérité juridique. En adhérant globalement et inégalement aux postulats présentés par la théorie réaliste de l'interprétation, elle a donc déporté son étude, du texte de la Constitution à l'interprétation qui en est livrée³⁶⁸. Toutefois, plutôt que de considérer la pluralité des interprètes, elle se concentre plus spécifiquement sur l'action du juge constitutionnel, regardé comme le dernier garant de la juridicité de la Constitution³⁶⁹. Le droit politique se distingue à cet égard de la grande majorité de la doctrine : s'il conteste le pouvoir du texte à dire le droit, il ne reconnaît pas pour autant l'apanage du juge en la matière. En effet les auteurs *juspolitistes* entendent-ils dépasser le droit écrit pour rechercher la vérité sur leur objet dans l'étude du droit « non-écrit »³⁷⁰. Cela ne saurait passer exclusivement par l'analyse de la jurisprudence, dès lors que celle-ci intègre alors davantage la première catégorie que la seconde³⁷¹. L'assimilation de la jurisprudence à du droit écrit, peu courante dans la doctrine privatiste³⁷², est également

³⁶⁸ Il serait d'ailleurs intéressant de se demander si c'est la dévalorisation de l'écrit en doctrine qui a conduit à une considération exacerbée de la jurisprudence ou si c'est à l'inverse le développement de celle-ci qui a progressivement marginalisé la portée du texte. En matière constitutionnelle, il y avait longtemps que l'énoncé avait été reconnu impuissant à brider efficacement le pouvoir politique. Voir par exemple : G. Burdeau, « Une survivance : la notion de Constitution », 1956, in *Écrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, préf. J.-M. Denquin, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2011, p. 235-243. L'avènement de la justice constitutionnelle semble néanmoins avoir porté le coup de grâce à l'appréhension textualiste du droit. Dominique Rousseau écrit en ce sens que « [...] la résurrection contemporaine indiscutable de la notion de Constitution comme acte jurisprudentiel, devait sans doute passer par l'effacement de la notion de Constitution comme acte écrit », D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP* n° 1, 1990, p. 16.

³⁶⁹ La Constitution, désormais dotée d'une juridiction, aurait ainsi parachevé sa quête de normativité : L. Favoreu, « Légalité et constitutionnalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 3, novembre 1997, p. 73-81.

³⁷⁰ C'est tout l'enjeu de l'ouvrage, au titre évocateur, de Pierre Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, 202 p.

³⁷¹ On retrouve ici une thèse qui était déjà assenée par René Capitant, qui déclarait par exemple qu'« une règle jurisprudentielle [...] pour n'être énoncée qu'au moment de [l'] application [de la loi], n'en est pas moins écrite dans les motifs des décisions concordantes, édictée par une autorité compétente ; elle rentre donc bien dans la catégorie du droit écrit entendu largement », R. Capitant, « La coutume constitutionnelle », *Gazette du Palais*, 20 décembre 1929, reproduit à la *RDP* n° 4, 1979, p. 961. Cet argument est mis en valeur par Pierre Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 2. Voir également sur cette question : P. Avril, « Une « survivance » : le droit constitutionnel non écrit ? », in *Droit et politique à la croisée des cultures : Mélanges Philippe Ardant*, Paris : LGDJ, 1999, p. 3-13. L'auteur y expose l'opposition qu'il décèle entre droit non écrit et droit jurisprudentiel.

³⁷² M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne : Institut universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des Thèses, 2013, p. 350.

parfois l'argument des auteurs favorables à la consécration du monopole herméneutique du juge constitutionnel ; le caractère écrit reste ainsi fondamentalement associé à la juridicité³⁷³. Du point de vue du droit politique toutefois, il s'agit plus certainement de montrer que l'interprétation juridictionnelle est marquée des mêmes indéterminations que le texte de la Constitution. Le fait que la doctrine se concentre désormais sur le champ contentieux de la matière tend donc à présenter les mêmes limites que celles qui entravent la démarche exégétique.

120. La posture critique qu'entretient le droit politique à l'encontre du monopole herméneutique du juge constitutionnel ne se place pas sur le plan politique, du moins pas seulement : il ne s'agit pas pour les auteurs concernés, de dénoncer la place acquise par le juge dans la création du droit constitutionnel tel qu'il est effectivement appliqué. C'est bien davantage la réception doctrinale dont il fait l'objet qui est en cause : les constitutionnalistes contemporains, happés par l'étude du contentieux, sacrifieraient leur esprit critique et constructif sur l'autel de l'exégèse jurisprudentielle³⁷⁴. Cette thèse, récurrente dans les travaux *juspolitistes*, s'appuie donc d'abord sur une critique théorique du monopole herméneutique que la doctrine semble habituellement reconnaître au juge (§1). Elle est cependant particulièrement fondée en pratique par l'étude du Conseil constitutionnel français, dont l'influence au sein de l'équilibre institutionnel reste particulièrement limitée (§2).

§1 : Une critique fondée en théorie

121. L'interprétation de la Constitution ne relève pas uniquement de l'office du juge, mais concerne plus largement l'ensemble des pouvoirs constitués. Cette idée que défend le droit politique justifie qu'il dénonce la propension de la doctrine contemporaine à se

³⁷³ Dominique Rousseau estime par exemple que « [...] depuis les années 1971-1974, les observateurs s'accordent pour constater que la Constitution devient de plus en plus jurisprudentielle : un acte toujours écrit sans doute, mais écrit par le juge constitutionnel », D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP* n° 1, 1990, p. 5.

³⁷⁴ Armel Le Divellec écrit en ce sens que, « [...] en optant pour le paradigme contentieux, en se focalisant résolument sur l'étude de la jurisprudence constitutionnelle, la science française du droit constitutionnel n'est pas devenue plus conceptuelle pour autant. Au contraire. Elle tend même probablement à l'être encore moins. C'est, à mon avis, le reproche majeur qu'on puisse lui faire », A. Le Divellec, « La QPC, déclin de la pensée constitutionnelle ? », in D. Rousseau, P. Pasquino (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité : une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, Paris : Mare & Martin, 2018, p. 106.

contenter d'une méthode « arrêviste »³⁷⁵. Les auteurs *juspolitistes* critiquent ce faisant les deux types d'arguments habituellement déployés pour fonder cette posture exclusivement contentieuse. On trouve en effet d'abord en doctrine, l'affirmation selon laquelle l'interprétation véritablement juridique ne saurait relever que du juge, dès lors qu'il n'est pas un organe politique, dès lors que son office bénéficie d'une garantie de neutralité (A). Ainsi, même lorsqu'ils déplorent éventuellement l'influence grandissante que revêt l'interprétation constitutionnelle³⁷⁶, certains juristes semblent enclins à lui reconnaître le monopole de dire le droit. D'autres vont plus loin et estiment que ce monopole découle de la légitimité supérieure du juge en la matière, légitimité qui se trouve toujours *in fine* ramenée à un argument démocratique (B).

A. La déconstruction de la neutralité politique du juge

122. En reconnaissant que le texte ne porte pas lui-même la vérité sur le droit, la doctrine s'est trouvée contrainte de se tourner vers l'interprétation pour analyser son objet. Elle n'en reste pas moins désireuse de sauver la juridicité de ce dernier, ce qu'elle ne parvient à faire qu'en distinguant entre les interprétations politiques et les interprétations véritablement juridiques. C'est un critère organique qui prévaut à cet égard : ne sont juridiques que les interprétations qui ont été livrées par le juge. Ce critère s'appuie lui-même essentiellement sur la conviction que le juge représente un pouvoir neutre, c'est-à-dire un pouvoir non politique. Pourtant, dans l'hypothèse retenue par le droit politique, les critères de la neutralité ne semblent concerner qu'imparfaitement les juridictions constitutionnelles ; en tant qu'institutions, elles représentent des intérêts propres qui influencent leurs interprétations (1) et en tant que garantes de la constitutionnalité des lois, elles exercent une fonction éminemment politique (2).

³⁷⁵ Selon la formule employée par Alexandre Viala, « Le droit constitutionnel à l'heure du tournant arrêviste. Questions de méthode », *RDP* n° 4, 2016, p. 1137-1162.

³⁷⁶ Michel Guénaire a par exemple fait part de son désarroi face à l'influence grandissante du juge constitutionnel sur l'exercice du pouvoir politique : M. Guénaire, « La Constitution ou la fin de la politique », *Le Débat* n° 64, 1991, p. 146-153.

1. Une neutralité organique discutable

123. Plusieurs théories politiques ou juridiques ont fait dépendre le sort des Constitutions de l'existence d'un gardien qui leur serait associé, d'un « pouvoir neutre »³⁷⁷ susceptible d'assurer son respect en toute objectivité. Cette théorie, très féconde à l'aube de l'ère constitutionnelle, a fait des émules au XX^e siècle, puisque l'on sait que le juriste allemand Carl Schmitt, a revendiqué l'héritage de Benjamin Constant³⁷⁸ pour entretenir avec Hans Kelsen une controverse portant sur ce que devrait être le gardien de la Constitution³⁷⁹. Même à l'époque contemporaine, à l'heure où la doctrine semble depuis longtemps acquise à la thèse juridictionnelle de la sauvegarde de la Constitution, la question continue de se poser de l'effective neutralité³⁸⁰ que peut afficher un gardien-interprète, qu'il soit juge ou simple pouvoir constitué³⁸¹. Il semble en effet que la faveur que connaît actuellement le juge constitutionnel repose précisément sur la propension exceptionnelle à la neutralité qui serait la sienne, neutralité qui serait en premier lieu garantie par son extériorité à l'égard des conflits strictement politiques. Le droit politique affiche pour sa part un certain scepticisme sur cette question³⁸².

³⁷⁷ S'il n'est pas le premier à avoir théorisé la protection de la Constitution par un pouvoir neutre, Benjamin Constant est resté le plus célèbre en la matière. Pour un exposé des théories qui ont précédé la sienne, voir : P. Rolland, « Comment préserver les institutions politiques ? La théorie du pouvoir neutre chez B. Constant », *RFHIP* n° 27, 2008/1, p. 50 et ss.

³⁷⁸ De manière d'ailleurs « fort contestable » : O. Beaud, « De *La Théorie de la Constitution* (1928) au *Gardien de la Constitution* (1931) : les derniers feux théoriques de Schmitt sous Weimar », in C. Schmitt, *Le Tribunal du Reich comme gardien de la Constitution*, trad. S. Schott, S. Roussel, préf. R. Baumert, Paris : Dalloz, coll. Droit politique. Textes fondamentaux, 2017, p. 62.

³⁷⁹ H. Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, trad. S. Baume, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2006, 138 p. ; C. Schmitt, *Le Tribunal du Reich comme gardien de la Constitution*, trad. S. Roussel, S. Schott, préf. R. Baumert, O. Beaud, Paris : Dalloz, coll. Droit politique. Textes fondamentaux, 2017, 116 p.

³⁸⁰ On notera que Kelsen évite quant à lui de revendiquer la neutralité de la justice constitutionnelle, « [...] très vraisemblablement parce qu'il voit dans le terme de neutralité une éventuelle fourberie intellectuelle », S. Baume, « De l'usage des pouvoirs neutres », *Pouvoirs* n° 143, 2012, p. 23. Pour autant, le maître viennois revendiquait bien l'idée d'un « gardien de la Constitution », ce qui suppose l'existence de quelque chose d'objectif à garder, et une certaine passivité dans la prise de décision. Répondant à Schmitt, Kelsen estimait ainsi que « ce n'est que comme pouvoir passif qu'il peut être « neutre ». La fiction qui opère ici est évidente : présenter le pouvoir du Monarque comme uniquement « passif », alors que la Constitution lui confie la représentation de l'État à l'extérieur [...] et l'opposer ainsi à l'exécutif, comme pouvoir actif, est inadmissible », H. Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, trad. S. Baume, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2006, p. 69-70.

³⁸¹ Et ce notamment dans le cadre de la V^e République : J. Benetti, « Existe-il deux gardiens de la Constitution ? Les fonctions d'arbitre du président de la République et du juge constitutionnel », in S. Mouton (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle : actes du colloque organisé les 9 et 10 octobre 2014*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, coll. Grands colloques, p. 137-149.

³⁸² Carlos-Miguel Pimentel retient ainsi une réponse tranchée à cette question, puisqu'il démontre « l'impossible pouvoir neutre » d'un éventuel gardien de la Constitution : C.-M. Pimentel, *La main invisible du juge : l'origine des trois pouvoirs et la théorie des régimes politiques*, thèse dact., Paris, Panthéon-Assas, 2000, p. 491 et ss.

124. Les différentes théories portant sur le gardien de la Constitution présentent toutes, en effet, cette exigence d'une certaine distance entretenue avec les forces politiques en présence dans les conflits constitutionnels. L'application de ce critère à la justice constitutionnelle telle qu'elle existe aujourd'hui rencontre toutefois plusieurs limites que nous souhaiterions souligner. En premier lieu, Benjamin Constant estimait par exemple que le pouvoir neutre ne peut se trouver qu'en dehors des trois pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, qui peuvent par son biais être ramenés à l'équilibre³⁸³. Dans l'hypothèse de la justice constitutionnelle, il apparaît toutefois que, lorsqu'il n'est pas regardé comme un co-législateur, le juge est intégré au pouvoir judiciaire, au nom même de sa neutralité. En effet, « le concept d'existence d'un pouvoir juridictionnel accomplit [...] une fonction essentielle pour ceux qui s'en prévalent : conférer aux interprétations et décisions politiques qu'ils soutiennent une rationalité tout apparente ainsi qu'une caution scientifique »³⁸⁴. Or, il est impossible d'appuyer simultanément la neutralité du juge constitutionnel sur son appartenance à la fonction judiciaire et sur son extériorité à l'égard des trois pouvoirs classiques.

125. Carl Schmitt fondait, pour sa part, l'identification du gardien de la Constitution sur l'idée d'un « pouvoir *neutre et intermédiaire*, qui se tient non pas au-dessus, mais à côté des autres pouvoirs constitutionnels »³⁸⁵, et surtout en dehors des partis politiques³⁸⁶. Le juge constitutionnel ne semble pouvoir que décevoir cette exigence ; même au-delà des controverses nationales liées en France à un mode de nomination jugé dépassé³⁸⁷, l'influence politique, si ce n'est partisane, des membres d'une Cour constitutionnelle sur les décisions qu'elle rend est notable³⁸⁸. Finalement, la seule extériorité garantie du juge

³⁸³ « Le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire, sont trois ressorts qui doivent coopérer, chacun dans sa partie, au mouvement général : mais quand ces ressorts dérangés se croisent, s'entrechoquent et s'entravent, il faut une force qui les remette à leur place », B. Constant, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France*, 1815, Chap. II, in *Écrits politiques*, prés. M. Gauchet, Paris : Gallimard, coll. Folio / Essais, 2010, p. 324.

³⁸⁴ I. Boucobza, « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire », *Pouvoirs* n° 43, 2012, p. 79-80.

³⁸⁵ Carl Schmitt, *Der Hüter des Verfassung*, Tübingen : Mohr, 1931, p. 132 ; cité et traduit par R. Baumert, « Carl Schmitt contre le parlementarisme weimarien », *RFSP* vol. 58, 2008, p. 30.

³⁸⁶ R. Baumert, « Carl Schmitt contre le parlementarisme weimarien », *RFSP* vol. 58, 2008, p. 30.

³⁸⁷ Voir notamment : P. Wachsmann, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus politicum* n° 5, décembre 2010.

³⁸⁸ On pense évidemment à la Cour suprême des États-Unis dont la jurisprudence révèle l'influence politique marquante de ses membres. Ainsi que l'écrivent deux auteurs, « [...] les décisions les plus importantes traduisent des choix politiques et sont adoptées à la majorité. [...] La politique de nomination a donc une importance capitale », F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, Lextenso, coll. Manuel, 38^e éd., 2017, p. 287. C'est ce constat qui explique d'ailleurs que la jurisprudence de la Cour suprême soit historiquement analysée au rythme de ses Présidents successifs. Voir par exemple :

constitutionnel est celle que préconisait Hans Kelsen lorsqu'il estimait que le contrôle de constitutionnalité « [...] ne doit pas être confié à un des organes dont les actes doivent être examinés »³⁸⁹.

126. En réalité, on peut estimer que l'indépendance organique qui est souvent attachée à l'existence d'un pouvoir neutre vise moins à préserver le gardien de l'influence que peuvent exercer sur lui les forces politiques en présence qu'à lui conférer un intérêt propre, celui de la sauvegarde de la Constitution. Benjamin Constant, ainsi, s'interroge sur « [...] la possibilité de créer un pouvoir tout entier dévoué à la préservation des institutions politiques et de la constitution »³⁹⁰. Il écrit qu'« il faudrait en conséquence créer un pouvoir dont l'intérêt fût distinct à la fois et de celui du pouvoir législatif et de celui du pouvoir exécutif, et combiné de manière à ce qu'il eût besoin pour lui-même, non de nuire à ces rivaux éternels, mais de maintenir entre eux l'équilibre et la concorde »³⁹¹. C'est en ce sens d'ailleurs que Constant voyait dans le roi le titulaire naturel de la fonction de gardien de la Constitution³⁹². L'intérêt de ce dernier doit également être tout entier tourné, dans la pensée de Carl Schmitt, vers la sauvegarde de la Constitution pensée comme « la globalité de l'unité politique du point de vue de sa forme particulière d'existence »³⁹³. Dans cette perspective, « [l'] indépendance [du chef de l'État] est simultanément la condition et la conséquence d'une des tâches fondamentales qui lui sont confiées, en l'occurrence la représentation de l'unité et de la totalité constitutionnelle du peuple allemand »³⁹⁴. Quoique de manière plus implicite, Kelsen fait également de la préservation de la Constitution l'intérêt fondamental de la justice constitutionnelle, dès

J. Gicquel, J.-É. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Domat droit public, 30^e éd., 2016, p. 373-380. Ce réflexe, moins récurrent pour traiter de la jurisprudence française, n'en est pas moins présent. Voir par exemple : D. Rousseau, *Sur le Conseil constitutionnel : la doctrine Badinter et la démocratie*, Paris : Descartes & Cie, coll. Droit, 1997, 194 p.

³⁸⁹ H. Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, trad. S. Baume, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2006, p. 64.

³⁹⁰ P. Rolland, « Comment préserver les institutions politiques ? La théorie du pouvoir neutre chez B. Constant », *RFHIP* n° 27, 2008/1, p. 44.

³⁹¹ B. Constant, *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, 1810, Chap. IV, Paris : Aubier, coll. Bibliothèque philosophique, 1991, p. 375-376.

³⁹² « L'intérêt véritable de ce chef n'est aucunement que l'un des pouvoirs renverse l'autre, mais que tous s'appuient, s'entendent et agissent de concert », B. Constant, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France*, 1815, Chap. II, in *Écrits politiques*, prés. M. Gauchet, Paris : Gallimard, coll. Folio / Essais, 2010, p. 324.

³⁹³ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, préf. O. Beaud, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 152. En l'occurrence, son rôle consiste plus spécifiquement à « [...] sauvegarder les décisions constitutionnelles de 1919 vis-à-vis de leurs ennemis », P. Pasquino, « Gardien de la Constitution ou justice constitutionnelle ? Carl Schmitt et Hans Kelsen », in M. Troper, L. Jaume (dir.), *1789 et l'invention de la constitution. Actes du colloque de Paris organisé par l'Association française de Science Politique : 2, 3 et 4 mars 1989*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, 1994, p. 146.

³⁹⁴ S. Baume, « Introduction », in H. Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, trad. S. Baume, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2006, p. 30.

lors qu'elle doit veiller spécifiquement au respect de la hiérarchie des normes³⁹⁵. Tous ces arguments semblent certes convaincants, par-delà leurs différences respectives ; mais ils présentent tous le défaut de faire reposer la mission du gardien sur une définition préalable de ce qu'est la Constitution. Or, celle-ci pouvant revêtir diverses acceptions³⁹⁶, il semble qu'il revient finalement au gardien lui-même de *décider* en quoi elle consiste effectivement. On peut dès lors douter de l'objectivité que revêt fondamentalement la fonction de sauvegarde de l'ordre constitutionnel.

127. Selon diverses définitions dégagées par Carl Schmitt lui-même, la neutralité peut renvoyer à l'« objectivité et [l']impartialité fondée sur une norme confirmée », à une « compétence libre de tous intérêts égoïstes », ou à l'« expression d'une totalité et d'une unité qui englobe tous les regroupements antagonistes »³⁹⁷. La neutralité du gardien de la Constitution reposerait donc dans sa capacité à dépasser les intérêts politiques divergents, pour ne consacrer qu'une forme d'intérêt général, constitutionnel. Or, on peut estimer qu'il subsiste toujours au moins un intérêt « égoïste », celui du gardien lui-même, dès lors qu'il est institutionnalisé. En tant que pouvoir constitué, qu'il soit juge ou chef d'État, le pouvoir « neutre » semble condamné à considérer son propre intérêt et à chercher irrésistiblement à accroître son influence. Cette idée raisonne dans une maxime formulée par Spinoza : « chaque chose, autant qu'il est en elle, s'efforce de persévérer dans son être »³⁹⁸. On a ainsi vu, en France, le Conseil constitutionnel étendre progressivement son office, au profit d'une influence sans cesse étendue de sa jurisprudence³⁹⁹. Si un tel constat contrevient à la neutralité qu'il affiche pourtant, c'est parce que cette influence

³⁹⁵ Michel Troper écrit en ce sens que « l'idée que la constitution doit être garantie semble découler simplement pour Kelsen de ce que la constitution est supérieure aux autres normes », M. Troper, « Kelsen et la Cour constitutionnelle », in O. Beaud, P. Pasquino (dir.), *La controverse sur le « gardien de la constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2007, p. 85.

³⁹⁶ Jean-Marie Denquin en identifie au moins quatre : J.-M. Denquin, « Sur le « respect de la Constitution » », in D. Chagnollaud (dir.), *Les 50 ans de la Constitution : 1958-2008*, Paris : Litec LexisNexis, 2008, p. 116.

³⁹⁷ C. Schmitt, « Exposé sommaire des différentes significations et fonctions du concept de neutralité de l'État en matière de politique intérieure », in *La Notion de politique*, Paris : Calmann-Levy, coll. Liberté de l'esprit, 1989, p. 163-164. La quatrième définition proposée par Schmitt est ici laissée de côté, parce qu'elle concerne davantage l'État que les institutions qui agissent en son nom.

³⁹⁸ B. Spinoza, *Éthique*, III, Proposition VI, Paris : Flammarion, coll. G.F., 2007, p. 142.

³⁹⁹ Selon Carlos-Miguel Pimentel, « [...] le juge de l'habilitation a un intérêt direct à élargir le champ de la norme de référence, au nom de laquelle il exerce son contrôle, par exemple en donnant à la Déclaration des droits de l'homme de 1789 un champ d'application aussi large que possible. Inversement, il a intérêt, non pas à réduire à néant le pouvoir discrétionnaire de l'organe contrôlé, mais, de façon plus subtile, à en soumettre l'exercice au plus grand nombre possible de conditions, de façon à multiplier les occasions d'exercer son propre pouvoir », C.-M. Pimentel, « De l'État de droit à l'État de jurisprudence ? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs », in A. Pariente (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007, p. 21.

croissante se fait nécessairement au détriment d'autres institutions, et notamment du pouvoir législatif⁴⁰⁰. On peut ainsi douter que l'intérêt propre que poursuit le gardien de la Constitution le conduise à respecter une réserve pourtant inhérente à sa fonction, à l'égard des autres pouvoirs constitués⁴⁰¹.

128. En conclusion, la consécration d'une institution politiquement neutre, qui ne poursuivrait pas un intérêt qui lui soit propre, s'avère donc largement contrariée. L'ironie veut d'ailleurs que chacune des théories sur le gardien de la Constitution puisse être interprétée comme l'expression de la subjectivité politique de leurs auteurs : le pouvoir neutre serait ainsi l'expression de l'engagement monarchiste de Constant⁴⁰² ; la théorie schmittienne du gardien de la Constitution ne serait que le moyen de justifier l'aspiration de son auteur à un chef d'État omnipotent⁴⁰³ ; la pensée de la justice constitutionnelle exprimerait le libéralisme démocratique de Hans Kelsen⁴⁰⁴. La neutralité institutionnelle du juge constitutionnel, comme de n'importe quel autre gardien, est donc sujette à caution. Elle est d'ailleurs menacée par une considération approfondie de sa fonction.

⁴⁰⁰ C'est ce que déplore d'ailleurs Guillaume Drago, « L'influence de la QPC sur le Parlement ou la loi sous la dictée du Conseil constitutionnel », *Jus politicum* n° 6, octobre 2011.

⁴⁰¹ Il faut toutefois relever que cette considération n'est pas étrangère à la pensée de Benjamin Constant. Le contexte historique sert en l'occurrence sa thèse, dès lors que le roi – regardé comme le pouvoir conservateur en 1815 – est effectivement circonscrit dans sa compétence par la menace qui pèse sur lui de voir sa charge définitivement supprimée : « c'est un grand vice dans toute constitution, que de ne laisser d'alternative aux hommes puissants, qu'entre leur puissance et l'échafaud », B. Constant, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France*, 1815, Chap. II, in *Écrits politiques*, prés. M. Gauchet, Paris : Gallimard, coll. Folio / Essais, 2010, p. 329. En l'occurrence, plutôt que de vice, il s'agit surtout d'une garantie optimale contre toute tentative hégémonique du chef de l'État.

⁴⁰² Certains auteurs soulignent en effet l'opportunisme de Constant, qui adopte un discours monarchiste à l'aube de la Restauration alors qu'il n'y faisait pas référence quelques années plus tôt, au début de ses travaux sur le pouvoir neutre. D'autres, au contraire, identifient dans cette évolution de sa pensée l'aboutissement de sa théorisation du pouvoir neutre : P. Rolland, « Comment préserver les institutions politiques ? La théorie du pouvoir neutre chez B. Constant », *RFHIP* n° 27, 2008, p. 44.

⁴⁰³ Arnel Le Divellec dénonce ainsi le « présidentielisme camouflé » qui est en fait à l'œuvre dans la pensée de Schmitt : A. Le Divellec, « Le gardien de la Constitution de Carl Schmitt. Éléments sur les paradoxes d'une « théorie » constitutionnelle douteuse », in O. Beaud, P. Pasquino (dir.), *La controverse sur le « gardien de la constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2007, p. 53 et ss. Olivier Beaud y voit pour sa part une faible tentative de se justifier rétrospectivement : O. Beaud, *Les derniers jours de Weimar : Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*, Paris : Descartes & Cie, coll. Droit, 1997, p. 237-240. Voir également : R. Baumert, « Carl Schmitt contre le parlementarisme weimarien », *RFSP*, vol. 58, 2008, p. 5-37.

⁴⁰⁴ C'est ce que démontre Renaud Baumert, « *Audiat et altera pars* : justice constitutionnelle et décision démocratique dans la pensée de Hans Kelsen », in O. Beaud, P. Pasquino (dir.), *La controverse sur le « gardien de la constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2007, p. 127-152.

2. Une neutralité fonctionnelle introuvable

129. Le juge constitutionnel est habituellement défini par sa fonction de contrôle de constitutionnalité des lois⁴⁰⁵. Postuler sa neutralité en ce sens implique de considérer qu'il s'agit d'une fonction fondamentalement juridique, déductive et circonscrite, par opposition à une fonction politique, reposant sur une appréciation en opportunité. Certes, « [...] il ne semble pas possible d'identifier une « essence » du juridique ou du juridictionnel non plus qu'une essence du politique qui offriraient des critères fiables d'identification de l'un et l'autre »⁴⁰⁶. La doctrine semble cependant convenir d'une forme de neutralité dans la fonction juridictionnelle, du simple fait de sa nature judiciaire⁴⁰⁷. Un tel constat s'appuie sur une théorie traditionnelle du juge comme « puissance nulle »⁴⁰⁸, et la confiance accordée à la forme syllogistique qui caractérise son office⁴⁰⁹. La jurisprudence constitutionnelle traduit le souci de son auteur de la présenter effectivement comme le résultat d'un raisonnement logique et rationnel, qui ne lui laisse aucune liberté d'appréciation⁴¹⁰, et ce même lorsqu'il fait part de motifs qui n'apparaissent pas littéralement dans le texte de la Constitution⁴¹¹.

⁴⁰⁵ Ainsi est-il courant de lire qu'« il n'y a pas de justice constitutionnelle sans cette attribution centrale qu'est le contrôle de constitutionnalité des lois, c'est-à-dire la soumission de la volonté du Parlement au respect de la règle de droit – qu'elle soit d'ailleurs formelle ou substantielle », L. Favoreu, W. Mastor, *Les cours constitutionnelles*, Paris : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2011, p. 24.

⁴⁰⁶ G. Tusseau, « Un oublié du constitutionnalisme contemporain : le contrôle politique de constitutionnalité », in F. Mélin-Soucramanien (dir.), *Espaces du service public : mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, Tome 1, Pessac : Presses universitaires de Bordeaux, coll. Université Montesquieu Bordeaux IV, 2013, p. 715-716. L'auteur ajoute que « [...] peu d'auteurs seraient prêts à soutenir le caractère apolitique ou strictement et exclusivement « juridique » du contrôle de constitutionnalité exercé par les juges », *ibid.*

⁴⁰⁷ Cette conviction n'est d'ailleurs pas absente des travaux du droit politique. Olivier Beaud rejette ainsi l'idée de souveraineté du juge constitutionnel « [...] surtout parce que sa mission est non pas de « gouverner » ou d'agir, mais de trancher des litiges », O. Beaud, « Le Souverain », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 43.

⁴⁰⁸ Selon la célèbre formule de Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, 1748, Livre XI, Chap. VI.

⁴⁰⁹ En théorie, en effet, « [...] la décision juridictionnelle est construite sur le classique syllogisme juridique, mineure, majeure et conclusion. En matière de contrôle de constitutionnalité de la loi, il s'agit de confronter la loi, qui est la *mineure*, à la Constitution, la *majeure*, pour en tirer la *conclusion*, dans le sens de l'annulation ou de la validation de la loi », G. Drago, « La qualité de l'argumentation constitutionnelle », *RFDC* n° 102, 2015, p. 340.

⁴¹⁰ Ce sentiment est d'ailleurs renforcé par la brièveté de la motivation juridictionnelle : « en présentant la solution du juge comme la conclusion nécessaire d'un raisonnement linéaire, la brièveté syllogistique de la motivation des décisions manifeste une conception idéaliste de l'acte de juger, conçu comme un acte de pure contemplation d'un droit qui serait déjà posé dans l'ordre juridique positif voulu par le souverain », F. Malhière, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation) : contribution à l'étude des représentations de la justice*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2013, p. 35.

⁴¹¹ Denis Baranger remarque à cet égard que « le procédé syllogistique accentue [...] le caractère « oraculaire » de l'identification des normes non-écrites [...] », D. Baranger, « Sur la manière française de

130. La remise en cause de la performativité de ce dernier implique toutefois que soit remise en cause la figure rassurante du syllogisme judiciaire⁴¹² ; l'adoption d'un postulat réaliste invite donc à « [...] tordre le cou à ce prétendu modèle de la subsomption qui voudrait que le juge ne soit qu'un mécanisme faisant application d'une règle générale à un cas particulier »⁴¹³. La déconstruction du syllogisme judiciaire, à laquelle adhèrent les tenants du droit politique dès lors qu'ils considèrent le caractère constructif de l'interprétation constitutionnelle, laisse pendante la question pourtant cruciale de la définition de la fonction juridictionnelle. Surtout, elle implique de relativiser grandement ce qui la distingue d'une fonction politique⁴¹⁴. L'exercice de la justice constitutionnelle, comme de tout autre fonction politique⁴¹⁵, implique en effet des appréciations en opportunité⁴¹⁶ et présente une portée indéniablement politique⁴¹⁷.

rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

⁴¹² La théorie réaliste de l'interprétation implique en effet de considérer que, contrairement à ce qu'elle affirme, « [...] la cour choisit librement la majeure [du syllogisme]. C'est d'ailleurs dans ce choix que réside le caractère volontaire de l'interprétation », M. Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 310.

⁴¹³ P. Brunet, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », in C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin et P. Wachsmann (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 124.

⁴¹⁴ C'est ce qu'expose Olivier Beaud, à partir de la pensée de Kelsen ; il estime que la doctrine contemporaine « [...] invoque le Maître de Vienne pour soutenir l'idée que la justice constitutionnelle requiert, en tant que mécanisme juridique, de concevoir l'organe chargé du contrôle de constitutionnalité comme une « pure juridiction ». Si cet argumentaire sert en fin de compte à légitimer de nos jours l'autorité du Conseil constitutionnel, il n'élimine pas si facilement le problème théorique qui consiste à concilier un tel contrôle judiciaire des activités du Parlement [...] et il n'interdit pas, en tout cas, d'émettre quelques doutes à l'égard d'une telle « construction » doctrinale qui est une « reconstruction » ; en effet, Kelsen avait bien perçu la dimension politique qui s'attache à la notion de justice constitutionnelle et il n'avait pas innocemment qualifié le tribunal constitutionnel de « législateur négatif ». La justice constitutionnelle, comme tout segment du droit constitutionnel, n'est donc pas si facilement isolable de la politique que le croient les partisans d'une « saisie de la politique par le droit », O. Beaud, « Kelsen contre Schmitt : un dialogue de sourds ? », in O. Beaud, P. Pasquino (dir.), *La controverse sur le « gardien de la constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2007, p. 204-205.

⁴¹⁵ Force est en effet de reconnaître « [...] le caractère politique de tout jugement, si l'on entend par politique la reconnaissance d'un moment indéterminé, qui ne peut être logiquement attaché à une norme, dans chaque jugement, dans chaque décision », J.-C. Le Coustumer, « La norme et l'exception. Réflexions sur les rapports du droit avec la réalité », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* n° 6, 2007, p. 21.

⁴¹⁶ Denis Baranger rappelle en ce sens que « la législation est à l'évidence une activité qui inclut la prise en compte des raisons politiques, ce que notre tradition de droit public appelle couramment les critères d'opportunité par opposition aux critères de légalité, y compris de légalité constitutionnelle », D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

⁴¹⁷ Pour une démonstration des similarités entre les fonctions du Parlement et celles du juge constitutionnel, voir : A. Stone Sweet, « La politique constitutionnelle », in G. Drago, B. François, N. Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel : colloque de Rennes, 20 et 21 septembre 1996*, Paris : Economica, coll. Etudes juridiques, 1999, p. 117-140.

131. En admettant que le juge constitutionnel ne peut qu'interpréter un texte trop laconique, et en affirmant le caractère nécessairement volontariste d'un tel travail herméneutique, la doctrine est conduite à reconnaître le pouvoir *constituant* de la juridiction⁴¹⁸. Cette dernière ne saurait donc être cantonnée à un rôle exclusivement juridique, qui se définirait comme une simple opération de subsomption⁴¹⁹. L'appréciation de l'opportunité politique se glisse plus précisément dans la prise en compte par le juge des conséquences de ses décisions, qu'elles soient de nature politique, économique ou sociale⁴²⁰. Au titre du droit politique, Jacky Hummel estime en ce sens que « [...] c'est la réalité politique qui détermine toujours *in fine* l'interprétation à donner à un texte constitutionnel »⁴²¹. L'office du juge ne semble pas devoir faire exception à ce constat. Dès lors, « on peut, sous ce rapport, établir un parallèle entre l'interprétation juridictionnelle, qui fixe le sens des dispositions de la Constitution à travers le développement d'une jurisprudence, et l'interprétation par les pouvoirs publics, qui fixe également le sens des dispositions qui les concernent à travers l'application qu'ils en font »⁴²².

132. Le constat est encore plus manifeste peut-être, au regard de l'influence politique indéniable qu'exerce l'interprétation juridictionnelle de la Constitution⁴²³. Celle-ci peut

⁴¹⁸ « [...] L'interprète de la Constitution [est] constituant » affirme ainsi Michel Troper, « L'interprétation constitutionnelle », in *Le droit et la nécessité*, Paris : PUF, coll. Léviathan, p. 165. Voir également : P. Pactet, « Le Conseil constitutionnel et l'œuvre constituante », in *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris : Dalloz, 2007, p. 1373-1386. Le droit politique ne reconnaît pas pour sa part le caractère « constituant » de l'interprétation constitutionnelle, dans la mesure où il réserve ce terme à l'exercice spécifique du pouvoir d'adoption de la Constitution. Pour autant, il admet volontiers la force constructive de l'interprétation constitutionnelle. Sur cette question, voir *infra*, Titre II, Chapitre 2, section 2.

⁴¹⁹ Reprenant un argument de Carl Schmitt, Stanley Paulson estime en ce sens que, « dès lors que le jugement de constitutionnalité ne peut pas être compris en termes de subsomption, il n'est absolument pas possible de le considérer comme un jugement », S. Paulson, « Arguments « conceptuels » de Schmitt à l'encontre du contrôle de constitutionnalité et réponses de Kelsen. Un aspect de l'affrontement entre Schmitt et Kelsen sur le « gardien de la constitution » », in C.M. Herrera (dir.), *Le droit, le politique : autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris : L'Harmattan, 1995, p. 245.

⁴²⁰ Sur cette question, voir : S. Salles, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2016, 779 p.

⁴²¹ J. Hummel, « Le conflit constitutionnel prussien de 1862-1866 et la crise du Seize-Mai. Regards croisés », in J. Hummel (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique : actes de la journée d'études organisée à la faculté de droit et de science politique de Rennes le 28 novembre 2008*, Rennes : Presses universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2010, p. 77.

⁴²² P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 9-10.

⁴²³ Jean-Marie Denquin remarque en ce sens que « [...] les matières auxquelles s'applique [le] contrôle [du juge constitutionnel] possèdent des enjeux inévitablement politiques. Si le juge n'est pas neutre dans les luttes entre les groupes qui rivalisent pour le pouvoir, ou s'il mène sa propre politique dans son domaine de compétence, il risque d'être exposé à la tentation de faire prévaloir ses objectifs ou préférences sur la

d'abord conduire à trancher des conflits strictement politiques, et comporte parfois à cet égard une portée fondatrice⁴²⁴. Le contrôle de constitutionnalité des lois implique ensuite l'intrusion du juge constitutionnel dans l'exercice du pouvoir législatif, fonction politique par excellence. Hans Kelsen admettait ainsi que le juge constitutionnel s'apparente plus logiquement au pouvoir législatif qu'au pouvoir judiciaire et qu'il doit donc être compris comme un législateur négatif⁴²⁵. On peut même considérer que « l'expérience montre aujourd'hui que cette thèse est trop radicale et simple pour décrire l'activité effective des juges de la constitutionnalité des lois. Ces juges assument de véritables fonctions positives de législation »⁴²⁶ ; c'est ce que démontre notamment la notion de « réserves d'interprétation », par lesquelles le juge constitutionnel autorise la promulgation d'une loi en précisant toutefois la portée qu'elle devra revêtir⁴²⁷. Le juge constitutionnel est donc autant un co-auteur de la loi⁴²⁸ qu'un co-auteur de la Constitution⁴²⁹. Il exerce en outre une influence, non pas sur la loi directement, mais sur la fonction législative future, en

signification objective (présumée connaissable) des textes », J.-M. Denquin, « Remarques sur la situation du droit constitutionnel en France », *RDP* n° 6, 2014, p. 1481.

⁴²⁴ Réfutant la thèse de la neutralité de la justice constitutionnelle, Carl Schmitt écrivait par exemple : « [...] une telle Cour de justice, décidant de tous les conflits d'interprétation des lois constitutionnelles, serait en réalité une instance de haute politique, puisqu'elle aurait à trancher aussi – et surtout – ces doutes et divergences d'opinions qui résultent des particularités du compromis dilatoire de façade [...] et devrait en fait prendre la décision de fond qui avait été ajournée par le compromis », C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, préf. O. Beaud, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 257. Il est intéressant de noter que, dans une perspective pourtant résolument contraire, le doyen Favoreu reconnaissait le rôle crucial du juge constitutionnel en matière de conflits politiques : L. Favoreu, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC* n° 2, vol. 46, 1994, p. 567-568.

⁴²⁵ « Pour autant que l'on puisse les distinguer, la différence entre la fonction juridictionnelle et la fonction législative, consiste avant tout en ce que celle-ci crée des normes générales, tandis que celle-là ne crée que des normes individuelles ». Or, « [...] annuler une loi, c'est poser une norme générale ; car l'annulation d'une loi a le même caractère de généralité que sa confection, n'étant pour ainsi dire que la confection avec un signe négatif, donc elle-même une fonction législative », H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, p. 224-225.

⁴²⁶ O. Jouanjan, « Christian Behrendt – *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif* [compte-rendu] », *RIDC* n° 4, vol. 49, 2007, p. 434.

⁴²⁷ Sur cette question, voir : A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1999, 318 p. ; C. Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif : une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, 2006, 537 p. ; B. Mathieu, « Le juge constitutionnel « législateur positif » ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l'exercice de la fonction législative », *RIDC* n° 2, vol. 62, 2010, p. 507-531.

⁴²⁸ C'est ce qu'expose par exemple Bertrand Mathieu, « Le Conseil constitutionnel « législateur positif ». Ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l'exercice de la fonction législative », *RIDC* n° 2, vol. 62, 2010, p. 507-531. Le Conseil constitutionnel peut à ce titre apparaître comme une « chambre législative spécialisée » : A. Stone Sweet, « Le Conseil constitutionnel et la transformation de la République », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 25, octobre 2008, p. 66.

⁴²⁹ Selon la définition avancée par Charles Eisenmann : « [...] tout corps dont le consentement est exigé pour l'édition [de l'acte] fait partie de l'organe de décision, de création des normes, en est l'auteur ou co-auteur », C. Eisenmann, « Les actes juridiques du droit administratif », in *Cours de droit administratif*, Tome II, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, Sceaux : Institut d'études de droit public, coll. Anthologie du droit, 2014, p. 382.

dessinant, au fil de sa jurisprudence, le cadre de plus en plus circonscrit dans lequel devra désormais s'inscrire la loi⁴³⁰.

133. L'étude simultanée de la motivation et de la portée des décisions rendues par le juge constitutionnel efface donc significativement la distinction entre interprétation juridique et interprétation politique⁴³¹, distinction qui fonde pourtant la compétence privilégiée accordée au juge en la matière. Les apparences de logique dont il dote sa jurisprudence ne suffisent plus à dissimuler l'appréciation politique qu'il met en œuvre, à moins de considérer que ces apparences elles-mêmes suffisent à ne pas le considérer comme une institution politique⁴³². Cette conclusion n'est pas foncièrement originale en doctrine, tant les auteurs s'accordent pour admettre le constructivisme de la jurisprudence constitutionnelle. Ils n'en sont pas moins réticents à proclamer le caractère politique de la justice constitutionnelle et à abandonner le privilège herméneutique qu'ils lui reconnaissent. Ce faisant, les constitutionnalistes entretiennent, du point de vue du droit politique, une certaine cécité quant à la véritable portée de la justice constitutionnelle et négligent ainsi la dimension critique de leur discours doctrinal⁴³³. Pourtant, le pouvoir conféré à la justice constitutionnelle, y compris par la bienveillance de la doctrine elle-même, n'est pas anodin. Tocqueville, déjà, notait la puissance remarquable dont dispose

⁴³⁰ Cette tendance est désignée par Christian Behrendt sous le vocable d'« interférence », qui renvoie à « [...] cette incidence juridique de décisions juridictionnelles sur le contenu de normes qui n'ont pas encore été produites », C. Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, 2006, p. 7. Pour une différenciation approfondie de la différence entre interférences et réserves d'interprétations, voir : *ibid.*, p. 142-145. Bertrand Mathieu donne corps à cette idée en démontrant le rôle du juge constitutionnel dans la définition de l'intérêt général : B. Mathieu, « Les rôles du juge et du législateur dans la détermination de l'intérêt général », *Archives de philosophie du droit* n° 50, 2007, p. 41-48.

⁴³¹ Au titre du droit politique, Denis Baranger écrit d'ailleurs « [...] qu'il n'est pas plausible, dans l'étude juridique de l'État, de cloisonner fonctionnellement la prise en compte des raisons politiques et la prise en compte des raisons juridiques », D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

⁴³² C'est ce que suggère Guillaume Tusseau : « peut [ainsi] être dit « politique » un contrôle dont le résultat est étayé par un raisonnement formulé en termes d'opportunité, par opposition à un raisonnement appuyé sur une motivation d'apparence déductive et faisant découler la conclusion de prémisses réputées appartenir au droit positif », G. Tusseau, « Un oublié du constitutionnalisme contemporain : le contrôle politique de constitutionnalité », in F. Mélin-Soucramanien (dir.), *Espaces du service public : mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, Tome 1, Pessac : Presses universitaires de Bordeaux, coll. Université Montesquieu Bordeaux IV, 2013, p. 718.

⁴³³ C'est là le cœur du propos de Jean-Marie Denquin : « à quelques exceptions près, glorieuses mais rares, la majorité de la doctrine attend la vérité du Conseil au lieu de la lui apporter. Elle devrait – avec le tact convenable – introduire dans le discours juridique la dimension conceptuelle qui lui manque. Or elle en vient trop souvent à supposer que le juge possède la vérité – par une grâce laïque, mais spéciale – sans toutefois condescendre à l'explicitier », J.-M. Denquin, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

l'organe chargé du contrôle de constitutionnalité des lois⁴³⁴. Un tel pouvoir, fondamentalement politique, interroge alors plus concrètement la légitimité de l'interprétation constitutionnelle délivrée par le juge.

B. La relativisation de la légitimité démocratique du juge

134. Une large part de la doctrine constitutionnelle semble aujourd'hui convaincue de la légitimité indiscutable du juge, qui s'éprouve toujours *in fine* à la lumière des canons de la démocratie. Lorsque cette question est posée en effet, elle est souvent tranchée en faveur du maintien, voire du développement de la justice constitutionnelle. Le droit politique n'en est pas, pour sa part, un défenseur privilégié, même s'il ne dispute pas systématiquement aux cours constitutionnelles le bénéfice de leur légitimité. Au moins estime-t-il nécessaire de s'interroger sur ce sujet⁴³⁵. Éclairer sa position sur le sujet suppose donc d'examiner tour à tour les différents arguments évoqués à ce titre par la doctrine en général, pour mieux saisir la spécificité de la posture *juspolitiste*. La légitimité de l'interprétation constitutionnelle est souvent articulée autour de deux arguments : elle découlerait d'abord de la Constitution elle-même, et de l'autorité indiscutable du pouvoir constituant qui la sous-tend (1). Elle peut également être associée à la fonction juridictionnelle, qui serait en tant que telle garante des intérêts démocratiques (2).

⁴³⁴ Le philosophe écrivait ainsi que « les Américains ont [...] confié à leurs tribunaux un immense pouvoir politique ; mais en les obligeant à n'attaquer les lois que par des moyens judiciaires, ils ont beaucoup diminué les dangers de ce pouvoir ». Anticipant l'avènement d'un pouvoir d'abrogation des lois, Tocqueville ajoutait : « si le juge avait pu attaquer les lois d'une façon théorique et générale ; s'il avait pu prendre l'initiative et censurer le législateur, il fût entré avec éclat sur la scène politique ; devenu le champion ou l'adversaire d'un parti, il eût appelé toutes les passions qui divisent le pays à prendre part à la lutte. Mais quand le juge attaque une loi dans un débat obscur et sur une application particulière, il dérobe en partie l'importance de l'attaque aux regards du public. Son arrêt n'a pour but que de frapper un intérêt individuel ; la loi ne se trouve blessée que par hasard », A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique I*, 1835, Chap. VI, Paris : Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, 1992, p. 113-114.

⁴³⁵ O. Beaud, « Avant-propos », in R. Baumert, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique : les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres*, Clermont-Ferrand : Fondation Varenne, Paris : LGDJ, coll. des thèses, 2009, p. XXI.

1. L'argument limité de l'habilitation constitutionnelle

135. Le premier fondement de la légitimité de la justice constitutionnelle semble reposer dans le texte de la Constitution lui-même et sur la souveraineté démocratique dont il est le fruit : si le juge est bien légitime, c'est d'abord parce qu'il a été voulu par le peuple constituant⁴³⁶. Mais, comme le souligne Michel Troper, cet argument semble insuffisant à propos d'une institution dont la légitimité est aussi controversée que celle du Conseil constitutionnel⁴³⁷. D'ailleurs, ce constat préalable ne présage en rien du monopole herméneutique qui est habituellement reconnu au juge par la doctrine, dès lors que les Constitutions elles-mêmes n'en font pas mention, sauf rares exceptions⁴³⁸. C'est donc non dans son origine, mais dans les modalités de sa compétence qu'il faut chercher les fondements éventuels de la prévalence du juge en matière d'interprétation constitutionnelle.

136. Le père du modèle européen de justice constitutionnelle, Hans Kelsen, a apporté quelques bribes de réponse en étudiant spécifiquement l'interprétation des énoncés juridiques. Admettant sa nécessité au stade de l'application du droit, le maître autrichien a réservé le bénéfice de l'interprétation « authentique »⁴³⁹ aux autorités habilitées par une norme à créer d'autres normes : l'interprète authentique est « [...] l'organe juridique qui a compétence d'après l'ordre juridique pour appliquer le droit »⁴⁴⁰. L'absence d'habilitation expresse d'un interprète peut donc être compensée par la nécessité qu'il rencontre de

⁴³⁶ En effet, « de par le postulat du constitutionnalisme, [...] la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne serait pas, et ne serait pas ce qu'elle est, si la Constitution du 4 octobre 1958, révisée en 1974 et 2008, n'avait pas posé son existence, ses compétences, le mode de désignation de ses membres », J.-M. Denquin, « Remarques sur la situation du droit constitutionnel en France », *RDP* n° 6, 2014, p. 1480.

⁴³⁷ M. Troper, « Argumentation et explication », *Droits* n° 54, 2011, p. 3.

⁴³⁸ On note par exemple en Espagne l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la Loi organique 2/1979 du 3 octobre 1979, relative au Tribunal constitutionnel, qui dispose que « le Tribunal constitutionnel, *en tant qu'interprète suprême de la Constitution*, est indépendant des autres organes constitutionnels et soumis exclusivement à la Constitution et à la présente loi organique ».

⁴³⁹ Il existe en effet dans la pensée de Kelsen, une différence fondamentale entre interprétation authentique – qui comporte un acte de volonté – et interprétation scientifique qui, ne produisant pas de normes, n'est jamais qu'une opération de connaissance : H. Kelsen, « Titre VIII : L'interprétation », in *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 335-342. Paul Amselek résume la thèse de Kelsen comme « [...] une grande distinction entre l'interprétation authentique – en quelque sorte officielle, appelée à faire autorité – effectuée par les organes d'application du droit (c'est-à-dire les organes habilités à édicter des normes juridiques sur la base de normes juridiques supérieures qu'ils sont chargés de mettre en œuvre) et l'interprétation non authentique opérée par ceux qui ont simplement à « obéir » aux normes juridiques, ainsi que par la science du droit qui étudie les normes juridiques », P. Amselek, « L'interprétation dans la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen », in *Interpretatio non cessat. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville (Québec) : Éd. Yvon Blais, 2011, p. 40.

⁴⁴⁰ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 342.

préciser le sens d'un énoncé en vue de le mettre en œuvre. Dans cette perspective, rien ne semble donc distinguer le pouvoir herméneutique du juge constitutionnel, chargé d'appliquer la Constitution lors d'un contrôle de constitutionnalité, d'un organe comme le Parlement, qui l'applique également lorsqu'il adopte une loi⁴⁴¹.

137. Peu convaincu de la portée juridique d'un texte trop éthéré, Michel Troper a substitué au critère de l'habilitation, celui de l'absence de recours possible : l'authenticité renvoie alors au « [...] caractère d'une interprétation, qui ne peut être juridiquement contestée et qui est la seule à laquelle le droit positif attache des conséquences juridiques »⁴⁴². Dans cette perspective également, il faut donc conclure que le juge n'est pas seul interprète authentique de la Constitution⁴⁴³. Le droit constitutionnel français illustre d'ailleurs clairement la possibilité qu'il existe une pluralité d'interprètes puisque, si « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours »⁴⁴⁴, il en va de même de nombreux actes établis notamment par le Président de la République⁴⁴⁵.

138. Malgré des soutiens théoriques convergents, qui aboutiraient à considérer également les interprétations livrées par divers pouvoirs constitués, la doctrine juridique démontre un attachement persistant à la thèse de la primauté de la compétence juridictionnelle en la matière. Le juge disposerait en effet d'une légitimité supérieure qui lui conférerait une habilitation presque naturelle. À titre d'exemple, Marie-Anne Cohendet distingue soigneusement les interprétations juridictionnelles des interprétations présidentielles, pour mieux déconstruire la légitimité des secondes face aux premières. Elle écrit ainsi que, « contrairement à ce qu'a pu laisser penser la pratique, le président

⁴⁴¹ Pour Kelsen en effet, toute création d'une norme – en l'occurrence une loi – est aussi une opération d'application d'une norme supérieure, habilitante, et suppose donc une interprétation authentique : « [...] la norme de degré supérieur n'a jamais, dans son rapport avec l'acte de création de normes ou d'exécution matérielle qui l'applique, que le caractère d'un cadre à remplir par cet acte. Même l'ordre ou commandement qui entre aussi avant que possible dans les détails doit abandonner à celui qui l'exécute le soin d'effectuer par lui-même quantité de déterminations », *ibid.*, p. 336.

⁴⁴² M. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC* n°1, 1990, p. 36.

⁴⁴³ Michel Troper dénonce en ce sens le fait que seule l'interprétation délivrée par un juge soit considérée au titre du droit. Cela « [...] méconnaît ainsi le caractère collectif de l'interprétation. En réalité, toutes les autorités chargées d'appliquer la constitution l'interprètent et la recréent de concert. Cela ne signifie évidemment pas que l'interprétation est toujours unanime, mais seulement que le sens de chacune des dispositions de la constitution – et de celle-ci dans sa totalité – est la résultante des interprétations qui s'exercent sur elles », M. Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 313-314.

⁴⁴⁴ Alinéa 3 de l'article 62 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁴⁴⁵ Michel Troper l'admet d'ailleurs expressément : « est ainsi authentique l'interprétation [...] que donne de la Constitution un juge constitutionnel ou un chef de l'État, dans les hypothèses où il n'existe pas de voie de recours contre ses actes », M. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC* n°1, 1990, p. 36.

n'est en aucun cas habilité par la Constitution à délivrer une interprétation authentique du texte constitutionnel »⁴⁴⁶ tandis que « [...] seul le juge peut donner une interprétation authentique du texte »⁴⁴⁷. C'est donc dans sa nature juridictionnelle que résiderait le pouvoir de l'interprète, notamment parce que celle-ci serait garante d'une plus grande neutralité, d'une meilleure juridicité que pourrait en manifester n'importe quel pouvoir « politique »⁴⁴⁸. On ne peut à cet égard que remarquer l'argument éminemment prescriptif alors à l'œuvre, l'autorité privilégiée reconnue à l'interprétation constitutionnelle relevant davantage de la pétition de principe que de la description du droit positif.

139. Même en l'absence d'habilitation – expresse ou implicite – conférant au juge un monopole en matière d'interprétation authentique, l'autorité de ses décisions, consacrée par le texte constitutionnel, est parfois reçue en doctrine comme le moyen de fonder malgré tout la légitimité supérieure de l'interprétation juridictionnelle. En France, l'article 62 de la Constitution prévoit notamment 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 ». Habituellement, cette disposition est entendue comme conférant aux décisions du juge l'autorité de la chose jugée⁴⁴⁹. Celle-ci se définit le plus souvent par référence à la notion civiliste selon laquelle « l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. 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 »⁴⁵⁰. C'est donc une triple identité, de cause, d'objet et de parties, qui constitue l'autorité de la chose jugée, quoique la dernière condition soit inopérante au vu de la portée absolue que revêt le contrôle de constitutionnalité des lois⁴⁵¹. Cette lecture circonscrite de l'article 62

⁴⁴⁶ M.-A. Cohendet, *Le président de la République*, Paris : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2^e éd., 2012, p. 62.

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ « Il y a – écrit Michel Troper à ce propos – dans l'idéologie commune une opposition entre la politique, vue comme partisane, passionnée, sale, et la juridiction, activité sereine, neutre, impartiale, juste. Sans peut-on y voir un effet de contamination du terme même de « justice », qui sert à désigner à la fois l'appareil judiciaire, l'activité juridictionnelle et une valeur morale », M. Troper, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs* n° 16, 1981, p. 8.

⁴⁴⁹ C'est à tout le moins ce que reconnaissent les juridictions elles-mêmes, qui sont les premières concernées. Marc Guillaume invoque ainsi « l'assimilation, par le Conseil constitutionnel, de l'autorité de ses décisions à celle de la chose jugée [...] », et affirme que « le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation font une interprétation restrictive de l'article 62 de la Constitution en assimilant l'autorité des décisions du Conseil à l'autorité de la chose jugée » ; M. Guillaume, « L'autorité des décisions du Conseil : vers de nouveaux équilibres ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 30, janvier 2011, p. 49-50.

⁴⁵⁰ Article 1355 du Code civil.

⁴⁵¹ Ainsi, selon Xavier Magnon, « l'exigence d'une identité de parties est en général exclue en raison du caractère objectif du contentieux de constitutionnalité et de l'effet *erga omnes* de la décision de censure du

de la Constitution ne présage donc en rien de l'autorité de l'interprétation constitutionnelle délivrée par le juge.

140. L'ensemble de la doctrine constitutionnelle ne se contente cependant pas d'admettre l'autorité de la chose jugée, mais entend accorder également au juge le bénéfice de l'autorité de la chose interprétée : la Constitution reconnaîtrait, en même temps que l'autorité des décisions, celle des interprétations rendues par le juge⁴⁵². Cet argument se fonde le plus souvent sur une jurisprudence du Conseil constitutionnel lui-même qui avait déclaré que l'autorité de ses décisions « [...] s'attache non seulement à leur dispositif, mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même »⁴⁵³. L'interprétation constitutionnelle livrée au soutien d'une décision bénéficierait ainsi de la même valeur que la décision elle-même. Pourtant, et contrairement à ce qu'affirment divers auteurs⁴⁵⁴, cette affirmation du Conseil constitutionnel ne saurait fonder effectivement l'autorité de son interprétation, puisqu'elle relève elle-même de son interprétation⁴⁵⁵. Ce serait « [...] poser au point de départ du raisonnement la proposition qu'il faut démontrer »⁴⁵⁶.

141. À cette conception maximale⁴⁵⁷ de l'autorité de la chose interprétée des décisions du Conseil constitutionnel, continue de s'opposer une conception minimale, normativiste,

juge constitutionnel. [...] La condition liée à l'identité de parties n'a pas de raison d'être dans le contentieux de constitutionnalité et n'est d'ailleurs pas exigée par le Conseil constitutionnel », X. Magnon, « Sur un pont-aux-ânes ? L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, pour une distinction entre « autorité » et « force » de chose jugée », *RFDA* n° 4, 2013, p. 862.

⁴⁵² Bertrand Mathieu estime par exemple que « l'article 62 [...] peut être analysé comme étendant [...] l'autorité de ces décisions à la chose interprétée » ; B. Mathieu, « Pour une reconnaissance de l'« autorité de la chose interprétée » par le Conseil constitutionnel », *D.*, 2003, p. 1508.

⁴⁵³ CC, Décision n° 62-18 L du 16 janvier 1962, *Nature juridique des dispositions de l'article 31 (alinéa 2) de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole*, *Rec.* p. 31, cons. 1.

⁴⁵⁴ Ainsi Pierre Pactet et Ferdinand Mélin-Soucramanien écrivent-ils : « [...] le fait que l'autorité des décisions s'attache à la fois aux motifs [...] et au dispositif [...] a pour conséquence de conférer une valeur quasi-constitutionnelle à l'interprétation du texte constitutionnel que l'on trouve inévitablement dans les motifs de ces décisions », P. Pactet, F. Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel*, Paris : Sirey-Dalloz, coll. Sirey université. Série Droit public, 37^e éd., 2019, p. 570.

⁴⁵⁵ Alexandre Viala écrit à cet égard que « le statut de cette réponse [du Conseil constitutionnel] est lui-même identique à celui d'une chose interprétée : elle est une interprétation de l'article 62 de la Constitution », A. Viala, « De la dualité du *sein* et du *sollen* pour mieux comprendre l'autorité de la chose interprétée », *RDP* n° 3, 2001, p. 779.

⁴⁵⁶ R. Capitant, « La coutume constitutionnelle », *Gazette du Palais*, 20 décembre 1929, reproduit à la *RDP* n° 4, 1979, p. 967. Ce propos de René Capitant ne concerne évidemment pas la jurisprudence du Conseil constitutionnel, mais vise plus généralement la conviction selon laquelle le droit n'est qu'écrit et la coutume constitutionnelle doit, ce faisant, être disqualifiée. On est frappé, à cet égard, de la symétrie que présentent des raisonnements qui valorisent l'écrit sous la III^e République et privilégient la jurisprudence sous la V^e.

⁴⁵⁷ Régis Ponsard distingue deux manières d'envisager l'autorité de la chose interprétée des décisions du Conseil constitutionnel : la « conception minimale » implique de considérer que les motifs de la décision « [...] s'imposeraient à leurs destinataires uniquement dans le cadre de « l'interprétation et de l'application » des normes à l'occasion desquelles le Conseil constitutionnel a produit ces énoncés [...] ».

plus attachée à la lecture restrictive de l'article 62⁴⁵⁸. Le droit politique semble pour sa part adhérer à la seconde de ces postures ; Pierre Avril affirme que « le dispositif d'une décision juridictionnelle est seul doté de force juridique, celle de l'autorité de chose jugée, tandis que la motivation sur laquelle elle se fonde n'a, en elle-même, qu'une valeur argumentative et ne s'impose pas au-delà de l'espèce tranchée »⁴⁵⁹. Cette idée bénéficie d'un argument de poids dans l'ineffectivité qui caractérise l'autorité de la chose interprétée, dès lors que celle-ci n'est pas de fait reconnue par les autorités juridictionnelles auxquelles elle devrait pourtant s'imposer⁴⁶⁰. Le droit politique semble donc faire sienne une formule de Georges Vedel selon laquelle le Conseil constitutionnel ne peut se targuer que d'une autorité « relative » de chose interprétée⁴⁶¹, du fait notamment de l'inconsistance logique de la thèse inverse⁴⁶².

La « [conception maximale] tend quant à elle à étendre la force reconnue par l'article 62 de la Constitution au dispositif et aux motifs qui en sont le soutien nécessaire, mais cela indépendamment des dispositions qui ont donné lieu à la production de la décision en cause [...] », R. Ponsard, « Questions de principe sur l'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel : normativité et pragmatisme », in B. Mathieu, M. Verpeaux (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Paris : Dalloz, coll. Les cahiers constitutionnels de Paris I, 2010, p. 34-35.

⁴⁵⁸ Charlotte Arnaud affirme à ce titre qu'« [...] en l'absence d'habilitation expresse à statuer par voie de dispositions générales et abstraites clairement inscrite dans la Constitution (et non pas déductible d'une disposition constitutionnelle au prix d'une lecture analogique du texte), les motifs employés par le Conseil constitutionnel au soutien de ses décisions ne sont pas dotés d'une autorité juridiquement contraignante », C. Arnaud, *L'effet corroboratif de la jurisprudence*, Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses de l'institut fédératif de recherche « Mutation des normes juridiques », 2016, p. 82. De même peut-on lire que « [...] si les décisions du Conseil ont autorité de chose jugée, cela ne signifie pas qu'elles aient valeur d'arrêts de règlement », L. Favoreu et alii, « Observations sous la décision n° 62-18 L du 16 janvier 1962, Loi d'orientation agricole », in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris : Dalloz, coll. Grands arrêts, 18^e éd., 2016, p. 179.

⁴⁵⁹ P. Avril, « Une « survivance » : le droit constitutionnel non écrit ? », in *Droit et politique à la croisée des cultures : Mélanges Philippe Ardant*, Paris : LGDJ, 1999, p. 9. On trouve ici l'expression d'une autorité relative de chose interprétée, telle qu'elle est définie par Guillaume Drago : « l'autorité des décisions n'est donc pas seulement une autorité de la chose jugée par le Conseil, elle peut aussi être qualifiée – en ce qui concerne les interprétations dégagées par le Conseil, tant de la Constitution que de la loi contrôlée – d'autorité de « chose interprétée », mais dont la force obligatoire se limite à la loi qui a donné lieu à cette interprétation [...] », G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, Paris : PUF, coll. Thémis. Droit, 4^e éd., 2016, p. 552.

⁴⁶⁰ Jacques Meunier démontre à ce titre qu'« elles ont admis la signification normative de l'article 62 et l'autorité qu'il confère aux décisions du Conseil constitutionnel. Mais invitées à en faire application, elles l'ont interprété d'une manière qui en restreignait la portée. Elles ont choisi d'y voir l'énonciation d'une simple autorité de la chose jugée et ainsi limité considérablement l'impact de ses décisions dans leur propre activité », J. Meunier, « Le Conseil constitutionnel et l'autorité de ses décisions », in D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats, E. Millard (dir.), *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris : Economica, 2006, p. 703.

⁴⁶¹ G. Vedel, « La responsabilité pénale du Président. Réponse à deux questions », *Pouvoirs* n° 92, 2000, p. 75.

⁴⁶² Carlos-Miguel Pimentel en appelle à la logique pour démontrer l'inanité de l'autorité absolue de la chose interprétée : la reconnaître supposerait que le juge soit lui-même lié par la règle de droit que constitue sa propre jurisprudence, ce qui rendrait tout revirement impossible ; C.-M. Pimentel, « De l'État de droit à l'État de jurisprudence ? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs », in A. Pariente (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007, p. 25-26.

142. Rien ne semble donc *a priori* justifier, ni dans le texte de la Constitution ni dans la jurisprudence elle-même, que le juge dispose d'un privilège herméneutique, qui découlerait d'une habilitation particulière ou d'une autorité spécifique. Pour autant subsiste, dans le droit politique comme dans la grande majorité de la doctrine, une différenciation inaltérable entre interprétation juridictionnelle et interprétation politique de la Constitution. Pierre Avril distingue ainsi soigneusement entre le juge comme interprète authentique du texte et les autres pouvoirs constitués comme interprètes simplement « autorisés »⁴⁶³. Le seul argument qui permette finalement de consacrer cette distinction découle d'une forme de légitimité qui ne serait ni normative ni pratique, mais historique. Le juge constitutionnel serait l'aboutissement de la culture constitutionnaliste⁴⁶⁴ et, en ce sens, il bénéficierait d'une autorité supérieure pour interpréter la Constitution, d'une forme d'habilitation historique. Si cet argument doit lui-même être relativisé⁴⁶⁵, il peut permettre d'expliquer la discrimination opérée en doctrine entre interprétation constitutionnelle et interprétation politique de la Constitution. Il ne permet cependant pas de reconnaître au juge une légitimité démocratique absolue.

⁴⁶³ « En matière constitutionnelle – écrit-il –, on distinguera ainsi l'interprète « authentique » proprement dit, qui est le Conseil constitutionnel en vertu de l'autorité que l'article 62 C attache à ses décisions, et les interprètes « autorisés » que sont les pouvoirs publics dans la mesure où ils interprètent les dispositions qui les concernent à l'occasion des décisions par lesquelles ils exercent leurs attributions. [...] La portée de ces deux types d'interprétations n'est pas la même, car elle dépend du statut de l'interprète, mais elles ont en commun de se traduire par l'édition de normes, ce qui les distingue de l'interprétation scientifique », P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 62.

⁴⁶⁴ Au sein même du droit politique, « il est important de relever que cette évolution du constitutionnalisme contemporain n'est pas accidentelle. Il était logique d'arriver à un juge constitutionnel, qui donne la meilleure solution au problème de la cohérence de la hiérarchie des normes », D. Baranger, « Temps et constitution », *Droits* n° 30, 1999, p. 69. C'est d'ailleurs un argument qui est formulé dans une perspective plus normativiste, par exemple par Louis Favoreu qui reconnaît au juge une légitimité historique. Il écrit par exemple : « [...] après les terribles expériences nazie et fasciste, il n'est plus possible de soutenir avec vraisemblance que le législateur ne peut mal faire », L. Favoreu, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC* n° 2, vol. 46, 1994, p. 557.

⁴⁶⁵ Christoph Möllers explique en effet que l'avènement de la justice constitutionnelle n'est pas une exigence du constitutionnalisme, mais une modalité de son expression. « [...] Il est important – écrit-il – de distinguer deux phénomènes : les exceptions au contrôle classique de légalité et l'absence d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Le premier est un élément nécessaire au constitutionnalisme sans lequel il n'y a pas de légalisation (*legalization*) de l'action politique. Le second n'est qu'une forme particulière de constitutionnalisme », C. Möllers, « Les Gardiennes d'une séparation : les constitutions comme instruments de protection des différences entre le droit et la politique », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

2. L'argument insuffisant de la représentativité du juge constitutionnel

143. L'autorité supérieure reconnue en doctrine à l'interprétation juridictionnelle de la Constitution tend à conférer au juge une légitimité qui tient moins à sa consécration par le pouvoir constituant qu'à sa fonction elle-même, qui lui permettrait de représenter un intérêt supérieur, celui du citoyen notamment. Cet argument intègre le plus souvent le mouvement doctrinal qu'il est désormais convenu d'appeler le « néo-constitutionnalisme »⁴⁶⁶, et avec lequel la théorie du droit politique a pu être confondue⁴⁶⁷. Il s'agit cependant de tempérer cette assimilation sans doute trop rapide, en montrant que les auteurs *juspolitistes* n'adhèrent pas à tous les arguments déployés au sein de cette doctrine, notamment en ce qui concerne la légitimité reconnue au juge⁴⁶⁸.

144. Les Cours constitutionnelles bénéficient d'abord souvent, dans la littérature juridique, d'une aura tenant au fait qu'elles sont réputées représenter la force rationnelle du droit face au tumulte politique. Actrices privilégiées de la « pacification de la vie politique »⁴⁶⁹, garantes de la « saisie de la politique par le droit »⁴⁷⁰, gardiennes de l'alternance politique⁴⁷¹, elles assureraient, au nom du droit, une protection permanente de la démocratie contre la politique. Le juge tirerait donc sa légitimité du fait qu'il n'est pas lui-même un organe politique⁴⁷². Cette croyance en la qualité purement juridique de

⁴⁶⁶ Le néoconstitutionnalisme peut en effet s'entendre comme un mouvement doctrinal résolument favorable à la justice constitutionnelle, et qui consacre sa participation légitime à la protection des valeurs fondamentales : P. Brunet, « Le droit est-il obligatoire ? La réponse positiviste à travers une analyse critique du « néoconstitutionnalisme » », *Le Genre humain* n° 44, 2005, p. 247-248.

⁴⁶⁷ X. Magnon, A. Vidal-Naquet, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p. 121.

⁴⁶⁸ L'opposition est plus largement notable sur la question générale de la légitimité du droit constitutionnel ; le néo-constitutionnalisme serait en effet « traversé par l'idée que la norme constitutionnelle vaut par elle-même et non par référence à des valeurs supérieures [...] », ce qui contrevient frontalement à la pensée déployée au sein du droit politique ; J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les Sens du droit, 2010, p. 9.

⁴⁶⁹ L. Favoreu, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC* n° 2, vol. 46, 1994, p. 567.

⁴⁷⁰ L. Favoreu, *La politique saisie par le droit : alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris : Economica, 1988, 153 p.

⁴⁷¹ Louis Favoreu louait, à ce titre, la capacité du juge constitutionnel à veiller à la « régulation et l'authentification des changements politiques », L. Favoreu, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC* n° 2, vol. 46, 1994, p. 568. C'est également le point de vue défendu par Dominique Rousseau, Pierre-Yves Gahdoun et Julien Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Domat droit public, 11^e éd., 2016, p. 60-61.

⁴⁷² Cette représentation d'une confrontation permanente entre droit et politique est mise en valeur par Stéphane Rials lorsqu'il dénonce la qualité de « sages » qui est souvent attribuée aux membres du Conseil constitutionnel. Il écrit notamment que « dire que les juges constitutionnels sont des « sages » revient [...] à dire que les politiques ne sont pas sages et débouche sur la mise en opposition, fructueuse pour la première, de la parole objective, vraie, de ceux qui savent et de la parole subjective, fautive, des partisans qui ne font que vouloir capricieusement », S. Rials, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *Le Débat* n° 64, 1991, p. 170.

l'action juridictionnelle se trouve nécessairement affaiblie par le rôle herméneutique qui lui est associé : le juge ne peut jamais seulement appliquer le droit, il participe à le créer. Le droit politique, en reconnaissant quelque valeur à ce présupposé réaliste, tend donc à réfuter l'opposition drastique entre pouvoir juridique et appréciation politique. Il ne renonce cependant pas totalement à distinguer la fonction juridictionnelle, dès lors qu'« un aspect de ce que l'on s'accorde [ainsi] consiste à énoncer [des] raisons *qui sont politiques sans pour autant être partisans*. Elles sont politiques parce qu'elles ont en vue le bien commun et les décisions qui s'imposent à son sujet. Mais elles ne sont pas partisans parce qu'elles doivent pouvoir être acceptées par tous les citoyens, voire par tous ceux qui sont intéressés par les résultats de la décision politique »⁴⁷³. Du point de vue du droit politique, on peut donc estimer que, si la croyance en la pure juridicité de la jurisprudence est en partie déconstruite, elle conserve une spécificité qui la distingue de l'exercice du pouvoir politique. Au juge revient toutefois la tâche de veiller à entretenir la croyance en sa propre légitimité⁴⁷⁴.

145. Il est un autre argument invoqué en doctrine au soutien de la légitimité de la justice constitutionnelle, c'est celui du caractère intrinsèquement démocratique de sa fonction. L'instauration d'un juge, et notamment d'un contrôle de constitutionnalité des lois, favoriserait en ce sens la représentation des intérêts des citoyens dans la prise de décision politique. Cette thèse est spécifiquement défendue en France par Dominique Rousseau, qui s'appuie sur elle pour proposer le concept de « démocratie continue »⁴⁷⁵. Dans cette perspective, « la politique démocratique est [considérée comme] une politique de l'écart [entre le peuple et ses représentants]. Non de la fusion »⁴⁷⁶. Or, pour Dominique Rousseau, le juge est l'instrument privilégié de cet « écart », en ceci qu'il permet de mettre en lumière « [...] plus clairement la séparation entre l'espace des citoyens structuré par les droits fondamentaux et l'espace des représentants structuré par la loi, séparation que le juge constitutionnel rendrait visible, symboliquement et pratiquement en

⁴⁷³ D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012 ; nous soulignons.

⁴⁷⁴ Éric Desmons estime en ce sens que la légitimité de la justice constitutionnelle repose principalement sur le discours qu'elle construit elle-même, à partir de « [...] la figure de la démocratie qu'elle produit, et non par son mode de fonctionnement interne ou par son origine. De ce point de vue, toute cour constitutionnelle se fait le promoteur d'une prophétie autoréalisatrice », É. Desmons, « Le normativisme est une scolastique (Brèves considérations sur l'avènement de la démocratie spéculaire présentée comme un progrès) », *Droits* n° 32, 2000, p. 26.

⁴⁷⁵ D. Rousseau, « De la démocratie continue », in D. Rousseau (dir.), *La démocratie continue. Actes du colloque de Montpellier, 2-4 avril 1992*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, 1995, p. 5-25.

⁴⁷⁶ D. Rousseau, *La V^e République se meurt, vive la démocratie*, Odile Jacob, 2007, p. 323.

opposant les droits constitutionnels des citoyens aux lois des représentants. Rien que par cette mise en opposition, rien que par ce contrôle, le Conseil manifesterait l'impossible fusion des droits des citoyens dans la volonté législative de leurs représentants et garantirait l'autonomie constitutionnelle de l'espace public »⁴⁷⁷. Sans entrer dans des considérations approfondies sur ce propos, on peut toutefois estimer que l'argument n'est pas décisif, dès lors que, « loin de mettre en lumière l'écart entre les représentants et les représentés, il déplac[e] la représentation fusion [...] du Parlement au Prétoire »⁴⁷⁸.

146. Ce qui est plus intéressant au titre de notre présente étude est le lien que noue la théorie de la démocratie continue entre juge constitutionnel et citoyens, et le présupposé qu'elle instaure de sa capacité à représenter systématiquement les intérêts du peuple. La démocratie ne revêt plus, dans ce cadre, une « [...] définition stricte supposant une décision populaire majoritaire censée exprimer la volonté générale »⁴⁷⁹, mais une sacralisation des droits fondamentaux, dont l'objet est, justement, de circonscrire l'influence de la volonté populaire directement exprimée⁴⁸⁰. Du point de vue du droit politique, cette définition de la démocratie par référence à la justice constitutionnelle semble insatisfaisante à divers égards. D'abord, elle conduit à sacraliser sa jurisprudence au nom de principes dont l'origine constitutionnelle n'est pas établie, et sans qu'il soit donc prouvé qu'ils correspondent à l'intérêt du peuple⁴⁸¹. Ce faisant, elle oblitère ensuite le caractère constructif de l'opération herméneutique, et prive dans le même temps la souveraineté constituante de toute portée⁴⁸².

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 324.

⁴⁷⁸ T. Carrère, *La démocratie constitutionnelle à l'épreuve du républicanisme. Sur la dualité philosophique du constitutionnalisme moderne*, thèse dact., Montpellier, 2017, p. 400.

⁴⁷⁹ A.-M. Le Pourhiet, « Définir la démocratie », *RFDC* n° 87, 2011, p. 459.

⁴⁸⁰ Cette ambition s'affiche clairement dans la proposition qui l'accompagne de supprimer tout recours au référendum : D. Rousseau, *Radicaliser la démocratie : propositions pour une refondation*, Paris : Seuil, 2015, p. 123-139. Le même auteur a d'ailleurs pu écrire dans la même perspective que « [...] la constitution se présente comme une « garantie contre le peuple » : elle protège les droits constitutionnels contre la volonté du peuple ou des élus du peuple », D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, 19 septembre 2008, disponible en ligne : <http://www.laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html>.

⁴⁸¹ Bastien François dénonce ainsi le fait que le juge constitutionnel « [...] devient le gardien d'un droit immanent à la société, qui lui est transcendant : prétendant parler directement au peuple au nom du peuple, et par là s'appropriant sa force symbolique, il devient le révélateur d'un texte jusqu'alors caché, dont lui seul est habilité à définir les principes de lecture », B. François, « Justice constitutionnelle et « démocratie constitutionnelle ». Critique du discours constitutionnaliste européen », *in Droit et politique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 63. Cette idée est manifestement incompatible avec la thèse *juspolitiste* consacrant la nécessité d'une interprétation volontariste du texte de la Constitution.

⁴⁸² Michel Troper démontre en ce sens que « [...] le raisonnement pêche sur deux points : même si l'on pouvait prouver que le Conseil constitutionnel n'exerce pas un pouvoir discrétionnaire et participe au travail herméneutique, à moins de soutenir qu'il ne fait qu'exprimer un sens déjà présent dans le texte et que c'est la volonté de l'auteur du texte qui prévaut – ce que [Dominique] Rousseau conteste lui aussi – il ne s'ensuivrait pas que le peuple (même constituant) serait souverain. Le sens de la Constitution serait donné

147. Le droit politique est pour sa part plus modéré – si ce n'est sceptique⁴⁸³ – quant au lien presque essentialiste qui peut exister entre justice constitutionnelle et démocratie. Ses auteurs ont ainsi davantage tendance à interroger leurs liens qu'à les consacrer. Pierre-Marie Raynal identifie en ce sens dans l'État de droit – reposant lui-même sur un large pouvoir conféré au juge constitutionnel – une tendance à l'aristocratie qu'il dénonce⁴⁸⁴. Dans cette perspective, la justice constitutionnelle est donc moins une garantie de la démocratie qu'une menace à son encontre ; l'hypothèse topique en la matière se concrétise d'ailleurs lorsque la jurisprudence conduit de fait à confisquer la souveraineté constituante⁴⁸⁵. Face à l'indétermination avérée de l'énoncé constitutionnel, c'est donc la décision du peuple qui reste la plus légitime pour le droit politique⁴⁸⁶. Or, si la fonction juridictionnelle n'est pas par elle-même une garantie de la démocratie du système politique, elle ne pourra revêtir une légitimité compatible avec elle qu'à raison de sa composition et du mode de nomination de ses juges⁴⁸⁷. Sur ce point cependant, le Conseil

non certes par le Conseil seul, mais par l'ensemble de ceux qui participent à ce « formidable travail herméneutique », en tout cas pas par le souverain. On ne sort donc pas de ce dilemme : ou bien on croit que l'interprète [...] révèle une vérité ; ou bien on admet qu'il produit quelque chose, même si cette production n'est pas une fonction de la volonté. Dans les deux cas, la volonté de l'auteur originaire a disparu », M. Troper, « Remarques à propos de l'analyse de Dominique Rousseau », in G. Drago, B. François, N. Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel : colloque de Rennes, 20 et 21 septembre 1996*, Paris : Economica, coll. Etudes juridiques, 1999, p. 380.

⁴⁸³ Même s'il ne semble pas dénier au juge constitutionnel une certaine efficacité dans la régulation des pouvoirs politiques, Stéphane Rials est plus dubitatif quant à sa capacité à garantir le caractère démocratique du régime : « on n'a, de toute façon, jamais vu les juges sauver une démocratie à l'agonie ! », S. Rials, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *Le Débat* n° 64, 1991, p. 175.

⁴⁸⁴ P.-M. Raynal, « L'État de droit comme forme de gouvernement. Essai de classification », *Civitas Europa* n° 37, 2016, p. 27-46. Il n'est pas le seul auteur à relever le principe aristocratique à l'œuvre dans la prévalence politique reconnue au juge constitutionnel. Voir par exemple : A.-M. Le Pourhiet, « Définir la démocratie », *RFDC* n° 87, 2011, not. p. 463. On trouve également en doctrine la qualification d'« oligarchie » ; par exemple : R. de Lacharrière, « Opinion dissidente », *Pouvoirs* n° 13, 991, p. 141. Éric Desmons emploie indifféremment les deux termes et évoque même un « despotisme judiciaire » : É. Desmons, « Peut-on encore critiquer la politique des droits de l'homme ? », *RDLF* 2019, chron. n° 26.

⁴⁸⁵ C'est le risque qu'évoque Olivier Beaud qui estime que « [...] la souveraineté constituante est menacée [...] par le pouvoir juridictionnel, car l'interprétation du juge peut se substituer à la volonté du constituant, le peuple en l'occurrence », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 308. C'est en ce sens d'ailleurs que le même auteur plaide pour que les lois constitutionnelles adoptées par référendum continuent d'échapper au contrôle du Conseil constitutionnel : O. Beaud, « Un plaidoyer modéré en faveur d'un tel contrôle », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 27, janvier 2010, p. 44.

⁴⁸⁶ Stéphane Rials l'expose clairement : « [...] si l'extension et le contenu de la Loi [...] sont [...] indécidables (ou même simplement : indécidables au-delà d'un socle étroit), alors mieux vaut s'en remettre à la décision majoritaire (ou de la majorité de la représentation politique) comme mode de terminaison d'une délibération aussi publique que possible », S. Rials, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *Le Débat* n° 64, 1991, p. 160.

⁴⁸⁷ Ainsi que l'écrivait déjà Kelsen d'ailleurs, « le caractère démocratique d'un tribunal constitutionnel ne peut dépendre – comme pour le chef d'État – que de la manière dont il est nommé et de sa position juridique », H. Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, trad. S. Baume, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2006, p. 114. Le même argument est formulé par le droit politique ; Olivier Beaud défend par exemple l'extension des compétences du Conseil constitutionnel en matière de

constitutionnel présente des lacunes certaines⁴⁸⁸, qui ne sont pas le moindre de ses défauts aux yeux des auteurs *juspolitistes*⁴⁸⁹.

§2 : Une critique justifiée en pratique

148. Les auteurs du droit politique se distinguent manifestement parmi la doctrine constitutionnelle par la critique acerbe qu'ils adressent au Conseil constitutionnel français. Ils ne sont évidemment pas les seuls à tenir des propos parfois virulents à son encontre⁴⁹⁰, mais ils se distinguent toutefois par les arguments qu'ils mobilisent à ce titre. L'analyse *juspolitiste* se présente d'abord comme une critique doctrinale, adressée aux chantres de la justice constitutionnelle qui sont taxés de cécité du fait d'un enthousiasme trop véhément à son endroit⁴⁹¹. Cette critique se recentre toutefois dans le cadre français autour d'une critique de la jurisprudence elle-même : si les constitutionnalistes doivent décidément entretenir une distance critique avec l'office du juge, c'est notamment parce que ce dernier présente en tant que tel un grand nombre de lacunes. En premier lieu, la jurisprudence serait en effet mécaniquement limitée par une habilitation constitutionnelle circonscrite (A). En second lieu, la lecture des décisions rendues témoignerait d'une faiblesse de l'argumentation mise en œuvre par le juge (B).

contrôle des lois constitutionnelles, à condition toutefois que la composition de l'institution soit modifiée, afin de lui conférer une légitimité organique accrue : O. Beaud, « Un plaidoyer modéré en faveur d'un tel contrôle », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 27, janvier 2010, p. 43-45.

⁴⁸⁸ Pour une critique détaillée de cette spécificité française, voir : P. Wachsmann, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus politicum* n° 5, décembre 2010.

⁴⁸⁹ O. Beaud, « Avant-propos », in R. Baumert, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique : les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres*, Clermont-Ferrand : Fondation Varenne, Paris : LGDJ, coll. des thèses, 2009, p. XXI.

⁴⁹⁰ Par exemple : G. Drago, « L'influence de la QPC sur le Parlement ou la loi sous la dictée du Conseil constitutionnel », *Jus politicum* n° 6, octobre 2011.

⁴⁹¹ La critique d'Éric Desmons est à cet égard éloquente : selon lui, le juge « [...] allait avoir besoin d'une légitimation pensée en termes démocratiques, qu'une grande partie de la doctrine se mit en devoir de satisfaire : c'est, en gros, l'objet de tous les manuels de contentieux constitutionnel, qui sont au culte de l'État de droit ce que les cathédrales furent au christianisme flamboyant », É. Desmons, « Peut-on encore critiquer la politique des droits de l'homme ? », *RDLF* 2019, chron. n° 26.

A. Une jurisprudence matériellement limitée

149. Le Conseil constitutionnel se distingue dans une large mesure de ses homologues européens dans la mesure où le champ de sa compétence – et partant, sa portée herméneutique – est considérablement limité. Loin de bénéficier d'une clause générale d'attribution⁴⁹², le juge ne peut donc livrer qu'une interprétation partielle du texte constitutionnel (1). Ce constat incite les auteurs du droit politique à étendre le champ de leur investigation à l'activité interprétative concurrente des autres pouvoirs constitués et, ainsi, à retenir une définition élargie du droit constitutionnel (2).

1. Une interprétation juridictionnelle limitée

150. L'étude de la jurisprudence du Conseil constitutionnel est révélatrice des limites qui entravent sa prétention à devenir l'interprète de toute la Constitution. Il ne s'agit pas ici de nier l'ampleur considérable de son influence sur le texte, mais de noter qu'elle est mécaniquement circonscrite et ne s'exerce qu'inégalement, dès lors que le juge ne bénéficie que d'une habilitation limitée. Une analyse comparatiste est à cet égard éloquente, puisqu'elle démontre un vaste champ d'action parfois accordé aux Cours constitutionnelles et dont le juge français est, lui, partiellement exclu.

151. Comme la plupart de ses homologues d'abord, le Conseil constitutionnel ne bénéficie que d'une compétence d'attribution ; il est assujéti à l'énumération des habilitations formulées dans le texte et, même en les interprétant largement pour son propre bénéfice⁴⁹³, il ne peut jamais outrepasser totalement les règles procédurales qui régissent sa saisine. Son travail d'interprétation constitutionnelle reste en outre incident, dès lors qu'il n'est pas expressément reconnu comme l'interprète authentique de toute la Constitution. Le Conseil constitutionnel, s'il peut prétendre au titre de Cour constitutionnelle du fait de sa compétence en matière de contrôle de constitutionnalité des

⁴⁹² L. Favoreu et alii, *Droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, coll. Précis Dalloz, 21^e éd., 2018, p. 376.

⁴⁹³ Ce qu'il est tout à fait susceptible de faire, puisqu'il est l'interprète de sa propre compétence : « [I]es acteurs [constitutionnels] sont créés par des actes qui n'ont que la signification subjective de norme. Leurs créateurs expriment la volonté que ces organes fonctionnent de telle manière et disposent de telle compétence. Mais ces dispositions doivent être interprétées, ce qui n'est autre que déterminer la norme qu'elles signifient. Seuls les acteurs mis en place leur confèrent, dans leur activité de production du droit, la signification objective de norme. Les interprètes authentiques ne sont donc soumis qu'aux normes qu'ils produisent, parmi lesquelles leurs propres normes d'habilitation », G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des Thèses, 2006, p. 502.

lois⁴⁹⁴, n'exerce donc pas toutes les fonctions qui peuvent être confiées à une telle institution.

152. Cela tient en premier lieu à la matière dont il est reconnu le maître ; le Conseil constitutionnel est amené à appliquer la Constitution à l'occasion notamment de deux cas de figure spécifiques : le contrôle de constitutionnalité des lois (articles 61 et 61-1 de la Constitution) et celui des engagements internationaux en passe d'être ratifiés (article 54). Encore le Conseil ne se reconnaît-il pas compétent pour contrôler l'ensemble des lois⁴⁹⁵. Lui échappe donc le contrôle des actes administratifs et des décisions juridictionnelles. En comparaison, on peut estimer que les juges constitutionnels allemand et espagnol, étant habilités à contrôler les normes infra-législatives⁴⁹⁶, étendent d'autant leur interprétation constitutionnelle, à toutes les dispositions spécifiquement concernées par elles. De même, les juges constitutionnels étrangers exercent parfois un contrôle des lois de révision de la Constitution. Si le Conseil constitutionnel français a, après certains atermoiements⁴⁹⁷, finalement renoncé une telle compétence, il s'est simultanément privé du pouvoir d'interpréter les dispositions constitutionnelles afférentes, notamment l'article 89, dont le dernier alinéa, visant la « forme républicaine du Gouvernement », est particulièrement sibyllin⁴⁹⁸. La doctrine, à l'instar du juge constitutionnel, semble bien consciente de la liberté herméneutique que lui conférerait un tel contrôle et c'est d'ailleurs à ce titre qu'elle le redoute⁴⁹⁹ ou qu'elle le défend⁵⁰⁰.

⁴⁹⁴ Luc Heuschling propose ainsi d'identifier la justice constitutionnelle à partir de trois critères susceptibles de caractériser sa fonction : la Constitution comme norme de référence, la loi comme objet, et l'annulation ou la non-application de celle-ci comme sanction ; L. Heuschling, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Épistémologie d'une distinction théorique », in C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin et P. Wachsmann (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 88.

⁴⁹⁵ Pour un résumé de la jurisprudence sur ce point, et sur l'exclusion notamment des lois référendaires du contrôle de constitutionnalité, voir : G. Carcassonne, M. Guillaume, « Article 61 », in *La Constitution*, Paris : Éd. Points, coll. Série Essais, 13^e éd., 2016, p. 304-305.

⁴⁹⁶ L'article 93 de la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 prévoit ainsi que « la Cour constitutionnelle fédérale statue : [...] sur les recours constitutionnels qui peuvent être formés par quiconque estime avoir été lésé par la personne publique dans l'un de ses droits fondamentaux [...] ». L'article 161 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 dispose que sa part que « le tribunal constitutionnel [...] est compétent pour connaître [...] du recours individuel pour violation des droits et des libertés [...] » ; cette disposition fonde un contrôle de constitutionnalité des actes législatifs, réglementaires et juridictionnels ». Plus spécifiquement encore, la Constitution de Lituanie habilite la Cour constitutionnelle à contrôler les actes du Président de la République et ceux du Gouvernement (article 105 de la Constitution du 25 octobre 1992).

⁴⁹⁷ Pour une analyse chronologique et critique de sa jurisprudence sur la question, voir : D. Baranger, « Un chantier qui ne prend jamais fin. Le juge, les révisions, et les autres formes de changement constitutionnel dans la France contemporaine », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017.

⁴⁹⁸ C'est ce qui semble justifier que le Conseil constitutionnel n'ait pas osé s'en saisir : A. Viala, « Limitation du pouvoir constituant. La vision du constitutionnaliste », *Civitas Europa* n° 32, 2014, p. 89.

⁴⁹⁹ Au nom du positivisme, Alexandre Viala écrit ainsi que « [...] l'utilisation de l'article 89 alinéa 5 comme norme de référence au service d'un contrôle de supra-constitutionnalité des lois de révision

153. Au-delà de son rôle premier de gardien de la hiérarchie de normes, le juge constitutionnel peut également être plus largement reconnu comme l'arbitre des conflits pouvant survenir entre les pouvoirs constitués⁵⁰¹. Les exemples étrangers ne manquent pas pour illustrer une compétence directe des Cours constitutionnelles sur les litiges proprement politiques⁵⁰². Le cas français se distingue toutefois à nouveau, dans la mesure où, « [...] si la garantie du jeu politique échoit au Conseil constitutionnel, depuis l'ouverture de son droit de saisine à l'opposition, c'est une garantie partielle limitée au contrôle de conformité des lois [...] »⁵⁰³. Si l'interprétation constitutionnelle que délivre le juge n'est jamais qu'incidente dans la fonction qui lui est confiée, elle est donc en outre entravée par un champ d'action indéniablement circonscrit.

154. La limite à l'interprétation juridictionnelle s'apprécie non seulement en termes qualitatifs – certaines dispositions constitutionnelles échappent à son contrôle – mais également en termes quantitatifs, c'est-à-dire par le nombre d'occasions qui lui sont données de s'adonner à sa compétence herméneutique⁵⁰⁴. Le juge constitutionnel français

conduirait à une situation dans laquelle la définition de « la forme républicaine du gouvernement » et la hiérarchie des valeurs que la société française doit observer serait livrée à l'entière subjectivité du juge », *ibid.*, p. 90.

⁵⁰⁰ Olivier Beaud estime par exemple que la « forme du Gouvernement » est un « concept institutionnel » et il encourage le juge à s'en saisir pour mieux lui restituer sa portée théorique : O. Beaud, « Le cas français : l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017. Il faut noter toutefois que certains auteurs ont pu défendre la mise en place du contrôle des lois constitutionnelles, à condition que l'alinéa 5 de l'article 89 soit doté d'une interprétation restrictive. C'était notamment le cas de Guy Carcassonne : « [...] une définition restrictive, ramenant seulement à l'interdiction de toute forme héréditaire de dévolution d'une fonction politique, suffirait à écarter les griefs plus fumeux et à dissiper le spectre d'aventures interprétatives », G. Carcassonne, « Un plaidoyer résolu en faveur d'un tel contrôle sagement circonscrit », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 27, janvier 2010, p. 47.

⁵⁰¹ Louis Favoreu définissait ainsi la Cour constitutionnelle comme l'institution chargée « [...] de trancher en termes juridiques des conflits d'ordre politique qui peuvent opposer les diverses branches du pouvoir (principalement les pouvoirs exécutif et législatif, mais aussi parfois le pouvoir judiciaire) », L. Favoreu, « Les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des Cours constitutionnelles », *in Au carrefour des droits : mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris : Dalloz, 2002, p. 38.

⁵⁰² Pour un exposé de la mise en œuvre de cette compétence en Europe, voir : L. Favoreu, W. Mastor, *Les cours constitutionnelles*, Paris : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2011, p. 104 et ss.

⁵⁰³ J. Benetti, « Existe-il deux gardiens de la Constitution ? Les fonctions d'arbitre du président de la République et du juge constitutionnel », *in* S. Mouton (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle : actes du colloque organisé les 9 et 10 octobre 2014*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, coll. Grands colloques, p. 149. Pierre Avril soutient le même argument lorsqu'il écrit à propos du Conseil constitutionnel que « [sa] compétence d'attribution s'exerce principalement sur la production des normes législatives, tandis que les rapports que les pouvoirs publics entretiennent entre eux échappent à son contrôle pour l'essentiel [...] », P. Avril, « Une « survivance » : le droit constitutionnel non écrit ? », *in Droit et politique à la croisée des cultures : Mélanges Philippe Ardant*, Paris : LGDJ, 1999, p. 5.

⁵⁰⁴ Deux obstacles principaux peuvent être identifiés comme les causes de cette réduction quantitative : la concurrence que constitue le contrôle de conventionnalité opéré par les juges ordinaires et le filtrage des Questions prioritaires de constitutionnalité que l'article 61-1 attribue finalement à la Cour de cassation et au Conseil d'État : D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Domat droit public, 11^e éd., 2016, p. 103.

est en effet, comme la très grande majorité de ses homologues⁵⁰⁵ et hors les cas de contrôle obligatoire⁵⁰⁶, assujetti à la saisine d'autres autorités. Certes, les modalités d'une telle saisine ont été diversifiées depuis 1958, puisqu'elle a été ouverte d'abord aux parlementaires de l'opposition⁵⁰⁷ puis aux justiciables eux-mêmes, par l'intermédiaire toutefois des juridictions dites ordinaires, et le pouvoir d'interprétation du Conseil constitutionnel s'en est mécaniquement trouvé décuplé⁵⁰⁸. Il reste pourtant des hypothèses dans lesquelles ceux-là mêmes qui peuvent recourir au juge vont *choisir* de ne pas le saisir, justement parce qu'ils entendent cultiver un point d'ombre constitutionnel et l'exploiter librement. Pierre Mouzet démontre ainsi que la saisine du Conseil constitutionnel représente parfois un « usage politiquement inutile et institutionnellement nocif », ce qui caractérise l'hypothèse dans laquelle « appliquer l'article 61 serait *ipso facto* un aveu d'impuissance, voire un signe d'allégeance au juge »⁵⁰⁹. Le Conseil constitutionnel dispose ainsi d'une compétence limitée, du fait de la réserve que manifestent des institutions qui ne souhaitent pas abdiquer en sa faveur leur propre pouvoir d'appréciation. Le raisonnement est aisément transposable au cadre plus spécifique de la Question prioritaire de constitutionnalité, qui confie *in fine* au Conseil d'État et à la Cour de cassation le soin de transmettre le recours. Plusieurs hypothèses de rejet à ce stade peuvent s'analyser comme une stratégie déployée par les Cours pour s'extraire d'une forme de tutelle du Conseil constitutionnel⁵¹⁰. La compétence

⁵⁰⁵ À notre connaissance, seule la Constitution serbe du 8 novembre 2006 prévoit que la Cour constitutionnelle peut se saisir elle-même (article 168 alinéa 1^{er}).

⁵⁰⁶ En France, la saisine est automatique pour le contrôle des lois organiques, pour celui des règlements des assemblées et, depuis 2008, pour le contrôle des initiatives parlementaires signées en vue d'un référendum d'initiative partagée ; c'est ce que prévoit le premier alinéa de l'article 61 de la Constitution.

⁵⁰⁷ Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974.

⁵⁰⁸ F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, Lextenso, coll. Manuel, 38^e éd., 2017, p. 825.

⁵⁰⁹ L'auteur évoque à ce titre le refus – persistant jusqu'à 2015 – du Président de la République de saisir le Conseil de la constitutionnalité d'une loi et celui du Gouvernement et des Présidents des Assemblées de le saisir d'une exception d'irrecevabilité au cours de la procédure législative : P. Mouzet, « La désuétude en droit constitutionnel », *RDP* n° 5, 2009, p. 1397. La première hypothèse s'est depuis concrétisée pour la première fois : CC, Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*, *JO* n° 0171 du 26 juillet 2015, p. 12751, texte n° 4. Quant à la seconde, elle se rencontrait aux débuts de la V^e République mais a disparu de la pratique depuis 1979 : G. Carcassonne, M. Guillaume, « Article 41 », in *La Constitution*, Paris : Éd. Points, coll. Série Essais, 13^e éd., 2016, p. 213-214.

⁵¹⁰ Ainsi peut s'expliquer notamment la réticence préalable de la Cour de cassation à transmettre une question de constitutionnalité portant non sur l'énoncé d'une loi, mais sur l'interprétation qu'en retient habituellement le juge judiciaire. Sur cette résistance de la Cour de cassation, voir par exemple : A. Viala, « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP* n° 4, 2011, p. 984-990. Sur la problématique plus vaste du « droit vivant », c'est-à-dire le contrôle incident de la jurisprudence des Cours ordinaires par le Conseil constitutionnel, voir : N. Maziau, « Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité. Retour sur l'expérience italienne et possibilités d'évolution en France », *D.* 2011, p. 529-535.

herméneutique du juge est ainsi mécaniquement limitée⁵¹¹. Il n'en reste pas moins que la Constitution tend de plus en plus à reconnaître au juge du Palais Montpensier un privilège, à défaut d'un monopole, quant à sa compétence pour l'interpréter, quoique la concurrence que représentent les autres pouvoirs constitués reste vivace en la matière.

2. Une interprétation juridictionnelle concurrencée

155. L'étude des travaux du droit politique démontre l'attachement que ses auteurs manifestent à la reconnaissance de la pluralité des interprètes du texte constitutionnel, et ce au nom des valeurs promues par le constitutionnalisme lui-même. Denis Baranger estime ainsi que « n'avoir qu'un seul interprète de (toute) la constitution, c'est engendrer, au sein d'une constitution libérale, une instance placée en position dominante »⁵¹². Le refus *juspolitiste* de consacrer le monopole herméneutique du juge n'est pas seulement le fondement d'une critique de la doctrine constitutionnelle ; il est aussi le moyen de conduire une analyse jugée plus réaliste de la pratique effective des institutions de la V^e République. L'expérience de la Constitution de 1958 révèle en effet avec éclat la concurrence qui sévit entre les différents pouvoirs constitués dans leur prétention à interpréter le texte constitutionnel.

156. On compte de fait de très nombreux interprètes de la Constitution, dont l'action serait, du point de vue du droit politique, trop souvent négligée par la doctrine⁵¹³. Parmi eux figure bien sûr le Président de la République, qui représente probablement le concurrent du Conseil constitutionnel le plus évident. Son pouvoir d'interprétation colossal s'est souvent manifesté depuis 1958 et, s'il est parfois jugé illégitime, n'en est

⁵¹¹ Résumant ce point de vue, Olivier Jouanjan estime que « dans l'absence de compétence générale qui toucherait soit à l'interprétation de la Constitution, soit au règlement des litiges entre organes constitutionnels [...], le Conseil constitutionnel n'exerce qu'un fort médiocre contrôle sur les questions mettant en jeu l'organisation constitutionnelle de la séparation des pouvoirs, soit indirectement à travers le contrôle de constitutionnalité, soit à travers les seules procédures de protection du domaine réglementaire. Le système laisse à l'appréciation souveraine d'organes politiques l'interprétation et la pratique de pans entiers de l'ordre constitutionnel [...] », O. Jouanjan, « Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? », *Droits* n° 43, 2006, p. 82.

⁵¹² D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

⁵¹³ Olivier Beaud évoque à ce titre plusieurs institutions pêle-mêle parmi lesquelles le Défenseur des droits, les autorités administratives indépendantes, les comités ministériels, le Secrétariat général de l'Élysée, etc. ; O. Beaud, « Qu'est-ce que le droit constitutionnel peut-il encore faire pour l'État ? », in X. Magnon, S. Mouton (dir.), *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain ?*, Colloque organisé à Toulouse les 29 et 30 septembre 2016 (actes à paraître).

pas moins reconnu par la doctrine⁵¹⁴. La concurrence que se livrent les interprétations présidentielles et jurisprudentielles n'est pourtant pas toujours manifeste, dès lors qu'elle n'a jamais pris la forme d'un conflit politique ouvert, comme cela a pu être le cas à l'étranger⁵¹⁵. On trouve en revanche dans l'histoire française des hypothèses de conflits potentiels, dans lesquelles l'affrontement des interprètes n'a pu être évité qu'au prix d'un effacement du Conseil constitutionnel. Ce fut le cas en 1962, lorsque l'article 11 fut mis en œuvre par le général de Gaulle pour réviser la Constitution⁵¹⁶ ; ce fut également le cas en 1986, lorsque François Mitterrand démentit le Conseil constitutionnel sur la portée de la notion d'« indépendance nationale » mentionnée aux articles 5 et 16 de la Constitution, et ce afin de justifier sa décision de ne pas signer les ordonnances présentées par le Gouvernement⁵¹⁷. Le développement sans précédent de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de sa compétence herméneutique s'est toutefois accompagné d'une révérence accrue du discours politique à l'égard de l'office du juge⁵¹⁸ ; les hypothèses de controverse opposant Président de la République et Conseil constitutionnel se sont donc amenuisées. Ainsi a-t-on vu pour la première fois en 2015, le chef de l'État saisir le juge

⁵¹⁴ Par exemple : R. Romi, « Le Président de la République, interprète de la Constitution », *RDP* n° 5, 1987 p. 1265-1295.

⁵¹⁵ On pense notamment aux États-Unis qui ont été le théâtre d'une lutte virulente entre présidence et Cour suprême à l'époque de la mise en œuvre de la politique du *New Deal*, décidée par la première et contrecarrée par la seconde : « [...] le problème n'était [alors] pas avec la Constitution, mais avec les juges. Il s'agissait de changer non pas le droit, mais l'interprétation que les juges en faisaient », É. Zoller, *Histoire du gouvernement présidentiel américain*, Paris : Dalloz, 2011, p. 269. Le conflit s'est soldé par un coup de force du Président Roosevelt, qui menaça, avec la complicité acquise du Congrès, de « [...] porter à quinze le nombre de juges pour obtenir un renversement de majorité » à la Cour. Cette menace n'eut pas besoin d'être concrétisée pour être efficace ; G. Scoffoni, « Le Congrès des États-Unis et la remise en cause des interprétations constitutionnelles de la Cour suprême. Sur la conciliation entre justice constitutionnelle et théorie démocratique », *RFDC* n° 16, 1994, p. 680. Pour un récit plus détaillé de l'opposition entre Président et Cour suprême sur la politique du *New Deal*, voir : É. Zoller, *Histoire du gouvernement présidentiel américain*, Paris : Dalloz, 2011, p. 269-273.

⁵¹⁶ Le Conseil constitutionnel a alors choisi de renoncer à la compétence de contrôle des lois référendaires, mais sa décision aurait pu être inverse, de façon également convaincante. Aussi Isabelle Richir écrit-elle que « [...] si les termes de l'article 5 sont suffisamment ambigus pour ne pas avoir à reprocher à son détenteur [le Président de la République] ses interprétations, les articles 60 et 61, alinéa 2, sont tout aussi nébuleux pour envisager une traduction tout aussi personnelle que celle du premier personnage de l'État. Or, ce dernier a choisi un sens largement avantageux pour sa fonction alors que le Conseil est indubitablement en deçà de ce qu'il pourrait faire », I. Richir, *Le Président de la République et le Conseil constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1998, p. 245.

⁵¹⁷ Affirmant pourtant qu'il « [...] pense comme le Conseil constitutionnel », le Président propose dans la foulée une interprétation subtilement distincte de celle qu'avait retenue le juge ; F. Mitterrand, Interview du 14 juillet 1986 conduite par Y. Mourousi, disponible en ligne : <http://discours.vie-publique.fr/notices/867009700.html>. Voir, en comparaison : CC, Décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, *Rec.* p. 61, cons. 57 à 61.

⁵¹⁸ A. Le Divellec, « Un ordre constitutionnel confus. Indicibilité et incertitudes de la Constitution française », in D. Chagnollaud (dir.), *Les 50 ans de la Constitution : 1958-2008*, Paris : Litec LexisNexis, 2008, p. 152.

du contrôle de la constitutionnalité d'une loi⁵¹⁹, alors même que la réserve qu'avaient observée ses prédécesseurs à cet égard démontrait leur volonté de préserver leur propre compétence quant à l'interprétation de la Constitution⁵²⁰. Symboliquement, le juge semble donc bien avoir conquis une force politique que les constituants de 1958 ne pouvaient suspecter⁵²¹. Pour autant, la faveur dont il bénéficie ne paraît pas devoir faire disparaître toute concurrence en matière herméneutique. Pierre Avril a démontré en ce sens que la seule menace de la censure juridictionnelle pouvait au contraire stimuler l'imagination des pouvoirs politiques, qui recourent à divers expédients pour échapper à son emprise et continuer à faire vivre leur propre interprétation⁵²². Dans cette perspective, « l'amplitude, la variété et l'originalité, parfois insoupçonnées, des formes qu'emprunte le gouvernement des juges constitutionnels [...] n'ont donc d'égaux que les trésors d'imagination dont font preuve, dans le domaine de l'ingénierie institutionnelle, les autres acteurs juridiques qui tentent de se garder de l'influence des premiers »⁵²³.

157. La lutte entre les interprètes constitutionnels se manifeste également sur le terrain judiciaire ; les juges ordinaires d'abord disposent d'une compétence traditionnelle indéniable – quoique limitée – en la matière⁵²⁴, compétence qui s'est notablement accrue depuis la mise en place de la Question prioritaire de constitutionnalité : acteurs incontournables du « filtrage », Conseil d'État et Cour de cassation seraient ainsi devenus les juges constitutionnels de droit commun⁵²⁵. Le Conseil constitutionnel n'est certes pas

⁵¹⁹ François Hollande a en effet rompu la tradition en saisissant le Conseil constitutionnel, le 25 juin 2015, de la loi relative au renseignement. Voir en ce sens : CC, Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*, JO n°0171 du 26 juillet 2015, p. 12751, texte n° 4. Cette saisine se pensait certainement comme une action symbolique, puisqu'elle a eu lieu le même jour que celle du Président du Sénat.

⁵²⁰ La saisine présidentielle induit en effet pour son auteur de se « [...] déconsidér[er] en tant que gardien de la Constitution ; [même] si le Conseil lui donne raison, la censure n'en prouve pas moins qu'il ne pouvait agir seul [...] », P. Mouzet, « La désuétude en droit constitutionnel », *RDJ* n° 5, 2009, p. 1397.

⁵²¹ D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Domat droit public, 11^e éd., 2016, p. 105.

⁵²² Pierre Avril évoque en ce sens la séance des questions au Gouvernement du mercredi après-midi qui, pendant plus de vingt ans est restée non écrite, afin que le Conseil constitutionnel ne puisse la censurer au nom d'une interprétation constitutionnelle jugée paralysante ; P. Avril, « Une « survivance » : le droit constitutionnel non écrit ? », in *Droit et politique à la croisée des cultures : Mélanges Philippe Ardant*, Paris : LGDJ, 1999, p. 7.

⁵²³ G. Tusseau, « Le gouvernement [contraint] des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques – ou l'art partagé de ne pas pouvoir avoir toujours raison », *Droits* n° 55, 2012, p. 82-83.

⁵²⁴ La Constitution est ainsi traditionnellement appliquée par les Cours suprêmes, notamment à l'occasion du contrôle des décisions des juridictions inférieures. Voir en ce sens : J.-L. Mestre, « Le contrôle par la Cour de cassation et le Conseil d'État : perspectives historiques », in M. Fatin-Rouge Stéfanini, C. Severino (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC ?*, Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2017, p. 27-48.

⁵²⁵ C'est ce que soutient par exemple : A. Roblot-Troizier, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 40, juin 2013, p. 56-59. Voir également : S.-J.

resté inerte face à l'intrusion de ces nouvelles institutions dans son périmètre d'action ; on peut par exemple estimer que l'interprétation qu'il a livrée de la loi organique prévoyant les conditions d'application de l'article 61-1⁵²⁶ visait justement à préserver son monopole. Ainsi en va-t-il notamment de la portée qu'il reconnaît au caractère nouveau que doit revêtir la question de constitutionnalité qui espère atteindre son office⁵²⁷. Selon Marc Guillaume, « le Conseil constitutionnel est ainsi renforcé dans son rôle d'interprète de la Constitution. Son action, dans le cadre de l'article 61-1, ne sera pas seulement de censurer des dispositions législatives, mais aussi d'assurer l'interprétation uniforme de la Constitution, même dans les cas dans lesquels la disposition législative contestée n'apparaît pas contraire à la Constitution »⁵²⁸. On peut douter de cette appréciation et considérer qu'au contraire, le critère de la nouveauté ainsi entendu permet de renforcer la compétence des juridictions ordinaires chargées de l'identifier⁵²⁹. En tout état de cause cependant, le Conseil constitutionnel n'est pas isolé dans son travail herméneutique, sa compétence étant notamment disputée par les Cours suprêmes des ordres administratif et judiciaire.

158. Pendant longtemps, la concurrence des interprètes s'est d'ailleurs souvent soldée par un effacement du juge constitutionnel au profit des institutions politiques, et notamment le Président de la République⁵³⁰. C'est particulièrement net à l'aube de la V^e République, lorsque le juge du Palais Montpensier apparaît dans une position précaire face à la légitimité éclatante du chef de l'État⁵³¹. Au-delà des périodes de cristallisation

Liéber, D. Botteghi, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun », *AJDA* 2010, p. 1355-1365 ; ou encore : V. Saint James, « Les décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État de ne pas transmettre une QPC : la place des cours souveraines en question ? », *RDP* n° 3, 2012, p. 621-627.

⁵²⁶ CC, Décision n° 2009-395 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, *Rec.* p. 206.

⁵²⁷ Le Conseil constitutionnel estime en effet « [...] que le législateur organique a entendu, par l'ajout de ce critère [de la nouveauté], imposer que le Conseil constitutionnel soit saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application », *ibid.* ; cons. 21.

⁵²⁸ M. Guillaume, « L'autorité des décisions du Conseil : vers de nouveaux équilibres ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 30, janvier 2011, p. 67.

⁵²⁹ C'est ce que suggère notamment Agnès Roblot-Troizier qui écrit que « [...] si le caractère sérieux de la question de constitutionnalité conduit à une appréciation de la pertinence de la question, le caractère nouveau invite à considérer son opportunité, de sorte que le Conseil constitutionnel se mue en une juridiction constitutionnelle d'exception », A. Roblot-Troizier, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 40, juin 2013, p. 59.

⁵³⁰ R. Romi, « Le Président de la République, interprète de la Constitution », *RDP* n° 5, 1987 p. 1287.

⁵³¹ Ainsi, en 1962, « [...] il faut reconnaître que le Conseil n'a pas les moyens de s'opposer à une volonté présidentielle », I. Richir, *Le Président de la République et le Conseil constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1998, p. 245. Dans le même sens, « l'invocation de sa compétence d'attribution revêt en 1962 un enjeu crucial : elle est sans aucun doute alors la condition de sa survie en lui évitant de s'opposer frontalement au chef de l'État [...] », J. Benetti, « Existe-il deux gardiens de la Constitution ? Les fonctions d'arbitre du président de la République et du juge constitutionnel », *in* S.

des enjeux politiques, la relation entre les deux interprètes témoigne d'« [...] une logique de coopération, plutôt que d'animosité »⁵³². On peut noter toutefois un certain infléchissement dans la préséance reconnue par le juge au Président de la République ; en doctrine comme dans le fonctionnement effectif du régime politique, le Conseil constitutionnel semble désormais prévaloir comme interprète sinon exclusif, du moins légitime de la Constitution. S'il ne dispose pas d'une habilitation textuelle indiscutable d'un point de vue juridique, au moins bénéficierait-il d'une autorité « morale »⁵³³ ou « persuasive »⁵³⁴. Étrangers à cette ferveur, les auteurs du droit politique constatent que « [...] le renvoi systématique à un seul interprète, le fait que les composantes de l'équilibre constitutionnel s'en rapportent à lui sans même tenter de se comprendre elles-mêmes, pose problème. Loin d'être une situation idéale, on peut y voir l'indice d'une régression dans l'évolution d'ensemble du constitutionnalisme »⁵³⁵. Ce mouvement, à la fois doctrinal et politique, n'est pas propre au système français puisque la justice constitutionnelle bénéficie d'une faveur politique comparable dans de nombreux autres États⁵³⁶.

159. En France, le décalage reste pourtant patent entre la réalité que constate une analyse pratique des institutions et l'engouement que suscite dans la doctrine la figure juridictionnelle ; le droit politique est ainsi réticent à admettre avec plusieurs auteurs *que*

Mouton (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle : actes du colloque organisé les 9 et 10 octobre 2014*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, coll. Grands colloques, p. 148.

⁵³² F. Savonitto, *Les discours constitutionnels sur la « violation de la Constitution » sous la V^e République*, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2013, p. 310. L'auteur poursuit : « cette relation de coopération se confirme au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, laquelle vient rarement infirmer une interprétation présidentielle d'une des dispositions de la Constitution », *ibid.*

⁵³³ O. Dutheillet de Lamothe, « L'autorité de l'interprétation constitutionnelle », in F. Mélin-Soucramanien (dir.), *L'interprétation constitutionnelle : actes de la table ronde de l'Association internationale de droit constitutionnel, Bordeaux, 15 et 16 octobre 2004*, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 197.

⁵³⁴ R. de Gouttes, « Conclusions sur l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 10 octobre 2001 », *RFDC* n° 49, 2002, p. 68.

⁵³⁵ D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

⁵³⁶ Aux États-Unis par exemple, « les juges décident en dernier ressort et pour l'ensemble de la population ce que la Constitution signifie », alors même qu'« il n'en a pas toujours été ainsi », L. Kramer, « Au nom du peuple. Qui a le dernier mot en matière constitutionnelle ? », *RDP* n° 4, 2005, p. 1027-1028. Guy Scoffoni parvient au même constat : « la Cour suprême a affirmé dans la période contemporaine le principe selon lequel le pouvoir judiciaire fédéral détient la prérogative suprême d'interprétation finale de la loi au regard de la Constitution » ; G. Scoffoni, « Le Congrès des États-Unis et la remise en cause des interprétations constitutionnelles de la Cour suprême. Sur la conciliation entre justice constitutionnelle et théorie démocratique », *RFDC* n° 16, 1994, p. 676. C'est également le cas en Europe, notamment en Allemagne, où s'est installée une véritable « [...] omnipotence de la figure du juge constitutionnel » en matière d'interprétation, omnipotence acceptée aussi bien par les institutions que par l'opinion publique : S. Pinon, *Les systèmes constitutionnels dans l'Union européenne : Allemagne, Espagne, Italie et Portugal*, Bruxelles : Larcier, coll. Europe. Manuels Larcier, 2015, p. 145.

« le Conseil constitutionnel a conquis suffisamment d'autorité pour être considéré comme l'interprète incontestable de la Constitution. Il dit le droit constitutionnel, le droit constitutionnel réel, sur les sujets dont il est saisi. Le spécialiste peut, à l'occasion, estimer telle ou telle décision contestable, voire telle ou telle argumentation infondée. [...] Mais c'est parfaitement inopérant dans le droit réel sur lequel le Conseil a un monopole absolu »⁵³⁷. Les auteurs juspolitistes enjoignent au contraire leurs collègues à davantage de discernement, au-delà de la seule considération du juge, car, « sur l'interprétation de la Constitution, il semble désormais que le Conseil constitutionnel règne sans partage ou presque. Si concurrence il y a, c'est avec d'autres juridictions. On peut se demander si l'on n'est pas parvenu à une situation de *surestimation* du pouvoir d'interprétation authentique de la constitution par le Conseil constitutionnel »⁵³⁸. Cette surestimation doctrinale représenterait fondamentalement un appauvrissement de la pensée constitutionnelle⁵³⁹, dès lors que le juge français lui-même ne présente de la Constitution qu'une interprétation tronquée et, partant, décevante.

B. Une jurisprudence matériellement décevante

160. Si le droit politique se montre critique à l'égard de la doctrine qui a consacré le monopole du juge à énoncer le droit de la Constitution, c'est non seulement parce que la réalité politique semble la démentir, mais également parce que la jurisprudence semble incapable de restituer toute la complexité de l'objet constitutionnel. La critique acerbe formulée par Jean-Marie Denquin est à ce titre éloquente : « la problématique a fait place au dogme, la théologie s'est dégradée en catéchisme. La réflexion passe pour n'être plus utile, car les problèmes sont supposés résolus : le Conseil constitutionnel n'est-il pas la

⁵³⁷ G. Carcassonne, M. Guillaume, « Article 62 », in *La Constitution*, Paris : Éd. Points, coll. Série Essais, 13^e éd., 2016, p. 313 ; nous soulignons. Guillaume Drago justifie pour sa part que la jurisprudence constitutionnelle soit seule considérée au titre du droit : « [...] l'interprétation de la Constitution énoncée par le Conseil constitutionnel demeure l'élément majeur auquel on doit faire référence, au-delà de la pratique constitutionnelle des autres acteurs constitutionnels, Exécutif et Parlement, qui peuvent donner une interprétation de telle ou telle disposition constitutionnelle, mais qui ne peut avoir qu'une valeur pratique et non juridique ». G. Drago, « La qualité de l'argumentation constitutionnelle », *RFDC* n° 102, 2015, p. 344.

⁵³⁸ D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012 ; nous soulignons.

⁵³⁹ Jean-Marie Denquin estime ainsi qu'« il est particulièrement mal venu d'attendre la lumière des décisions du Conseil. Qu'une partie de la doctrine succombe à cette tentation entraîne un appauvrissement singulier du droit constitutionnel », J.-M. Denquin, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

fin, à tous les sens du mot, de l'histoire ? Il ne reste donc qu'à faire l'exégèse de ses menus propos. Entreprise plutôt déceptive, malheureusement, car le mélange inimitable de bricolage et d'*imperatoria brevitatis* qui caractérise la jurisprudence de celui-ci peut difficilement passer pour une doctrine et ne possède même pas assez de substance pour permettre à ses déférents interprètes d'en induire une pensée. Qu'importe, d'ailleurs, s'il s'agit non d'élaborer et de discuter rationnellement des solutions juridiques, mais de croire ? »⁵⁴⁰. Le droit politique refuse quant à lui de faire de la jurisprudence l'épicentre de la réflexion qu'il conduit sur le droit constitutionnel ; elle ne délivre en effet que des argumentations lacunaires (1), ce qui entrave notamment sa capacité à théoriser la Constitution comme elle le mériterait (2).

1. La faiblesse argumentative de la jurisprudence

161. La « brièveté »⁵⁴¹ des décisions du Conseil constitutionnel est depuis longtemps admise par la doctrine, et assumée par l'institution elle-même⁵⁴². La brièveté de la motivation n'est d'ailleurs pas propre à la jurisprudence constitutionnelle, mais est souvent regardée comme la marque d'une tradition française⁵⁴³. Du point de vue du droit politique, ce constat revêt toutefois une portée spécifique au niveau constitutionnel, ne serait-ce que parce que le Conseil constitutionnel semble abuser de cette liberté que lui confère une motivation traditionnellement laconique ; à l'occasion, il s'affranchirait ainsi des exigences de justification liées à sa fonction⁵⁴⁴. Même au-delà de cette hypothèse

⁵⁴⁰ J.-M. Denquin, « Préface », in G. Burdeau, *Ecrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2011, p. 19.

⁵⁴¹ Sur cette question, voir la thèse de référence en la matière : F. Malhière, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation) : contribution à l'étude des représentations de la justice*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2013, 665 p.

⁵⁴² Alors secrétaire général du Conseil constitutionnel, Marc Guillaume affirme par exemple que « l'essentiel reste pour le Conseil constitutionnel que les motivations de ses décisions conservent leur rigueur de raisonnement inhérente à leur rédaction brève tout en fournissant l'ensemble des éléments utiles à leur compréhension », M. Guillaume, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel », *AIJC* n° 28, 2012, p. 51. En tant que membre du Conseil, Nicole Belloubet expose pour sa part les nécessités de la brièveté, tout en justifiant par ailleurs qu'elle soit tempérée : N. Belloubet, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel : modifier et réformer », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 55-56, 2017, p. 5-21.

⁵⁴³ Fanny Malhière affirme en ce sens que « la brièveté qui caractérise la rédaction des décisions de justice en France relèverait ainsi de l'exception culturelle française », F. Malhière, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation) : contribution à l'étude des représentations de la justice*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2013, p. 4.

⁵⁴⁴ À propos de la décision du Conseil constitutionnel rendue le 9 août 2012, Olivier Beaud estime par exemple que « [...] si une telle décision devait être contrôlée par n'importe quelle autre juridiction, celle-ci lui reprocherait un défaut manifeste de motivation », O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel et le traitement

somme toute ponctuelle, les décisions du juge constitutionnel français présenteraient une concision structurelle problématique, qui limiterait sérieusement ses prétentions à devenir l'interprète omnipotent de la Constitution.

162. Le problème fondamental que suscite la brièveté des décisions du Conseil constitutionnel repose dans l'entreprise de dissimulation qu'elle traduit : le juge n'expliquerait pas le raisonnement qu'il a effectivement suivi, mais celui – tronqué et trompeur – qu'il choisit de mettre en exergue pour justifier sa décision. En ce sens, « la motivation brève joue le rôle de masque, de déguisement derrière lequel le juge se dissimule pour rendre la décision de la juridiction à laquelle il appartient »⁵⁴⁵. Le laconisme du Conseil n'est pas fortuit ; il peut au contraire être perçu comme une stratégie mise en œuvre afin tout à la fois de renforcer sa légitimité et d'étendre son pouvoir d'appréciation. Ainsi, « la rédaction elliptique ainsi que la froideur du style réduisent le jugement à sa plus simple expression, celle de la norme appliquée aux faits par le juge. Ce dernier n'apparaît que comme le serviteur anonyme de la norme découlant de l'ordre juridique qui le transcende et l'oblige »⁵⁴⁶. En d'autres termes, ici ceux de Denis Baranger, « [...] cette pratique institutionnelle de la motivation faible s'apparente à une forme très accusée de formalisme et de recours presque systématique au mode déductif »⁵⁴⁷. Le Conseil constitutionnel, en cherchant à se présenter comme un simple organe d'application de la Constitution, poursuivrait donc sa propre légitimité et sa propre acceptabilité⁵⁴⁸ par les autres pouvoirs constitués⁵⁴⁹.

du président de la République : une hérésie constitutionnelle (à propos de la décision du 9 août 2012) », *Jus politicum* n° 9, juillet 2013. Avec Patrick Wachsmann, l'auteur évoque une seconde illustration : « pour en donner un exemple plus récent, et toujours dans le domaine du contrôle *a priori*, on prendra la décision du Conseil constitutionnel du 7 octobre 2010 relative à la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, dite « loi anti-burqa ». Sur un problème complexe qui mettait en cause non seulement la liberté religieuse, mais aussi la liberté personnelle et celle d'aller et de venir, la décision frappe par la pauvreté, quantitative et qualitative, de sa motivation [...]. Une telle décision est très loin de répondre aux attentes légitimes des citoyens et des juristes », O. Beaud, P. Wachsmann, « Ouverture », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

⁵⁴⁵ F. Malhière, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation) : contribution à l'étude des représentations de la justice*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2013, p. 151.

⁵⁴⁶ *Ibid.*

⁵⁴⁷ D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

⁵⁴⁸ L'expression est employée par Nicole Belloubet, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel : modifier et réformer », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n°s 55-56, 2017, p. 15.

⁵⁴⁹ Paradoxalement pourtant, on peut considérer que le développement d'une jurisprudence plus prolifique conduirait précisément au même point ; ainsi Fanny Malhière écrit-elle que, « alors que la persistance de la rédaction lapidaire au sommet de la justice française entretient sans succès la fiction selon laquelle le juge applique le texte sans l'interpréter, la motivation développée par les cours participe à la reconnaissance du juridictionnel comme pouvoir légitime », F. Malhière, *La brièveté des décisions de*

163. Cet argument est toutefois nécessairement relativisé par la conviction désormais classique en doctrine, du pouvoir d'appréciation inestimable du juge constitutionnel ; aucun commentateur n'est plus la dupe du décorum ostensiblement affiché par le Conseil. Mais le recours au masque de l'interprétation comme acte de connaissance n'en reste pas moins problématique selon les auteurs *juspolitistes*, notamment parce qu'il brouille l'analyse doctrinale de la jurisprudence et de sa légitimité. La faiblesse de la motivation du juge constitutionnel repose en effet en premier lieu sur la complicité active de ses commentateurs, qu'ils soient « autorisés »⁵⁵⁰ ou organiquement indépendants du Conseil constitutionnel. Le laconisme du juge s'appuie en ce sens sur la volubilité de la doctrine⁵⁵¹, qui revendique en retour une participation active à la construction du droit de la Constitution⁵⁵². Il en résulte une relation d'étroite interdépendance entre Conseil constitutionnel et commentateurs, par laquelle ils assoient mutuellement leur légitimité respective, le premier en rendant nécessaire le commentaire doctrinal, les seconds en apportant à la jurisprudence la justification qui manque à ses décisions.

164. Ce mouvement circulaire concrétise le risque dénoncé par le droit politique, celui de la disparition de toute distance critique de la doctrine à l'égard de la jurisprudence. Les juristes se conforteraient dans une posture où il n'est plus utile de distinguer entre ce que fait le juge et ce qu'il dit qu'il fait⁵⁵³, et appauvriraient d'autant le discours qu'ils sont pourtant censés produire sur le droit constitutionnel⁵⁵⁴. En outre, dans l'hypothèse du

justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation) : contribution à l'étude des représentations de la justice, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2013, p. 535.

⁵⁵⁰ À propos de la problématique des commentaires autorisés des décisions du Conseil constitutionnel livrés par son Secrétariat général, Denis Baranger écrit que « [...] cette pratique n'aide pas à clarifier le lieu précis où s'accomplit cette fonction », D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

⁵⁵¹ « Au demeurant, les juges constitutionnels peuvent se permettre d'être laconiques dans leurs décisions puisqu'ils peuvent s'appuyer sur un ensemble cohérent de principes doctrinaux élaborés au fil du temps dans la littérature juridique », D. Baranger, « Un chantier qui ne prend jamais fin. Le juge, les révisions, et les autres formes de changement constitutionnel dans la France contemporaine », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017.

⁵⁵² Dominique Rousseau écrit par exemple que « [l]a légitimité d'interprète [du Conseil constitutionnel] dépend en effet, au-delà de son fondement constitutionnel, de la reconnaissance de sa jurisprudence par la communauté des juristes », D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP* n° 1, 1990, p. 17.

⁵⁵³ Le silence de la jurisprudence représente au contraire une brèche que le juriste est appelé à combler ; en effet, même si le juge apprécie un certain nombre d'éléments au moment de décider, « [...] il n'est pas sûr que la rédaction de la motivation en port[e] la trace. C'est pourquoi, la différence entre « avoir des raisons » et « donner des raisons » peut conduire à s'interroger sur la possible existence d'arguments déterminants, juridiques ou extra-juridiques, non exprimés dans la décision », S. Salles, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2016, p. 4.

⁵⁵⁴ C'est au nom de cette distance critique que le droit politique dénonce la tendance à l'arrêtisme qu'il décèle dans la doctrine ; voir par exemple : A. Le Divellec, « La QPC, déclin de la pensée

droit politique, l'abandon d'une posture critique conduit la doctrine à reprendre à son compte, sans les déconstruire, les fictions produites par le juge. Ainsi en va-t-il, selon Denis Baranger, du bloc de constitutionnalité, présenté comme un ensemble cohérent de normes fondées sur le texte constitutionnel. Certes, « la plupart des procédés analysés [au titre du bloc de constitutionnalité] pourraient être considérés comme relevant d'une indispensable et incompressible marge de discrétionnalité qui fait partie intégrante de l'activité juridictionnelle et doit être reconnue à tout juge constitutionnel. La difficulté réside toutefois dans le fait que ces techniques juridictionnelles – assez classiques – ne sont pas conformes à ce que le juge et la doctrine justificative qui commente son activité ont à dire sur les normes de référence du contrôle de constitutionnalité »⁵⁵⁵. Le problème que soulève *in fine* la motivation lapidaire du juge constitutionnel naît donc moins de ce que le juge fait effectivement – notamment lorsqu'il pose des normes qu'il rattache inégalement à l'énoncé constitutionnel – mais de ce que son activité n'est jamais décrite en tant que telle, dissimulée qu'elle est derrière le simulacre complice du juge et de la doctrine. Cet aspect de la critique *juspolitiste* reste toutefois subsidiaire, face à l'inefficacité constatée de la jurisprudence à proposer une véritable théorie de la Constitution.

2. La faiblesse conceptuelle de la jurisprudence

165. Ontologiquement, le droit politique propose essentiellement de retenir une définition *théorique* de la Constitution, c'est-à-dire une définition bâtie à partir d'unités de pensée qui sont les concepts, définition qui seule permettrait de restituer la complexité d'un objet irrémédiablement enchâssé entre droit et politique⁵⁵⁶. Dans cette perspective, le juge est susceptible de jouer un rôle fondamental au sens strict, puisqu'il est capable de

constitutionnelle ? », in D. Rousseau, P. Pasquino (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité : une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, Paris : Mare & Martin, 2018, p. 93-111.

⁵⁵⁵ D. Baranger, « Comprendre le bloc de constitutionnalité », *Jus politicum* n° 21, juillet 2018. L'auteur ajoute que « rien de tout cela ne paraît en parfaite adéquation avec l'idée d'un « bloc de constitutionnalité » ni avec le formalisme et le textualisme très marqués qui sont des traits distinctifs de la doctrine publiciste française ».

⁵⁵⁶ C'est ce que démontre par exemple Olivier Beaud lorsqu'il recommande aux constitutionnalistes de se saisir du concept de pouvoir constituant, concept « [...] qui traduit la tension entre le droit et le fait, entre le droit et la politique », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 217. Voir également sur ce point *infra*, Partie II, Titre II, Chapitre 2, section 2, §1, B, 2.

forger lui-même conceptuellement des principes structurants du droit constitutionnel⁵⁵⁷. Le Conseil constitutionnel ne semble toutefois pas à la hauteur de la tâche⁵⁵⁸, ce qui pose immédiatement la question de l'opportunité pour la doctrine de se laisser happer par l'étude de sa jurisprudence.

166. L'étude de la jurisprudence à laquelle se livrent les auteurs du droit politique révèle en effet la difficulté à structurer la pensée juridictionnelle telle qu'elle est livrée aux commentaires, la même difficulté concernant, par ricochet, le discours doctrinal qui s'en saisit exclusivement. Pour les *juspolitistes*, cette absence de dimension théorique de la jurisprudence se manifeste d'abord dans la faible considération que le juge accorde à la portée politique – au sens large – de ses décisions. Olivier Beaud estime par exemple que, « faute d'étudier la structure institutionnelle de l'Union européenne dans aucune de ses importantes décisions, le Conseil constitutionnel donne une description très amputée du droit positif, négligeant d'étudier l'autre versant du problème qui est le droit « politique » européen »⁵⁵⁹. Cette réticence du juge à consacrer la dimension politique des questions qui lui sont soumises s'accompagne d'une timidité conceptuelle marquée. « [...] Le plus frappant – écrit Bruno Dageron – est que ce n'est pas seulement le droit politique qui est absent de la jurisprudence du Conseil, c'est aussi le droit des concepts constitutionnels, ceux qui sont pourtant censés structurer la matière. Et quand ils sont « traités » en tant que tels, la solution est souvent discutable [...] »⁵⁶⁰. Ainsi en va-t-il, selon ces auteurs, de la souveraineté⁵⁶¹, de la représentation⁵⁶² ou du concept de Constitution lui-même⁵⁶³.

⁵⁵⁷ Ainsi selon Jean-Jacques Sueur, « si l'on s'accorde [...] pour dire que les acteurs politiques (le chef de l'État de la V^e République, les membres de son gouvernement, etc.) interprètent la Constitution et, ce faisant, inventent et réinventent en permanence le droit qui les régit, on peut considérer alors que le rôle des cours constitutionnelles est de faire prévaloir une rationalité d'ensemble, autrement dit de rendre compatibles entre elles les diverses interprétations qui sont données du texte et de telle ou telle de ses dispositions », J.-J. Sueur, *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, Québec : Presses Universitaires de Laval, coll. Diké, 2011, p. 213.

⁵⁵⁸ Ce qui est de toute façon le cas dans l'hypothèse de certains concepts et notamment celui de la souveraineté qui « [...] ne peut pas se laisser enfermer dans n'importe quelle décision juridictionnelle, fût-elle du Conseil constitutionnel », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 12.

⁵⁵⁹ O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel sur la souveraineté et ses approximations », *Jus politicum* n° 21, juillet 2018.

⁵⁶⁰ B. Dageron, « Le Conseil constitutionnel a-t-il une théorie de la représentation ? », *Jus politicum* n° 21, juillet 2018.

⁵⁶¹ O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel sur la souveraineté et ses approximations », *Jus politicum* n° 21, juillet 2018.

⁵⁶² « Que conclure de cette mise en perspective critique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le concept de représentation politique ? Que pour lui, la représentation politique n'est pas une fiction constitutive du droit permettant de faire naître la volonté du souverain, mais forme un simple cadre à l'activité électorale au prix d'une considérable restriction de sens qui aplatit la notion. Peut-on d'ailleurs seulement considérer comme « théorie » la jurisprudence qui ne dit rien des conditions d'identification du sujet représenté et se borne à évoquer les modalités techniques du choix des représentants sans rien dire de

167. La jurisprudence constitutionnelle n'est pourtant pas avare de formules, de notions empruntées au « langage d'éternité »⁵⁶⁴, par lesquelles elle cherche à systématiser son propos et à fonder sa motivation. Denis Baranger identifie à ce titre l'« esprit de la constitution », les « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté » ou encore l'« identité constitutionnelle de la France »⁵⁶⁵. On peut toutefois douter, non seulement de la portée que confère effectivement le juge à ces différentes notions⁵⁶⁶, mais également de la liberté qu'il se ménage ainsi, en recourant à des formules pour le moins énigmatiques⁵⁶⁷ : il s'agit en effet d'un « discours essentialiste en apparence. Mais le recours à l'essence, par nature ici introuvable, a pour finalité paradoxale de camoufler l'absence de sens. Car [...] il n'existe aucun critère rationnel, objectif et préexistant pour justifier ou exclure la subsomption d'un individu quelconque sous ces généralités non identifiées »⁵⁶⁸. Quoiqu'il en soit, « au bout du compte, de telles normes de référence renvoient [...] à une constitution qui n'est ni neutre du point de vue des valeurs ni auto-suffisante d'un point de vue normatif »⁵⁶⁹ ; elles impliquent donc de la part du juge un investissement théorique plus important que celui qu'il a mis en œuvre jusque-là.

168. On peut estimer à cet égard que la critique que le droit politique adresse à la jurisprudence porte plus fondamentalement sur le paradigme autour duquel elle s'est construite ; comme la plupart des membres de la doctrine, le Conseil constitutionnel

l'objet de la représentation ni du processus de son édicton ? », B. Daugeron, « Le Conseil constitutionnel a-t-il une théorie de la représentation ? », *Jus politicum* n° 21, juillet 2018.

⁵⁶³ Jean-Marie Denquin écrit en ce sens que « les caractères structurels [de la jurisprudence] jusqu'ici considérés mettent en lumière la difficulté de produire un droit constitutionnel jurisprudentiel », J.-M. Denquin, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *Jus politicum* n° 7, mai 2012. Plus largement, Armel Le Divillec estime qu'« on s'avise rarement qu'il existe un contraste frappant entre, d'une part, l'exaltation contemporaine du droit constitutionnel, qui serait devenu un « vrai droit » notamment du fait du développement de la « justice constitutionnelle » et, corrélativement, de l'avènement d'une constitution « normative » qui lui fournirait son assise principale, et d'autre part le flou, les incertitudes qui entourent la notion de constitution elle-même. À la réflexion, il apparaît que la doctrine française, curieusement, n'a jamais élaboré de véritable théorie générale de la constitution », A. Le Divillec, « Un ordre constitutionnel confus. Indiscrétion et incertitudes de la Constitution française », in D. Chagnollaud (dir.), *Les 50 ans de la Constitution : 1958-2008*, Paris : Litec LexisNexis, 2008, p. 147-148.

⁵⁶⁴ D. Baranger, « Un chantier qui ne prend jamais fin. Le juge, les révisions, et les autres formes de changement constitutionnel dans la France contemporaine », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017.

⁵⁶⁵ *Ibid.*

⁵⁶⁶ Au vu notamment de son laconisme à leur endroit : *ibid.*

⁵⁶⁷ À propos de l'« esprit de la Constitution », Alexandre Viala démontre par exemple qu'il ne peut que renvoyer à « [...] un contenu subjectivement déterminé par les acteurs juridiques », A. Viala, « L'esprit des constitutions par-delà les changements », in A. Viala (dir.), *La Constitution et le temps : V^e séminaire franco-japonais de droit public du 4 au 10 septembre 2002*, Lyon : L'Hermès, coll. Bibliothèque de droit, 2003, p. 34.

⁵⁶⁸ J.-M. Denquin, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

⁵⁶⁹ D. Baranger, « Un chantier qui ne prend jamais fin. Le juge, les révisions, et les autres formes de changement constitutionnel dans la France contemporaine », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017.

semble privilégier une conception normative de la Constitution, là où le droit politique appelle de ses vœux une conception théorique, faisant la part belle à la dimension politique de l'objet. Cette idée s'appuie en premier lieu sur la conception du contrôle de constitutionnalité que met en exergue la jurisprudence : « en France, juger la loi, c'est encore administrer. On contrôle la constitutionnalité comme une forme de légalité, même s'il s'agit d'une légalité d'un rang hiérarchiquement supérieur. Et cette légalité est appréhendée sur le mode spécifique de la légalité administrative. Cette technique, élaborée dans le cadre du contrôle juridictionnel de l'action administrative, a fait dans ce domaine la preuve de son efficacité. Mais on peut questionner sa pertinence dans un autre contexte, celui de la législation et de l'action d'institutions politiques telles que les assemblées parlementaires. Ces institutions sont structurées différemment, en termes de règles, de pratiques et de représentations, d'une autorité administrative. Dans un tel contexte, la constitution se révèle être autre chose qu'une règle ordinaire »⁵⁷⁰. L'acception formelle du droit, qui semble être la seule ressource à la disposition du juge constitutionnel, enferme ainsi sa jurisprudence dans une compréhension exclusivement normative de la Constitution, au détriment d'une considération pourtant déterminante de sa nature également politique.

169. De l'adoption du paradigme normatif résulte, du point de vue du droit politique, une fragmentation de la matière constitutionnelle, là où une approche plus conceptuelle permettrait au contraire de l'envisager généralement, dans sa cohérence globale. Ce constat s'explique certes par la liberté que cherche à se ménager le Conseil constitutionnel⁵⁷¹, mais il ne saurait être porté seulement à la charge du juge, non plus que de la doctrine d'ailleurs ; il résulte en premier lieu des nombreuses transformations qu'a subies le texte constitutionnel et qui l'ont fractionné jusqu'à le rendre parfois

⁵⁷⁰ D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

⁵⁷¹ Ainsi, selon Jean-Marie Denquin, « tout se passe comme si le Conseil constitutionnel, loin de chercher à dégager des règles de droit, avait pour but exclusif de préserver son entière liberté de décision. En tant que juridiction constitutionnelle, qui fabrique le droit qu'elle applique, et [en tant] que juridiction suprême, le Conseil constitutionnel ne saurait être juridiquement limité. Politiquement il a en revanche tout intérêt à développer la thèse de son autolimitation afin de minimiser sa responsabilité en se présentant comme un simple exécutant de sa propre jurisprudence. Cette stratégie se manifeste dans des formules où le Conseil proclame les limites de son pouvoir et dans une rhétorique de l'autoréférence. En se citant lui-même, il s'efforce d'établir la continuité sans faille de sa jurisprudence, par laquelle il est censé être lui-même lié. Un examen attentif de cette jurisprudence suscite pourtant un sentiment inverse. Comme tout juge suprême, le Conseil entend conserver une marge d'appréciation discrétionnaire », J.-M. Denquin, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

contradictoire⁵⁷². En effet, « si les juges en appellent alors à ce qui [...] a été appelé le « langage de l'éternité », c'est en bonne partie pour surmonter, ou tenter de surmonter ces contradictions dans les décisions politiques fondamentales des nations. Le juge, qui s'en tient légitimement à un principe de fidélité interprétative, est tenu de procéder à de telles réconciliations. Aucun langage jurisprudentiel [...] ne remplace une volonté politique claire »⁵⁷³. Il s'agit d'une preuve supplémentaire de la nécessité de se départir d'une approche exclusivement contentieuse pour espérer appréhender le droit constitutionnel dans sa globalité.

170. Le droit politique présente ici une critique pour le moins originale de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ce dernier est parfois vilipendé en doctrine pour son mode de composition désuet ou son pouvoir d'appréciation trop vaste⁵⁷⁴, mais il l'est rarement du fait de sa trop grande réserve ou de sa timidité à redessiner théoriquement les contours du droit constitutionnel. Le paradoxe que présente le droit politique n'est toutefois qu'apparent : il ne s'agit pas, pour les auteurs concernés, d'enjoindre le Conseil constitutionnel à user et à abuser d'un pouvoir d'appréciation arbitraire. Convaincus que le juge ne se substitue jamais totalement au pouvoir constituant⁵⁷⁵, les *juspolitistes* l'exhortent à la transparence et à la prise en compte de la *matérialité* du droit constitutionnel, entendu comme un droit politique. Ils reconnaissent donc la place décisive – si ce n'est exclusive – qui revient au juge dans la détermination du droit constitutionnel. Ils estiment toutefois que l'exercice de sa fonction ne suffit pas à promouvoir une *théorie de la Constitution*, seule véritable garante de la juridicité du droit constitutionnel⁵⁷⁶.

⁵⁷² A. Le Divellec, « Un ordre constitutionnel confus. Indiscipline et incertitudes de la Constitution française », in D. Chagnollaud (dir.), *Les 50 ans de la Constitution : 1958-2008*, Paris : Litec LexisNexis, 2008, p. 153.

⁵⁷³ D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

⁵⁷⁴ Laurent Cohen-Tanugi estime qu'il s'agit là des deux principales raisons à la méfiance que suscite le juge constitutionnel ; L. Cohen-Tanugi, « Qui a peur du Conseil constitutionnel ? », *Le Débat* n° 43, 1987, p. 55.

⁵⁷⁵ Armel Le Divellec affirme en effet ne pas vouloir « [...] souscrire à une conception radicale de l'interprétation comme acte de création [...] », A. Le Divellec, « Un ordre constitutionnel confus. Indiscipline et incertitudes de la Constitution française », in D. Chagnollaud (dir.), *Les 50 ans de la Constitution : 1958-2008*, Paris : Litec LexisNexis, 2008, p. 156.

⁵⁷⁶ On retrouve ici une préoccupation d'Ernst-Wolfgang Böckenförde : « [...] le point décisif, s'agissant de renforcer et retrouver la normativité de la constitution – pour autant qu'elle soit recherchée –, ne réside pas dans un raffinement méthodologique supplémentaire et une réflexion plus poussée sur chacune des étapes de l'interprétation, aussi important que cela puisse être par ailleurs. Il se situe bien davantage dans l'orientation qu'il faut donner à l'interprétation en fonction d'un concept de la constitution ou, plus exactement, d'une *théorie de la constitution* qui permette de fournir des points de vue directeurs obligatoires et de fonder des structures dogmatiques gouvernant l'interprétation », E.-W. Böckenförde,

« Les méthodes d'interprétation de la Constitution : un bilan critique », in *Le droit, l'État et la constitution démocratique : essai de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, trad. et préf. O. Jouanjan, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2000, p. 246 ; nous soulignons.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

171. Le droit politique consomme la rupture avec le textualisme en admettant l'indétermination indépassable de l'énoncé constitutionnel ; il s'inscrit, ce faisant, dans la continuité d'un mouvement doctrinal désormais majoritaire qui reporte notamment sur l'interprétation du texte le cœur du travail des constitutionnalistes. L'originalité *juspolitiste* se manifeste à cet égard par la banalisation à laquelle procèdent ces auteurs de la jurisprudence constitutionnelle parmi les méthodes d'interprétation de la Constitution : « il n'est pas question pour [eux] de dire qu'il reste possible de penser la constitution en dehors des interprétations qu'en donne le juge. Le courant de l'histoire du droit constitutionnel a pris à l'évidence un sens contraire »⁵⁷⁷ ; mais ils contestent toutefois le monopole que semble avoir conquis en doctrine la figure du juge interprète de la Constitution. Denis Baranger exprime ainsi plus largement son opposition à une théorie constitutionnelle conçue par l'« action monologique de maintien ou de conservation de la Constitution »⁵⁷⁸ ; c'est au contraire dans la concurrence herméneutique que se livrent les institutions politiques que réside la clef de compréhension du droit constitutionnel. De ce point de vue, très proche de celui que défend la théorie réaliste de l'interprétation, « si les acteurs s'avéraient véritablement limités par les prescriptions textuelles, le fonctionnement des institutions serait réduit à leur stricte et intégrale application. Ce constat n'est pas vérifié. La compréhension du fonctionnement réel des institutions ne peut se réaliser sans l'indispensable prise en compte de la compétition que se livrent les pouvoirs constitués dans l'application du texte »⁵⁷⁹.

172. En somme, la posture du droit politique invite à dépasser définitivement le prisme contentieux que semble avoir adopté la majorité de la doctrine constitutionnelle contemporaine. C'est ce que résume Olivier Beaud : « certes, il n'est pas question de nier l'importance de la véritable « révolution juridique » qui a été la subordination du législateur à la norme constitutionnelle, rendue effective par le contrôle de constitutionnalité des lois, révolution opérée quand, à partir de 1971, il y eut un contrôle matériel de la constitutionnalité des lois (contrôle de leur contenu). Mais, dans le cas

⁵⁷⁷ D. Baranger, « Comprendre le « bloc de constitutionnalité », *Jus politicum* n° 21, juillet 2018.

⁵⁷⁸ D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

⁵⁷⁹ F. Savonitto, *Les discours constitutionnels sur la « violation de la Constitution » sous la V^e République*, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2013, p. 189.

français, cette nouvelle couche juridique de « constitutionnalité » si l'on peut dire, n'affecte pas le cœur du fonctionnement de l'État, ni celui de la société (et donc très peu la vie quotidienne des citoyens) ne serait-ce qu'en raison de l'inexistence d'un contrôle incident et de l'existence de deux autres Cours suprêmes en leur genre (Cour de cassation et Conseil d'État). Le Conseil constitutionnel n'est ni la Cour suprême [des États-Unis] ni la Cour de Karlsruhe, et même s'il était la Cour suprême, il ne pourrait agir en tant que juge, seulement à la marge des institutions politiques et ne pourrait pas infléchir l'agencement central de ces institutions »⁵⁸⁰. C'est donc ailleurs que dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel que doit être scrutée l'interprétation constitutionnelle, et ce même si l'office juridictionnel continue de représenter indéniablement une référence privilégiée⁵⁸¹. Cette conclusion ne suffit toutefois pas à résumer l'attention que le droit politique porte au droit constitutionnel. Denis Baranger, dans le cadre du constitutionnalisme britannique, démontre par exemple que l'interprétation n'est pas une opération autonome, mais qu'elle porte sur des institutions qui lui préexistent et qui méritent donc l'attention du constitutionnaliste en tant que telles⁵⁸². La démarche ainsi adoptée mérite d'être transposée à l'hypothèse d'un régime de Constitution écrite : c'est plus largement dans l'équilibre par lequel s'articule l'ensemble des institutions, que se cache, pour le droit politique, la vérité du droit constitutionnel.

⁵⁸⁰ O. Beaud, « À la recherche de la légitimité de la V^e République », *Droits* n° 44, 2006, p. 89-90.

⁵⁸¹ Ainsi, selon un théoricien allemand, « [...] avec une juridiction constitutionnelle munie de larges compétences, l'interprétation constitutionnelle acquiert un point de référence nouveau et fondamentalement différent. Si elle était, jusque-là, gouvernée par la prise en compte et la réalisation de la Constitution dans le processus politique de la législation et dans l'activité des organes de l'administration, elle est désormais orientée sur la décision judiciaire définitive relative au contenu de la constitution », E.-W. Böckenförde, « Les méthodes d'interprétation de la Constitution : un bilan critique », in *Le droit, l'État et la constitution démocratique : essai de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, trad. et préf. O. Jouanjan, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2000, p. 225.

⁵⁸² Il écrit à ce titre que « [...] pour comprendre le sens du mot « constitution » dans le cas britannique, il faut d'abord comprendre qu'au cœur des modes de composition du pouvoir se trouve un rapport entre des interprétations et des objets donnés à l'interprétation. Il faut ensuite s'astreindre à contempler ces derniers en tant que tels. Faire autrement, c'est risquer de ne pas saisir les interprétations comme ce qu'elles sont, de les tenir pour primordiales, alors qu'elles ne sont qu'assignation de sens à des objets qui leur sont donnés pour préexistants » ; en l'occurrence, les institutions ; D. Baranger, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2008, p. 119.

CHAPITRE 2 : LE CHOIX DE L'INSTITUTIONNALISME

173. Il ressort des travaux des auteurs du droit politique que le défaut de performativité absolue du texte constitutionnel, s'il est un obstacle à l'appréhension formaliste du droit, peut cependant être contourné ; la démarche *juspolitiste* « [...] invite [simplement] à en saisir toute l'épaisseur politique et historique en sous-entendant que la vérité du texte ne saurait être révélée qu'en y intégrant l'histoire et la pratique institutionnelles qu'il emporte »⁵⁸³. L'indétermination de la signification de l'énoncé constitutionnel n'entrave en effet pas l'accomplissement de sa fonction caractéristique du point de vue du droit politique, celle qui consiste à créer des institutions politiques⁵⁸⁴. Ainsi, pour Denis Baranger, « [...] la prétention centrale (autant que le premier effet) de la constitution écrite, c'est de créer des institutions »⁵⁸⁵. La juridicité constitutionnelle trouve en effet son aboutissement le plus spécifique dans la mise en place d'organes – les pouvoirs constitués – auxquels est dévolu l'exercice de la puissance publique. Le droit politique revendique donc l'étude de ces institutions, dès lors que « *la conception institutionnelle* rend mieux compte de la spécificité de droit particulier qu'est le droit constitutionnel, *droit politique* par excellence »⁵⁸⁶. La démarche des *juspolitistes* est donc résolument institutionnaliste, et emprunte dans une très large mesure à la doctrine la plus célèbre en France dans ce domaine, celle de Maurice Hauriou. Sans établir dans son sillage une théorie générale de l'institution, les auteurs du droit politique n'en laissent pas moins transparaître l'influence du maître toulousain dans leur appréhension des institutions politiques, auxquelles ils accordent une considération cruciale.

174. C'est en effet dans le caractère éminemment institutionnel du droit constitutionnel que gît, pour les auteurs du droit politique, toute sa spécificité consubstantielle. Plus précisément, pour eux, « [...] le droit constitutionnel se distingue des autres branches du droit par ce qui fait sa singularité irréductible d'être un droit politique, c'est-à-dire un

⁵⁸³ J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les Sens du droit, 2010, p. 117.

⁵⁸⁴ À la suite de Maurice Hauriou, « nous appelons institutions politiques tous les corps qui prétendent à exercer, sur les membres d'un groupe ou sur les habitants d'un pays, une emprise totale et qui affichent ainsi une compétence universelle », M. Hauriou, *Principes de droit public*, préf. O. Beaud, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2010, p. 127.

⁵⁸⁵ D. Baranger, *Le droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 7^e éd., 2017, p. 12.

⁵⁸⁶ O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 257.

droit concernant ceux qui le produisent avant ses consommateurs »⁵⁸⁷. En d'autres termes, le droit constitutionnel présente une certaine circularité institutionnelle, puisqu'il s'applique de façon contraignante à ceux-là mêmes qui le créent. Ce postulat conduit les auteurs du droit politique à étudier et à mettre en lumière les liens caractéristiques qui commandent les relations entre les institutions et le droit constitutionnel, au-delà même du texte de la Constitution⁵⁸⁸. Cela se traduit ontologiquement par la nécessité logique de reconnaître l'autonomie politique des pouvoirs constitués (Section 1). Logiquement aussi, cela devrait conduire les auteurs du droit politique à renoncer définitivement aux présupposés formalistes : si le droit constitutionnel est forgé par les institutions, il ne saurait subsister dans le texte de la Constitution. Les *juspolitistes* affichent ainsi l'ambition de démontrer le véritable pouvoir normatif dont disposent les institutions, en admettant volontiers qu'elles sont les premiers auteurs du droit constitutionnel. Les théories présentées ne parviennent cependant pas à s'extraire totalement du carcan formaliste (Section 2).

⁵⁸⁷ P. Avril, « Préface », in A. Le Divellec, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne. Contribution à une théorie générale*, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2004, p. III. C'est aussi le sentiment exprimé par Armel Le Divellec lui-même : « [...] le droit constitutionnel a conservé son caractère de « droit politique », de droit élaboré par ses protagonistes eux-mêmes », A. Le Divellec, « Le prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la présidence de la V^e République (simultanément une esquisse sur l'étude des rapports entre « droit de la constitution » et système de gouvernement) », *Droits* n° 44, 2006, p. 107.

⁵⁸⁸ En ce sens, la distinction entre droit institutionnel et droit normatif « [...] ne paraît pas défendable parce que l'ordre constitutionnel, quoiqu'on en veuille, se construit précisément à leur point de jonction et dans leur entrelacement », A. Le Divellec, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p. 103.

Section 1 : La consécration primordiale de l'autonomie des institutions politiques

175. Du point de vue des auteurs du droit politique, la Constitution, dans sa fonction première, fonde l'existence et l'autorité d'institutions⁵⁸⁹. Elle dessine en ce sens un cadre juridique dans lequel vont se mouvoir les forces politiques appelées à gouverner. Cette incarnation des institutions par des individus physiques, issus des forces politiques, représente la justification même de l'établissement de la Constitution : elle est justement censée permettre les conditions de l'exercice du pouvoir politique. En ce sens, elle « [...] ne crée pas les institutions dans l'absolu, mais en vue de leur assigner une tâche spécifique »⁵⁹⁰. Ces institutions impliquent donc une incarnation politique, seule condition à ce qu'elles existent véritablement, et remplissent ainsi leurs fonctions. La Constitution est cependant dans cette perspective, tout à la fois soumise à la nécessité d'institutionnaliser le pouvoir, et contrariée dans cette ambition par la difficulté de le limiter. La combinaison des aspects politiques et juridiques des institutions leur confère une ambiguïté, caractéristique du champ constitutionnel. En mettant en valeur cet aspect, les auteurs du droit politique empruntent largement à la théorie classique de l'institution, et notamment à celle de son plus célèbre représentant français, Maurice Hauriou (§1). Ils ne se contentent pas toutefois de reprendre à leur compte la pensée du doyen de Toulouse, qui ne représente jamais qu'une source d'inspiration ; les *juspolitistes* actualisent et renouvellent le prisme institutionnel, en l'apposant sur des interrogations plus spécifiquement liées au droit constitutionnel contemporain. Ainsi en va-t-il notamment de la question jugée fondamentale de la responsabilité politique des gouvernants (§2).

§1 : Une approche inspirée de la théorie institutionnaliste classique

176. Les travaux du droit politique accordent aux institutions une place d'honneur dans la définition du droit constitutionnel qu'ils proposent⁵⁹¹. Objets tout à la fois politiques et

⁵⁸⁹ Le droit constitutionnel s'inscrit ainsi dans la dynamique plus large de la modernité juridique, caractérisée par l'institutionnalisation du pouvoir, c'est-à-dire par la dissociation opérée entre les individus et les attributions qu'ils exercent : O. Beaud, « À la recherche de la légitimité de la V^e République », *Droits* n° 44, 2006, p. 75. On trouve la même conception dans les travaux de Georges Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris : LGDJ, 19^e éd., 1980, p. 20.

⁵⁹⁰ D. Baranger, *Le droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 7^e éd., 2017, p. 13.

⁵⁹¹ Est éloquent à ce titre le plaidoyer d'Olivier Beaud en faveur d'une conception *institutionnelle* du droit constitutionnel : O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 262.

juridiques, elles apparaissent en effet comme le reflet de la même dualité qui caractérise la Constitution dans la pensée *juspolitiste*. Cette place centrale accordée aux institutions témoigne de l'héritage institutionnaliste qui nourrit cette réflexion. L'œuvre de Maurice Hauriou constitue de fait une référence régulière dans les travaux du droit politique. L'adhésion à la pensée du maître toulousain n'est cependant pas totale et elle est parfois teintée d'influences complémentaires, voire contradictoires. Pour autant, les institutions sont, dans la théorie du droit politique, considérées comme la clef d'entendement du droit constitutionnel⁵⁹², qui doit dès lors tenir compte de leur autonomie politique à l'égard des prescriptions énoncées dans le texte de la Constitution. En vertu de ce constat, certains auteurs, à l'instar d'Olivier Beaud, tendent à opposer drastiquement les définitions de la Constitution⁵⁹³, formaliste, entendue comme norme d'une part, institutionnaliste, comme « machine » d'autre part⁵⁹⁴. D'autres auteurs, comme Armel Le Divellec, estiment que ces deux conceptions, loin d'être exclusives l'une de l'autre, sont au contraire complémentaires. Il est en effet possible de considérer qu'« une constitution n'est pas ou bien « normative » ou bien « institutionnelle » ; [et qu'] elle est simultanément les deux »⁵⁹⁵. Ces deux acceptions de la Constitution ne sont, de fait, pas incompatibles et peuvent être entendues successivement : produits de la norme constitutionnelle (A), les institutions n'en conservent pas moins une autonomie politique irréductible (B).

⁵⁹² Pour Denis Baranger par exemple, « la constitution écrite donne vie aux institutions », D. Baranger, *Le droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 7^e éd., 2017, p. 12.

⁵⁹³ Cette distinction représente le fil conducteur de sa définition de la Constitution : O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 257-266.

⁵⁹⁴ Olivier Beaud reprend ainsi la classification établie par Michel Troper, en vertu de laquelle « on peut distinguer deux conceptions opposées : selon la première, juridique et idéaliste, la Constitution est considérée comme un texte juridique, obligatoire pour les pouvoirs publics en raison de l'autorité dont il émane et de sa place dans la hiérarchie de l'ordre juridique. Dans une deuxième conception, réaliste ou mécaniste, la Constitution est au contraire perçue comme l'organisation même du pouvoir dans l'État, dans laquelle les autorités ont des compétences et des moyens d'action mutuels si bien équilibrés qu'elles ne pourraient pas, même si elles le voulaient, outrepasser leurs pouvoirs. Elles ne sont pas à proprement parler soumises à des obligations, mais à des contraintes, qui résultent pour chacune d'elles de son insertion dans un système complexe », M. Troper, « La Constitution et ses représentations sous la V^e République », *Pouvoirs* n° 4, 1978, p. 62. Voir également, du même auteur, « La machine et la norme. Deux modèles de constitution », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2001, p. 147-162.

⁵⁹⁵ A. Le Divellec, « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus politicum* n° 4, juillet 2010.

A. Des institutions politiques fondées par le texte constitutionnel

177. La vocation du droit constitutionnel gît essentiellement dans l'encadrement du pouvoir politique, contraint d'agir au sein d'un cadre institutionnel qui s'impose à lui⁵⁹⁶. En établissant une institution, la loi fondamentale détermine à quelles conditions et dans quelles limites un individu sera reconnu compétent pour agir au nom de cette institution. Pour exercer valablement les attributions conférées aux pouvoirs constitués, tout individu doit se conformer aux prescriptions constitutionnelles, sous peine de voir son action privée de tout fondement⁵⁹⁷. Dans la pensée du droit politique, la Constitution est donc cette norme qui organise le pouvoir politique en l'institutionnalisant. Le lien entre droit et politique est alors manifeste et s'avère déterminant pour saisir la nature paradoxale du droit constitutionnel : une institution n'existe qu'en étant politiquement personnifiée (1), ce qui est notamment le moyen d'un régime démocratique (2).

1. Une exigence fonctionnelle

178. « Une institution n'est autre qu'une action humaine dissociée de son auteur et considérée en elle-même. On raisonne en termes d'institutions lorsque l'on se fait une représentation abstraite d'une action et que cette représentation survit au changement de l'individu qui en a la charge »⁵⁹⁸. Cette définition proposée par Denis Baranger met clairement en valeur la dualité institutionnelle ; la face juridique, pérenne, pose un cadre à la face politique, plus précaire, qui vient l'incarner et agir en son nom. La Constitution évoque ainsi le dieu Janus⁵⁹⁹, dont le double visage représente les deux pendants d'une porte ; elle est le passage – et, partant, le lieu de rencontre – entre la norme et le fait, entre

⁵⁹⁶ C'est la définition du constitutionnalisme que retiennent habituellement les auteurs *juspolitistes*, celle d'un modèle dans lequel le droit permet d'encadrer et donc de limiter l'exercice du pouvoir politique. Par exemple : O. Beaud, « Constitution et constitutionnalisme », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 133-134.

⁵⁹⁷ Maurice Hauriou estimait ainsi que « ce ne sont pas les commandements du pouvoir au moment où ils sont produits comme des actes qui sont acceptés. Ce n'est même pas le pouvoir en soi qui est accepté, c'est l'institution politique au nom de laquelle le pouvoir commande ». Dès lors, s'affranchir de son cadre institutionnel revient, pour un gouvernant, à priver son action de « la justification du droit de commander », M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 4-5.

⁵⁹⁸ D. Baranger, *Le droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 7^e éd., 2017, p. 9.

⁵⁹⁹ Nous reprenons ici la métaphore proposée par Pierre Avril, « La Constitution : Lazare ou Janus ? », *RDP* n° 4, 1990, p. 949-960.

le droit et la politique. L'institution symbolise justement ce pont entre deux rives, moins irrémédiablement distantes l'une de l'autre qu'il n'y paraît.

179. La Constitution met en œuvre, par son caractère instituant, un double degré de représentation : elle désigne des organes habilités à agir au nom de l'État d'une part, et elle prévoit ensuite la procédure par laquelle des individus seront appelés à agir au nom de ces organes d'autre part⁶⁰⁰. Cette idée de représentation justifie la difficulté, soulevée par le droit politique, de distinguer, au sein de chaque institution, ce qui relève du droit de ce qui relève de la politique, dans la mesure où ces deux aspects sont irrémédiablement liés par une approche institutionnelle. Cette dualité représente d'ailleurs le fil conducteur de la conception de l'institution livrée par Maurice Hauriou, dont l'influence sur les auteurs du droit politique est ici notable. Pour le professeur de Toulouse, « tout le secret de l'ordre constitutionnel est dans la création d'institutions vivantes. Les lois constitutionnelles ne signifient rien en tant que règles ; elles n'ont de signification qu'en tant que statuts organiques d'institutions »⁶⁰¹. Conformément à la pensée de Maurice Hauriou, le lien entre Constitution et institutions est donc, pour le droit politique, indéfectible.

180. Les institutions sont les instruments de la réalisation de la Constitution ; chargées de concrétiser l'ambition des constituants, elles sont les réceptacles de la puissance publique, dont les conditions d'exercice sont déterminées par la norme constitutionnelle⁶⁰². La Constitution, en ce sens, « [...] « habilite » telle institution à réaliser telle opération juridique. Ces fonctions sont diverses, mais on peut les appréhender comme autant de relations établies entre les institutions et les règles de droit »⁶⁰³. La première tâche assignée aux institutions réside de fait dans l'établissement de normes, législatives et réglementaires, par lesquelles est exercé le pouvoir de l'État. Les institutions sont donc *actives, agissantes* par définition. Pour autant, elles sont dénuées en tant que telles d'une quelconque volonté : seuls les individus en disposent. Elles ne sont donc que des

⁶⁰⁰ Il s'agit d'une conception somme toute classique, dont on trouve par exemple la trace dans les écrits de Georges Burdeau : « les gouvernants sont investis d'une double qualité correspondant au double caractère de leur activité. Ils sont à la fois les organes de l'État et les représentants du souverain », G. Burdeau, *L'État*, préf. P. Braud, Paris : Seuil, coll. Points. Série Essais, 2009, p. 69.

⁶⁰¹ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 5.

⁶⁰² Cet aspect est par exemple souligné par Armel Le Divillec lorsqu'il écrit que « certains [comportements] ont pour objet direct l'application d'une norme juridique (par exemple, l'exercice, par une institution, d'une compétence qui lui est attribuée par le droit de la constitution) », A. Le Divillec, « Le prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la présidence de la V^e République (simultanément une esquisse sur l'étude des rapports entre « droit de la constitution » et système de gouvernement) », *Droits* n° 44, 2006, p. 108-109.

⁶⁰³ D. Baranger, *Le droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 7^e éd., 2017, p. 13.

coquilles vides et inefficaces tant qu'elles ne sont pas incarnées, par des personnalités que l'on qualifiera de « politiques »⁶⁰⁴. La norme constitutionnelle, si elle fonde, organise et conditionne des institutions originellement, ne suffit pas à les faire vivre ; son efficacité se mesure justement à l'aune de l'action politique qu'elle consacre. Selon Jean-Marie Denquin, « le droit ne garantit pas le droit. Sa préservation comme sa destruction relèvent du fait »⁶⁰⁵. Il en va logiquement de même de sa mise en œuvre. Dans cette hypothèse, la Constitution est ainsi tributaire du pouvoir politique, qui seul détermine son effectivité.

181. En retour, le pouvoir politique doit sa pérennité et sa structure à l'ordre institutionnel juridiquement établi : « [...] outre la justification du droit de commander, elle (la construction juridique) assure la continuité du pouvoir en l'associant à celle de l'institution politique, elle fournit une base pour la dévolution du pouvoir, elle crée l'opposition des gouvernements de droit et des gouvernements de fait [...] »⁶⁰⁶. La dimension institutionnelle, qui dote le pouvoir politique d'une source de légitimité particulière, exerce en effet une influence évidente sur lui. Il en va ainsi notamment des individus qui, appelés à intégrer une institution, en subissent manifestement l'influence. On touche ici aux confins de l'analyse juridique, car c'est sociologiquement que peut être établi un tel constat. Le politiste Bastien François évoque ainsi l'exemple éclairant de l'« effet Becket » qui peut accompagner une nomination⁶⁰⁷ : l'intronisation au sein d'une institution transforme son titulaire, qui en épouse mécaniquement les intérêts. Pierre Bourdieu avait formulé une idée comparable dans son étude des actes d'institution : « [...] l'investiture exerce une efficacité symbolique tout à fait réelle en ce qu'elle transforme réellement la personne consacrée [...] parce qu'elle transforme du même coup la représentation que la personne investie se fait d'elle-même et les comportements

⁶⁰⁴ La qualification de « politique » renvoie en effet à l'idée fondamentale de *choix*, opéré par les individus ainsi désignés, et dont la portée dépasse largement la seule sphère individuelle. Nous nous fondons ici sur la définition de la politique développée par Jean-Marie Denquin, *Science politique*, Paris : PUF, coll. Droit fondamental. Droit politique et théorique, 5^e éd., 1996, not. p. 49 et ss.

⁶⁰⁵ J.-M. Denquin, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

⁶⁰⁶ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 5 ; nous soulignons.

⁶⁰⁷ En référence au chancelier d'Angleterre, Thomas Becket, fervent défenseur du pouvoir temporel du roi Henri II, qui devint ensuite son plus farouche ennemi lorsque, élu archevêque de Canterbury, il prit parti pour le pouvoir spirituel. Bastien François applique ce modèle aux membres du Conseil constitutionnel qui, malgré leur investissement politique antérieur, deviennent dès leur entrée au Palais Montpensier, des juges constitutionnels à part entière ; B. François, « Le juge, le droit et la politique : éléments d'une analyse politiste », *RFDC* n° 1, 1990, p. 54. Voir également sur cette question, J. Chevallier, « Le Conseil constitutionnel et l'effet Becket », in *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris : Dalloz, 2007, p. 83-94.

qu'elle se croit tenue d'adopter pour se conformer à cette représentation »⁶⁰⁸. Cet argument de sociologie politique éclaire la pensée institutionnaliste dont les auteurs *juspolitistes* se font les héritiers.

182. La forme institutionnelle du pouvoir pourrait toutefois sembler désuète, condamnée à l'oubli par l'avènement du constitutionnalisme écrit et le succès de la normativité constitutionnelle⁶⁰⁹. Le droit politique entend au contraire démontrer que l'institutionnalisation du pouvoir, quoiqu'elle ait été altérée par le passage à l'ère moderne, n'en a pas disparu pour autant. Déjà sous l'Ancien régime, on affirme à propos de l'institution royale la nécessaire dissociation entre les « deux corps du roi »⁶¹⁰ – la Couronne comme fonction et le corps physique du monarque – en même temps que leur étroite interdépendance⁶¹¹. *Mutatis mutandis*, ces caractéristiques institutionnelles sont toujours pertinentes pour décrire les institutions démocratiques contemporaines : les pouvoirs constitués existent indépendamment des personnalités qui les incarnent, mais ne peuvent agir que par elles. Les auteurs du droit politique consentent évidemment à reconnaître que l'âge constitutionnel a transformé le processus d'institutionnalisation : alors que les institutions coutumières étaient des fictions construites *a posteriori*, pour légitimer l'omnipotence politique accordée en fait à une dynastie et assurer la pérennité de son pouvoir⁶¹², le droit constitutionnel impose un cadre institutionnel décidé *avant* qu'il ne soit incarné par des personnalités politiques. Ainsi, à l'avènement de la Constitution, « [...] loin de croire que les règles se déduisaient de la nature des institutions, on a pensé que des règles de droit, fruits de la volonté humaine, pouvaient engendrer des institutions politiques »⁶¹³. De ce point de vue, le constitutionnalisme a opéré une véritable transformation de l'institution, dans la mesure où les conditions du pouvoir sont désormais déterminées, en théorie, préalablement à son exercice⁶¹⁴. Malgré cette révolution opérée par le constitutionnalisme écrit, l'institutionnalisation reste

⁶⁰⁸ P. Bourdieu, « Les rites comme actes d'institution », *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 43, juin 1982, p. 59.

⁶⁰⁹ Voir en ce sens la différenciation que proposait Louis Favoreu entre droit constitutionnel institutionnel et droit constitutionnel normatif, en valorisant le second aspect sur le premier : L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC* n° 1, 1990, p. 73-76.

⁶¹⁰ E. Kantorowicz, *Les deux corps du roi : essai sur la théologie politique au Moyen âge*, trad. J.-P. et N. Genêt, Paris : Gallimard, coll. Bibliothèque des histoires, 1989, 638 p.

⁶¹¹ « La couronne sans le roi [est] incomplète et incapable », *ibid.*, p. 279.

⁶¹² D. Baranger, *Le droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 7^e éd., 2017, p. 10-11.

⁶¹³ *Ibid.*, p. 11.

⁶¹⁴ En ce sens, « la Constitution (au sens non coutumier) est [...] *antérieure*, chronologiquement et logiquement, au régime et aux institutions qu'elle crée par la pensée comme un architecte dessine un monument avant d'en entreprendre la construction », J.-M. Denquin, « Que veut-on dire par « démocratie » ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus politicum* n° 2, mars 2009.

toutefois pertinente pour étudier, aujourd'hui comme hier, l'exercice du pouvoir politique.

183. Ainsi les travaux *juspolitistes* invitent-ils à admettre l'impossibilité d'exclure pleinement la portée politique de l'institutionnalisation à laquelle procède le droit constitutionnel ; elle doit donc être prise en compte par toute tentative visant à appréhender le droit constitutionnel lui-même. Ce n'est qu'à cette condition que l'institution peut pleinement apparaître pour ce qu'elle est, c'est-à-dire l'instrument de la démocratie représentative⁶¹⁵.

2. Une exigence démocratique

184. La Constitution, par l'institutionnalisation du pouvoir à laquelle elle procède, se définit comme le trait d'union entre la société dont elle émane, et ses délégués habilités à exercer la puissance publique. Elle remplit ainsi une double fonction, organisationnelle et légitimante, qui la caractérise du point de vue des auteurs du droit politique. Cette approche institutionnelle, si elle est originale au sein de la doctrine contemporaine, n'est pas inconciliable avec les premiers élans du constitutionnalisme. Au contraire s'en inspire-t-elle manifestement, en reprenant à bon compte les premiers pas de la théorie de la représentation.

185. Le régime représentatif ainsi que la Constitution dans son acception moderne doivent notamment beaucoup aux travaux d'Emmanuel Sieyès⁶¹⁶. Construits l'un par l'autre, ces concepts conservent depuis l'époque révolutionnaire une acuité qui ne s'est pas démentie. Ainsi en va-t-il d'une formule de Sieyès lorsqu'il affirmait que « [...] le corps des Représentants, à qui est confié le pouvoir législatif ou l'exercice de la volonté commune, n'existe qu'avec la manière d'être que la Nation a voulu lui donner. Il n'est rien sans ses formes constitutives ; il n'agit, il ne se dirige, il ne commande que par

⁶¹⁵ Cette idée apparaissait déjà sous la plume de Maurice Hauriou lorsqu'il affirmait que la construction juridique des institutions « [...] contient [...] en germe la théorie du gouvernement représentatif, puisque les chefs n'ont jamais eu de pouvoir de droit que lorsqu'ils ont commandé *au nom d'une institution politique* acceptée des sujets, c'est-à-dire lorsqu'ils ont agi en qualité de représentants non pas encore du peuple, mais d'une institution voulue par le peuple », M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 5.

⁶¹⁶ Voir par exemple, P. Pasquino, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris : Odile Jacob, 1998, 262 p. ; M. Troper, L. Jaume (dir.), *1789 et l'invention de la constitution. Actes du colloque de Paris organisé par l'Association française de Science Politique : 2, 3 et 4 mars 1989*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, 1994, 302 p.

elles »⁶¹⁷. La représentation repose donc entièrement sur le fait qu'elle est imposée par la Constitution, c'est-à-dire décidée par la nation souveraine. On voit ici se dessiner le lien avec l'institutionnalisme tel que nous l'avons décrit jusqu'ici : le cadre institutionnel, s'imposant aux gouvernants, garantira à la nation que ceux-ci n'outrepassent pas les limites du pouvoir ainsi attribué⁶¹⁸.

186. Si la norme constitutionnelle est donc supposée émerger de la volonté nationale, il en va de même des représentants, appelés à incarner les pouvoirs constitués. Dans une perspective contemporaine démocratique, cela n'est pas sans conséquence sur la puissance instituante de la Constitution. L'instauration par la norme fondamentale d'institutions politiques, représente en effet une garantie, à double titre, de la démocratie : non seulement les institutions sont-elles organisées en vertu de la volonté nationale que la Constitution est réputée traduire, mais encore sont-elles incarnées par ceux qui sont portés, directement ou non, par le pouvoir du suffrage universel. La dimension politique des pouvoirs constitués apparaît alors comme une nécessité structurelle à la démocratie constitutionnelle. Jean-Marie Denquin conclut à ce titre que « donner un rôle, même modeste, au « peuple », suppose des institutions. [...] Dans cette acception le droit est donc consubstantiel à la « démocratie ». Il est constitutionnel au sens fort, car il implique l'artificialisme : il crée *ex nihilo* des institutions sans lesquelles la mise en œuvre du projet démocratique serait inconcevable. Ainsi entendue, l'idée de démocratie par le droit présente donc un sens clair »⁶¹⁹.

187. La mise en valeur des institutions opérée par l'école du droit politique permet d'identifier deux sources au pouvoir exercé dans un État constitutionnel : un fondement juridique, constitutionnel d'une part ; un fondement politique, électoral d'autre part. Ces deux aspects ne sont pourtant pas nécessairement équilibrés ; certains pouvoirs constitués ne dépendant pas du suffrage universel direct, leur légitimité tient exclusivement à l'existence que leur confère la Constitution. C'est par exemple le cas de la justice

⁶¹⁷ E.-J. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*, Chapitre V « Ce qu'on aurait dû faire. Principes à cet égard », 3^e éd., 1789.

⁶¹⁸ Le système représentatif exige en effet certaines garanties quant à la liberté des citoyens : « il faut ajouter l'intérêt qu'a la Nation à ce que le pouvoir public délégué ne puisse jamais devenir nuisible à ses commettants. De là, une multitude de précautions politiques qu'on a mêlées à la constitution [...] », *ibid.* Olivier Beaud voit dans cet élément l'influence notable du constitutionnalisme outre-Atlantique : « comme chez les Pères fondateurs de la révolution américaine, elle (la Constitution) est conçue comme le moyen juridique de protéger la souveraineté du peuple contre les gouvernants », O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

⁶¹⁹ J.-M. Denquin, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

constitutionnelle, dont la légitimité est d'abord juridique, parce qu'exclusivement appuyée sur l'autorité du texte constitutionnel⁶²⁰. À l'inverse, certains organes voient leur dimension politique prendre le pas sur le cadre juridique auquel ils sont censés être assujettis. Favorisé par la légitimité spécifique de la personnalité agissant pour le compte de l'institution, ce déséquilibre conduit parfois à la remise en cause de la norme constitutionnelle initialement posée. L'élection au suffrage universel direct est un facteur souvent déterminant d'une légitimité politique supplémentaire, comme on a pu le constater en France depuis 1965⁶²¹, mais celle-ci peut puiser son eau à d'autres sources, personnelles et historiques⁶²². En tout état de cause, la seule légitimité que confère à une institution l'habilitation constitutionnelle serait de peu de poids si elle n'était soutenue par une dimension politique. Ainsi Armel Le Divillec conclut-il, à propos de la V^e République, que « [...] force est de constater que la domination effectivement observable du Président français résulte de son *autorité politique*, et non point véritablement de ce que l'on pourrait vouloir qualifier d'« autorité juridique » en ce qu'elle serait plus ou moins indépendante des comportements conjoncturels »⁶²³. L'institutionnalisme qu'adopte le droit politique invite à conjuguer ces deux aspects et à ne pas privilégier l'étude de l'un au détriment de l'autre. Dissociés à des fins analytiques, droit et politique se trouvent en pratique articulés si étroitement qu'il semble inopportun de les considérer séparément. Car si la portée juridique du texte constitutionnel permet d'agir sur la sphère politique en habilitant strictement les pouvoirs constitués, ces derniers s'émancipent en retour des énoncés pour en imposer leur propre interprétation.

⁶²⁰ Par exemple aux États-Unis, « la Cour suprême tire en premier lieu sa légitimité de la Constitution elle-même dans la mesure où elle apparaît comme le seul tribunal fédéral directement créé par le texte fondateur du 17 septembre 1787 », G. Scoffoni, « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *RIDC* n°2, vol. 51, 1999, p. 251.

⁶²¹ Date de la première élection présidentielle au suffrage universel direct sous la V^e République.

⁶²² C'est l'exemple topique que constitue la présidence du général de Gaulle. Face aux crises en Algérie des années 1960 et 1961 notamment, « les commentateurs [...] virent sur le moment, et non sans raison, le triomphe de la *légitimité personnelle* du général de Gaulle [...]. La véritable décision intervint le 28 octobre 1962, car l'enjeu du référendum était bien la ratification populaire d'une pratique constitutionnelle contestée et sa pérennisation. L'éclat de la *légitimité personnelle* revendiquée par le Général avait jusque-là occulté l'apparition d'une légitimité institutionnelle [...] », P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 50 ; nous soulignons.

⁶²³ A. Le Divillec, « Le prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la présidence de la V^e République (simultanément une esquisse sur l'étude des rapports entre « droit de la constitution » et système de gouvernement) », *Droits* n° 44, 2006, p. 121.

B. Des institutions politiques émancipées du texte constitutionnel

188. Malgré l'autorité de la norme constitutionnelle à l'encontre des pouvoirs constitués, le « droit de la Constitution »⁶²⁴ ne permet souvent pas à lui seul de décrire ni d'expliquer le régime politique tel qu'il est effectivement structuré. Ce constat, somme toute assez banal en doctrine, justifie l'institutionnalisme du droit politique ; le prisme institutionnel est en effet le moyen par lequel peut être pensée l'autonomie du politique à l'égard du droit, sans pour autant ôter toute vigueur à ce dernier. Parce qu'elles sont nécessairement incarnées, les institutions ne sauraient ainsi être tout à fait figées par la structure juridique qui encadre leurs actions, selon la leçon que professait Maurice Hauriou⁶²⁵. Loin d'être contradictoire avec l'idée même de Constitution, une certaine autonomie institutionnelle est au contraire déterminante pour le succès du régime politique instauré (1), régime qu'elle participe, en conséquence, à forger (2).

1. Un soutien nécessaire

189. Certains auteurs du droit politique défendent l'idée que la Constitution ne crée pas le pouvoir politique, qu'elle s'agrège à lui, tentant de le discipliner, de le circonscrire aux conditions qu'elle prévoit. Elle institue des organes *autour* de ce pouvoir qui lui préexiste⁶²⁶. Cherchant à limiter ce dernier, la norme constitutionnelle ne pourrait

⁶²⁴ Cette formule renvoie ici à la définition proposée par Armel Le Divellec, en vertu de laquelle « ce droit de la constitution est composé des normes juridiques telles qu'elles résultent de l'interprétation et de la concrétisation des énoncés à prétention normative que l'on trouve dans les textes », A. Le Divellec, « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus politicum* n° 4, juillet 2010.

⁶²⁵ Maurice Hauriou écrivait en effet qu'« une certaine autonomie de l'ordre est [...] nécessaire à la vie du droit positif, non pas pour tout conformer mais pour tout limiter ». Elle est garantie notamment par la création d'institutions. La portée de la pensée institutionnaliste est d'ailleurs précisée par le maître toulousain lorsqu'il ajoute que « c'est la faute et l'erreur qu'ont commises les systèmes objectivistes ; ils ont exagéré le rôle de l'ordre, ils ont réduit à rien l'autonomie du pouvoir [...] et ont ainsi détruit l'équilibre vivant du droit positif », M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 5-6.

⁶²⁶ Ainsi, « [...] le droit constitutionnel a été bâti dans des circonstances historiques précises autour d'un objet qui est le pouvoir [...] », écrit Denis Baranger, « Le piège du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009. Dans le même sens, Norbert Foulquier, étudiant la pensée de Maurice Hauriou, estime que les institutions ne sont que la manifestation de « [...] réalités sociales vivantes que le Droit ne [fait] qu'encadrer, sans les créer », N. Foulquier, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », *Jus politicum* n° 2, mars 2009. Un exemple parmi d'autres illustre parfaitement cette dernière assertion, celui de la présidence du Conseil des ministres sous la III^e République française. Fonction déterminante du pouvoir exécutif dès 1873, le premier des ministres ne voit pourtant son statut juridiquement reconnu qu'avec l'entrée en vigueur de la loi de finances du 24 décembre 1934 et du décret du 31 janvier 1935 organisant les

cependant pas parvenir à le soumettre totalement. Certes, même dans cette perspective, la Constitution n'est pas sans influence sur les forces politiques en présence, par la contrainte qu'elle fait peser à leur endroit. On peut d'ailleurs aisément illustrer la force que le droit exerce à l'égard de l'ordre politique ; on connaît par exemple le rôle primordial que jouent les modes de scrutin dans la détermination de l'équilibre politique et partisan⁶²⁷. Le droit exerce également une influence plus diffuse, en invitant les forces politiques à se structurer autour de l'architecture institutionnelle constitutionnellement définie. Ainsi, alors que la forme fédérale des États-Unis, inscrite dans la Constitution, justifie qu'« [...] il n'existe pas vraiment de partis politiques permanents au niveau fédéral »⁶²⁸, l'élection présidentielle au suffrage universel direct, inscrite en 1962 dans la Constitution française, a entraîné une transformation sans précédent des partis politiques⁶²⁹. Il ne s'agit donc pas de nier, dans une perspective *juspolitiste*, la force structurante de la Constitution à l'égard des pouvoirs politiques constitués. Il n'en paraît pas moins judicieux de considérer que cette influence du droit n'est ni absolue ni unilatérale.

190. Au cœur de l'analyse constitutionnelle livrée par les auteurs du droit politique, il apparaît en ce sens que le succès d'un régime constitutionnel dépend en premier lieu de la bienveillance avec laquelle il est adopté par les forces politiques en présence. Pierre Avril écrit à ce titre que « [...] c'est une idée acquise désormais, suivant laquelle les systèmes de partis représentent un élément aussi important et peut-être même plus important que

services administratifs de la présidence du Conseil. L'institution a ici manifestement précédé la formulation dans les textes.

⁶²⁷ C'est par exemple le point de vue développé par René Capitant qui affirmait le lien entre le scrutin majoritaire à un tour et le bipartisme. Selon lui, « l'effet intégrateur du scrutin majoritaire amène les candidats à se grouper au maximum, c'est-à-dire à n'être plus que deux dans la circonscription, tous deux se battant pour la majorité, l'un devant être vainqueur et l'autre vaincu sans ambiguïté. [...] Ce mode de scrutin ne réalise sans doute pas toujours automatiquement le bipartisme, mais il introduit une pression en faveur de la réduction à deux du nombre des partis. Lorsqu'un troisième parti essaye de s'insinuer entre les deux partis principaux, il a beaucoup de peine à se faire jour », R. Capitant, *Démocratie et participation politique : dans les institutions françaises de 1875 à nos jours*, Paris, Bruxelles, Montréal : Bordas, coll. Études supérieures, 1972, p. 102. Pour autant, le droit politique reste prudent sur l'automaticité d'un tel lien entre scrutin majoritaire et bipartisme qui a d'ailleurs été contredit en pratique, par exemple lors des élections législatives britanniques de 2010 ou de 2017 : « certes les modes de scrutin ne sont pas neutres. Ils peuvent être calculés pour amplifier ou pour entraver l'affirmation d'une majorité [...]. Mais il est bien connu aussi qu'une loi électorale n'est une condition ni nécessaire ni suffisante pour susciter une majorité », J.-M. Denquin, « Recherche sur la notion de majorité sous la V^e République », *RDP* n° 4, 1993, p. 969. Il n'en reste pas moins que le scrutin représente une donnée déterminante en la matière.

⁶²⁸ B. Chantebout, *Droit constitutionnel*, Paris : Sirey, coll. Droit public, 2015, 32^e éd., p. 114. Chacun des deux partis fédéraux n'est en effet que le résultat hétérogène de l'agrégation de cinquante partis locaux, établis au sein des États fédérés.

⁶²⁹ La réforme de 1962 a en effet contribué à promouvoir « cette conception du parti articulé sur la fonction présidentielle et étroitement calqué sur les institutions de la V^e République [...] », H. Portelli, « La V^e République et les partis », *Pouvoirs* n° 126, 2008, p. 62.

les institutions et les constitutions lorsque l'on veut définir, comprendre et analyser les systèmes politiques aujourd'hui, singulièrement les régimes parlementaires »⁶³⁰. Et en effet, le régime parlementaire, terrain d'investigation privilégié des auteurs *juspolitistes*, illustre topiquement les liens étroits qui unissent le droit constitutionnel aux mécanismes politiques, spécialement partisans⁶³¹. Le plus symptomatique d'entre eux, le principe de la responsabilité politique du Gouvernement, dépend ainsi davantage de la discipline régnant au sein des partis et de la fidélité dont témoignent les militants à leur égard, que de prescriptions constitutionnelles. Le Royaume-Uni dispose par exemple d'une stabilité gouvernementale exemplaire, pour la seule raison que, « dans [ce] système de gouvernement de parti, le cabinet, d'un point de vue politique, n'est que l'équipe dirigeante du parti majoritaire à la Chambre des Communes »⁶³². Dès lors, l'équilibre institutionnel découle moins des mécanismes proprement juridiques, que de l'entente entretenue entre les institutions par un lien politique, déterminé en amont : c'est l'appartenance du Premier ministre et de la majorité de la chambre à un même parti qui garantit leur solidarité institutionnelle⁶³³, et assure ainsi le succès du régime primo-ministériel.

191. Selon un schéma différent, mais une logique comparable, la place des partis politiques apporte également un éclairage instructif sur le régime français de la V^e République. Le droit politique invite ainsi à analyser le présidentialisme majoritaire⁶³⁴ qui caractérise le système de la Constitution de 1958 à la lumière des forces politiques qui le sous-tendent. La solidarité de fait que l'on constate entre la majorité parlementaire et le Gouvernement – solidarité qui structure l'ensemble du régime français⁶³⁵ – s'expliquerait

⁶³⁰ P. Avril, « L'influence des institutions sur les partis politiques » in *Écrits de théorie constitutionnelle et de droit politique*, préf. A. Le Divellec, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2010, p. 72.

⁶³¹ *A contrario*, c'est également la forme de la vie politique partisane qui explique l'équilibre du régime présidentiel des États-Unis : « c'est cette absence de structuration permanente des majorités qui a permis au régime américain de rester dominé par la séparation des pouvoirs, en préservant l'indépendance mutuelle entre le Président et le Congrès », D. Baranger, A. Le Divellec, « Régime parlementaire », in M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel, T. II, Distribution des pouvoirs*, Paris : Dalloz, coll. Traités Dalloz, 2012, p. 206.

⁶³² P. Lauvaux, A. Le Divellec, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris : PUF, coll. Droit fondamental, 2015, 4^e éd., p. 583.

⁶³³ La confiance exprimée par le Parlement au Cabinet ne dure qu'aussi longtemps que subsiste le soutien du parti majoritaire à son chef. L'exemple de Margaret Thatcher est à ce titre éclairant, puisqu'elle fut contrainte, en 1990, de démissionner, sans que son Gouvernement n'ait jamais fait l'objet d'une destitution prononcée par la Chambre des Communes.

⁶³⁴ Selon l'expression de Stéphane Pierré-Caps, « Une révision constitutionnelle en trompe-l'œil ou la constitutionnalisation du présidentialisme majoritaire », *Politeia* n° 15, 2009, p. 305-320.

⁶³⁵ Mais qui ne doit toutefois pas être exagérée car « il serait simpliste de penser – comme l'opposition feint traditionnellement de le croire pour des raisons polémiques – que les relations entre gouvernement et majorité se réduisent au soutien automatique du premier par la seconde. [...] Rien n'exclut en effet que la

moins par la volonté de rationalisation du parlementarisme⁶³⁶ qui apparaît dans le texte constitutionnel que par la discipline qui s'est progressivement instituée au sein des forces politiques. Selon Pierre Avril en effet, dès l'aube de la V^e République, « [...] l'apparition du nouveau concept de majorité, cohérente et disciplinée, [...] rendait théoriquement superfétatoires les contraintes imaginées pour faire face à une situation désormais révolue. À partir de la II^e législature, la discipline politique [...] est venue se superposer aux contraintes constitutionnelles [...]. L'asservissement technique de la majorité s'est ainsi trouvé renforcé par son asservissement politique »⁶³⁷. Il apparaît donc que c'est le fait majoritaire – fait politique⁶³⁸ – qui confère au régime de 1958 son identité, sa structure institutionnelle, et s'impose comme la « véritable clé du fonctionnement du « semi-présidentialisme » à la française »⁶³⁹. Maurice Duverger écrivait d'ailleurs : « si le Président était très puissant jusqu'en 1976, c'est parce qu'il était le chef de la majorité. Si demain il existait une majorité très unie contre le Président, le Premier ministre deviendrait, bien sûr, le chef »⁶⁴⁰.

192. Les travaux du droit politique s'évertuent donc à mettre en valeur les phénomènes politiques qui sous-tendent véritablement les édifices constitutionnels. De ce point de vue, le texte constitutionnel est nécessairement insuffisant à emprisonner le pouvoir politique ; au contraire, l'effectivité de la Constitution dépend de son appropriation par les acteurs politiques. Logiquement toutefois, l'adoption par le pouvoir, de la forme institutionnelle qui lui est octroyée par la Constitution n'est pas mécanique ; elle emporte avec elle des transformations profondes de la structure constitutionnelle. L'approche institutionnelle de la Constitution impose donc que, « au-delà [du texte], encore, il [faille] s'intéresser au jeu

majorité, tout en étant fidèle au gouvernement, puisse souvent être tentée d'émettre des réserves, des nuances, voire de voter, sur des points particuliers, avec l'opposition », J.-M. Denquin, « Recherche sur la notion de majorité sous la V^e République », *RDP* n° 4, 1993, p. 984-985.

⁶³⁶ Cette expression, dont la paternité revient à Boris Mirkine-Guetzévitch, est définie par Stéphane Pinon comme l'élaboration d'« [...] un ensemble de règles constitutionnelles destinées à préserver la stabilité du gouvernement en l'absence d'une majorité parlementaire stable », S. Pinon, « Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel », *Droits* n° 46, 2007, p. 188.

⁶³⁷ P. Avril, « La majorité parlementaire ? », *Pouvoirs* n° 68, 1994, p. 48. Les mécanismes de rationalisation n'en perdent pas pour autant toute leur utilité, face à une majorité « tantôt enthousiaste, tantôt rétive » à l'égard du Gouvernement ; J.-M. Denquin, « Recherche sur la notion de majorité sous la V^e République », *RDP* n° 4, 1993, p. 985.

⁶³⁸ « [...] Il apparaît que la majorité ainsi entendue n'est ni un concept juridique, ni une institution, mais une matrice de comportements », *ibid.*, p. 969.

⁶³⁹ B. François, « La question de la majorité parlementaire sous la V^e République », in M. Ameller, P. Ardant, J.-C. Bécane, (dir.), *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris : Montchrestien, 2001, p. 320.

⁶⁴⁰ M. Duverger, « La V^e République : primauté présidentielle ou fait majoritaire ? », *Pouvoirs* n° 4, 1978, p. 126.

des forces politiques qui animent le cadre institutionnel et sans lesquelles celui-ci serait vide et sans signification »⁶⁴¹.

2. Une transformation irrémédiable

193. Si le texte constitutionnel a pour principale fonction la détermination d'un régime institutionnel, ce dernier reste tributaire des individus appelés au cœur de ce système, et qui sont ses premiers sujets. Parce que ce sont d'abord les personnalités politiques qui appliquent, collectivement, la Constitution, cette dernière se trouve par là même renouvelée, relativisée, voire dépassée par le phénomène politique qu'elle contribue à organiser : les institutions sont sans cesse « actualisées » par ceux qui les incarnent⁶⁴². Cette idée qu'avance le droit politique se fonde en premier lieu sur l'imprécision incontournable du texte constitutionnel, qui encourage la liberté herméneutique des institutions politiques. Les interprétations du texte ne sont pas analysées nécessairement comme le résultat d'un rapport de forces conflictuel, mais peuvent aussi résulter d'un consensus entre plusieurs institutions. Ainsi, pour Armel Le Divillec, si le Parlement ne représente plus, dans les régimes parlementaires modernes, le cœur du pouvoir législatif, c'est parce qu'il y a lui-même consenti, par le truchement des partis successivement majoritaires⁶⁴³. L'entente politique que suscitent certaines interprétations du texte constitutionnel est encore encouragée lorsque le vocabulaire constitutionnel se révèle particulièrement vague. Il peut en résulter une transformation profonde du régime par rapport à ce qu'il promettait d'être à la seule lecture du texte constitutionnel. Par exemple, en France, « dans le régime de 1958, [certaines formules] sont l'acide qui ronge les démarcations institutionnelles nécessaires à l'existence du régime parlementaire. La

⁶⁴¹ P. Pactet, « Réflexions sur le droit constitutionnel et son enseignement », *RDP* n° 1, 2010, p. 164-165.

⁶⁴² L'expression est employée par Jean-Marie Denquin : « chaque institution existe pour ainsi dire deux fois. Elle existe comme objet intellectuel décrit dans la Constitution [...]. Mais elle existe aussi actualisée dans des hommes, des locaux, une pratique effective qui entraîne des conséquences dans la réalité », J.-M. Denquin, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits* n° 32, 2000, p. 42. L'auteur écrit plus loin que « [...] l'institution actualisée non seulement constitue une exemplification possible de l'institution non actualisée, mais peut aussi modifier à certains égards celle-ci », *ibid.* p. 44.

⁶⁴³ A. Le Divillec, « La chauve-souris. Quelques aspects du parlementarisme sous la V^e République », in M. Ameller, P. Ardant, J.-C. Bécane, (dir.), *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris : Montchrestien, 2001, p. 357 et ss.

puissance de cet acide est très grande : dans les phases dites de convergence des majorités, il est allé jusqu'à effacer des articles entiers de la constitution »⁶⁴⁴.

194. L'énoncé textuel, parfois privé de toute effectivité, n'en conserve pas moins, dans la pensée des auteurs du droit politique, une autorité juridique certaine. L'équilibre subtil qui caractérise les relations entre liberté interprétative des institutions et autorité juridique du texte est ainsi résumé par Jean-Louis Seurin : « il est bien vrai dans certaines périodes que les Constitutions sont des freins efficaces vis-à-vis de l'exercice du pouvoir, mais il est bien évident que cette effectivité de la norme ne résulte pas de la présence magique du texte. C'est parce que celui-ci repose sur la capacité d'action potentielle des associés-rivaux, qu'il devient un instrument effectif de limitation du pouvoir. Soit que l'un des acteurs en demande l'application effective, soit que la menace d'y recourir devienne un élément dissuasif, à lui seul suffisant »⁶⁴⁵. Le texte constitutionnel représente, de ce point de vue, un large panel d'instruments rhétoriques que peuvent adapter les pouvoirs constitués, soit en décidant de s'en prévaloir, soit en convenant de ne pas y recourir, au gré de la configuration politique du moment. Il en résulte une impuissance avérée de l'énoncé constitutionnel à rendre compte fidèlement des enjeux politiques qui ont cours au sein du système de gouvernement. C'est ce que transcrit Jacky Hummel lorsqu'il écrit que, « [...] impuissante à traduire la réalité, la Constitution formelle peut ainsi demeurer inéluctablement éloignée de la « constitution réelle » qui réside dans les rapports de domination et de subordination que les forces politiques nouent entre elles. Sanctionné par un inévitable conflit, cet éloignement conduit à la condamnation de la Constitution écrite, vaincue par les rapports réels de forces »⁶⁴⁶. Le texte constitutionnel, souvent représenté comme un acte unilatéral qui s'imposerait à l'ensemble des pouvoirs constitués, s'étiole ainsi au gré des consensus politiques dont il fait l'objet ; son effectivité dépend davantage de décisions qui sont prises en dehors de lui que d'une force qui lui serait intrinsèque.

195. Pierre Avril partage largement le constat opéré par Jacky Hummel, bien qu'il y intègre une nuance. Pour lui, en effet, « la part inévitable d'indétermination que comporte l'exercice de pouvoirs distribués entre des organes distincts se trouve [...] rejetée sur le

⁶⁴⁴ D. Baranger, « Le dépérissement de la pensée institutionnelle sous la V^e République », *Droits* n° 44, 2006, p. 40-41.

⁶⁴⁵ J.-L. Seurin, « Des fonctions politiques des Constitutions. Pour une théorie politique des Constitutions », in J.-L. Seurin (dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris : Economica, coll. Politique comparée, 1984, p. 45.

⁶⁴⁶ J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les Sens du droit, 2010, p. 85-86.

terrain des purs rapports de force, simplement tempérés par les recours juridictionnels qui deviennent ainsi des arbitres, pour autant que la Cour soit saisie et ne décline pas sa compétence »⁶⁴⁷. À la lecture de ce passage, il apparaît que le juge constitutionnel représenterait la garantie du retour au texte, l'expression ultime du « droit de la Constitution » à l'égard du système de gouvernement. À plus d'un titre pourtant, il est possible de considérer que le juge – fût-il constitutionnel – ne se distingue pas des autres pouvoirs constitués : incarné lui aussi par des individus présentant une irréductible sensibilité politique, placé au cœur du système institutionnel, il ne bénéficie pas d'un statut qui, par nature, conférerait à ses décisions un label juridique⁶⁴⁸. S'il parvient parfois, en vertu des compétences qui lui sont attribuées par la Constitution, à imposer l'interprétation du texte qu'il élabore seul, il incline à d'autres occasions à se conformer à l'interprétation retenue par les autres pouvoirs politiques, voire à renoncer à élaborer une interprétation qui contreviendrait à la volonté exprimée par une autre autorité. C'est manifestement le cas, en France, lorsque le Conseil constitutionnel limite son pouvoir d'appréciation, estimant que celui-ci n'est pas de la même nature que celui que la Constitution reconnaît au législateur⁶⁴⁹, ou lorsqu'il s'attache aux motifs invoqués par le législateur plutôt qu'à ce que la Constitution préconise⁶⁵⁰. Plus encore, c'est le dialogue que le juge constitutionnel entretient avec le Parlement – et indirectement avec le Gouvernement – qui l'intègre et le banalise comme institution politique. Dans la théorie du contrôle de constitutionnalité *a priori*, ce sont les pouvoirs constitués eux-mêmes qui saisissent le juge⁶⁵¹, dont l'exercice de la fonction dépend donc en premier lieu de la volonté des autres institutions. Il en résulte que, si le juge est saisi, c'est qu'il représente

⁶⁴⁷ P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 135.

⁶⁴⁸ Voir *supra* Chapitre 1, section 2, §1, A.

⁶⁴⁹ Selon une formule consacrée pour la première fois en 1975, le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'« un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement », CC, Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, Rec.*, p. 19.

⁶⁵⁰ Par exemple, à l'occasion du contrôle de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 portant interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public, « [...] la décision frappe par la pauvreté, quantitative et qualitative, de [l]a motivation, dans laquelle il est très hasardeux de démêler objectifs prêtés au législateur et analyse par le Conseil de la constitutionnalité du texte », O. Beaud, P. Wachsmann, « Ouverture », *Jus politicum* n° 7, mai 2012. Dans une perspective similaire, Anne Levade souligne que « [...] le considérant dans lequel le Conseil explique le raisonnement aux termes duquel il estime qu'il n'y a pas *manifestement* disproportion dans le choix qu'a opéré le législateur d'interdire la dissimulation du visage montre bien qu'il n'y a pas de justification clairement identifiée comme étant un fondement constitutionnel incontestable, mais que celui-ci se mêle étroitement à l'intention du législateur », G. Carcassonne, O. Cayla, J.-L. Halpérin, S. Hennette-Vauchez, A. Levade, E. Millard, D. Rousseau, « Débat autour de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 », *D.* 2011, p. 1168.

⁶⁵¹ À l'exception en France, des lois organiques et des règlements des assemblées, dont le contrôle de constitutionnalité est obligatoire, et dont le juge constitutionnel est donc automatiquement saisi, en vertu de l'article 61 de la Constitution de 1958.

un intérêt stratégique, notamment pour l'opposition politique représentée au Parlement⁶⁵². Ainsi, comme le relève Julie Benetti, « outre qu'il vient contrecarrer l'idée selon laquelle les parlementaires auraient cédé à l'abus de droit, [l']usage modéré et en même temps stratégique du droit de saisine révèle nettement sa dimension politique : il ne s'est jamais agi de faire contrôler toutes les lois, mais de cibler celles dont la censure est à la fois juridiquement possible et politiquement rentable »⁶⁵³. Si l'apparition du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* en 2010 transforme les relations jusque-là exclusives qu'entretient le Conseil constitutionnel avec ses pairs institutionnels, elle n'en supprime pas pour autant toute communication entre eux. Au contraire, le lien qui unit désormais Parlement et Gouvernement d'une part et juge constitutionnel d'autre part s'en trouve renforcé, épousant de plus en plus les formes du dialogue : ministres et parlementaires sont susceptibles d'intervenir en amont de la décision QPC, en adressant des observations aux membres du Conseil constitutionnel⁶⁵⁴, et ils sont les premiers récipiendaires des décisions, en aval, puisqu'une décision d'inconstitutionnalité a pour effet, immédiat ou différé⁶⁵⁵, la transformation de l'ordre législatif, et l'adaptation conséquente de l'ordre du jour parlementaire⁶⁵⁶. De façon générale, l'exercice par le juge constitutionnel du contrôle de constitutionnalité des lois transforme le rôle des autres institutions, qui, amenées à interagir avec lui, intègrent son office jusque dans leurs propres fonctions. Alec Sweet Stone établit à cet égard une corrélation entre contrôle juridictionnel et contrôle législatif de constitutionnalité, en affirmant que « [...] plus une Cour constitutionnelle exerce des pouvoirs de contrôle *in abstracto* avec une efficacité

⁶⁵² C'est ce qui justifie l'engouement que connaît le contrôle de constitutionnalité des lois en France à partir de 1974, date de la loi constitutionnelle ouvrant la saisine du Conseil constitutionnel à soixante députés ou sénateurs. Ainsi, « à partir de 1974, les saisines se multiplient dans la mesure où il se trouve toujours une opposition de soixante membres ayant intérêt à contester le contenu d'une loi », D. Rousseau, P-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Domat droit public, 11^e éd., 2016, p. 115.

⁶⁵³ J. Benetti, « La saisine parlementaire (au titre de l'article 61 de la Constitution) », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 38, janvier 2013, p. 90.

⁶⁵⁴ Si le Gouvernement fait un usage régulier de cette prérogative, c'est beaucoup moins le cas des assemblées parlementaires : « en pratique, la formulation d'observations est rarissime. Le président du Sénat n'[en] a, à ce jour, jamais produit. Quant au président de l'Assemblée nationale, il a formulé des observations sur quatre des cinq premières QPC enregistrées au greffe du Conseil constitutionnel puis a cessé toute production », O. Dord, « La QPC et le Parlement : une bienveillance réciproque », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 38, janvier 2013, p. 28.

⁶⁵⁵ Le deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution de 1958 prévoit en effet qu'« 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 [...] ». Pour un exposé des implications de cette disposition, voir M. Disant, « Les effets dans le temps des décisions QPC. Le Conseil constitutionnel, « maître du temps » ? Le législateur, bouche du Conseil constitutionnel ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 40, juin 2013, p. 63-82.

⁶⁵⁶ Et ce même si, officiellement, ce sont la majorité et le Gouvernement qui disposent de la priorité dans la détermination de l'ordre du jour des Assemblées (article 48 de la Constitution).

minimale, plus le législateur se trouve enclin à se comporter en juge constitutionnel »⁶⁵⁷. En cherchant à éviter la censure, il se voit conduit à exercer lui-même un contrôle de constitutionnalité préalable. Le juge constitutionnel, malgré la spécificité avérée de son office, participe donc de l'ensemble institutionnel, et ne peut prétendre restaurer intégralement une lecture normative du texte de la Constitution. Il ne parvient pas non plus à imposer totalement une hiérarchie institutionnelle au sommet de laquelle il pourrait trôner. Au regard de la logique exprimée par les travaux du droit politique, il doit donc n'être regardé que comme une institution parmi les autres.

196. Le caractère politique inhérent à tout système de gouvernement s'impose donc à l'énoncé juridique, que celui-ci bénéficie ou non d'une application juridictionnelle. Des pans entiers du texte se trouvent ainsi oblitérés ou privés de toute portée, parce que dépassés par l'exercice du pouvoir politique. Le processus de rationalisation du parlementarisme est à ce titre évocateur, puisqu'il symbolise justement la tentative ultime de discipliner la politique par le recours au texte constitutionnel. Les résultats de la rationalisation doivent cependant être relativisés, non seulement en France⁶⁵⁸, mais également en Allemagne, où la Loi fondamentale est justement célèbre pour la rationalisation radicale à laquelle elle procède. Philippe Lauvaux souligne pourtant les limites irréductibles des dispositions constitutionnelles, lorsqu'il estime que, « [...] sans doute le raffinement des mécanismes rationalisés pèse-t-il de peu de poids au regard du fonctionnement du système de partis, dont la simplification a essentiellement déterminé la stabilité du régime politique allemand. Dès lors, celle-ci reste tributaire de la fragilité de la structure politique [...] »⁶⁵⁹. Si la Constitution reste donc toujours sous le joug des forces politiques qui s'en saisissent, elle peut également perdre son efficacité – et ainsi toute sa raison d'être – lorsqu'elle tente de saisir des phénomènes qui vivent et perdurent en dehors d'elle. L'exemple britannique est à ce titre éclairant, qui a vu naître, dans un des régimes les plus stables politiquement, une loi constitutionnelle de rationalisation,

⁶⁵⁷ A. Stone Sweet, « Le Conseil constitutionnel et la transformation de la République », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 25, octobre 2008, p. 67.

⁶⁵⁸ Jean-Louis Pezant soulignait ainsi que « la stabilité gouvernementale existe indépendamment du parlementarisme rationalisé ; celui-ci n'a ainsi pour effet que de maintenir le Parlement dans une situation de contrainte alors qu'il n'est plus utile pour assurer un mode de fonctionnement majoritaire », J.-L. Pezant, « Parlementarisme rationalisé et système majoritaire », in M. Ameller, P. Ardant, J.-C. Bécane, (dir.), *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris : Montchrestien, 2001, p. 466.

⁶⁵⁹ L'auteur ajoute que, pour s'en convaincre, « il suffit de se référer, à cet égard, aux événements d'octobre 1966 [...] au cours desquels la conjonction d'une crise de coalition et de difficultés internes au parti le plus influent a suffi à rendre inapplicables les mécanismes imaginés par le constituant », P. Lauvaux, A. Le Divellec, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris : PUF, coll. Droit fondamental, 2015, 4^e éd., p. 790.

encourageant moins, paradoxalement, la juridicité des mécanismes politiques, que le détournement politique des prétentions normatives. C'est ce que démontre Armel Le Divellec : le *Fixed-Term Parliaments Act* de 2011, qui supprime la prérogative du Premier ministre de recourir à la dissolution de la Chambre des Communes⁶⁶⁰, « [...] ouvr[e] la voie à toutes sortes de « manipulations » et calculs tactiques que la complexité des configurations politiques et l'ingéniosité des acteurs ne permettent pas de prévoir entièrement à l'avance »⁶⁶¹. Loin de rééquilibrer le pouvoir parlementaire face à un Cabinet dominant, cette réforme ne ferait que conduire les acteurs à se plier à des manœuvres inavouées, invisibles au citoyen, mais finalement toujours profitables à la majorité de gouvernement⁶⁶². L'ambition du législateur de 2011 de valoriser les pouvoirs du Parlement face au Gouvernement, négligeant la réalité du système partisan qui anime le régime, serait ainsi vouée à l'échec.

197. « Ici se confirme que le droit structure les comportements, mais ne saurait les déterminer »⁶⁶³. Il apparaît, en effet, que si la norme constitutionnelle fonde bien l'origine du régime institutionnel, elle ne saurait le résumer. En mettant en valeur la dualité politique et juridique de chaque pouvoir constitué, le prisme institutionnel offre au droit politique un appui théorique à ses prétentions anti-formalistes. Loin de se contenter de réinvestir l'ontologie juridique proposée par Maurice Hauriou, les auteurs du droit politique s'en sont saisis, l'ont adaptée et l'appliquent notamment à la question éclairante de la responsabilité des gouvernants.

⁶⁶⁰ La loi crée cependant deux nouvelles procédures de dissolution : une procédure d'auto-dissolution, par un vote de la Chambre des Communes à la majorité des deux tiers, et une procédure de dissolution automatique, en cas d'échec d'une question de confiance posée par le Gouvernement, qui ne serait pas suivie dans les quinze jours de l'investiture d'un nouveau Cabinet.

⁶⁶¹ A. Le Divellec, « Un tournant de la culture constitutionnelle britannique : le *Fixed-Term Parliaments Act* 2011 et l'amorce inédite de rationalisation du système parlementaire de gouvernement au Royaume-Uni », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

⁶⁶² Cette prédiction est d'autant plus justifiée qu'un tel détournement des dispositions constitutionnelles similaires a déjà eu cours en Allemagne. En effet, en 1972, 1983 et 2005, « [...] les chanceliers (Brandt, Kohl et Schröder) ont utilisé le vote de confiance pour mettre fin à leur gouvernement et déclencher des élections anticipées », J.-M. De Waele, P. Magnette, « Pouvoir exécutif et relation exécutif-législatif au niveau fédéral », *Les démocraties européennes : approches comparées des systèmes politiques nationaux*, Paris : A. Colin, coll. U. Sciences politiques, 2^e éd., 2010, p. 17. Encore faut-il, bien sûr, qu'une majorité soit effectivement constituée. Les événements récents au Royaume-Uni laissent supposer que le Gouvernement de Boris Johnson ne bénéficie pas, de fait, d'une majorité à la Chambre des Communes. C'est par exemple le constat de Denis Baranger, « Une bataille, mais pas la guerre ? Les victoires du parlement de Westminster contre Boris Johnson », *JP blog*, 9 septembre 2019.

⁶⁶³ A. Le Divellec, « Le prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la présidence de la V^e République (simultanément une esquisse sur l'étude des rapports entre « droit de la constitution » et système de gouvernement) », *Droits* n° 44, 2006, p. 129.

198. Les auteurs du droit politique accordent à la question de la responsabilité politique une place centrale dans leurs travaux. Soit qu'elle fasse directement l'objet d'un travail doctrinal conséquent⁶⁶⁴, soit qu'elle constitue le fil directeur de démonstrations d'ampleur⁶⁶⁵, la responsabilité des gouvernants est au cœur des préoccupations de l'école du droit politique. Or, la façon dont cette problématique est abordée par ces auteurs se comprend essentiellement à la lumière de la conception institutionnelle du droit constitutionnel ; la responsabilité politique est en effet un principe au cœur de la théorie institutionnaliste⁶⁶⁶. Les controverses qu'elle a suscitées notamment en France constituent donc un argument précieux en faveur de la posture adoptée par le droit politique.

199. Les années 1990 ont vu naître en France un débat, doctrinal et politique, portant sur le statut des gouvernants. Ce débat, qui est régulièrement réactivé depuis, s'est soldé temporairement par la victoire des tenants de la « criminalisation de la responsabilité des gouvernants »⁶⁶⁷ – notamment par l'instauration de la Cour de Justice de la République chargée, depuis 1993, de juger pénalement les membres du Gouvernement. Pour les auteurs du droit politique, cette banalisation procède d'une volonté d'enserrer le pouvoir dans des contraintes normatives, alors même que la nature politique des autorités constitutionnelles condamne nécessairement cette ambition à l'échec. Banaliser le statut des gouvernants suppose en effet de nier l'essence même des institutions politiques (A) et

⁶⁶⁴ C'est par exemple le cas de l'ouvrage de Denis Baranger, *Parlementarisme des origines : essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1999, 408 p. C'est également le cas d'Olivier Beaud qui, en sus de nombreux articles, a écrit et dirigé deux ouvrages majeurs sur la question : O. Beaud, *Le sang contaminé. Essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, Paris : PUF, coll. Béhémot, 1999, 172 p. ; O. Beaud, J.-M. Blanquer (dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes & Cie, coll. Droit, 1999, 323 p.

⁶⁶⁵ On pense ici à Pierre Avril dont la réflexion sur le droit non écrit est intimement liée à la notion de responsabilité politique : P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, 202 p. Il faut également évoquer la thèse d'Armel Le Divellec, qui, traitant du régime parlementaire allemand, ne peut faire l'économie d'une réflexion d'ampleur sur la responsabilité : A. Le Divellec, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne : contribution à une théorie générale*, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2004, 594 p.

⁶⁶⁶ Dans cette perspective, Maurice Hauriou faisait par exemple de la responsabilité la contrepartie indispensable à la liberté ; M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *4^e des Cahiers de la Nouvelle journée*, 1925, reprod. in M. Touzeil-Divina (dir.), *Miscellanées Maurice Hauriou*, Le Mans : L'Épitoge, coll. Historique du droit, 2013, p. 167.

⁶⁶⁷ La notion de criminalisation de la responsabilité est un *leitmotiv* dans les écrits d'Olivier Beaud, l'auteur du droit politique le plus prolifique sur cette question. Voir ainsi de cet auteur : *Le sang contaminé. Essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, Paris : PUF, coll. Béhémot, 1999, 172 p. ; « Le traitement constitutionnel de l'affaire du sang contaminé. Réflexions critiques sur la criminalisation de la responsabilité et la criminalisation du droit constitutionnel », *RDP* n° 4, 1997, p. 995-1022 ; « Du double écueil de la criminalisation de la responsabilité et de la justice politique », *RDP* n° 2, 1999, p. 419-456.

l'échec des tentatives opérées en ce sens a par ailleurs montré l'impossibilité de soumettre totalement la politique au droit (B).

A. La disparition problématique de la responsabilité politique

200. Mobiliser le concept de l'institution pour étudier le système constitutionnel permet de schématiser et de distinguer les différents aspects des autorités politiques. En effet, le traitement de la responsabilité est censé s'adapter selon ce qui est en cause. Lorsqu'une institution agit, notamment par l'édiction de normes, elle encourt diverses évaluations : la constitutionnalité de son acte sera examinée par le juge constitutionnel et l'opportunité de sa décision sera soumise aux mécanismes de la responsabilité politique. L'institution n'est cependant pas en cause elle-même lorsque l'un de ses membres agit en dehors des attributions de sa fonction, comme un individu ordinaire : il sera alors jugé en tant que tel, en application du droit commun, pénal ou civil, en dehors des privilèges associés à son mandat par l'institution⁶⁶⁸. L'approche institutionnelle permet donc d'apporter une réponse différente et une procédure adaptée selon la nature de l'acte institutionnel dont il s'agit de rendre compte, puisqu'elle met en valeur ses différents aspects.

201. La tendance à la banalisation de la responsabilité répond, comme son nom l'indique, à l'ambition de conférer aux actes relevant de la responsabilité politique le statut associé aux actes individuels. Pour les auteurs du droit politique, cette tentative est fondée sur la volonté de réduire les institutions à un ensemble composite de citoyens ordinaires, en omettant la dimension politique qui les transcende. Ce processus nie donc la nature des organes constitutionnels : l'obligation de rendre compte de l'action politique incombe désormais à un individu considéré comme un citoyen ordinaire et non comme le titulaire d'un mandat (1). Elle est par ailleurs déplacée, du centre réel de décision vers ses exécutants (2), de sorte que la banalisation de la responsabilité s'accompagne de la disparition de larges pans de celle-ci.

⁶⁶⁸ Olivier Beaud souligne cette distinction lorsqu'il écrit que « les Magistrats constitutionnels usent du pouvoir autorisé, donc légitime, lorsqu'ils restent dans le cadre de leur habilitation, mais s'ils en sortent, ils cessent d'être des représentants ou des gouvernants pour redevenir de simples particuliers [...] passibles de sanctions », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 327.

1. Une responsabilité banalisée

202. « La dualité droit/politique correspond d'abord au double système de régulation inhérent à toute Constitution ; la régulation des actes par le droit, la régulation des comportements par la responsabilité politique »⁶⁶⁹. Cette affirmation de Pierre Avril résume la conception traditionnelle du traitement de la dualité qui anime toutes les institutions ; les actes qui en découlent appartiennent à la sphère proprement juridique et peuvent être évalués dans leur légalité – par exemple à l'occasion d'un contrôle de constitutionnalité – tandis que les postures politiques relèvent d'une appréciation portée sur leur opportunité. À cet équilibre s'ajoute un troisième volet, qui ne concerne qu'indirectement le droit constitutionnel : la question de l'individu, du citoyen qui, en vertu d'un mandat, exerce pour un temps la fonction politique et juridique qui lui est octroyée. Trois facettes de l'institution se dessinent ainsi, qui se conjuguent sans s'assimiler. Il ressort de ce constat deux moyens qui permettent de contrôler l'exercice, par une personne physique, des pouvoirs qui lui sont conférés au sein de l'institution : la responsabilité politique⁶⁷⁰, reposant sur l'appréciation de l'opportunité des positions politiques défendues, et la responsabilité personnelle – civile ou pénale – de droit commun. Les évolutions récentes marquent un effacement constant de la première au profit de la seconde, traduisant une volonté de « criminaliser », et ainsi de banaliser, l'action publique⁶⁷¹. Or, l'exercice du pouvoir politique, dans l'appréciation qu'en proposent les auteurs du droit politique, échappe par nature à l'appréciation judiciaire.

203. L'argument de la banalisation résulte pourtant d'une référence renouvelée à la démocratie, selon laquelle les gouvernants ne devraient pas bénéficier d'un statut plus

⁶⁶⁹ P. Avril, « La Constitution : Lazare ou Janus ? », *RDP* n° 4, 1990, p. 959.

⁶⁷⁰ Cette notion « semble condamnée à demeurer dans le vague », P. Ségur, « Qu'est-ce que la responsabilité politique ? », *RDP* n° 6, 1999, p. 1600. Denis Baranger souligne pour sa part la diversité des significations possibles que recouvre cette notion. Ainsi, « l'idée de responsabilité politique recouvre [...] plusieurs degrés de relations entre d'une part ceux qui détiennent un pouvoir et d'autre part ceux qui en sont les sujets (les « gouvernés ») ou ceux qui les représentent. Elle peut renvoyer à l'idée d'une obligation de rendre des comptes du pouvoir exercé. Elle peut encore, et c'est la signification qu'elle a fini par prendre, indiquer que cette transparence de l'exercice du pouvoir est le moyen de le mettre en question, et le préalable à un retrait du titre de l'exercer », D. Baranger, « Responsabilité politique », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003 p. 1357.

⁶⁷¹ Jean Rossetto estime par exemple que la banalisation du statut des ministres en France résulte non seulement de la révision constitutionnelle de 1993 qui instaure la Cour de Justice de la République, mais également de la jurisprudence de la Cour de cassation qui retient une acception très stricte de l'idée de lien entre les faits incriminés et la fonction ministérielle. Il en résulte un statut des gouvernants relevant essentiellement des procédures pénales de droit commun ; J. Rossetto, « L'évolution de la responsabilité pénale des ministres sous la V^e République », O. Beaud, J.-M. Blanquer (dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes & Cie, coll. Droit, 1999, p. 267-277.

favorable que celui des gouvernés. C'est ce que dénonce Denis Baranger, pour qui « il ne s'agit plus de rechercher à ce que les gouvernés accèdent au pouvoir. [...] Il s'agit plutôt, en l'espèce, de l'identification des gouvernants aux gouvernés : on veut éviter que les gouvernants soient traités différemment des gouvernés »⁶⁷². La responsabilité politique serait ainsi un privilège dépassé, que le principe d'égalité condamnerait à l'abandon définitif. Pourtant, la responsabilité politique n'a pas pour ambition première de protéger les institutions ; elle répond au contraire à une exigence démocratique issue du système représentatif, en vertu de laquelle l'exercice d'un mandat politique par un représentant est placé sous le contrôle des représentés⁶⁷³. De ce point de vue, les auteurs du droit politique se font donc les hérauts d'une conception « traditionnelle » de la démocratie, par opposition à l'idée plus récente de démocratie par le droit.

204. La banalisation du statut des gouvernants pourrait néanmoins être regardée comme une évolution nécessaire du fait de la disparition de la responsabilité politique, marquée par la raréfaction de ses mises en œuvre. En application du principe selon lequel les individus doivent, d'une manière ou d'une autre, rendre compte de la façon dont ils ont exercé leur fonction, la criminalisation de l'action politique apparaîtrait comme un substitut acceptable. Pourtant, cette justification n'est pas satisfaisante pour plusieurs raisons. D'abord, les auteurs du droit politique insistent sur la nécessaire distinction entre absence de destitution et absence de responsabilité politique. Ainsi Olivier Beaud insiste-t-il sur le fait que « [...] la responsabilité politique ne se mesure pas au nombre de crises gouvernementales et que l'effectivité d'une disposition juridique ne préjuge en rien de sa « validité » juridique »⁶⁷⁴. Au contraire, l'absence de destitution des titulaires de fonctions politiques peut justement constituer la preuve d'un contrôle effectif, par exemple du

⁶⁷² D. Baranger, « Une tragédie de la responsabilité. Remarques autour du livre d'Olivier Beaud : *Le sang contaminé* », *RDP* n° 1, 1999, p. 30.

⁶⁷³ Philippe Ségur insiste ainsi sur le lien qui unit représentation et responsabilité politique, estimant qu'« il est [...] nécessaire pour maintenir cet artefact unifiant de mettre régulièrement à l'épreuve l'identité entre cette volonté nationale et celle que traduisent en actes les gouvernants. Les mécanismes constitutionnels de la responsabilité politique permettent cette vérification », P. Ségur, « Qu'est-ce que la responsabilité politique ? », *RDP* n° 6, 1999, p. 1607. Une perspective politiste permet de consacrer le même lien et d'estimer qu'il faut « [...] tenter de recréer les conditions d'une responsabilité politique tombée en désuétude, sans laquelle [...] il n'existe pas de démocratie ni de citoyenneté ». D. Bourmaud, « Les V^{es} Républiques. Monarchie, dyarchie, polyarchie. Variations autour du pouvoir sous la V^e République », *Pouvoirs* n° 99, 2001 p. 17. Voir également C. Bidégaray, « Le principe de responsabilité fondement de la démocratie. Petite promenade dans les allées du « jardin des délices démocratiques » », *Pouvoirs* n° 92, 2000, p. 5-16.

⁶⁷⁴ O. Beaud, « La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants », *Pouvoirs* n° 92, 2000, p. 18. Le même auteur dénonce par ailleurs « [...] une conception trop restrictive de cette notion [la responsabilité politique], identifiée à tort à sa sanction maximale, la perte de pouvoir (la destitution) », O. Beaud, « La contribution de l'irresponsabilité présidentielle au développement de l'irresponsabilité politique sous la V^e République », *RDP* n° 5-6, 1998, p. 1560.

Gouvernement, l'absence de démission prématurée pouvant constituer la preuve que les ministres se plient aux exigences politiques définies par le Parlement ou par le chef de l'État⁶⁷⁵. Dans un second temps, l'absence de mise en œuvre des procédés constitutionnels de censure s'explique également par la transposition de la responsabilité du cadre parlementaire au cercle plus fermé des partis. Ces derniers jouent un rôle phare dans le contrôle du Premier ministre, qui peut être contraint à la démission, moins par l'opposition parlementaire que par sa propre majorité⁶⁷⁶. Ainsi, l'absence de destitution du Gouvernement par le vote d'une motion de censure du Parlement ne signifie pas nécessairement que celui-ci n'est plus responsable politiquement⁶⁷⁷. Par ailleurs – et c'est là l'argument clef du droit politique – même si la responsabilité politique était de fait en voie de disparaître, le développement subsidiaire d'une responsabilité de droit commun ne constituerait pas un palliatif opportun.

205. Le processus de banalisation de la responsabilité repose sur une distinction artificielle et radicale de l'individu et de l'institution qu'il incarne, procédant notamment d'un effacement du contexte institutionnel, au profit de la seule considération personnelle de l'action menée⁶⁷⁸. Il participe d'un mouvement plus large de juridicisation et de judiciarisation de la politique, fondé sur l'ambition de limiter tout activisme par son strict encadrement⁶⁷⁹. Rendre les gouvernants pénalement et civilement responsables de leurs

⁶⁷⁵ Certains auteurs ont ainsi affirmé que, malgré l'absence de censure du Gouvernement depuis 1962, « la responsabilité politique des ministres est sans doute plus effective sous la V^e République que sous les régimes précédents », C. Bigaut, B. Chantebout, « De l'irresponsabilité prétendue des ministres sous la V^e République », *Pouvoirs* n° 92 2000, p. 77.

⁶⁷⁶ Ce fut le cas en 1990 au Royaume-Uni avec Margaret Thatcher, révoquée par le parti conservateur, et en 2004, en Allemagne, lorsque Gerhard Schröder fut contraint à la démission au sein du parti social-démocrate. Ces exemples sont rappelés par Olivier Beaud, « Une présidence « à la dérive » ? », *JP blog*, 17 octobre 2016.

⁶⁷⁷ Les questions au Gouvernement et les commissions d'enquête parlementaires peuvent ainsi être considérées comme des mécanismes plus discrets de la responsabilité politique ; O. Beaud, « La contribution de l'irresponsabilité présidentielle au développement de l'irresponsabilité politique sous la V^e République », *RDP* n° 5-6, 1998, p. 1560 ; D. Baranger, « L'affaire Benalla et la Constitution : le Sénat, organe de contrôle politique de l'exécutif », *JP blog*, 23 septembre 2018.

⁶⁷⁸ Ce qui va à l'encontre de la définition de l'institution politique, qui dépasse et transcende ses représentants. Comme l'écrivait Hauriou, « une institution est une organisation sociale, c'est-à-dire, une organisation faite d'une collectivité d'individus. En même temps, cette organisation doit avoir elle-même une individualité assez forte pour être connue et nommée. Par ce double fait qu'elle intéresse une collectivité et qu'elle a une existence propre due à son organisation, elle dépasse l'individu humain. Elle subsiste malgré les mutations qui peuvent se produire dans son personnel », M. Hauriou, *Principes de droit public*, préf. O. Beaud, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2010, p. 129.

⁶⁷⁹ Olivier Beaud affirme en ce sens que « [...] cette défense de la criminalisation s'appuie sur une théorie de la démocratie selon laquelle celle-ci sera judiciaire ou ne sera pas ». L'auteur poursuit plus loin : « [...] comment ne pas s'étonner que les juges qui revendiquent haut et fort un pouvoir de contrôle des élus, continuent à s'abriter prudemment derrière leur statut mixte de fonctionnaires et de magistrats pour clamer une indépendance et refuser, par exemple, toute idée d'élection ? », O. Beaud, « La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants », *Pouvoirs* n° 92, 2000, p. 28.

actions politiques revient en effet à soumettre l'évaluation de leurs actes à un juge de droit commun. Une telle évolution du statut des gouvernants présente une série de problèmes, régulièrement évoqués par les auteurs du droit politique. Elle rompt notamment l'équilibre entre pouvoir judiciaire et pouvoir politique, équilibre que le régime de responsabilité des gouvernants tend précisément à préserver⁶⁸⁰. Admettre que le pouvoir politique réponde de ses actes réalisés au cours d'un mandat devant une juridiction ordinaire transgresse allègrement le principe de la séparation des pouvoirs⁶⁸¹. La protection de l'équilibre des pouvoirs constitués suppose donc une compétence juridictionnelle très limitée, tout en exigeant que toute institution soit elle-même protégée contre la personne qui l'incarne⁶⁸². Cette dernière ambition présente néanmoins une difficulté majeure, dans la mesure où aucune différenciation entre ces deux aspects ne s'applique indiscutablement. Denis Baranger en est conscient, puisqu'il écrit qu'« [...] on cesse de comprendre les institutions [...] lorsqu'on attend une séparation nette entre l'organe et la personne physique »⁶⁸³. La frontière précise entre l'exercice de la fonction confiée par la Constitution et ce qui n'en relève pas juridiquement est donc particulièrement délicate à identifier⁶⁸⁴.

⁶⁸⁰ Au prix de compromis complexes entre diverses exigences. Ainsi, « l'histoire de la responsabilité des gouvernants en France traduit les hésitations entre une volonté de ne pas leur conférer de privilèges par rapport aux autres citoyens, le souci de leur assurer une protection pour leur permettre d'exercer leurs fonctions avec une certaine sérénité et celui de les obliger à rendre compte de leur gestion devant les élus de la nation, et, éventuellement, de leurs actes devant les juges. La conciliation est délicate et n'a jamais été entièrement satisfaisante », P. Ardant, « Responsabilité politique et pénale des chefs d'État, des chefs de gouvernement et des ministres », *RIDC* n° 2, vol. 54, 2002, p. 465.

⁶⁸¹ Pénaliser la responsabilité politique, « c'est [...] accepter que l'autorité judiciaire porte un regard sur l'action du gouvernement, voire sur le contexte politique du moment. [...] En demandant au juge d'être le régulateur des rapports politiques, on n'a pas vu qu'on le faisait, de fait, le censeur d'une morale politique dont il lui appartient désormais de fixer les règles et les limites. C'est là un risque de politisation de la justice qu'il ne faut pas négliger », P. Chrestia, « Responsabilité politique et responsabilité pénale entre fléau de la balance et fléau de société », *RDP* n° 3, 2000, p. 771.

⁶⁸² Cette exigence d'équilibre fut par exemple au cœur des travaux de la Commission de réflexion sur le statut pénal du chef de l'État, présidée par Pierre Avril. Elle a livré une « [...] réflexion générale sur l'équilibre à trouver entre deux préoccupations essentielles l'une et l'autre, et cependant antinomiques : comment, d'un côté, éviter aux responsables d'un pouvoir exécutif d'être l'objet d'attaques judiciaires incessantes, qui mettraient en péril l'exercice de leurs fonctions au service de la collectivité ? Comment, d'un autre côté, éviter qu'ils puissent bénéficier d'une impunité, de fait ou de droit, finalement aussi intolérable dans son principe et insupportable aux citoyens que le harcèlement judiciaire ? », *Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République*, La documentation française, 2002, p. 5.

⁶⁸³ D. Baranger, « La fin de la morale constitutionnelle (de la « constitution coutumière » aux conventions de la constitution) », *Droits* n° 32, 2000, p. 55.

⁶⁸⁴ Les formules juridiques employées sont ainsi souvent vagues et imprécises, incapables de définir avec précision les actes qui relèvent de la sphère personnelle. C'est notamment le cas des dispositions constitutionnelles relatives au statut du chef de l'État en France, révisées par la loi constitutionnelle du 23 février 2007 : « la notion de « manquement à ses devoirs », laquelle n'a d'ailleurs fait l'objet d'aucun amendement parlementaire, demeure floue et susceptible d'interprétations diverses, ce qui était du reste déjà le cas de la notion désuète et tout aussi confuse de « haute trahison », jugée peu applicable hors temps

206. L'ambition de soumettre totalement la politique au droit se traduit par un double développement des compétences juridictionnelles. Tout ce qui est réputé appartenir au champ de l'application stricte de la Constitution est confié au juge – constitutionnel ou ordinaire – qui contrôle la légalité *lato sensu* des actes normatifs établis par les pouvoirs constitués⁶⁸⁵. Tout ce qui n'en relève pas dépend du droit commun, puisqu'il s'agit alors d'évaluer l'action d'une personne physique. Ce raisonnement binaire écarte délibérément le troisième aspect institutionnel, son volet politique, central et caractéristique. Celui-ci échappe par définition à l'application du droit, dans la mesure où mettre en œuvre une disposition constitutionnelle consiste presque toujours à faire usage d'un large pouvoir d'appréciation⁶⁸⁶. Lorsque la Constitution se tait et que le droit commun n'a pas encore voix au chapitre, l'opportunité politique seule s'exprime, éventuellement sous contrôle d'un organe politique, mais difficilement sous celui d'un organe juridictionnel chargé d'appliquer le droit. C'est dans cet équilibre que le droit politique identifie la garantie d'un contrôle effectif des gouvernants. Denis Baranger affirme en ce sens : « dire en premier que le droit règne et qu'il n'est de pouvoir légitime que dans sa scrupuleuse exécution, c'est s'exposer à dissimuler les inévitables abus des gouvernants sous les apparences du légalisme »⁶⁸⁷. Le transfert de la charge de la responsabilité qui a cours aujourd'hui du titulaire d'un mandat politique vers le citoyen lambda occulte ainsi la réalité complexe qui est au cœur des institutions politiques. Le statut des gouvernants y perd sa lisibilité, et plus encore son efficacité.

2. Une responsabilité déplacée

207. La transformation du statut des gouvernants et la confusion qui en résulte tiennent dans une large mesure au fait que la responsabilité s'est vue progressivement transférée, des dirigeants politiques eux-mêmes, vers leur administration. Olivier Beaud identifie

de guerre », J.-C. Zarka, « La réforme du statut pénal du chef de l'État », *Petites affiches* n° 39, 22 février 2007, p. 5.

⁶⁸⁵ Grossièrement, on peut considérer que le contrôle des actes du Parlement relève du juge constitutionnel tandis que les actes gouvernementaux sont soumis au contrôle du juge administratif.

⁶⁸⁶ Hans Kelsen souligne lui-même cet aspect, écrivant que la fonction du législateur « [...] est imprévisible parce que la constitution ne détermine le contenu des lois futures que de manière négative, si tant est qu'elle le fasse », H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 226.

⁶⁸⁷ D. Baranger, « Le dépérissement de la pensée institutionnelle sous la V^e République », *Droits* n° 44, 2006, p. 35.

ainsi « [...] la formation d'une [...] pratique constitutionnelle qui consiste pour les gouvernants à se défaire systématiquement de leur responsabilité sur leurs « inférieurs » »⁶⁸⁸. Il s'agit là de l'inversion du principe originel de la responsabilité, en vertu duquel le Gouvernement, en tant qu'autorité hiérarchique ultime de l'Administration⁶⁸⁹, est également responsable de son action⁶⁹⁰. Ce principe de responsabilité était ainsi déjà évoqué par Benjamin Constant, comme une contrepartie nécessaire à l'exercice de l'autorité politique. Selon cet auteur, « [...] pour qu'il [le gouvernant] exerce une telle autorité, il faut qu'il appelle sur lui-même la responsabilité des actes qu'il commande : car on ne peut se faire obéir des hommes, qu'en les garantissant du résultat de l'obéissance »⁶⁹¹. En renonçant au principe de la responsabilité politique des institutions, les gouvernants mettent donc en péril la justification même de leur pouvoir, et tentent ainsi de s'offrir une relative impunité, en renvoyant la charge de la responsabilité sur celui qui a agi plutôt que sur celui qui a pris la décision de cette action. Parce que les fonctionnaires sont, en raison de leur statut, irresponsables politiquement⁶⁹², leurs actes ne peuvent être soumis qu'à l'évaluation du juge ordinaire. Or, l'ouverture d'une procédure judiciaire à l'encontre d'un membre de l'Administration est régulièrement considérée comme excluant toute mise en cause de la responsabilité de l'autorité politique dont il dépend⁶⁹³. Il en résulte donc une relative impunité de la décision politique.

⁶⁸⁸ O. Beaud, « La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants », *Pouvoirs* n° 92, 2000, p. 18.

⁶⁸⁹ La Constitution de 1958 rappelle par exemple ce principe à son article 20, alinéa 2 : le Gouvernement « dispose de l'administration et de la force armée ».

⁶⁹⁰ Jacques Chevallier affirme ainsi que « le principe démocratique implique que les fonctionnaires soient placés sous l'autorité des gouvernants, seuls détenteurs du pouvoir légitime de commander. Le principe hiérarchique assure cette *suprématie*, puisqu'il dote les gouvernants d'une emprise totale sur la marche des services et garantit l'obéissance des fonctionnaires ; et il permet, en conséquence, de leur imputer la responsabilité politique du mauvais fonctionnement administratif », J. Chevallier, *Science administrative*, Paris : PUF ; coll. Thémis, 5e éd., 2013, p. 311-312.

⁶⁹¹ B. Constant, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France*, 1815, Chap. II, in *Écrits politiques*, Gallimard, coll. Folio / Essais, 2010, p. 332.

⁶⁹² L'exercice de leur fonction relève essentiellement de la responsabilité administrative, à raison notamment de l'obligation de neutralité et de réserve qui caractérise la fonction publique. Puisque les fonctionnaires ne peuvent agir en opportunité, leurs actes ne sauraient relever de la responsabilité politique. C'est ce qu'expose Olivier Beaud : « [...] parce qu'il n'agit pas politiquement, c'est-à-dire parce qu'il n'exerce pas véritablement le pouvoir et qu'il ne prend pas de risques politiques, le fonctionnaire n'est pas responsable politiquement. Son irresponsabilité politique est le corollaire logique de l'impartialité et de la neutralité de son activité administrative. Le fonctionnaire doit obéissance au ministre parce que celui-ci le protège », O. Beaud, *Le sang contaminé : essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, Paris : PUF, coll. Béhémot, 1999, p. 151.

⁶⁹³ Les gouvernants se protégeraient ainsi, en « [...] prétend[ant] inapplicable la responsabilité politique au motif que la responsabilité pénale est mise en œuvre » O. Beaud, « La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants », *Pouvoirs* n° 92, 2000, p. 20.

208. Le statut du Président de la République français constitue à ce titre un exemple éloquent. En héritage d'un principe monarchique en effet, le chef de l'État est traditionnellement déclaré irresponsable, hormis le cas de haute trahison. Ce statut privilégié, resté longtemps une question accessoire, est devenu tout à fait inadapté avec l'avènement de la prééminence présidentielle sous la V^e République⁶⁹⁴. Cette irresponsabilité politique de principe s'est renforcée en pratique, avec la disparition de situations propices à la mise en cause du Président. La dissolution de l'Assemblée et le référendum furent en effet, à l'aube du régime, les instruments de De Gaulle pour responsabiliser son mandat, et ce malgré une disposition constitutionnelle contradictoire⁶⁹⁵. Le premier de ces outils portait, selon René Capitant, les marques évidentes de la responsabilité politique, puisque « le général de Gaulle a [...] clairement montré, lors de la dissolution du 9 octobre 1962, qu'il comprenait ainsi le fonctionnement de la constitution : en posant la question de confiance devant le peuple, il proclamait, en effet, sa volonté de se soumettre au verdict populaire, et donc de se démettre immédiatement de sa fonction au cas où le verdict eût été hostile à sa politique »⁶⁹⁶. Le référendum, quant à lui, s'était imposé comme l'instrument privilégié de mise en cause de la responsabilité présidentielle, à tel point que la dérive plébiscitaire qui en découlait a été dénoncée⁶⁹⁷. L'institution présidentielle a cependant vite évolué, à partir de 1969⁶⁹⁸, vers

⁶⁹⁴ « Issues des Républiques antérieures, ces dispositions [les articles 67 et 68 de la Constitution] sont à la fois ambiguës dans leur rédaction et inadaptées dans leur esprit, car elles concernent une présidence traditionnelle sans commune mesure avec la mission du premier des représentants de la nation qu'est le Président de la V^e République », *Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République, présidée par le professeur Avril*, La Documentation française, 2002, p. 5. Marie-Anne Cohendet adopte le même point de vue et dénonce le décalage flagrant entre le statut du chef de l'État et ses prérogatives exceptionnelles : M.-A. Cohendet, *Le président de la République*, Paris : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2^e éd., 2012, p. 36-45.

⁶⁹⁵ Cette pratique avait d'ailleurs été prévue de longue date par le général de Gaulle, comme le souligne Armel Le Divellec : « en tout état de cause, il était bien prévu d'en appeler en certaines circonstances, à l'arbitrage populaire par l'exercice du droit de dissolution et finalement également par le référendum (discours d'Épinal de septembre 1946) », A. Le Divellec, « Le prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la présidence de la V^e République (simultanément une esquisse sur l'étude des rapports entre « droit de la constitution » et système de gouvernement) », *Droits* n° 44, 2006, p. 112.

⁶⁹⁶ R. Capitant, « Le régime de la V^e République », in *Écrits constitutionnels*, Paris : CNRS, 1982 p. 397.

⁶⁹⁷ Par exemple : « cette pente plébiscitaire était amorcée dès le référendum constituant et les onze années de présidence gaullienne ont été placées sous le signe indélébile d'une relation de confiance personnelle – pourquoi ne pas dire : de nature charismatique ? – entre le Général et « l'armée de ceux qui le soutiennent » », C. Emeri, « De l'irresponsabilité présidentielle », *Pouvoirs* n° 41, 1987, p. 136. L'usage même du terme de « plébiscite » traduit déjà un jugement de valeur négatif sur la procédure mise en œuvre. Jean-Marie Denquin relève à cet égard toute la subjectivité que dénote l'emploi de ce terme, et la fragilité du concept qu'il cherche à désigner. J.-M. Denquin, *Référendum et plébiscite : essai de théorie générale*, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1976, not. p. 228 et ss. Voir aussi, J.-M. Denquin, « Le déclin du référendum sous la V^e République », *RDJ* n° 5-6, 1998, p. 1595.

⁶⁹⁸ La démission de De Gaulle provoquée par l'échec du référendum de 1969 « [...] perme[t] de comprendre le déclin d'un référendum, le référendum de consultation, conçu comme une variante faible de

un statut plus conforme aux dispositions constitutionnelles, la seule hypothèse de mise en jeu de la responsabilité politique du chef de l'État demeurant, à la limite, lors des échéances électorales⁶⁹⁹.

209. Raréfiées, les hypothèses dans lesquelles la responsabilité présidentielle peut être engagée ne garantissent donc plus que puisse s'établir un lien de confiance entre le peuple et le chef de l'État. Le Gouvernement endosse une partie de la responsabilité qui incombait avant au Président, ainsi qu'en témoigne par exemple l'évolution des conséquences politiques d'un référendum infructueux⁷⁰⁰. De ce fait, « le phénomène que l'on pouvait expliquer au regard des canons de la démocratie – le gouvernement tirant sa légitimité du chef de l'État dans le système présidentiel, il peut être remplacé par lui à tout moment – s'est ainsi inversé – le chef de l'État présidentiel prétend se légitimer lui-même en changeant de gouvernement – et peut désormais difficilement se justifier »⁷⁰¹. Ce qui peut être regardé comme une règle classique du régime parlementaire – le chef de l'État bénéficiant d'une irresponsabilité de principe, les ministres endossent la responsabilité de ses actes – ne se justifie que lorsque le Gouvernement détient, au sein

la dissolution, agrémenté d'une question de confiance plus ou moins explicite, et que le général de Gaulle a imposé en marge de la lettre constitutionnelle », *ibid.*, p. 1598.

⁶⁹⁹ Olivier Beaud intègre ainsi les élections dans les manifestations de la responsabilité politique : O. Beaud, « La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants », *Pouvoirs* n° 92, 2000, p. 22. Il s'oppose ici à Philippe Ardant, qui estime que la réélection éventuelle d'un candidat à la présidence ne relève pas de la responsabilité politique ; P. Ardant, « Responsabilité politique et pénale des chefs d'État, des chefs de gouvernement et des ministres », *RIDC* n° 2, vol. 54, 2002, p. 479. En tout état de cause, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a de toute façon restreint les hypothèses de cette responsabilité, en limitant à deux le nombre de mandats présidentiels consécutifs. Constitutionnalisation d'une pratique déjà observée dans les faits – puisqu'aucun chef de l'État français n'a jamais brigué un troisième mandat –, cette réforme dépouille néanmoins théoriquement les électeurs d'une opportunité d'évaluer la politique de leur Président. Voir en ce sens : H. Roussillon, « Limiter à deux le nombre de mandats présidentiels : une révision inutile », *Petites affiches* n° 97, 14 mai 2008, p. 12-13. Enfin, les élections législatives intervenant en cours de mandat présidentiel ont également pu être regardées comme une occasion de mettre en cause la responsabilité présidentielle. La cohabitation, qui voit un pouvoir exécutif divisé politiquement, pourrait ainsi en constituer la sanction : M.-A. Cohendet, *Le président de la République*, Paris : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2^e éd., 2012, p. 48. Certes, la cohabitation peut se « [...] interpréter comme le refus de la part du Président de tirer les conséquences de l'échec de sa majorité aux élections législatives », et partant comme une absence de mise en cause de la responsabilité du chef de l'État. C'est le point de vue d'Olivier Beaud, « La contribution de l'irresponsabilité présidentielle au développement de l'irresponsabilité politique sous la V^e République », *RDP* n° 5-6, 1998, p. 1550. Pour autant, une conception intermédiaire est possible, qui consiste à considérer que le Président, en cas de cohabitation, assume une responsabilité seulement *relative*, qui « ne se manifeste qu'en un simple effacement du Président », D. Rousseau, A. Viala, *Droit constitutionnel*, Paris : Montchrestien, coll. Pages d'amphi, 2004, p. 306. Quoi qu'il en soit, le passage au quinquennat présidentiel en 2000, et l'adaptation du calendrier électoral qui l'a accompagné ont rendu cette hypothèse très improbable. En effet, ils « [...] fonde[nt] la toute-puissance irresponsable du chef de l'État », P. Mouzet, « Quelle V^e République ? », *RDP* n° 6, 2005, p. 1515.

⁷⁰⁰ Si le général de Gaulle estime sa responsabilité engagée en 1969 et en accepte la sanction en démissionnant, c'est le Premier ministre Jean-Pierre Raffarin qui est limogé en 2005, au lendemain de l'échec du référendum sur la ratification du Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

⁷⁰¹ P. Mouzet, « Quelle V^e République ? », *RDP* n° 6, 2005, p. 1515.

du pouvoir exécutif, une prévalence politique. C'est d'ailleurs l'irresponsabilité du chef de l'État qui justifie à bien des égards que les ministres conquièrent progressivement l'autorité politique, dès lors qu'ils sont tenus responsables de son exercice par le mécanisme du contreseing⁷⁰². C'est le phénomène inverse qui se produit sous la V^e République, malgré l'irresponsabilité du chef de l'État. Cette dernière, selon Philippe Ardant, « [...] n'a plus [...] de raison d'être. Pièce centrale du dispositif institutionnel, moteur incontesté de la vie politique, il serait normal qu'il réponde des orientations qu'il a imposées comme des décisions prises par lui »⁷⁰³. Pourtant, c'est le mouvement inverse qui est constaté, l'épreuve de la responsabilité incombant de plus en plus, au sein du pouvoir exécutif, au Gouvernement⁷⁰⁴. Ce mouvement de dé-responsabilisation du chef de l'État, qui s'accompagne d'une tendance des membres du Gouvernement à se reporter sur les exécutants de l'Administration⁷⁰⁵, encourage l'abandon presque total de la responsabilité politique⁷⁰⁶, au profit d'autres formes, exclusivement judiciaires, de responsabilité.

210. Pour les auteurs du droit politique, cette disparition progressive n'est pas sans poser problème au regard des canons de la démocratie. Le cœur de la responsabilité politique repose en effet sur l'idée de légitimité du détenteur de la puissance publique, fondée en

⁷⁰² Ce fut le cas en Grande-Bretagne à partir de la fin du XVIII^e siècle : de l'irresponsabilité du roi, « il en est rapidement résulté que les ministres, qui encouraient la responsabilité [devant le Parlement], n'acceptaient de contresigner que les actes qu'ils approuvaient. Le roi peut bien alors tenter de changer de ministre, mais le nouveau sera dans la même situation, de sorte que *le pouvoir du roi est passé entre les mains de ses ministres* », F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Manuel, 38^e éd., 2017, p. 205. Denis Baranger évoque à ce propos le « perfectionnement de l'irresponsabilité » du monarque. Si, en vertu d'un principe coutumier, le roi « ne peut mal faire », cela doit progressivement s'accompagner d'une disparition de ses prérogatives politiques ; D. Baranger, *Parlementarisme des origines : essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1999, p. 186.

⁷⁰³ P. Ardant, « Responsabilité politique et pénale des chefs d'État, des chefs de gouvernement et des ministres », *RIDC* n° 2, vol. 54, 2002, p. 475-476.

⁷⁰⁴ Olivier Beaud considère par exemple que la mise en examen de l'ancien Premier ministre Alain Juppé dans l'affaire des emplois fictifs à la mairie de Paris, traduit une déresponsabilisation du chef de l'État, au détriment des membres de son Gouvernement : O. Beaud, « La contribution de l'irresponsabilité présidentielle au développement de l'irresponsabilité politique sous la V^e République », *RDP* n^{os} 5-6, 1998, p. 1542.

⁷⁰⁵ La dynamique qui en résulte conduit à ce que « [...] se développe, au sein de l'Exécutif – le Parlement étant hors jeu depuis longtemps –, une responsabilité (si l'on peut dire) du subordonné devant le supérieur c'est-à-dire du collaborateur du Ministre devant le Ministre, du Ministre devant le Premier ministre, et finalement de celui-ci devant le Président », *ibid.*, p. 1543.

⁷⁰⁶ Il reste toutefois qu'en France, le chef de l'État est susceptible de faire l'objet d'une procédure de destitution, depuis la révision constitutionnelle du 23 février 2007. Cette procédure présente certes les caractères de la responsabilité politique, mais elle peut également s'analyser comme le moyen offert aux Parlementaires de livrer l'action présidentielle à l'évaluation du juge ordinaire, puisque la destitution priverait le chef de l'État de l'immunité attachée à sa fonction. Par son biais, ainsi, « le politique pourrait [...] inviter le judiciaire à entrer en action », Y. Zoubeidi-Defert, « La responsabilité du chef de l'État : la révision constitutionnelle du 23 février 2007 », *Pouvoirs* n° 122, 2007, p. 158.

dernier recours sur l'assentiment populaire⁷⁰⁷. La substitution progressive d'une responsabilité judiciaire rompt la relation entre gouvernants et gouvernés, parce qu'elle ne présente pas les mêmes caractères que la responsabilité politique ; elle ne permet pas notamment d'assurer l'établissement d'un lien de confiance entre gouvernants et gouvernés. La disparition progressive de ce lien menace cependant gravement les institutions elles-mêmes, car « il n'y a pas de pouvoir sans responsabilité ; il n'y a pas d'autorité qui ne soit, à un moment ou à un autre, mise en demeure de renouveler le pacte grâce auquel elle s'exerce »⁷⁰⁸. C'est ainsi tout l'équilibre du régime parlementaire qui est fragilisé par l'affaiblissement des mécanismes de la responsabilité politique⁷⁰⁹. C'est du moins cette conception qui justifie que les tenants du droit politique s'alarment du statut actuel des gouvernants : rompu, le lien de confiance fondamental entre gouvernants et gouvernés s'épuise dans la relation renouvelée entre gouvernants et juges. Or, si cette judiciarisation a été pensée comme un palliatif à l'irresponsabilité politique de fait, elle échoue nécessairement, pour les auteurs *juspolitistes*, à s'y substituer efficacement.

B. La judiciarisation impossible de la responsabilité politique

211. L'approche institutionnelle portée par le droit politique trouve dans le mouvement de criminalisation de l'action politique un argument de poids : toutes les tentatives de banalisation de la responsabilité des pouvoirs constitués sont restées inachevées, parce qu'elles se sont heurtées à la nature éminemment politique de ces institutions, nature qu'elles cherchaient justement à contourner. Le mouvement de criminalisation de la responsabilité est ainsi condamné à l'inachèvement, puisqu'il conduit à un statut bancal, qui n'est plus vraiment politique sans pour autant relever tout à fait du droit commun.

⁷⁰⁷ Denis Baranger estime ainsi que « [...] l'on a dit l'essentiel au sujet de la responsabilité politique lorsque l'on a marqué ceci : elle n'est pas un mécanisme, mais une relation. C'est une relation de légitimité qui unit le gouvernant au souverain. Dans les régimes démocratiques, elle rapproche les ministres et le peuple, avec en principe l'intermédiation des représentants du peuple. Cette relation est le pendant de la relation de représentation », D. Baranger, « Une tragédie de la responsabilité. Remarques autour du livre d'Olivier Beaud : *Le sang contaminé* », *RDP* n°1, 1999, p. 31.

⁷⁰⁸ C. Bidégaray, C. Emeri, *La responsabilité politique*, Paris : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1998, p. 4.

⁷⁰⁹ Dans le cadre du régime parlementaire en effet, « la responsabilité ne s'exerce donc pas à sens unique puisqu'elle doit être réciproque : les membres de la majorité sont tenus de soutenir avec discipline le gouvernement dont ils sont solidaires, mais le Premier ministre doit justifier cette confiance, le tout sous le jugement de l'opinion », P. Avril, « Responsabilité et *accountability* », in O. Beaud, J.-M. Blanquer (dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes & Cie, coll. Droit, 1999, p. 88.

Irréductible, le caractère politique de l'action menée transparaît malgré l'application d'une procédure dite de droit commun. Le péril exposé par les auteurs du droit politique réside alors dans le risque que l'appréciation de l'opportunité politique relève, en dernier recours, du pouvoir judiciaire. Leur point de vue semble pouvoir être résumé ainsi : « il n'est pas souhaitable que des juridictions, quelles qu'elles soient, soient amenées à se prononcer sur des questions dont la dimension politique est aussi accentuée. Cette tendance à leur confier un rôle politico-pénal participe d'une malencontreuse confusion des genres »⁷¹⁰. Car le politique perce toujours sous le voile du juridique, ce qui implique que « l'assujettissement de l'action gouvernementale à un droit de type pénal [soit] en effet voué à l'échec [...]. D'une part, les incriminations ne sont pas adaptées. D'autre part, les procédures sont inadéquates »⁷¹¹. Il apparaît en effet que les faits politiques ne peuvent souvent être assimilés à des infractions qu'au prix d'une altération des principes du droit pénal (1), et qu'ils ne peuvent faire l'objet que de procédures exorbitantes du droit commun (2).

1. Un droit commun inapplicable

212. La responsabilité de droit commun se définit comme une responsabilité personnelle, pénale ou civile. Selon Olivier Beaud, « la responsabilité pénale se distingue principalement de la responsabilité civile en raison, d'une part, du caractère strictement délimité des fautes (les infractions) qui engagent une telle responsabilité et, d'autre part, de la sanction beaucoup plus rude touchant à la vie et à la liberté (les peines) »⁷¹². Cette différence s'explique par des finalités distinctes : alors que la première a pour ambition la répression, la seconde vise la réparation du dommage causé⁷¹³. De ce fait, le statut des gouvernants est davantage marqué par une criminalisation que par un essor de la responsabilité civile – qui reste somme toute subsidiaire –, dès lors que la banalisation

⁷¹⁰ J. Rossetto, « À propos de la responsabilité pénale des membres de l'exécutif sous la V^e République : l'indispensable responsabilité politique », in M. Ameller, P. Ardant, J.-C. Bécane, (dir.), *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris : Montchrestien, 2001, p. 414.

⁷¹¹ D. Baranger, « Une tragédie de la responsabilité. Remarques autour du livre d'Olivier Beaud : *Le sang contaminé* », *RDP* n° 1, 1999, p. 29.

⁷¹² O. Beaud, « La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants », *Pouvoirs* n° 92, 2000, p. 20.

⁷¹³ « Le droit pénal a pour objet de *sanctionner* les comportements délinquants, qualifiés comme tels par la loi ou le règlement, parce qu'ils portent atteinte à la société. [...] Tandis que les juridictions civiles condamnent à la réparation – notamment par l'attribution de dommages-intérêts [...] –, les juridictions pénales condamnent à des peines », M. Fabre-Magnan, F. Brunet, *Introduction générale au droit*, Paris : PUF, coll. Thémis, 2017, p. 8.

cherche à permettre que les gouvernants soient punis lorsque les mécanismes de la responsabilité politique sont, semble-t-il, inefficaces⁷¹⁴. Par ailleurs, la responsabilité civile souffre, au niveau politique, d'une applicabilité limitée⁷¹⁵. La banalisation du statut des gouvernants se manifeste donc bien principalement par un processus de criminalisation.

213. La responsabilité pénale s'identifie succinctement par la réunion de trois éléments : une infraction, constatée par un juge et à la réalisation de laquelle est assortie une sanction, pécuniaire ou privative de liberté⁷¹⁶. Ces trois aspects sont tous inadaptés aux faits relevant traditionnellement de la responsabilité politique, d'abord parce que la notion d'infraction échoue à embrasser les activités politiques les plus courantes. Et c'est là qu'apparaît sans doute avec le plus d'éclat l'irréductibilité de la responsabilité politique à un régime de droit commun⁷¹⁷. Il est pourtant des faits qui, bien que réalisés à l'occasion de l'exercice d'une fonction publique, intègrent indiscutablement le champ de la responsabilité pénale. C'est par exemple le cas « [...] des infractions classiques comme la prévarication, la corruption et la malversation, et [...] des délits qui impliquent de graves violations de droits fondamentaux (écoutes téléphoniques, usage illégitime de la violence publique...) »⁷¹⁸. L'ensemble de ces infractions recoupe le concept de « criminalité gouvernante » proposé par Luiz Díez-Picazo⁷¹⁹. Pour Olivier Beaud, ce concept permet de distinguer utilement, dans l'exercice de l'autorité publique, ce qui relève, par principe, de

⁷¹⁴ À titre d'exemple, « [...] la responsabilité pénale s'imposait dans l'affaire de la transfusion sanguine parce qu'elle devait exceptionnellement se substituer à la responsabilité politique défailante », O. Beaud, « Le traitement constitutionnel de l'affaire du sang contaminé. Réflexions critiques sur la criminalisation de la responsabilité et la criminalisation du droit constitutionnel », *RDP* n° 4, 1997, p. 1008.

⁷¹⁵ Hauriou relevait déjà que, reposant sur le principe de la réparation par l'indemnisation, la responsabilité civile peine en effet à s'imposer aux gouvernants, « [...] parce qu'il y a une telle disproportion entre la faute politique commise et ses conséquences pécuniaires que l'on ne peut pas faire jouer le mécanisme des misérables patrimoines privés », M. Hauriou, « Introduction à l'étude du droit administratif français », préface à la 11^e édition du *Précis de droit administratif*, Paris : Sirey, 1929, p. XVII ; cité par O. Beaud, « La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants », *Pouvoirs* n° 92, 2000, p. 25.

⁷¹⁶ Plus largement, « les responsabilités « juridiques » [civile ou pénale] sont [...] fondées sur l'existence d'un préjudice, qui est imputé à une personne, en raison d'une faute qu'elle aurait commise, ou parce que le droit fait peser sur elle une responsabilité objective (sans faute). [...] Les responsabilités « juridiques » sont engagées dans le cadre d'un procès, qui oppose deux parties intéressées à la solution d'un litige, et qui est tranché par un tiers impartial, le juge », D. Baranger, « Responsabilité politique », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 1358.

⁷¹⁷ « Aucune qualification criminelle ne convient lorsque l'on commence à critiquer l'opportunité de l'action gouvernementale » écrit ainsi Denis Baranger, « Une tragédie de la responsabilité. Remarques autour du livre d'Olivier Beaud : *Le sang contaminé* », *RDP* n° 1, 1999, p. 30.

⁷¹⁸ O. Beaud, « Le traitement constitutionnel de l'affaire du sang contaminé. Réflexions critiques sur la criminalisation de la responsabilité et la criminalisation du droit constitutionnel », *RDP* n° 4, 1997, p. 1002.

⁷¹⁹ L. Díez-Picazo, *La criminalidad de los gobernantes*, Barcelona : Critica, 1996, p. 14 ; cité par O. Beaud, *ibid.*, p. 1002.

la responsabilité politique, de ce qui dépend, par exception, de la responsabilité pénale⁷²⁰. Parce qu'elle est constituée d'infractions qui tiennent compte, dans leur définition légale, des spécificités liées à l'exercice d'un mandat politique, la « criminalité gouvernante » ménage ainsi un espace de contrôle judiciaire de l'activité politique, sans pour autant généraliser le recours à la responsabilité pénale pour en évaluer l'opportunité. En dehors de cette hypothèse relativement marginale, la judiciarisation de la responsabilité des gouvernants semble largement inopérante.

214. Cet argument de l'inadéquation entre des faits politiques et leur qualification pénale, défendu en théorie par les auteurs du droit politique⁷²¹, a été illustré en pratique par les transformations du droit positif de la V^e République. Depuis 1993 en effet, la Constitution prévoit que « les membres du Gouvernement sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis [...] », devant la Cour de Justice de la République⁷²². Un renvoi si général au droit commun n'est pas sans poser problème en matière politique, notamment parce qu'il inclut les délits d'imprudence ou de négligence⁷²³, qui constituent l'une des rares exceptions au principe du caractère intentionnel des infractions⁷²⁴. Dès lors, « [...] les ministres sont pénalement responsables pour tous les crimes et délits visés non seulement par le Code pénal, mais indirectement pour ceux auxquels renvoie le Code pénal, soit un océan infini des incriminations débordant largement le cadre du Code pénal »⁷²⁵. Cette application mécanique du droit pénal se heurte à la nature même des actions politiques menées par les gouvernants : jauger l'imprudence ou la négligence éventuelle des ministres revient à évaluer leurs compétences à exercer cette fonction, et

⁷²⁰ *Ibid.*, p. 1004.

⁷²¹ Olivier Beaud estime ainsi que, face aux gouvernants qu'ils sont appelés à juger, « [...] les magistrats ne peuvent rester fidèles à leur volonté de se retrancher derrière l'application du seul principe de « qualification pénale ». *Le politique les saisit à leur corps défendant*, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent ranger les faits politico-administratifs de l'affaire dans des catégories pénales, sans trahir les principes constitutifs de chacune des responsabilités en cause », O. Beaud, *Le sang contaminé : essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, Paris : PUF, coll. Béhémoth, 1999, p. 128.

⁷²² Article 68-1 de la Constitution, créé par la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993.

⁷²³ Ainsi que le révèle l'affaire du sang contaminé, au cours de laquelle trois anciens ministres furent soumis au jugement de la Cour de Justice de la République.

⁷²⁴ En vertu des dispositions de l'article 121-3 du Code pénal, « il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. [...] Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ».

⁷²⁵ O. Beaud, *Le sang contaminé : essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, Paris : PUF, coll. Béhémoth, 1999, p. 89.

finalement à déterminer « [...] s'ils ont été de bons ministres »⁷²⁶. De ce fait, il apparaît que le « [...] principe de la « qualification pénale » [...] se mue insensiblement [...] en « principe d'opportunité », propre à la responsabilité politique »⁷²⁷.

215. Criminaliser le statut des gouvernants présente par ailleurs d'autres incohérences quant à la satisfaction des critères du droit pénal. Il en va ainsi du caractère personnel des infractions, principe fondamental du droit commun⁷²⁸, et critère central d'identification de la responsabilité pénale, par opposition à la responsabilité politique⁷²⁹. La démonstration d'une faute personnelle en matière politique constitue en effet une tâche ardue, puisque « l'intrication des compétences du ministre et du cabinet rend illusoire la recherche d'une responsabilité purement individuelle »⁷³⁰. Parce que les gouvernants ne travaillent jamais seuls, il est tout à fait impossible de déterminer précisément ce qui relève de leur fait propre, ou de celui de leurs collaborateurs. C'est d'ailleurs cette confusion qui justifie dans une large mesure que la responsabilité politique soit, fondamentalement, une responsabilité du fait d'autrui : c'est l'autorité décisionnaire qui rend compte d'une action en fait réalisée par l'un de ses subordonnés⁷³¹. En tentant de s'imposer à des faits politiques dont les auteurs peinent à être définitivement identifiés, le droit pénal se trouve contraint de renoncer à ce principe fondamental et ainsi à sa propre intégrité⁷³².

216. L'impuissance du droit pénal à se saisir des faits relevant classiquement de la responsabilité politique s'impose plus clairement encore dans la sanction qui résulte de sa mise en œuvre⁷³³. Le constat de la commission d'une infraction par un juge n'a en effet

⁷²⁶ *Ibid.*, p. 130.

⁷²⁷ *Ibid.*, p. 127.

⁷²⁸ Principe prévu à l'article 121-1 du Code pénal : « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ».

⁷²⁹ Ainsi que le souligne Pierre Avril, « le gouvernant répond par définition du fait d'autrui puisqu'il est responsable des services placés sous son autorité et dont le fonctionnement l'engage », P. Avril, « Trois remarques à propos des réquisitions du ministère public dans l'affaire du sang contaminé », *RDP* n° 2, 1999, p. 397.

⁷³⁰ O. Beaud, *Le sang contaminé : essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, Paris : PUF, coll. Béhémoth, 1999, p. 124.

⁷³¹ Comme le souligne Denis Baranger, « [...] la règle de responsabilité joue le rôle d'une présomption d'imputation ; il faut imputer à celui qui est responsable tous les actes de l'exécutif, quelle que soit leur origine réelle », D. Baranger, *Parlementarisme des origines : essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1999, p. 151-152.

⁷³² Olivier Beaud déplore ainsi le développement d'une « responsabilité pénale pour fait d'autrui » dans le cadre de l'affaire du sang contaminé ; O. Beaud, *Le sang contaminé : essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, Paris : PUF, coll. Béhémoth, 1999, p. 122 et ss.

⁷³³ Selon Carlos-Miguel Pimentel, c'est justement dans la nature de la peine, davantage que sur « le critère de la loi », c'est-à-dire de la qualification législative des actes relevant du droit pénal, que peut s'apprécier pleinement la distinction entre responsabilité pénale et responsabilité politique : C.-M. Pimentel, *La main invisible du juge : l'origine des trois pouvoirs et la théorie des régimes politiques*, thèse dact.,

d'autre but que la sanction d'un comportement proscrit, et le lien entre la culpabilité d'un individu et sa sanction est donc, en théorie, automatique⁷³⁴. Or, plusieurs hypothèses démontrent que les juges rechignent à prononcer de véritables peines, pécuniaires ou privatives de liberté, en réponse à l'incrimination d'activités politiques⁷³⁵. Ce fut ainsi le cas dans le cadre de l'affaire du sang contaminé, puisque, sur les trois anciens ministres déférés devant la Cour de Justice de la République, le seul qui fut reconnu coupable, Edmond Hervé, fut pourtant dispensé de peine⁷³⁶. Un tel dispositif rompt l'automaticité, ordinaire en droit pénal, entre culpabilité et sanction, et manque d'un fondement en droit⁷³⁷. Cette difficulté à associer des sanctions pénales à des actes strictement politiques s'explique par la finalité qui distingue les deux types de responsabilité : « [...] la responsabilité politique n'est pas, dans son essence, *répressive* comme la responsabilité pénale (même si celle-ci fut accidentellement à l'origine de celle-là), elle est *préventive*, parce que son but n'est pas de juger le passé, mais de prévenir l'avenir. Son objet n'est donc pas de punir les gouvernants fautifs, mais de mettre en garde les gouvernants négligents ; sous ce rapport, elle s'analyse comme un instrument de régulation qui opère moins par la sanction que par la dissuasion »⁷³⁸. Négliger la nature politique des institutions et le principe de la responsabilité de leurs membres conduit donc nécessairement, selon l'hypothèse défendue par le droit politique, à déformer de façon injustifiée les préceptes du droit commun que l'on cherche justement à appliquer, sans que soit pour autant assuré un véritable contrôle de l'action politique. Les juges eux-

Paris, Panthéon-Assas, 2000, p. 513. L'impossibilité d'imposer une sanction pénale serait donc révélatrice du champ de la responsabilité politique.

⁷³⁴ « Lorsqu'il s'agit de punir quelqu'un qui est reconnu responsable d'une infraction réprimée par la loi et portant atteinte à l'ordre public, la sanction peut être afflictive et infamante. L'individu reçoit une punition, parce qu'il a enfreint les règles jugées indispensables à la vie en société. La responsabilité est [alors] pénale », P. Ségur, *La responsabilité politique*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 1998, p. 11-12. Seul l'article 469-1 du code de procédure pénale prévoit une exception à ce principe : « [...] le tribunal peut, après avoir déclaré le prévenu coupable, soit le dispenser de peine, soit ajourner le prononcé de celle-ci [...] ».

⁷³⁵ Il faut noter toutefois que la Cour de Justice de la République ne s'interdit pas systématiquement de prononcer une peine à l'égard d'anciens membres du Gouvernement. Ainsi Michel Gillibert et Charles Pasqua ont-ils été condamnés respectivement en 2003 et en 2010. Pour autant, les faits qui leur étaient reprochés tombaient sous le joug de la « criminalité gouvernante », puisqu'ils étaient accusés, le premier de détournement de fonds publics, le second de complicité d'abus et de recel de biens sociaux. Les incriminations portaient donc moins sur leur activité politique en tant que telle que sur des actes commis en dehors de leurs fonctions.

⁷³⁶ Arrêt de la Cour de Justice de la République du 9 mars 1999, reproduit in *RDP* n° 2, 1999, p. 329-338. Cette jurisprudence curieuse fut confirmée en 2016 lors du jugement, par la même Cour, de Christine Lagarde : arrêt de la Cour de Justice de la République du 19 décembre 2016.

⁷³⁷ Ainsi que le souligne Jacques Robert, « cette « dispense de peine », même moralement justifiable, [est] juridiquement injustifiée », J. Robert, « Une ténébreuse affaire », *RDP* n° 2, 1999, p. 385.

⁷³⁸ P. Avril, « Trois remarques à propos des réquisitions du ministère public dans l'affaire du sang contaminé », *RDP* n° 2, 1999, p. 397.

mêmes, gardiens de la procédure, se trouvent impuissants à endiguer le phénomène politique qu'ils sont censés évaluer.

2. Une procédure de droit commun inadaptée

217. La thèse défendue par le droit politique, qui s'appuie sur un argument éminemment institutionnaliste, peut se résumer de la manière suivante : le phénomène politique, intimement lié à la Constitution et au droit en général, peut être influencé par la rationalité juridique, mais il n'est jamais entièrement subsumé par elle. Cette autonomie transparaît dans la question de la responsabilité, qui ne se laisse pas saisir par le droit, contrairement à ce que suppose le processus de sa criminalisation. Ce dernier, s'il traduit ce qu'Olivier Beaud appelle l'« idéologie du droit commun »⁷³⁹, s'avère limité dans sa mise en œuvre ; la procédure ordinaire est en effet impuissante à se saisir du phénomène politique.

218. La première des limites à la banalisation du statut des gouvernants tient à l'objet irréductible de la responsabilité politique : indépendante de la notion de faute au sens pénal⁷⁴⁰, elle répond par nature à l'exercice de prérogatives exorbitantes du droit commun. Ainsi, « elle s'inscrit profondément dans une logique de droit public. Sa caractéristique est d'être définie par celui qui la met en jeu, le souverain, et par celui qui est mis en question, le gouvernant, tandis qu'il y a indétermination préalable de l'infraction et de la sanction »⁷⁴¹. La responsabilité politique échappe ainsi essentiellement aux canons de la judiciarisation, puisqu'elle consiste avant toute chose « [...] à mesurer si les gouvernants et les institutions politiques contribuent de manière suffisante à la réalisation des idéaux/valeurs de la société. [...] Elle conduit [ainsi] à la formulation d'un jugement de la part des membres de la communauté portant sur la manière dont le gouvernant assume ses responsabilités et, par conséquent, sur sa

⁷³⁹ O. Beaud, « La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants », *Pouvoirs* n° 92, 2000, p. 27 ; O. Beaud, *Le sang contaminé : essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, Paris : PUF, coll. Béhémoth, 1999, p. 96 et ss.

⁷⁴⁰ D. Baranger, « Responsabilité politique », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 1358.

⁷⁴¹ O. Beaud, J.-M. Blanquer, « Comment réintroduire une responsabilité des gouvernants sous la V^e République ? », in O. Beaud, J.-M. Blanquer (dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes & Cie, coll. Droit, 1999, p. 12.

légitimité à exercer le pouvoir »⁷⁴². Fondée sur l'appréciation de l'opportunité politique, elle exclut par définition toute qualification juridique et toute appréciation judiciaire. Pour les auteurs du droit politique, ce régime exorbitant ne résulte pas d'une volonté de protéger les gouvernants, mais au contraire d'une nécessité structurelle pour fonder la légitimité ultime de la décision politique. Ce régime particulier découle de la « raison d'État », qui justifie par ailleurs l'exercice de prérogatives de puissance publique⁷⁴³. Or, « l'intérêt supérieur de la nation et le bon fonctionnement des pouvoirs publics exigent que la responsabilité qu'encourent les gouvernants au titre de leurs attributions, soit aménagée et ne soit pas celle du citoyen ordinaire »⁷⁴⁴. Politique ou administrative selon l'objet en cause⁷⁴⁵, la responsabilité des gouvernants répond logiquement, de ce point de vue, aux exigences du droit public, et ne parvient pas à se fondre dans un contexte de droit commun.

219. Le premier écueil de la banalisation dénoncé par les auteurs du droit politique, tient à la juridictionnalisation de la responsabilité qui l'accompagne. Certes, celle-ci est accommodée dans une certaine mesure au caractère politique de son office. Ainsi, « au nom de la séparation des pouvoirs (car il serait contraire à cette théorie que le juge judiciaire puisse connaître d'un litige concernant un membre de l'exécutif), il existe une procédure particulière de mise en accusation [...] »⁷⁴⁶. L'initiative d'une procédure de jugement des membres du Gouvernement ou du chef de l'État appartient ainsi fréquemment au Parlement, organe politique, par exemple aux États-Unis⁷⁴⁷ ou en

⁷⁴² J.-M. Coicaud, « Légitimité et responsabilité des gouvernants. Réflexion sur l'évolution de la culture démocratique », O. Beaud, J.-M. Blanquer (dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes & Cie, coll. Droit, 1999, p. 103.

⁷⁴³ O. Beaud, « La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants », *Pouvoirs* n° 92, 2000, p. 29.

⁷⁴⁴ P. Ségur, *La responsabilité politique*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 1998, p. 15.

⁷⁴⁵ Pour un exposé des différences et des points communs entre ces deux régimes de responsabilité, voir M. Paillet, « Responsabilité administrative et responsabilité politique », in J.-J. Sueur (dir.), *Juger les politiques. Nouvelles réflexions sur la responsabilité des dirigeants politiques*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques politiques, 2001, p. 121-146.

⁷⁴⁶ P. Chrestia, « Responsabilité politique et responsabilité pénale entre fléau de la balance et fléau de société », *RDP* n° 3, 2000, p. 740. Selon Olivier Beaud, c'est d'ailleurs l'exigence de séparation entre l'exécutif et le judiciaire qui justifie l'inviolabilité dont bénéficie le Président de la République en France. C'est en ce sens que l'inviolabilité présidentielle peut être entendue – paradoxalement – comme une garantie de la démocratie : O. Beaud, « La responsabilité pénale du Président de la République : pour une autre interprétation de l'article 68 de la constitution », in C. Poncelet (dir.), *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité politique ? Actes du colloque organisé les 11 et 12, mai 2001*, Paris : Sénat, coll. Les colloques du Sénat, 2001, p. 217.

⁷⁴⁷ La mise en accusation du Président des États-Unis notamment, relève, en vertu de la section 2 de l'article 1^{er} de la Constitution du 17 septembre 1787, de la seule compétence de la Chambre des représentants.

Allemagne⁷⁴⁸. Le cas des membres du Gouvernement français est différent, puisque, depuis la révision constitutionnelle du 27 juillet 1993, la mise en cause de leur responsabilité pénale dépend de l'appréciation d'une commission des requêtes et du Procureur de la République⁷⁴⁹. Leur sort est ainsi confié à une procédure proprement judiciaire, même s'ils disposent toujours d'un privilège de juridiction⁷⁵⁰. La nature de la Cour de Justice de la République reste, à cet égard, en débat ; Philippe Chrestia estime par exemple que, « si, d'évidence, la révision de 1993 tend à dépolitiser les procédures de jugement des ministres (ouverture de la saisine aux citoyens, présence de magistrats), le caractère politique du mécanisme est maintenu et les parlementaires y demeurent majoritaires »⁷⁵¹. À l'inverse, Olivier Beaud estime que la politisation de l'organe est conjurée par son objet, à savoir l'application stricte du droit pénal⁷⁵². Il est possible pourtant de considérer que, conjugué à la difficulté de qualifier des faits politiques sous couvert d'incriminations pénales, le caractère au moins partiellement politique de l'organe en cause favorise l'appréciation en opportunité de l'action ministérielle, malgré les consignes dictées par la Constitution.

220. La dimension politique, même minimale, que revêt la juridiction compétente pour connaître de la responsabilité des gouvernants constitue un risque susceptible de se propager à l'ensemble de la procédure. Cet argument puise dans les exemples historiques et étrangers des illustrations éloquentes. La compétence judiciaire peut en effet s'analyser comme un véritable instrument de pouvoir, qui adopte progressivement les formes de la responsabilité politique. Ce fut le cas en Grande-Bretagne tout au long du XVIII^e siècle : « tout le formalisme et les contraintes judiciaires de l'*impeachment* procédaient de la nécessité pour les chambres de gagner par le biais de l'autorité juridictionnelle une

⁷⁴⁸ Article 61 de la Loi fondamentale du 23 mai 1949 : « le *Bundestag* ou le *Bundesrat* peut mettre le Président fédéral en accusation devant la Cour constitutionnelle fédérale pour violation délibérée de la Loi fondamentale ou d'une autre loi fédérale ».

⁷⁴⁹ Article 68-2 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁷⁵⁰ La Cour de Justice de la République, compétente pour les juger, est composée de douze parlementaires et de trois magistrats de la Cour de cassation (article 68-2 de la Constitution du 4 octobre 1958).

⁷⁵¹ P. Chrestia, « Responsabilité politique et responsabilité pénale entre fléau de la balance et fléau de société », *RDP* n° 3, 2000, p. 748.

⁷⁵² Cette compétence est inscrite à l'article 68-1 de la Constitution. Voir O. Beaud, *Le sang contaminé : essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, Paris : PUF, coll. Béhémot, 1999, p. 80 et ss. Pour des développements sur le caractère judiciaire plus que politique de la Cour de Justice de la République, voir : C. Bidegaray, C. Émeri, *La responsabilité politique*, Paris : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1998, p. 104-107.

autorité politique qui leur était par ailleurs distillée à faible dose »⁷⁵³. Si la procédure pénale s'est définitivement effacée pour laisser place à la seule responsabilité politique, cela s'explique par l'usage politique dont elle a été le prétexte, et le décalage de plus en plus flagrant entre ce qu'elle avait été – une procédure de sanction de la haute trahison – et ce qu'elle était devenue – l'outil privilégié de domination du Parlement sur le Cabinet⁷⁵⁴. Cet exemple n'est cependant pas universel puisque, si le même glissement d'une responsabilité juridique vers une responsabilité politique a menacé le droit constitutionnel des États-Unis⁷⁵⁵, notamment en 1868⁷⁵⁶, le système n'a jamais franchi le pas vers l'instauration d'une responsabilité politique du Président devant le Congrès. Selon Élisabeth Zoller, cette absence de mutation de l'*impeachment* s'explique par le fait que « [...] le principe de la séparation des pouvoirs interdit au Congrès de punir des « fautes politiques » »⁷⁵⁷. Cet argument est cependant peu convaincant, dès lors qu'il postule que le Congrès ne pourrait agir que dans les formes expressément déterminées par la Constitution, alors qu'il est évident qu'il joue lui-même un rôle fondamental dans la définition pratique de la séparation des pouvoirs. Il est en revanche un second argument avancé qui souligne plus clairement l'opportunité politique manifeste qui a commandé au maintien d'une interprétation « pénaliste » de la procédure d'*impeachment* : « à la différence d'une mise en jeu de la responsabilité politique du Premier ministre et de son gouvernement dans un régime parlementaire qui, si elle aboutit, permet en principe de changer de majorité, la procédure d'*impeachment* n'a aucun intérêt pour atteindre la

⁷⁵³ D. Baranger, *Parlementarisme des origines : essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1999, p. 254.

⁷⁵⁴ Voir *ibid.*, p. 263 et ss.

⁷⁵⁵ La section 4 de l'article II de la Constitution du 17 septembre 1787 prévoit en effet que « le président, le vice-président et tous les fonctionnaires civils des États-Unis seront destitués de leurs charges sur mise en accusation et condamnation pour trahison, corruption ou autres crimes et délits majeurs », par un vote du Sénat. Le texte de la Constitution reste cependant muet sur la nature de la responsabilité ainsi visée. Denis Baranger écrit à ce propos : « la procédure en question ressortit-elle à la catégorie des responsabilités pénales ou criminelles, ou à celle des responsabilités dites politiques ? La question est ouverte », D. Baranger, « Les clauses d'*impeachment* et les différents sens du mot « Constitution » aux États-Unis », in *La responsabilité du chef de l'État*, Paris : Société de législation comparée, coll. Colloques, 2009, p. 25. Le Sénat des États-Unis avait dès 1805 estimé que, « [...] pour être passible de destitution [...], il fallait que l'accusé eût commis des crimes ou des délits graves et que la procédure ne fût pas utilisée pour des raisons politiques ou personnelles », M. A. Rogoff, « La conception américaine de la responsabilité politique », in P. Ségur (dir.), *Gouvernants : quelle responsabilité ?*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques politiques, 2001, p. 66.

⁷⁵⁶ En 1868 fut jugé par le Sénat le Président Andrew Johnson pour des faits largement politiques, opportunément qualifiés d'infractions pénales. La destitution ne fut finalement pas prononcée, davantage du fait de la retenue des sénateurs eux-mêmes, que d'une contrainte constitutionnelle qui aurait pesé sur eux. Pour un résumé de cette affaire, voir : É. Zoller, *Histoire du gouvernement présidentiel aux États-Unis*, Paris : Dalloz, 2011, p. 161-179.

⁷⁵⁷ É. Zoller, *Histoire du gouvernement présidentiel aux États-Unis*, Paris : Dalloz, 2011, p. 172.

même fin puisque, s'il est destitué, le président est automatiquement remplacé par le vice-président qui est toujours du même parti »⁷⁵⁸. De ce point de vue, la retenue du Congrès s'expliquerait moins par les contraintes de la procédure en tant que telles, que par les contraintes structurelles qui forment le système politique dans son ensemble. Aussi le caractère politique de l'organe chargé de juger les gouvernants doit-il être conjuré par des éléments étrangers à la procédure pour éviter qu'il n'entraîne le basculement vers une responsabilité strictement politique.

221. Il est enfin un dernier argument qui plaide en faveur des thèses du droit politique quant à la banalisation du statut des gouvernants : celui des vertus d'une responsabilité engagée par un organe politique. Cette idée apparaît pour le moins paradoxale, puisque l'on serait tenté de penser que les ententes politiques entre les institutions rendent futile toute procédure de contrôle réciproque. Ainsi, lorsque se posait en France la question du nouveau statut du chef de l'État en 2007, Philippe Ardant écrivait-il qu'« [...] il serait inutile d'imaginer une responsabilité devant le Parlement, celui-ci étant acquis à sa politique »⁷⁵⁹. Puisque c'est justement le fait majoritaire à l'Assemblée nationale qui dote le Président d'une posture institutionnelle privilégiée, il ne saurait être en même temps le frein à son pouvoir. Pourtant, la responsabilité engagée devant un organe politique présente des avantages délibératifs notoires dont ne bénéficie pas la procédure juridictionnelle. Elle met notamment en scène l'opposition politique, qui force *a minima* la majorité à se justifier. Or, « un exécutif tendra [...] à agir avec d'autant plus de sagesse qu'il vivra réellement sous le feu constant de la controverse publique »⁷⁶⁰. La responsabilité politique permet donc, contrairement à la criminalisation de l'action publique, un dialogue permanent et un contrôle diffus des gouvernants.

222. Tous ces éléments permettent d'illustrer pratiquement les thèses institutionnalistes défendues par le droit politique : les pouvoirs constitués, en partie déterminés par le texte constitutionnel, ne peuvent pas être seulement conçus comme des exécutants du droit, livrés à la responsabilité de droit commun. Il existe bien un décalage manifeste entre la

⁷⁵⁸ É. Zoller, *Histoire du gouvernement présidentiel aux États-Unis*, Paris : Dalloz, 2011, p. 171.

⁷⁵⁹ P. Ardant, « Responsabilité politique et pénale des chefs d'État, des chefs de gouvernement et des ministres », *RIDC* n° 2, vol. 54, 2002, p. 485.

⁷⁶⁰ A. Le Divellec, « La responsabilité politique dans le parlementarisme majoritaire : quelques remarques autour du cas allemand », in O. Beaud, J.-M. Blanquer (dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes & Cie, coll. Droit, 1999, p. 198. Marie-Claire Ponthoreau développe la même idée lorsqu'elle insiste sur « [...] la dimension publique de l'activité politique [...] » comme facteur de renouvellement de la responsabilité politique ; M.-C. Ponthoreau, « Pour une réforme de la responsabilité politique du président de la République française », in O. Beaud, J.-M. Blanquer (dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes & Cie, coll. Droit, 1999, p. 314.

banalisation qui transforme le statut des gouvernants et l'irréductible dimension politique des institutions concernées. Il apparaît également que, malgré le sentiment premier que pourrait faire naître leur posture offensive, les auteurs *juspolitistes* ne se présentent pas comme des pourfendeurs de toute forme de responsabilité des gouvernants⁷⁶¹. Au contraire le droit politique consacre-t-il une large part de ses travaux à la réhabilitation et au renouvellement de la responsabilité politique, contre la banalisation dont elle est l'objet depuis quelques décennies. Il se positionne ainsi en faveur d'une revalorisation du droit constitutionnel lui-même, auquel le droit commun ne saurait être substitué du fait de la nature politique des institutions qui en sont le cœur⁷⁶². Le droit politique engage alors son étude au-delà de la conception formaliste de la Constitution, et se saisit des normes non-écrites qui sont l'empreinte de sa démarche institutionnaliste.

⁷⁶¹ Olivier Beaud souhaite d'ailleurs à cet égard « [...] que l'on ne se méprenne pas sur le sens de notre réserve à l'égard de cette prétendue lutte contre l'impunité : elle ne signifie pas une défense de l'irresponsabilité des gouvernants », O. Beaud, *Le sang contaminé. Essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, Paris : PUF, coll. Béhémoth, 1999, p. 96.

⁷⁶² « Ceux qui se félicitent de la pénalisation à outrance, au nom d'une conception intégriste de l'égalité devant la loi, omettent l'importance politique des protections constitutionnelles en régime parlementaire », O. Beaud, J.-M. Blanquer, « Le principe irresponsabilité. La crise de la responsabilité politique sous la V^e République », *Le Débat* n° 108, 2000, p. 42.

Section 2 : La consécration inachevée de la juridicité de la pratique politique

223. Les auteurs du droit politique préconisent que la Constitution soit regardée d'abord comme la source d'institutions politiques ; le droit constitutionnel devient de ce fait une science du pouvoir politique⁷⁶³. Le choix de recourir au concept d'institution invite à considérer l'autonomie politique dont disposent continuellement les pouvoirs constitués. Cette autonomie se manifeste notamment par la pratique qui en naît et qui tisse un réseau de normes institutionnelles parfois concurrentes du texte constitutionnel. Par leur posture institutionnaliste, les auteurs du droit politique accordent naturellement une place considérable à ces pratiques politiques qui nourrissent l'analyse des systèmes constitutionnels. Pour autant, ils ne parviennent pas à trancher définitivement la question de leur statut : ces pratiques politiques sont-elles des normes ? Ont-elles une valeur juridique équivalente, supérieure ou inférieure aux dispositions du texte constitutionnel ? Si certaines réponses sont apportées par les tenants du droit politique, elles ne font pas l'unanimité parmi eux ou ne sont qu'esquissées au détour d'une démonstration portant sur un sujet différent. Néanmoins, un fil conducteur relie ces diverses réflexions, qu'il est possible de mettre en lumière, dans la cohérence des postulats institutionnalistes déjà évoqués.

224. D'abord, il est manifeste que l'école du droit politique défend avec intransigeance la prise en considération des pratiques institutionnelles au titre du droit constitutionnel ; elle renouvelle ainsi un débat qui semblait pourtant avoir été tranché par l'enracinement de la justice constitutionnelle (§1). Par ailleurs, les travaux du droit politique contiennent en creux des perspectives d'appréhension plus globale des systèmes constitutionnels, au sein desquels la pratique institutionnelle est amenée à jouer un rôle déterminant. Ils invitent, ce faisant, à dépasser définitivement l'opposition traditionnelle entre droit écrit et pratique politique, opposition à laquelle de nombreux *juspolitistes* continuent pourtant de se référer (§2).

⁷⁶³ Selon Denis Baranger, en effet, « [...] le droit constitutionnel a été bâti dans des circonstances historiques précises autour d'un objet qui est le pouvoir, et non pas tel ou tel autre concept de l'agir politique », D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

225. L'école du droit politique est réputée accorder à la pratique politique une considération véritablement juridique, là où la majorité de la doctrine n'y voit que la manifestation aléatoire du droit constitutionnel normatif⁷⁶⁴. Cette réputation doit beaucoup aux travaux de Pierre Avril qui a défini le droit politique par référence à l'idée de « normes politiques non écrites »⁷⁶⁵. C'est là une posture relativement originale en doctrine. Certes, la plupart des constitutionnalistes reconnaissent que la pratique politique⁷⁶⁶ est inévitable en matière constitutionnelle, qu'elle est le résultat nécessaire de la liberté dont bénéficient institutionnellement les pouvoirs constitués⁷⁶⁷ et du relatif laconisme des dispositions constitutionnelles⁷⁶⁸. Les auteurs du droit politique se distinguent pourtant parmi leurs collègues en interrogeant frontalement la nature *juridique* de cette pratique politique⁷⁶⁹. Ils s'opposent ainsi radicalement aux hérauts du formalisme

⁷⁶⁴ Manon Altwegg-Boussac démontre ainsi que « [...] l'approche formelle est contrainte de reléguer « hors du droit » toute interprétation apparaissant hors du cadre constitutionnel » ; la pratique politique ne suscite dès lors qu'une large « indifférence » au titre du droit, ce qui lui vaut d'être reléguée dans le champ du fait ; M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne : Institution universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2013, p. 240.

⁷⁶⁵ P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, 202 p.

⁷⁶⁶ La pratique politique sera ici entendue, selon une définition volontairement très large, comme l'ensemble des « [...] comportements volontaires des organes constitutionnels tenus par eux comme possibles ou obligatoires qu'ils soient fondés ou non par la Constitution », O. Camy, « Le retour au décisionnisme : l'exemple de l'interprétation des pratiques constitutionnelles par la doctrine française », *RDP* n° 4, 1996, p. 1024. Contrairement à la distinction retenue par l'auteur, le terme sera cependant indifféremment employé au singulier et au pluriel.

⁷⁶⁷ Paul Amsselek retient une définition assez large de la notion de pratique, par laquelle il entend « [...] la pratique du droit, la pratique de la technique juridique, des instruments juridiques, c'est-à-dire les comportements ou manières d'agir envisagés non pas en tant que tels, mais dans le cadre des normes juridiques en vigueur, – les comportements qui prennent place dans le contexte d'un certain système juridique en vigueur et qui constituent des comportements d'observance de ce système ou, si l'on préfère, des comportements-réponses aux stimuli juridiques ; il s'agit, en d'autres termes, des comportements des praticiens du droit, praticiens professionnels [...] ou sujets du droit, destinataires et utilisateurs des normes juridiques », P. Amsselek, « Le rôle de la pratique dans la formation du droit. Aperçus à propos de l'exemple du droit public français », *RDP* n° 6, 1983, p. 1472.

⁷⁶⁸ Le droit constitutionnel représente en effet le terrain de prédilection de la pratique politique, ne serait-ce qu'à raison de la concision fréquente des textes. Ainsi, « [...] le droit constitutionnel apparaît particulièrement souple, « flexible », c'est-à-dire en fait dépendant de sa propre pratique [...] », P. Amsselek, « Le rôle de la pratique dans la formation du droit. Aperçus à propos de l'exemple du droit public français », *RDP* n° 6, 1983, p. 1482.

⁷⁶⁹ C'est d'ailleurs tout l'enjeu de la thèse de Manon Altwegg-Boussac que de mettre en lumière l'opposition doctrinale qui se construit autour de cette question : M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne : Institution universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2013, 627 p. Voir également l'analyse qu'en propose Denis Baranger, « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels. À propos de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac », *Jus politicum* n° 11, décembre 2013.

qui ne voient dans la pratique politique⁷⁷⁰ qu'un fait, privé par principe de toute juridicité (A). La pratique telle qu'elle est envisagée par le droit politique ne manque toutefois pas d'ambiguïtés ; elle est notamment toujours en quête d'une qualification (B).

A. Une pratique politique disqualifiée

226. Bien que régulièrement prise en compte par les constitutionnalistes, la pratique des institutions politiques est souvent regardée comme accessoire et extérieure au droit constitutionnel. La plupart des membres de la doctrine n'entretiennent sur la question de son statut, qu'une prudente indifférence, qui se traduit par la disqualification pure et simple de la pratique au titre du droit. Ce sont alors des arguments formalistes qui sont avancés, et qui ne peuvent donc qu'être écartés par le droit politique : ni le caractère non-écrit de la pratique (1) ni son défaut de justiciabilité (2) ne sont susceptibles d'emporter la conviction de son absence de juridicité.

1. L'argument inopérant d'un monopole du droit écrit

227. Il faut constater en doctrine que, malgré la diffusion indiscutable des thèses réalistes, et la conviction presque convenue selon laquelle l'énoncé ne saurait jamais être que la transcription imparfaite d'une norme, le texte reste le critère principal d'identification des normes « valides »⁷⁷¹. On peut y voir l'héritage persistant de la modernité philosophique, qui a fait de l'écrit l'instrument privilégié du droit⁷⁷² et du texte constitutionnel la garantie nécessaire des vertus du constitutionnalisme⁷⁷³. En tout état de

⁷⁷⁰ Le terme de « pratique » est lui-même révélateur de cette volonté de ne pas reconnaître une réalité juridique. Stéphane Rials préfère ainsi le terme de pratique à celui de coutume, afin de souligner l'absence de juridicité du comportement observé. Il estime alors qu'« [...] il ne faut parler que de pratiques inconstitutionnelles ou de pratiques constitutionnelles, mais dépourvues de toute valeur juridique, même si leur importance, à un autre point de vue, est réelle », S. Rials, « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle. À propos du dixième anniversaire du référendum de 1969 », *La Revue administrative* n° 89, 1979, p. 270.

⁷⁷¹ Pour une analyse du développement de l'écrit comme indice principal de la juridicité, voir : S. Rials, « *Veritas Iuris*, La vérité du droit écrit. Critique philologique humaniste et culture juridique moderne de la forme » *Droits* n° 26, 1998, p. 101-182.

⁷⁷² Michel Villey lisait dans la sacralisation de l'écrit la manifestation d'un héritage chrétien, en vertu duquel « au commencement était le Verbe [...] et par lui tout a été fait », M. Villey, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 293.

⁷⁷³ En effet, « le constitutionnalisme naît avec les constitutions écrites révolutionnaires. Il s'agit de l'impératif politique de fixer les règles les plus « importantes » *par écrit*, de déterminer les obligations et les

cause, l'écrit représente toujours aujourd'hui un argument de poids dans l'établissement de la juridicité.

228. Bien sûr, « [...] il ne faut pas confondre forme et forme écrite »⁷⁷⁴ : la perspective formaliste est moins, en matière constitutionnelle, fondée sur la considération de l'*écrit* que sur celle de la *forme juridique*. Ces deux idées ne sont cependant pas tout à fait étrangères l'une à l'autre ; on peut au contraire considérer que l'adoption d'une démarche formaliste conduit inmanquablement à une valorisation de l'écrit. C'est par exemple ce que démontre la doctrine contemporaine lorsque, s'inspirant des concepts normativistes proposés en son temps par Hans Kelsen, elle retient une acception formelle de la validité du droit : toute norme dérive d'une autre norme, en vertu de procédures normativement déterminées⁷⁷⁵. Or, ce présupposé kelsénien s'accompagne éventuellement d'un glissement, de la considération de sa forme vers celle de son caractère écrit. La méthode défendue au sein de l'école d'Aix-en-Provence est à ce titre significative : « [...] l'identification par procédure entraîne également celle par la dénomination. En effet, la détermination d'une forme implique la détermination du nom de cette forme qui n'en est en vérité que la définition conventionnelle. Lorsque le système juridique introduit la formalisation de la Constitution, il le fait en « baptisant » une nouvelle catégorie de normes c'est-à-dire qu'il autorise la production de la « Constitution » en fixant les conditions de production »⁷⁷⁶. En d'autres termes, est constitutionnel ce que le texte qui se baptise lui-même Constitution désigne comme tel. L'argument de la forme juridique se transforme donc en celui de la forme scripturale.

229. Ce processus d'identification du droit constitutionnel suscite un certain nombre de critiques, que l'on se place ou non dans une perspective de droit politique. D'une part, rien ne justifie que la présomption originelle de validité ne porte que sur le texte de la Constitution et, ainsi, sur tout ce à quoi le texte renvoie. L'argument de l'autoréférence de la Constitution comme critère⁷⁷⁷ procède bien davantage d'un sophisme : à moins de

droits des gouvernants et des citoyens, donc de proclamer les droits de l'homme et du citoyen », L. Favoreu et *alii*, *Droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, coll. Précis, 20^e éd., 2018, p. 93-94 ; nous soulignons.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 88.

⁷⁷⁵ En effet, pour Kelsen, « le fondement de validité d'une norme est toujours une norme, ce n'est jamais un fait. Rechercher le fondement de validité d'une norme nous ramène non pas à la réalité, mais à une autre norme dont est dérivée la première norme », H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 165.

⁷⁷⁶ L. Favoreu et *alii*, *Droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, coll. Précis, 20^e éd., 2018, p. 86.

⁷⁷⁷ C'est l'argument retenu au sein de l'école aixoise de droit constitutionnel : « la forme constitutionnelle n'est autre chose que la catégorie de normes dont les conditions de validité comportent des éléments supplémentaires par rapport à ceux qu'exige la production d'autres normes générales et

mobiliser un critère matériel complémentaire – adoption par le peuple, contenu de la Constitution... –, rien ne justifie l'exclusivité reconnue au texte pour rendre compte de la norme. Cette conception formaliste, *in fine* textualiste, s'éloigne d'ailleurs de l'approche développée par Hans Kelsen lui-même⁷⁷⁸. D'autre part, dénier la qualité juridique à des principes « non-écrits » issus de la pratique peut sembler contradictoire avec la reconnaissance simultanée de sources non formelles de droit constitutionnel, à l'instar des principes généraux du droit ou de la jurisprudence⁷⁷⁹. Le choix de faire prévaloir, dans la définition du droit constitutionnel, un critère formel peut donc mener à une assimilation indue du texte à la norme. Le formalisme strict alors défendu puise dans les mérites du normativisme une justification pourtant détournée. C'est l'aveu que consentent Louis Favoreu et ses co-auteurs lorsqu'ils énoncent que leur définition du droit constitutionnel « [...] est *positiviste* en tant qu'elle ne reconnaît comme normes que les significations de phénomènes linguistiques effectivement énoncés, possédant un support empirique objectif »⁷⁸⁰. Si cet argument peut éventuellement permettre d'inclure dans les normes les énoncés judiciaires – puisque le juge s'exprime par écrit –, il disqualifie mécaniquement la pratique politique, dont les auteurs ne s'appuient que rarement sur la formulation expresse de la norme qu'ils prétendent appliquer.

230. Pour leur part, les auteurs du droit politique adoptent le postulat réaliste en vertu duquel le droit résulte des facultés de création des interprètes du texte constitutionnel⁷⁸¹, tout en en nuancant la portée : la Constitution en tant que telle a bien une portée juridique, même si elle ne permet pas de traduire exhaustivement l'ensemble des normes en

abstraites », *ibid.*, p. 87. En d'autres termes, la Constitution formelle correspond à ce que le texte constitutionnel désigne comme tel lorsqu'il détermine la procédure de révision.

⁷⁷⁸ Pour le maître autrichien en effet, l'existence d'un texte constitutionnel ne présage pas de l'absence d'une forme de coutume de valeur équivalente. Kelsen reconnaît par exemple l'autonomie du droit coutumier à l'égard du droit « écrit », et leur possible coexistence. Ainsi écrit-il que, « si un ordre juridique a une constitution écrite qui n'institue pas la coutume comme mode de création du droit, et s'il se compose néanmoins de droit écrit et de droit coutumier, alors outre les normes de la constitution écrite il doit exister des normes constitutionnelles non-écrites, une norme créée par la coutume selon laquelle les normes générales qui lient les organes d'application du droit peuvent être créées par la coutume. Tout comme le droit écrit, le droit coutumier règle sa propre création », H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 180-181. Le maître autrichien résume plus loin sa pensée, estimant que « la constitution effective d'un État ne correspond pas nécessairement à la constitution écrite », *ibid.*, p. 278.

⁷⁷⁹ La jurisprudence dispose à cet égard d'un statut ambivalent dans la doctrine normativiste contemporaine. Si elle est logiquement exclue de la définition formelle de la Constitution, elle n'en reste pas moins « normative » dans l'interprétation qu'elle livre du texte : L. Favoreu et *alii*, *Droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, coll. Précis, 20^e éd., 2018, p. 89-90 et p. 163.

⁷⁸⁰ *Ibid.*, p. 69.

⁷⁸¹ Armel Le Divillec affirme par exemple que « [...] la constitution en tant qu'ensemble de règles contraignantes ne préexiste pas à son application », A. Le Divillec, « L'ordre-cadre normatif. Esquisses de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus politicum* n° 4, juillet 2010.

vigueur⁷⁸². Il subsiste donc dans leur pensée la trace d'une positivité juridique exprimée par l'écrit, ce qui complexifie la question des rapports qu'entretient la pratique politique avec le droit. Pierre Avril, notamment, maintient dans ses travaux une relation inextricable entre droit et texte. S'il consacre une large partie de son œuvre à l'étude du droit constitutionnel à travers la notion de convention de la constitution, il ne lui accorde qu'une place subordonnée à l'égard du « droit écrit ». Pour lui, « [...] si elles sont effectives, ces normes ne sont pas juridiquement valides : elles ne sont pas du droit [...] »⁷⁸³. Pierre Avril souscrit ainsi à la distinction établie par le juriste britannique Albert Dicey⁷⁸⁴, entre les règles « [...] qui sont du droit au sens strict (*The law of the Constitution*, mais qui, en France, présentent l'avantage sur la Constitution britannique d'être réunies en un document ainsi baptisé), les autres non écrites, qui sont bien des règles, mais qui ne sont pas du droit (*The conventions of the Constitution*) »⁷⁸⁵. Même s'il défend l'existence de normes politiques venant combler les brèches du texte constitutionnel, Pierre Avril adhère donc aux thèses de la prééminence du droit « écrit », ce qui fait dire à Olivier Beaud qu'il reste « [...] prisonnier de la conception kelsénienne du droit et donc d'une conception normative du droit constitutionnel »⁷⁸⁶.

231. Les auteurs du droit politique, s'ils reconnaissent au texte une valeur juridique indéniable, se font donc dans leur globalité, les chantres d'un dépassement du texte

⁷⁸² Armel Le Divellec estime ainsi que, si « l'interprétation est au cœur du droit, [si] elle est, dans une large mesure, création du droit, [...] l'observation des systèmes constitutionnels contemporains montre assez nettement [...] que cela ne peut aller jusqu'à affirmer que l'interprète possède une liberté absolue », notamment à l'égard du texte constitutionnel ; *ibid.*

⁷⁸³ P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 146.

⁷⁸⁴ Dicey insistait en effet sur « la distinction essentielle entre le « droit de la Constitution », qui, consistant [...] en des règles mises en œuvre ou reconnues par les juridictions, forme un corps de « lois » au sens strict du terme, et les « conventions de la constitution », qui, consistant [...] en des coutumes, des pratiques, des maximes ou des préceptes qui ne sont pas mis en œuvre ou reconnus par les juridictions, forme un corps non de lois, mais de morales constitutionnelles ou politiques » ; *“the essential distinction between the “law of the constitution”, which, consisting (...) of rules enforced or recognised by the courts, makes up a body of “laws” in the proper sense of that term, and the “conventions of the constitution”, which consisting (...) of customs, practices, maxims, or precepts which are not enforced or recognized by the courts, make up a body not of laws, but of constitutional or political ethics”*, A. V. Dicey, *Introduction of the study of the law of the constitution*, London : Macmillan and Co., 9th edition, 1945, p. 417.

⁷⁸⁵ P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 148. Pour une analyse de l'articulation que proposait Dicey entre convention constitutionnelle et droit écrit, voir : T. Guilluy, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution : recherches sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Thèses, 2018, p. 163 et ss.

⁷⁸⁶ O. Beaud, « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle - À propos d'un ouvrage récent », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 6, janvier 1999, p. 74. Le même constat est opéré par Manon Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne : Institution universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2013, p. 329-330.

comme critère de définition de la juridicité. Leur posture pourrait être résumée par ces propos de François Brunet selon lesquels « [...] la normativité juridique, même si elle s'y exprime, déborde de toute part le droit écrit »⁷⁸⁷. De leur point de vue, se limiter à étudier les normes dotées d'une transcription formelle conduit à éluder la vérité du droit constitutionnel, telle qu'elle est effectivement déterminée par l'action des autorités politiques. Surtout, cela conduit nécessairement à conclure à la violation récurrente de la norme constitutionnelle par les autorités politiques et, paradoxalement, à remettre en cause l'autorité juridique de la Constitution elle-même. Conscients de ce péril, les auteurs formalistes mobilisent à cet égard un critère de juridicité complémentaire, qui permet de justifier la mutabilité de la norme constitutionnelle constatée en pratique : la jurisprudence constitutionnelle⁷⁸⁸. Le juge est ainsi progressivement devenu la référence ultime de ce en quoi consiste effectivement le droit, comme l'actualisation d'un critère formel jamais complètement abandonné. La Constitution est alors « [...] un acte toujours écrit sans doute, mais écrit par le juge constitutionnel »⁷⁸⁹. La justiciabilité, loin d'être jugée antinomique avec le critère formel originel, pallie au contraire certaines de ses lacunes, et s'érige, malgré les critiques des auteurs du droit politique, en un critère incontournable de la juridicité.

2. L'argument inadapté de la sanction juridictionnelle

232. L'idée de droit est intimement liée, dans l'esprit collectif, à celle de sanction⁷⁹⁰ et, par là, à la figure du juge⁷⁹¹. Le droit constitutionnel notamment, en se dotant tardivement

⁷⁸⁷ F. Brunet, *La normativité en droit*, Paris : Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses. Droit public, 2012, p. 344.

⁷⁸⁸ Cet argument reste néanmoins lacunaire car, « au moment même où elles admettent le changement constitutionnel par le juge, les approches justificatives cherchent à nier l'existence d'un pouvoir en fixant des déterminants extérieurs : la plupart du temps, des principes tirés de la morale ou de l'évolution des sociétés que le juge respecte et doit respecter. Ce dernier est rapidement happé dans les méandres de discours qui façonnent sa représentation, en conciliant l'acceptation du changement constitutionnel informel et la conservation de l'univers de la neutralité politique », M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne : Institution universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2013, p. 476.

⁷⁸⁹ D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP* n° 1, 1990, p. 5.

⁷⁹⁰ Même dans une perspective minimalisant cet aspect, « [...] il paraît pour le moins difficile de concevoir une norme juridique sans concevoir simultanément quelque conséquence attachée à cette norme, dans la mesure où la normativité vise précisément à engendrer des conséquences », F. Brunet, *La normativité en droit*, Paris : Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses. Droit public, 2012, p. 184.

⁷⁹¹ Le lien est ainsi établi par Jean Rivero lorsqu'il écrit que « la règle de droit, c'est dans la conception dominante et aussi dans l'opinion la règle dont la violation appelle l'intervention du juge [...] », J. Rivero,

d'un juge, aurait atteint la qualité normative qui lui faisait défaut jusqu'alors⁷⁹². De ce postulat qu'il n'existe de normes que celles qui sont justiciables, découle logiquement l'exclusion de la pratique politique, qui échappe par définition à l'office juridictionnel⁷⁹³. La reconnaissance juridique de la pratique que défend le droit politique impose donc que soit contourné l'obstacle que constitue ce critère de la justiciabilité.

233. La sanction comme critère de la norme est une thèse récurrente des doctrines formalistes. Hans Kelsen déjà remarquait qu'« une Constitution à laquelle la garantie de l'annulabilité des actes inconstitutionnels fait défaut, n'est pas pleinement obligatoire au sens technique », et ne constitue qu'un « vœu sans force obligatoire », dépouillé de sa qualité juridique⁷⁹⁴. La possibilité d'une sanction est alors intrinsèque à la norme elle-même⁷⁹⁵. Ce critère reste cependant malaisé à recevoir, pour plusieurs raisons. D'abord, il semble reposer sur une confusion entre sanction et obligatorité du droit. Loin d'être synonymes, ces deux aspects semblent au contraire se succéder l'un à l'autre : c'est parce que la norme est obligatoire que sa violation justifie une sanction, et non l'inverse⁷⁹⁶.

« Sanction juridictionnelle et règle de Droit », in *Etudes offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris : Dalloz, 1974, p. 457.

⁷⁹² C'est l'opinion exprimée par exemple par Louis Favoreu pour qui le développement de la justice constitutionnelle permet que « [...] la normativité de la Constitution [soit] affirmée », L. Favoreu, « Légalité et constitutionnalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 3, novembre 1997, p. 77. Dans une perspective résolument critique, Olivier Beaud estime également que, de plus en plus, « [...] le véritable critère d'appartenance formelle à la Constitution provient de ce qu'une norme inscrite dans une Constitution écrite soit « appliquée », c'est-à-dire sanctionnée par le juge », O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 258.

⁷⁹³ C'est ce qu'affirme Pierre Avril lorsqu'il distingue la pratique politique – ici le « droit non écrit » – du droit appliqué par un juge. Pour lui en effet, « parce qu'elle se manifeste à travers la sanction de la supériorité des normes énoncées dans le *texte* de la Constitution, cette juridicisation ne pouvait évidemment accueillir les règles non écrites, considérées comme la survivance d'un âge révolu et vouées logiquement à disparaître du champ du droit positif », P. Avril, « Une « survivance » : le droit constitutionnel non écrit ? », in *Droit et politique à la croisée des cultures : Mélanges Philippe Ardant*, Paris : LGDJ, 1999, p. 3. Le même auteur estime qu'il y a une contradiction logique entre droit non écrit et justiciabilité dès lors que, « par hypothèse, l'explication du respect d'une règle non écrite ne peut se fonder sur l'obligation juridique, puisque cette règle n'est pas formulée et ne peut donc être invoquée en tant que telle ». P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 124.

⁷⁹⁴ H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP* 1928, p. 250. Cette idée apparaît également dans la *Théorie générale du droit et de l'État*, où Kelsen affirme que « le produit [d'une] procédure est une norme juridique seulement s'il a pour objet de régler la conduite humaine, et s'il règle la conduite humaine en prévoyant un acte de contrainte à titre de sanction » ; H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 177.

⁷⁹⁵ Ainsi que l'affirme le maître de Vienne, « une règle juridique n'est pas telle parce que son efficacité est garantie par une deuxième règle prescrivant une sanction ; une règle juridique est telle parce qu'elle prévoit une sanction », *ibid.*, p. 79.

⁷⁹⁶ C'est le point de vue présenté par Denys de Béchillon : « la sanction échoue à fonder l'obligation, car l'obligation existe nécessairement *avant* qu'on la sanctionne. Elle ne peut même être sanctionnée *que* dans la mesure où elle préexiste à la sanction », D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Paris : Odile Jacob, 1997, p. 70.

Ensuite, il pourrait apparaître au soutien de ce critère que la sanction représente le gage de l'effectivité de la norme, dans la mesure où celui à qui elle s'impose aurait logiquement tendance à adapter son comportement afin d'éviter toute sanction. En encourageant l'efficacité de la norme, la sanction pourrait ainsi entretenir sa juridicité. Cette perspective rencontre pourtant un obstacle majeur : elle fait dépendre indirectement la normativité de l'effectivité, donc du fait⁷⁹⁷, ce qui va à l'encontre des préceptes du normativisme⁷⁹⁸. Kelsen d'ailleurs, bien conscient du risque de contradiction, y pare d'abord en niant le lien entre sanction et effectivité de la norme⁷⁹⁹, puis en refusant de faire de l'effectivité d'une norme un critère de sa validité⁸⁰⁰. Partant, le lien entre normativité et sanction est finalement distendu dans la théorie kelsénienne du droit, et ce afin d'échapper à certaines contradictions que l'auteur ne parvient pourtant pas entièrement à éviter⁸⁰¹. Le critère formaliste de la sanction n'emporte donc qu'une conviction limitée ; *a fortiori*, rien ne justifie que cette sanction soit nécessairement le fait d'un juge.

⁷⁹⁷ Ce risque de contradiction apparaît sous la plume d'Eleonora Bottini lorsqu'elle écrit que « l'efficacité est un élément complexe du système kelsénien, du fait de son rattachement à deux domaines considérés comme distincts au moins dans un premier temps de la pensée du maître viennois. Elle est liée au *domaine de l'être*, à ce qui relève du domaine du « fait », de l'existant [...]. Dans le même temps, une obligation (qui est le contenu de la norme secondaire dirigée vers les sujets) présuppose toujours un devoir-être : le devoir-être de la sanction qui doit être prévue en cas de méconnaissance de l'obligation. Comment concilier le fait que l'efficacité participe à la fois de l'être et du devoir-être ? Kelsen, peut-être d'ailleurs pour prévenir ce genre d'objections, relègue dans un premier temps l'efficacité, et donc dans un certain sens la sanction, dans un rôle secondaire par rapport à la validité », E. Bottini, *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2016, p. 99.

⁷⁹⁸ « Puisque la validité d'une norme constitue un *Sollen*, et non un *Sein*, elle est quelque chose de différent de son efficacité, c'est-à-dire du fait de *Sein* que la norme est effectivement appliquée et obéie ou suivie [...], que le comportement humain qui y correspond se produit effectivement », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 19.

⁷⁹⁹ Pour Kelsen, en effet, « selon toute probabilité, [...] les motivations de la conduite licite ne se résument pas à la peur des sanctions prévues par le droit ni même à la croyance dans le caractère obligatoire des règles », H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 75.

⁸⁰⁰ Si elle est bien la preuve de la validité de l'ordre juridique dans son ensemble, l'effectivité ne permet pas de déterminer celle d'une norme considérée isolément. Ainsi Kelsen écrit-il qu'« une norme est tenue pour valide à la seule condition d'appartenir à un système de normes, à un ordre globalement efficace. L'efficacité est donc une condition de la validité ; c'est une condition, non le fondement de la validité », H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 91-92. Il faut noter cependant une certaine ambiguïté quant au traitement réservé à ce lien entre norme valide et norme effective par le juriste autrichien, puisqu'il écrit également qu'« un minimum d'« efficacité » est [...] une condition de la validité des normes juridiques », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 19. Ce paradoxe est d'ailleurs souligné par Eleonora Bottini, qui écrit que, « [...] dans le discours normativiste, la sanction représente le critère de l'efficacité tantôt de la norme tantôt de l'ordre juridique [...] », E. Bottini, *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2016, p. 99.

⁸⁰¹ Eleonora Bottini qualifie en ce sens la sanction constitutionnelle de « clé de voûte « impure » de la conception normativiste du droit », *ibid.*, p. 162.

234. La théorie normativiste du droit nourrit l'argumentaire des juristes contemporains soucieux de définir la normativité par référence à la justiciabilité ; elle a notamment justifié l'implantation de la justice constitutionnelle comme garante de la conformité des normes infra-constitutionnelles. Kelsen lui-même ne faisait toutefois pas dépendre la validité de ces normes d'un contrôle de constitutionnalité effectif⁸⁰². Même s'il n'est pas assorti d'un contrôle juridictionnel, le droit constitutionnel peut donc apparaître ineffectif, voire « imparfait »⁸⁰³, il n'en conserve pas moins une validité juridique autonome⁸⁰⁴. C'est d'ailleurs heureux ; car comment pourrait-on, dans une perspective inverse, appréhender les Constitutions dénuées de contrôle juridictionnel ? Faudrait-il admettre qu'elles ne sont pas des règles de droit, mais de simples pétitions de principe dont le constituant ne peut qu'espérer qu'elles seront globalement obéies ? Comment justifierait-on alors la concordance généralement observée entre les textes constitutionnels et les systèmes politiques établis ? Conscient de ce paradoxe, Hans Kelsen admettait que le critère de la sanction juridictionnelle dispose d'une alternative, celle d'une sanction non juridictionnelle⁸⁰⁵. Certains héritiers de la doctrine normativiste ne se satisfont pas, pour leur part, du piètre substitue que représente selon eux l'épreuve de la responsabilité politique des pouvoirs constitués. Ils préfèrent se référer à une conception indirecte de la sanction juridictionnelle : une règle constitutionnelle peut ainsi être dépourvue de sanction – en raison notamment du fait qu'il s'agisse le plus souvent d'une norme d'habilitation – si elle est le fondement d'une norme inférieure elle-même assortie d'une

⁸⁰² Au contraire affirmait-il que, « [...] aussi longtemps qu'elle [la loi] n'est pas abrogée (ou annulée), on doit la considérer comme valable ; et aussi longtemps qu'elle est valable, elle ne peut pas être contraire à la Constitution, [ni être] inconstitutionnelle », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 267.

⁸⁰³ « Le droit constitutionnel se présente [...] comme un ensemble de normes dépourvu d'une sanction effective, comme un droit imparfait au vieux sens du droit romain : on appelait « lois imparfaites » à Rome, celles qui posaient des règles sans prévoir la nullité des actes qui ne les respectaient pas », L. Favoreu et alii, *Droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, coll. Précis, 20^e éd., 2018, p. 18.

⁸⁰⁴ François Brunet souligne d'ailleurs non sans malice qu'« il résulte de l'existence même des lois romaines « imparfaites » qu'elles n'en étaient pas moins des lois : ce n'est donc pas l'« imperfection » des lois romaines qui permet de considérer aujourd'hui que le droit non sanctionné serait lui-même imparfait – voire du « faux » droit », F. Brunet, *La normativité en droit*, Paris : Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses. Droit public, 2012, p. 181.

⁸⁰⁵ Il admet ainsi que la responsabilité politique puisse constituer une sanction subsidiaire. Pour lui, « si une loi s'écarte de ce que la constitution prescrit en matière de procédure de création ou de contenu, la constitution peut s'abstenir d'habiliter un organe distinct du législateur à abroger cette loi ; elle peut toutefois décréter que certains organes ayant pris part à la création de la loi dite « inconstitutionnelle », comme le chef de l'État qui a promulgué la loi, ou le chef de cabinet qui a contresigné la promulgation, soient tenus pour responsables et punis. La responsabilité personnelle de l'organe qui crée la norme vis-à-vis de la légalité de la norme créée est un moyen très efficace de garantir la légalité de la procédure de création des normes », H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 211.

sanction juridictionnelle⁸⁰⁶. Ironiquement, cette nouvelle interprétation du critère de la sanction vide de son contenu la dissociation préalablement étudiée entre droit écrit et droit non écrit, dès lors qu'ils participent également à la définition de l'habilitation des autorités législatives.

235. Le critère de la sanction juridictionnelle est loin d'être l'apanage du normativisme ; elle correspond à une conception assez classique du droit dans la pensée positiviste au sens large⁸⁰⁷. Les auteurs du droit politique eux-mêmes entretiennent, à cet égard, une certaine équivoque. Pierre Avril propose ainsi une conception nuancée où perce toutefois l'influence normativiste. Il écrit par exemple que, « si l'on considère la Constitution comme instituant un ordre normatif global, la question de la sanction devient seconde [...], parce qu'elle se trouve dans la dépendance de cet ordre ; [...] la sanction organisée complète celui-ci, mais elle n'est pas la condition de son existence »⁸⁰⁸. Définissant la juridicité par le critère de la sanction, il fonde par ailleurs, à la suite d'Albert V. Dicey, la distinction fondamentale entre droit et conventions de la Constitution sur le critère de la justiciabilité : « les règles [qui] sont constituées par des arrangements, usages ou pratiques [...], bien qu'ils régissent la conduite des organes du pouvoir souverain, *ne sont pas en réalité du droit, en ce sens qu'ils ne sont pas sanctionnés par les tribunaux* »⁸⁰⁹. Soigneusement distinguée, la responsabilité des pouvoirs constitués, porteuse d'une sanction seulement politique, est jugée insuffisante à promouvoir la juridicité des normes concernées⁸¹⁰. La théorie des conventions de la Constitution recoupe presque en ce sens la démarche réaliste défendue notamment par Michel Troper⁸¹¹.

⁸⁰⁶ En ce sens, « elles [les normes d'habilitation] ne sont pas assorties en tant que telles de sanctions, mais ce n'est point là une condition nécessaire de la normativité juridique. Ce qui importe, c'est que sans elles des normes de sanction [...] ne pourraient pas être produites ou considérées comme valides », L. Favoreu et *alii*, *Droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, coll. Précis, 20^e éd., 2018, p. 82.

⁸⁰⁷ Raymond Carré de Malberg l'exprimait par exemple sans équivoque : « l'essence même de la règle de droit est d'être sanctionnée par des moyens de coercition immédiate, c'est-à-dire des moyens humains. Le droit suppose donc nécessairement une autorité publique capable de contraindre les individus à l'observation des commandements qu'elle-même a édictés », R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État. Spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t.I, préf. É. Maulin, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 57 note 6.

⁸⁰⁸ P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 152. Pour autant, paradoxalement, Pierre Avril retient bien la justiciabilité des normes comme le critère de leur juridicité, par opposition aux conventions de la Constitution qui, exclues de l'office juridictionnel, ne sont que des normes « politiques » ; *Ibid.* not. p. 153-155.

⁸⁰⁹ P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 105-106 ; nous soulignons.

⁸¹⁰ *Ibid.*, p. 152 et ss.

⁸¹¹ Dans son entreprise de déconstruction de la validité de la coutume constitutionnelle, Michel Troper estime ainsi qu'il ne s'agit que de « [...] faits – une pratique répétée et un sentiment », auxquels la juridicité ne peut être conférée que sa reconnaissance par les autorités publiques, spécialement par le juge ; M. Troper, « Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement », in *Pour une théorie juridique de*

236. De façon plus tranchée, Pierre-Marie Raynal estime qu'une démarche de droit politique doit conduire à exclure définitivement la sanction comme critère de la normativité⁸¹². Les autres auteurs *juspolitistes* semblent toutefois adopter une posture plus mesurée. Eleonora Bottini estime en ce sens que, pour eux, « [...] la *responsabilité politique* apparaît bien plus opératoire, comme fondement de l'efficacité du droit constitutionnel, que tout contrôle de constitutionnalité »⁸¹³. Si le droit politique discrédite le critère de la sanction juridictionnelle, c'est donc moins pour abandonner toute idée de sanction que pour remettre en cause la définition formaliste du droit constitutionnel⁸¹⁴. Cette ambition originelle se traduit notamment par l'étude juridique de la pratique politique à laquelle ils se consacrent. Leurs conclusions restent néanmoins hésitantes, voire discordantes, sur ce sujet.

B. Une pratique politique inqualifiable

237. Si la grande majorité de la doctrine contemporaine néglige la question de la juridicité des pratiques politiques, celle-ci a longtemps bénéficié d'une considération moins sceptique dans les travaux des grands juristes du siècle dernier⁸¹⁵. René Capitant écrivait par exemple que « rien [...] dans la notion de droit positif, n'exclut le droit non

l'État, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 138 et ss. Dans le même sens, voir : M. Troper, « Nécessité fait loi. Réflexions sur la coutume constitutionnelle », in *Service public et libertés : mélanges offerts au professeur Robert-Édouard Charlier*, Paris : Éd. de l'Université et de l'Enseignement moderne, 1981, p. 309-323.

⁸¹² L'auteur écrit ainsi qu'« [...] on ne peut raisonnablement qualifier ces diverses prescriptions de règle de droit sur la base du critère de la sanction », P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 542.

⁸¹³ E. Bottini, *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2016, p. 453.

⁸¹⁴ Olivier Beaud affirme en ce sens la spécificité de la Constitution, « [...] dont l'application et l'appréciation relèvent, par la force des choses, des seuls acteurs politiques. Il en résulte que ceux-ci sont, en réalité, les seuls à pouvoir, le cas échéant, remédier aux abus constitutionnels s'ils existent lorsque le recours au juge est impossible. La sanction n'est pas entre les mains d'un tiers impartial, mais entre celles des acteurs politiques concernés qui, par leurs comportements, peuvent déterminer de manière décisive le contenu du droit constitutionnel tel qu'il est appliqué », O. Beaud, « La mise en œuvre de la responsabilité politique du Président de la République française peut-elle être paralysée par l'absence de la loi organique prévue par l'article 68 ? », in *La responsabilité du chef de l'État*, Paris : Société de législation comparée, coll. Colloques, 2009, p. 175.

⁸¹⁵ Georg Jellinek affirmait ainsi le caractère juridique de la pratique politique sur le ton de l'évidence : « cette pratique juridique qui ne rencontre aucune opposition, doit finir par se faire admettre dans la théorie, et par donner naissance à des règles juridiques nouvelles ; les actes qu'on disait inconstitutionnels engendrent ainsi une nouvelle organisation du droit : c'est là un fait qui s'impose, même aux théoriciens pour lesquels les possibilités politiques ne comptent pas », G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, préf. O. Jouanjan, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2005, p. 25.

écrit, ni n'en subordonne la valeur à celle du droit écrit, et il est d'autant plus utile d'admettre cette notion que si, d'une façon générale, l'évolution du droit positif moderne a considérablement réduit, au profit du droit législatif et jurisprudentiel, la place qui lui est réservée, en matière constitutionnelle, au contraire, le rôle qu'il joue est encore considérable »⁸¹⁶. Le droit politique se propose de démontrer l'actualité de ces propos, et ce malgré les transformations du droit positif et l'enracinement de la justice constitutionnelle. Héritiers de l'ambition de Capitant, les *juspolitistes* n'ont pourtant pas repris à leur compte la notion de coutume constitutionnelle qu'il avait développée. Certains lui ont en effet préféré la notion de conventions de la Constitution⁸¹⁷, tandis que la plupart restent, sur cette question, silencieux. Le débat entre partisans de la coutume et ceux des conventions reste donc d'ampleur limitée ; il souffre de fait de la difficulté que soulève la distinction efficace de ces deux concepts, qui présentent en réalité un grand nombre de traits communs (1) et une opérabilité limitée (2).

1. Une distinction discutable entre coutume constitutionnelle et convention de la Constitution

238. Coutume constitutionnelle et conventions de la Constitution sont en France principalement promues respectivement par René Capitant et par Pierre Avril. Le constitutionnalisme continental ne représente pourtant qu'une terre d'adoption pour ces notions originaires d'outre-Manche, où la Constitution est essentiellement non écrite⁸¹⁸. C'est d'abord la coutume qui a fait l'objet d'une transposition en France, avant d'être rejointe, plus récemment, par celle de convention de la constitution, qui se veut plus spécifique. Appliquées aux systèmes politiques dotés d'une Constitution rigide, ces notions peinent toutefois à se distinguer efficacement⁸¹⁹, notamment parce que, « dans les

⁸¹⁶ R. Capitant, « Le droit constitutionnel non-écrit », in *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, préf. O. Beaud, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2004, p. 299.

⁸¹⁷ Dans une acception plus large du droit politique, Eleonora Bottini estime que cette doctrine se divise entre les partisans d'un « constitutionnalisme coutumier » et ceux d'un « constitutionnalisme coutumier radical » qui prend la forme d'un « conventionnalisme constitutionnel » ; E. Bottini, *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2016, p. 456-459.

⁸¹⁸ Au Royaume-Uni en effet, « parmi les sources non écrites, on fait une distinction fondamentale entre les coutumes au sens strict et les conventions de la constitution », F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, Lextenso, coll. Manuel, 38^e éd., 2017, p. 208.

⁸¹⁹ De l'aveu même de Pierre Avril, qui cherche pourtant à démontrer l'opportunité supérieure de la notion de convention, il apparaît que « le processus de formation des conventions présente une évidente

deux cas, il s'agit de pratiques répétées assorties du sentiment du caractère obligatoire »⁸²⁰. Ces éléments, caractéristiques de la coutume, valent en effet comme critères d'identification des conventions⁸²¹.

239. La première différence revendiquée entre coutume et convention réside dans l'identité de leurs auteurs. René Capitant proclamait avec force que la coutume était le « produit direct de la société dans laquelle elle a vigueur »⁸²², et constituait donc un ensemble de « règles directement posées par la nation »⁸²³. Pierre Avril, au contraire, insiste sur le caractère politique de la convention de la Constitution, en plaçant son origine dans un accord de volontés informel établi entre les pouvoirs constitués. Étant le fruit d'un « processus quasi-contractuel »⁸²⁴ – ce qui explique sa dénomination de « convention » –, elle découle essentiellement de la liberté des acteurs politiques à l'égard du texte constitutionnel, dont ils sont les « lecteurs intéressés »⁸²⁵. C'est en recueillant l'assentiment, même implicite, des autres pouvoirs constitués, que la pratique considérée acquiert la reconnaissance consensuelle nécessaire à son effectivité. Même au regard de cette précision cependant, l'opposition entre coutume et convention par l'identité de leurs auteurs n'est en vérité qu'apparente : si Capitant fait de la coutume l'œuvre de la

analogie avec celui de la coutume [...] », P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 143.

⁸²⁰ F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, Lextenso, coll. Manuel, 38^e éd., 2017, p. 208.

⁸²¹ Ainsi que l'affirme Pierre Avril, les conventions répondent en effet au « test de Jennings », du nom de l'auteur de *The Law and the Constitution* qui en propose une méthode d'identification. Il s'agit d'une série de trois questions auxquelles l'existence d'une convention permet de répondre favorablement. Les deux premières interrogations sont : « quels sont les précédents ? » et « dans ces précédents, les acteurs se croyaient-ils liés par une règle ? », ce qui correspond exactement au critère matériel – la répétition d'un comportement – et au critère psychologique – l'*opinio juris* – qui caractérisent la coutume ; P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 111.

⁸²² R. Capitant, « La coutume constitutionnelle », in *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, préf. O. Beaud, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2004, p. 285.

⁸²³ *Ibid.*, p. 292.

⁸²⁴ P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 129. Selon Olivier Beaud, la position politique dominante de l'un des organes « parties » à la convention empêcherait néanmoins la qualification contractuelle : O. Beaud, « Les conventions de la Constitution », *Droits* n° 3, 1986, p. 134. Il n'en reste pas moins que, même forcé par les circonstances politiques, le consentement des institutions en cause est nécessaire à la formation des conventions.

⁸²⁵ P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 85. Cette caractéristique trouve un écho dans l'étude livrée par Carlos-Miguel Pimentel de la notion de convention, puisque celui-ci estime qu'elle suppose nécessairement « [...] son acceptation par la partie perdante, la reconnaissance de la règle par l'acteur constitutionnel qu'elle désavantage ». La « partie perdante » correspond alors non seulement à l'institution qui est délestée de l'exercice d'une compétence, mais également aux forces politiques d'opposition, éventuellement exclues par les circonstances, de la conclusion de la convention ; C.-M. Pimentel, « Les conventions de la constitution, ou le conflit surmonté », *Encyclopédie de droit politique*, disponible en ligne : <http://droitpolitique.com/spip.php?article367>.

collectivité des sujets de droit, il procède alors à une assimilation métonymique du fondement de la coutume à la détermination de son contenu. De son point de vue, ce sont bien les pouvoirs constitués qui établissent une norme coutumière, en adoptant un certain comportement reproduit ensuite par leurs successeurs, et ce, même si Capitant estime que la positivité de cette norme ne lui est finalement conférée qu'à raison de sa reconnaissance par l'ensemble des citoyens⁸²⁶. Coutume et conventions ne sauraient donc être distinguées par cet aspect, non plus d'ailleurs que par leur objet.

240. La seconde différence qu'invoque Pierre Avril réside pourtant dans l'objet des conventions, celles-ci exerçant une fonction plus spécifique que celle qu'assume la coutume. Elles ne viseraient en effet que l'exercice d'une compétence, et non son attribution, qui constituerait un monopole du texte constitutionnel⁸²⁷. Une convention serait alors la norme par laquelle « [...] la compétence ou la prérogative qu'exerce l'organe bénéficiaire » de la convention découle du fait « que le titulaire formel renonce à user de cette compétence ou de cette prérogative comme il en aurait le droit [...] »⁸²⁸. Les caractères prêtés à la convention lui confèrent ainsi une envergure moindre que la coutume, en raison de sa subordination nécessaire au droit issu du texte constitutionnel. Selon Olivier Beaud, cette représentation des normes du droit politique pose cependant problème à plusieurs égards. En premier lieu, il semble que ce critère matériel soit largement dépassé par les conventions puisque leur portée s'étend bien au-delà de l'exercice de quelques compétences constitutionnelles. À titre d'exemple, dans le cadre de la V^e République, « [...] l'hypothèse présidentialisiste du Président gouvernant (non-cohabitation) fait bien plus qu'affecter les conditions d'exercice du pouvoir, car elle affecte totalement le texte même de la Constitution »⁸²⁹. En second lieu, cette définition pose la question de la relation hiérarchique établie entre Constitution d'une part, et conventions et coutume d'autre part. Pour Pierre Avril, la seconde catégorie de normes dépend, quant à sa validité, des dispositions de la première, les conventions parce qu'elles

⁸²⁶ Cela ressort de cette affirmation de René Capitant, selon laquelle « elle [la nation] reste au moins maîtresse de son obéissance, et par conséquent détient la positivité du droit, car le droit positif n'est autre que celui qui s'applique réellement et dont les prescriptions sont suivies, auquel se conforme la société qu'il régit », R. Capitant, « La coutume constitutionnelle », in *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, préf. O. Beaud, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2004, p. 293.

⁸²⁷ P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 107.

⁸²⁸ *Ibid.*, p. 108.

⁸²⁹ O. Beaud, « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle – À propos d'un ouvrage récent », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 6, janvier 1999, p. 76.

en affectent seulement l'interprétation⁸³⁰, la coutume parce qu'elle n'est valable que par renvoi exprès du texte ou de la jurisprudence⁸³¹. Or, ce postulat présente une certaine contradiction, dans la mesure où le caractère interprétatif d'une convention remet en cause sa soumission au droit constitutionnel écrit. En effet, la convention « s'établit à travers l'application et la force du précédent s'y exprime directement sous forme d'une « jurisprudence » bénéficiant d'une présomption de conformité à la Constitution, au point qu'elle finit par s'identifier à celle-ci en rejetant les interprétations concurrentes dans le néant »⁸³². Comment confronter dès lors la portée d'une convention à celle du texte constitutionnel si ce dernier ne dispose pas d'une signification objective indépendante de toute interprétation ? À ce titre, l'argument selon lequel la convention de la Constitution ne concernerait que l'application du texte constitutionnel, par opposition à la coutume qui traiterait de la problématique des sources du droit, ne nous semble pas pertinent⁸³³.

241. Il apparaît d'ailleurs, à la lecture de l'ouvrage de Pierre Avril, que la subordination des conventions à la Constitution résulte en fait d'une hiérarchisation établie par l'auteur, entre les interprètes du texte : la portée valide de l'énoncé sera livrée par l'interprète « authentique », juridictionnel, et non par une convention des autres pouvoirs constitués,

⁸³⁰ Pierre Avril explique ainsi que les conventions s'approchent d'une théorie de l'interprétation à laquelle doivent cependant être agrégées deux particularités, « l'élément normatif qui s'attache à la répétition de[s] décisions d'application » et « l'apparition d'institutions non prévues par les textes », qui peut résulter des conventions ; P. Avril, « Les « conventions de la Constitution » », *RFDC* n° 14, 1993, p. 331.

⁸³¹ C'est la thèse de Pierre Avril, qui écrit que, « dans le cas de la coutume, c'est le droit qui attache des conséquences juridiques au précédent et à l'élément psychologique en déterminant leurs effets [...] C'est donc par référence au droit applicable et compte tenu de l'habilitation du juge que la question de validité se présente », P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 143. Cette conception de la coutume correspond d'ailleurs à la définition qui a cours au Royaume-Uni où, malgré l'improbabilité d'une habilitation textuelle, « [...] une coutume peut être constatée et sanctionnée par les tribunaux [...] », F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, Lextenso, coll. Manuel, 38^e éd., 2017, p. 208-209. Cette définition de la coutume est cependant paradoxale au regard de l'ambition de René Capitant, qui souhaitait justement entretenir l'opposition entre la coutume d'une part, et le droit écrit et la jurisprudence d'autre part. Il écrivait ainsi que « la jurisprudence est une variété du droit écrit et non de la coutume », puisque cette dernière se définit justement, pour lui, essentiellement comme « un droit non écrit » ; R. Capitant, « La coutume constitutionnelle », in *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, préf. O. Beaud, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2004, p. 285.

⁸³² P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 127.

⁸³³ C'est pourtant l'un des arguments avancés par Pierre Avril, pour qui, « [...] le développement du contrôle de constitutionnalité incite à aborder la question moins du point de vue théorique des sources du droit que de celui, plus pragmatique, de son application », P. Avril, « Application de la notion de convention de la Constitution à quelques problèmes constitutionnels français », in *Présence du droit public et des droits de l'homme : mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles : Bruylant, coll. de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, 1992, p. 285.

interprètes seulement « autorisés »⁸³⁴. Cette distinction, que nous avons déjà eu l'occasion de contester⁸³⁵, aboutit ainsi à octroyer au texte, et à la jurisprudence afférente, une supériorité hiérarchique discutable. C'est ce que souligne Olivier Beaud lorsqu'il estime que, dans l'œuvre de Pierre Avril, « la traditionnelle supériorité du droit écrit sur le droit non écrit est maintenue dans la mesure où la pratique ne peut pas abroger (ou déroger à) la disposition écrite [...] »⁸³⁶. Il s'agit là sans doute de la distinction la plus évidente entre le concept de convention de la Constitution proposé par Pierre Avril et celui de coutume évoqué par René Capitant : pour ce dernier, loin d'être assujettie à la Constitution formelle, la coutume subsiste et évolue en toute indépendance⁸³⁷. Capitant affirme même l'existence d'une « coutume supra-constitutionnelle », susceptible d'abroger, de compléter ou de confirmer le droit écrit⁸³⁸. Les deux concepts de coutume et de convention de la Constitution s'affrontent donc sur cette question de leur relation avec le « droit écrit », et posent dès lors tous deux la question cruciale, celle de savoir ce qu'est le « droit écrit ». Cette confrontation n'est cependant pas irréductible au point de justifier la prévalence d'une notion sur l'autre, pour prétendre rendre compte efficacement des normes informelles en vigueur au niveau constitutionnel⁸³⁹. Au-delà même de cette opposition conceptuelle se pose ainsi la question de la pertinence du recours à l'une ou l'autre de ces deux notions.

⁸³⁴ Pierre Avril estime en ce sens que, « en matière constitutionnelle, on distinguera ainsi l'interprète « authentique » proprement dit, qui est le Conseil constitutionnel en vertu de l'autorité que l'article 62 C attache à ses décisions, et les interprètes « autorisés » que sont les pouvoirs publics dans la mesure où ils interprètent les dispositions qui les concernent à l'occasion des décisions par lesquelles ils exercent leurs attributions. [...] La portée de ces deux types d'interprétations n'est pas la même, car elle dépend du statut de l'interprète, mais elles ont en commun de se traduire par l'édiction de normes, ce qui les distingue de l'interprétation scientifique », P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 62.

⁸³⁵ Voir *supra* Chapitre 1, section 2, §1 B, 1.

⁸³⁶ O. Beaud, « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle – À propos d'un ouvrage récent », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 6, janvier 1999, p. 75-76.

⁸³⁷ En effet, « le droit non écrit ne peut rester lui-même qu'autant qu'il n'est enserré ni dans des codes, ni dans des recueils d'arrêts, et jaillit directement de la source nationale », R. Capitant, « Le droit constitutionnel non écrit », in *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, préf. O. Beaud, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2004, p. 304.

⁸³⁸ R. Capitant, « La coutume constitutionnelle », in *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, *op. cit.*, p. 293.

⁸³⁹ Nous partageons en ceci la conclusion formulée par Olivier Beaud selon laquelle il ne « [...] reste pas entièrement convaincu par la nécessité de substituer la notion de convention de la constitution à celle de coutume constitutionnelle pour penser les pratiques politiques divergentes du texte constitutionnel », O. Beaud, « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle – À propos d'un ouvrage récent », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 6, janvier 1999, p. 77. Christian Bidégaray partage ce constat lorsqu'il écrit qu'« on en débattrait d'autant plus que la distinction entre conventions et coutumes constitutionnelles ne semble pas très claire », C. Bidégaray, « Pierre Avril à la recherche des « Conventions de la Constitution » », *RFSP* vol. 48, 1998, p. 670.

2. L'utilité limitée des notions de coutume constitutionnelle et de convention de la Constitution

242. Coutume constitutionnelle et convention de la Constitution présentent chacune des limites dans leur application au régime constitutionnel français, sans qu'il soit possible de trancher définitivement en faveur de l'une ou l'autre de ces deux notions. *A priori*, la convention peut sembler bénéficier d'un avantage décisif, dans la mesure où elle est moins exigeante que la coutume quant à la satisfaction du critère matériel : alors que la coutume suppose tout à la fois « répétition, constance et durée »⁸⁴⁰ du comportement visé, la convention peut naître d'un unique précédent⁸⁴¹. Celui-ci, à l'instar d'une jurisprudence, « [...] suppose la régularité de l'application qui le répète et renverse la charge de la preuve »⁸⁴² de sa non-conformité au texte constitutionnel. L'existence d'un unique précédent suffit donc à ancrer la légitimité de l'interprétation en cause, eu égard notamment à la nature substantielle du droit constitutionnel⁸⁴³. Ce faisant, le critère matériel de la coutume – la répétition d'un comportement – semble bien moins contraignant dans la définition qui est retenue de la convention constitutionnelle ; il permet d'en « [...] valoriser l'élément subjectif »⁸⁴⁴, soit le sentiment de son caractère

⁸⁴⁰ J. Chevallier, « La coutume et le droit constitutionnel français », *RDP* n° 6, 1970, p. 1399. Stéphane Rials y ajoute une exigence de clarté, en estimant que l'usage qui constitue l'objet de la coutume « [...] ne doit pas avoir un sens équivoque » ; S. Rials, « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle. À propos du dixième anniversaire du référendum de 1969 », *La Revue administrative* n° 89, 1979, p. 266.

⁸⁴¹ P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 143. L'auteur concède cependant lui-même que le critère matériel de la coutume bénéficie de plus en plus d'une certaine souplesse dans son appréciation, de sorte que ce point peine à distinguer les deux types de pratiques. Par ailleurs, le défaut de durée d'un usage coutumier pourra être compensé par la fréquence de sa survenance : S. Rials, « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle. À propos du dixième anniversaire du référendum de 1969 », *La Revue administrative* n° 89, 1979, p. 266.

⁸⁴² P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 125.

⁸⁴³ L'une des raisons « [...] de l'importance de la pratique en matière de droit constitutionnel, c'est le poids même qui s'attache à cette pratique, pour des raisons politiques évidentes, et qui constitue une source de pesanteur pour elle-même [...]. Il s'attache nécessairement à la pratique juridique des pouvoirs publics une tendance accentuée à la cristallisation : le « précédent » ici pèse plus lourd et donc hypothèque davantage la pratique juridique à venir, – du moins en l'absence de changements fondamentaux dans le contexte politique ; la souplesse particulière du droit constitutionnel se prolonge ainsi, paradoxalement, d'une certaine forme également particulière de rigidité de sa pratique », P. Amselek, « Le rôle de la pratique dans la formation du droit. Aperçus à propos de l'exemple du droit public français », *RDP* n° 6, 1983, p. 1483.

⁸⁴⁴ F. Savonitto, *Les discours constitutionnels sur la « violation de la Constitution » sous la V^e République*, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2013, p.

obligatoire⁸⁴⁵. La notion de convention de la Constitution présente alors, par rapport à la coutume, l'avantage d'embrasser plus largement la pratique politique.

243. Cette valorisation du précédent n'est cependant pas sans contrepartie puisqu'elle conduit notamment à ôter toute vigueur à l'idée de violation de la Constitution⁸⁴⁶. Elle peine par ailleurs à expliquer l'alternance de différentes lectures du texte constitutionnel selon les périodes politiques considérées, car, pour ne pas répondre aux exigences de répétition et de durée, la convention de la Constitution n'en doit pas moins satisfaire les conditions de constance de l'usage en cause. Cela complique d'autant son identification. Faut-il, en effet, considérer qu'une pratique répétée et ensuite abandonnée n'est pas, ou plus, une convention ? Sous la V^e République, la convention conférant au chef de l'État le pouvoir de révoquer le Gouvernement est-elle remise en cause en période de cohabitation ou est-elle simplement écartée temporairement, avant de retrouver toute son effectivité avec le retour du fait majoritaire parfait ?⁸⁴⁷ Ces questions ne trouvent pas de réponse définitive dans les travaux de Pierre Avril, et révèlent à ce titre la difficulté que présente l'ambition de les appréhender⁸⁴⁸. Il semble à cet égard que la contingence

132. À propos de la coutume, Olivier Beaud estime pour sa part que l'*opinio juris* constitue la condition « la plus importante du point de vue juridique », O. Beaud, « À propos de la démission de M. Strauss-Kahn et d'une prétendue « jurisprudence Bérégovoy-Balladur » », *RDP* n° 6, 1999, p. 1593.

⁸⁴⁵ Denis Baranger met tout particulièrement en valeur ce fait dans l'hypothèse d'une pratique décidée par un pouvoir prépondérant dans l'équilibre institutionnel : « [...] le problème de la force obligatoire d'une pratique ne se pose pas dans les mêmes termes lorsque cette pratique concerne un organe souverain. Le consentement de cet organe à une certaine évolution est une loi qu'il se donne à soi. Une crise où ce consentement est acquis *a valeur de précédent* », D. Baranger, *Parlementarisme des origines : essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1999, p. 291-292.

⁸⁴⁶ Ainsi, pour Florian Savonitto, les coutumes et conventions de la Constitution visent la même finalité, « [...] réhabiliter des pratiques contestées en tentant de couvrir les irrégularités dénoncées », F. Savonitto, *Les discours constitutionnels sur la « violation de la Constitution » sous la V^e République*, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2013, p. 133. Ce constat est aussi celui de Patrick Wachsmann : « cette position revient à éliminer pratiquement l'hypothèse d'une transgression de la règle, puisque toute pratique pourra être considérée comme une « interprétation » de la règle, dès lors que l'on pourra argumenter d'une manière quelconque pour la justifier », P. Wachsmann, « Commentaire relatif au livre de Pierre Avril, *Les conventions de la Constitution* », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 4, avril 1998, p. 138.

⁸⁴⁷ Olivier Beaud démontre à ce propos que la succession en France, du régime présidentiel et du système de cohabitation ne peut se comprendre que par le recours à des cadres temporels différents, ce qui exclut logiquement l'idée de conventions constitutionnelles : O. Beaud, « Les mutations de la V^e République ou comment se modifie une Constitution écrite », *Pouvoirs* n° 99, 2001, p. 31.

⁸⁴⁸ Le choix de fonder une convention sur l'existence d'un unique précédent constitue en effet une exception à ses critères d'identification. Il en résulte une distinction malaisée entre ce qui est conventionnel et ce qui ne l'est pas, ce qui obscurcit d'autant la notion, et complexifie son usage. Ainsi, « tant que l'on ne résoudra pas ces problèmes dans le cadre d'une théorie unitaire, valide en même temps pour les sources de droit formelles et pour ses sources matérielles, toute tentative d'analyse théorique des conventions constitutionnelles restera approximative et incertaine, davantage expression de doutes et d'intuitions plus ou moins articulées que d'un effort de reconstruction fiable et définitif », A. Mannino, « Les conventions constitutionnelles en Italie », in P. Avril, M. Verpeaux (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Droit public, 2000, p. 130.

politique à l'origine d'un précédent ne suffise pas à fonder l'autorité normative de cette pratique.

244. Les conventions de la Constitution présentent également, face à la coutume, une spécificité résultant de la finalité qu'elles poursuivent. Considérées globalement, elles sont en effet censées « [...] faire prévaloir une autorité politique ultime au sein de l'État »⁸⁴⁹, en vertu de la troisième déclinaison du « test de Jennings »⁸⁵⁰, c'est-à-dire qu'elles doivent permettre d'identifier le souverain dans l'État⁸⁵¹. Ce critère finaliste apparaît toutefois moins comme la condition d'existence des conventions, que comme le résultat logique d'une dynamique politique globale, dont les conventions ne seraient qu'une manifestation parmi d'autres : celles-ci ne sont pas ponctuellement édictées en vue de promouvoir une institution, mais leur combinaison y conduit de fait. À cet égard, la différence avec la notion de coutume doit être à nouveau relativisée.

245. Il en résulte qu'aucune de ces deux notions, qu'elles soient considérées comme concurrentes ou complémentaires, ne parvient à rendre compte infailliblement des règles de comportement effectivement adoptées par les institutions politiques ; elles n'épuisent pas la catégorie plus large des pratiques politiques. À titre d'exemple, Pierre Avril estime que l'usage constituant du référendum législatif en 1962 ne constitue pas une convention de la Constitution en raison du conflit politique qu'il a suscité⁸⁵². Malgré ce qu'affirmait le doyen Vedel⁸⁵³, le terme de coutume est tout aussi impropre à qualifier cette interprétation par de Gaulle de l'article 11 de la Constitution de 1958, à raison de l'absence de répétition, de durée et de constance de l'usage considéré. L'effectivité évidente de cette pratique, qui reste le fondement d'une disposition constitutionnelle régulièrement appliquée depuis 1965, invite toutefois à la considérer comme une norme, sanctionnée d'ailleurs par l'engagement de la responsabilité présidentielle devant le

⁸⁴⁹ D. Baranger, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2008, p. 177.

⁸⁵⁰ Le « test de Jennings », appliqué notamment par la Cour suprême canadienne, porte le nom de l'un des théoriciens britanniques des conventions de la Constitution : Walter Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, 2^e éd., 1938. Ce test est composé de trois questions qui, si elles reçoivent une réponse affirmative, permettent d'identifier une convention : « y a-t-il des précédents ? », « les acteurs se croyaient-ils liés par une règle ? », « y a-t-il une raison à la règle ? ». Pour une explication sur le « test de Jennings » et une application de ce texte à une hypothèse de la V^e République, voir : P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 111.

⁸⁵¹ D. Baranger, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2008, p. 177.

⁸⁵² Il écrit ainsi que « les réserves sur la régularité du précédent de 1962 demeurent telles qu'il n'est pas possible de considérer qu'il a donné naissance à une convention, laquelle implique une reconnaissance par les acteurs intéressés », P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 133.

⁸⁵³ G. Vedel, « Le droit par la coutume », *Le Monde*, 22 décembre 1968.

peuple. Si les notions de coutume constitutionnelle et de conventions de la Constitution favorisent donc bien la consécration d'un droit positif émancipé du texte fondateur, leur entreprise de catégorisation du droit non écrit est compromise par la persistance de comportements exemptés de toute qualification. Si René Capitant, conscient de cette lacune, a tenté de la combler par la consécration de la notion de « droit novateur », celui-ci reste trop vaguement défini pour représenter un palliatif efficace au concept déjà volatil de pratique politique⁸⁵⁴.

246. Le défaut majeur de ces notions de coutume et de conventions de la Constitution réside probablement dans leur postulat commun ; elles se comprennent en effet d'abord par le fait qu'elles ne relèvent pas du « droit écrit »⁸⁵⁵. Quoiqu'il soit difficile de saisir sa substance, le droit écrit reste donc le critère principal – quoique négatif – de l'existence de ces normes politiques. Il en résulte une difficulté insurmontable à justifier l'existence d'une coutume ou de conventions dans un système où l'écrit reste la valeur juridique de référence, car cela suppose que soit d'abord démontrée l'autorité normative du texte constitutionnel. Pour plusieurs auteurs d'ailleurs, les notions de coutumes et de conventions n'ont pas lieu d'être, dans la mesure où le seul recours à l'interprétation permet de justifier juridiquement l'existence de pratiques que ne relèvent pas d'une lecture stricte du texte⁸⁵⁶.

⁸⁵⁴ Le « droit novateur » évoqué par René Capitant ne présente, à l'instar des conventions de la Constitution, que quelques-uns des caractères de la coutume, et notamment son élément subjectif. Ainsi, « des règles nouvelles peuvent surgir dans le droit positif, qui loin d'être issues de ce long travail d'élaboration qui donne naissance à la coutume, renversent au contraire les conceptions admises, marquent une brusque rupture dans l'évolution sociale et annoncent des mœurs nouvelles. Si ces règles ne sont pas l'œuvre d'un législateur, si c'est la nation elle-même qui en reconnaît l'autorité directement et qui, par son adhésion, à l'encontre ou à défaut du législateur établi, les intègre elle-même dans le droit positif, il faut bien alors leur reconnaître la qualité de droit non écrit, sans qu'il soit possible pourtant de les qualifier de [coutumières] », R. Capitant, « Le droit constitutionnel non écrit », in *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, préf. O. Beaud, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2004, p. 298. Ce recours plus large au « droit non-écrit » est le moyen, selon Olivier Beaud, « [...] de mieux prendre en considération l'aspect dynamique ou prospectif de ce droit non-écrit, à la différence de la coutume qui a une composante essentiellement rétrospective », O. Beaud, « Découvrir un grand juriste : le « premier » René Capitant », *Droits* n° 35, 2002, p. 184.

⁸⁵⁵ Elles sont en effet construites par référence à leur caractère « non écrit ». C'est le cas de la coutume ; R. Capitant, « Le droit constitutionnel non écrit », in *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, préf. O. Beaud, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2004, p. 298. C'est également le cas des conventions, pour lesquelles « la condition paraît tomber sous le sens [...] », P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 119.

⁸⁵⁶ Stéphane Rials évoque cet argument pour contester la pertinence d'une coutume *secundum constitutionem* : « [...] la prétendue coutume interprétative doit être réputée ne pas avoir d'existence en dehors de la constitution formelle », S. Rials, « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle. À propos du dixième anniversaire du référendum de 1969 », *La Revue administrative* n° 89, 1979, p. 266. Cette assertion peut sans mal être étendue, non seulement à la coutume dite *praeter constitutionem* ou supplétive – puisque l'interprétation des silences du texte reste une interprétation – mais également à la coutume *contra constitutionem* : dès lors que le texte ne dispose pas d'une performativité par lui-même, rien n'impose qu'il doive être appliqué dans un sens préalablement déterminé.

247. Réduire la pratique politique à une interprétation du texte constitutionnel, dans la droite lignée de la théorie réaliste de l'interprétation, ne saurait toutefois assouvir l'ambition des promoteurs des coutumes ou des conventions constitutionnelles, car cela conduirait à négliger un double aspect qu'elles mettent en valeur : le caractère éminemment politique des pratiques considérées et le caractère profondément institutionnel de leurs effets. Si les tenants de la théorie réaliste de l'interprétation ont dû mobiliser une théorie complémentaire, celle des contraintes juridiques, pour expliquer la cohérence et la répétition des comportements interprétatifs étudiés⁸⁵⁷, ils tentent d'appliquer une distinction malaisée entre les contraintes proprement juridiques, qui sont pertinentes dans le cadre de leur étude, et les contraintes extra-juridiques, qui n'en relèveraient pas⁸⁵⁸. Cette théorie présente le défaut – dénoncé par les auteurs du droit politique⁸⁵⁹ – de réduire le droit à une chaîne de causalités indistinctes⁸⁶⁰, annihilant ainsi la spécificité du lien juridique. Elle pose également problème au regard de l'ampleur de l'analyse qu'elle déploie : la dynamique globale à l'œuvre au sein de l'édifice constitutionnel est ainsi délaissée au profit d'une seule étude ponctuelle de comportements circonscrits. Les auteurs du droit politique, tout en se montrant critiques quant aux notions de coutume constitutionnelle et de convention de la Constitution, ne se réfugient donc pas dans une approche strictement réaliste du droit constitutionnel ; cela contreviendrait à leur posture institutionnaliste.

⁸⁵⁷ En effet, « l'élaboration d'une théorie des contraintes juridiques a pour objectif de contribuer à la résolution de ce paradoxe », en vertu duquel, malgré la liberté dont bénéficient apparemment leurs auteurs, les interprétations des énoncés juridiques présentent une continuité et une cohérence ; V. Champeil-Desplats, M. Troper, « Introduction », in M. Troper, V. Champeil-Desplats, C. Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2005, p. 2.

⁸⁵⁸ Les contraintes strictement juridiques sont celles qui « [...] résultent uniquement de la configuration du système juridique », ce qui soulève la question de l'opérabilité de ce critère, *a fortiori* dans une perspective réaliste ; V. Champeil-Desplats, M. Troper, « Introduction », in M. Troper, V. Champeil-Desplats, C. Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2005, p. 2.

⁸⁵⁹ Denis Baranger estime ainsi, paradoxalement, que c'est la recherche de données extra-juridiques, indispensable à la mise en œuvre de la théorie des contraintes, qui appauvrit d'autant l'analyse proprement juridique du droit constitutionnel : « [...] c'est toujours une forme de reconfiguration (et donc, est-il permis de penser, de dénaturation) que de penser des réalités politiques, telles que des institutions ou des comportements, sous forme de contraintes, censées être causales et donc extra-juridiques », D. Baranger, « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels. À propos de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac », *Jus politicum* n° 11, décembre 2013.

⁸⁶⁰ On peut en effet douter, avec Manon Altwegg-Boussac, de la possibilité de déterminer « quelles causes seraient les plus déterminantes » parmi toutes les contraintes envisageables. La théorie des contraintes juridiques échouerait ainsi à satisfaire le but qu'elle s'est elle-même fixé parce que, « d'un point de vue descriptif, il semble bien difficile de mesurer la part de liberté et de contrainte qui entoure la fonction de juger », M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne : Institution universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2013, p. 475.

§2 : *Des perspectives esquissées*

248. La question insoluble de la qualification de la pratique politique peut en réalité être contournée, dépassée, dès lors qu'est abandonné le débat sur la nature de la « norme constitutionnelle », au profit d'une analyse d'envergure sur la nature du droit constitutionnel dans son ensemble. Les travaux du droit politique présentent en ce sens des perspectives qui, bien qu'inachevées et isolées, permettent d'envisager une approche concurrente du débat sur la nature juridique du droit constitutionnel. L'institutionnalisme alors à l'œuvre déploie ici toutes ses ressources, puisqu'il permet à la fois d'éclairer et de développer les propositions avancées. L'opérabilité de ces perspectives implique néanmoins en préalable que soit définitivement congédiée la distinction traditionnelle entre droit écrit et droit non écrit, deux notions dont les définitions restent, de toute façon, insaisissables. À cette condition, il est possible d'analyser à la fois la liberté dont bénéficient les pouvoirs constitués et les contraintes qui s'imposent à eux, en termes de moralité constitutionnelle (A). Cette notion, étudiée par Denis Baranger dans le strict cadre britannique, mériterait d'être réinvestie, puisqu'elle permet notamment de mettre en lumière le « système de gouvernement », qui constitue l'objet premier du droit constitutionnel selon Armel Le Divellec (B).

A. L'actualisation nécessaire de la notion de morale constitutionnelle

249. Les prémices de la pensée constitutionnelle anglaise s'établissent autour de la notion idoine de morale constitutionnelle, véritable fondement coutumier du système institutionnel. Cette idée s'est néanmoins progressivement effacée, du fait notamment de l'avènement de la notion de convention de la Constitution⁸⁶¹ ; elle est ainsi devenue un objet de l'histoire de la théorie constitutionnelle. Pourtant, le tableau qu'en dresse Denis Baranger dans le cadre britannique interpelle par son étrange actualité et, à condition d'être quelque peu adaptée, la notion de morale constitutionnelle semble pouvoir s'appliquer au droit constitutionnel positif, continental et contemporain. Les auteurs du droit politique ne promeuvent pas la résurgence de la moralité constitutionnelle en tant

⁸⁶¹ D. Baranger, « La fin de la morale constitutionnelle (de la « constitution coutumière » aux conventions de la Constitution », *Droits* n° 32, 2000, not. p. 64 et ss.

que telle, mais elle apparaît néanmoins comme un outil à leur disposition pour trancher définitivement leurs hésitations persistantes à l'égard de la pratique politique. Bien que née dans un contexte tout à fait différent – celui de l'Angleterre des Stuarts –, la morale constitutionnelle semble s'accommoder parfaitement d'une théorie institutionnaliste contemporaine (1). Elle présente en outre le mérite indéniable de fonder le caractère proprement juridique, c'est-à-dire contraignant et limitatif, du droit constitutionnel, par-delà le texte et la jurisprudence (2). La moralité apparaît ainsi comme un instrument théorique de conciliation entre la liberté des institutions politiques et leur limitation par le droit, alors que les travaux du droit politique demeurent, à cet égard, lacunaires.

1. Un principe institutionnel

250. La dénomination de « morale » constitutionnelle peut prêter à confusion par le caractère axiologique qu'elle semble revêtir : le mot renvoie *a priori* à une notion subjective, pétrie de valeurs et réputée s'opposer au droit⁸⁶². L'usage que nous nous proposons d'en faire ici est tout autre, bien que l'emploi de ce terme repose à l'origine sur une signification conforme à son sens usuel. En effet, la morale constitutionnelle naît dans le droit anglais pré-démocratique et renvoie alors à un certain nombre de principes vertueux censés caractériser l'action des institutions politiques. Elle s'appréhende alors comme un ensemble de « maximes de perfection »⁸⁶³, qui prêtent à chaque pouvoir la vertu qui le caractérise⁸⁶⁴. L'enjeu de la morale constitutionnelle est pourtant de se placer sur le même plan que le droit lui-même, plutôt que de s'apparenter à une véritable morale, par définition extérieure au champ juridique⁸⁶⁵ : les principes de justice originellement désignés par ce terme bénéficient, avec le temps, d'une certaine objectivation,

⁸⁶² Si la morale se présente, à l'instar du droit, comme un ensemble de prescriptions, elle s'en distingue principalement en ce qu'elle constitue un ordre de contraintes *relatif*, dépendant de la subjectivité de chacun, là où le droit constitue un ordre objectif et, par là, valide. La distinction entre morale et droit constitue l'un des fondements de la pensée normativiste : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, not. p. 71-73.

⁸⁶³ D. Baranger, « La fin de la morale constitutionnelle (de la « constitution coutumière » aux conventions de la Constitution », *Droits* n° 32, 2000, p. 48.

⁸⁶⁴ Denis Baranger évoque à ce titre « la force pour le roi, la sagesse pour les lords, la piété pour les pairs ecclésiastiques... », *ibid.*, p. 48.

⁸⁶⁵ C'est ce que relève Denis Baranger lorsqu'il écrit que « dire que la loi fondamentale est seulement morale, de même, par exemple, que dire que le *trust* du roi ou des ministres est une obligation seulement morale, c'est déjà s'inscrire dans une manière de voir les choses où la morale est étrangère à l'ordre constitutionnel, où elle n'en explique pas les ressorts », *ibid.*, p. 51.

conséquence de leur passage dans le giron strictement juridique⁸⁶⁶. Il ne s'agit donc pas de l'expression d'un moralisme politique, à l'aune duquel se mesurerait subjectivement la façon dont le pouvoir est exercé ; la moralité constitutionnelle s'émancipe progressivement de ce registre initial pour devenir le fondement des institutions politiques. Par le prisme de ces dernières, la morale acquiert une force véritablement constitutionnelle, proprement juridique⁸⁶⁷.

251. La moralité désigne la nécessité pour les acteurs politiques d'agir « [...] en conformité avec le sens profond des institutions [...] »⁸⁶⁸. En d'autres termes, leur action doit s'inscrire dans le cadre institutionnel posé, et répondre à la finalité portée par l'institution en cause. Celle-ci peut s'apparenter à ce que Maurice Hauriou appelait l'« idée d'œuvre »⁸⁶⁹ de l'institution, soit « l'idée même de l'entreprise qui est l'âme de l'organisation »⁸⁷⁰. Tout à la fois fondement et finalité de l'institution, cette idée d'œuvre s'impose comme le critère ultime d'évaluation de la légitimité de l'action politique. La morale peut alors être entendue comme la nécessaire *cohérence* dans l'exercice du pouvoir politique par les institutions, qui ne peuvent agir qu'en vertu et dans le respect de leur propre fondement. La morale n'est donc pas un ensemble de prescriptions visant la conscience individuelle, mais l'institution elle-même, dont la spécificité est justement de se doter d'un dessein indépendant de celui de ses membres⁸⁷¹. La moralité constitutionnelle peut ainsi s'entendre, non pas comme la nécessité de se conformer à des valeurs en soi, mais comme le besoin structurel de satisfaire les exigences de l'institution au nom de laquelle un individu est amené à agir.

⁸⁶⁶ Jacky Hummel, se référant à la pensée de Gregorio Peces-Barba, évoque l'idée de « moralité légalisée », qu'il définit comme une « [...] opération de conversion [par laquelle] le pouvoir transforme les valeurs politiques et morales, identifiées lors du moment constituant, en « valeurs juridiques » », J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les Sens du droit, 2010, p. 150.

⁸⁶⁷ Cette idée transparaît sous la plume d'Eleonora Bottini lorsqu'elle étudie les thèses du droit politique : « la particularité du droit constitutionnel par rapport au reste du droit est alors le lien important existant entre le droit et la morale, exprimée dans les constitutions en termes de valeurs politiques. La constitution serait ainsi une forme particulière de transformation des valeurs morales en droit [...] », E. Bottini, *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2016, p. 453.

⁸⁶⁸ D. Baranger, « La fin de la morale constitutionnelle (de la « constitution coutumière » aux conventions de la Constitution », *Droits* n° 32, 2000, p. 55.

⁸⁶⁹ M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *4^e des Cahiers de la Nouvelle journée*, 1925, reproduit in M. Touzeil-Divina (dir.), *Miscellanées Maurice Hauriou*, Le Mans : L'Épilogue, coll. Historique du droit, 2013, p. 152.

⁸⁷⁰ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 73.

⁸⁷¹ On peut noter à ce titre ce propos de John Searle : “[...] institutional structures create desire-independent reasons for action. To recognize something as a duty, an obligation, or a requirement is already to recognize that you have a reason for doing it which is independent of your inclinations at the moment”, J. R. Searle, « What is an institution? », *Journal of Institutional Economics* 2005, vol. 1, p. 11.

252. Dans cette perspective, la morale dispose du même objet que la Constitution elle-même : elle contribue à structurer l'ordre politique en l'encadrant dans un réseau de contraintes. Sa portée peut en effet dépasser le champ de l'institution qu'elle concerne particulièrement et devenir générale, ainsi qu'en témoigne l'expérience britannique⁸⁷². Même appliquée à un système de constitutionnalisme écrit, la moralité constitutionnelle s'avère fructueuse pour comprendre les mécanismes institutionnels à l'œuvre. On peut par exemple tenter de l'appliquer à la jurisprudence du Conseil constitutionnel français. Ainsi, lorsqu'en 1962, le juge renonce à sa compétence de contrôle en raison de la nature référendaire de la loi qui lui est soumise⁸⁷³, son défaut flagrant de légitimité peut se comprendre à la lumière de la vocation qui était alors la sienne ; contribuer à circonscrire le pouvoir législatif dans le cadre serré que lui avait ménagé la rationalisation du parlementarisme⁸⁷⁴. Le contrôle du suffrage référendaire ne s'inscrivant nullement dans cette perspective, le Conseil était tenu par vocation de s'abstenir. Définie comme la force contraignante de l'« idée d'œuvre » des institutions, la moralité constitutionnelle permet ainsi d'expliquer la jurisprudence et plus largement l'activité des pouvoirs constitués.

253. Comme le droit constitutionnel en général, la morale n'est toutefois pas immuable ; si elle peut constituer une limite au pouvoir des institutions politiques, elle peut également en favoriser l'extension. Il est en effet des hypothèses dans lesquelles la préservation de l'intégrité institutionnelle justifie que soit flouée la norme juridique *a priori* contraignante ; la Constitution pourra alors légitimement être transgressée dans certaines de ses dispositions expresses, au nom de la sauvegarde d'un équilibre institutionnel plus

⁸⁷² Denis Baranger évoque l'exemple de la maxime en vertu de laquelle « le roi ne peut mal faire ». Ce principe « [...] est avant tout une perfection réalisée dans l'être même du roi. On peut ensuite en déduire que le roi est lié par cette obligation de ne jamais mal faire, ou que tous ceux qui l'entourent sont tenus responsables des actes nuisibles [...] », D. Baranger, « La fin de la morale constitutionnelle (de la « constitution coutumière » aux conventions de la Constitution », *Droits* n° 32, 2000, p. 48. Or, on peut estimer que ce principe coutumier originel a joué un rôle proprement fondateur dans l'évolution du régime constitutionnel britannique : « [...] des principes d'unité et d'irresponsabilité qui [...] caractérisent [l'institution monarchique], se déduit la configuration particulière de la condition ministérielle dans le régime britannique : exercer un rôle constitutionnel central (assumer la responsabilité du gouvernement) dans un cadre statutaire nécessairement étreint », D. Baranger, *Parlementarisme des origines : essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1999, p. 43-44.

⁸⁷³ CC, Décision n° 62-20 DC du 6 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.

⁸⁷⁴ À l'origine en effet, « le Conseil constitutionnel devait être, selon l'expression de Michel Debré, « une arme contre la déviation du régime parlementaire » : il s'agissait en fait d'empêcher l'Assemblée nationale et le Sénat d'empiéter sur les prérogatives gouvernementales », F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Manuel, 38^e éd., 2017, p. 786.

vaste⁸⁷⁵. La morale est par ailleurs amenée à évoluer, au rythme de la pratique politique qui « [...] assur[e] la réconciliation entre les maximes [de perfection] et la vie de la constitution »⁸⁷⁶. Si la pratique révèle son incapacité à établir un lien entre ces deux aspects, la morale sera redéfinie à l'aune de son effectivité⁸⁷⁷. L'action institutionnelle, qu'elle s'inscrive dans la stricte lignée d'un texte constitutionnel ou qu'elle s'en affranchisse totalement, participera activement à la cristallisation de la moralité, soit pour la confirmer, soit pour l'altérer progressivement. Le principe moral qui fonde une institution est ainsi susceptible de changer, ainsi que l'illustre l'histoire du Conseil constitutionnel. C'est par la pratique, par la jurisprudence fondatrice du 16 juillet 1971⁸⁷⁸ notamment, que le juge témoigne de son ambition de devenir gardien des droits et libertés constitutionnellement garantis⁸⁷⁹. L'émancipation du juge à l'égard du texte est alors manifeste⁸⁸⁰, ce qui ne l'empêche pas d'amorcer, solidement et durablement, une transformation profonde de la finalité de son institution. Ce qu'on peut assimiler à une convention constitutionnelle⁸⁸¹ altère ainsi définitivement l'institution, en lui conférant

⁸⁷⁵ L'histoire d'Abraham Lincoln est à ce titre éclairante, puisque le Président des États-Unis s'est appuyé sur son devoir d'exécuter les lois sur l'ensemble du territoire fédéral – d'ailleurs consacrée par le serment prononcé lors de son investiture, pour étendre les pouvoirs présidentiels, et décider de mesures inédites à l'égard des États sécessionnistes ; É. Zoller, *Histoire du gouvernement présidentiel aux États-Unis*, Paris : Dalloz, 2011, p. 124-130. Paradoxalement donc, Lincoln estime que la protection de l'ordre constitutionnel, qui représente le cœur de sa fonction, lui commande d'enfreindre certaines dispositions constitutionnelles ponctuelles.

⁸⁷⁶ D. Baranger, « La fin de la morale constitutionnelle (de la « constitution coutumière » aux conventions de la Constitution », *Droits* n° 32, 2000, p. 51.

⁸⁷⁷ *Ibid.*, p. 52.

⁸⁷⁸ CC, Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, Rec. p. 29. L'originalité de cette décision réside notamment dans son visa, qui mentionne expressément le préambule de la Constitution. Il faut toutefois noter qu'il s'agit alors de la réitération d'une formule déjà présente dans une décision antérieure : CC, Décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les Communautés européennes et du traité instituant un conseil unique et une commission unique des Communautés européennes*, Rec. p. 15. À cette occasion cependant, contrairement à l'hypothèse de 1971, le préambule n'avait pas conduit à une censure prononcée par le juge constitutionnel.

⁸⁷⁹ En cela, « la décision de 1971 représente [...] un saut qualitatif important en ce qu'elle augmente le nombre et surtout modifie profondément la valeur des textes au regard desquels une loi peut être appréciée. En effet, la Déclaration de 1789, comme le préambule de 1946, contient avant tout des principes relatifs aux droits et libertés de l'homme et du citoyen amenant ainsi nécessairement le Conseil à s'en faire le gardien, le protecteur et le défenseur en sanctionnant les lois qui, selon lui, y porteraient atteinte », D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Domat droit public, 11^e éd., 2016, p. 44.

⁸⁸⁰ À tel point qu'Otto Pfersmann y voit une révolution juridique, dès lors qu'il y a changement du droit constitutionnel sans qu'intervienne pour autant une modification formelle du texte de la Constitution ; O. Pfersmann, « De l'impossibilité du changement de sens de la constitution », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs : Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris : Dalloz, 2003, p. 362.

⁸⁸¹ À bien des égards, cette décision de 1971 présente en effet le caractère d'une convention de la Constitution : elle résulte d'une interprétation de l'article 61 de la Constitution, porte sur l'exercice des compétences de l'institution en cause, et rencontre le consentement des autres pouvoirs constitués, traduit à la fois par la loi constitutionnelle de 1974 qui ouvre le droit de saisine à l'opposition, et par le

une vocation nouvelle, une légitimité inédite⁸⁸² et les compétences accrues qui en sont l'apanage. Dans cette hypothèse comme dans d'autres, l'institution, par sa pratique, et sans qu'il soit besoin que cette dernière présente la répétition de la coutume ou les caractères des conventions, impulse directement le changement qu'elle subit. Il suffit d'un acte présentant le caractère du précédent, c'est-à-dire « [...] le fait pour chaque institution de s'auto-interpréter, en déduisant la loi gouvernant son action de son action elle-même »⁸⁸³.

254. La moralité constitutionnelle présente ainsi le mérite évident de réconcilier autour d'une même justification la diversité de dénominations que connaît la doctrine partisane d'un droit politique : coutumes, conventions de la Constitution, pratiques politiques et texte constitutionnel s'accordent dans un chœur à plusieurs voix, dont la mélodie s'exprime par l'harmonie de la morale qui en résulte. Les origines de celle-ci l'inscrivent certes dans un contexte étranger au constitutionnalisme écrit, caractéristique du droit européen continental. Toutefois, l'opposition drastique entretenue entre forme écrite et forme coutumière des Constitutions n'emporte pas la conviction⁸⁸⁴, en cela que « [...] ces deux formes sont moins antagonistes, ou étrangères l'une à l'autre, que profondément dépendantes l'une de l'autre »⁸⁸⁵. Loin d'être condamnée aux manuels d'histoire ou de droit étranger, la notion de moralité mérite donc une considération nouvelle dont elle ne bénéficie pourtant pas clairement, y compris au sein du droit politique ; elle est notamment le moyen de penser la limitation du pouvoir politique.

développement sans précédent, à la fois quantitatif et qualitatif, des recours à l'office du juge constitutionnel par les autres autorités politiques.

⁸⁸² La défense des droits fondamentaux qu'il contribue lui-même à façonner représente en effet l'un des arguments principaux en faveur de la légitimité du juge constitutionnel : L. Favoreu, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC* n° 2, vol. 46, 1994, p. 569-570.

⁸⁸³ D. Baranger, « Le dépérissement de la pensée institutionnelle sous la V^e République », *Droits* n° 44, 2006, p. 44.

⁸⁸⁴ Le droit constitutionnel comparé, dont les conclusions sont transposables à la théorie juridique, suppose également que soit dépassé le clivage doctrinal récurrent portant sur la forme, écrite ou coutumière, du droit constitutionnel. En effet, « [...] les sources du droit présentent un faible intérêt lorsqu'il s'agit de distinguer les différents pays [...] », M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris : Economica, coll. Corpus. Droit public, 2010, p. 44.

⁸⁸⁵ D. Baranger, « Temps et constitution », *Droits* n° 30, 2000, p. 57.

2. Une garantie institutionnelle

255. La moralité constitutionnelle, inscrite au cœur des institutions, offre une alternative bienvenue à la théorie des contraintes juridiques ; elle permet d'expliquer la cohérence et la continuité observées par la pratique politique, et de théoriser juridiquement les obligations pesant sur les pouvoirs constitués. Car, si la moralité constitutionnelle n'empêche pas l'autonomie institutionnelle, elle l'insère cependant dans un carcan juridique, dont le pouvoir ne peut jamais tout à fait s'extraire. Ainsi que le relève Denis Baranger, la morale implique que « chaque partie du jeu constitutionnel [soit] confrontée à sa propre perfection : elle peut certes l'opposer efficacement à d'autres institutions [...], mais elle y est elle-même astreinte »⁸⁸⁶. Elle redonne ainsi tout son sens à l'expression « pouvoirs constitués », qui renvoie à des institutions assujetties à la force même qui les a créées⁸⁸⁷.

256. En ce sens, la morale constitutionnelle entretient des liens étroits avec la responsabilité politique telle qu'elle est entendue – et promue – par les auteurs du droit politique. Elle permet notamment de saisir plus aisément l'antagonisme qu'elle entretient à l'égard de la responsabilité de droit commun, qu'elle soit civile ou pénale. La responsabilité politique peut en effet s'entendre comme la confiance accordée à un individu pour agir au nom d'une institution dans les conditions prévues par les statuts de celle-ci. L'évaluation de cette confiance repose nécessairement sur une appréciation partielle, en opportunité, à la fois de la finalité à laquelle est dédiée l'institution, et de la compétence de son représentant. La responsabilité politique peut ainsi s'analyser comme la sanction de la morale constitutionnelle, non pas au sens où celle-ci s'accompagnerait régulièrement d'une punition des comportements déviants, mais plutôt en ceci qu'elle fait l'objet d'un contrôle constant, souvent silencieux, des institutions les unes sur les autres. La responsabilité s'appliquerait alors « *positivement* et non à titre de contrepoison », pour reprendre les mots de Denis Baranger⁸⁸⁸ : elle ne se contenterait pas d'empêcher certains

⁸⁸⁶ D. Baranger, « La fin de la morale constitutionnelle (de la « constitution coutumière » aux conventions de la Constitution », *Droits* n° 32, 2000, p. 49.

⁸⁸⁷ Selon la signification que Sieyès a forgée de cette notion ; « les pouvoirs publics doivent être divisés, limités, organisés, en un mot constitués pour remplir leur destination. Si un corps pouvait se constituer lui-même, ou toucher à sa constitution, bientôt il changerait de nature, il se rendrait propre à tout envahir, et à dévorer ses créateurs », E.-J. Sieyès, « Bases de l'ordre social ou série raisonnée de quelques idées fondamentales de l'État social et politique », An III, § 12, reprod. in P. Pasquino, *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, Paris : Odile Jacob, 1998, p. 187.

⁸⁸⁸ D. Baranger, « La fin de la morale constitutionnelle (de la « constitution coutumière » aux conventions de la Constitution », *Droits* n° 32, 2000, p. 51.

comportements, elle générerait une relation de confiance. Confrontée à la moralité – définie comme l'exigence de *cohérence* de l'action politique de l'institution au regard de sa propre finalité –, la responsabilité politique apparaît comme la contrepartie implicite à la flexibilité institutionnelle : adaptée à chaque institution, elle instaure un équilibre entre l'exercice discrétionnaire du pouvoir politique et la mutabilité du cadre institutionnel, elle opère la réconciliation entre l'exercice réel du pouvoir et les exigences démocratiques portées par le constitutionnalisme classique⁸⁸⁹. À cet égard, « la *responsabilité politique* apparaît bien plus opératoire, comme fondement de l'efficacité du droit constitutionnel, que tout contrôle de constitutionnalité »⁸⁹⁰.

257. La responsabilité politique apporte à la moralité la garantie de son effectivité, dès lors que la moralité implique justement que l'action politique menée au sein des institutions réponde d'elle-même. Elle est à ce titre la gardienne des institutions dont elle empêche le dévoiement, quitte à priver un individu de son mandat s'il ne l'exerce pas dans le respect de la finalité institutionnelle⁸⁹¹. La responsabilité ne se cantonne cependant pas aux hypothèses de censure et de destitution, elle résulte dans une large mesure d'un réseau d'institutions qui contribuent, continuellement et le plus souvent discrètement, à façonner la moralité constitutionnelle⁸⁹². Un tel système repose donc sur

⁸⁸⁹ La responsabilité entretient des liens étroits avec la définition libérale du constitutionnalisme, dont l'ambition repose notamment dans la limitation et le contrôle des autorités politiques. En effet, « [...] la responsabilité politique permet, dans le cadre du régime représentatif, que les titulaires du pouvoir d'État soient limités dans leur pouvoir parce qu'ils sont révocables, et que cette révocation permette d'arbitrer, non pas définitivement, mais d'une manière réversible, entre plusieurs programmes concurrents de réalisation du bien social. Enfin, la responsabilité politique est, dans l'idéal, intrinsèquement neutre : elle est une pure procédure, qui plus est revêtue du halo de faveur dont tout libéral entoure les processus délibératifs », D. Baranger, *Parlementarisme des origines : essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1999, p. 383.

⁸⁹⁰ E. Bottini, *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2016, p. 452.

⁸⁹¹ La construction institutionnelle implique en effet une responsabilité de ses représentants à l'égard de l'institution elle-même, et plus précisément de sa finalité – que l'on peut rattacher à la notion de morale constitutionnelle. Maurice Hauriou écrivait ainsi qu'« il y a un autre avantage dans le pouvoir exercé au nom d'une institution, et bien plus grand : il se trouve dans le fait même que ce pouvoir est exercé au nom d'une œuvre à réaliser, par conséquent, d'une fonction à remplir, et qu'ainsi il se trouve doublé d'un *devoir* et d'une *responsabilité* », M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 20 ; nous soulignons.

⁸⁹² Cela s'explique dès lors que morale et responsabilité sont considérées comme le fruit de relations de confiance entretenues entre les institutions ; celles-ci agissant par délégation, voire par représentation, leur pouvoir est conditionné par la satisfaction des exigences qui y sont assorties. Ainsi, « [...] de près ou de loin, toutes les institutions politiques sont présentées comme des *trusts*. Cette universalité s'explique par la faculté d'adaptation du concept, qui s'impose à travers deux figures successives : d'abord une exigence morale indifférente aux formes institutionnelles positives (quelle que soit sa nature, il faut que le pouvoir satisfasse aux exigences de conditionnalité et de dévolution/révocabilité). Ensuite, une tendance des institutions à se configurer selon ce modèle à travers des évolutions politiques ou juridiques », D. Baranger, *Parlementarisme des origines : essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1999, p. 45.

des interactions, prévues par le texte ou construites spontanément, entre les diverses institutions qui sont dès lors susceptibles de s'influencer mutuellement, dans un rapport de forces organisé⁸⁹³. *A priori*, une telle description renvoie principalement au régime parlementaire, justement caractérisé par les « moyens d'action réciproques »⁸⁹⁴ des pouvoirs législatif et exécutif et ainsi par une collaboration nécessaire des pouvoirs⁸⁹⁵. Pourtant, cette conception serait trop restrictive à deux égards : d'abord, le contrôle exercé mutuellement par les institutions n'emprunte pas seulement les formes que lui attribue la Constitution dans un régime parlementaire ; ensuite, il n'est pas absent du régime présidentiel, dans lequel le système de *checks and balances* autorise des interactions même indirectes⁸⁹⁶.

258. Associer morale constitutionnelle et responsabilité politique impose cependant une précision sur cette dernière notion. Si elle renvoie le plus souvent à une appréciation purement politique – au sens idéologique ou partisan – de l'exercice des fonctions d'État, la responsabilité dispose ici d'un sens plus spécifiquement institutionnel, qui transcende un éventuel clivage politicien. Il ne s'agit pas seulement d'évaluer la portée de l'action menée à l'aune d'une idéologie particulière, mais également sa régularité au regard des compétences reconnues à l'institution concernée. Certains exemples français offrent à ce

⁸⁹³ Pierre Avril établit ainsi un lien entre la liberté des institutions à l'égard du texte constitutionnel, la moralité constitutionnelle qui en résulte et, implicitement, la responsabilité politique à laquelle cela engage. Pour lui en effet, « les aménagements dérogatoires au texte répondent à une normativité politique (qualifiée de « moralité constitutionnelle » par la doctrine britannique) qui découle tout simplement du principe démocratique et qui fait prévaloir l'esprit général du régime, tel qu'il fonctionne actuellement, sur la lettre particulière du texte qui l'a institué », P. Avril, « Statut des normes constitutionnelles non écrites » in P. Avril, M. Verpeaux (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Droit public, 2000, p. 84.

⁸⁹⁴ Expression classique pour désigner tout à la fois le droit de révocation du Gouvernement et le droit de dissolution du Parlement, on la retrouve par exemple sous la plume de Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Manuel, 38^e éd., 2017, p. 115. Pierre Avril et Jean Gicquel évoquent pour leur part « un droit de récusation réciproque », P. Avril, J. Gicquel, *Lexique de droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 5^e éd., 2016, p. 102.

⁸⁹⁵ Selon l'analyse livrée par Charles Eisenmann de la théorie de Montesquieu : C. Eisenmann, « L'« Esprit des lois » et la séparation des pouvoirs », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris : Libr. du Recueil Sirey, 1933, p. 163-192.

⁸⁹⁶ Aussi l'affirmation d'Élisabeth Zoller selon laquelle le régime présidentiel des États-Unis ne saurait être le terrain de conventions de la Constitution à raison de la place éminente et exclusive reconnue au droit écrit peut-elle être largement nuancée : É. Zoller, *Histoire du gouvernement présidentiel aux États-Unis*, Paris : Dalloz, 2011, p. 21. Le même auteur considère plus largement que, « en matière constitutionnelle, les règles juridiques non écrites n'existent pas aux États-Unis », É. Zoller, « La question des règles non écrites aux États-Unis », in P. Avril, M. Verpeaux (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Droit public, 2000, p. 144. Pourtant, il semble que les développements progressifs des pouvoirs présidentiels n'aient été rendus possibles que par le consentement au moins implicite des chambres du Congrès et de la Cour suprême : É. Zoller, *Histoire du gouvernement présidentiel aux États-Unis*, Paris : Dalloz, 2011, p. 285. Carlos-Miguel Pimentel s'attache d'ailleurs à identifier au moins deux conventions constitutionnelles dans le cadre des États-Unis. Voir en ce sens, C.-M. Pimentel, « Les conventions de la constitution, ou le conflit surmonté », *Encyclopédie de droit politique*, disponible en ligne : <http://droitpolitique.com/spip.php?article367>.

titre une illustration éclairante, et la fonction présidentielle en période de cohabitation en constitue un exemple topique : la mise en œuvre, par le chef de l'État, de compétences fondées sur une interprétation extensive de la Constitution, a été contestée sans jamais être disputée dans les faits, et ce malgré l'opposition idéologique du Gouvernement. Ainsi, le Président « [...] n'a pas trouvé face à lui de véritable résistance [...] »⁸⁹⁷ dans les différents Premiers ministres qui se sont succédé, notamment du fait de la convoitise que suscitait de leur part la fonction présidentielle⁸⁹⁸. Cette relative complicité, et du moins l'absence de contestation officielle, a contribué à forger un carcan institutionnel objectif qui détermine l'ampleur des compétences présidentielles.

259. La moralité constitutionnelle peut également être cristallisée sous l'impulsion de la sanction populaire de la responsabilité des gouvernants : la prévalence présidentielle n'est-elle pas enracinée en France en 1962, par l'adhésion que suscite la politique constitutionnelle gaulliste ? La portée juridique de la sanction politique – notamment lorsqu'elle émane du peuple – est souvent dénigrée en raison de la difficulté à prêter une intention explicite aux électeurs. Ainsi que l'écrit par exemple Patrick Wachsmann, considérer que les résultats du référendum de 1962 traduisent l'authentification, par le peuple, de la lecture gaulliste de la Constitution, « [...] repos[e] sur une interprétation très libre de la volonté du corps électoral. Ainsi, l'approbation référendaire de l'élection du président de la République au suffrage universel direct, en 1962, a-t-elle signifié un soutien réaffirmé au général de Gaulle, l'accord donné à une réforme valorisante pour les citoyens investis d'une nouvelle compétence, l'approbation du choix de l'article 11 pour réviser la Constitution, celle de la lecture de la Constitution fondée sur la prééminence présidentielle ? La multiplicité même des enseignements que l'on prétend tirer de ce référendum est pour le moins suspecte et témoigne d'une volonté de faire entériner par les électeurs ce que l'on projette *a posteriori* sur le résultat de la consultation »⁸⁹⁹. Il semble toutefois que l'argument ici avancé manque sa véritable cible : ce n'est pas tant la *volonté* du peuple exprimée par le scrutin qui est déterminante dans la conclusion du conflit, que

⁸⁹⁷ H. Portelli, « La Ve République et les partis », *Pouvoirs* n° 126, 2008, p. 67. L'auteur égrène ensuite les différentes compétences qui ont été ainsi au moins implicitement reconnues au chef de l'État, « [...] qu'il s'agisse du refus de signer les ordonnances ou des nominations, de convoquer le Parlement en session extraordinaire, d'inscrire telle question à l'ordre du jour du conseil des ministres, de représenter la France au Conseil européen, de fixer le budget de la présidence de la République », *ibid.*

⁸⁹⁸ Comme le souligne Hugues Portelli, « les Premiers ministres étant en même temps des candidats à l'élection présidentielle, [ils] n'ont pas voulu affaiblir la fonction qu'ils souhaitaient exercer après leur passage à Matignon », *ibid.*, p. 67.

⁸⁹⁹ P. Wachsmann, « Commentaire relatif au livre de Pierre Avril, Les conventions de la Constitution », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 4, avril 1998, p. 137.

l'autorité politique qu'il représente. L'assentiment populaire, quelle que soit l'intention réelle des électeurs, apporte un poids définitif dans la balance des intérêts politiques en présence, et l'institution du côté de laquelle il se tourne triomphe *politiquement* d'abord, *juridiquement* ensuite, de ses adversaires. C'est donc parce qu'elle est une arme politique que l'expression directe du peuple, lorsqu'elle intervient à propos⁹⁰⁰, devient un facteur déterminant de juridicité.

260. L'argument tiré du suffrage universel direct n'est pourtant pas traditionnellement apposé à la théorie de la moralité constitutionnelle britannique ; celle-ci prend justement racine dans un système pré-démocratique, dans lequel l'expression populaire n'a pas sa place. Selon Denis Baranger, c'est d'ailleurs notamment en réponse aux exigences de la souveraineté nationale que s'explique l'abandon, par la doctrine, du concept de moralité⁹⁰¹. Que la moralité constitutionnelle se soit construite dans un contexte étranger à toute ambition démocratique n'implique cependant pas qu'elle soit incompatible avec elle. L'anachronisme que semble induire l'usage de la notion de morale constitutionnelle n'est donc qu'apparent, et ne parvient pas à justifier l'abandon de cette notion-clef. Combinés, les principes moraux qui soutiennent et définissent chaque institution, font éclore un système en mouvement⁹⁰², dont les ressorts parfois tortueux, s'offrent à l'analyse du constitutionnaliste.

B. Le développement opportun de la notion de système de gouvernement

261. La notion de « système de gouvernement » est présentée par Armel Le Divellec comme la clef de voûte du droit constitutionnel⁹⁰³ : elle se présente comme l'expression

⁹⁰⁰ Bien qu'elle semble anecdotique, cette précision revêt une importance considérable : il ne s'agit pas ici de défendre l'idée que chaque expression populaire serait source d'un basculement du droit constitutionnel, seulement qu'elle dispose ponctuellement de la force politique nécessaire pour le faire. Sur ces nuances, voir *infra*, Titre II, Chapitre 2, Section 1, §2, A, 2.

⁹⁰¹ D. Baranger, « La fin de la morale constitutionnelle (de la « constitution coutumière » aux conventions de la Constitution », *Droits* n° 32, 2000, not. p. 67.

⁹⁰² Denis Baranger définit également la morale constitutionnelle comme la somme des principes caractérisant les relations entre les institutions. Pour lui en effet, « là où le discours juridique [met] l'accent sur l'unilatéralité de la souveraineté, la morale constitutionnelle insist[e] de manière plus sourde sur l'harmonieuse *coopération des vertus* qu'elle requiert de la part des gouvernants et des gouvernés », *ibid.*, p. 53 ; nous soulignons.

⁹⁰³ Cette expression est notamment employée par l'auteur à l'occasion de deux articles : A. Le Divellec, « Le prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la présidence de la V^e République (simultanément une esquisse sur l'étude des rapports entre « droit de la constitution » et système de

d'un système, c'est-à-dire un ensemble articulé de mécaniques institutionnelles⁹⁰⁴, par lequel le pouvoir politique est exercé par les organes de l'État. Sous couvert de cette notion, le droit constitutionnel prend une forme nouvelle, puisqu'à l'ensemble de normes auquel il est souvent assimilé, se substitue l'ingénierie complexe d'un équilibre mouvant, constitué d'un grand nombre d'institutions et de pratiques politiques. Cette notion de système de gouvernement présentée par Armel Le Divillec découle du constat qu'il est vain de considérer distinctement des normes politiques qui n'ont en réalité de portée que par leurs interactions permanentes. C'est globalement que s'appréhende au mieux un édifice constitutionnel, sous peine de passer sous silence la réalité du pouvoir qui s'y exerce. À l'analyse statique induite par un postulat formaliste est ainsi privilégiée l'analyse dynamique d'un droit mouvant.

262. Le « système de gouvernement » parvient opportunément à traduire le caractère à la fois évolutif et global du droit constitutionnel. Il représente donc un instrument doctrinal efficace pour caractériser cette posture qui irrigue les travaux du droit politique. Pour autant, ce système manque de systématisation : sa consécration supposerait que soit expressément affirmé l'abandon de tous les critères formels de définition du droit constitutionnel (1), afin de bâtir une définition substantielle clarifiée, qui fait encore défaut à l'école du droit politique. Il apparaît néanmoins que le droit constitutionnel s'appréhende, de ce point de vue, fondamentalement comme un cadre (2).

1. L'abandon logique des critères formels du droit constitutionnel

263. La première thèse du droit politique, en vertu de laquelle le droit constitutionnel apparaît non à la lecture du texte, mais par l'observation de sa pratique, présente l'inconvénient évident de déconstruire les critères de normativité constitutionnelle, sans pour autant proposer une alternative précise. Une série d'arguments négatifs – le texte ne traduit pas exclusivement la norme, le juge n'est pas le seul interprète « authentique » de la Constitution, celle-ci ne tire pas sa validité d'une norme qui lui serait supérieure – défait un à un les critères habituels d'identification du droit constitutionnel et laisse béante la question d'une définition positive de la matière. Le désordre est encore accru

gouvernement) », *Droits* n° 44, 2006, not. p. 107-110 ; « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus politicum* n° 4, juillet 2010.

⁹⁰⁴ Le plus couramment, le terme de système renvoie en effet à « [...] un ensemble complexe constitué de parties liées entre elles par des relations stables », G. Timsit, « Système », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 1462.

par le fait que la doctrine du droit politique ne nie pas l'influence notable exercée par le texte, notamment en matière instituante ; elle reconnaît seulement que ce texte ne dispose d'aucune normativité indépendante de la pratique politique qui en est faite. Pour le dire autrement, dans l'hypothèse *juspolitiste*, la banalisation du texte constitutionnel résulte de son indistinction par rapport aux pratiques et jurisprudences qui s'en prévalent, sans pour autant perdre la force juridique particulière qui lui est attachée du fait des circonstances de son adoption⁹⁰⁵. Dans cette perspective, « il se peut [...] que [l]es oppositions entre ce qui est écrit et ce qui ne l'est pas n'aient eu de sens que pour ceux qui les ont créées de toutes pièces, reprenant à leur compte la croyance des pères fondateurs dans la vertu performative des mots »⁹⁰⁶. Le droit constitutionnel a donc bien pour origine l'écriture d'un texte solennel, mais il est ensuite livré tout entier aux aléas de la vie institutionnelle dont il est paradoxalement l'un des fondements⁹⁰⁷. L'écrit ne permet donc pas en tant que tel de définir le droit constitutionnel.

264. Il reste cependant un dernier critère formel, régulièrement invoqué, celui de la procédure de révision dans l'hypothèse d'une Constitution rigide⁹⁰⁸. Du point de vue du droit politique, il n'est pourtant pas convaincant, d'abord parce que son application est quantitativement limitée – un grand nombre de Constitutions sont en effet dites souples⁹⁰⁹ – ensuite parce qu'il s'explique par l'ambition des constituants de protéger la *matière* constitutionnelle : il est donc moins une condition qu'une conséquence de l'existence d'une Constitution substantielle, que l'on cherche ainsi à protéger⁹¹⁰. En abandonnant ce dernier critère formaliste, le droit politique s'attache plus clairement à l'idée de l'effectivité du droit constitutionnel. Il rompt alors logiquement avec les préceptes

⁹⁰⁵ Voir en ce sens *infra*, Titre II, Chapitre 2, Section 1, §2, B, 1.

⁹⁰⁶ J.-J. Sueur, *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, Québec : Presses Universitaires de Laval, coll. Diké, 2011, p. 177.

⁹⁰⁷ Les auteurs du droit politique semblent ainsi partager ce constat d'Olivier Beaud selon lequel le droit constitutionnel est bien « [...] faiblement écrit et largement coutumier », O. Beaud, « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle - À propos d'un ouvrage récent », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 6, janvier 1999, p. 77.

⁹⁰⁸ Ainsi, « il y a forme constitutionnelle dès lors qu'il existe une procédure spécifique et renforcée de la production normative », L. Favoreu et *alii*, *Droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, coll. Précis, 20^e éd., 2018, p. 85.

⁹⁰⁹ Une Constitution est dite « [...] « souple » quand elle peut être modifiée dans les mêmes conditions qu'une loi ordinaire », P. Avril, J. Gicquel, *Lexique de droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 5^e éd., 2016, p. 31.

⁹¹⁰ C'est par exemple l'avis exprimé par Pierre Avril pour qui « la supériorité formelle de la Constitution a pour propriété capitale que l'attribution des compétences et leur répartition entre des organes distincts (ainsi que la protection des droits qu'elle garantit aux citoyens) ne peuvent être remis en cause par les pouvoirs publics qui y sont soumis : c'est le « noyau dur » [...] Il est juridiquement intangible, sauf mise en œuvre de la procédure spéciale et solennelle de la révision : sous ce rapport, la Constitution est bien la loi suprême », P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 161.

kelséniens, au premier rang desquels figure la distinction irréductible entre être et devoir être. Pierre Avril compare en ce sens la notion de conventions de la Constitution à celle de la jurisprudence, « [...] dont la normativité ne résulte pas de la validité juridique, mais de la *probabilité forte de son effectivité*, jetant comme un pont entre le devoir-être de la norme et l'être de son application contextuelle »⁹¹¹. Plutôt que de se consacrer exclusivement à la recherche du *Sollen*, du *devoir-être* constitutionnel, le droit politique invite donc à l'étude concomitante du *Sein*, ce qui répond d'ailleurs logiquement à l'aspiration réaliste⁹¹² qui anime ce courant doctrinal⁹¹³. Denis Baranger estime notamment que « l'opposition entre être et devoir être radicalise trop la réalité »⁹¹⁴.

265. Dès lors, texte, pratiques, normes et autres coutumes peuvent être considérés comme participant équitablement d'un même ensemble constitutionnel, sans qu'aucune prévalence ne puisse être reconnue à une seule de ces catégories. Est alors considéré comme juridique tout comportement des institutions politiques par lequel celles-ci agissent *comme si* elles y étaient contraintes. L'effectivité comme critère du droit constitutionnel peut ainsi s'appréhender comme la traduction tangible de l'*opinio juris* : une norme n'est pas juridique parce qu'elle est appliquée et respectée par les pouvoirs constitués, mais son application révèle le sentiment de contrainte – ou de liberté – qui les a animés, et c'est dans ce sentiment que réside la seule source possible de juridicité⁹¹⁵. Cette conclusion est d'autant plus séduisante qu'elle fait écho aux théories de la coutume

⁹¹¹ P. Avril, « Les conventions de la Constitution. Une « jurisprudence organique » », in *En hommage à Francis Delpérée : itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 2007, p. 138 ; nous soulignons.

⁹¹² Eleonora Bottini estime en ce sens que « le droit politique part d'un constat « réaliste » [au] sens large : le raisonnement en terme de sources normatives est pour le droit politique insatisfaisant et ne reflète pas toujours la réalité du droit », E. Bottini, *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2016, p. 474.

⁹¹³ Le réalisme du droit politique l'incite *in fine* à considérer l'effectivité comme critère primordial du droit constitutionnel, ce qui est cohérent avec le choix de promouvoir son caractère largement coutumier. Daniel Lévy affirmait en ce sens que « le droit positif est le droit qui est *effectivement* appliqué », D. Lévy, « De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction », in M. Waline (dir.), *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris : Éditions Cujas, 1975, p. 87.

⁹¹⁴ D. Baranger, « La fin de la morale constitutionnelle (de la « constitution coutumière » aux conventions de la Constitution », *Droits* n° 32, 2000, p. 55.

⁹¹⁵ Une telle conclusion traduit une posture réaliste. L'école scandinave considère ainsi, par exemple sous la plume de Karl Olivecrona, que le droit n'existe que par le sentiment que l'on en a. Voir en ce sens : K. Olivecrona, *De la loi et de l'État. Une contribution de l'école scandinave à la théorie réaliste du droit*, trad. P. B.-G. Jonason, Paris : Dalloz, coll. Rivages du droit, 2011, p. 39-50. Le droit politique, s'il présente des conclusions concordantes, ne saurait toutefois être pleinement associé à cette démarche radicale. Voir en ce sens *infra* Titre II, Chapitre II, section 2, §1.

et des conventions de la Constitution qui reposent également, fondamentalement, sur l'*opinio juris*⁹¹⁶.

266. Une telle conception des sources du droit constitutionnel présente un double avantage : celui de justifier l'absence de hiérarchie entre texte et pratique et celui de conserver au premier une force juridique primordiale. En effet, s'il ne rend pas compte exhaustivement de l'énoncé des normes effectivement observées, le texte de la Constitution n'en reste pas moins l'inscription solennelle d'idéaux de gouvernement, déterminés lors d'un moment fondateur. Il apparaît dès lors comme un recueil d'arguments d'autorité susceptibles d'être mobilisés efficacement par les institutions politiques pour établir une nouvelle pratique, puisqu'il emporte avec lui une croyance accentuée en son obligatorité. C'est en ce sens que nous comprenons le constat établi par Pierre Avril, en vertu duquel « [...] le droit constitutionnel ne connaît pas la désuétude [...] La validité des dispositions écrites n'est pas affectée par la pratique, de sorte qu'elles conservent une effectivité virtuelle qui peut toujours juridiquement se manifester »⁹¹⁷. Tant que le texte n'a pas été formellement altéré, il peut toujours fonder une nouvelle pratique, reconnue comme juridique.

267. Dans cette perspective, le passage du fait politique pur – l'affrontement pour l'exercice du pouvoir – à la juridicité repose finalement sur l'adhésion des acteurs, et est favorisé par l'institutionnalisation des rapports de forces, qui objective au moins partiellement la résolution du conflit : ce n'est pas un homme qui se soumet à un autre, mais un pouvoir constitué qui *doit* céder la préséance à un organe tiers. En tant que droit du pouvoir politique, le droit constitutionnel semble donc devoir être appréhendé davantage par sa manifestation – le sentiment de son caractère obligatoire – que par un critère formel. Les auteurs du droit politique privilégient donc, sans nul doute possible, une définition matérielle du droit constitutionnel⁹¹⁸. Cette perspective n'est pas sans écho

⁹¹⁶ Pierre Avril d'ailleurs, valorise cet aspect lorsqu'il écrit que, « pour que l'élément normatif nécessaire à leur qualification soit présent, il faut que les titulaires de ces pouvoirs se considèrent comme obligés de s'y conformer ; on se trouverait sinon sur le terrain des simples rapports de force et on ne pourrait parler de « règles » à leur propos (bien que les rapports de force soient généralement à l'origine de ces règles) », P. Avril, « Statut des normes constitutionnelles non écrites », in P. Avril, M. Verpeaux (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Droit public, 2000, p. 84.

⁹¹⁷ *Ibid.*, p. 83.

⁹¹⁸ Dans le sillage de René Capitant dont la pensée est ici restituée par Daniel Lévy : « [...] il convient d'adopter, dans cette branche [constitutionnelle] du droit comme dans les autres, une définition matérielle », D. Lévy, « Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans l'élaboration du droit constitutionnel », in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, Paris : LGDJ, 1974, p. 41.

dans la pensée d'un juriste italien, Costantino Mortati⁹¹⁹, qui a pensé la Constitution matérielle dans une perspective de dépassement de la Constitution formelle, exclusivement normative⁹²⁰. L'entreprise *juspolitiste* de déconstruction de la Constitution formelle ne s'accompagne cependant que de tentatives éparpillées visant à construire une définition matérielle. La notion de système de gouvernement peut à ce titre constituer le support théorique qui leur fait défaut.

2. La consécration inachevée du droit constitutionnel comme cadre politique

268. La réponse la plus évidente au problème d'une définition matérielle du droit constitutionnel réside naturellement dans la consécration de la substance institutionnelle qui fonde la Constitution. Ce premier indice reste cependant insuffisant, notamment parce que toutes les institutions ne relèvent pas nécessairement du droit constitutionnel. En outre, établir l'identité des pratiques institutionnelles et du droit constitutionnel rendrait le juriste imperméable à toute idée de transgression, pourtant centrale en droit⁹²¹. Le droit politique, en accordant aux institutions une considération centrale dans sa définition du droit constitutionnel, s'y intéresse moins dans leur singularité que dans leur collectivité ; c'est l'ensemble qu'elles forment, que l'on dénomme habituellement « régime », qui représente à la fois le cœur et la spécificité irréductible du droit constitutionnel. L'analyse normativiste révèle à cet égard ses limites, ainsi que le souligne Armel Le Divellec pour

⁹¹⁹ Voir notamment : C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, 1940. Le lien entre la pensée de Mortati et celle du droit politique est mis en valeur par Eleonora Bottini, *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2016, p. 447.

⁹²⁰ En effet, « si la constitution matérielle n'oppose pas simplement théorie juridique et pratique politique, mais veut au contraire dépasser cette opposition, elle s'inscrit [...] dans une critique du positivisme et du formalisme en droit », E. Bottini, *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2016, p. 447. Le juriste italien a ainsi développé le concept d'« ordre constitutionnel matériel ». L'importance accordée aux partis politiques par une théorie juridique établie sous le régime fasciste a toutefois justifié que la Constitution matérielle de Mortati soit regardée comme une antithèse de la démocratie libérale : F. Laffaille, « La notion de *constitution au sens matériel* chez Costantino Mortati. La « zone grise » du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012. Cette critique ne saurait toutefois concerner le droit politique dont il est ici question, la théorie qu'il présente n'étant rien de moins qu'illibérale. Voir en ce sens *infra*, Titre II, Chapitre 2.

⁹²¹ En effet, « [...] la transgression n'est pas la négation du droit, mais la condition de sa réalisation », A. Viala, « Conditions et objet de la transgression : ce que l'étymologie nous enseigne », in J.-J. Sueur, P. Richard (dir.), *La transgression : Actes du colloque international des 24 et 25 octobre 2011*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 347. Cette position est partagée par Denys de Béchillon qui estime que « le destin du Droit, c'est de demeurer partiellement ineffectif », D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Paris : Odile Jacob, 1997, p. 61.

qui « [...] les constitutions modernes sont davantage que la collection des normes de droit constitutionnel positif car ces normes ne font sens que si elles sont mises en relation les unes avec les autres pour former un système »⁹²².

269. La Constitution ne se conçoit dès lors plus comme la source d'une relation verticale initiée par le pouvoir constituant, et relayée et imposée par le juge aux pouvoirs constitués et aux citoyens. En mouvement permanent, le droit constitutionnel s'apparente davantage au résultat de complexes rouages institutionnels dont la production normative n'est que la partie émergée de l'iceberg. Ainsi peut-on comprendre ce constat d'Armel Le Divellec : « le problème majeur est que la relation entre le droit de la Constitution et le système de gouvernement n'est pas causale. Elle est toujours fondamentalement le produit d'une cascade de décisions politiques et plus largement de faits de l'ensemble des nombreux acteurs du système institutionnel. Sans doute, le cadre juridique suscite certains de ces comportements, certaines de ces décisions, mais seulement une partie d'entre eux. En d'autres termes, le droit ne détermine pas les comportements ; il peut seulement, au mieux, les conditionner »⁹²³.

270. C'est donc une conception mécaniste de la Constitution qui est mise en valeur par le droit politique, au détriment d'une conception purement normative de celle-ci⁹²⁴. Cette conception mécaniste repose en effet sur le postulat qu'« [...] une autorité constitutionnelle, y compris le « gardien » de la constitution ne peut jamais être un agent neutre et désintéressé, mais qu'elle sera toujours tentée d'excéder les limites qui lui sont assignées si elle peut y trouver un intérêt. Le respect vertueux de la norme et l'autolimitation des agents [ne sont] donc pas des garanties sur lesquelles on pourrait sérieusement compter [...] »⁹²⁵. Le droit constitutionnel, considéré sous cet angle, réhabilite donc efficacement l'importance du phénomène politique, s'appuyant en cela sur

⁹²² A. Le Divellec, « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus politicum* n° 4, juillet 2010.

⁹²³ A. Le Divellec, « Le prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la présidence de la V^e République (simultanément une esquisse sur l'étude des rapports entre « droit de la constitution » et système de gouvernement) », *Droits* n° 44, 2006, p. 109.

⁹²⁴ Pour un exposé des définitions et des différences entre ces deux notions, voir : A. Papatolias, *Conception mécaniste et conception normative de la Constitution*, Athènes : Ant. N. Sakkoulas, Bruxelles : Bruylant, coll. Bibliothèque européenne. Droit constitutionnel. Science politique, 2000, 528 p. ; M. Troper, « La Constitution et ses représentations sous la Ve République », *Pouvoirs* n° 4, 1978, p. 61-72 ; M. Troper, « La machine et la norme. Deux modèles de constitution », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2001, p. 147-162.

⁹²⁵ A. Papatolias, *Conception mécaniste et conception normative de la Constitution*, Athènes : Ant. N. Sakkoulas, Bruxelles : Bruylant, coll. Bibliothèque européenne. Droit constitutionnel. Science politique, 2000, p. 471.

la réalité institutionnelle, elle-même animée par l'ambition de la puissance⁹²⁶. Ce constat s'impose d'autant plus au droit constitutionnel que celui-ci contient, en priorité, des normes structurantes⁹²⁷, des normes d'habilitation dont l'effet principal est que « [...] les institutions disposent de marges de manœuvre plus ou moins considérables. Elles sont [donc] libres d'agir selon le principe d'énergie qui leur est propre et qui n'est dicté – et ne peut être dicté – par aucune norme »⁹²⁸. L'acception de la Constitution que présente le droit politique s'inspire en ce sens librement de la thèse de Ernst-Wolfgang Böckenförde selon laquelle « la constitution [devrait] – du fait de son caractère fragmentaire, largement incomplet et de la qualité de simples principes généraux que prennent souvent ses règles – être plutôt qualifiée de « cadre normatif », [...] pour le processus politique d'action et de décision ainsi que pour l'exercice du pouvoir politique de décision [...] »⁹²⁹.

271. Le choix d'une approche institutionnelle du droit de la Constitution s'accompagne de l'ambition d'étudier *globalement* les régimes politiques. Cette ambition animait déjà le doyen Hauriou qui prétendait étudier la structure politique de l'État à partir de l'équilibre caractérisant les relations entre les institutions⁹³⁰. Ce sont en effet les modalités d'interaction entre les pouvoirs qui sont au cœur de l'objet considéré par le droit politique, et leur agrégation qui renseigne sur la nature du système considéré. Cela implique une ontologie alambiquée⁹³¹ en comparaison avec la seule approche normative du droit. En effet, « la partie « garantie des droits individuels » n'offre pas la même complexité car il s'agit essentiellement d'un rapport (relativement) simple entre le législateur [...], le citoyen et le juge (ce rapport est vertical et ponctuel). Au contraire, le

⁹²⁶ Apostolos Papatolias illustre cette idée par l'évocation de l'exemple des États-Unis, où les pères fondateurs ont favorisé la conception mécaniste de la Constitution. En effet, « [...] le gouvernement américain est alors envisagé de manière à puiser son énergie dans un ressort beaucoup plus solide et fiable : le penchant naturel de toute sorte de pouvoir à étendre son propre champ d'influence lorsqu'il trouve un intérêt à le faire. On suppose en d'autres termes que les organes constitutionnels cherchant à augmenter leur pouvoir ou à exploiter au maximum leurs ressources constitutionnelles vont se heurter aux ambitions et aux ressources des autres et par là ils seront contraintes de se replier sur leur position initiale », *ibid.*, p. 94.

⁹²⁷ Pierre Avril écrit ainsi que la Constitution peut être « [...] considérée dans une perspective dynamique comme un système composé d'éléments structuraux (les organes, leurs compétences et leurs prérogatives [...]) », P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 133.

⁹²⁸ A. Le Divellec, « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus politicum* n° 4, juillet 2010.

⁹²⁹ E.-W. Böckenförde, « Les méthodes d'interprétation de la Constitution : un bilan critique », in *Le droit, l'État et la constitution démocratique : essai de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, trad. et préf. O. Jouanjan, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2000, p. 249-250.

⁹³⁰ Car « pour être une institution, une organisation doit avoir trouvé son point d'équilibre avec le monde extérieur. À cet équilibre externe correspond d'ailleurs [...] un équilibre interne », M. Hauriou, *Principes de droit public*, préf. O. Beaud, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2010, p. 131.

⁹³¹ Et, partant, plus fascinante : « le système de gouvernement présente la partie la plus intéressante parce que la plus délicate d'une analyse constitutionnelle [...] », A. Le Divellec, « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus politicum* n° 4, juillet 2010.

plan de gouvernement met face à face différentes institutions a priori de même niveau, en concurrence pour l'exercice du pouvoir politique (ces rapports sont plutôt horizontaux et multipolaires) ; la plupart de leurs relations échappent d'ailleurs au juge [...] »⁹³². Il semble nécessaire de préciser à ce propos que le juge n'échappe pas lui-même à cette danse institutionnelle, dont il est moins le metteur en scène qu'un acteur parmi d'autres. Le développement de la justice constitutionnelle emporte en effet des « [...] conséquences sur la compétition politique »⁹³³ ; elle n'est donc pas un obstacle susceptible de discréditer une démarche institutionnaliste mais elle justifie au contraire que celle-ci soit actualisée de façon à intégrer la jurisprudence⁹³⁴.

272. Le choix de faire primer l'étude du « système de gouvernement » sur une approche formelle de la Constitution est conforme à l'ambition affichée par les auteurs du droit politique de décrire la réalité de l'exercice du pouvoir. Par ce biais émerge en effet l'équilibre politique propre à chaque régime, notamment parce qu'une approche systémique du droit constitutionnel permet d'identifier l'institution qui en représente l'épicentre. Il apparaît en effet que « [...] la rencontre des forces contraires à l'œuvre au sein de l'édifice constitutionnel finit par produire une contrainte insupportable. Il faut donc que toutes les tensions se rejoignent en un point unique où elles sont absorbées. La « clé de voûte », c'est la restauration de l'unité au sein d'un système complexe et potentiellement chaotique. La stabilité est obtenue, non pas par l'équilibrage réciproque, [...], mais par l'incorporation d'une force tierce, qui ramène les autres à l'équilibre (mais les contraint à l'immobilité) »⁹³⁵. Seule une acception globale du droit constitutionnel autorise à identifier juridiquement cette institution centrale. Ainsi le régime de la V^e

⁹³² *Ibid.*

⁹³³ B. François, « Le Conseil constitutionnel et la Cinquième République. Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France », *RFSP* n° 3-4, vol. 47, 1997, p. 393.

⁹³⁴ C'est peu ou prou la conclusion à laquelle parvient Alain Delcamp, « Après le triomphe du « droit constitutionnel jurisprudentiel », peut-on encore « penser » les institutions ? », *RFDC* n° 100, 2014, p. 865-877.

⁹³⁵ D. Baranger, « Le dépérissement de la pensée institutionnelle sous la V^e République », *Droits* n° 44, 2006, p. 38. Il est intéressant de noter que ce portrait de l'ensemble institutionnel trouve une résonance dans la description de l'institution proposée par Maurice Hauriou. Pour le doyen de Toulouse, en effet, « l'équilibre des forces en présence dans une institution n'est pas celui de la balance dont les plateaux oscillent sous des poids égaux ; il est plutôt celui des organismes vivants, dans lesquels les énergies sont maintenues dans leur état de combinaison par la suprématie de l'une d'elles. En d'autres termes, l'équilibre de l'institution est une synthèse pratique à base de pouvoir. Il y a des forces en présence qui dominent les autres, son pouvoir est modéré par la résistance de celles-ci, cependant il détermine la structure et la direction de l'ensemble », M. Hauriou, *Principes de droit public*, préf. O. Beaud, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2010, p. 134. Plus loin, Hauriou ajoute qu'« il n'y a pas seulement, dans l'institution, domination de l'une des forces sur les autres, il y a acceptation de cette domination par les autres forces », *ibid.* p. 135. Ce raisonnement est très aisément transposable, hors du cadre d'une institution, à l'ensemble du système constitutionnel.

République se caractérise-t-il par une « captation présidentielle »⁹³⁶, dénomination qui évoque très clairement, non pas la détention statique de compétences de domination, mais la conquête progressive, réversible, d'une influence politique prééminente, qui fait du chef de l'État le centre de gravité du régime français. Délicat mélange de pratiques institutionnelles, de rapports de force politiques, de données normatives, le système de gouvernement esquissé par le droit politique n'est alors ni complètement déterminé par le texte constitutionnel, ni figé dans le temps⁹³⁷. À partir de ces quelques caractéristiques du système de gouvernement tel qu'il est présenté notamment par Armel Le Divillec, il apparaît que le droit constitutionnel est entendu, au titre du droit politique, comme un *cadre*. Fruit d'une agrégation progressive de contraintes, ce cadre repose sur des tréteaux dont il est difficile d'affirmer définitivement la nature, juridique ou politique ; il procède simultanément de ces deux aspects, dans un ensemble ordonné⁹³⁸, harmonieux et néanmoins dynamique.

273. Même si les auteurs *juspolitistes* ne le font pas eux-mêmes, il est envisageable d'étendre plus loin les conséquences de la consécration de ce cadre constitutionnel. L'idée de système de gouvernement permet de prendre de la hauteur de vue et de considérer le droit constitutionnel comme un ensemble ordonné de comportements institutionnels. Il n'est cependant pas illégitime de procéder ensuite à un mouvement inverse et de s'interroger symétriquement sur l'influence du cadre sur chacune des institutions considérées, en vue notamment de répondre à l'épineuse question qui reste irrésolue : dans quelle mesure la pratique institutionnelle est-elle juridique ou politique ? Le cadre constitutionnel recèle une kyrielle de possibilités de comportements pour lesquelles les institutions sont susceptibles d'opter, sans pour autant transgresser le droit en tant que tel. Si le concept de *Sollen* est donc incapable de restituer la complexité constitutionnelle, le seul recours au *Sein* reste lui impuissant à traduire sa nature juridique. Bien qu'ils ne l'expriment jamais en ces termes, les auteurs du droit politique

⁹³⁶ A. Le Divillec, « La chauve-souris. Quelques aspects du parlementarisme sous la Ve République », in M. Ameller, P. Ardant, J.-C. Bécane, (dir.), *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris : Montchrestien, 2001, p. 350 et ss.

⁹³⁷ Les États-Unis constituent à ce titre un exemple éclairant : dotés d'une Constitution presque inchangée depuis 1787, ils ont pourtant connu successivement deux centres de gravité – le Congrès d'abord, la présidence ensuite ; S. Rials, « Régime « congressionnel » ou régime « présidentiel » ? Les leçons de l'histoire américaine », *Pouvoirs* n° 29, 1984, p. 35-47.

⁹³⁸ Ce qui justifie l'expression proposée par Armel Le Divillec d'« ordre-cadre normatif » ; A. Le Divillec, « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus politicum* n° 4, juillet 2010.

seraient davantage les chantres d'un *Können*, d'un *pouvoir être*⁹³⁹, dans la mesure où ils agrègent indistinctement texte et interprétation, précédents uniques et pratiques répétées, droit et politique, dans leur définition du droit constitutionnel. Serait ainsi juridique tout comportement qui *pourrait* être adopté par les institutions politiques. On trouve ici clairement les traces de la Constitution pensée comme machine, et non comme norme⁹⁴⁰.

⁹³⁹ Cette idée semble confirmée par le choix de certaines expressions qui traduisent, même implicitement, le tournant opéré. Les travaux d'Armel Le Divillec sont par exemple parsemés de références éclairantes ; il évoque ainsi « le probable et non l'inéluctable », ou encore l'« éventail des possibles », le « jeu des possibles » sur lequel est bâti le cadre constitutionnel. Il conclut d'ailleurs en affirmant qu'« il n'existe finalement que des formules plus ou moins probables » ; A. Le Divillec, « Le prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la présidence de la V^e République (simultanément une esquisse sur l'étude des rapports entre « droit de la constitution » et système de gouvernement) », *Droits* n° 44, 2006, p. 110, 116, 129 et 130. Cela correspond dans l'ensemble à ce à quoi renvoie la conception mécaniste de la Constitution, dont Denis Baranger estime qu'« [...] elle se borne à constater que certaines lois sont possibles ou ne le sont pas », D. Baranger, « Les constitutions de Michel Troper », *Droits* n°37, 2003, p. 138.

⁹⁴⁰ La Constitution comme machine est définie par Michel Troper comme celle dans laquelle « les conduites des Pouvoirs publics ne sont pas perçues comme l'application ou la violation de normes obligatoires, mais comme le produit d'un ensemble complexe de causes, parmi lesquelles figurent les dispositions constitutionnelles et leurs relations mutuelles. La question n'est pas de savoir ce qu'une autorité *doit* faire ou ce qu'il lui est *permis* de faire, mais ce qu'il lui sera *possible* de faire », M. Troper, « La Constitution et ses représentations sous la V^e République », *Pouvoirs* n° 4, 1978 p. 68.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

274. Le droit politique se propose de faire du droit constitutionnel un domaine juridique qui ne saurait être compris que dans sa réalité institutionnelle. Loin d'être contenu dans le texte de la Constitution, il s'exprime au contraire dans une large mesure par les pratiques politiques, dont la juridicité, pourtant discutée, s'impose autant que celle du texte lui-même. Ce faisant, le droit politique actualise la pensée institutionnaliste, en s'inspirant notamment des écrits de Maurice Hauriou. Ses auteurs apparaissent ainsi comme les héritiers d'une pensée séculaire qui s'est progressivement effacée de la doctrine, au profit d'une conception formaliste du droit constitutionnel⁹⁴¹. Héritier de l'institutionnalisme, le droit politique ne se contente pas pour autant de reproduire les conclusions livrées en son heure par le maître de Toulouse. L'originalité de l'approche retenue résulte au contraire d'inspirations concurrentes qui nourrissent leur postulat institutionnaliste ; les théories britanniques, érigées dans un contexte où le droit écrit n'a que peu d'emprise, sont à cet égard de précieuses sources d'enrichissement de la pensée *juspolitiste*.

275. Le droit politique puise dans l'institutionnalisme les arguments fondamentaux de sa dispute doctrinale à l'égard des tenants de la justice constitutionnelle : c'est parce que le droit constitutionnel est d'abord institutionnel qu'il ne saurait se réduire à un droit interprété, appliqué, sanctionné par un juge. Là où le développement du contentieux constitutionnel fait dire que cette branche du droit se « normalise »⁹⁴², les auteurs du droit politique insistent justement sur sa spécificité irréductible, que devrait restituer selon eux le discours doctrinal : le constitutionnaliste doit embrasser l'ambivalence politique et juridique de son objet, au risque de n'en dépendre qu'un portrait tronqué. On peut regretter toutefois que, au-delà de ce constat unanime, les auteurs du droit politique ne

⁹⁴¹ Si l'institutionnalisme s'est tari en France, il est cependant resté vivace à l'étranger, et notamment au Royaume-Uni où Neil MacCormick était probablement son plus illustre représentant. Voir par exemple : N. MacCormick, O. Weinberger, *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, trad. O. Nerhot, P. Coppens, Bruxelles : Story-Scientia, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1992, 236 p. Au demeurant, la conception défendue par MacCormick et Weinberger se distingue fondamentalement de l'institutionnalisme classique d'un Hauriou, en ce qu'elle est teintée de normativisme. Xavier Magnon la considère ainsi comme « néo-institutionnaliste », X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Paris : Ellipses, coll. Universités – Droit, 2008, p. 21.

⁹⁴² Jean-Marie Denquin évoque ainsi « [...] une véritable normalisation du droit constitutionnel, avec les diverses connotations que peut revêtir ce terme : le droit constitutionnel devient un droit comme les autres, ce qui est un progrès dans la mesure où il ne présentait pas auparavant tous les caractères qui définissent le droit ; mais en même temps il rentre sous la loi commune aux phénomènes juridiques et perd ainsi sa spécificité. C'est donc à la fois, selon le point de référence, une promotion ou une régression de la discipline », J.-M. Denquin, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits* n° 32, 2000, p. 35.

parviennent pas à établir clairement une définition positive de ce qui constitue le droit constitutionnel. Si leurs travaux offrent plusieurs pistes de réflexion pertinentes, celles-ci restent pour la plupart des hypothèses qui mériteraient d'être étayées. La doctrine du droit politique y gagnerait en lisibilité et, partant, en autorité scientifique.

CONCLUSION DU TITRE I

276. Le texte constitutionnel, lorsqu'il fait l'objet d'une étude attentive, manifeste toute la volatilité des prescriptions dont il est censé être le témoin exhaustif. À partir de ce constat, qui ne connaît plus guère de pourfendeurs, les auteurs du droit politique se proposent de bâtir une ontologie constitutionnelle originale, qui dépasse largement celle des théories réalistes de l'interprétation. C'est dans le concept d'institution qu'ils trouvent l'argument déterminant de leur posture : si le droit ne se résume pas au texte ni à la jurisprudence qui y est assimilée, c'est parce que la Constitution instaure des institutions, des organes politiques autonomes, dont l'autorité résulte et produit tout à la fois du droit. Cette relation circulaire entre droit et politique se traduit par la définition caractéristique que le droit politique retient du droit constitutionnel : celle d'un cadre, lâche, mais contraignant, dont le texte et la jurisprudence ne constituent qu'une composante parmi de nombreuses autres. Si l'écrit constitutionnel conserve bien un rôle juridique à jouer, il ne peut être que minime : « l'application de la Constitution comme « instrument de gouvernement » est conditionnée par les rapports politiques, parce que les prérogatives que le droit attache à l'exercice des compétences sont, par nature, discrétionnaires et que leur mise en œuvre dépend de l'usage qu'il est politiquement possible d'en faire »⁹⁴³. Le texte constitutionnel s'efface donc progressivement, au profit de la pratique politique qui en est faite ; « la loi constitutionnelle ([c'est-à-dire] la constitution comprise comme une loi écrite suprême) n'est finalement que le support de « la Constitution », c'est-à-dire du système d'institutions partiellement régulé par des normes »⁹⁴⁴.

277. Accepter que le droit constitutionnel soit le fruit des institutions politiques autant que leur fondement permet de satisfaire l'ambition que se donne le droit politique, à savoir l'étude du pouvoir politique tel qu'il se manifeste en matière constitutionnelle. Ce faisant, les auteurs *juspolitistes* vont plus loin que la théorie des contraintes juridiques : ils ne se contentent pas d'analyser les justifications potentielles d'une décision, mais cherchent à mettre au jour la mécanique constitutionnelle dans son ensemble. En analysant le « pouvoir » politique, le droit politique se penche non seulement sur la puissance politique, mais aussi sur les possibilités d'action qui s'offrent aux institutions

⁹⁴³ P. Avril, « Une survivance : le droit constitutionnel non écrit ? », in *Droit et politique à la croisée des cultures : Mélanges Philippe Ardant*, Paris : LGDJ, 1999, p. 5.

⁹⁴⁴ A. Le Divellec, « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus politicum* n° 4, juillet 2010.

politiques. Il opère ainsi une discrète mutation de la définition du droit constitutionnel, d'un ensemble de normes entendues comme prescriptions sanctionnées par un juge, vers une association complexe de possibles politiques. Ainsi, en dépassant le texte, le droit politique opère donc également un dépassement de la norme⁹⁴⁵.

⁹⁴⁵ Ce qui est déjà inclus dans le concept de cadre qui « vient [...] nuancer l'aspect normatif afin de distinguer la constitution de la norme juridique au sens kelsénien », E. Bottini, *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2016, p. 462.

TITRE II : LE DÉPASSEMENT DE LA NORME : LA CONSTITUTION COMME STRUCTURE DE LA POLITIQUE

278. Plutôt que de regarder la Constitution comme un simple ensemble de normes, le droit politique choisit d'envisager le droit constitutionnel comme la structure globale du pouvoir politique⁹⁴⁶, comme la charpente juridique qui soutient et organise l'ordre politique. La Constitution est ainsi fondamentale au sens strict, ne serait-ce que parce qu'elle « [...] fixe la frontière entre le légal et l'illégal, et par là même elle fixe la positivité du système juridique dans son entier. À titre de normativité supérieure, elle dessine la carte de la légalité qui est censée, par la démultiplication de la hiérarchie des normes, parcourir tout le spectre du droit positif »⁹⁴⁷. Cette dimension structurelle que relèvent les auteurs du droit politique n'est pas contradictoire avec la relativisation du formalisme qui caractérise leur pensée⁹⁴⁸ ; elle les conduit tout naturellement à interroger la portée que revêt la Constitution. Cela implique notamment d'interroger l'exercice du pouvoir politique lui-même, afin de mesurer l'influence du droit constitutionnel à son égard. Une telle perspective suppose donc que soit abandonné le prisme normativiste, par lequel la Constitution ne peut jamais être envisagée que comme un ensemble de normes⁹⁴⁹ ; la portée du droit ne pourra être appréciée qu'au prix d'excursions dans le champ voisin de la politique⁹⁵⁰. Le droit politique retient ce faisant une ontologie très

⁹⁴⁶ Olivier Beaud écrit en ce sens que « [...] les juristes spécialistes de droit constitutionnel auraient tout intérêt à prendre au sérieux cette dimension « structurelle » de la constitution. Mais, obsédés par la question de la valeur normative – sa suprématie au sein de la pyramide des normes – ils oublient complètement sa dimension temporelle [...] », O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

⁹⁴⁷ O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 217.

⁹⁴⁸ Malgré la faiblesse constatée du texte constitutionnel à traduire le droit, il serait « [...] excessif de dénier complètement au droit toute puissante structurante sur les comportements [...]. Aussi convient-il de constater de façon pragmatique que le droit est à même de susciter – même si c'est en vertu de tout un jeu complexe d'illusions – des constructions menant une existence effective », A. Le Divellec, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne : contribution à une théorie générale*, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2004, p. 566.

⁹⁴⁹ Nous retenons une définition *lato sensu* du normativisme, qui renvoie à la démarche définissant le droit uniquement comme un ensemble de normes : M. Troper, « Normativisme », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 1074.

⁹⁵⁰ À ce titre, « [...] il est nécessaire, indispensable même, de penser de manière relationnelle être et devoir-être, réalité et norme juridique, de les mettre en relation, d'admettre ce lien au moins en tension, éventuellement de manière dialectique. [...] En ce sens, l'approche en termes de droit politique n'est pas

différente de ce que propose par exemple le positivisme kelsénien, puisqu'il refuse de cantonner son étude à la sphère circonscrite du *devoir-être*⁹⁵¹. Par ailleurs, la considération de la Constitution comme structure incite les auteurs *juspolitistes* à ne pas l'envisager comme un simple catalogue de normes, ponctuellement déterminées et autonomes les unes des autres ; le droit constitutionnel présenterait au contraire une unité, une cohérence globale qui participe à justifier qu'il soit étudié dans sa dimension structurelle.

279. Regarder la Constitution comme la structure privilégiée de l'ordre politique invite logiquement à adopter une démarche pluridisciplinaire, dépassant le strict champ de la normativité : le droit constitutionnel ne s'étudie qu'à la lumière de la réalité politique et sociale qui l'imprègne. Les auteurs du droit politique n'en sont pas moins des juristes ; leur proposition doctrinale ne consiste donc pas à délaisser le droit au profit d'une analyse strictement sociologique ou politique du droit constitutionnel. Ils revendiquent, en revanche, les enseignements que livre une approche plurielle *de l'objet juridique lui-même*. Le droit politique se distingue à cet égard de la « théorie structurante du droit » telle qu'elle est notamment défendue par Friedrich Müller⁹⁵². Cette théorie, si elle constitue un dépassement du positivisme kelsénien⁹⁵³, maintient cependant le prisme normativiste au sens large, puisque c'est toujours la norme qui représente le référent ultime de la perspective structurante⁹⁵⁴. Une telle démarche conduit ainsi Friedrich Müller à définir un champ d'investigation juridique bien plus circonscrit que ne l'est celui que se reconnaissent les auteurs du droit politique⁹⁵⁵. Par ailleurs, là où la théorie structurante se présente comme une théorie du droit en général, la considération de la Constitution comme structure est un instrument par lequel les auteurs *juspolitistes* soulignent sa spécificité ontologique. Le « structuralisme » qu'ils mettent en lumière ne se confond donc pas avec celui que propose Friedrich Müller.

exclusivement normativiste », A. Le Divillec, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p. 102.

⁹⁵¹ Voir notamment l'opposition ontologique entre normativisme et droit politique, mise en lumière par Denis Baranger, « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels. À propos de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac », *Jus politicum* n° 11, décembre 2013.

⁹⁵² F. Müller, *Discours de la méthode juridique*, trad. et préf. O. Jouanjan, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1996, 438 p.

⁹⁵³ Ce que démontre Olivier Jouanjan, « Présentation du traducteur », in F. Müller, *Discours de la méthode juridique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 7-10.

⁹⁵⁴ L'enjeu de cette théorie est en effet, non de dépasser la normativité comme critère de définition de la juridicité, mais de redéfinir la norme comme un « processus structuré » ; F. Müller, *Discours de la méthode juridique*, trad. et préf. O. Jouanjan, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 187.

⁹⁵⁵ Le théoricien allemand appelle en effet le juriste à prendre en compte la « portée concrète des prescriptions positives », mais à discréditer au titre du droit « les digressions philosophiques, historiques ou idéologiques qui ne trouvent aucun point d'appui normatif » ; *ibid.*, p. 102.

TITRE II : LE DÉPASSEMENT DE LA NORME : LA CONSTITUTION COMME STRUCTURE DE LA POLITIQUE

280. La portée structurelle de la Constitution est notamment mise en lumière, dans les travaux du droit politique, par le recours au principe de souveraineté. Celui-ci permet, mieux que tout autre concept, de souligner l'ambivalence, politique et juridique, qui caractérise le droit constitutionnel, puisqu'il en est lui-même une manifestation⁹⁵⁶. Il justifie donc une approche extra-normative du droit constitutionnel, en dépassant le carcan habituellement consacré de la juridicité⁹⁵⁷. Concept-clef de la pensée *juspolitiste*, la souveraineté se définit autour de deux enjeux simultanés : l'organisation de la puissance publique⁹⁵⁸ et l'établissement d'un *principe de légitimité*, nécessaire à toute tentative de juridicisation d'un ordre politique⁹⁵⁹. La souveraineté relève donc logiquement d'une étude du droit constitutionnel, puisque ce dernier procède justement à l'organisation de la puissance publique et à la proclamation des fondements de son autorité.

281. Chacun de ces deux aspects révèle la portée structurelle de la Constitution et met en valeur l'opportunité de recourir au principe de souveraineté dans le cadre d'une étude de droit politique. D'abord, la souveraineté est entendue comme le pouvoir illimité de la puissance politique⁹⁶⁰. Elle est à ce titre associée, depuis l'avènement de la modernité

⁹⁵⁶ Olivier Beaud notamment invite à considérer la souveraineté sur le double plan politique et juridique ; « puisque la souveraineté se situe forcément à l'intersection des deux discours du juridique et du politique, une conception unilatérale aboutit nécessairement à une impasse », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 20.

⁹⁵⁷ « On perçoit ici la particularité du statut juridique de cette prérogative qui correspond à un phénomène aussi bien de légalité que de légitimité. D'une part, en tant qu'instance suprême du juridique, la souveraineté fonde l'action des autres instances subordonnées ; elle est, par là, une légalité qui habilite les autorités agissant en son nom. Elle évolue encore dans la sphère du droit positif dont elle institue la clôture. D'autre part, elle est inévitablement attirée vers l'au-delà du droit positif car son titulaire ne peut fonder son acte sur aucune autre norme de droit positif et prétend alors exercer la prérogative souveraine au nom d'un principe supérieur au droit positif. Pour se proclamer légitime, le Souverain est alors tenu d'invoquer une source extérieure à lui-même », O. Beaud, « La notion d'État », *Archives de philosophie du droit*, n° 35, 1990, p. 127-128.

⁹⁵⁸ Éric Maulin affirme ainsi que « la forme de l'organisation de l'État et l'exercice de la souveraineté sont étroitement liés au principe politique qui les justifie et donne à l'État une certaine forme », É. Maulin, « Souveraineté », in D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 1435.

⁹⁵⁹ C'est ce qu'exprime Olivier Beaud dans la définition qu'il livre de la souveraineté. En effet, « le passage de la légalité à la légitimité est inévitable si l'on estime que le pouvoir suppose de la part de ceux qui doivent y obéir la croyance en ce pouvoir ou le fait d'y adhérer. Ainsi, la souveraineté, en tant que pouvoir, présuppose un *principe de légitimité* [...] » ; O. Beaud, « Souveraineté », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 740.

⁹⁶⁰ Olivier Beaud écrit ainsi : « comme la souveraineté exprime l'idée d'un pouvoir (ou puissance) de commander que détient un État – elle est le critère de l'État –, elle fait figure de type *déterminé* de pouvoir ou de puissance ; elle est l'*espèce* du *genre* plus vaste que constitue le pouvoir ou la puissance. En tant que pouvoir spécifique, elle évoque la qualité d'un pouvoir suprême à l'intérieur de son ressort et ne connaissant que des égaux hors de son ressort », *ibid.*, p. 736. C'est cette définition absolue de la souveraineté, proposée par Olivier Beaud, qui sera retenue au titre des auteurs du droit politique ; c'est là le moyen d'intégrer à la tentative de reconstruction de leur pensée, tous ses travaux sur l'État et la Fédération, dont le concept de souveraineté constitue le fil conducteur. Tous les *juspolitistes* n'affirment pas

juridique, à la figure de l'État, caractérisé par la juridicisation et la centralisation du pouvoir⁹⁶¹. Or, l'État et sa souveraineté sont des *objets* du droit constitutionnel ; c'est le droit constitutionnel qui, en déterminant les modalités de l'exercice du pouvoir politique, lui confère éventuellement les caractères de la souveraineté et, ce faisant, détermine la forme, étatique, fédérale, régionale, etc., qu'il revêt⁹⁶². L'étude de la Constitution impose donc, du point de vue du droit politique, que soit simultanément théorisée la forme politique à laquelle il donne vie (Chapitre 1).

282. La dimension structurelle de la Constitution ne s'épuise cependant pas dans l'appréhension de la souveraineté comme organisation de la puissance publique ; elle apparaît également dans la légitimation de l'exercice du pouvoir politique. À cet égard aussi, la souveraineté est amenée à tenir un rôle déterminant. Elle n'est alors plus seulement l'objet, mais également le sujet du droit constitutionnel ; elle est l'apanage du pouvoir constituant⁹⁶³. La Constitution révèle ainsi sa portée structurelle en rationalisant le principe de légitimité qui sous-tend l'ordre politique qu'elle instaure. Bien loin des considérations normativistes tenant à la validité juridique du droit constitutionnel, les auteurs *juspolitistes* puisent dans la souveraineté le moyen de construire une théorie de la Constitution fidèle à sa nature politique, fondée sur l'appréciation réaliste du pouvoir constituant et de sa légitimité (Chapitre 2).

expressément leur assentiment à l'égard de cette définition, mais ils n'y semblent pas non plus hostiles. Tout au plus présentent-ils des nuances dans leur acception de la souveraineté ; Denis Baranger conteste par exemple le qualificatif d'« absolu » et préfère définir la souveraineté comme une compétence « universelle » ou « omnipotente » ; D. Baranger, *Le droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 7^e éd., 2017, p. 47. Plus fondamentalement toutefois, la définition de la souveraineté retenue par Olivier Beaud ne présente aucune contradiction majeure avec les principales thèses des auteurs du droit politique ; au contraire favorise-t-elle la mise en valeur de leur cohérence.

⁹⁶¹ La modernité, caractérisée par une ontologie « idéaliste-subjectiviste », s'oppose notamment à la post-modernité, qui induit « [...] parmi ses principaux symptômes le recul de la volonté étatique dans la production du droit », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 28-29. La modernité juridique trouve son expression paroxystique dans la conception de la souveraineté établie par Jean Bodin en 1576 dans *Les Six Livres de la République* ; c'est cette définition qu'a adoptée et étoffée Olivier Beaud dans *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 13. La modernité se traduit également par l'association étroite opérée entre le concept d'État et celui de souveraineté, le premier ayant été désigné par Machiavel « comme institution politique souveraine », R. Polin, « Préface. L'invention par Machiavel du sens moderne du mot État », in S. Goyard-Fabre (dir.), *L'État moderne : regards sur la pensée politique de l'Europe occidentale entre 1715 et 1848*, Paris : J. Vrin, coll. Histoire des idées et des doctrines, 2000, p. 9.

⁹⁶² Olivier Beaud écrit ainsi que « selon la tradition constitutionnelle française, il existe une relation intime entre la Constitution et le pouvoir politique, c'est-à-dire entre la Constitution et l'État, l'entité politique qu'elle a vocation à régir », O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 262.

⁹⁶³ « Ce souverain, c'est le détenteur du pouvoir qui fait et défait les constitutions, c'est-à-dire le titulaire du *pouvoir constituant*. [...] le Souverain se situe *au-dessus de la Constitution* [...] », O. Beaud, « Le Souverain », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 37.

TITRE II : LE DÉPASSEMENT DE LA NORME :
LA CONSTITUTION COMME STRUCTURE DE LA POLITIQUE

CHAPITRE 1 : UNE THÉORIE DE L'ÉTAT

283. Comme le doyen Hauriou avant eux, les auteurs du droit politique « croient à l'État »⁹⁶⁴ : en lui dédiant une considération proprement juridique, ils entendent consacrer à la fois ses liens intimes avec le droit et son autonomie relative à l'égard du monde fermé des normes. Conçu comme l'un des objets premiers du droit constitutionnel⁹⁶⁵, le concept d'État revêt, sous la plume des auteurs du droit politique, une portée spécifique, intimement liée à la notion de souveraineté. Retenant une acception moderne de celle-ci⁹⁶⁶, les *juspolitistes* adoptent de ce fait une définition historiciste de l'État, somme toute assez courante⁹⁶⁷. Le lien étroit qui est alors établi entre État et souveraineté suffit déjà à marquer le gouffre conceptuel qui distingue leur théorie du normativisme kelsénien⁹⁶⁸, qui repose notamment sur une conception moniste des objets État et droit⁹⁶⁹. L'inspiration qui guide le droit politique apparaît plutôt venir de l'école juridique allemande *pré-normativiste*, qui a vu les grandes heures de la théorie générale de l'État, la *Allgemeine Staatslehre*⁹⁷⁰. Dans son sillage, les *juspolitistes* reconnaissent la pertinence juridique de cet objet, sans toutefois adhérer totalement aux thèses proposées à ce titre.

⁹⁶⁴ Selon la formule employée par Jean-Marie Denquin, « Présentation de l'article : « Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes » », in M. Touzeil-Divina (dir.), *Miscellanées Maurice Hauriou*, Le Mans : L'Épitoge, coll. Historique du droit, 2013, p. 146.

⁹⁶⁵ O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 265.

⁹⁶⁶ « [...] La notion moderne de souveraineté exprime une idée de suprématie, tirée d'une laïcisation du pouvoir divin, et qui témoigne donc d'une vision superlative du pouvoir », O. Beaud, « Souveraineté », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 736.

⁹⁶⁷ L'historicité de l'État est ainsi l'une des thèses de Blandine Kriegel, qui démontre que l'étatisation correspond à un phénomène politique spécifique, répondant à des faits historiquement situés. Voir en ce sens : B. Kriegel, *Les chemins de l'État*, Paris : Calmann-Lévy, coll. Histoire, 1986, p. 23-25.

⁹⁶⁸ L'État permet en effet d'extraire le droit de la sphère étroite du devoir-être, ainsi que le relève Oliver Lepsius : « Par « État », on désigne en même temps un état de choses et une idée ; il est réalité sociale autant que système idéal ; il est une catégorie qui renvoie aussi bien à l'être qu'au devoir-être. [...] La théorie de l'État satisfait à la fois le besoin d'enrichir et de consolider le droit d'un point de vue métapositif, et celui de le rapporter, sur le mode descriptif, à ses conditions sociales », O. Lepsius, « Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'État ? Point de vue allemand : de la théorie de l'État à la théorie des formes de domination », *RUDH* vol. 15, 2003, p. 87.

⁹⁶⁹ Ainsi Hans Kelsen écrivait-il que « [...] ce dualisme [entre droit et État] est théoriquement indéfendable. En tant que communauté juridique, l'État ne se distingue pas de son ordre juridique, pas plus que la corporation ne se distingue de son ordre constitutif. Une pluralité d'individus ne forme une communauté que parce qu'il existe un ordre normatif régissant leur conduite mutuelle », H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 236 ; nous soulignons.

⁹⁷⁰ Stéphane Pierré-Caps établit à cet égard un lien entre cette pensée centenaire et l'école du droit politique : « il y a le détour aussi par la doctrine allemande du dix-neuvième siècle, qui sous l'influence de Hegel notamment, va lier indéfectiblement souveraineté et État, et nous savons qu'aujourd'hui, certains juristes français, je pense en particulier à Olivier Beaud, sont très influencés par ces doctrines allemandes

284. Leur posture n'en reste pas moins originale, d'abord parce qu'elle traduit une influence plurielle⁹⁷¹, ensuite parce qu'elle repose tout entière sur une définition intransigeante de la souveraineté. Celle-ci empêche les auteurs du droit politique de s'insérer trop étroitement dans les théories constitutionnelles classiques et les force à frayer de nouveaux chemins théoriques. Elle les incite dans le même temps à associer irréductiblement la théorie de l'État à toute étude du droit constitutionnel qui se voudrait digne de son objet. À l'heure où le succès des thèses positivistes⁹⁷² et néoconstitutionnalistes⁹⁷³ semble faire disparaître cette question du champ juridique, à une époque où la disparition de l'État sur le plan politique même est depuis longtemps déjà prédite⁹⁷⁴, le droit politique fait figure d'exception dans le paysage doctrinal, par son attachement inébranlable à la théorie juridique de l'État. Sa thèse à ce sujet pourrait être ainsi résumée : analyser la portée structurelle de la Constitution implique de se doter d'un concept d'État susceptible de la mettre en valeur (Section 1). Simultanément, les auteurs *juspolitistes* sont remarquablement peu disert sur le thème pourtant récurrent en doctrine de l'État de droit ; alors que de nombreux constitutionnalistes célèbrent l'assujettissement de l'État au droit, le droit politique semble presque indifférent au sujet. Lorsqu'il est évoqué, c'est en tout cas souvent dans une perspective plus critique que laudative. En tout état de cause, l'État de droit ne semble pas être un concept satisfaisant pour penser la Constitution comme structure du pouvoir politique (Section 2).

du dix-neuvième siècle », J.-M. Blanquer, « La V^e République et la souveraineté. Débat entre Bertrand Badie et Stéphane Pierré-Caps », *L'Europe en formation* n° 368, 2013 p. 23.

⁹⁷¹ Nous verrons notamment que, si l'influence des grands théoriciens allemands comme Georg Jellinek est considérable, le droit politique retient également au titre de l'État, les enseignements institutionnalistes de Maurice Hauriou.

⁹⁷² L'œuvre de Michel Troper démontrerait ainsi, selon l'analyse qu'en livre Olivier Beaud, la déconstruction de l'État à laquelle conduit une méthodologie positiviste : O. Beaud, « Quand un juriste explique et déconstruit l'État [à propos de *Le droit et la nécessité*] », *Critique* n° 780, 2012, p. 401-410.

⁹⁷³ Dominique Rousseau affirme ainsi expressément, en s'appuyant notamment sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, que « l'objet de la Constitution, ce n'est pas l'État mais la société », *Critique* n° 780, 2012, p. 428-442.

⁹⁷⁴ J. Chevallier, *L'État post-moderne*, Paris : Maison des Sciences de l'Homme, Issy-les-Moulineaux : LGDL-Lextenso, coll. Droit et société, 4^e éd., 2014, 265 p.

Section 1 : Une théorie juridique de l'État nécessaire

285. L'étude du droit constitutionnel appelle une théorie de l'État ; c'est là l'une des thèses fondamentales du droit politique qui, en appelant à l'héritage des grands maîtres du droit public⁹⁷⁵, défend l'idée que le constitutionnaliste ne peut faire l'économie d'une analyse de la structure politique dans laquelle s'inscrit son objet. Les auteurs *juspolitistes* font à ce titre figure d'exceptions dans le paysage doctrinal qui, de plus en plus enclin à retenir de la Constitution une définition formaliste, cultive majoritairement une certaine indifférence sur la question⁹⁷⁶. La posture du droit politique à cet égard est donc révélatrice de son originalité.

286. L'intérêt d'une étude de l'État n'apparaît pas immédiatement dans le cadre du droit constitutionnel, pour la simple et bonne raison qu'il n'est pas, le plus souvent, directement le sujet du texte de la Constitution ; il est en revanche un acteur fondamental du droit international⁹⁷⁷. La théorie du droit politique suggère pourtant que la portée effective du droit constitutionnel ne peut se mesurer qu'à l'aune d'un concept d'État, qu'il appartient à la doctrine de construire afin de caractériser l'unité politique construite constitutionnellement. C'est donc l'étude du droit de la Constitution qui impose que soit simultanément entreprise une réflexion sur les formes politiques, dont l'État représente le modèle le plus évident.

287. Ce dernier n'est toutefois pas un concept exclusivement juridique ; politique, historique, sociologique, il appelle à l'interdisciplinarité de ceux qui prétendent le saisir dans toute sa complexité. La théorie juridique de l'État s'inscrit donc dans la plus vaste théorie générale de l'État⁹⁷⁸, dont elle forme un pilier indépassable⁹⁷⁹. Dans cette

⁹⁷⁵ Olivier Beaud évoque à ce titre Adhémar Eismein, Léon Duguit, Maurice Hauriou et Raymond Carré de Malberg ; O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 262-263.

⁹⁷⁶ C'est du moins le constat opéré par Olivier Beaud au titre du droit politique : « [...] en détachant l'étude de la Constitution de la théorie de l'État (comme d'ailleurs de la théorie politique), la science du droit constitutionnel a singulièrement rétréci le contenu du droit constitutionnel qu'elle étudie, à tel point d'ailleurs qu'on peut dire, sans grande exagération, qu'elle traite désormais d'un *droit constitutionnel sans État* », *ibid.*, p. 263. Pour une analyse de la place de l'État dans le discours doctrinal, voir : S. Van Ouwkerk, *Penser les formes d'État. Un état de la pensée publiciste française*, thèse dact., Toulouse, 2019, 469 p. L'auteur estime que l'État est en réalité très rarement considéré, dans la doctrine française contemporaine, sous le prisme formel du normativisme kelsénien : *ibid.*, p. 35-36. Le formalisme constitutionnel semble donc conduire les juristes, non pas à définir même formellement l'État, mais à le bannir complètement de leurs travaux.

⁹⁷⁷ Voir en ce sens : F. Poirat, « État », in D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 645.

⁹⁷⁸ Le droit politique semble à ce titre retenir la leçon posthume de Georg Jellinek qui professait que « si l'on comprend bien cette distinction et la connexion intime de ces deux domaines dont l'ensemble constitue la doctrine de l'État, on écarte sans peine une double erreur, grosse de conséquences ; on pourrait croire,

perspective, l'approche juridique, et notamment constitutionnelle, de l'État est une exigence incontournable à sa conceptualisation (§1), mais cette dernière ne peut aboutir que si le juriste consent à quitter les rivages rassurants de la stricte normativité (§2).

§1 : Un objet étudié à travers le droit constitutionnel positif

288. Les liens que le droit politique établit entre l'État et la Constitution apparaissent moins à la lecture du texte constitutionnel qu'au regard de la portée structurante que revêt le droit constitutionnel. L'État est ainsi considéré comme une institution d'un genre exceptionnel, qui surplombe l'exercice du pouvoir politique par les pouvoirs constitués⁹⁸⁰. Regardé habituellement comme une autorité politique s'exerçant sur un territoire et à l'égard d'une population déterminés, l'État trouve dans les dispositions constitutionnelles les modalités, parfois implicites, de sa puissance, et ce notamment à un double titre. C'est d'abord le droit constitutionnel qui lui permet de se parer des atours de la *souveraineté*, puisque c'est la Constitution qui en structure l'exercice (A). C'est elle également qui organise les rapports que la puissance publique entretient avec les citoyens (B). Une étude consciencieuse du droit constitutionnel ouvre donc la voie à la théorie de l'État.

A. La considération primordiale de la souveraineté

289. Le concept de souveraineté occupe dans la pensée du droit politique une place éminente ; « principe des principes du droit public »⁹⁸¹, concept cristallisant la rencontre entre la politique et le droit⁹⁸², la souveraineté est ce mystère théorique dont les

tout d'abord, que l'unique façon de donner de l'État une explication exacte, c'est le procédé historique, sociologique, politique..., bref, le procédé non-juridique. On pourrait aussi, et en sens contraire, penser qu'il appartient au seul juriste de résoudre, avec ses propres forces, tous les problèmes qui se rattachent aux manifestations étatiques », G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, préf. O. Jouanjan, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2005, p. 15.

⁹⁷⁹ Ainsi selon Olivier Beaud, « penser l'État sans faire le détour par le droit semble décidément étrange et témoigne d'une certaine cécité française à la culture juridique », O. Beaud, « Quand un juriste explique et déconstruit l'État », *Critique* n° 780, 2012, p. 401.

⁹⁸⁰ On retrouve ici une idée proposée par Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 78 et ss.

⁹⁸¹ Olivier Beaud écrit en effet que « [...] généralement, la myopie des juristes positivistes les empêche d'apercevoir la portée systématique de la notion de souveraineté qui est une sorte de « principe des principes » du droit public », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 11-12.

⁹⁸² Ainsi que l'affirmait d'ailleurs Georg Jellinek, « il n'existe pas de concept fondamental en droit politique pour lequel il soit plus nécessaire que pour celui de souveraineté d'étudier le développement historique. [...] Les développements qui suivent montreront qu'il s'agit ici de l'histoire des conditions

juspolitistes ne cessent de revendiquer la pertinence conceptuelle ; elle apparaît notamment comme l'instrument incontournable de la conceptualisation de l'État⁹⁸³, conformément d'ailleurs à ce que postulaient les grands théoriciens du siècle dernier⁹⁸⁴. La définition que le droit politique semble retenir de la souveraineté consomme toutefois la rupture avec la pensée germanophone de cette époque (1). Elle lui permet, ce faisant, de développer, en dehors du concept d'État lui-même, des modèles d'organisations politiques alternatifs (2).

1. Un critère absolu de définition de l'État

290. La lecture des travaux *juspolitistes* invite à retenir une définition de l'État fondée sur la souveraineté. Revendiquant l'héritage théorique de Jean Bodin, Olivier Beaud s'inscrit ainsi dans la lignée des théories générales de l'État, lorsqu'il défend la modernité du concept d'État. En effet, « deux écoles s'affrontent, l'une adoptant une conception extensive de la notion d'État, considérant que toute organisation du pouvoir peut être qualifiée d'État ; l'autre, plus restrictive, estimant que l'État ne constitue que l'une des formes particulières d'agencement du pouvoir »⁹⁸⁵. Parmi les tenants de la première école s'illustre notamment Léon Duguit qui, faisant primer une conception sociologique du droit, définissait l'État comme la simple opposition organisée entre gouvernants et gouvernés⁹⁸⁶ ; il en retenait donc logiquement une définition anhistorique. La thèse opposée présente cependant le mérite d'affiner l'analyse des systèmes en cause, en

politiques d'où ce concept est sorti : la souveraineté envisagée dans ses origines historique, est une conception politique qui ne s'est condensée que tardivement en conception juridique », G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Deuxième partie. Théorie juridique de l'État*, trad. G. Fardis, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2005, p. 72.

⁹⁸³ Il faut noter que la pensée de Jean-Jacques Sueur se démarque à ce propos, puisqu'il appelle à relativiser le concept de souveraineté, et ce afin d'être en mesure de saisir les transformations qui ont altéré la forme politique de l'État. Dans cette perspective, « l'idée de souveraineté rend impensables certaines transformations récentes du politique », J.-J. Sueur, *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, Québec : Presses Universitaires de Laval, coll. Diké, 2011, p. 99. L'auteur n'en dissocie pas moins les concepts d'État et de souveraineté : *ibid.*, p. 139 et ss.

⁹⁸⁴ Selon Carré de Malberg, c'est en effet une posture classique puisqu'à l'époque où il écrit, « d'après la doctrine traditionnellement établie en France, le propre de l'État, c'est d'être souverain », R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État. Spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t.I, préf. É. Maulin, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 72.

⁹⁸⁵ F. Poirat, « État », in D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 642-643.

⁹⁸⁶ Le maître de Bordeaux estimait en effet que « en son sens le plus général, le mot *État* désigne toute société humaine, dans laquelle existe une différenciation politique, une différenciation entre gouvernants et gouvernés, d'après l'expression consacrée, une autorité politique », L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, préf. D. Chagnollaud, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2007, p. 14-15.

recourant à des modèles plus diversifiés d'organisations politiques. La contingence des structures constitutionnelles est ainsi mise en lumière, ce qui est conforme à l'aspiration relativiste des auteurs du droit politique. Cette querelle sur l'historicité de l'État semble cependant dépassée, dans la mesure où la spécificité du pouvoir souverain, si elle n'est pas toujours évoquée par l'emploi du mot « État », est le plus souvent restituée par la dénomination d'« État moderne »⁹⁸⁷.

291. Lorsqu'est tranchée la question de l'historicité de l'État, s'ouvre cependant le débat de la date de sa naissance, qui voit l'opposition de deux thèses ; « selon la première, la souveraineté ou l'État existe en tant que *fait* [...] La chose existerait avant le mot. Selon l'autre opinion, minoritaire, le mot existe avant la chose qui n'apparaîtrait qu'avec Bodin »⁹⁸⁸. Ce débat reste à son tour subsidiaire, d'abord parce que l'enjeu de sa résolution est limité, ensuite parce qu'il est très difficile d'y apporter une réponse radicalement tranchée⁹⁸⁹. Il n'en présente pas moins le mérite de mettre au jour le véritable problème que pose la théorie de l'État : non pas tant l'association entre État et souveraineté, qui fait l'objet d'un relatif consensus doctrinal, mais la définition associée au concept même de souveraineté.

292. La réponse apportée par Olivier Beaud à cette question marque la divergence du droit politique à l'égard de la théorie classique de l'État ; en définissant la souveraineté comme « la qualité propre à l'État d'un pouvoir suprême et indépendant »⁹⁹⁰, Olivier Beaud défend une conception absolue de la souveraineté, revendiquant à cet effet

⁹⁸⁷ C'est ce qui apparaît dans les travaux de Jean-Jacques Sueur ; l'État est alors la dénomination générique d'un modèle d'organisation politique qui ne recoupe pas nécessairement celui d'État moderne : J.-J. Sueur, *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, Québec : Presses Universitaires de Laval, coll. Diké, 2011, p. 28 et ss.

⁹⁸⁸ O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 35 ; l'auteur affirme à cette occasion son propre engagement en faveur de la seconde thèse. Au titre de la première, on trouve par exemple l'idée défendue par Albert Ribaudière selon laquelle la souveraineté serait apparue dès le XIII^e siècle en France ; A. Rigaudière, « L'apparition de la souveraineté », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 5-21.

⁹⁸⁹ Les auteurs du droit politique eux-mêmes ne semblent pas apporter une réponse commune à cette question. Olivier Beaud prend parti en faveur de la thèse qui date la naissance de l'État et de la souveraineté au XVI^e siècle, c'est-à-dire à l'époque où les mots État et souveraineté sont pour la première fois employés dans leur signification moderne, respectivement par Nicolas Machiavel dans *Le Prince* en 1532, et par Jean Bodin, dans *Les Six Livres de la République*, en 1576. Olivier Beaud affirme ainsi que, « comme nous y invite une large part de la philosophie moderne, qui a montré que le langage est inséparable de la pensée, et qu'il est surtout le révélateur le plus précieux du mode de penser, il convient d'accorder une grande attention à la sémantique » ; O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 36. Denis Baranger insiste pour sa part sur la difficulté à dater la naissance du concept de souveraineté, et invite à interroger la distinction entre « qui invente et qui se borne à décrire » ce qui existe déjà, D. Baranger, « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 262. Sans prétendre apporter plus qu'une réponse nuancée sur cette question, il nous semble donc possible d'intégrer à l'étude de la souveraineté les conditions factuelles qui ont préexisté à l'apparition du terme, et qui l'ont ainsi favorisée.

⁹⁹⁰ O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 19.

l'héritage de Jean Bodin. Il s'oppose par ce biais à la triple définition de la souveraineté évoquée par Raymond Carré de Malberg, pour n'en retenir qu'une seule. Selon le professeur strasbourgeois, la souveraineté pouvait aussi bien renvoyer au « caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante et en particulier de la puissance étatique », à « l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'État [...] » ou à la « position qu'occupe dans l'État le titulaire de la puissance étatique [...] »⁹⁹¹. Cette distinction permettait à Carré de Malberg de bannir la souveraineté des critères de l'étaticité, pour lui préférer l'idée que « le véritable attribut commun et indispensable à tout État n'est donc pas la souveraineté, mais la « puissance d'État » [...] »⁹⁹². Olivier Beaud réfute totalement, quant à lui, la distinction mise en œuvre par Carré de Malberg et entend au contraire associer les différentes acceptions de la souveraineté. D'abord, il défend le lien étroit et logique qui unit la puissance suprême et indépendante de l'État à l'exercice de certaines compétences. Pour lui, en effet, la souveraineté traduit « [...] à l'intérieur [de l'État] la *concentration* du pouvoir qui signifie une universalisation du rapport de commandement et d'obéissance »⁹⁹³. Dès lors, il n'est d'autre compétence caractéristique de la puissance de l'État que le seul exercice d'un pouvoir législatif : défini *lato sensu* comme un pouvoir unilatéral et général de prescription et d'exécution, il constitue à lui seul, la manifestation de la souveraineté de l'État comme puissance absolue. Dans un État disposant d'un ordre juridique hiérarchisé, ce pouvoir souverain se traduit par l'exercice du pouvoir constituant⁹⁹⁴. De ce point de vue, il est vain de chercher à identifier des compétences dont la jouissance serait la preuve de la puissance⁹⁹⁵ ; seul l'exercice du pouvoir constituant présente le caractère définitif de la souveraineté.

293. Il ne convient pas non plus de dissocier la souveraineté de l'État et celle qui s'exerce en son sein. Olivier Beaud balaie ainsi l'affirmation de Jellinek selon laquelle « [...] la question du plus haut pouvoir *dans l'État* n'a rien à faire avec la question du plus haut pouvoir *de l'État*. L'organe souverain dans l'État et l'État souverain sont deux

⁹⁹¹ R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État. Spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t.I, préf. É. Maulin, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 79.

⁹⁹² Cette « puissance d'État » s'entend alors essentiellement comme une « puissance originaire de domination » ; *ibid.*, p. 157.

⁹⁹³ O. Beaud, « Souveraineté », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 737.

⁹⁹⁴ Il s'agit en effet, selon Olivier Beaud, du seul commandement juridique qui témoigne à la fois d'une parfaite indépendance et d'une volonté suprême, puisque la décision du pouvoir constituant est censée prévaloir sur celle de toute autre autorité politique dans l'État ; O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, not. p. 22-24.

⁹⁹⁵ Olivier Beaud écrit ainsi que « la loy du Souverain, qui est définie comme un commandement unilatéral ou une sanction, n'a pas de « contenu matériel » intrinsèque ou spécifique », *ibid.*, p. 143.

choses tout à fait différentes »⁹⁹⁶. Pour Olivier Beaud au contraire, « [...] la notion moderne de souveraineté exprime une idée de suprématie, tirée d'une laïcisation du pouvoir divin, et [...] témoigne donc d'une vision superlative du pouvoir »⁹⁹⁷. Ces caractères sont valables, que l'on considère la souveraineté de l'État ou celle de la nation⁹⁹⁸ ; l'une n'est jamais que le moyen pour l'autre d'advenir⁹⁹⁹. Les travaux d'Olivier Beaud permettent donc de constituer un concept unifié de souveraineté, et de l'ériger en pierre angulaire de la théorie de l'État. Ce choix est déterminant, en ce qu'il va justifier que l'étude de l'État considère en premier lieu les dispositions constitutionnelles ; même si ces dernières n'évoquent qu'indirectement l'État ou la souveraineté, elles n'en sont pas moins des indices privilégiés du destin juridique de ces notions.

294. Le texte constitutionnel ne fait pas nécessairement mention des différentes acceptions de la souveraineté ; il est même parfois tout à fait silencieux à son égard. Pour autant, l'absence de référence expresse ne signifie rien en tant que telle, la souveraineté étant une qualité qui se manifeste à travers ses déclinaisons. Même si elle n'apparaît dans le texte que pour identifier la source du pouvoir légitime dans l'État¹⁰⁰⁰, pour consacrer l'indépendance de cet État ou pour énoncer les compétences qui le caractérisent, la souveraineté permet d'établir un lien entre la théorie de l'État et le droit positif qui en est la concrétisation. Pour autant, elle reste largement autonome à l'égard des énoncés constitutionnels. En effet, « [...] la souveraineté déborde le cadre des différentes dispositions constitutionnelles qui la mentionnent et auxquelles le juge est tenu de se référer ; soit elle détermine certaines dispositions constitutionnelles muettes à son égard

⁹⁹⁶ G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Deuxième partie. Théorie juridique de l'État*, trad. G. Fardis, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2005, p. 104.

⁹⁹⁷ O. Beaud, « Souveraineté », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 736.

⁹⁹⁸ Olivier Beaud critique à la fois la distinction qu'opère Carré de Malberg entre ces deux acceptions de la souveraineté, mais également la signification transformée qu'il attribue à la souveraineté nationale. Pour lui, « Carré de Malberg conserve cette pseudo-distinction [entre puissance étatique et souveraineté], mais en lui substituant l'opposition tout aussi critiquable entre la souveraineté nationale et la puissance étatique. Son but est de rendre compte de l'opposition entre État limité par le droit (État français qui est « l'État légal ») et État non limité par le droit (État allemand). Sa notion de souveraineté nationale, typiquement française à ses yeux, n'a guère de chose en commun avec l'idée classique de souveraineté. D'un côté, lorsqu'elle est imputée à l'État, elle désigne le processus d'institutionnalisation de l'État que les juristes décrivent habituellement sous le nom de personnalité juridique. D'un autre côté, elle exprime l'idée et le mécanisme de la limitation du pouvoir de l'État par la Constitution. Elle signifie alors non plus l'idée de souveraineté [...], mais celle du constitutionnalisme : limitation du pouvoir par le droit. La souveraineté nationale, au sens de Carré de Malberg, fusionne donc les notions distinctes de personnalité juridique et de Constitution », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 18-19.

⁹⁹⁹ O. Beaud, « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht », *RFDA* n° 6, 1993 p. 1047 et ss.

¹⁰⁰⁰ C'est bien sûr le cas de la Constitution française de 1958 qui dispose en son article 3 que « la souveraineté nationale appartient au peuple [...] ».

(comme celles relatives au territoire, à la citoyenneté, à la nationalité, au suffrage, etc.), soit elle se situe en dehors du texte constitutionnel tout en structurant la constitution *lato sensu* »¹⁰⁰¹. L'idée de souveraineté représente donc un instrument efficace pour systématiser les prescriptions inscrites dans le droit constitutionnel, notamment parce qu'elle permet de caractériser la forme que revêt l'unité politique.

2. Un critère négatif d'identification de modèles concurrents à l'État

295. Au regard du droit international, la notion d'État inclut indifféremment un très large panel d'organisations, dont la diversité n'est cependant pas considérée. Sur le plan externe en effet, toutes les structures qui portent le nom d'État sont considérées comme souveraines, c'est-à-dire comme indépendantes et égales¹⁰⁰². Ce principe est d'ailleurs le fondement du droit interétatique, puisque ce n'est qu'en raison de l'autonomie d'un État que son engagement envers un autre peut lui être imposé, en vertu de la règle du *pacta sunt servanda*¹⁰⁰³. Du point de vue du droit politique, cette approche internationaliste ne porte cependant qu'un regard tronqué sur la question de la souveraineté étatique : celle-ci s'exprime également sur le plan interne, comme la qualité de la puissance suprême exercée sur un territoire à l'égard d'une population. Olivier Beaud souligne à cet égard que « [...] les juristes de droit international (internationalistes) ont eu tendance, soit à éviter soigneusement la notion de souveraineté dans leur définition de l'État qu'ils conçoivent comme la réunion de trois éléments : le territoire, la population et la puissance de commandement, soit à proposer une définition de la souveraineté uniquement conditionnée par la volonté de subordonner l'État au droit international et donc indifférente aux nécessités de la souveraineté interne »¹⁰⁰⁴. Une approche constitutionnelle de cet aspect est au contraire supposée combler les lacunes que présente

¹⁰⁰¹ O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 12.

¹⁰⁰² C'est ce qui ressort par exemple de l'article 2 §1 de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 qui stipule que « l'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres ».

¹⁰⁰³ Jean Combacau écrit ainsi que « tout État a une capacité internationale originaire et de plein droit, attachée à sa qualité comme un élément de son statut. De même que les États ont une égale personnalité, ils sont également capables *a priori* et leur capacité ne peut être restreinte qu'après-coup et de leur fait. À ce titre, ils ont nécessairement le pouvoir de s'engager, par leurs actes et à raison des faits qui leur sont attribués », J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Domat droit public, 12^e éd., 2016, p. 236. Philippe Braud affirme, pour sa part, que « c'est parce que l'État est réputé indépendant que sa signature l'engage effectivement lorsqu'il conclut des conventions internationales », P. Braud, *Penser l'État*, Paris : Seuil, coll. Points. Série Essais, 2004, p. 37.

¹⁰⁰⁴ O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 15-16.

une perspective exclusivement internationaliste ; elle permettrait notamment de proposer différents modèles d'organisation politique.

296. Ce constat n'est guère original en doctrine ; dès la fin du XIX^e siècle s'imposait ainsi en France la nécessité de distinguer entre trois formes étatiques, l'État unitaire, l'État fédéral et la Confédération d'États¹⁰⁰⁵. Le critère de la souveraineté était alors déjà déterminant, puisqu'il permettait de distinguer entre les deux modèles fédéraux, selon que les entités fédérées étaient ou non souveraines en leur sein¹⁰⁰⁶. Ainsi, l'État fédéral, par son degré d'intégration et de centralisation du pouvoir, détenait bien la souveraineté, que lui avaient abandonnée les entités agglomérées. À l'inverse, la Confédération était considérée comme bâtie sur le fondement d'États continuant à disposer de leur souveraineté. Dans cette perspective, le premier modèle relevait donc du droit constitutionnel, tandis que le second correspondait à une manifestation du droit international. Le droit politique dépasse cependant cette tripartition devenue classique, en contestant notamment l'opportunité de distinguer entre État fédéral et Confédération¹⁰⁰⁷ ; Olivier Beaud préfère ainsi subsumer ces deux modèles sous la bannière plus vaste du fédéralisme¹⁰⁰⁸.

297. Le dépassement de la dichotomie jugée trop franche entre État fédéral et Confédération justifie alors que soit construit un concept alternatif, celui de la Fédération¹⁰⁰⁹. Les travaux d'Olivier Beaud démontrent à cet égard l'influence de la pensée de Carl Schmitt qui, le premier, a établi ce concept¹⁰¹⁰. La Fédération renvoie à un modèle d'organisation politique dans lequel ne se manifeste pas la souveraineté. C'est là toute l'originalité et le défi qu'elle représente. Selon Olivier Beaud, la construction fédérale vise précisément à empêcher la concentration du pouvoir, par l'instauration d'un

¹⁰⁰⁵ Elle a notamment été cristallisée à partir des conclusions de Louis Le Fur, présentées dans sa thèse en 1896 : L. Le Fur, *État fédéral et confédération d'États*, préf. C. Leben, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2000, 839 p.

¹⁰⁰⁶ Le Fur écrivait ainsi : « la notion de souveraineté, tel est l'unique criterium permettant de distinguer l'un de l'autre l'État fédéral et la confédération d'États », *ibid.*, p. 728.

¹⁰⁰⁷ Selon Olivier Beaud, cette opposition « [...] ne permet pas de rendre compte correctement du droit positif », O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2007, p. 84.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, p. 67 et ss.

¹⁰⁰⁹ L'usage d'une majuscule n'est pas anodin, et permet de distinguer la Fédération, soit l'unité politique que forment les entités fédérées et le niveau fédéral, de la fédération, qui ne désigne que l'échelon politique fédéral. Nous empruntons ici la distinction employée par Olivier Beaud, qui « [...] se propose d'employer pour le Tout fédéral le signe de la majuscule et pour partie fédérale du Tout celui de la minuscule », *ibid.*, p. 141.

¹⁰¹⁰ Carl Schmitt définissait la Fédération comme « [...] une union durable, reposant sur une libre convention, servant au but commun de la conservation politique de tous les membres de la fédération ; elle modifie le *status* politique global de chaque membre de la fédération en fonction de ce but commun », C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, préf. O. Beaud, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 512.

double niveau de décision politique¹⁰¹¹. C'est ce qui apparaît par exemple à la lecture des écrits des pères fondateurs des États-Unis, dont l'unité est assortie de garanties contre la centralisation absolue¹⁰¹². Le concept de Fédération présenté par Olivier Beaud se distingue cependant de celui de Carl Schmitt, quant à l'ambition qu'il poursuit : alors que le juriste allemand cherchait à penser un niveau de fédéralisme intermédiaire et transitoire entre Confédération et État fédéral¹⁰¹³, Olivier Beaud entend proposer une théorie unifiée de tous ces modèles¹⁰¹⁴. Pour lui, dès lors qu'il existe un double niveau d'exercice de la puissance publique sur un même territoire, il ne peut y avoir de souveraineté. La Fédération se présente donc comme un concept tout à fait autonome de celui d'État¹⁰¹⁵. Cette position radicale sur la Fédération pensée comme contre-modèle, dépasse là encore le postulat de Carl Schmitt, qui estimait simplement que la question de la souveraineté restait temporairement en suspens dans une Fédération¹⁰¹⁶. C'est donc en retenant de la souveraineté une définition très spécifique qu'Olivier Beaud parvient à distinguer les deux modèles qu'il oppose, celui de l'État et celui de la Fédération ; le droit positif constitue à ce titre un instrument précieux puisque c'est dans la pratique juridique que se manifesterait éventuellement une telle souveraineté¹⁰¹⁷.

¹⁰¹¹ En effet, « [...] la pensée libérale remet moins en cause la souveraineté-puissance publique par sa promotion de la séparation des pouvoirs et du constitutionnalisme que par son inclination fédéraliste ». Par ailleurs, « l'idée fédérale remet nécessairement en cause l'idée de souveraineté parce qu'elle s'attaque à son noyau : l'indivisibilité de la puissance publique », en instaurant un double niveau d'entités politiques ; O. Beaud, « Souveraineté », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 738-739.

¹⁰¹² Les constituants de 1787 assument en effet le caractère indivisible de la souveraineté et acceptent consciemment de s'en départir pour fonder les États-Unis autour du principe fédéraliste. Ce faisant, ils « [...] cherchent à minimiser la centralisation portée par la Constitution », D. Mongoin, *Le pari de la liberté : étude sur « Le fédéraliste »*, Paris : Classiques Garnier, coll. Politiques, 2007, p. 463.

¹⁰¹³ Si Carl Schmitt a en effet travaillé à une théorie de la Fédération, il la concevait cependant comme un modèle alternatif à celui de l'État fédéral et de la Confédération, et non comme un concept qui s'y substituerait totalement. Sa spécificité résulte alors du fait que la question de la souveraineté n'y est pas tranchée : « c'est [...] une caractéristique de l'essence de la fédération que la question de la souveraineté reste toujours pendante entre fédération et États membres tant que la fédération en tant que telle coexiste avec les États membres en tant que tels », C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, préf. O. Beaud, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 519.

¹⁰¹⁴ Olivier Beaud emprunte ainsi à François Cardis – en la développant toutefois – l'idée d'« unité du fédéralisme » ; F. Cardis, *Fédéralisme et intégration européenne*, Lausanne : Presses de l'Université, 1964, p. 258 ; cité par O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2007, p. 89.

¹⁰¹⁵ O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2007, p. 39-65.

¹⁰¹⁶ L'auteur allemand écrivait ainsi que « [...] en cas de conflit, la confédération se dissout et pas l'État fédéral ; de cette manière, on retire à la confédération la volonté politique globale sans laquelle elle n'est plus qu'une « relation » interétatique [...] ; en revanche, l'État fédéral devient un État souverain et perd son caractère fédératif puisque les États membres perdent le droit de décision indépendante sur leur existence politique et ne conservent plus qu'un « droit de législation autonome » », C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, préf. O. Beaud, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 519.

¹⁰¹⁷ C'est ainsi à partir du traitement réservé à la souveraineté que peut s'apprécier la structure de l'État en cause. À titre d'exemple, son absence dans les motifs invoqués par la Cour suprême canadienne pour parer à toute velléité sécessionniste du Québec, démontre son incompatibilité avec le principe fédéral qui,

298. La théorie de la Fédération proposée par Olivier Beaud présente le mérite, paradoxal sans doute, de mettre en valeur la nature particulière de la souveraineté, dont les conditions sont moins souvent réunies qu'il n'y paraît au premier abord¹⁰¹⁸. Réciproquement, « la clarification conceptuelle des rapports entre Fédération et souveraineté a pour enjeu de contribuer à la définition, fût-elle négative, de la notion de Fédération »¹⁰¹⁹. Cette dernière apparaît donc autant comme un concept pensé *sans* la souveraineté que comme un concept pensé *contre* elle. Souscrire à cette théorie emporte pourtant le danger de recourir à une lecture binaire des modèles d'organisations politiques, divisés entre des États et des Fédérations, selon que la souveraineté s'y manifeste ou non. Or, cette partition manichéenne serait peu fidèle à la réelle diversité des formes politiques. Elle conduirait par exemple à négliger le concept d'Empire, pourtant concurrent historique de la forme étatique¹⁰²⁰. Si cette question a été relativement

lui, est invoqué comme l'un des principes fondateurs de l'ordre politique canadien ; Cour suprême du Canada, Requête n° 25506, 20 août 1998, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. *A contrario*, c'est sur le principe de la souveraineté que s'appuie le juge constitutionnel italien pour prononcer l'inconstitutionnalité d'un référendum portant sur l'autonomie de la Vénétie. Il affirme ainsi que « [...] le pluralisme et l'autonomie ne permettent pas aux Régions de se reconnaître elles-mêmes comme souveraines ni n'autorisent que leurs organes de gouvernement soient assimilés à ceux dotés de la représentation nationale. À plus forte raison, ces mêmes principes ne peuvent servir, de manière extrême, à la fragmentation du système ni être invoqués pour justifier la consultation des électeurs [...] sur des projets de sécession en vue d'instituer un nouveau sujet souverain. Une initiative référendaire qui, comme celle en examen, contredit l'unité de la République ne peut plus être considérée comme un exercice légitime du pouvoir de la part des institutions régionales et se place, pour cela, hors de l'ordre ». (*[...] pluralismo e autonomia non consentono alle Regioni di qualificarsi in termini di sovranità, né permettono che i loro organi di governo siano assimilati a quelli dotati di rappresentanza nazionale [...]. A maggior ragione, gli stessi principi non possono essere estremizzati fino alla frammentazione dell'ordinamento e non possono essere invocati a giustificazione di iniziative volte a interpellare gli elettori, [...] su prospettive di secessione in vista della istituzione di un nuovo soggetto sovrano. Una iniziativa referendaria che, come quella in esame, contraddica l'unità della Repubblica non potrebbe mai tradursi in un legittimo esercizio del potere da parte delle istituzioni regionali e si pone perciò extra ordinem*) ; Cour constitutionnelle d'Italie, Décision n° 118/2015 du 25 juin 2015, *Loi de la Région de Vénétie du 19 juin 2014 n° 16, relative à l'organisation d'un référendum d'indépendance de la Vénétie*. Le droit positif constitue donc un outil indépassable à l'étude des différentes structures étatiques.

¹⁰¹⁸ Ainsi que l'affirme Olivier Beaud, « [...] dans le cas particulier du fédéralisme, la question de la souveraineté s'impose comme un préalable obligé pour la raison précise qu'« [...] elle est un obstacle à son étude. [...] En d'autres termes, qu'on le veuille ou non, celui qui entend étudier la Fédération trouve toujours, au début de son enquête, cette objection de la souveraineté qu'il lui faut bien affronter », O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2007, p. 43.

¹⁰¹⁹ O. Beaud, « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *RDP* n° 1, 1998, p. 89.

¹⁰²⁰ La disparité entre l'État et l'Empire est par exemple mise en lumière par Emmanuelle Tourme Jouannet : « [...] la disparition du concept d'empire en Europe est antérieure aux empires coloniaux et multinationaux du XIX^e siècle et commence avec l'émergence même de l'État et d'un droit international interétatique, [...] cette disparition est moins le résultat des contradictions internes de l'État-nation bourgeois libéral, qui est au centre de la thèse de Hannah Arendt, moins celui de la substitution de la guerre par le commerce comme le soutenait Benjamin Constant, que le résultat de la naissance d'une autre forme politico-juridique de l'association politique qu'est l'État », E. Tourme Jouannet, « La disparition du concept d'Empire », *Jus politicum* n° 14, juin 2015.

négligée en doctrine¹⁰²¹, elle bénéficie de certains développements que lui le droit politique¹⁰²². La distinction entre Empire et Fédération revêt pourtant un intérêt doctrinal renouvelé, à l'heure où les deux concepts sont tour à tour brandis pour interroger le modèle de la construction européenne¹⁰²³. Caractérisés l'un et l'autre par la supranationalité¹⁰²⁴, ils se distinguent finalement davantage dans leurs fondements que dans leur mise en œuvre¹⁰²⁵.

299. À partir d'une définition moderne de la souveraineté et de l'État, les *juspolitistes* travaillent donc à l'établissement de modèles de formes politiques susceptibles d'affiner au mieux leur perception du phénomène constitutionnel. Si certains de ces modèles restent inachevés ou à l'état de perspectives de recherches, ils n'en constituent pas moins déjà un renouvellement de la théorie juridique de l'État. Comme les positivistes étatiques avant eux, les auteurs du droit politique fondent toute leur réflexion sur l'État à partir notamment du concept de souveraineté. C'est par ce biais qu'ils intègrent à leur objet la place de l'individu face à la puissance publique, la place du citoyen dans l'État.

¹⁰²¹ Au moins par la doctrine constitutionnaliste ; Olivier Beaud déplore en ce sens que le concept d'Empire ait été « abandonné » aux seuls historiens du droit. Ainsi, il « [...] reconnaît cette tendance à ne voir dans l'empire qu'une forme du passé, ou une forme dépassée [...] : Rome, les empires amérindiens (des tribus indiennes), le deuxième *Reich* allemand. Pourtant, [...] il s'agit de tenter d'apporter une réponse, ou des réponses, à la question de savoir s'il y a une autonomie, ou une certaine autonomie du concept d'empire », notamment à l'égard des concepts d'État et de Fédération ; O. Beaud, « Propos introductifs », *Jus politicum* n° 14, juin 2015.

¹⁰²² O. Beaud, « La Fédération entre l'État et l'Empire » in B. Théret (dir.), *L'État, la finance, le social*, Paris : La Découverte, 1995, p. 282-304. Au sein du droit politique, la notion d'empire est surtout abordée par l'ouvrage de Thibault Guilluy, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution : recherches sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Thèses, 2018, 460 p.

¹⁰²³ Olivier Beaud privilégie pour sa part le prisme fédératif pour concevoir l'Union européenne. Voir par exemple : O. Beaud, « L'Europe vue sous l'angle de la Fédération. Le regard paradoxal de Paul Reuter », *Droits* n° 45, 2007, p. 47-72. Certains auteurs préfèrent cependant évoquer l'« Empire européen », soit pour l'appeler de leurs vœux, soit pour dénoncer son hégémonie. Voir en ce sens : U. Beck, E. Grande, *Pour un empire européen*, trad. A. Duthoo, Paris : Flammarion, 2007, 412 p. ; M. Pinton, *L'Europe de Bruxelles ou la tentation impériale*, Paris : Éd. F.-X. de Guibert, 1994, 203 p.

¹⁰²⁴ La supranationalité peut être ainsi évoquée dans le cadre de la Fédération : O. Beaud, « L'Europe vue sous l'angle de la Fédération. Le regard paradoxal de Paul Reuter », *Droits* n° 45, 2007, p. 47-72. Elle permet aussi de caractériser l'Empire, ainsi que l'écrit l'historien Bertrand Vayssière. Pour lui, en effet, « les premiers penseurs de l'État moderne s'expriment à une époque où celui-ci se dégage de la tutelle des derniers champions de la supranationalité, l'empire et la papauté », B. Vayssière, « Europe et souveraineté. La notion d'État, des penseurs classiques aux réalités actuelles », *Vingtième siècle. Revue d'histoire* n° 95, 2007, p. 152

¹⁰²⁵ Olivier Beaud écrit en ce sens que « [...] leur opposition [...] repose sur une perception différente du rapport entre le tout et les parties : l'Empire résulte de l'action d'un centre politique hégémonique qui impose sa volonté aux autres États alors que la Fédération ne résulte pas de l'action d'un Centre, mais de décisions décentralisées prises par une multitude d'États qui décident de s'unir ». L'auteur résume plus loin : « [...] la Fédération est une union libre d'États alors que l'Empire est une union coercitive d'États ; la Fédération résulte d'un échange de consentements, le plus souvent formalisé (pacte fédératif), tandis que l'Empire repose sur un pur fait, la conquête d'un État ou d'un pays, ou la contrainte », O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2007, p. 107-108.

B. La considération subsidiaire de la citoyenneté

300. La citoyenneté se définit comme la relation juridique qui associe les hommes à une structure politique, qui tisse un lien privilégié entre la puissance publique et ses sujets de droit¹⁰²⁶. Les citoyens constituent un critère incontournable de l'identification d'un État sur le plan international, puisqu'ils représentent les premiers adresses de l'exercice de sa puissance. Consacrer le principe de la souveraineté étatique suppose donc que les auteurs du droit politique accordent à la citoyenneté une certaine considération¹⁰²⁷. En ce domaine, ils démontrent d'ailleurs une certaine originalité doctrinale : ce n'est que par le prisme de la citoyenneté – donc de la puissance publique – que sera envisagée la place juridique de l'individu dans l'État. Les *juspolitistes* se positionnent ainsi à rebours d'un certain constitutionnalisme libéral, par lequel la citoyenneté est pensée à partir des droits individuels consacrés ou qui devraient l'être¹⁰²⁸. Il en résulte une posture plutôt réservée sur la question des droits subjectifs, étouffée dans la problématique plus large de la citoyenneté (1). Plus encore, les auteurs du droit politique semblent relativement indifférents à la question proche, mais distincte de la nationalité, qui recèle pourtant d'outils théoriques précieux susceptibles de préciser davantage le concept d'État proposé (2).

1. Une théorie indirecte des droits subjectifs

301. La citoyenneté renvoie au statut conféré aux individus pour les lier à la puissance publique, pour définir leur fonction face au pouvoir étatique. À l'homme, pétri de

¹⁰²⁶ Ainsi que l'écrivait déjà Georg Jellinek, « la reconnaissance comme personne et comme membre de l'État est la base de toutes les prétentions de droit public ; ces prétentions comprennent donc aussi bien celles dont l'État assure la réalisation à tous les hommes qui tombent sous son atteinte et celles qu'il réserve à ses membres proprement dits, en qualité de citoyens », G. Jellinek *L'État moderne et son droit. Deuxième partie. Théorie juridique de l'État*, trad. G. Fardis, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2005, p. 51.

¹⁰²⁷ Olivier Beaud postule en ce sens « [...] qu'une meilleure compréhension de la notion de citoyen permettra de mieux comprendre l'État désormais conçu comme une communauté humaine (une « communauté de citoyens ») saisie aussi par le droit », O. Beaud, « Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg », *Jus politicum* n° 8, septembre 2012.

¹⁰²⁸ Norberto Bobbio écrivait en effet que « sans cette véritable révolution copernicienne à partir de laquelle le problème de l'État a été vu non plus en fonction du pouvoir souverain, mais de celui des sujets, la doctrine de l'État libéral, qui est *in primis* la doctrine des limites juridiques du pouvoir étatique, n'aurait pas été possible », N. Bobbio, *Libéralisme et démocratie*, trad. N. Giovannini, Paris : Les Éditions du Cerf, coll. Humanités, 1996, p. 21.

subjectivité et d'intérêts propres, est substitué le citoyen qui, inscrit dans une communauté politique, est réputé animé d'une rationalité de principe. En effet, « si le citoyen est distinct de l'homme, c'est qu'une conversion [...] doit rendre compte du primat des intérêts collectifs, ou du bien général, sur l'intérêt particulier »¹⁰²⁹. En gommant les aspirations subjectives individuelles, l'institution de la citoyenneté permet également d'imposer l'égalité entre ses membres, dès lors qu'ils ne sont plus considérés par la puissance publique que comme les maillons identiques d'une chaîne uniforme. Composantes du peuple, voire de la nation, les citoyens sont « [...] désincarnés, déshumanisés, exclusivement soucieux de l'intérêt général [...] »¹⁰³⁰. La citoyenneté est donc, évidemment, une construction juridique¹⁰³¹, qui puise son premier fondement dans la Constitution. Cette dernière, en tant qu'acte de passage entre fait et droit, inscrit dans ses dispositions le statut juridique des hommes qui, en devenant acteurs de l'État, renoncent par là à leur individualité au regard du pouvoir.

302. En tant que lien d'allégeance exclusive des individus à une structure politique collective¹⁰³², la citoyenneté peut s'appréhender comme la déclinaison individuelle de la souveraineté. Logiquement, elle est complexifiée dans le cadre fédéral, dans lequel le double niveau de décision politique se traduit par une double citoyenneté¹⁰³³. Cette complexification du statut de citoyen a été, *mutatis mutandis*, transposée au niveau européen par la mise en place, par le Traité de Maastricht de 1992, de la citoyenneté européenne, superposée et déterminée par référence aux citoyennetés étatiques. Les ressortissants d'une Fédération présentent ainsi une dualité juridique, qui complexifie leur statut, puisqu'ils sont appréhendés « [...] tantôt comme des nationaux fédéraux tantôt

¹⁰²⁹ L. Jaume, « Citoyenneté », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 96.

¹⁰³⁰ J. Chevallier, « L'État-nation », *RDP* n° 5, 1980, p. 1277.

¹⁰³¹ « La citoyenneté est un phénomène juridique. Cette proposition est une évidence, ou le serait s'il n'était devenu habituel d'opposer au point de vue du juriste, supposé artificiel et restrictif, diverses approches issues d'autres disciplines », J.-M. Denquin, « Citoyenneté », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 198.

¹⁰³² « La citoyenneté ne peut [...] être conçue que comme une citoyenneté exclusive, incompatible avec toute allégeance politique parallèle ou concurrente à quelques exceptions près liées à la singularité des modes de construction nationale [...] ; elle implique l'existence d'une seule identité politique, liée à l'appartenance à la collectivité nationale [...] », J. Chevallier, *L'État post-moderne*, Paris : Maison des Sciences de l'Homme, Issy-les-Moulineaux : LGDL-Lextenso, coll. Droit et société, 4^e éd., 2014, p. 222.

¹⁰³³ Ainsi que l'écrit Olivier Beaud, « alors que dans le cas de l'État, il n'y a ordinairement qu'une seule nationalité en raison du lien exclusif entre souveraineté et nationalité – la double nationalité (au sens étatique du terme) faisant figure d'exception – dans le cas de la Fédération, il existe, par définition, une double nationalité : la nationalité fédérale et la nationalité fédérée », O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2007, p. 218-219. La nationalité ici entendue désigne, mieux que le terme de citoyenneté, la qualité d'un individu ressortissant d'un État. La citoyenneté est en effet plus restrictive, puisqu'elle ne renvoie qu'aux nationaux qui satisfont certaines conditions (d'âge notamment) pour bénéficier des droits politiques.

comme des nationaux fédérés »¹⁰³⁴. La citoyenneté est donc largement tributaire de la forme de l'État, qui influence nécessairement le statut des individus vivant en son sein.

303. Si la citoyenneté désigne en premier lieu la capacité juridique à participer à l'exercice de la vie politique, elle a progressivement revêtu une signification complémentaire : elle consiste aussi dans un certain nombre de garanties, accordées aux sujets de droit contre l'exercice de la puissance de l'État¹⁰³⁵. Certains auteurs voient dans ce second aspect de la citoyenneté la preuve de la désuétude de la notion de souveraineté : l'État serait limité dans sa toute-puissance par la nécessité qu'il aurait de tenir compte des droits fondamentaux des individus qu'il régit¹⁰³⁶. Du point de vue du droit politique toutefois, de tels droits ne peuvent être que la conséquence de la souveraineté de l'État qui, par l'autorité dont il dispose alors, décide librement des droits dont il dote ses citoyens¹⁰³⁷. À cet égard, pourtant, les auteurs du droit politique restent prudents et se gardent bien de proposer une théorie définitive des droits subjectifs¹⁰³⁸ : l'exigence de cohérence les inciterait à adopter une posture nuancée, à la croisée des grandes doctrines des droits subjectifs¹⁰³⁹. Ils pourraient en ce sens reconnaître l'autorité politique

¹⁰³⁴ *Ibid.*, p. 221.

¹⁰³⁵ L'apparition de ce second aspect de la citoyenneté est due, pour Lucien Jaume, à l'influence des auteurs contractualistes ; il écrit ainsi que le citoyen « [...] est l'homme incité à la prise en compte du bien public (devoir du citoyen, civisme), recevant en échange la protection du public pour ses droits », qui comprennent à la fois les droits « politiques » (élection, éligibilité) que les droits proprement subjectifs (liberté, propriété, sûreté) ; L. Jaume, « Citoyenneté », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 96. Le lien entre nationalité et garantie des droits individuels est par ailleurs mis en lumière par Olivier Beaud, dans le cadre de la Fédération : O. Beaud, « Une question négligée dans le droit de la nationalité : la question de la nationalité dans une Fédération », *Jus politicum* n° 12, juillet 2014.

¹⁰³⁶ Marie-Claire Ponthoreau estime, à ce titre, que la souveraineté est dépassée dans un « État constitutionnel », dès lors que celui-ci serait limité par le droit, et plus précisément par les droits fondamentaux dont ses citoyens sont titulaires. Ainsi, « [...] le concept de souveraineté a commencé à se détériorer dans sa dimension interne : comment affirmer en même temps le caractère absolu du pouvoir politique et sa sujétion aux normes juridiques [?] La souveraineté devient en soi limitée », M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris : Economica, coll. Corpus. Droit public, 2010, p. 326-327.

¹⁰³⁷ C'est en effet ce qu'implique la définition « absolutiste » de la souveraineté de l'État, de « [...] concev[oir] les droits de l'homme comme des *tolérances* étatiques, révocables à tout moment par l'État », O. Beaud, « Souveraineté », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 742.

¹⁰³⁸ Michel Villey proposait une définition éclairante du droit subjectif, qui met en valeur son autonomie à l'égard de tout exercice de la puissance publique. Le droit subjectif est en ce sens « un droit qui émane de la personne, qui est inhérent à la personne, qui est son *attribut* : non pas un *objet*, quelque chose, quelque avantage que l'on pose en face du sujet, qu'on lui octroie de l'extérieur. Soyons précis : le droit subjectif est une *qualité* du sujet, une de ses *facultés*, plus précisément une franchise, une liberté, une possibilité d'agir », M. Villey, *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Paris : Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1969, p. 146.

¹⁰³⁹ En toute hypothèse, le droit politique ne recourt jamais à des formules empreintes d'un subjectivisme tel qu'il reconnaîtrait que « les droits subjectifs sont [...] davantage que des éléments contingents d'un ordre juridique. Ils en sont la condition de possibilité », O. Jouanjan, *Une histoire de la*

indiscutable des droits reconnus aux individus sans consacrer pour autant leur nécessité juridique. Contrairement à Carré de Malberg, qui privilégiait la puissance de l'État sur la question des droits des citoyens¹⁰⁴⁰, le droit politique semble concéder que la souveraineté n'est pas inconciliable avec la protection effective des libertés publiques au sens large. La pensée de Maurice Hauriou apporte un argument précieux à cet égard : pour le maître toulousain en effet, les droits des individus sont des institutions qui, sous cette forme, deviennent des droits objectifs et s'imposent à l'État¹⁰⁴¹. Sans pour autant succomber à la tentation naturaliste qui emporta le doyen de Toulouse¹⁰⁴², le droit politique dispose donc d'une ressource théorique lui permettant de concilier la souveraineté de l'État et la nécessité politique de consacrer les droits subjectifs.

304. En proposant de s'interroger sur la citoyenneté et les droits subjectifs qui lui sont attachés, les auteurs du droit politique mettent en lumière une nouvelle dimension du droit constitutionnel, celle des droits accordés aux individus et, le plus souvent, mis en œuvre par un juge constitutionnel. Cet aspect est bien sûr largement valorisé par une large partie de la doctrine constitutionnaliste française. L'approche *juspolitiste* présente cependant cette originalité de s'en saisir par d'autres voies, non parce que les droits sont au cœur de la jurisprudence ou parce qu'ils seraient naturels, mais parce qu'ils traduisent les modalités de la structure étatique¹⁰⁴³. De plus en plus pourtant, les systèmes juridiques sont habituellement analysés au regard de la seule protection des droits fondamentaux qu'ils mettent en œuvre, qui bénéficie elle-même d'une standardisation continue, à travers les différents États et organisations internationales. L'étude de la citoyenneté s'émancipe ainsi progressivement du cadre étatique ; elle n'est alors plus ce lien étroit entre la puissance publique et l'individu, elle se résume à l'exercice d'un certain nombre de droits, définis abstraitement. Il en résulte un concept de citoyenneté à vocation

pensée juridique en Allemagne (1800-1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX^e siècle, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 331.

¹⁰⁴⁰ Olivier Beaud écrit ainsi que, « en privilégiant la puissance ou la domination, Carré de Malberg minore forcément, quoi qu'il en dise, la question des droits des citoyens qu'il n'arrive pas à penser comme une nécessité démocratique », O. Beaud, « Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg. Ou comment articuler le citoyen, l'État et la démocratie », *Jus politicum* n° 8, septembre 2012.

¹⁰⁴¹ Hauriou écrivait par exemple : « il vient un moment où la procédure selon laquelle s'exerce un droit subjectif, et à laquelle le milieu social s'habitue, se fixe définitivement. Ce jour-là le droit subjectif devient prisonnier de la forme qu'il s'est donnée, qui est devenue objective et sociale », M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 620.

¹⁰⁴² Il affirmait en effet que « [...] les droits individuels des sujets et des citoyens qui sont les membres de la communauté nationale sont aussi naturels dans l'État que les pouvoirs du gouvernement de l'État lui-même », *ibid.*, p. 622.

¹⁰⁴³ Olivier Beaud insiste par exemple sur la nécessité de produire une théorie de la citoyenneté en lien avec celle de l'État. O. Beaud, « Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg. Ou comment articuler le citoyen, l'État et la démocratie », *Jus politicum* n° 8, septembre 2012.

universelle¹⁰⁴⁴, qui s'accommode mal des considérations relativistes du droit politique. Selon les *juspolitistes* en effet, le cadre de l'État véhicule une histoire et une culture spécifiques, dont le droit constitutionnel n'est que le fruit apparent et que les constitutionnalistes ne peuvent négliger. Malgré l'observation d'un mouvement global de convergence entre les différents systèmes juridiques, l'attention mérite donc toujours d'être portée sur l'étude des États, et sur la spécificité incontournable de chacun d'entre eux. D'ailleurs, le développement des droits fondamentaux, loin d'être le signe certain du dépérissement de l'État, peut au contraire s'analyser comme un vecteur du renforcement de sa puissance¹⁰⁴⁵. De ce fait, malgré les évolutions du droit positif et de la doctrine sur la notion de citoyenneté, Olivier Beaud continue à revendiquer une approche étatiste de ce concept¹⁰⁴⁶, seule susceptible selon lui de restituer le cadre politique dans lequel il recouvre sa dynamique caractéristique. C'est en ce sens d'ailleurs que le droit politique se saisit également de la notion de nationalité, davantage porteuse encore d'un principe de légitimité politique.

2. Une théorie inachevée de la nationalité

305. La citoyenneté entretient des liens étroits avec la question de la nation, puisque l'appartenance nationale est souvent le premier de ses critères. La nation est, depuis la

¹⁰⁴⁴ Dans la lignée de ce que préconisait par exemple Emmanuel Kant. Voir en ce sens : C. Colliot-Thélène, « Après la souveraineté : que reste-t-il des droits subjectifs ? », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008. Il est intéressant de noter, à cet égard, que la théorie juridique que proposait Hans Kelsen diffère sur ce point de la pensée du philosophe des Lumières, le maître autrichien privilégiant pour sa part une définition des droits de la citoyenneté par référence à l'État. Catherine Colliot-Thélène discerne à ce titre deux conceptions antagonistes : « conception statutaire [...] que celle de Kelsen, pour lequel le sujet de droit est constitué comme tel par les normes qui déterminent ce qui lui est interdit et ce qui lui est permis. Les normes juridiques étant nécessairement les normes posées par un État, puisqu'ordre juridique et État sont une seule et même chose, c'est en vertu de son appartenance à un État déterminé qu'un individu est sujet de droit. Conception universelle, au contraire, que celle de Kant, pour lequel le sujet de droit est pensable indépendamment des droits qu'il « possède ». Il ne possède certes véritablement ces droits, à titre de droits péremptoirs, que lorsqu'ils sont garantis par un pouvoir étatique, mais le point important est que le contenu de ces droits est indépendant du pouvoir qui les garantit », C. Colliot-Thélène, *La démocratie sans « demos »*, Paris : PUF, coll. Pratiques théoriques, 2011, p. 35-36.

¹⁰⁴⁵ Alexandre Viala évoque par exemple la « [...] complicité entre l'exaltation des droits subjectifs et la souveraineté étatique [comme] une des caractéristiques premières de la modernité juridique ». A. Viala, « Jean-Jacques Sueur, Pour un droit politique. Contribution à un débat Presses de l'Université Laval, collection Dikè, 2011, 331 p. », *Jus politicum* n° 12, juillet 2014.

¹⁰⁴⁶ O. Beaud estime ainsi que théoriser les libertés publiques supposerait une théorie de l'État sur laquelle se fonder, O. Beaud, « Remarques introductives sur l'absence d'une théorie des libertés publiques dans la doctrine publiciste. Ouverture d'un colloque de l'Institut Villey », *Jus politicum* n° 5, décembre 2010.

Révolution de 1789, le fondement théorique du pouvoir politique en France, le principe de légitimité de l'État. Ce lien entre nation et État relève à la fois du droit – qui octroie l'exercice de la souveraineté de l'État à la nation – et de la politique : l'État a besoin d'invoquer la source de son pouvoir et « c'est dans la nation qu'[il] trouve le fondement de son institution »¹⁰⁴⁷. À l'inverse, il peut être considéré que « seul l'État permet à la Nation de trouver son plein épanouissement et d'exister comme entité autonome ; sans État, une Nation n'est que virtualité, potentialité. La figure symbole de l'État indique qu'un saut qualitatif a été opéré et que la Nation accède à un autre mode d'existence »¹⁰⁴⁸. Carré de Malberg semble avoir partagé ce point de vue, en définissant l'État comme la personnification de la nation¹⁰⁴⁹. Ce lien consubstantiel entre puissance publique et nation n'est pourtant pas unanimement consacré, et il mérite donc une réflexion que les auteurs du droit politique ne semblent que modérément soucieux de conduire.

306. La définition de la nation, d'abord, souffre habituellement d'une définition assez sommaire, ne disposant d'aucune autonomie à l'égard du concept de souveraineté. Carré de Malberg écrivait par exemple : « la nation est donc souveraine, en tant que collectivité unifiée, c'est-à-dire en tant qu'entité collective, qui, par là même qu'elle est le sujet de la puissance et des droits étatiques, doit être reconnue comme une personne juridique ayant une individualité et un pouvoir à la fois supérieurs aux nationaux et indépendants d'eux »¹⁰⁵⁰. Si cette conception constitue l'aboutissement nécessaire à la théorie de Carré de Malberg¹⁰⁵¹, elle n'en reste pas moins discutable dans sa portée, en ce qu'elle ne permet d'envisager que le modèle d'État-nation, au détriment des nombreuses alternatives qui parsèment les systèmes juridiques à travers le monde.

307. Les auteurs du droit politique proposent, au contraire, une conception plus inductive de la nation, qui tiendrait compte de la diversité de ses manifestations dans le droit positif. Olivier Beaud revendique à ce titre une théorie de la nation qui ne soit pas « stato-

¹⁰⁴⁷ J. Chevallier, « L'État-nation », *RDJ* n° 5, 1980, p. 1280.

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*, p. 1279.

¹⁰⁴⁹ Le juriste strasbourgeois écrivait en effet : « [...] le principe de souveraineté nationale implique tout justement que l'État n'est pas autre chose que la nation, une fois celle-ci organisée. En d'autres termes, l'État et la nation ne font qu'un ; l'État et la nation ne sont que les deux faces d'un même être de droit ; la nation, en tant que personne, s'appelle l'État », R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État. Spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t.II, préf. É. Maulin, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 187.

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*, p. 173.

¹⁰⁵¹ Selon Éric Maulin en effet, Carré de Malberg « [...] pense que seul le principe de la souveraineté nationale est compatible avec la véritable théorie de l'organe parce que seul il autorise alors l'identification de la nation à l'État et non pas seulement à l'un de ses organes constitués », É. Maulin, « Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française », *Annales historiques de la Révolution française* n° 328, 2002, p. 15.

centrée »¹⁰⁵² – émancipée donc, du principe de souveraineté – mais qui soit au contraire suffisamment vaste pour couvrir le double lien qui unit les individus à la puissance publique dans une Fédération. Il conçoit ainsi la nationalité « [...] comme une institution de droit public interne, et pourquoi pas comme une « institution constitutionnelle » »¹⁰⁵³ non spécifique à l'État. Le droit politique ouvre ainsi la voie à une approche plus pragmatique de la nation, plus consciente aussi du ressort politique dont dispose ce concept. Cette posture mériterait toutefois d'être encore développée, en réponse notamment aux transformations du droit positif des États contemporains. La France a certes été relativement épargnée par les altérations qu'a connues le modèle de l'État national¹⁰⁵⁴, mais ce n'est pas le cas de la plupart des structures juridiques contemporaines, désormais contraintes à reconnaître la dualité de la notion de nation, comprise d'une part comme entité souveraine, d'autre part comme unité démographique et culturelle.

308. Le concept de nation revêt en effet une portée sociologique particulière qui, puisqu'il nourrit le droit constitutionnel positif, permet de mettre au jour les fondements de l'institutionnalisation de la puissance publique. L'intérêt de considérer spécifiquement la nation apparaît notamment dans un État plurinational, lorsque souveraineté et nation sont dissociées, et lorsque la reconnaissance de la diversité culturelle des citoyens emporte sur la puissance publique des conséquences structurelles. L'État multinational a ainsi été modélisé comme une alternative à l'hégémonie culturelle que représente l'État-nation¹⁰⁵⁵. Puisqu'il repose donc sur la reconnaissance de l'autonomie politique des différentes nations qui le composent, l'État multinational pourrait être subsumé sous la catégorie de la Fédération ; on pourrait en effet considérer que la division de l'exercice de la puissance publique entre la multination et les organes représentant les nations recoupe la distinction classique entre fédération et entités fédérées. Pour autant, même dans cette

¹⁰⁵² O. Beaud, « Une question négligée dans le droit de la nationalité : la question de la nationalité dans une Fédération », *Jus politicum* n° 12, juillet 2014.

¹⁰⁵³ *Ibid.* L'auteur se réfère alors à la pensée de Marcel Prélôt qui érigeait le droit de la nationalité en composante éminente du droit constitutionnel ; M. Prélôt, *Précis de droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, coll. Petits précis Dalloz, 1^{ère} éd., 1948, p. 12.

¹⁰⁵⁴ Le droit positif et notamment la jurisprudence, continuent en effet à proclamer l'unicité du peuple et le principe exclusif de sa souveraineté : CC, Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, *Rec.* p. 50 ; CC, Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, *Rec.* p. 71.

¹⁰⁵⁵ La multination est d'abord théorisée par Karl Renner, chancelier et Président autrichien, comme une nouvelle forme d'organisation politique rendue nécessaire par la chute des empires du XIX^e siècle et la disparité culturelle des populations et des territoires qui en résulte. Pour une généalogie de l'idée multinationale dans la pensée de Karl Renner, voir : S. Pierré-Caps, *La Multination, L'avenir des minorités en Europe centrale et orientale*, Paris : Odile Jacob, 1995, p. 262 et ss.

hypothèse, l'État multinational présente une originalité certaine à deux égards. D'abord, la partition politique de sa population ne se traduit pas par la consécration d'une double citoyenneté, mais par la reconnaissance simultanée d'une appartenance nationale et d'une appartenance citoyenne pour chaque ressortissant de l'État¹⁰⁵⁶. La multination n'est ainsi pas incompatible avec le principe de la souveraineté indivisible du peuple, comme en témoignent certaines dispositions constitutionnelles¹⁰⁵⁷. Dans un second temps, la multination se caractérise par un fédéralisme déterritorialisé ; la clef de l'équilibre pensé par Karl Renner réside précisément dans la dissociation entre la partition institutionnalisée de la population et le maintien de l'unité territoriale de l'État¹⁰⁵⁸. Ainsi que l'affirme Stéphane Pierré-Caps, il s'agit donc d'une « logique fédérale, assurément, mais bien différente de ce que le droit constitutionnel classique nous enseigne à ce propos »¹⁰⁵⁹. Il semble d'ailleurs que le modèle multinational se distingue fondamentalement du concept de Fédération construit par Olivier Beaud, en ceci qu'il ne s'assimile ni à une association d'États – ne serait-ce que parce que les nations sont *a priori* privées de territoire¹⁰⁶⁰ – ni véritablement au résultat d'un processus

¹⁰⁵⁶ L'article 1^{er} de la Constitution serbe dispose ainsi que « la République de Serbie est l'État du peuple serbe et de tous les citoyens qui y vivent ». Elle réserve ainsi la notion de peuple à la désignation de l'ensemble des citoyens, indépendamment de leur appartenance nationale. Cette distinction entre citoyenneté et nationalité, caractéristique de la multination, est étayée par le « droit de regard constitutionnel », c'est-à-dire le droit que reconnaît la Constitution à l'État de « se préoccuper » des membres de la majorité nationale qui sont citoyens et résidents d'un État tiers. Voir sur cette question : S. Pierré-Caps, « Les figures constitutionnelles de l'État-nation », in *Les mutations de l'État-nation à l'aube du XXI^e siècle, Actes du séminaire Unidem, Nancy, 6-8 novembre 1997*, Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe, 1998, p. 32-34.

¹⁰⁵⁷ C'est le cas de la Constitution de la Serbie du 8 novembre 2006. Elle démontre l'influence manifeste du modèle multinational puisque son article 75 alinéa 2 dispose que « les personnes appartenant à des minorités nationales, directement ou par leurs représentants, prennent part au processus décisionnel ou décident en toute indépendance de certaines questions relatives à la culture, l'éducation, l'information, et l'utilisation officielle des langues et de l'écriture par le biais de leurs droits collectifs, conformément à la loi ». Elle n'en prévoit pas moins, en son article 2, que « la souveraineté appartient aux citoyens qui l'exercent par la voie du référendum, de l'initiative populaire et en élisant librement leurs représentants. / Nul organe de l'État, organisation politique, groupe ou individu ne peut usurper la souveraineté des citoyens ni établir un gouvernement contre la volonté librement exprimée par les citoyens ».

¹⁰⁵⁸ Il en résulte un « fédéralisme personnel », déterritorialisé qui constitue l'originalité irréductible de la théorie de la multination : S. Pierré-Caps, *La Multination, L'avenir des minorités en Europe centrale et orientale*, Paris : Odile Jacob, 1995, p. 255-282. La théorie de l'État multinational ne doit cependant pas occulter la nécessité fonctionnelle d'une territorialisation *a minima*. En effet, « l'émancipation de la notion d'appartenance nationale au regard du critère territorial n'est [...] pertinente qu'au stade de la Constitution juridique de la Nation. Une fois instituée, celle-ci repose sur une pyramide organique au sein de laquelle chaque échelon s'appréhende en relation avec un territoire », J. Arlettaz, *L'État-nation à l'épreuve de la constitutionnalisation des langues régionales. Étude comparée : Belgique, Espagne, Italie, Suisse*, Paris : Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses. Droit public, 2014, p. 494.

¹⁰⁵⁹ S. Pierré-Caps, *La Multination, L'avenir des minorités en Europe centrale et orientale*, Paris : Odile Jacob, 1995, p. 268.

¹⁰⁶⁰ La multination ne correspond dès lors pas au modèle de la Fédération entendue comme une « union d'États » ; O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2007, p. 31 et ss.

d'agrégation¹⁰⁶¹. L'existence juridique d'un pluralisme national emporte pourtant des conséquences fondamentales sur la structure étatique en cause, notamment parce qu'elle détermine la légitimité du pouvoir mis en œuvre en son sein¹⁰⁶².

309. Au-delà de l'hypothèse circonscrite de la multination, le concept de nation invite à considérer sa dimension sociologique dans son rapport au droit, et encourage dès lors à mesurer son influence sur l'organisation et l'exercice de la puissance de l'État. Jordane Arlettaz a ainsi démontré que la reconnaissance de la pluralité linguistique sur un territoire et au sein d'une même nation entraîne une transformation structurelle de l'État, en affectant aussi bien sa population, que son territoire et son gouvernement¹⁰⁶³. La question de la diversité culturelle et ses enjeux politiques sont certes évoqués dans les travaux du droit politique, mais ils ne bénéficient alors que d'un traitement lapidaire. Ainsi, lorsqu'il aborde la question délicate de l'homogénéité nationale, théorisée notamment par Carl Schmitt¹⁰⁶⁴, dans la Fédération, Olivier Beaud considère que l'homogénéité n'est pas une condition absolue du succès de la construction fédérale, si tant est qu'elle puisse être objectivement appréciée¹⁰⁶⁵. Si un minimum d'ambition politique est bien entendu nécessaire pour initier un mouvement d'agrégation fédérale, la diversité nationale ne représente *a priori* pas une entrave, selon Olivier Beaud, au

¹⁰⁶¹ Olivier Beaud exclut en effet de son étude du fédéralisme les hypothèses de désagrégation d'États : *ibid.*, p. 32-33.

¹⁰⁶² La mutation du principe de légitimité ne concerne pas uniquement l'État multinational, mais anime également des transformations structurelles de l'État-nation ; celui-ci choisit en effet parfois de renouveler son autorité sur le fondement de la reconnaissance de la diversité nationale. Voir en ce sens, J. Arlettaz, « La constitutionnalisation des langues régionales, élément nouveau de légitimation de la souveraineté étatique. À propos de la France, l'Espagne et l'Italie », *Politeia* n° 7, 2005, p. 407-423.

¹⁰⁶³ Jordane Arlettaz écrit en effet que « la langue s'inscrit [...] fondamentalement dans la définition générale de l'État en ce qu'elle vient affecter les trois éléments constitutifs de ce dernier. Le territoire national est en effet divisé en territoires linguistiques [...]. Le Gouvernement reçoit dans l'État plurilingue un aménagement interne singulier, lié à l'accroissement du pouvoir normatif des territoires linguistiques. La population se soumet au pouvoir de l'État en constituant une seule et même Nation, par la reconnaissance de la diversité linguistique. En ce sens, le régime linguistique de l'État, qu'il soit unilingue ou plurilingue, apparaît comme un élément de définition de celui-ci », J. Arlettaz, *L'État-Nation à l'épreuve de la constitutionnalisation des langues régionales. Étude comparée : Belgique, Espagne, Italie, Suisse*, Paris : Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses. Droit public, 2014, p. 526.

¹⁰⁶⁴ Pour le juriste allemand, en effet, « [...] toute fédération repose sur une condition préalable capitale, l'homogénéité de tous les membres de la fédération [...]. Cette homogénéité peut englober divers aspects de l'existence humaine. Il peut exister une homogénéité nationale, religieuse, liée à la civilisation, sociale, de classe, ou de toute autre nature », C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, préf. O. Beaud, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 522. Cette condition fondamentale dans le concept présenté par Schmitt est largement nuancée par Olivier Beaud, « La question de l'homogénéité dans une Fédération », *Lignes* n° 13, 2004, p. 110-129.

¹⁰⁶⁵ L'homogénéité dans une Fédération peut s'apprécier par référence à la fois à des critères objectifs – tels que la langue, l'ethnie, la culture ou la religion – et à de critères subjectifs, traduisant une certaine volonté de vivre collectivement : *ibid.*, p. 114-115.

développement d'une Fédération dès lors hétérogène¹⁰⁶⁶. C'est par la mise en place de mécanismes juridiques fondés sur l'établissement d'une citoyenneté supranationale que se construira progressivement une certaine homogénéité¹⁰⁶⁷. Les données culturelles ne sont donc considérées qu'*a minima*.

310. La réflexion sur la nationalité est pourtant intéressante en ce qu'elle explore le lien politique entre pérennité d'une structure politique et unité de sa population. Dans le cadre du droit politique, elle n'en reste pas moins doublement limitée, au cadre de la Fédération d'une part, aux mécanismes d'agrégation d'entités politiques d'autre part. La question de l'homogénéité dans un État-nation est finalement évacuée par le traitement constitutionnel de la souveraineté qui semble garantir, sans nuance, l'unité de la nation ; cela laisse en suspens la question de sa désagrégation, qui peut influencer fondamentalement la structure de l'État, par-delà les dispositions constitutionnelles¹⁰⁶⁸. La théorie du droit politique mériterait donc de nouveaux développements consacrés à la nation, concept dont la nature ambivalente, politique et juridique, répond adéquatement à ses postulats scientifiques. Pour autant, les travaux du droit politique parviennent à démontrer les liens étroits qu'ils consacrent entre le droit constitutionnel et la théorie de l'État : c'est seulement par cette dernière que peut s'exprimer la force structurante de la Constitution. Ce n'est toutefois qu'une étape préalable, car la conceptualisation de l'État suppose également de s'émanciper de la seule étude du droit positif.

§2 : *Un objet étudié par-delà le droit constitutionnel positif*

311. Dans la droite lignée de la doctrine classique de la *Allgemeine Staatslehre*, le droit politique n'est pas indifférent aux dimensions extra-juridiques que revêt la notion d'État. Au contraire, celle-ci représente pour lui un instrument opportun de connexion entre le monde du droit et celui des faits. Certes, les auteurs du droit politique sont d'abord des

¹⁰⁶⁶ Selon Olivier Beaud, l'hétérogénéité n'est pas en soi un obstacle à condition qu'elle soit assumée et institutionnalisée par la Fédération. C'est par exemple le cas au sein de l'Union européenne ; *ibid.*, p. 125.

¹⁰⁶⁷ En effet, « comme pour toute société qui a tendance à être plus « mécanique » qu'organique, la Fédération hétérogène a davantage besoin d'être régulée par le droit. Le rôle des tribunaux est donc amené à croître dans ce genre de Fédération », *ibid.*

¹⁰⁶⁸ La Belgique représente à ce titre une illustration idoine de cette problématique. Le fédéralisme qui y est institué en 1993 répond d'abord à une réalité linguistique tripartite, caractérisée notamment par l'opposition entre Wallons et Flamands. Voir par exemple : F. Delpérée (dir.), *La constitution fédérale du 5 mai 1993*, Bruxelles : Bruylant, coll. Centre d'études constitutionnelles et administratives, 1993, 292 p.

juristes et ils admettent bien volontiers qu'ils ne sauraient, à ce titre, livrer une analyse exhaustive du concept d'État. Il semble toutefois qu'ils ne puissent délaissier une certaine dimension théorique et sociologique de l'État, ainsi que les y invite la théorie générale de l'État (A). Par cette émancipation à l'égard des postulats strictement normativistes et par la consécration de l'autonomie conceptuelle de l'État à l'égard du droit, les auteurs du droit politique portent un regard plus réaliste sur les modèles traditionnels de la science du droit. Ce faisant, ils mettent au jour l'apport scientifique de la démarche étatiste, qui autorise et encourage, davantage sans doute que l'approche normativiste, une approche dynamique et prospective des systèmes juridiques (B).

A. Une théorie générale de l'État

312. En choisissant de distinguer le droit et l'État, le droit politique s'impose la nécessité d'identifier l'emprise factuelle, politique et sociale, de l'État, et les termes de sa relation avec le droit. En cette occasion, les auteurs *juspolitistes* se distinguent à nouveau subtilement de la théorie classique de l'État : ils s'accordent certes sur le fait que l'État est le premier producteur de droit, mais le droit politique l'envisage davantage comme une fiction sociale que comme une pure construction juridique (1). C'est cette fiction qui, pour eux, est ensuite consacrée et structurée par le droit (2).

1. Une fiction au fondement du droit

313. En tant qu'instrument de la pensée juridique, le concept d'État n'apparaît pas seulement comme un modèle d'organisation politique dans la pensée *juspolitiste* ; il est aussi appréhendé comme une notion politique, dans laquelle le droit puise les moyens de son effectivité. Pierre-Marie Raynal identifie ainsi l'État à une « fiction »¹⁰⁶⁹, c'est-à-dire un « comme si », une idée mobilisée « [...] pour faire advenir à la concrétion du langage une phénoménalité impalpable et résistante »¹⁰⁷⁰. Cette fiction est collective, générale, politique : l'État est une enveloppe conceptuelle qui, porteuse d'une légitimité institutionnalisée, justifie l'existence du droit et représente à ce titre un instrument de

¹⁰⁶⁹ P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 256.

¹⁰⁷⁰ S. Travers de Faultrier, « Le « comme si » à l'ère du soupçon », *Raisons politiques* n° 27, 2007, p. 107.

gouvernement¹⁰⁷¹. Présenté comme une fiction, l'État pensé par le droit politique fait écho à la définition qu'en donnait Georges Burdeau. Pour lui, « l'État est, au sens plein du terme, *une idée*. N'ayant d'autre réalité que conceptuelle, il n'existe que parce qu'il est pensé »¹⁰⁷². L'auteur insiste plus loin, estimant que l'État « [...] n'est pas une construction de l'esprit destinée à rendre compte d'une réalité préexistante. Il est, lui-même, toute la réalité qu'il exprime car cette réalité réside entièrement dans l'esprit des hommes qui la conçoivent »¹⁰⁷³.

314. En tant que fiction, l'État est présenté comme le fruit d'une construction psychologique collective, dépendant à ce titre de la reconnaissance de ses sujets. C'est ce qu'exprime clairement Carlos-Miguel Pimentel : « [...] l'État n'a pas d'existence en dehors de la reconnaissance de ses sujets, qui, à elle seule, suffit à le constituer »¹⁰⁷⁴. Cette proposition aux accents hauriouiens¹⁰⁷⁵ conduit le droit politique à envisager l'État comme une « super-institution »¹⁰⁷⁶. Comme dans la pensée institutionnelle d'Hauriou¹⁰⁷⁷, l'État apparaît ainsi, dans les travaux du droit politique, comme le fruit d'un consensus social qui garantit la légitimité du pouvoir exercé en son nom. Olivier Beaud défend par exemple en ce sens l'idée de la « légitimité étatique » de la V^e République, « [...] dès lors qu'on admet que la légitimité concerne tant l'origine que l'exercice du pouvoir »¹⁰⁷⁸. En tant que cadre fictionnel du système politique, en tant que

¹⁰⁷¹ « Ainsi le système étatique requerrait-il de faire *systématiquement* « comme si » le droit positif était l'œuvre de l'État, alors même qu'une volonté invoquée et non effective est par définition incapable de poser un quelconque énoncé », P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 256. Georges Burdeau estimait pour sa part que l'État « [...] est artifice puisque n'appartenant pas au monde des phénomènes concrets, il n'a de réalité que conceptuelle. Mais c'est un artifice nécessaire parce qu'il procure à la conscience nationale un irremplaçable moyen d'expression », G. Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris : LGDJ, 19^e éd., 1980, p. 17.

¹⁰⁷² G. Burdeau, *L'État*, préf. P. Braud, Paris : Seuil, coll. Points. Série Essais, 2009, p. 10 ; nous soulignons.

¹⁰⁷³ *Ibid.*

¹⁰⁷⁴ C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

¹⁰⁷⁵ Maurice Hauriou écrivait en effet que « le pouvoir de droit est consenti, mais, d'une façon indirecte, et non pas d'une façon directe. Ce qui est directement accepté et consenti par les sujets, c'est l'institution à laquelle il est lié et au nom de laquelle il est exercé : c'est, par exemple, l'institution de la Couronne ou celle de l'État », M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 18.

¹⁰⁷⁶ « L'État est une institution et il contient dans son sein d'autres institutions auxquelles il sert de support : il est « l'institution des institutions » », M. Hauriou, *Principes de droit public*, préf. O. Beaud, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2010, p. 125-126.

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*, p. 145 et ss.

¹⁰⁷⁸ O. Beaud, « À la recherche de la légitimité de la V^e République », *Droits* n° 44, 2006, p. 78. Cette citation n'est pas sans évoquer la pensée de G. Jellinek : « [...] le pouvoir de l'État doit, sauf à certaines époques de transition, reposer sur la conviction qu'a le peuple de la légitimité de ce pouvoir : cela est vrai pour toutes les formes de l'État, même pour la monarchie absolue », G. Jellinek, *L'État moderne et son*

métonymie de la communauté politique, l'État est en effet le réceptacle d'une légitimité qui ruisselle, à travers lui, jusqu'aux institutions qui le représentent par mandat constitutionnel. Il devient alors un concept incontournable pour concevoir l'autorité du droit.

315. Selon le droit politique, « l'État n'est pas l'État parce qu'il est obéi ; il n'est obéi que parce qu'il est collectivement reconnu »¹⁰⁷⁹. À cet égard, l'État apparaît comme le pont nécessaire entre gouvernants et gouvernés, comme le filtre fictif de l'autorité des seconds sur les premiers¹⁰⁸⁰. Il est à la fois le moyen et la fin d'un dialogue permanent dans l'exercice du pouvoir, dialogue dont le droit est l'instrument privilégié. Comme l'affirme Pierre-Marie Raynal, « l'invocation de la volonté étatique n'est pas exclusivement effectuée par l'acteur gouvernant pour justifier son habilité à commander, puisqu'elle est également susceptible d'être mobilisée par l'acteur gouverné pour justifier son devoir d'obéir »¹⁰⁸¹. Indépendamment donc du système politique auquel est confié l'exercice du pouvoir de l'État, indépendamment aussi du contenu des mesures adoptées en son sein – variable au gré des alternances politiques –, la fiction étatique garantit la reconnaissance de l'obligatorité des prescriptions juridiques édictées. À l'inverse, les sujets de droit prouvent qu'ils continuent à faire vivre la fiction de l'État en se conformant dans l'ensemble aux exigences formulées dans les énoncés juridiques. En adoptant cette conception de l'État comme une fiction para-juridique, les auteurs du droit politique trahissent une posture sociologiste¹⁰⁸², c'est-à-dire une démarche qui se refuse à couper le droit de son fondement social. Ainsi, relisant Hauriou, reconsidérant Burdeau, ils plongent leur objet dans le terreau social qui lui est logiquement associé. Ils se refusent pourtant à l'y dissoudre. Ils rompent ainsi notamment avec la posture trop radicale de Burdeau¹⁰⁸³ ; les *juspolitistes* restent des juristes, même si leur démarche

droit. Deuxième partie. Théorie juridique de l'État, trad. G. Fardis, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2005, p. 56.

¹⁰⁷⁹ C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

¹⁰⁸⁰ Ainsi que l'écrivait Georges Burdeau, « [...] les hommes ont inventé l'État pour ne pas obéir aux hommes », G. Burdeau, *L'État*, préf. P. Braud, Paris : Seuil, coll. Points. Série Essais, 2009, p. 11.

¹⁰⁸¹ P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 263.

¹⁰⁸² Considérer l'État comme une fiction de gouvernement, un instrument politique sur lequel s'appuie l'édifice juridique, évoque, par exemple, la pensée de Pierre Bourdieu, qui proclamait que « faire de l'accumulation du capital physique le premier moteur de la construction de l'État relève d'une logique mono-causale tout à fait naïve. Pas d'accumulation de capital physique, donc, sans accumulation simultanée ou préalable de capital symbolique », P. Bourdieu, « Cours du 21 février 1991 », in *Sur l'État. Cours au Collège de France 1989-1992*, Paris : Raisons d'agir, Seuil, coll. Cours et travaux, 2012, p. 339.

¹⁰⁸³ Cet auteur a en effet été conduit à abandonner progressivement l'analyse juridique pour se consacrer à la science politique : J. Leca, « Faut-il revisiter Georges Burdeau ? Retour sur une conception

pluridisciplinaire les conduit à connecter leur objet au contexte politique et social qui le nourrit. Ils montrent ainsi la portée explicative qu'ils entendent conférer au concept d'État : celui-ci est une donnée indispensable pour penser le phénomène juridique. Il est, en retour, institutionnalisé par le droit lui-même.

2. Une fiction institutionnalisée par le droit

316. Le droit politique affiche, à l'égard de l'État, une démarche institutionnaliste ; si la fiction sociale que constitue l'État dispose d'une certaine pérennité, c'est parce que le droit le dote d'une structure qui le stabilise. Pour autant, comme l'écrivait Maurice Hauriou, « [...] l'institution de l'État, envisagée dans ses réalités profondes et dans ses équilibres fondamentaux, continue d'être consacrée juridiquement par un consentement coutumier, dans lequel baignent constitutions et lois organiques »¹⁰⁸⁴. La relation entre État et droit est donc réciproque, l'un ne pouvant être envisagé sans l'autre.

317. En tant que représentation de la collectivité nationale, l'État est en premier lieu l'objet du droit constitutionnel ; celui-ci organise l'exercice du pouvoir et trouve dans l'État son point d'imputation ultime, quoique parfois implicite. Les pouvoirs constitués sont ainsi habilités à agir au nom de l'État¹⁰⁸⁵. Il en va de même du pouvoir constituant qui, expression du pouvoir souverain dans l'État¹⁰⁸⁶, établit à quelles conditions sera exercé le pouvoir étatique. Les autorités habilitées par ce moyen, les gouvernants institutionnalisés, font ainsi figure de « magistrats »¹⁰⁸⁷ du souverain, et s'agrègent à lui

(« dépassée »?) de la science politique d'un « constitutionnaliste » déçu et nostalgique », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

¹⁰⁸⁴ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 95.

¹⁰⁸⁵ Et certaines institutions s'en réclament d'ailleurs expressément, comme c'est le cas en France, où les lois sont assorties, lors de leur promulgation, d'un alinéa final annonçant que « la présente loi sera exécutée comme loi de l'État ».

¹⁰⁸⁶ Nous ne nous attardons pas ici sur le lien affirmé entre souveraineté et pouvoir constituant, qui fera l'objet d'une démonstration plus approfondie dans le chapitre suivant, et qui fait l'objet d'une démonstration d'ampleur dans l'ouvrage d'Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, 512 p.

¹⁰⁸⁷ Le terme de « magistrats », hérité du vocable antique, apparaît sous la plume d'Olivier Beaud lorsqu'il analyse la pensée de Jean Bodin, et qu'il emprunte ainsi son langage. Cette désignation présente l'avantage d'une certaine neutralité par rapport à l'emploi de termes comme gouvernants, représentants, délégués, mandataires, habilités... qui manquent de généralité en la matière. Pour une distinction argumentée de ces différentes notions, voir : O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 163-178 et p. 188-190.

pour constituer l'État¹⁰⁸⁸. Ainsi que l'affirme Olivier Beaud, « la souveraineté reste aux mains d'un nouvel ensemble (la République) composé du Souverain et des magistrats. Elle est donc désormais attribuée ou imputée à cet ensemble qu'on nommera plus tard la personne juridique de l'État »¹⁰⁸⁹. C'est donc le droit qui parachève la construction de l'État, car, en étant « conçu cette fois comme un « pouvoir institutionnalisé » et non pas seulement comme un pouvoir souverain, l'État acquiert la pérennité et l'impersonnalité qu'on lui connaît »¹⁰⁹⁰. Le lien avec la pensée de Maurice Hauriou est à ce titre manifeste¹⁰⁹¹.

318. L'approche institutionnaliste, « [...] à la différence des théories juridiques classiques, veut tenir compte de la dimension sociale de l'État et du droit : [elle] veut tenir compte du pouvoir. Il s'agit donc de constituer une théorie du droit qui regarde le droit d'un autre point de vue que la théorie classique parce qu'elle regarde la dimension sociale du droit, mais qui soit en même temps une théorie pleinement juridique – ce que permet l'interdisciplinarité véritable [...] »¹⁰⁹². Cette analyse de la pensée de Maurice Hauriou que livre Éric Millard, pourrait sans mal résumer une des ambitions affichées par le droit politique, à mi-chemin entre une conception normativiste de l'État – fondée sur l'aveuglement volontaire à son caractère social¹⁰⁹³ – et une conception sociologique, qui déconstruirait le droit pour ne considérer que le fait social qu'il dissimule¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁸⁸ Cela implique alors que l'État soit distingué de l'ensemble des gouvernants qui agissent en son nom : O. Beaud, « L'honneur perdu de l'État ? », *Droits* n° 15, 1992, p. 6.

¹⁰⁸⁹ O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 178.

¹⁰⁹⁰ *Ibid.*, p. 180. Dans ce cas, l'État est bien une institution, définie dans un « [...] sens purement formel de pérennisation et d'impersonnalisation du pouvoir », O. Beaud, « La notion d'État », *Archives de philosophie du droit*, n° 35, 1990, p. 133.

¹⁰⁹¹ Comme Olivier Beaud, le maître toulousain estimait, dans une farouche critique du subjectivisme, que la personnalité de l'État constituait le parachèvement de la construction institutionnelle de l'État et non son fondement : « il faut supposer que la personnalité juridique de l'État, au lieu d'être un point de départ, ne soit au contraire qu'une résultante et un point d'arrivée. Tout le monde admet que sous la forme État se trouve aménagée une nation. Au lieu d'analyser la forme État immédiatement en la personnification de la nation, il faut l'analyser en un régime politico-juridique, particulièrement ordonné et équilibré, constituant un aménagement raisonnable de la nation et d'ailleurs servant ensuite de base à sa personnalité », M. Hauriou, *Principes de droit public*, préf. O. Beaud, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2010, p. 71.

¹⁰⁹² É. Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société* n° 30-31, 1995, p. 384.

¹⁰⁹³ Dans l'hypothèse de la théorie normativiste notamment, cet aveuglement au caractère social résulte d'une préoccupation épistémologique. Ainsi selon Kelsen, « cette séparation entre la science normative du droit et les sciences causales en général, et, en particulier, celles qui, comme la psychologie sociale et la sociologie, reposent sur le principe de causalité, constitue un des postulats essentiels qui promeut la pureté de la théorie du droit au rang de science », H. Kelsen, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », 1953, in *Droit et société* n° 22, 1992, p. 555.

¹⁰⁹⁴ Il est toutefois nécessaire de préciser que l'analyse sociologique que livre Hauriou de l'État va beaucoup plus loin que celle qu'en propose le droit politique ; elle comprend des considérations quant au système économique, social et idéologique qui a vu le développement de l'État, considérations dont on ne retrouve pas l'équivalent dans les travaux *juspolitistes*. Cette analyse est notamment dispensée dans l'ouvrage suivant : M. Hauriou, *Principes de droit public*, préf. O. Beaud, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2010, 734 p.

319. Ce faisant, le droit politique marque une distance certaine à l'égard de la *Allgemeine Staatslehre*, et notamment de Raymond Carré de Malberg ; ce dernier écrivait par exemple que « [...] la personnalité de l'État n'est pas une formation naturelle en ce sens qu'elle préexisterait à toute organisation constitutionnelle [...] : mais elle est une conséquence de l'ordre juridique avec l'établissement duquel a coïncidé la naissance de l'État. Elle est donc une notion exclusivement juridique, en ce sens déjà qu'elle prend sa source dans le droit »¹⁰⁹⁵. Les auteurs du droit politique admettent volontiers que la personnalisation de l'État relève de la construction juridique¹⁰⁹⁶. Si l'État est avant tout considéré comme le fruit d'une dépersonnalisation politique du pouvoir – puisqu'il parvient à dissimuler le visage des gouvernants sous son « masque »¹⁰⁹⁷ –, il est également le fruit d'une personnalisation juridique, qui fait de lui un sujet majeur du droit positif ; il offre ainsi au système juridique un point d'imputation nécessaire à l'établissement d'un régime de la responsabilité administrative dans l'exercice de la puissance publique¹⁰⁹⁸. Cette exigence fonctionnelle a été mise en lumière par Carré de Malberg qui a en ce sens élaboré une théorie de l'organe : « [...] il faut entendre par organes les hommes qui, soit individuellement, soit en corps, sont habilités par la Constitution à vouloir pour la collectivité et dont la volonté vaut, de par cette habilitation statutaire, comme volonté légale de la collectivité »¹⁰⁹⁹. Cette thèse n'emporte toutefois

¹⁰⁹⁵ R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État. Spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t.I, préf. É. Maulin, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 28.

¹⁰⁹⁶ Car « [...] il y a, en droit constitutionnel ou dans d'autres « branches » du droit, des situations juridiques où il est nécessaire d'imputer des actes à la personne juridique la plus élevée, et par conséquent de se référer à elle comme souveraine. C'est le cas dans la vie interne de l'État, par exemple pour faire apparaître sa relation de supériorité vis-à-vis d'autres collectivités infra-étatiques (telles que les collectivités territoriales en France). Faire de l'État une personne souveraine permet aussi de faire remonter à son niveau un certain nombre de droits et d'obligations. On peut alors parler de « responsabilité de l'État », de « dette publique », etc. », D. Baranger, *Le droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 7^e éd., 2017, p. 50.

¹⁰⁹⁷ Pierre-Marie Raynal écrit ainsi que « [...] conformément au principe de monopolisation propre à la souveraineté, aucun acteur ne peut valablement commander sur le territoire concerné, soit dire le droit positif, s'il n'arbore pas le masque de l'État », P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 260. Olivier Beaud présente une idée similaire lorsqu'il écrit que « dire que l'État est une institution, c'est affirmer qu'il doit être intellectuellement conçu comme indépendant de l'existence des gouvernants [...] », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 179. Cette ambition de dépersonnalisation du pouvoir que traduit l'avènement de l'État apparaît également sous la plume de Maurice Hauriou : « en réalité, le pouvoir est accepté en qualité de représentant de l'institution fondamentale. La construction juridique du pouvoir de droit répugne au pouvoir personnel [...] », M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 18.

¹⁰⁹⁸ Marie-Claire Ponthoreau écrit à ce propos que « la théorie de la personnalité morale présente l'avantage d'attribuer directement la souveraineté à l'État et ainsi de pouvoir lui imputer des actes », M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris : Economica, coll. Corpus. Droit public, 2010, p. 331.

¹⁰⁹⁹ R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, t.II, préf. É. Maulin, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 286.

pas la pleine conviction des auteurs *juspolitistes*, par l’empreinte positiviste dont elle témoigne. Le lien entre organe et État que proposait Carré de Malberg ne se conçoit en effet qu’en termes strictement juridiques alors que, « au contraire, la démarche de droit politique entreprise entend rompre avec cette conception normative de la représentation, car la grille d’analyse proposée s’étend en-deçà des données fournies par le droit positif [...] »¹¹⁰⁰. L’analyse institutionnelle adoptée par les *juspolitistes* invite à dépasser ce carcan positiviste, en envisageant l’autonomie sociale de l’État à l’égard du droit. Dans cette perspective, la théorie de la personnalité juridique de l’État dispose bien d’une certaine autorité, mais elle ne suffit pas à en restituer toute la complexité¹¹⁰¹.

320. La posture institutionnaliste favorise ainsi une approche plus politique, « multidimensionnelle »¹¹⁰² de l’État, ce qui ne signifie pas pour autant que le droit politique adopte aveuglément la posture de Maurice Hauriou dans son entier. Le point d’achoppement le plus manifeste entre ces deux théories réside dans la définition retenue de la souveraineté. Le doyen toulousain en « [...] offrait une définition particulière [...] : il s’agissait d’une puissance d’action, autonome dans son principe. Elle n’était pas synonyme de prépotence, de pouvoir illimité ou inconditionné. Cela ne pouvait d’ailleurs advenir dès lors que selon [Hauriou], la souveraineté de l’État coexistait avec la souveraineté nationale et la souveraineté individuelle des citoyens que transcrivait la « Constitution sociale » [...] »¹¹⁰³. En opposant à la souveraineté de l’État l’existence de droits subjectifs institutionnalisés¹¹⁰⁴ dont il doit garantir le respect, Maurice Hauriou attribue à la « Constitution sociale » une autonomie à l’égard de l’État, qui n’est guère compatible avec la conception stato-centrée du droit proposée par les *juspolitistes*¹¹⁰⁵. Influencés par une pensée désormais classique, ces derniers n’en proposent pas moins une pensée complexe de l’État, qui ne se contente pas de compiler les différentes théories

¹¹⁰⁰ P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 276.

¹¹⁰¹ Olivier Beaud estime en effet que l’appréhension de l’État comme personne juridique conduit à le réduire à un sujet de droit, au détriment de son caractère social et objectif : O. Beaud, « La notion d’État », *Archives de philosophie du droit*, n° 35, 1990, p. 133.

¹¹⁰² Nous reprenons ici une formule utilisée par Denis Baranger à propos de la Constitution et par laquelle il entend montrer qu’elle est « [...] un tout complexe, multidimensionnel qui n’est pas réductible à un ensemble de normes » ; D. Baranger, « Un chantier qui ne prend jamais fin. Le juge, les révisions, et les autres formes de changement constitutionnel dans la France contemporaine », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017. Elle semble également pertinente pour caractériser le concept d’État tel qu’il est déployé au sein du droit politique, notamment pour souligner sa différence avec celui que retient la doctrine normativiste.

¹¹⁰³ N. Foulquier, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », *Jus politicum* n° 2, mars 2009.

¹¹⁰⁴ Hauriou a ainsi écrit que « les droits individuels sont à la fois des institutions juridiques objectives et des droits subjectifs », M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 618.

¹¹⁰⁵ Voir en sens *infra*, Section 2, §1, A, 1.

établies au siècle dernier. En privilégiant une conception sociale de l'État, le droit politique s'autorise à projeter ce modèle sur des ordres juridiques dont l'identification ou la structure normatives ne sont pas clairement affirmées, témoignant à cet égard d'une capacité théorique de projection qui fait logiquement défaut à une approche normativiste.

B. Une théorie prospective de l'État

321. La démarche adoptée par le droit politique à l'égard de l'État lui permet de construire un objet indépendant du droit au sens large. La construction d'un concept autonome d'État autorise alors la prospection extra-normative : là où les normes restent parfois silencieuses quant à la structure dans laquelle elles s'inscrivent, le modèle étatique préalablement élaboré permet de systématiser l'apport implicite du droit positif. Comme le démontrent certains travaux du droit politique, le modèle étatique au sens large constitue, en ce sens, un outil efficace pour l'étude d'objets juridiques en construction, dont l'Union européenne notamment constitue un exemple éclairant (1). Même si cela est moins directement évoqué par les *juspolitistes* eux-mêmes, leur démarche les autorise également à étudier la transformation des structures politiques plus anciennes (2).

1. L'étude de nouveaux objets

322. Le concept d'État et toutes ses déclinaisons permettent au droit politique de se projeter au-delà de la norme, dans des champs où l'existence même d'un droit constitutionnel est controversée. L'établissement de ces différents modèles permet ainsi de saisir les dynamiques à l'œuvre dans les structures politiques, avant même qu'elles ne transparaissent expressément dans le droit positif. L'étude de l'Union européenne, cet « objet politique non identifié »¹¹⁰⁶, révèle à ce titre les limites d'une approche strictement normative des constructions politiques, et les atouts manifestes, en comparaison, de la démarche adoptée par le droit politique. D'abord, la mobilisation du concept renouvelé de Fédération que défend Olivier Beaud permet de contourner l'impasse à laquelle aboutit la traditionnelle confrontation entre Confédération et État fédéral. Le « dilemme de

¹¹⁰⁶ Selon une célèbre formule de Jacques Delors, alors président de la Commission européenne, employée pour la première fois lors d'un discours le 9 septembre 1985.

Calhoun »¹¹⁰⁷, qui résume le fédéralisme à ces deux modèles irréductibles, est impuissant face à l'originalité de la construction européenne. Ainsi, pour Jean-Louis Quermonne par exemple, « [...] il serait contre-productif de vouloir à tout prix assimiler aujourd'hui l'Union européenne à une confédération d'États dont elle a dépassé le stade, ou à un État fédéral. Ce que suggère en revanche, l'avènement du Traité constitutionnel, c'est plutôt l'émergence d'une « troisième voie » entre ces deux concepts [...] »¹¹⁰⁸. En construisant un concept générique de Fédération, autonome de la souveraineté¹¹⁰⁹, Olivier Beaud propose une voie médiane, plus à même de rendre compte de la construction européenne¹¹¹⁰.

323. Il semble en effet que l'Union européenne procède d'un évanouissement de la souveraineté ; Vlad Constantinesco estime en ce sens, que, au cours de la construction communautaire, « [...] la souveraineté se serait dissoute, sans que soit abordé ni résolu le principal problème qu'elle pose, à savoir celui de sa localisation, au centre ou à la périphérie. Car l'Union européenne oscille entre deux difficultés existentielles : une dissolution des souverainetés (des États), mais sans reconstitution d'une souveraineté (de l'Union) »¹¹¹¹. Le modèle fédératif constitue donc une piste intéressante pour explorer la nature de la construction communautaire. Il revêt cependant une portée très vaste, peut-être trop générale pour permettre de souligner la spécificité européenne. Cet inconvénient de la Fédération est immédiatement compensé par un avantage paradoxal ; en étant suffisamment souple, le concept de Fédération permet de rendre compte du caractère dynamique, progressif et évolutif, de la construction européenne. On peut cependant s'interroger sur la pertinence de concepts plus idoines que celui de Fédération pour restituer la spécificité de la construction communautaire. En effet, si Olivier Beaud considère que la théorie de la supranationalité, développée notamment par Paul Reuter,

¹¹⁰⁷ Du nom de John Calhoun, homme politique et théoricien des États-Unis. Pour d'importants développements sur la pensée de Calhoun à l'égard du fédéralisme, voir : J.-P. Feldman, *La bataille américaine du fédéralisme : John C. Calhoun et l'annulation (1823-1833)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2004, 294 p.

¹¹⁰⁸ J.-L. Quermonne, « Le traité constitutionnel européen est-il un acte fondateur ? », *Politique étrangère* n° 2, 2005, p. 256.

¹¹⁰⁹ La nécessité d'abandonner la souveraineté pour penser l'Europe est affirmée également par Vlad Constantinesco, qui écrit que « penser l'État fédératif à partir de la théorie de l'État équivaut à le rendre prisonnier de la souveraineté, puisque c'est sur cette dernière notion que repose l'analyse de l'État comme forme politique », V. Constantinesco, « Le fédéralisme : d'un anti-étatisme à un a-étatisme ? », *L'Europe en formation* n° 355, 2010, p. 49.

¹¹¹⁰ Au moins affirme-t-il que ses travaux dédiés à la Fédération offrent quelques réponses à la réflexion conduite sur la nature de l'Union européenne : O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2007, p. 425.

¹¹¹¹ V. Constantinesco, « La souveraineté est-elle soluble dans l'Union européenne ? », *L'Europe en formation* n° 368, 2013, p. 122.

peut aisément se fondre dans son concept unitaire de Fédération¹¹¹², elle n'en présente pas moins une nuance qui souligne opportunément les questions que suscite l'identification d'un modèle politique. Reuter a ainsi préféré la notion de supranationalité à celle de Fédération, notamment parce qu'elle désigne non pas un procédé fédératif achevé, mais une construction progressive, dont la Fédération n'est que la finalité ultime¹¹¹³. L'Union européenne se distingue en effet par le caractère inachevé de l'intégration qu'elle met en œuvre. Obéissant par son histoire à la méthode fonctionnelle¹¹¹⁴, elle repose de ce fait sur une répartition ambiguë des compétences entre échelon national et échelon européen¹¹¹⁵, entre domaine économique et politique¹¹¹⁶, ce qui dilue d'ailleurs de façon problématique la question de la responsabilité des gouvernants¹¹¹⁷; si elle est bien une Fédération au sens qu'Olivier Beaud attribue à ce mot, sans doute mérite-t-elle toutefois une considération adaptée.

324. Pour autant, les travaux du droit politique, en se saisissant de l'identification politique de la construction européenne, permettent de mettre en valeur d'autres problématiques qui y sont liées et d'y apporter quelques réponses. Le modèle de la Fédération permet ainsi à Olivier Beaud de présenter un regard critique et pondéré – ni pessimiste ni particulièrement indulgent – sur l'Europe. D'une part, il relativise la nécessité d'une homogénéité nationale pour garantir le succès du fédéralisme¹¹¹⁸. Il

¹¹¹² O. Beaud, « L'Europe vue sous l'angle de la Fédération. Le regard paradoxal de Paul Reuter », *Droits* n° 45, 2007, p. 47-72.

¹¹¹³ Paul Reuter présente ainsi la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier, qui constitue son modèle de supranationalité, comme la première étape d'une intégration appelée à devenir fédérale. Voir en ce sens : P. Reuter, *La communauté européenne du Charbon et de l'Acier*, Paris : LGDJ, 1953, p. 29 et ss.

¹¹¹⁴ La méthode fonctionnelle, ou « méthode Schumann » du nom de son premier promoteur, consiste en la construction progressive d'une union politique des États, à partir de transferts de compétences à l'origine exclusivement économiques : « l'approche « fonctionnaliste » de la construction européenne reposait sur l'idée que l'intégration économique devait conduire à terme, à l'intégration politique », O. Jouanjan, « Ce que « donner une constitution à l'Europe » veut dire », *Cités* n° 13, 2003, p. 34.

¹¹¹⁵ Christophe De Aranjo évoque à ce titre un « flou » dans la répartition des compétences entre les États et l'Union européenne, flou qui rend plus ardue l'entreprise d'identification de l'échelon décisionnel responsable ; C. De Aranjo, « Sur le constitutionnalisme européen », *RDP* n° 6, 2006, p. 1566 et ss.

¹¹¹⁶ Paul Reuter contestait, pour sa part, la distinction entre compétences économiques et compétences politiques, les premières n'étant jamais pour lui, qu'une déclinaison des secondes : P. Reuter, *La communauté européenne du Charbon et de l'Acier*, Paris : LGDJ, 1953, p. 30. Voir aussi : O. Beaud, « L'Europe vue sous l'angle de la Fédération. Le regard paradoxal de Paul Reuter », *Droits* n° 45, 2007, p. 68 et ss.

¹¹¹⁷ Ainsi que l'écrit Olivier Jouanjan : « [...] l'intégration économique a eu pour effet, de par la logique propre du droit communautaire, de séparer le domaine des libertés économiques du citoyen de la politique globale, d'en faire un secteur autonome non seulement détaché des autres domaines qui restaient aux États, mais *prévalant* sur ces autres domaines par l'effet du principe selon lequel le droit communautaire prime le droit des États. La responsabilité de la politique économique et monétaire en Europe a ainsi été dissociée de la responsabilité politique globale », O. Jouanjan, « Ce que « donner une constitution à l'Europe » veut dire », *Cités* n° 13, 2003, p. 34.

¹¹¹⁸ O. Beaud, « La question de l'homogénéité dans une Fédération », *Lignes* n° 13, 2004, p. 110-129.

contourne ainsi l'argument des détracteurs de la construction de l'Europe qui invoquent en ce sens la pérennité des « vieilles » nations européennes¹¹¹⁹. Mais, d'autre part, une approche de droit politique justifie que soit nuancé le pur artificialisme que défend l'activisme fédéral européen. Celui-ci postule en effet que le peuple européen, loin d'être une condition nécessaire à l'Union des États, n'en sera que la conséquence. Déjà présente dans les écrits de Paul Reuter¹¹²⁰, cette idée a prospéré parmi les constitutionnalistes français¹¹²¹. Or, l'État, comme la Fédération et tout modèle concurrent d'organisation politique, revêt, dans la pensée du droit politique, une dimension irréductible à la mécanique juridique, qui provient de l'existence sociale que présente la fiction en cause. Le droit seul ne saurait donc garantir le consentement de ses sujets et, partant, l'institutionnalisation d'une véritable Fédération européenne. Pour autant, il n'est pas impossible que l'Europe puisse trouver ailleurs que dans l'idée nationale les ressources institutionnelles de son épanouissement. L'analyse *juspolitiste* offre dès lors un regard nuancé sur la construction européenne, et traduit alors moins une posture politique qu'une ontologie juridique originale, qui met en valeur l'ancrage social des institutions politiques¹¹²².

325. Le prisme de l'État adopté par le droit politique nourrit donc la réflexion au-delà des limites intrinsèques aux dispositions du droit positif. En associant étroitement les différents aspects de l'organisation politique – son institution, sa reconnaissance, sa structure, sa légitimité – à sa dimension normative, les juristes s'autorisent à se projeter au-delà du droit positif, et ainsi à proposer des directives ou à souligner des limites dans

¹¹¹⁹ Frédéric Rouvillois prédit ainsi l'échec annoncé du fédéralisme européen, puisqu'il fait de l'unité nationale la condition incontournable de la Fédération ; F. Rouvillois, « Point de vue critique. Destins de l'utopie fédéraliste », *Cités* n° 13, 2003, p. 87-97.

¹¹²⁰ Le théoricien établissait ainsi le constat pragmatique que « l'Europe n'existe pas sociologiquement au niveau des institutions que l'on pose : celles-ci anticipent sur une réalité future », P. Reuter, « L'avenir de la supranationalité », 1971 ; cité par O. Beaud, « L'Europe vue sous l'angle de la fédération. Le regard paradoxal de Paul Reuter », *Droits* n° 45, 2007, p. 66.

¹¹²¹ En France, la question s'est notamment posée de savoir si le peuple européen devait être la source ou le résultat d'une Constitution européenne. La prépondérance des théories formalistes et positivistes a souvent conduit la doctrine à trancher en faveur de la thèse du peuple institué par la Constitution. C'est par exemple la position de Michel Troper : M. Troper, L. Jaume, « Le projet de Constitution européenne et la question du pouvoir constituant », *Cités* n° 13, 2003, p. 101-111. C'est aussi le point de vue défendu par Dominique Rousseau : « le peuple, en effet, n'est ni une donnée immédiate de la conscience ni une donnée naturelle ; il n'est pas une réalité objective, présent à lui-même, capable de se comprendre comme tel. Le peuple est une création artificielle, très précisément il est créé par le droit et plus précisément encore par la Constitution », D. Rousseau, *Radicaliser la démocratie : propositions pour une refondation*, Paris : Seuil, 2015, p. 59.

¹¹²² Olivier Beaud invite ainsi les acteurs de l'Europe à « [...] se demander comment l'on peut produire non pas seulement des institutions européennes, mais aussi une sorte de peuple européen, une solidarité européenne, voire un esprit européen », O. Beaud, « L'Europe vue sous l'angle de la fédération. Le regard paradoxal de Paul Reuter », *Droits* n° 45, 2007, p. 66.

la construction entreprise de nouveaux centres d'autorité politique. L'établissement de modèles théoriques ne doit cependant pas les emprisonner dans une certaine conception du passé, de façon à ce qu'ils restent attentifs aux potentiels changements à venir.

2. L'étude d'objets transformés

326. Distinguer l'État de son droit comme le fait le droit politique, favorise l'étude de dynamiques propres à le transformer, et qui n'affectent que de manière diffuse les normes concernées. C'est seulement par la construction d'un objet autonome que le phénomène apparaîtra dans sa globalité, là où l'étude du droit strict ne fournirait que de maigres indices sur le processus à l'œuvre. La démarche adoptée par Jacques Chevallier dans son travail d'identification de l'État « post-moderne », révèle à cet égard sa parenté doctrinale avec la pensée du droit politique¹¹²³. L'hypothèse de l'État post-moderne découle en effet de ce constat en vertu duquel « tout se passe comme si l'on assistait [...] à la remise en cause des attributs classiques de l'État, mais sans qu'il soit possible pour autant de tracer d'une main ferme les contours d'un nouveau modèle étatique : l'État post-moderne est un État dont les traits restent précisément, et en tant que tel, marqués par l'*incertitude*, la *complexité*, l'*in-détermination* [...] »¹¹²⁴. En s'appuyant sur des arguments politiques, idéologiques et sociaux¹¹²⁵, Jacques Chevallier sous-entend que l'appréhension des transformations structurelles de l'État ne saurait reposer exclusivement sur une approche normative. Ne serait-ce que parce qu'il est un mouvement dénué de stabilité¹¹²⁶, l'État post-moderne illustre parfaitement les limites d'une démarche exclusivement normativiste, nécessairement statique.

327. La démarche de droit politique adoptée par Jean-Jacques Sueur emprunte un raisonnement comparable : désireux de mettre au jour les transformations récentes de ce

¹¹²³ Nous n'irons pas jusqu'à considérer que Jacques Chevallier est l'un des auteurs *juspolitistes* car, s'il présente indéniablement des thèses convergentes avec les leurs, sa démarche relève davantage de la sociologie juridique que celle du droit politique. Voir en ce sens *infra*, Partie II, Titre II, Chapitre 2, section 2, §2, B, 2.

¹¹²⁴ J. Chevallier, *L'État post-moderne*, Paris : Maison des Sciences de l'Homme, Issy-les-Moulineaux : LGDL-Lextenso, coll. Droit et société, 4^e éd., 2014, p. 18.

¹¹²⁵ Sur les trois chapitres qui composent son ouvrage, seul le deuxième porte effectivement sur « les transformations du droit », tandis que le premier traite de la place de l'État, et le dernier du lien politique à son fondement ; *ibid.*, 265 p.

¹¹²⁶ Jacques Chevallier écrit en ce sens que l'État post-moderne, « [...] s'il présente des caractéristiques nouvelles, n'en reste pas moins imprégné par les valeurs de la modernité [...] : l'État post-moderne est une forme politique ambiguë, incertaine et *par essence évolutive* [...] », *ibid.*, p. 244 ; nous soulignons.

qu'on appelle pourtant toujours « État », Jean-Jacques Sueur identifie par exemple « [...] d'assez passionnantes métamorphoses de l'État qui, tout en changeant assez sensiblement de rôle, un peu partout en Europe [...], n'en continue pas moins de peser sur les décisions des acteurs [...] »¹¹²⁷. Pour se faire, il délaisse la conception normativiste – facteur, selon lui, d'une « segmentation des savoirs »¹¹²⁸ – et adopte une démarche pluridisciplinaire, empruntant autant au droit qu'à la science politique ou à l'économie¹¹²⁹. Cette posture, curieuse de ce qui dépasse le cadre normatif, encourage le questionnement des notions inscrites dans le droit positif, en confrontant leur pertinence à la réalité sociale qu'elles prétendent désigner. Elle permet de réhabiliter l'ancrage politique des concepts juridiques, tels que la notion de souveraineté¹¹³⁰.

328. En tant qu'ensemble de normes politiquement ancrées, la Constitution représente l'écho parfois inaudible ou différé de profondes mutations sociales. Le relativisme adopté par les auteurs du droit politique invite donc à privilégier le contexte culturel dans lequel s'épanouissent les structures juridiques, et à guetter les indices d'une évolution¹¹³¹. Il ouvre ainsi la voie à des pistes de recherche délaissées par la doctrine formaliste, en relayant cette mise en garde de Georg Jellinek : « la science du droit manquerait sa tâche la plus noble, si elle voulait se contenter de regarder en arrière, et si elle refusait de faire une place aux forces de l'avenir »¹¹³². Le droit constitutionnel contemporain dispense à cet argument une illustration topique, celle du Brexit : la mise en œuvre par le Royaume-Uni du droit de retrait de l'Union européenne nourrit en effet la réflexion, non seulement sur les mécanismes institutionnels propres au cadre parlementaire britannique¹¹³³, mais

¹¹²⁷ J.-J. Sueur, *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, Québec : Presses Universitaires de Laval, coll. Diké, 2011, p. 149.

¹¹²⁸ *Ibid.*, p. 7.

¹¹²⁹ C'est ce que met en lumière la recension de l'ouvrage écrite par Alexandre Viala, *Jus politicum* n° 12, juillet 2014.

¹¹³⁰ Catherine Colliot-Thélène semble partager ce point de vue lorsqu'elle affirme, à propos du concept de souveraineté, que, « [...] en prenant comme fil conducteur, pour l'analyse de la situation politique présente, la thèse du monopole de la violence légitime (convenablement réinterprétée) et non une théorie normative de la souveraineté, l'on est mieux à même d'apprécier ce qui est en jeu dans les transformations du monde contemporain », C. Colliot-Thélène, « La fin du monopole de la violence légitime ? », *Revue d'études comparatives Est-Ouest* vol. 34, 2003, p. 29.

¹¹³¹ Il semble ainsi tenter de conjurer le funeste destin prédit aux juristes par Alexandre Soljenitsyne lorsqu'il déclarait que, « à partir d'un certain niveau de problème, la pensée juridique pétrifie : elle empêche de voir les dimensions et le sens des événements », A. Soljenitsyne, *Le déclin du courage : discours de Harvard, juin 1978*, trad. G. et J. Johannet, Paris : Seuil, 1978, 57 p.

¹¹³² G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, préf. O. Jouanjan, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2005, p. 26.

¹¹³³ Par exemple : C. Guérin-Bargues, « Brexit : au mépris du Parlement ? Theresa May, entre « contempt of Parliament » et fragile soutien de sa majorité », *JP blog*, 18 décembre 2018 ; D. Baranger, « Une bataille, mais pas la guerre ? Les victoires du parlement de Westminster contre Boris Johnson », *JP blog*, 9 septembre 2019.

plus encore sur les conditions dans lesquelles peut se rompre la relation fédérale et leurs conséquences sur les deux ordres politiques concernés¹¹³⁴. Dans cette période indécise quant à l'avenir, la théorie de l'État permet d'envisager la situation plus finement que ne le permettrait une approche normativiste¹¹³⁵.

329. Dans l'hypothèse défendue au titre du droit politique, la portée structurelle du droit constitutionnel s'éprouve donc mieux au contact de données extra-juridiques, qui nourrissent et actualisent en retour le regard porté sur la Constitution. L'État, ou toute autre structure politique, en tant que cadre institutionnalisé du pouvoir, constitue donc tout à la fois une fin et un moyen de la connaissance du droit constitutionnel, car il traduit la portée structurante de ce dernier. Paradoxalement peut-être, le droit politique privilégie à cette fin le concept d'État sur celui d'État de droit, ce dernier peinant à convaincre par son défaut latent de lisibilité.

¹¹³⁴ Par exemple : T. Guilluy, « Les juges britanniques face au Brexit : Une revanche posthume du droit de l'Union européenne », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017.

¹¹³⁵ Denis Baranger identifie par exemple une dynamique politique propre à la construction européenne qui ne pourrait qu'échapper à une analyse strictement normative du droit : D. Baranger, « Brexit as a Constitutional Decision: An interpretation » *Jus politicum* n°s 20-21, juillet 2018.

Section 2 : Une théorie juridique de l'État de droit inachevée

330. La doctrine constitutionnelle contemporaine a aujourd'hui, dans sa grande majorité, délaissé le concept d'État pour lui préférer celui d'État de droit, construit autour de l'idée de la limitation de l'État par le droit¹¹³⁶. La portée structurelle du droit constitutionnel peut alors s'exprimer en des termes strictement juridiques, puisque c'est le droit qui prévaut désormais sur tout le phénomène politique que représente l'État. Du point de vue du droit politique toutefois, l'État de droit ne peut représenter qu'un médiocre palliatif à l'abandon du concept d'État, car il cherche précisément à taire ce que l'État permet de révéler : la dimension profondément politique du pouvoir¹¹³⁷. Ainsi s'explique le laconisme notable des auteurs *juspolitistes* sur la question pourtant récurrente en doctrine de l'État de droit. Ils ne refusent certes pas de l'évoquer, mais n'en font qu'un usage précautionneux, souvent critique, qui se justifie notamment par la pluralité et la confusion des définitions qu'il peut revêtir.

331. L'État de droit aujourd'hui, sans qu'il soit toujours possible de déterminer de quoi il retourne précisément, apparaît le plus souvent dans les discours juridiques et politiques comme l'expression d'une hétérolimitation de la puissance publique : le droit constituerait à cet égard un ensemble de garanties s'imposant à toute forme d'exercice du pouvoir politique¹¹³⁸. Cette première acception de l'État de droit ne peut qu'être rejetée par les tenants du droit politique, car elle contrevient frontalement à deux de leurs postulats : le caractère irréductiblement politique du droit et le caractère souverain de l'État (§1). Il subsiste en doctrine une conception alternative de l'État de droit, celle tenant à l'autolimitation du pouvoir politique. Le concept encourt toutefois le risque d'être jugé redondant par le droit politique, car il recoupe alors l'idée d'État

¹¹³⁶ « La définition la plus simple que l'on puisse donner de l'État de droit tient en peu de mots : la soumission de l'État au droit. Un État de droit est donc un État dans lequel les différents organes agissent en vertu du droit et ne peuvent agir qu'ainsi », O. Duhamel, *Droit constitutionnel et politique*, Paris : Seuil, coll. Science politique, 1994, p. 68.

¹¹³⁷ On peut ainsi comprendre l'opposition que propose Olivier Beaud entre « [...] deux conceptions différentes du droit constitutionnel : d'un côté, un droit constitutionnel « étatiste », et [de l'autre] un droit constitutionnel « libéral » fondé sur la défense inconditionnelle de l'État de droit », O. Beaud, « La responsabilité pénale du Président de la République. Pour une autre interprétation de l'article 68 de la Constitution », in C. Poncelet (dir.), *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ?*, Paris : Sénat, coll. Les colloques du Sénat, 2001, p. 222.

¹¹³⁸ Carlos Miguel Herrera estime ainsi que « [l]e concept d'État de droit qui se généralise actuellement, en particulier en France, fait référence à des valeurs, à des contenus supra positifs et en ce sens on doit la considérer comme une notion matérielle », C.M. Herrera, « Quelques remarques à propos de la notion d'État de droit », *L'homme et la société* n° 113, 1994, p. 89.

constitutionnel¹¹³⁹. Il faut donc étudier plus avant qu'elle pourrait être la définition qui conférerait au concept d'État de droit une utilité théorique dans l'hypothèse proposée par le droit politique (§2).

§1 : Le refus cohérent des thèses de l'hétérolimitation de l'État

332. Le concept d'État de droit véhicule en premier lieu l'ambition de limiter l'exercice du pouvoir de l'État et ainsi de le légitimer, en protégeant ses sujets contre sa toute-puissance¹¹⁴⁰. Cette ambition épouse le plus souvent les traits de l'hétérolimitation : l'État est assujéti à la satisfaction de prescriptions naturelles ou sociales, en tout cas objectives, dont il n'est pas l'auteur. Sa puissance est donc *juridiquement* limitée. On voit là se dessiner l'incompatibilité d'une telle thèse avec la théorie du droit politique ; elle heurte de plein fouet le principe consacré par ses auteurs de la souveraineté de l'État¹¹⁴¹. Plus largement, elle postule qu'il existe un droit qui s'impose à la politique de manière générale et absolue, qu'il existe donc un droit qui n'est pas lui-même le fruit d'une décision politique. L'hétérolimitation parachève ainsi l'idée de « la politique saisie par le droit »¹¹⁴² et ne peut, à ce titre, que faire l'objet d'une condamnation véhémement de la part des auteurs du droit politique. Ces derniers refusent en effet de concevoir un droit qui ne serait pas l'œuvre de l'État (A) ou un organe donc l'autorité suffirait à soumettre la puissance publique (B).

¹¹³⁹ Il y est également entendu comme l'encadrement de l'exercice du pouvoir par le droit ainsi qu'en témoigne cette remarque d'Olivier Beaud : « dissocier l'État de la Constitution, c'est poser une distinction de fond entre le pouvoir et la limitation du pouvoir. C'est admettre que l'État de droit – autre mot pour décrire le constitutionnalisme (la *rule of constitution*) – est distinct de l'État tout court ou même davantage qu'il le présuppose », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 208.

¹¹⁴⁰ Marie-Joëlle Redor écrit ainsi que « *lato sensu*, la notion recouvre [...] tous les modes de soumission de l'État au droit, quelle que soit l'origine du lien qui oblige l'État à respecter le droit, quelle que soit la justification que l'on en donne. [...] le même objectif est poursuivi : le respect du droit, censé prémunir le citoyen contre l'arbitraire et légitimer l'État qui s'y soumet », M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris : Economica, Aix-en-Provence : PUAM, coll. Droit public positif, 1992, p. 11.

¹¹⁴¹ En effet, « [...] une souveraineté limitée (ou non absolue) ou hétérolimitée n'est plus une souveraineté, mais une pseudo-souveraineté », O. Beaud, « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht », *RFDA* n° 6, 1993, p. 1058.

¹¹⁴² La formule, bien connue, est empruntée à L. Favoreu, *La politique saisie par le droit : alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris : Economica, 1988, 153 p. Cette ambition du règne absolu du droit que véhicule la notion d'État de droit est décriée par Michel Guénaire lorsqu'il écrit que la loi « [...] n'est plus l'acte voulu par une politique conforme dans l'absolu aux aspirations de son époque ; elle est un acte soumis à la tradition de l'État de droit, fidèle à la déclinaison qu'en fait le préambule [de la Constitution de 1958] », M. Guénaire, « La Constitution ou la fin de la politique », *Le Débat* n° 64, 1991, p. 147.

A. Une conception artificialiste du droit

333. Les auteurs du droit politique ne considèrent au titre du droit que les prescriptions émises par les institutions de l'État ou sur habilitation de celles-ci ; c'est la contrepartie logique de la consécration de son caractère souverain¹¹⁴³. La structure politique représente donc toujours la source ultime du droit. Cette posture conduit le droit politique à réfuter l'existence d'un droit autonome et supérieur qui s'imposerait à l'État (1). Leur scepticisme concerne tout particulièrement les droits fondamentaux qui sont souvent placés au cœur de la notion d'État de droit. Cette dernière véhicule ce faisant une rhétorique naturaliste qui s'accommode mal de la définition *juspolitiste* du droit (2).

1. Une définition étatique du droit

334. Le droit politique se présente à bien des égards comme l'héritier du positivisme moderne, en ceci notamment qu'il ne considère jamais le droit que comme un artifice, le produit d'une volonté politique et non d'une vérité transcendante¹¹⁴⁴. C'est donc toujours un pouvoir politique qui crée le droit, ce que permet justement de mettre en valeur l'idée d'État¹¹⁴⁵. Même s'il est loin de partager les préoccupations méthodologiques du positivisme¹¹⁴⁶, le droit politique ne s'inscrit pas moins dans la grande famille doctrinale qui s'oppose au droit naturel. Il place ainsi l'artificialisme au cœur de sa définition du droit, comme le faisait par exemple Hans Kelsen : « c'est précisément dans le fait qu'il est « posé » par la volonté humaine que réside, par rapport au droit naturel, la « positivité » d'un droit ; c'est un fondement de validité essentiellement étranger au droit naturel, précisément parce que celui-ci, en tant qu'ordre « naturel », n'est pas produit par l'homme, et qu'il est même considéré comme ne pouvant être le produit

¹¹⁴³ Olivier Beaud définit en effet la souveraineté « [...] comme [la] monopolisation du droit positif par l'État » ; O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 197.

¹¹⁴⁴ E. Maulin, « Positivisme », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 1173.

¹¹⁴⁵ Dans un plaidoyer en faveur du positivisme, Hans Kelsen écrivait ainsi que « [...] l'État est la forme achevée du droit positif », H. Kelsen, « La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique » in *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 439. Le normativisme retient toutefois de l'État une définition bien différente de celle qu'en propose le droit politique, puisqu'il le conçoit essentiellement comme un ordre juridique : H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 236.

¹¹⁴⁶ Voir sur cette question *infra*, Partie II Titre I, Chapitre 1.

d'un acte humain »¹¹⁴⁷. Cette consécration de l'artifice politique que constitue le droit encourage le scepticisme à l'égard de l'idée d'hétérolimitation du pouvoir, justement nourrie par les thèses naturalistes¹¹⁴⁸.

335. Positiviste en ce sens, le droit politique présente également une démarche teintée de sociologisme¹¹⁴⁹, qui pourrait évoquer la conception de l'État de droit évoquée par Léon Duguit et le remettre ainsi sur la voie de l'hétérolimitation de l'État. Le maître bordelais, en effet, « [...] croy[ait] fermement qu'il y a une règle de droit supérieure à l'individu et à l'État, supérieure aux gouvernants et aux gouvernés, qui s'impose aux uns et aux autres, que, s'il y a souveraineté de l'État, elle est juridiquement limitée par cette règle de droit »¹¹⁵⁰. Cette conclusion démontre clairement les divergences qui séparent la pensée de Duguit de la théorie du droit politique, quant à la définition retenue de la souveraineté notamment. Mais elle témoigne surtout d'une opposition plus fondamentale sur la question de l'objectivité sociale du droit. Là où les *juspolitistes* associent étroitement le droit à l'exercice d'un pouvoir politique institutionnalisé, Léon Duguit croit trouver dans la règle sociale, le fondement de l'État lui-même¹¹⁵¹. Il renonce donc au moins partiellement à une conception artificialiste du droit et sa théorie, à cet égard, « [...] prête le flanc à la critique positiviste sur la question de la définition de ce fameux droit objectif réputé borner la puissance de l'État »¹¹⁵². Certes, dans la conception de Léon Duguit, la règle de droit ne présente pas la même stabilité que le droit naturel¹¹⁵³ à raison de la mutabilité du fait social dont il émane. Il semble toutefois impossible de ne pas remarquer les traits communs qui caractérisent simultanément le droit social de Duguit et le droit naturel, notamment la difficulté à en déterminer objectivement la teneur.

¹¹⁴⁷ H. Kelsen, « La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique » in *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 438.

¹¹⁴⁸ Le droit naturel se caractérise en effet globalement par « [...] l'existence de principes non écrits supérieurs au droit positif et qui s'imposent à lui », X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Paris : Ellipses, coll. Universités. Droit, 2008, p. 16.

¹¹⁴⁹ Au moins dans une certaine mesure si l'on considère que le positivisme sociologique consiste en une doctrine qui « [...] entend rechercher le fondement de la règle de droit dans la réalité sociale », *ibid.*, p. 21.

¹¹⁵⁰ L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, préf. F. Moderne, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 12.

¹¹⁵¹ « Fondée sur la coïncidence des buts sociaux et individuels, cette règle trouve sa première expression dans la conscience des hommes, son expression la plus complète dans la coutume, dans la loi positive, et sa réalisation dans la contrainte matérielle de l'État, qui n'est ainsi que la force mise au service du droit, non pas d'un prétendu droit subjectif, mais d'une règle sociale des consciences et des volontés individuelles », *ibid.*, p. 11.

¹¹⁵² A. Viala, « La notion d'État de droit, l'histoire d'un défi à la science juridique », *REDP* n° 13, 2001, p. 683.

¹¹⁵³ Alors que, pour Hans Kelsen, le droit naturel est immuable et invariable : H. Kelsen, « La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique » in *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 443.

336. Toute la théorie de l'hétérolimitation de l'État présentée par Léon Duguit repose sur ce postulat de l'objectivité de la règle sociale, dont le respect par les institutions de l'État constituerait la première garantie contre l'arbitraire du pouvoir politique¹¹⁵⁴. L'État de droit ainsi dépeint n'est toutefois guère convaincant quant à sa capacité à faire disparaître le pouvoir discrétionnaire des gouvernants. Au contraire peut-il même être regardé comme le moyen de l'étendre. Face à la difficulté que représente l'identification objective du droit, Duguit n'a pas de fait d'autre choix que de postuler que l'État exerce effectivement son pouvoir conformément à la règle sociale. Dès lors, la démarche du maître bordelais se résume finalement à « [...] une rhétorique lénifiante caractéristique des doctrines du droit naturel qui consiste [...] à éliminer les conflits entre le droit idéal et le droit positif en justifiant, davantage qu'en le renversant, l'ordre juridique établi »¹¹⁵⁵. Une telle perspective conduit en effet à légitimer le pouvoir d'appréciation des pouvoirs constitués, qui sont réputés agir dans le respect du droit objectif. Dans le meilleur des cas alors, « l'État de droit ainsi conçu n'est [...] pas un État soumis au droit, mais un État soumis au juge »¹¹⁵⁶. En toute hypothèse du moins, cette théorie de l'hétérolimitation échoue à concevoir une véritable soumission du pouvoir politique au respect de la règle de droit.

337. Les auteurs du droit politique, au contraire de cette posture topique, se montrent plus fidèle aux canons du positivisme lorsqu'ils cherchent à « [...] produire le concept juridique moderne d'État en [...] reconn[aisant] au législateur [au sens large] le monopole de la production normative »¹¹⁵⁷. De leur point de vue, seule la puissance publique – l'État au sens large – est à même de créer du droit ; le droit ne fonde pas l'État, mais en émane et, en retour, le structure. Nulle règle, fût-elle sociale, ne peut donc prétendre à une valeur juridique si elle n'est pas issue des organes de l'État agissant en son nom. En vertu du « principe de monopolisation du pouvoir politique propre à la

¹¹⁵⁴ L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, préf. F. Moderne, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 317.

¹¹⁵⁵ A. Viala, « La notion d'État de droit, l'histoire d'un défi à la science juridique », *REDP* n° 13, 2001, p. 686. L'analyse livrée ici à propos de la théorie de Léon Duguit porte les traces de l'influence de Kelsen qui écrivait que « le droit naturel ainsi dénaturé n'a d'autre fonction que de légitimer le droit positif. *L'idée du droit naturel s'est transformée en une idéologie du droit positif* », H. Kelsen, « La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique » in *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 458.

¹¹⁵⁶ M. Troper, « Le concept d'État de droit », *Droits* n° 15, 1992, p. 56.

¹¹⁵⁷ P. Brunet, « Norberto Bobbio et le positivisme juridique », in P. Comanducci et R. Guastini (dir.), *Analisi & Diritto*, Turin : Giappichelli, 2005, p. 160.

souveraineté »¹¹⁵⁸, la cohérence oblige les auteurs *juspolitistes* à consacrer l'exclusivité de l'État en matière de production normative. S'il existe évidemment des sources concurrentes de droit – les collectivités internes à l'État ou des organisations internationales extérieures – c'est que « [...] l'État, soit concrètement les acteurs qui à un moment donné ont été légalement habilités à le faire en son nom, l'[a] décidé par voie unilatérale – norme constitutionnelle, législative, réglementaire – ou par voie bilatérale voire multilatérale – traité »¹¹⁵⁹. Il n'est donc pas de pouvoir normatif qui ne puisse être imputé, d'une manière ou d'une autre, à l'État souverain¹¹⁶⁰.

338. Reconnaître à l'État un monopole en matière de production normative soulève immanquablement, dans le débat contemporain, la question du passéisme voire de l'anachronisme que révèle pareille posture, à l'heure où semble s'effriter la structure étatique au profit des nouveaux acteurs, internationaux ou relevant de la sphère privée. En réponse à ce phénomène se sont ainsi développées les doctrines de la gouvernance, ou du droit sans l'État. Ces deux conceptions, quoique différentes, participent de la même dynamique, visant à remettre en cause le caractère nécessairement étatique du pouvoir normatif. La gouvernance se définit ainsi par quatre caractéristiques : « [...] elle n'est pas un système de règles ni une activité, mais un processus ; elle n'est pas formalisée, mais repose sur des interactions continues ; elle n'est pas fondée sur la domination, mais sur l'accommodement ; elle implique à la fois des acteurs publics et des acteurs privés »¹¹⁶¹. L'idée du droit sans l'État repose, quant à elle, sur l'ambition de saisir un nouveau processus de formation du droit ; celui-ci ne répondrait plus au principe de l'unilatéralité, mais à des rapports horizontaux entre les membres de la société qui, par la négociation et la conciliation, parviendraient à des normes plus adaptées à leurs besoins¹¹⁶². L'influence

¹¹⁵⁸ P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 282.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 260.

¹¹⁶⁰ C'est là une thèse portée par la *Allgemeine Staatslehre* : « dominer souverainement est le critère qui distingue le pouvoir de l'État de tout autre pouvoir. Quand donc le pouvoir de domination se découvre dans un groupe incorporé à l'État ou dans un individu, il dérive du pouvoir de l'État [...] : c'est un pouvoir dérivé », G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Deuxième partie. Théorie juridique de l'État*, trad. G. Fardis, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2005, p. 65.

¹¹⁶¹ « Gouvernance », in D. Battistella, F. Petiteville, M.-C. Smouts, P. Vennesson (dir.), *Dictionnaire des relations internationales : approches, concepts, doctrines*, Paris : Dalloz, 3^e éd., 2012, p. 238.

¹¹⁶² Cela est par exemple exprimé par Laurent Cohen-Tanugi qui préconise pour la France l'adoption du modèle expérimenté aux États-Unis. Là-bas, « [...] le droit est d'abord un mode de relation et une règle de partage des compétences entre les divers acteurs de la société civile, qui se substitue à l'action de l'État, ou entre en concurrence avec elle. Ce n'est pas l'« État » – avec les multiples intérêts qu'il médiatise – qui assigne à chacun ses droits et ses obligations, mais la société elle-même qui contracte en son sein les droits et obligations de ses multiples participants. L'État intervient moins, et moins directement : moins de réglementation impérative, laissant à la liberté contractuelle et à l'initiative de la société un plus vaste champ d'action dans tous les domaines ; rôle plus important des tribunaux et des agences administratives,

de l'État dans la production normative serait ainsi condamnée à s'amenuiser, au même titre que son influence en tant qu'acteur économique¹¹⁶³, au profit d'une « autorégulation » de la société, soit le phénomène par lequel « [...] les institutions étatiques, multiples et fragmentées, s'intègrent à un système juridique global qu'aucune d'elles ne peut accaparer et qui les englobe toutes »¹¹⁶⁴. Dans cette hypothèse, l'effectivité de l'État de droit n'en serait pas moins garantie, dès lors que la puissance publique serait contrainte au respect de certaines règles objectives, s'imposant à lui¹¹⁶⁵.

339. Les études consacrées à l'existence d'un droit sans l'État ne parviennent pourtant pas à fragiliser la posture du droit politique, en premier lieu parce qu'elles présentent des définitions floues et changeantes, à la fois du droit et de l'État. En effet, aucun des arguments soulevés ne remet véritablement en cause le fait que ce soit toujours dans le cadre étatique que le droit est créé : le développement de la négociation dans l'élaboration des lois par exemple, ne signifie pas nécessairement que l'État est absent du processus normatif, si l'on considère que ce sont toujours les organes de l'État qui définissent formellement la compétence des acteurs privés, y compris lorsqu'il s'agit d'organiser un processus de négociation. La multiplication des chaînes d'habilitation normative n'implique donc pas que le point d'imputation ultime de la prise de décision ait changé. À bien des égards, les théories de la gouvernance ou du droit sans l'État traduisent donc davantage l'aspiration politique de leurs auteurs¹¹⁶⁶, qu'une véritable remise en cause de la théorie juridique attribuant le monopole de la production normative à l'État. Ces transformations contemporaines des systèmes juridiques ne semblent dès lors pas

eux-mêmes plus indépendants de l'État, dans la création du droit », L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État. Sur la démocratie en France et en Amérique*, préf. S. Hoffmann, Paris : PUF, coll. Quadrige. Essais, débats, 2^e éd., 2007, p. 181-182.

¹¹⁶³ La symétrie présentée entre la théorie économique libérale et le droit sans l'État est ainsi soulignée par Laurent Cohen-Tanugi, qui défend « l'impossibilité de dissocier le marché de la règle de droit [...] », L. Cohen-Tanugi, « Postface : Le droit sans l'État, vingt ans après », *Le droit sans l'État. Sur la démocratie en France et en Amérique*, préf. S. Hoffmann, Paris : PUF, coll. Quadrige. Essais, débats, 2^e éd., 2007, p. 267.

¹¹⁶⁴ L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État. Sur la démocratie en France et en Amérique*, préf. S. Hoffmann, Paris : PUF, coll. Quadrige. Essais, débats, 2^e éd., 2007, p. 26.

¹¹⁶⁵ La rhétorique à l'œuvre évoque en ce sens les thèses naturalistes ; c'est du moins ce que Carlos Miguel Herrera décèle dans les travaux de Laurent Cohen-Tanugi : C.M. Herrera, « Quelques remarques à propos de la notion d'État de droit », *L'homme et la société* n° 113, 1994, p. 101.

¹¹⁶⁶ Le politologue et sociologue Guy Hermet estime ainsi que « [...] non contente de se ramifier entre des spécialités diverses selon ses domaines d'application ou de se différencier profondément selon qu'elle s'inscrit dans une perspective normative, moralisatrice, prescriptive, répressive, gestionnaire ou encore d'analyse et de modélisation scientifiques, elle [la gouvernance] se caractérise comme une idéologie ou, plutôt, comme une esquisse de proposition idéologique visant sans le reconnaître à offrir une alternative à la démocratie », G. Hermet, « La gouvernance serait-elle le nom de l'après-démocratie ? L'inlassable quête du pluralisme limité », in G. Hermet, A. Kazancigil, J.-F. Prud'homme, *La gouvernance : un concept et ses applications*, Paris : Éd. Karthala, coll. Recherches internationales, 2005, p. 36.

susceptibles d'altérer la démarche des auteurs du droit politique, qui continuent d'affirmer résolument l'impossibilité de soumettre tout pouvoir politique au droit.

2. Une définition politique des droits

340. Dans les théories de l'hétérolimitation, la première limite identifiée au pouvoir de l'État consiste le plus souvent en l'ensemble des droits des citoyens, qualifiés de manière éloquente de « droits fondamentaux ». Ceux-ci représentent alors, à la fois les conditions et les finalités de l'État, ainsi que le souligne Jacques Chevallier¹¹⁶⁷, quoique leur caractère fondamental fasse parfois l'objet de démonstrations trop sommaires¹¹⁶⁸. L'association de l'État de droit à la protection des droits des individus transparaît jusque dans le droit positif, par exemple européen¹¹⁶⁹. S'appréciant à l'aune du traitement juridique qu'il dispense au citoyen, l'État de droit puise dès lors sa légitimité dans sa fonction de promotion des droits de l'Homme. On voit sans mal ici l'influence qu'a exercée sur cette notion la pensée subjectiviste moderne ; le concept d'État de droit réactive ainsi par d'autres voies les postulats des théories du Contrat social, selon lesquelles l'État est fondé sur les droits de chacun de ses citoyens et se doit de les respecter. Ainsi que le souligne Jacques Chevallier, « si les fondements jus-naturalistes de la conception révolutionnaire la rendent fragile, l'idée selon laquelle les individus sont titulaires de droits face au pouvoir et disposent des moyens de les faire valoir constitue bien un acquis fondamental [...] »¹¹⁷⁰, que consacre expressément l'idée d'État de droit.

341. Celle-ci n'est toutefois pas exempte d'ambiguïtés qui contrecarrent son adoption par le droit politique. Elle est en effet le résultat paradoxal d'une double influence

¹¹⁶⁷ « Le premier aspect de la limitation du pouvoir réside dans la référence aux droits de l'homme. L'État de droit implique en effet une certaine conception des rapports entre l'individu et l'État, qui soutient tout l'édifice juridique : non seulement la puissance de l'État trouve ses limites dans les droits fondamentaux reconnus aux individus [...], mais encore elle a pour finalité même, pour justification ultime, la garantie de ces droits [...] », J. Chevallier, *L'État de droit*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Clefs. Politique, 6^e éd., 2017, p. 51.

¹¹⁶⁸ Olivier Jouanjan affirme ainsi qu'il « [...] regrette [...] que la doctrine française ne fasse pas grand effort pour clarifier ces concepts fondamentaux du droit public » que sont l'État de droit et les droits fondamentaux ; O. Jouanjan, « Un « coup d'État de droit » ? », *Le Débat* n° 196, 2017, p. 115.

¹¹⁶⁹ L'article 2 du Traité sur l'Union européenne stipule par exemple que « l'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ».

¹¹⁷⁰ J. Chevallier, *L'État de droit*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Clefs. Politique, 6^e éd., 2017, p. 52-53.

contraire, normativiste et naturaliste, et ce depuis l'origine¹¹⁷¹. Le concept caractéristique de la pensée juridique kelsénienne, celui de la hiérarchie des normes, est ainsi instrumentalisé par la thèse de l'hétérolimitation de l'État, comme le moyen mis au service d'une fin¹¹⁷² : la théorie positiviste est investie par le droit naturel. Certains auteurs ont pourtant cru pouvoir résoudre ce paradoxe en démontrant que la substantialisation de l'État de droit ne serait que la conséquence lointaine de la théorie normativiste. Guillaume Drago estime ainsi que c'est le développement de la justice constitutionnelle comme garante de la hiérarchie des normes qui a progressivement conduit à une définition matérielle de l'État de droit¹¹⁷³. Il semble pourtant délicat de reconnaître à Kelsen une telle paternité, même indirecte, alors que le maître viennois lui-même déniait l'existence logique de ce concept¹¹⁷⁴. Plus certainement, on peut estimer que le concept d'État de droit procède d'une instrumentalisation des arguments normativistes : « la hiérarchie formelle des normes n'est plus considérée comme sous-tendue par une logique propre de rationalisation de la production du droit, mais comme le reflet d'exigences plus profondes, de nature substantielle [...] ; commandant la structure formelle de l'ordre juridique, ces droits apparaissent en fin de compte comme fondateurs de l'État de droit. L'État de droit formel n'est plus conçu que comme un dispositif de préservation de l'État de droit substantiel »¹¹⁷⁵.

342. L'État de droit substantiel apparaît ainsi comme un concept hybride, à la croisée des chemins contradictoires que constituent la pensée normativiste et la résurgence de

¹¹⁷¹ Selon Marie-Joëlle Redor, il semble en effet que, dès le début du XX^e siècle en France, « la référence jusnaturaliste est [...] constante chez les juristes pourtant fascinés par le positivisme », M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris : Economica, Aix-en-Provence : PUAM, coll. Droit public positif, 1992, p. 295.

¹¹⁷² « La conception formelle de l'État de droit va se trouver dès lors relayée par une conception *substantielle*, qui l'englobe et la dépasse : [...] la hiérarchie des normes devient elle-même une des composantes de l'État de droit substantiel », J. Chevallier, « La mondialisation de l'État de droit », in *Droit et politique à la croisée des cultures : Mélanges Philippe Ardan*, Paris : LGDJ, 1999, p. 326.

¹¹⁷³ À ce titre, « le contrôle de constitutionnalité de la loi, d'abord conçu comme un contrôle de la « validité » de la loi à la Constitution va évoluer vers un contrôle substantiel des actes subordonnés à la Constitution [...] », G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, Paris : PUF, coll. Thémis. Droit, 4^e éd., 2016, p. 5. L'analyse que Luc Heuschling livre de l'État de droit allemand le conduit à une conclusion similaire : « le processus de matérialisation et de juridictionnalisation du *Rechtsstaat*, esquissé dès la République de Weimar, connaît ainsi son point d'orgue avec la promulgation de la Loi fondamentale en 1949 » et le développement de la justice constitutionnelle, L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, p. 145.

¹¹⁷⁴ En ce sens écrivait-il que, « dès lors qu'on reconnaît que l'État est un ordre juridique, tout État est un État de droit, et ce terme d'État de droit représente un pléonasme », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 304.

¹¹⁷⁵ J. Chevallier, « Conclusion / État des droits *versus* État de droit ? » in P.-Y. Baudot, A. Revillard (dir.), *L'État des droits. Politique des droits et pratique des institutions*, Presses universitaires de Science Po, coll. Académique, 2015, p.248-249. Le même auteur écrit par ailleurs que « [...] la hiérarchie formelle des normes devient non plus une *fin en soi*, mais un *moyen de protection* des droits individuels », J. Chevallier, *L'État de droit*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Clefs. Politique, 6^e éd., 2017, p. 53.

convictions naturalistes¹¹⁷⁶. Il évoque ce faisant le « normativisme libéral »¹¹⁷⁷, mouvement qui conjugue le primat de l'individu à des considérations procédurales exacerbées¹¹⁷⁸ et qui concourt à ce titre à une conceptualisation spécifique de l'État de droit¹¹⁷⁹. Au-delà des évidentes contradictions qui entravent la justification d'une telle théorie, celle-ci présente une incompatibilité manifeste avec la pensée développée au sein du droit politique. Ainsi que l'affirme Olivier Beaud, « tandis que, pour défendre le droit fondamental de l'homme, la théorie absolutiste recourt à des limites idéelles – *non juridiques* – tirées du principe de légitimité et ce faisant conçoit une souveraineté *absolue* mais *pas illimitée*, la pensée libérale propose une conversion juridique *et procédurale* de ces droits fondamentaux. [...] Le corollaire de cette défense des droits de l'homme est le recul de la souveraineté de l'État qui, bornée par ces droits, devient *relative* dans son étendue ou dans son domaine »¹¹⁸⁰. Adhérant sans limites à la thèse de la souveraineté de l'État, le droit politique ne peut que disqualifier une théorie de l'État de droit qui se construit justement sur sa négation. L'argument est d'ailleurs vicié *in adjecto*, puisque, à bien des égards, on peut considérer que la consécration générale des droits fondamentaux renforce en vérité le pouvoir de l'État qui est chargé de leur donner corps¹¹⁸¹.

¹¹⁷⁶ J.-J. Sueur, *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, Québec : Presses Universitaires de Laval, coll. Diké, 2011, p. 62-63.

¹¹⁷⁷ L'auteur britannique Martin Loughlin consacre de longs développements à cette notion de normativisme libéral ("*liberal normativism*") ; M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, Oxford : Oxford University Press, 1992, not. p. 206 et ss. Le lien qu'entretient ce normativisme libéral avec l'État de droit est souligné par Luc Heuschling. Pour lui en effet, « à l'instigation de cette nouvelle génération de professeurs [...], s'opère un retour à une conception substantielle de la *rule of law* qui va de pair avec la revendication d'un contrôle croissant du juge », L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, p. 266.

¹¹⁷⁸ Les théories libérales, en effet, se fondent « [...] sur le postulat de la prévalence de l'individu sur la société et en particulier sur l'assertion de la primauté des droits individuels » ("*Start with the assumption of the priority of the individual over society and in particular the assertion of the primacy of individual rights*"), M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, Oxford : Oxford University Press, 1992, p. 99.

¹¹⁷⁹ Éric Millard, s'il distingue État de droit formel et État de droit matériel, définit en ce sens un troisième modèle – celui de l'État de droit libéral – qui repose essentiellement sur la garantie de la rationalité des lois, au nom de la protection de la liberté des individus ; É. Millard, « L'État de droit, idéologie contemporaine de la démocratie », in J.-M. Février, P. Cabanel (dir.), *Question de démocratie*, Toulouse : Presses universitaires du Mirail, coll. Amphi 7, 2001, p. 419-420.

¹¹⁸⁰ O. Beaud, « Souveraineté », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 742.

¹¹⁸¹ C'est la thèse défendue par Alexandre Viala, « La modernité juridique ou l'histoire d'une objective complicité entre puissance étatique et garantie des droits », in S. Mouton (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Grands colloques, 2016, p. 229-239. Dans le même sens, Catherine Colliot-Thélène estime que, « contrairement aux attentes des cosmopolitismes d'hier et d'aujourd'hui, l'universalisation potentielle dont est porteuse la notion de droits subjectifs *individuels* risque de ne pas survivre à l'étiollement de la souveraineté étatique », C. Colliot-Thélène, « Après la souveraineté : que reste-t-il des droits subjectifs ? », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008. Voir également la conclusion de son ouvrage *La démocratie sans « demos »*, Paris : PUF, coll. Pratiques théoriques, 2011, p. 195 et ss.

343. Plus encore, la conception libérale de l'État de droit procède d'une volonté de « *juridifier la légitimité* »¹¹⁸², de doter la légitimité de l'action politique d'un substrat juridique incontestable. Pareil postulat conduit inmanquablement à la *dépolitisation* des fondements du droit : le droit ne serait plus fondé que sur lui-même, dans une relation circulaire dont le pouvoir politique serait mécaniquement banni¹¹⁸³. Du point de vue du droit politique, cet argument est larvé de contradictions, en ceci d'abord qu'il postule l'intangibilité de certains droits, qui échapperaient définitivement à l'emprise politique. Or, « en pratique bien sûr les choses peuvent se passer autrement car certaines normes jouissent d'un consensus qui rend impossible en fait leur modification. Mais admettre cela revient à dire que la seule garantie de l'intangibilité d'une norme est un pur fait, tout comme d'ailleurs un pur fait peut renverser une Constitution qui se déclare intangible »¹¹⁸⁴. Le droit ne peut donc prétendre s'imposer absolument et définitivement à l'exercice du pouvoir politique. Comme les tenants du réalisme positiviste¹¹⁸⁵, les auteurs *juspolitistes* ne peuvent donc que dénoncer l'entreprise de dissimulation que constitue une telle acception de l'État de droit. De fait, même « le caractère fondamental des droits implique un jugement de valeur, nécessairement subjectif, donc contingent. S'il en était autrement, d'ailleurs, on ne les « constitutionnaliserait » pas. Ils seraient, de tous temps et de plein exercice, constitutionnels »¹¹⁸⁶.

344. Dans la perspective retenue au titre du droit politique donc, « les droits fondamentaux [...] n'existent que grâce et par l'État, quelle que soit l'interprétation qu'on puisse donner du phénomène étatique »¹¹⁸⁷. On l'aura compris, cette conception libérale de l'État de droit, qui tend à circonscrire la puissance de l'État dans les limites imposées par les droits subjectifs des individus, ne reçoit pas la faveur du droit politique, qui témoigne ainsi d'une certaine convergence de vues avec la pensée positiviste la plus

¹¹⁸² Plus précisément, « les libéraux veulent donc *convertir* la nouvelle légitimité des droits de l'homme en un programme politique méthodique et *juridifier la légitimité*, comme l'indique la notion programmatique d'*État de droit* destinée à traduire ce projet de transformation – approximatif ou asymptotique – de la légitimité en légalité », O. Beaud, « Souveraineté », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 742.

¹¹⁸³ « L'État de droit est enfin réalisé [lorsqu'] il trouve en lui-même sa légitimité », J.-M. Denquin, « Remarques sur la situation du droit constitutionnel en France », *RDP* n° 6, 2014, p. 1476.

¹¹⁸⁴ J.-M. Denquin, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

¹¹⁸⁵ Michel Troper affirme par exemple que, « [...] quand bien même les énoncés sur le droit naturel seraient susceptibles de vérité, ce n'est pas par la force de cette vérité qu'ils s'imposeraient, mais seulement en raison de l'autorité des juges dont ils émanent. *Auctoritas non veritas facit jus* », M. Troper, « Le concept d'État de droit », *Droits* n° 15, 1992, p. 56.

¹¹⁸⁶ J.-M. Denquin, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits* n° 32, 2000, p. 37.

¹¹⁸⁷ O. Beaud, « L'honneur perdu de l'État ? », *Droits* n° 15, 1992, p. 10.

stricte. La démarche adoptée suppose que les droits de l'homme ne soient envisagés que comme les conséquences et non les fondements de l'exercice du pouvoir politique.

B. Une conception élargie des organes de l'État

345. La théorie de l'hétérolimitation de l'État repose tout entière sur la mise en opposition de l'État, allégorie du pouvoir politique, et du droit, gardien de valeurs dotées d'une autorité absolue. Cette confrontation offre cependant peu de prise dans la réalité du droit positif, si elle n'est traduite par une institution, très souvent le juge constitutionnel, susceptible d'imposer ces valeurs à l'« État ». Le juge est alors le gardien de droits qu'il se contente de rendre effectifs, et qui puisent leur autorité dans la société des individus bénéficiaires de ces droits. Appréhender la limitation de l'État par le droit implique dans cette perspective de penser l'existence d'un organe qui, extérieur à l'État, saurait à la fois connaître le droit et lui en imposer le respect. Cette conception ne bénéficie que d'une audience limitée de la part des auteurs *juspolitistes* : le juge constitutionnel, par son statut et sa fonction, ne peut, dans cette hypothèse, être considéré autrement que comme un organe *de* l'État, dont les décisions ne sont pas fondamentalement différentes de celles d'une autre institution (1). Plus largement, le droit politique retient de l'État une définition qui ne permet pas de l'opposer en des termes juridiques à la société des individus : celle-ci n'est pas institutionnalisée en tant que telle, comme un pouvoir concurrent à celui de l'État. Elle n'existe en fait juridiquement que par l'État lui-même et ne saurait donc constituer l'argument de sa limitation (2).

1. L'impossible extériorité du juge

346. La doctrine procède fréquemment à la consécration du juge constitutionnel comme garant ultime de l'État de droit¹¹⁸⁸. Au sens strict, cette posture implique donc que le juge soit ou institutionnellement un organe extérieur à l'État, ou fonctionnellement un organe étranger à l'exercice du pouvoir politique. Ces deux hypothèses sont également rejetées

¹¹⁸⁸ Par exemple : P. Avril, J. Gicquel, *Lexique de droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 5^e éd., 2016, p. 111 et ss.

par le droit politique, qui encourage au contraire à porter un regard circonspect sur la portée réelle de l'office du juge constitutionnel.

347. L'extériorité prétendue du juge à l'égard de l'État semble certes se concrétiser, notamment par le biais des juridictions internationales qui, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'Homme ou de la Cour de Justice de l'Union européenne, se font les garants de l'État de droit¹¹⁸⁹. L'indépendance indiscutable de ces institutions sur le plan organique n'empêche cependant pas qu'elles relèvent juridiquement du droit international, lui-même forgé et exécuté par les États. De manière plus évidente encore sur le plan interne, il est vain de chercher l'extériorité du juge constitutionnel à l'égard de l'État : institué par la Constitution au même titre que les autres pouvoirs constitués, co-législateur par son pouvoir d'abrogation des lois, le juge constitutionnel présente, du point de vue du droit politique, les caractéristiques de n'importe quel organe de l'État, magistrat habilité à agir en son nom. Dès lors que la Constitution est définie comme la norme par laquelle le souverain organise et délègue l'exercice du pouvoir de l'État, le juge constitutionnel ne peut faire figure d'exception parmi l'ensemble des pouvoirs constitués.

348. Le discours érigeant le juge en gardien ultime de l'État de droit repose en fait moins sur une certaine conception organique de l'État, qui ferait du juge une autorité émancipée de lui, que sur l'opposition rhétorique du droit et de la politique. L'exercice de la fonction juridictionnelle bénéficiant d'une présomption irréfragable de conformité au droit, elle se distinguerait par nature du pouvoir politique caractéristique de l'État¹¹⁹⁰. L'État de droit devrait alors être entendu comme la limitation du pouvoir politique – exercé par toutes les institutions sauf le juge – par le droit – c'est-à-dire par l'interprétation qu'en livre le juge¹¹⁹¹.

349. Comme nous avons déjà eu l'occasion de l'évoquer¹¹⁹², la posture du droit politique est particulièrement critique à l'égard de cette thèse radicale – et indéfendable en pratique

¹¹⁸⁹ Sur le développement de l'État de droit dans le champ international, voir : J. Chevallier, *L'État de droit*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Clefs. Politique, 6^e éd., 2017, p. 96-99, p. 118-121.

¹¹⁹⁰ « Sur le juge en général, on retrouve [...] l'argument d'une « nature » spécifique, « neutre », « passive », « juridique », de la fonction juridictionnelle par opposition à la fonction politique », I. Boucobza, *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2005, p. 240.

¹¹⁹¹ Même en n'adhérant pas à une conception réaliste selon laquelle c'est le juge qui crée le droit constitutionnel, force est de constater que « [...] l'existence des juridictions constitutionnelles ne suffit pas à présenter une barrière au « pouvoir », dans la mesure où un État de droit peut toujours changer son droit », C.M. Herrera, « Quelques remarques à propos de la notion d'État de droit », *L'homme et la société* n° 113, 1994, P. 103.

¹¹⁹² Voir en ce sens *supra*, Titre I, Chapitre 1, section 2, §1, A.

– de la neutralité politique absolue du juge constitutionnel, ce qui le conduit logiquement à accueillir avec scepticisme la thèse de l'État de droit garanti par le juge¹¹⁹³. Paradoxalement pourtant, la promotion de l'objectivité du juge constitutionnel n'est pas forcément incompatible avec l'apologie de sa productivité normative. Le Président Valéry Giscard d'Estaing, fervent défenseur de l'État de droit, en avait lui-même donné une définition qui faisait du Conseil constitutionnel, en tant qu'organe de stricte application de la Constitution, la clef de voûte de cet édifice¹¹⁹⁴. S'adressant aux juges du Palais Montpensier en 1977, le Président déclarait ainsi : « pas de gouvernement des juges, car, donnant en cela le bon exemple d'un État de droit, vous vous êtes interdits de vous arroger des attributions que la Constitution ne vous donnait pas, ou de vous référer à des principes qui ne se rattachaient pas à elle. Mais le règne, tout le règne de la Constitution. Car vous ne vous êtes pas bornés à veiller au respect des dispositions de la Constitution relative à l'organisation des pouvoirs publics. Par un *choix capital*, d'ailleurs conforme à notre tradition juridique, vous avez *décidé* d'inclure dans les principes dont vous aviez à assurer le respect ceux qui sont énoncés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et dans le préambule de la constitution de 1946 [...] »¹¹⁹⁵. Si le paradoxe évident que présente une telle formule ne semble pas choquer son auteur, c'est grâce au postulat selon lequel, même lorsque le juge fait montre d'initiative, il est toujours réputé appliquer la Constitution, du fait de sa seule nature juridictionnelle¹¹⁹⁶. Ainsi que le résume Olivier Jouanjan, « si l'État de droit paraît trouver son aboutissement dans la figure du juge, c'est que le juge semble une puissance effacée capable de donner corps à l'idée d'un pur gouvernement des normes. Mais les normes ne s'interprètent ni ne s'appliquent elles-mêmes et les théories modernes de l'interprétation signalent l'existence d'un moment créateur, producteur, dans l'opération juridictionnelle qui interdit de la réduire à un simple automatisme logique. Il en résulte que la juridictionnalisation la plus complète du droit public que tend à imposer la logique de l'État de droit ne peut être présentée sous la

¹¹⁹³ Car « ce raisonnement suppose [...], pour avoir valeur démonstrative, une condition préalable : il faut supposer que le juge constitutionnel soit lui-même assujéti au texte constitutionnel qu'il est censé faire respecter. Dans le cas contraire on ne ferait que remplacer un arbitraire par un autre », J.-M. Denquin, « Remarques sur la situation du droit constitutionnel en France », *RDP* n° 6, 2014, p. 1481.

¹¹⁹⁴ Selon ses propos en effet, « l'État de droit est celui dans lequel chaque autorité, de la plus modeste à la plus haute, s'exerce sous le contrôle d'un juge, qui s'assure que cette autorité respecte l'ensemble des règles, de compétence et de fond, auxquelles elle est tenue », V. Giscard d'Estaing, *Allocution prononcée au Conseil constitutionnel*, 8 novembre 1977, disponible en ligne : <http://discours.vie-publique.fr/notices/777013900.html>.

¹¹⁹⁵ *Ibid.* ; nous soulignons.

¹¹⁹⁶ Le paradoxe est alors total, si l'on considère que la nature juridictionnelle se déduit justement du fait que le Conseil constitutionnel n'a d'autre pouvoir que celui d'appliquer strictement un texte laconique.

forme angélique d'un règne pur et abstrait du droit ; elle ne rature pas purement et simplement la domination politique [...] »¹¹⁹⁷.

350. Du point de vue du droit politique, que ce dernier propos semble pouvoir traduire fidèlement, le principal danger doctrinal que porte dans son sillage la notion d'État de droit réside donc dans le choix des commentateurs de dissimuler la réalité d'un pouvoir proprement *politique* exercé par le juge. Oblitérer ce fait revient à faire passer la jurisprudence constitutionnelle, non telle qu'elle est – un choix politique – mais telle que le Conseil constitutionnel lui-même la présente – une nécessité juridique. Délaissant ainsi toute distance critique, cette posture érige entre les fonctions « politiques » et celle du juge constitutionnel une frontière artificielle, que contredit une approche un tant soit peu réaliste. Il est certes logique, stratégique même, que le Conseil constitutionnel reste prudent dans l'affirmation de l'étendue de son propre pouvoir¹¹⁹⁸. La retenue jurisprudentielle ne justifie pourtant pas entièrement la relative candeur de ses commentateurs ; au contraire devraient-ils mettre au jour la réalité du pouvoir politique qui s'y exerce¹¹⁹⁹. L'angélisme doctrinal que suscite parfois la jurisprudence dissimule d'ailleurs mal le paradoxe qui caractérise les relations entre juge constitutionnel et État de droit, paradoxe que les auteurs *juspolitistes* se plaisent à explorer ; on peut en effet considérer que le développement du contrôle de constitutionnalité, loin de renforcer la sécurité juridique caractéristique de l'État de droit¹²⁰⁰, participe en réalité à l'ébranler, parce qu'il suppose une jurisprudence par principe rétroactive¹²⁰¹.

¹¹⁹⁷ O. Jouanjan, « État de droit », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 652.

¹¹⁹⁸ Il doit en effet veiller à ménager un équilibre nécessairement précaire entre des aspirations contradictoires : « la formule imaginée par le Conseil constitutionnel français pour affirmer la compatibilité entre les principes démocratiques et ceux de l'État de droit – « la loi est l'expression de la volonté générale dans le respect de la constitution » – ne saurait masquer le dilemme auquel sont confrontées toutes les juridictions constitutionnelles : si elles s'en tiennent à la lettre des normes constitutionnelles, leur contrôle est voué à être inefficace et inutile, dans la mesure où ces normes ne fournissent qu'exceptionnellement la réponse à la question posée ; si, à l'inverse, elles s'efforcent de donner vigueur à ces normes par une interprétation « constructive », elles s'exposent au grief d'arbitraire et à l'accusation de vouloir gouverner », D. Lochak, *Les droits de l'homme*, Paris : La Découverte, coll. Repères, 2010, p. 72.

¹¹⁹⁹ Cela rejoint l'ambition plus vaste du droit politique consistant à dénoncer le piège d'un carcan théorique qui isolerait la doctrine de la réalité de l'exercice du pouvoir, dès lors que celui-ci déborde souvent les formes constitutionnelles consacrées. Ainsi que l'affirme par exemple Denis Baranger, « dire en premier lieu que le droit règne et qu'il n'est de pouvoir légitime que dans sa scrupuleuse exécution, c'est s'exposer à dissimuler les inévitables abus des gouvernants sous les apparences du légalisme », D. Baranger, « Le dépérissement de la pensée institutionnelle sous la Ve République », *Droits* n° 44, 2006, p. 35.

¹²⁰⁰ J. Chevallier, *L'État de droit*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Clefs. Politique, 6^e éd., 2017, p. 96-99.

¹²⁰¹ C'est ce que suggère notamment Carlos-Miguel Pimentel, « De l'État de droit à l'État de jurisprudence ? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs », in A. Pariente (dir.), *La séparation*

351. L'élan doctrinal et politique soulevé par le concept d'État de droit reste probablement la principale cause de l'enracinement de la justice constitutionnelle dans les modèles juridiques contemporains. Luc Heuschling estime à ce titre que l'Allemagne, terre originelle de l'État de droit, a basculé jusqu'à se présenter désormais davantage comme un « État du juge »¹²⁰². L'illustration la plus symptomatique de ce constat réside probablement dans la décision évocatrice de la Cour constitutionnelle fédérale lorsqu'elle s'est livrée à un contrôle de la Loi fondamentale elle-même¹²⁰³. Invoquant à ce titre un droit naturel qui n'apparaît pourtant pas dans le texte¹²⁰⁴, la Cour consacre sa propre compétence pour en connaître et établit ainsi, à l'aube de son existence, les verrous juridictionnels qui s'imposent au pouvoir constituant lui-même¹²⁰⁵. Menée à son paroxysme, la logique de l'État de droit pensé comme État du juge révèle à cette occasion son incompatibilité fondamentale avec le principe de la souveraineté constituante ; elle ne peut donc qu'être disqualifiée par la doctrine du droit politique.

352. Le juge constitutionnel trouve cependant des défenseurs qui tentent de concilier, par une redéfinition du concept de démocratie, la dimension créatrice de son office avec l'idée préservée de souveraineté du peuple. Ce dernier est alors entendu comme un ensemble d'individus titulaires de droits, que le juge constitutionnel a la lourde tâche de protéger et de développer au fil de sa jurisprudence¹²⁰⁶. C'est alors à raison de cette

des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007, p. 17.

¹²⁰² Luc Heuschling évoque ainsi « [...] la dérive du *Rechtsstaat* vers le *Richterstaat* », L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, p. 160. Carlos-Miguel Pimentel formule une hypothèse comparable concernant le cadre français : C.-M. Pimentel, « De l'État de droit à l'État de jurisprudence ? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs », in A. Pariente (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007, p. 23.

¹²⁰³ *BVerfGE*, 3, 225 (231) [égalité des sexes], 18 décembre 1953. D'autres décisions participent de la même jurisprudence, mais celle de 1953 fait office d'arrêt de principe, ainsi que le souligne Luc Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, p. 634 et ss.

¹²⁰⁴ X. Bioy, « L'usage de l'idée de nature en droit constitutionnel », in D. Rousseau, A. Viala (dir.), *Le droit, de quelle nature ? Actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007*, Paris : Montchrestien, coll. Grands Colloques, 2010, p. 124-125.

¹²⁰⁵ Dans l'esprit de cette jurisprudence, il apparaît que « si le Constituant originaire peut en principe prévoir des exceptions aux normes même les plus fondamentales qu'il pose, cela ne va pas sans limite. [...] Le Constituant a « positivé » certains principes suprapositifs. Cette positivisation n'a cependant pas fait perdre aux normes concernées leur valeur de droit suprapositif », O. Jouanjan, « Justice constitutionnelle et révision de la Constitution », *AJJC* 1994, p. 240.

¹²⁰⁶ Dominique Rousseau affirme par exemple que « contrairement à une idée reçue, la Constitution n'est pas un texte mort, arrêté au moment où il a été rédigé ; elle est un acte vivant, un espace ouvert à la création continue de droits. Elle doit cette qualité à une institution particulière, celle qui fait aussi la qualité démocratique de la représentation : le Conseil constitutionnel. Son office est, en effet de « dire le droit », [c'est-à-dire] donner un sens à telle ou telle disposition de la Constitution [...]. Et c'est précisément ce travail juridictionnel qui fait de la Constitution un acte vivant et l'enrichit sans cesse de droits nouveaux », D. Rousseau, *Radicaliser la démocratie : propositions pour une refondation*, Paris : Seuil, 2015, p. 64.

fonction et non de sa nature, que le juge devient le rouage nécessaire à la pérennité de l'État de droit. Cette thèse repose sur une différenciation originale entre gouvernants et gouvernés, au sein de laquelle le juge constitutionnel ne siège pas parmi les premiers, mais prend place aux côtés des seconds¹²⁰⁷. Cette théorie de l'État de droit, qui repose finalement sur une distinction discutable entre individus et société, entre peuple et État, ne semble pas emporter davantage la conviction du droit politique.

2. L'impossible extériorité des citoyens

353. Toute la conception substantialiste de l'État de droit peut être articulée à l'idéologie libérale accordant le primat absolu à l'individu. L'État est alors volontiers présenté, à la suite de Nietzsche, comme « le plus froid des monstres froids »¹²⁰⁸, une puissance mensongère et dangereuse qui annihile la liberté des individus¹²⁰⁹. Présenter l'État comme un péril permanent à l'égard des individus justifie la recherche incessante de garanties à son encontre, recherche dont l'aboutissement semble avoir été atteint par le concept d'État de droit. Juridiquement, cette logique se décline autour des droits subjectifs des individus, « droits fondamentaux » qui sont, comme leur nom l'indique, placés au fondement même de l'ordre juridique¹²¹⁰ et conditionnent tout l'exercice du pouvoir

¹²⁰⁷ Ainsi Dominique Rousseau distingue-t-il « [...] d'un côté les gouvernants, avec à leur disposition les organes exécutifs et parlementaires, de l'autre les gouvernés, avec comme protecteur le Conseil constitutionnel », D. Rousseau, *La V^e République se meurt, vive la démocratie*, Paris : Odile Jacob, 2007, p. 220. S'il est alors identifié comme l'allié naturel des gouvernés, le Conseil constitutionnel est d'abord présenté comme l'arbitre – par définition extérieur – des rapports entre gouvernants et gouvernés, au bénéfice des seconds. Ainsi le Dominique Rousseau écrit-il plus loin que, « de cette relation sort une nouvelle hiérarchie de pouvoir puisque le Conseil impose le respect des droits des gouvernés aux organes de l'État, la soumission de la volonté représentative à la Constitution expression de la souveraineté populaire », *ibid*, p. 220.

¹²⁰⁸ Selon la célèbre expression de Friedrich Nietzsche, « De la nouvelle idole », in *Ainsi parlait Zarathoustra. Un livre pour tous et pour personne*, trad. H. Albert, 1903.

¹²⁰⁹ Dominique Rousseau met ainsi en garde contre la puissance de l'État qu'il juge dangereuse pour la société et ses valeurs libérales. Il écrit en ce sens que « la croyance en l'infailibilité de l'État guidé par la raison scientifique s'effondre progressivement avec la prise de conscience de son incapacité à faire face à la crise économique, à maintenir la croissance et à garantir à tous une protection sociale. Les valeurs qui avaient fondé sa légitimité au regard de l'exigence démocratique se retournent ; il n'est plus efficace, il devient un facteur de sclérose et de blocage de la société ; il n'est plus protecteur, il paralyse l'initiative et la responsabilité des individus et des groupes ; il n'est plus l'instrument de la démocratie économique et sociale, il devient le pire danger pour les libertés des individus en se posant comme le maître absolu de la société », D. Rousseau, *La V^e République se meurt, vive la démocratie*, Paris : Odile Jacob, 2007, p. 224-225.

¹²¹⁰ Il s'agit là de la conception positiviste des droits fondamentaux selon Étienne Picard, lui-même critique d'une telle posture. Il les définit dans ce cadre comme « [...] les droits consacrés par la constitution : il n'y a de droits fondamentaux que constitutionnels. C'est la constitution et elle seule qui leur

politique. Ainsi, selon Olivier Beaud, « [...] la notion d'État de droit est la traduction juridique de l'idée de la primauté éthique de l'individu vis-à-vis du pouvoir : l'État n'est légitime que dans la mesure où il contribue à l'épanouissement de l'individu. En d'autres termes, l'État de droit est la forme juridique revêtue par les sociétés modernes individualistes et libérales. Il représente le retrait de l'État face aux droits de l'homme désormais conçus comme catégories juridiques efficientes. En tant que représentant du principe d'autorité, l'État est aujourd'hui sur la défensive et ses pouvoirs apparaissent comme des « réserves de souveraineté » – des compétences d'exception »¹²¹¹.

354. La théorie juridique qu'implique un tel concept ne peut que s'opposer à la pensée du droit politique, au moins à deux égards. D'abord, le caractère absolu des droits dits fondamentaux est contradictoire avec le relativisme politique qui caractérise la position des *juspolitistes* : les droits constitutionnellement garantis ne sont fondamentaux que dans la mesure où ils sont décidés par le pouvoir constituant et interprétés par le juge notamment¹²¹². Ensuite, dissocier juridiquement les droits des citoyens de la puissance de l'État soulève la question de leur source : s'ils ne sont pas consacrés par l'État, relèvent-ils de la nature humaine ? Plus largement, comment la société peut-elle juridiquement exister indépendamment de l'État ? En réponse à la question des relations entre société et État, Olivier Jouanjan propose une double réponse : la société se présente à la « [...] comme le principe déterminant de l'État (société des citoyens, constituante et législative comme peuple ou nation) et comme l'objet déterminé par l'État (société des sujets) »¹²¹³. Aucun de ces deux aspects ne permet cependant d'affirmer résolument son extériorité à l'égard de l'État, *a fortiori* dans une perspective *juspolitiste* : la société des citoyens est simultanément la source du pouvoir de l'État et son objet, elle ne dispose donc d'aucune autonomie à son égard¹²¹⁴.

confère leur caractère fondamental », É. Picard, « Droits fondamentaux », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 546. Pour une critique systématique de cette conception, voir : É. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, p. 6-42.

¹²¹¹ O. Beaud, « L'honneur perdu de l'État ? », *Droits* n° 15, 1992, p. 7-8.

¹²¹² C'est là l'expression banale d'une définition artificialiste du droit. Voir *supra*, A, 1.

¹²¹³ O. Jouanjan, « État de droit », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 652.

¹²¹⁴ La même idée transparait sous la plume de Jellinek : « les deux aspects, sous lesquels apparaît le peuple, ont été pour la première fois distingués nettement par la théorie moderne de la souveraineté populaire, qui a mis d'ailleurs à profit certaines indications anciennes. Rousseau reconnaît à chaque individu une double qualité ; la qualité de citoyen, c'est-à-dire la qualité de membre actif de l'État, participant à la formation de la volonté générale, et la qualité de sujet soumis à cette volonté générale. Les doctrines postérieures, après avoir eu raison du droit de nature, ont toutes, sans doute, reconnu dans le peuple un élément de l'État, mais, fréquemment, elles laissent tout à fait à l'arrière-plan cette qualité subjective du peuple : ce qui, encore aujourd'hui, donne lieu à l'erreur si profonde de ceux qui voient l'État tout entier

355. L'ensemble des citoyens n'est en effet rien d'autre que ce que l'État instaure comme tel ; la citoyenneté constitue à cet égard l'expression individualisée de la souveraineté de l'État. Du point de vue du droit politique, la théorie de l'État de droit qui postule l'existence de droits fondamentaux attachés à l'exercice de la citoyenneté en dehors de toute intervention de l'État s'apparente donc à une absurdité logique. Réciproquement, c'est la société qui permet l'institutionnalisation de l'État et l'organisation de l'exercice de son pouvoir lorsque la souveraineté *dans* l'État, le pouvoir constituant, est confiée à l'ensemble que forment les citoyens. Les citoyens ne peuvent alors plus être regardés seulement comme les victimes de la puissance de l'État, ils en sont également les chevilles ouvrières¹²¹⁵. Société et État constituent ce faisant les deux faces d'une même pièce¹²¹⁶.

356. Pour autant, même si elle refuse de distinguer organiquement la société de l'État, la théorie du droit politique ne présente pas une conception totalitaire de la puissance de l'État¹²¹⁷ : il ne s'agit pas de remettre en cause la distinction politique entre gouvernants et gouvernés, ni de nier l'autonomie de l'individu à l'égard du pouvoir. Plus simplement, le droit politique cherche à montrer qu'« [...] il existe plus de complémentarité que d'opposition entre l'État et la société, dans la mesure où l'État manifeste la cohésion de la société qui n'est pas visible sans lui »¹²¹⁸. Il est éclairant à ce titre de noter que cet argument traduit un éloignement certain à l'égard de la pensée de Maurice Hauriou ; celui-ci reconnaissait en effet à la société des citoyens l'autonomie nécessaire à l'érection d'une *Constitution sociale* lorsqu'il écrivait par exemple que « les droits individuels des

dans le gouvernement, ou qui prétendent que l'État se résoudrait en deux personnes que n'attacherait nécessairement aucun lien juridique ; l'une serait le souverain, et l'autre le peuple, ou somme des individus considérés comme objets du pouvoir de commander », G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Deuxième partie. Théorie juridique de l'État*, trad. G. Fardis, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2005, p. 35.

¹²¹⁵ L'ambition d'Olivier Beaud consiste à ce titre à « [...] concilier, au moins théoriquement, la souveraineté de l'État avec la souveraineté du peuple, c'est-à-dire la souveraineté-puissance publique avec la souveraineté-principe de légitimité », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 25.

¹²¹⁶ Cette idée est traduite par Jacques Chevallier lorsqu'il étudie les relations entre État et nation : « [...] que la Nation soit un « organe » de l'État, ou que l'État soit la « personnification » de la Nation, il n'y a dans tous les cas qu'un seul titulaire de la souveraineté », J. Chevallier, « L'État-nation », *RDP* n° 5, 1980, p. 1281.

¹²¹⁷ Pour Jacques Chevallier, l'État totalitaire repose précisément sur « l'idée de *consubstantialité de l'État et de la société civile* » ; « l'État est [alors] un État « total », qui entend couvrir l'intégralité du champ social et exercer une emprise absolue sur les individus ». Il ne s'agit bien sûr pas de la conception de l'État retenue par le droit politique, qui admet volontiers l'autonomie de l'individu à l'égard de l'État. D'ailleurs, « l'État totalitaire est en fait incompatible avec toute idée d'institutionnalisation [...] », J. Chevallier, *L'État*, Paris : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2^e éd., 2011, p. 84-86.

¹²¹⁸ J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les Sens du droit, 2010, p. 24.

sujets et des citoyens qui sont les membres de la communauté nationale sont aussi naturels dans l'État que les pouvoirs du gouvernement de l'État lui-même ». La reconnaissance de l'autonomie institutionnelle de la société justifie alors la conclusion selon laquelle « [...] les droits individuels sont naturellement opposables à l'État »¹²¹⁹. L'institutionnalisme d'Hauriou trahit à cet égard la posture conservatrice du maître toulousain, et la tentation naturaliste à laquelle il a succombé¹²²⁰ ; c'est là un danger auquel résiste le droit politique. Il renonce ce faisant à la possibilité de penser l'hétérolimitation de l'État, fort du constat selon lequel aucun organe, aucun droit ne peut échapper à l'exercice du pouvoir. D'un strict point de vue juridique, la conception de l'autolimitation de l'État n'est guère plus convaincante et, si l'on peut estimer que le droit politique lui reconnaît néanmoins quelque portée, c'est davantage au titre de la théorie politique qu'au nom du droit lui-même.

§2 : *La réception critique de la thèse de l'autolimitation de l'État*

357. L'État de droit, dans la signification originelle qu'ont déterminée les auteurs du *Rechtsstaat*, ne désigne pas l'hétérolimitation, mais l'autolimitation de l'État, bien que cette acception soit finalement plus difficile à saisir : l'État de droit est alors l'État qui, agissant dans la stricte limite du droit, se contraint par les prescriptions normatives dont il est lui-même l'auteur¹²²¹. Sans être exempte de critiques tenant notamment à son efficacité, cette conception présente des avantages indéniables qui font défaut à la théorie de l'hétérolimitation. C'est ce que résumait Marcel Waline : « [...] si la doctrine de l'auto-limitation n'est sans doute guère satisfaisante pour les juristes légitimement

¹²¹⁹ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 622-623.

¹²²⁰ Ce que relève Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 182.

¹²²¹ En effet, « l'idée essentielle qui se trouve à la base de cette doctrine, c'est que l'État ne peut se trouver obligé, lié ou limité qu'en vertu de sa propre volonté ; en cela même consiste sa souveraineté. Par conséquent, les règles de droit destinées à régir l'exercice de la puissance étatique ne peuvent être l'œuvre que de l'État lui-même. Si la souveraineté n'est pas nécessairement un pouvoir sans limites, du moins il est de l'essence de l'État souverain que lui seul détermine, de sa propre volonté, les règles juridiques qui formeront la limitation de sa puissance souveraine », R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État. Spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t.I, préf. E. Maulin, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 231.

désireux de subordonner l'État au Droit, elle est en tout cas la seule théorie qui corresponde à la réalité des choses [...] »¹²²².

358. La place limitée qu'occupe la notion d'État de droit dans les travaux *juspolitistes* suggère que la théorie de l'autolimitation ne convainc pas entièrement leurs auteurs. Cela s'explique probablement par le fait que, considérée en ce sens, l'idée d'État de droit ne présente aucune utilité supplémentaire par rapport au concept d'État constitutionnel¹²²³ que construit le droit politique ; il en représente même une version appauvrie (A). Il semble dès lors que l'État de droit ne puisse revêtir, dans la pensée *juspolitiste*, qu'une portée limitée, non pas juridique au sens strict, mais marquée de la contingence politique (B).

A. L'inopérance de la théorie juridique

359. La doctrine allemande du *Rechtsstaat*, qui trouvera des échos en France sous la plume notamment de Raymond Carré de Malberg, défend l'idée que l'État n'est juridiquement soumis qu'au droit dont il est lui-même l'auteur. Plus proche des postulats du droit politique contemporain que la théorie de l'hétérolimitation, cette doctrine n'en reste pas moins l'objet de critiques diffuses dans les travaux du droit politique. Elle repose en effet sur une appréhension de la souveraineté de l'État qui n'est pas tout à fait celle des *juspolitistes*, et dont l'usage les conduirait à se contredire (1). Elle semble par ailleurs mobiliser davantage d'arguments tenant à la préférence politique de ses auteurs qu'à la logique juridique (2).

1. Une limite juridique incohérente

360. La théorie originelle de l'État de droit repose, notamment dans les écrits de Jhering, de Jellinek, ou encore de Carré de Malberg, sur la thèse selon laquelle l'État est une puissance souveraine dont la pérennité découle du fait qu'il respecte le droit qu'il a lui-même instauré. La thèse de l'autolimitation de l'État ainsi défendue s'appuie sur des

¹²²² M. Waline, *L'individualisme et le droit*, Paris : Domat Montchrestien, 1945, p. 407.

¹²²³ Ce dernier se définit en effet comme la structure de l'État héritée de l'Ancien régime sur laquelle se sont greffées les exigences de limitation et de démocratisation de l'exercice du pouvoir léguées par le constitutionnalisme : O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 25.

définitions, discutées par les *juspolitistes*, des trois éléments alors mobilisés : le droit, l'État et la souveraineté.

361. Le premier de ces aspects, la définition du droit que retient la doctrine d'outre-Rhin, suffit presque à elle seule à justifier la limitation de l'État par le droit. Ainsi, pour Georg Jellinek, « tout droit n'est tel que parce qu'il lie non seulement les sujets, mais le pouvoir politique lui-même »¹²²⁴. Rudolf von Jhering estimait pour sa part que « le droit, dans le plein sens du mot, est donc la force de la loi, liant bilatéralement ; c'est la subordination propre du pouvoir politique aux lois qu'il promulgue lui-même »¹²²⁵. Par sa simple œuvre législatrice, l'État serait donc assujéti à ses propres prescriptions. Carré de Malberg, pour sa part, bien que favorable à la thèse de l'autolimitation de l'État, refuse lui-même de trouver dans la nature du droit les raisons de la soumission de la puissance publique¹²²⁶. Son engagement en faveur d'un contrôle de constitutionnalité des lois pour parachever l'État de droit est à ce titre évocateur¹²²⁷ : nul besoin de contrainte juridictionnelle si le droit porte en lui la force de s'imposer à son auteur. La posture qu'adopte le droit politique sur cette question n'est pas très claire. On peut toutefois supposer que, en admettant la part incompressible d'autonomie des institutions politiques à l'égard du droit¹²²⁸, les *juspolitistes* sont conduits à relativiser fortement la contrainte intrinsèque qu'est susceptible d'exercer le droit sur son auteur.

362. Leur désaccord avec la théorie de l'autolimitation s'éprouve plus clairement encore au regard de la définition de l'État qu'elle suggère. Raymond Carré de Malberg définissait l'État comme « [...] une force régie par des principes juridiques, appelée à s'exercer selon certaines formes et au moyen de certains organes, et dès lors limitée par

¹²²⁴ G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Deuxième partie. Théorie juridique de l'État*, trad. G. Fardis, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2005, p. 130.

¹²²⁵ R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*, I, 1877, p. 358 ; cité par G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Deuxième partie. Théorie juridique de l'État*, trad. G. Fardis, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2005, p. 130-131.

¹²²⁶ Pour un exposé de la critique adressée à Jhering, voir : R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État. Spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t.I, préf. E. Maulin, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 232. S'il ne partage pas l'opinion du juriste allemand, c'est notamment parce que Carré de Malberg fait dépendre la force exécutoire des normes de l'existence d'une « sanction matérielle », *ibid.*, p. 239 et ss.

¹²²⁷ Carré de Malberg a en effet, discrètement et évasivement, défendu l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois : « [il] se montre favorable à une limitation de la puissance absolue du Parlement que consacre selon lui la Constitution de 1875 et qui aboutit à renverser la gradation de la Constitution et la loi, pour soumettre la première à la volonté exclusive de la seconde. En quelques endroits il suggère qu'une telle limitation pourrait prendre la forme d'un contrôle de constitutionnalité des lois », É. Maulin, « Le principe du contrôle de la constitutionnalité des lois dans la pensée de R. Carré de Malberg », *RFDC* n° 21, 1995, p. 94.

¹²²⁸ Voir *supra*, Titre I, Chapitre 2, section 1, § 1, B.

du droit »¹²²⁹. Le professeur strasbourgeois en déduisait que, « de ce que l'État ne peut se trouver réalisé sans cet ordre juridique, il résulte immédiatement qu'il ne peut se concevoir que comme subordonné, quant à sa persistance et à son fonctionnement, au maintien d'une règle de droit. Toute puissance qui ne peut naître et subsister que moyennant l'établissement et l'application d'une règle juridique est forcément une puissance limitée par le droit »¹²³⁰. Cet argument renvoie à la définition subjectiviste de l'État sur laquelle s'appuie la pensée du *Rechtsstaat*, adaptée ensuite par Carré de Malberg : juridiquement appréhendé comme une personne juridique, l'État serait nécessairement soumis au respect du droit qui l'institue. S'il est, dans le même temps, la source exclusive du droit¹²³¹, l'État n'en est pas moins mécaniquement limité par son propre office normatif. Ainsi, pour Carré de Malberg par exemple, « [...] la reconnaissance d'une personne distincte État et l'attribution de la souveraineté à cette personne juridique permettent et appellent l'idée de limitations s'imposant à l'État lui-même »¹²³².

363. L'articulation consubstantielle que présente ainsi Carré de Malberg entre État et droit n'est pas en tant que telle originale : la modernité juridique est souvent réputée s'exprimer dans l'avènement de l'État, lui-même caractérisé par la juridicisation de l'exercice du pouvoir politique¹²³³. Pour autant, les conclusions qu'en tire le professeur alsacien ne découlent pas logiquement de ce simple constat, et ce à divers égards. D'abord, cette définition de l'État de droit ne permet pas de comprendre sa singularité à l'égard de l'État lui-même : si ce dernier se définit par la structure juridique du pouvoir exercé en son nom, et que sa nature juridique le contraint mécaniquement à s'y soumettre,

¹²²⁹ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État. Spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t.I, préf. E. Maulin, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 229.

¹²³⁰ *Ibid.*

¹²³¹ « Cela ne veut pas dire qu'avant la loi de l'État ou qu'en dehors et même au-dessus d'elle il ne puisse se concevoir ou il n'existe effectivement aucun précepte fournissant une règle de conduite aux hommes ou aux sociétés ; mais cela veut dire que seule la règle admise et édictée par l'État constitue une règle de droit proprement dit », R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État. Spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t.I, préf. E. Maulin, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 239-340.

¹²³² *Ibid.*, p. 230.

¹²³³ C'est par exemple l'une des thèses bien connues de Georges Burdeau, selon laquelle l'État se traduit par une juridicisation de l'exercice du pouvoir : G. Burdeau, *L'État*, préf. P. Braud, Paris : Seuil, coll. Points. Série Essais, 2009, p. 58 et ss. Les auteurs du droit politique semblent adhérer sans réserve à cette définition moderne de l'État. Denis Baranger considère ainsi que la souveraineté associée à l'État « [...] est une puissance exercée dans les formes, pour les finalités et selon les moyens du droit », D. Baranger, *Le droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 7^e éd., 2017, p. 37.

comment distinguer l'État de droit de l'État de police ou de l'État légal¹²³⁴ ? Par ailleurs, fonder l'obligation juridique pour l'État de se conformer au droit sur le fait qu'il est justement caractérisé par sa structure juridique s'apparente à un sophisme : l'État est soumis au droit parce qu'il est caractérisé par un ordre juridique qui implique que l'État lui soit assujéti. Éric Maulin décèle à cet égard des accents kelséniens dans la théorie malbergienne de l'État, qui semble réduit à l'ordre juridique qui le structure¹²³⁵. La démonstration de l'autolimitation de l'État reste donc logiquement inachevée, ou du moins n'apporte-t-elle rien de plus que la théorie de l'État lui-même.

364. Une acception institutionnaliste de l'État pourrait, dans une certaine mesure, soutenir l'assertion de Carré de Malberg selon laquelle l'État est condamné, en quelque sorte, à défendre sa propre pérennité, du fait des contraintes structurelles qui pèsent à son encontre. Maurice Hauriou n'évoquait-il pas « [...] une auto-limitation objective et proprement constitutionnelle, résultat de la création d'institutions destinées à faire obstacle à certaines tentatives de l'État »¹²³⁶ ? La portée de cet argument est cependant plus faible que celle que le maître strasbourgeois entendait conférer à sa théorie : le pouvoir de l'État peut certes être circonscrit, entravé, limité par le droit qui le structure, mais il n'existe aucune garantie absolue en ce sens¹²³⁷.

365. Les partisans de l'autolimitation peinent, dès lors, à ancrer pleinement leur théorie dans le droit positif. Jellinek évoque encore la contrainte pesant sur l'État du fait du droit international qu'il a contribué à créer¹²³⁸, Carré de Malberg s'appuie sur les limites imposées aux pouvoirs constitués par la Constitution¹²³⁹. Aucun de ces arguments

¹²³⁴ Carré de Malberg procède bien à une distinction entre ces différents concepts, distinction sur laquelle nous reviendrons : voir *infra* 2.

¹²³⁵ E. Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2003, p. 80.

¹²³⁶ M. Hauriou, « Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes », *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1928, reprod. in M. Touzeil-Divina (dir.), *Miscellanées Maurice Hauriou*, Le Mans : L'Épilogue, coll. Historique du droit, 2013, p. 133.

¹²³⁷ Denis Baranger démontre ainsi que la pérennité de l'État exige parfois que soit sacrifié le respect des prescriptions juridiques, notamment dans l'hypothèse d'un gardien de la Constitution. Celui-ci n'est en effet dédié qu'à « [...] la finalité supérieure de sauvegarde de l'État, laquelle reste le dernier rempart du droit. Mais, là où se trouve ce qui sauve, là gît aussi le plus grand péril : plus aucune contrainte de droit ne retient alors le gardien de l'État, en dehors de l'obligation de sauver la patrie », D. Baranger, *Le droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 7^e éd., 2017, p. 37.

¹²³⁸ « Lorsque l'État ayant reconnu le droit international a accompli des actes qui, par l'effet même de cette reconnaissance, le lient et l'obligent, on le voit bien s'imposer, au moyen de son pouvoir juridique, des limites à lui-même, sans qu'il puisse ensuite juridiquement, rien que par une décision émanée de lui, s'affranchir de ce lien », G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Deuxième partie. Théorie juridique de l'État*, trad. G. Fardis, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2005, p. 139.

¹²³⁹ « [...] La puissance de l'État se trouve limitée, lorsque la Constitution, réalisant en cela la séparation du pouvoir législatif et du pouvoir constituant, détermine par elle-même certains droits individuels qu'elle garantit aux citoyens, et lorsqu'elle réserve la réglementation de ces droits à l'organe constituant, à l'exclusion de toutes autorités constituées ; et en pareil cas, la limitation de l'État est d'autant plus forte que

n'emporte pourtant la conviction : les engagements internationaux contractés par un État sont plus une manifestation de sa souveraineté qu'une limitation de son pouvoir, dans la mesure notamment où il reste capable de les dénoncer ; la Constitution, œuvre du souverain dans l'État, n'est pas une limite à l'État lui-même, car elle s'impose uniquement aux institutions habilitées à agir en son nom¹²⁴⁰. Sur ce dernier point, Jellinek rétorque néanmoins que la Constitution a pour rôle d'attribuer à des institutions le pouvoir de représentation de l'État. Or, selon lui, « [...] comme la volonté de l'organe est la volonté de l'État, l'État, en liant ses organes, se lie lui-même »¹²⁴¹. La transposition de la contrainte, des institutions de l'État vers l'État lui-même procède toutefois d'une assimilation discutable au titre du droit politique. S'il devait se résumer à ses représentants, l'État ne pourrait en effet renvoyer qu'à la somme qu'ils constituent¹²⁴². Or, si les institutions politiques peuvent effectivement être enserrées dans des contraintes politiques et juridiques qui les limitent, il n'en va pas de même du pouvoir qu'elles détiennent ensemble, et qui traduit celui de l'État, caractérisé par la souveraineté.

366. Cet aspect invite d'ailleurs à considérer plus avant la souveraineté de l'État telle qu'elle est théorisée par la pensée du *Rechtsstaat*, et qui s'avère passablement distincte de celle présentée par les *juspolitistes*. Ainsi pour Georg Jellinek, « la souveraineté n'est pas le pouvoir sans limites, mais la capacité de se déterminer soi-même exclusivement, c'est par suite la limitation autonome du pouvoir politique, ne connaissant juridiquement aucun lien émanant de pouvoirs étrangers, mais s'en imposant lui-même par l'établissement d'un ordre juridique qui seul permet d'apprécier l'activité de l'État au point de vue juridique »¹²⁴³. Cette définition inclut donc, opportunément, l'idée de limitation de l'État dans la notion même de souveraineté. Carré de Malberg partage cette position ; il estime ainsi que la souveraineté ne renvoie qu'à une « force organisée » et que, si elle « [...] est la puissance du degré le plus élevé, cela ne signifie pas qu'elle soit un pouvoir illimité ou

la révision constitutionnelle est subordonnée à des conditions spéciales, telles notamment que la ratification populaire », R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État. Spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t.I, préf. E. Maulin, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 233.

¹²⁴⁰ Le souverain constituant ne saurait contraindre l'État lui-même puisqu'il est réputé agir en son nom : « l'existence du Souverain comme instance concrète est indissociable de l'État qui est le support et le bénéficiaire de son action », O. Beaud, « Le Souverain », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 35-36.

¹²⁴¹ G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Deuxième partie. Théorie juridique de l'État*, trad. G. Fardis, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2005, p. 131.

¹²⁴² Le principe de la souveraineté de l'État implique en effet le « caractère indivisible [de la puissance publique], c'est-à-dire [...] la nature insécable des fonctions étatiques », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 147.

¹²⁴³ G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Deuxième partie. Théorie juridique de l'État*, trad. G. Fardis, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2005, p. 135.

en tout cas cela ne veut pas dire qu'elle ne soit point susceptible de limitations »¹²⁴⁴. Les définitions ainsi proposées s'opposent à celle que retient notamment Olivier Beaud pour qui la souveraineté « [...] est *absolue* dans [la] sphère interne [...] » à l'État¹²⁴⁵, au moins sur le plan juridique. L'opposition doctrinale qu'entretient le droit politique à l'égard de la théorie de l'autolimitation de l'État se cristallise donc particulièrement autour du concept de souveraineté¹²⁴⁶. L'approche qu'en retiennent les *juspolitistes* bannit *de facto* toute contrainte juridique potentielle à l'égard de l'État. Ils témoignent à ce titre d'une certaine indifférence à l'égard de la préoccupation qui animait les auteurs du *Rechtsstaat*, celle de présenter « [...] un adoucissement de l'approche radicale de la puissance de l'État déployée par la pensée juridique allemande »¹²⁴⁷. Leur analyse les conduit en effet à considérer que les arguments de l'autolimitation de l'État reposent davantage sur des contraintes politiques que juridiques, ce qui altère d'autant leur efficacité.

2. Une limite juridique aléatoire

367. L'opposition entretenue par les auteurs du droit politique à l'égard de la théorie classique de l'État repose, *in fine*, sur la définition de la souveraineté qui articule leurs thèses respectives. De l'aveu même de Jellinek, la souveraineté est d'ailleurs conçue par les auteurs du *Rechtsstaat* dans le but d'inclure dans son acception même, l'exigence de limitation de l'État¹²⁴⁸. L'adoption d'une conception concurrente – absolue – de la souveraineté conduit logiquement le droit politique à disqualifier la plupart des arguments ayant trait à la limitation juridique de l'État. Au mieux apparaissent-ils comme des

¹²⁴⁴ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État. Spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t.I, préf. E. Maulin, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 228-229.

¹²⁴⁵ O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 16.

¹²⁴⁶ Olivier Beaud a d'ailleurs proposé une critique détaillée du principe de souveraineté tel qu'il est défini par Carré de Malberg : O. Beaud, « La souveraineté dans la « Contribution à la théorie générale de l'État » de Carré de Malberg », *RDP* n° 5, 1994, p. 1251-1301.

¹²⁴⁷ A. Viala, « La notion d'État de droit, l'histoire d'un défi à la science juridique », *REDP* n° 13, 2001, p. 679.

¹²⁴⁸ Le maître de Heidelberg écrivait ainsi que « [...] s'il est essentiel à l'État d'être en possession d'un ordre juridique, c'est, du coup, la doctrine du pouvoir absolu et illimité de l'État qui se trouve renversée. [...] Ce qui est en son pouvoir, en son pouvoir de fait comme en son pouvoir juridique, ce n'est pas la question de savoir si un certain ordre juridique doit exister, mais quel ordre juridique ». Plus loin, Jellinek en déduit qu'« il est pour la première fois possible de proscrire du concept de souveraineté la notion de pouvoir sans-limite, et de façonner ce concept de manière à le faire cadrer avec notre conception moderne du droit », G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Deuxième partie. Théorie juridique de l'État*, trad. G. Fardis, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2005, p. 130-135.

arguments politiques, empruntant moins à la logique qu'aux circonstances. Carré de Malberg fonde par exemple sa théorie de l'autolimitation sur le « [...] bilan de vingt-cinq siècles d'histoire et de cultures politiques », d'après l'analyse qu'en livre Simone Goyard-Fabre¹²⁴⁹. La preuve ainsi apportée ne fait donc pas référence à une théorie juridique abstraite, mais à une histoire politique concordante, dont la répétition ne signifie pas nécessairement l'existence d'un principe de droit immanent à l'ensemble des systèmes étudiés. Selon la célèbre maxime positiviste d'ailleurs, ce n'est pas parce qu'une chose est qu'elle doit être¹²⁵⁰.

368. La même lacune transparait dans la double opposition que propose Carré de Malberg, entre État de droit et État légal¹²⁵¹ d'une part, entre État de droit et État de police d'autre part¹²⁵². À travers ces dichotomies, Carré de Malberg dessine un concept d'État de droit dont l'effectivité est, en dernier lieu, déterminée par les normes constitutionnelles, puisqu'il n'advient que lorsque sont garantis les droits et libertés des citoyens face à la puissance législative. L'État de droit ainsi conçu dépend donc exclusivement de la portée octroyée à la Constitution ; il n'est pas le résultat d'une garantie structurelle, mais le fruit d'une contingence, celle de la décision du pouvoir constituant. Les définitions que propose Carré de Malberg s'apparentent donc davantage à un plaidoyer politique en faveur d'un certain ordre constitutionnel, qu'à une démonstration convaincante de l'autolimitation juridique de l'État.

369. La confusion qu'entretiennent les auteurs du *Rechtsstaat* entre garantie politique et garantie juridique se double d'une autre confusion – que l'on retrouve dans une certaine

¹²⁴⁹ S. Goyard-Fabre, « De quelques ambiguïtés du positivisme juridique », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n° 13, 1988, p. 39.

¹²⁵⁰ Ou en d'autres termes, « d'une prémisse indicative, on ne saurait déduire une proposition normative », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 160.

¹²⁵¹ Carré de Malberg fonde l'opposition entre ces deux notions sur le fait que « l'État de droit est établi simplement et uniquement dans l'intérêt et pour la sauvegarde des citoyens : il ne tend qu'à assurer la protection de leur droit ou de leur statut individuel. Le régime de l'État légal est orienté dans une autre direction : il se rattache à une conception politique ayant trait à l'organisation fondamentale des pouvoirs, conception suivant laquelle l'autorité administrative doit, dans tous les cas et en toutes matières, être subordonnée à l'organe législatif, en ce sens qu'elle ne pourra agir qu'en exécution ou par permission d'une loi », R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État. Spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t.I, préf. E. Maulin, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 490. La mise en place d'un État de droit ou d'un État légal dépend donc dans une large mesure d'une hiérarchie effective entre Constitution et loi, soit d'un choix *politique* opéré par le pouvoir constituant.

¹²⁵² « L'État de police est celui dans lequel l'autorité administrative peut, d'une façon discrétionnaire et avec une liberté de décision plus ou moins complète, appliquer aux citoyens toutes les mesures dont elle juge utile de prendre par elle-même l'initiative, en vue de faire face aux circonstances et d'atteindre à chaque moment les fins qu'elle se propose : ce régime de police est fondé sur l'idée que la fin suffit à justifier les moyens », R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État. Spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t.I, préf. E. Maulin, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 488.

mesure dans la théorie de l'hétérolimitation de l'État – entre l'État et les pouvoirs constitués agissant en son nom. Jhering défend ainsi au titre de l'État de droit l'idée que les institutions politiques ont un intérêt fondamental à obéir au droit qu'elles édictent¹²⁵³ car ce n'est qu'en satisfaisant à l'exigence de cohérence entre ce qu'elles exigent et ce qu'elles s'autorisent pour elles-mêmes, qu'elles ménageront leur autorité à l'encontre des citoyens et, ainsi, leur pérennité. Plus largement, mais dans le même sens, Jellinek en déduit que l'État dépend, pour sa survie, de « [...] la conviction qu'a le peuple de la légitimité de [son] pouvoir »¹²⁵⁴. Une telle approche n'est finalement guère éloignée de ce que Hauriou désignait sous le terme de « consentement coutumier »¹²⁵⁵ : les prérogatives institutionnelles dépendent étroitement de l'assentiment social souvent implicite dont bénéficient les institutions. À ce titre, elles doivent se conformer au cadre juridique dont le respect conditionne et entretient le sentiment de leur légitimité. Pourtant, les contraintes juridiques institutionnelles ne représentent qu'une garantie relative du respect du droit, puisque nous avons vu que la dynamique institutionnelle permet parfois de dépasser et de remodeler le cadre juridique d'une institution, voire d'un régime politique dans son ensemble¹²⁵⁶. En outre, dans l'hypothèse évoquée par Jhering et Jellinek, c'est moins l'État, qui n'agit de toute façon que par ses organes constitutifs, que les pouvoirs constitués spécifiquement, qui sont assujettis à cette obligation d'éthique institutionnelle. L'assimilation métonymique ici opérée est particulièrement inadaptée à la pensée des auteurs du droit politique ; leur approche institutionnaliste de l'État les conduit justement, non pas à le réduire à l'agrégation de ses différentes composantes, mais au contraire à en théoriser l'unité, grâce notamment au concept de souveraineté¹²⁵⁷. La preuve serait-elle apportée de l'autolimitation juridique des pouvoirs constitués, elle n'impliquerait donc nullement, de ce point de vue, la démonstration de l'autolimitation de l'État.

¹²⁵³ R. von Ihering, *Der Zweck im Recht* t. I, 1877, p. 367 ; cité par L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, préf. F. Moderne, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 309.

¹²⁵⁴ G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Deuxième partie. Théorie juridique de l'État*, trad. G. Fardis, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2005, p. 56.

¹²⁵⁵ Maurice Hauriou écrivait en effet que « le consentement coutumier s'applique aux institutions comme aux règles de droit, et c'est même par les institutions qu'il commence. Un pouvoir crée une institution qui devient coutumière et sur laquelle il s'appuie ensuite pour créer du droit au nom de l'institution, ainsi s'établit la filière », M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 4. Pour le juriste institutionnaliste comme pour Jellinek – comme pour le droit politique d'ailleurs –, cet assentiment social implicite est fondamental pour comprendre le droit. Maurice Hauriou se distingue cependant du maître de Heidelberg dans la mesure où il considère que la règle de droit n'est que l'objet incident du consentement coutumier, les institutions en étant les véritables bénéficiaires. La posture des *juspolitistes* s'apparente davantage à la théorie d'Hauriou, quoiqu'elle s'en distingue substantiellement. Voir en ce sens *infra* Chapitre 2 section 2, §1.

¹²⁵⁶ Voir *supra*, Titre I, Chapitre 2, section 1, §1, B, 2.

¹²⁵⁷ O. Beaud, « L'honneur perdu de l'État ? », *Droits* n° 15, 1992, p. 6.

370. Carré de Malberg, apparemment presque conscient des limites de sa démonstration, tente une dernière fois de justifier l'autolimitation de l'État, en recourant à la morale des gouvernants. Ainsi écrit-il que « ce n'est donc pas sur le droit proprement dit, sur les organisations ou institutions juridiques, que l'on peut compter pour obtenir à l'encontre de l'État un système de limitations inspirant une complète sécurité. [...] le seul qui soit vraiment efficace, c'est un facteur d'ordre moral : c'est de la valeur morale des gouvernants et, dans les démocraties contemporaines, de la valeur morale du peuple lui-même qu'il faut attendre la garantie de modération de l'État que le droit, à lui tout seul, demeurerait impuissant à assurer. À ce point de vue encore, on se trouve ramené à l'idée de limitation volontaire. Seulement cette dernière sorte d'autolimitation ne relève plus de la science juridique : elle ne saurait être considérée comme un des éléments du système du droit de l'État »¹²⁵⁸. De l'aveu même de Carré de Malberg donc, l'ultime garantie de sa théorie de l'État de droit repose finalement sur un argument bien plus politique que juridique.

371. Considérée à travers le prisme du droit politique, la théorie du *Rechtsstaat* ne peut donc jamais s'entendre que comme l'expression d'une contrainte politique, éventuellement institutionnalisée, pesant sur les organes de l'État. C'est ce que suggère Jacky Hummel en conclusion d'un article dédié à l'étude de la doctrine allemande au XIX^e siècle : « confrontée à de telles situations qui révèlent brusquement le « sens du tragique » en politique, c'est-à-dire la tragique impuissance de toute solution normative à résoudre un conflit, la doctrine publiciste est condamnée à recourir à ce qu'elle qualifie parfois de « principe supérieur du droit public », mais qui n'est que la raison d'un État défini moins en tant qu'ordre juridique qu'en tant qu'unité de puissance »¹²⁵⁹. La déconstruction du concept d'État de droit à laquelle procèdent les *juspolitistes* pourrait être qualifiée de périlleuse, dès lors qu'elle conduit à reconnaître l'omnipotence de l'État et l'absence de garanties des droits des citoyens contre elle. Cette posture peut toutefois également s'interpréter comme une mise en garde contre un angélisme doctrinal qui, présument l'existence de limites intrinsèques au pouvoir étatique, négligerait la réalité de son exercice. En tout état de cause, l'État de droit semble constituer au mieux un concept

¹²⁵⁸ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État. Spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t.I, préf. E. Maulin, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 242.

¹²⁵⁹ J. Hummel, « État et ordre juridique dans la doctrine publiciste allemande au XIX^e siècle », *Droits* n° 35, 2002, p. 40.

juridique redondant, au pire un concept incohérent dans la théorie du droit politique. Il ne peut alors plus revêtir que la forme d'une théorie politique.

B. La logique de la théorie politique

372. La réticence des auteurs du droit politique à embrasser une doctrine juridique de l'État de droit n'implique pas nécessairement que le concept soit absent de leurs travaux ; la notion a connu un tel succès – non seulement doctrinal, mais également politique – qu'elle mérite l'attention des *juspolitistes*, même si cela les conduit à relativiser drastiquement sa portée. Dans cette perspective, l'État de droit n'apparaît plus comme ce concept juridique structurant l'exercice du pouvoir ; c'est là l'apanage de l'État lui-même, et du droit constitutionnel plus largement. Il prend bien plus souvent, dans les travaux du droit politique, la forme d'un principe de justification de l'exercice du pouvoir, d'une rhétorique que mobilise le pouvoir pour légitimer son action¹²⁶⁰. Il n'est pas dénué, à cet égard, d'une véritable portée structurante, mais celle-ci concerne plus certainement le discours politique que l'ordre juridique (1). Brandi en ce sens comme un argument d'autorité, l'État de droit s'impose désormais comme le principe de légitimité privilégié des sociétés contemporaines¹²⁶¹. Il s'est ainsi progressivement substitué au principe démocratique, ce qui, dans la pensée *juspolitiste*, constitue moins une garantie qu'une menace pour les droits des citoyens (2).

1. L'État de droit fiction de gouvernement

373. Il ressort des travaux du droit politique que la notion d'État de droit induit en réalité en erreur ; la mention d'un « État » indique en effet *a priori* une « forme politique », c'est-à-dire une « [...] manière dont les pouvoirs centraux et les pouvoirs locaux sont

¹²⁶⁰ Ainsi, « l'État de droit peut apparaître [...] comme élément d'un discours affiché pour mieux s'affirmer », O. Beaud, « L'honneur perdu de l'État ? », *Droits* n° 15, 1992, p. 10. On retrouve ici la conception retenue par Olivier Jouanjan : « il est clair que cette notion de l'« État de droit » est de caractère *prescriptif*, elle comporte des « exigences », elle est une notion de « politique constitutionnelle », O. Jouanjan, « Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'État ? Point de vue français », *RUDH* vol. 15, 2003, p. 105.

¹²⁶¹ J.-J. Sueur, *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, Québec : Presses Universitaires de Laval, coll. Diké, 2011, p. 55.

articulés dans un même espace de pouvoir »¹²⁶². L'autorité de l'État de droit repose précisément sur ce mirage d'une structure institutionnelle inaltérable construite autour de la protection des individus. Or, l'État de droit tel qu'il est considéré par le droit politique s'apparente davantage à une « forme de gouvernement », c'est-à-dire à une « [...] manière dont est distribué l'exercice du pouvoir dans un État, soit entre les différents pouvoirs publics, soit entre les différents types de gouvernants »¹²⁶³. Défini par Walter Leisner comme « forme contradictoire d'organisation des pouvoirs publics »¹²⁶⁴, l'État de droit s'apparente de fait davantage au résultat d'un choix constituant, d'un programme politique reposant sur le principe de la séparation des pouvoirs, que d'une garantie étatique structurelle¹²⁶⁵. Cette portée plus modeste que revêt la notion d'État de droit n'est pourtant que rarement soulignée, ce qui renforce son autorité rhétorique en tant que fiction de gouvernement¹²⁶⁶.

374. La théorie de la fiction comme instrument de gouvernement a été éprouvée par Pierre-Marie Raynal ; elle vise alors « les discours justificatifs énoncés en vue de persuader du bien-fondé de l'entreprise prescriptive et coercitive du pouvoir politique et par suite d'asseoir l'habileté à commander et le devoir d'obéir, [discours qui] recourent [...], explicitement ou implicitement, à des arguments rationnels et émotionnels qui mobilisent des valeurs, des symboles, des arts, des faits présents, passés, futurs [...] »¹²⁶⁷. Si l'État de droit n'est pas directement visé par ces propos, il semble revêtir plusieurs des caractères énoncés, et poursuivre le but associé à la fiction de gouvernement : la justification du pouvoir ; il satisfait en ce sens le premier critère avancé par Pierre-Marie Raynal. Ainsi que le souligne Bernard Luisin, « tout projet, toute réforme, modeste ou d'envergure, s'accompagnent d'une appréciation tendant à les légitimer ou à les

¹²⁶² O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2007, p. 346.

¹²⁶³ *Ibid.*, p. 345.

¹²⁶⁴ W. Leisner, « L'État de droit – une contradiction ? » in M. Waline (dir.), *Recueil d'études en l'honneur de Charles Eisenmann*, Paris : Éditions Cujas, 1975, p. 77.

¹²⁶⁵ Cette idée correspond à celle qu'exprime Philippe Braud lorsqu'il écrit que « [...] la théorie de l'État de droit renvoie moins à l'idée de soumission des gouvernants à des règles supérieures qu'ils ne sauraient enfreindre, qu'à un agencement déterminé de cet ordre juridique », P. Braud, *Penser l'État*, Paris : Seuil, coll. Points. Série Essais, 2004, p. 48.

¹²⁶⁶ Le caractère fictionnel de l'État de droit est ainsi suggéré par Jacky Hummel lorsqu'il écrit que « en France, la mise en scène juridictionnelle des conflits politiques semble participer bien plus du discours dominant de l'État de droit que de la réalité », J. Hummel, « Introduction. Les conflits constitutionnels, définition(s) d'un objet d'étude », in J. Hummel (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique : actes de la journée d'études organisée à la faculté de droit et de science politique de Rennes le 28 novembre 2008*, Rennes : Presses universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2010, p. 17.

¹²⁶⁷ P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 252.

condamner au regard de ce qui paraît être devenu l'idéal suprême de la fin du XX^e siècle »¹²⁶⁸ et du début du XXI^e. Au-delà des discours politiques, l'État de droit constitue également le principe de légitimité privilégié par la doctrine juridique, dès lors sans doute qu'il réalise la fusion parfaite de la légitimité et de la légalité. Défini par exemple par Louis Favoreu comme l'État dans lequel « [...] toutes les autorités normatives et toutes les voies de création du droit sont soumises à contrôle [...] »¹²⁶⁹, l'État de droit impose un nouveau paradigme à l'aune duquel s'évalue l'opportunité de l'action politique. Dans cette perspective, « [...] aux yeux de l'opinion, la légitimité d'une [...] décision découlera non seulement de ce qu'elle a été prise par une majorité démocratiquement élue, mais aussi de ce qu'elle a respecté les limites fixées par la constitution »¹²⁷⁰.

375. Dans le travail de justification auquel il est assigné, l'État de droit s'appuie sur des valeurs qui, si elles ne sont pas exhaustivement énonçables, s'inscrivent toutes peu ou prou dans des perspectives libérales, elles-mêmes tournées vers la conservation et la conquête des droits et libertés individuels. Ainsi que l'avance Simone Goyard-Fabre, l'État de droit se distingue ici de l'État du droit : « si l'État DU droit se caractérise essentiellement par ses formes et ses structures juridiques, c'est, dans l'État DE droit, l'engagement *idéologique* qui l'emporte sur l'architectonique juridique et qui attache l'espérance de la liberté à sa réalisation »¹²⁷¹. Les éléments constitutifs de la fiction de gouvernement sont donc manifestes, et sont encore confirmés par l'idée de progrès que véhicule l'État de droit : progrès par rapport au passé, puisqu'il suppose la fin du légicentrisme et l'instabilité politique à laquelle il a été associé en France¹²⁷² ; progrès également social, dès que la consécration d'un nouveau droit ou d'une nouvelle procédure vient enrichir le patrimoine juridique des citoyens¹²⁷³. À cet égard, l'imprécision

¹²⁶⁸ B. Luisin, « Le mythe de l'État de droit. L'État de droit rétrospectivement », *Civitas Europa* n° 37, 2016, p. 155.

¹²⁶⁹ L. Favoreu, « De la démocratie à l'État de droit », *Le Débat* n°64, 1991, p. 162.

¹²⁷⁰ *Ibid.*

¹²⁷¹ S. Goyard-Fabre, *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, Paris : PUF, coll. Thémis, 1997, p. 261 ; nous soulignons.

¹²⁷² Marie-Joëlle Redor décrit en effet la critique du régime parlementaire de la III^e République comme l'un des vecteurs principaux de la prospérité doctrinale qu'a connue le concept d'État de droit. Elle écrit ainsi que « la critique du parlement et de sa toute-puissance revient comme un leitmotiv sous la plume des publicistes dès les débuts de la Troisième République. La doctrine est ici unanime et désigne le parlement comme le principal responsable du mauvais fonctionnement du régime. Cette attitude [...] atteste à quel point les fondements de l'État légal sont remis en cause », M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris : Economica, Aix-en-Provence : PUAM, coll. Droit public positif, 1992, p. 85.

¹²⁷³ L'ancien Président du Conseil constitutionnel, Jean-Louis Debré, a par exemple insisté sur la « [...] vague de progrès de l'État de droit sans précédent [...] » qu'a suscitée l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité ; J.-L. Debré, « Discours de clôture », *La QPC, une question pour la démocratie, Colloque de l'Assemblée nationale du 5 avril 2013* ; retranscription disponible en ligne :

caractéristique de l'État de droit quant à sa substance favorise son usage effréné : « constamment invoqué, l'État de droit est cependant rarement défini de sorte qu'il ne parvient à faire l'unanimité qu'en reposant sur des apparences ou des confusions de sens quand la notion n'est pas tout simplement utilisée comme un label pour asseoir une opinion »¹²⁷⁴.

376. Le droit politique invite ainsi à considérer l'État de droit comme un instrument de gouvernement, une rhétorique politique instrumentale, une « idéologie dominante propre à donner un sens à l'histoire constitutionnelle »¹²⁷⁵, ce qui justifie que ne lui soit pas reconnue une portée juridique absolue ; le relativisme du droit politique est ici manifeste, puisque l'État de droit est par ce biais dépouillé de sa vocation universelle pour être replongé dans le contexte politique qui l'affecte. Paradoxalement néanmoins, l'institutionnalisme des auteurs *juspolitistes* les conduit à consacrer l'État de droit et son influence effective sur la limitation du système politique ; son usage répété et l'adhésion qu'il semble recueillir l'inscrivent durablement dans les contraintes pesant à la charge des institutions politiques. En s'imposant comme un principe de légitimité de l'action publique, il devient effectivement un instrument de son évaluation et, partant, de sa limitation.

377. L'État de droit participe ainsi à structurer le cadre institutionnel par différents moyens. D'abord, il représente autant une ressource qu'une contrainte politique pesant sur les institutions politiques, dès lors qu'elles invoquent l'État de droit pour justifier leurs décisions : si elle justifie et valide l'action politique, la rhétorique de l'État de droit ne saurait être dans le même temps démentie en pratique, sous peine, pour les gouvernants, de s'extraire du cocon de légitimité qu'elle octroie¹²⁷⁶. Ainsi, lorsqu'une action politique est justifiée par référence à l'État de droit, son auteur soumet sa propre autorité à la cohérence institutionnelle qu'il va ensuite devoir observer. Le pouvoir, en faisant de l'État de droit le principe de sa légitimité, se trouve prisonnier de sa propre rhétorique, bien que l'imprécision du concept continue de lui ménager une certaine latitude dans son usage.

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation/contributions-et-discours/2013/la-qpc-une-question-pour-la-democratie.137408.html>. Dans le même sens et du même auteur : « Un progrès pour l'État de droit dans notre pays », *Le Figaro*, 25 mai 2010.

¹²⁷⁴ B. Luisin, « Le mythe de l'État de droit », « L'État de droit, rétrospectivement... », *Civitas Europa* n° 37, 2016, p. 156.

¹²⁷⁵ J. Hummel, « Histoire et temporalité constitutionnelles », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

¹²⁷⁶ On reconnaît ici l'argument d'une certaine moralité constitutionnelle, tenant à la cohérence de l'action institutionnelle. Voir *supra*, Titre I, Chapitre 2, section 2, §2, A, 2.

378. Considéré comme un argument de gouvernement, l'État de droit permet également de mettre en valeur son influence aux fondements mêmes de l'ordre institutionnel étatique, puisqu'il participe à déterminer, directement ou indirectement, son équilibre général. L'autorité structurelle qu'a acquise la notion d'État de droit est manifeste à la lecture de certaines Constitutions qui, la consacrant expressément, laissent le soin à la jurisprudence constitutionnelle de l'étoffer¹²⁷⁷. Même en l'absence de consécration expresse, le concept d'État de droit a influencé l'équilibre des systèmes politiques contemporains, notamment par la logique juridictionnelle autour de laquelle il s'est construit¹²⁷⁸ : l'instauration de la justice constitutionnelle devient une nécessité structurelle dès lors que la rationalité juridique est posée comme fondement de l'autorité de l'État. Le principe de légitimité de l'action publique ainsi consacré se concrétise dans l'établissement d'un nouvel équilibre entre les institutions, au cœur duquel le juge exerce désormais une compétence décisive.

379. Ce dernier aspect contribue à mettre en valeur la posture alambiquée qui semble se dégager de la pensée du droit politique : ses auteurs mettent en garde contre l'enthousiasme débridé à l'égard du concept d'État de droit, dont la seule mention ne suffit pas à affirmer la limitation effective du pouvoir politique. Pour autant, les *juspolitistes* ne nient pas le rôle déterminant que joue aujourd'hui la rhétorique politique de l'État de droit. Leur appétence pour les considérations politiques et leur ambition de se saisir de l'épineuse question de la légitimité¹²⁷⁹ les conduisent toutefois à en retenir une définition originale. L'État de droit, dans la pensée du droit politique, ne constitue donc pas l'aboutissement ultime de la théorie de la Constitution qu'il propose ; il s'agit bien plutôt d'une modalité d'exercice du pouvoir, qui mérite d'être discutée et relativisée, ne serait-ce que parce qu'elle concurrence manifestement le principe de la légitimité démocratique.

¹²⁷⁷ C'est notamment le cas en Allemagne ; la Loi fondamentale consacre en effet le principe de l'« État de droit républicain, démocratique et social », dont la portée dépend tout entière de l'interprétation qu'en retient la Cour constitutionnelle fédérale. Voir sur ce sujet : A. Bleckmann, « L'État de droit dans la Constitution de la République fédérale d'Allemagne », *Pouvoirs* n° 22, 1982, p. 5-28.

¹²⁷⁸ Le discours doctrinal qui l'a érigé en modèle absolu repose en effet, selon les mots de Marie-Joëlle Redor, sur « l'apologie du juge ». Voir : M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris : Economica, Aix-en-Provence : PUAM, coll. Droit public positif, 1992, p. 260 et ss.

¹²⁷⁹ Question récurrente abordée par les travaux du droit politique, la recherche sur la légitimité est par exemple mise en valeur par Pierre-Marie Raynal : « prenant acte du caractère politique du relativisme axiologique radical prôné par le normativisme, le premier principe [d'une démarche de droit politique] invite à tenir compte et non à écarter l'étude de la légitimité en droit », P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 253. Sur cette question, voir *infra*, Chapitre 2.

2. L'État de droit fossoyeur de la démocratie

380. La déconstruction juridique de l'État de droit à laquelle conduisent les postulats du droit politique pourrait être interprétée comme dangereuse à l'égard des valeurs consacrées par les démocraties contemporaines, comme la négation de leur caractère fondamental. Il n'en est rien ; au contraire, relativiser l'autorité juridique de l'État de droit permet de mettre en valeur la contingence politique des dispositions juridiques et, ce faisant, de valoriser la nécessité d'une procédure démocratique lors de leur édicition. La déconstruction de l'État de droit invite ainsi à interroger ses liens avec le principe de la légitimité démocratique.

381. La question de la compatibilité des deux modèles État de droit et État démocratique semble *a priori* tranchée par le droit positif étranger et international, qui démontre une propension à associer étroitement les deux idées¹²⁸⁰. En réalité, cette première réponse est cependant insuffisante, tant elle dépend de l'acceptation que retiendront les interprètes de chacune de ces notions. L'État de droit peut, en effet, s'entendre très succinctement comme l'État agissant au moyen du droit, ce qui correspond peu ou prou à la définition de l'État moderne lui-même¹²⁸¹. Dans ces conditions, rien n'empêche effectivement que cet État soit également démocratique, qu'il fonde son autorité sur son acceptation par le peuple, dès lors que la démocratie suppose de toute façon une mise en œuvre juridique¹²⁸². Par ailleurs, l'État de droit peut substantiellement faire l'objet d'une définition inspirée des principes démocratiques. Fabien Bottini écrit à ce titre que, « [...] contrairement au *Rechtsstaat* allemand qui n'a d'autre fonction que d'assurer le respect des droits et libertés de ses ressortissants, l'État de droit français vise prioritairement à assurer la primauté de la souveraineté du peuple, le respect de la liberté individuelle de

¹²⁸⁰ La Constitution polonaise du 2 avril 1997 consacre par exemple à plusieurs reprises le principe de l'« État démocratique de droit », à l'instar de la Constitution portugaise du 2 avril 1976.

¹²⁸¹ L'État de droit est ainsi régulièrement conçu comme la forme parachevée – et non véritablement inédite – de l'État moderne : J.-J. Sueur, *Une introduction à la théorie du droit*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2001, p. 72-73.

¹²⁸² Selon Jean-Marie Denquin, « en effet quel que soit le sens, extensif ou restrictif, utopique ou métaphorique, qui lui est conféré, l'idée de gouvernement du peuple implique certainement le recours au droit. La démocratie ne saurait être le produit de la spontanéité sociale », J.-M. Denquin, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

chacun n'étant que la conséquence de sa volonté »¹²⁸³. Il n'y a donc pas de contradiction manifeste entre État de droit et démocratie si le premier est simplement pensé comme l'instrument de la seconde.

382. Dans une autre perspective, la compatibilité de la démocratie avec l'État de droit peut être ménagée par une définition renouvelée du régime démocratique. C'est ce que démontre la théorie de la démocratie continue développée par Dominique Rousseau¹²⁸⁴. Cependant, la réconciliation des deux notions procède alors d'une substitution du citoyen par le justiciable¹²⁸⁵, ce qui remet en cause la définition classique de la souveraineté du peuple¹²⁸⁶. Il apparaît à cet égard que la démocratie est finalement redéfinie par référence aux préceptes de l'État de droit, ce qui, nécessairement, assure la compatibilité des deux concepts. En témoigne l'opposition qui reste par ailleurs entretenue entre les valeurs de l'État de droit et les mécanismes de la démocratie classique¹²⁸⁷. La même rhétorique

¹²⁸³ F. Bottini, « La promulgation des lois parlementaires » *RFDC* n° 76, 2008, p. 773. Olivier Jouanjan nuance cependant l'association trop prompte entre État de droit allemand et État des droits fondamentaux, en estimant qu'elle relève en réalité d'une méprise de la doctrine française : « les expressions « État de droit » et « droits fondamentaux » ont été récemment importées d'Allemagne, où elles sont nées au XIX^e siècle. Mais la réception française les a reprises à l'état de fétiches, sans en penser l'histoire compliquée. Or, les droits fondamentaux en Allemagne ne sont pas la garantie de l'épanouissement des subjectivités déchaînées, mais bien plutôt la rationalisation objective de prétentions subjectives légitimes. On ne s'interroge pas outre-Rhin avec une profondeur affectée sur ce qui peut bien faire la « fondamentalité des droits fondamentaux », car il s'agit banalement des droits garantis par la loi fondamentale. Et l'État de droit n'y est pas seulement l'État des droits fondamentaux, mais aussi l'État de la sécurité juridique, de l'indépendance de la justice comme de *la séparation des pouvoirs*. Bien compris, l'État de droit ne saurait jouer contre la séparation des pouvoirs, mais au contraire la présuppose comme un élément de sa propre définition », O. Jouanjan, « Un « coup d'État de droit » ? », *Le Débat* n° 196, 2017, p. 115-116.

¹²⁸⁴ Le concept de « démocratie continue » proposé par Dominique Rousseau recoupe ainsi dans une très large mesure la définition habituelle de l'État de droit comme garant des libertés fondamentales contre l'exercice du pouvoir politique. Dominique Rousseau a ainsi pu écrire que « par sa jurisprudence, par la multiplication de principes, droits et libertés dont il impose le respect aux parlementaires, par l'approfondissement de son contrôle [...], le Conseil pèse sur la pensée et le travail du Parlement [...] » et devient ce faisant l'acteur premier de la démocratie continue en même temps que le garant de l'État de droit : D. Rousseau, « De la démocratie continue », in D. Rousseau (dir.), *La démocratie continue. Actes du colloque de Montpellier, 2-4 avril 1992*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, 1995, p. 19.

¹²⁸⁵ Ce qui n'est pas anodin si l'on considère que « le plaideur ne remplacera jamais le citoyen et [qu'] il est illusoire de considérer que le second pourrait s'épanouir tout entier dans la figure du premier », B. Daugeron, « Jacky Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris, Michel Houdiard éditeur, 2010, 171 p. », *Jus politicum* n° 9, juillet 2013.

¹²⁸⁶ Cette ambivalence est mise en lumière par Marie-Joëlle Redor : « à la collectivité des citoyens se substitue, dans la pensée juridique, une communauté d'administrés, de sujets de droit, qui ne s'identifie pas à la première, mais peut au contraire s'y opposer au nom du droit contre ce que les auteurs présentent comme les intérêts particuliers et anarchiques du suffrage universel et de ses représentants », M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris : Economica, Aix-en-Provence : PUAM, coll. Droit public positif, 1992, p. 315.

¹²⁸⁷ À l'expression directe du peuple est ainsi souvent opposée la nécessité de protéger les droits fondamentaux et la Constitution C'est par exemple la posture défendue par Jean-Marc Sauvé, lorsqu'il affirme que, « compte tenu des risques que le référendum est susceptible de représenter pour l'État de droit, il devrait [...] être assorti d'un mécanisme de contrôle préventif, de telle sorte que les décisions proposées ne portent pas atteinte à la Constitution ou, au plan local, à la loi », J.-M. Sauvé, « Introduction », *Théorie et*

conduit ainsi à faire de l'État de droit un *dépassement*, « [...] une étape supplémentaire et un perfectionnement par rapport à la démocratie »¹²⁸⁸.

383. À rebours de cette considération néo-constitutionnaliste de la démocratie, le droit politique se fait le héraut de la souveraineté populaire¹²⁸⁹, et contrarie d'autant son adhésion à un concept d'État de droit¹²⁹⁰. Cela ne signifie pas pour autant qu'il dénonce les mécanismes instaurés au nom de l'État de droit ; mais dans l'hypothèse de leur incompatibilité, c'est le principe classique de la démocratie qui sera privilégié¹²⁹¹. Les deux concepts ne se recoupent donc pas dans la pensée du droit politique, et le succès politique et doctrinal de l'État de droit fait même craindre à ses auteurs qu'il menace directement la démocratie. Ainsi notamment, en favorisant l'extension toujours croissante du pouvoir politique accordé au juge constitutionnel¹²⁹², la rhétorique de l'État de droit encouragerait la mise en place d'un régime plus proche de l'aristocratie que de la démocratie, au sens que la théorie antique accordait à ces termes¹²⁹³. Plus largement, le droit, à l'origine moyen de l'action politique démocratique, serait devenu sa propre fin¹²⁹⁴. La rhétorique ici à l'œuvre cristallise un risque que dénonce Carlos Miguel Herrera car, « [...] si elle ne suffit pas à fonder la protection des droits de l'homme, elle comporte bien la limitation des pouvoirs démocratiques du peuple, qui restent « coincés »

pratiques du référendum. Colloque organisé par la Société de législation comparée le 4 novembre 2011, disponible en ligne : <http://www.conseil-etat.fr/content/download/2568/7732/version/1/file/referendum-et-democratie-vff.pdf>. Sur ce débat, voir également : F. Hamon, « *Vox imperatoris, vox populi ?* Réflexions sur la place du référendum dans un État de droit », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 389-402.

¹²⁸⁸ L. Favoreu, « De la démocratie à l'État de droit », *Le Débat* n°64, 1991, p. 161.

¹²⁸⁹ C'est notamment le cas à travers la théorie de la souveraineté constituante présentée par Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 201.

¹²⁹⁰ C'est en effet contre la souveraineté populaire que s'est déployée à l'origine la doctrine de l'État de droit en France. Dans ce contexte, « la participation, même indirecte, du citoyen à l'édition des normes n'est donc plus tenue pour une garantie de la légitimité de leur contenu ; elle apparaît au contraire comme une menace de la force du nombre à l'encontre du droit », M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris : Economica, Aix-en-Provence : PUAM, coll. Droit public positif, 1992, p. 311.

¹²⁹¹ À titre d'exemple, Olivier Beaud plaide ainsi en faveur de l'instauration d'un contrôle juridictionnel des lois constitutionnelles qui ne saurait toutefois concerner les lois directement adoptées par le peuple : O. Beaud, « Un plaidoyer modéré en faveur d'un tel contrôle » [à propos du contrôle des lois de révision constitutionnelle], *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 27, janvier 2010, p. 43.

¹²⁹² Il est intéressant de noter à ce titre que l'opposition théorique entre démocratie et développement de la justice constitutionnelle apparaissait déjà sous la plume de Joseph Barthélemy, lorsque, étudiant le contrôle de constitutionnalité aux États-Unis, il estimait « [...] illusoire de tenter en France d'arrêter, par une procédure judiciaire, les poussées en avant de la démocratie », J. Barthélemy, *Précis de droit public*, préf. B. Pacteau, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2006, p. 293.

¹²⁹³ P.-M. Raynal, « L'État de droit comme forme de gouvernement. Essai de classification », *Civitas Europa* n° 37, 2016, p. 27-46.

¹²⁹⁴ Et ce en vertu d'une définition de la démocratie que conteste Jean-Marie Denquin, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

par un ordre supérieur [...] »¹²⁹⁵. Inconscients ou complices de cette entreprise d'étouffement de l'expression de la souveraineté populaire, les discours politiques et doctrinaux sur l'État de droit restent imprégnés de cette tentation anti-démocratique¹²⁹⁶.

384. Dans une certaine mesure, la valorisation de l'État de droit participe d'un glissement d'un positivisme vers un autre ; de la posture qui choisit de ne considérer que le droit positif, à celle qui le dote d'une légitimité *en soi* et, partant, d'une autorité morale¹²⁹⁷. En prenant ses distances à l'égard de ce positivisme exacerbé, teinté tout à la fois de formalisme et naturalisme, le droit politique préfère considérer, dans une perspective plus réaliste, que « [...] le discours sur l'État de droit participe quelque peu à une rhétorique de l'invocation, en tous les cas, de la légitimation »¹²⁹⁸.

¹²⁹⁵ C.M. Herrera, « Quelques remarques à propos de la notion d'État de droit », *L'homme et la société* n° 113, 1994, p. 102.

¹²⁹⁶ C'est ce que relève Jean-Marie Denquin dans le cadre du débat sur la légitimité du juge constitutionnel : J.-M. Denquin, « Pour en finir avec la crise de la représentation », *Jus politicum* n° 4, juillet 2010, note 54.

¹²⁹⁷ Au sens de Norberto Bobbio, il s'agirait d'une « théorie » positiviste qui prendrait donc des accents d'« idéologie » positiviste. La première désigne « [...] un ensemble d'assertions liées entre elles, avec lesquelles un certain groupe de phénomènes est décrit, interprété, porté à un niveau plus élevé de généralisation, unifié ensuite en un système cohérent ». La seconde renvoie en revanche à « [...] une certaine prise de position en face d'une réalité donnée : une telle *prise de décision* est fondée sur un système plus ou moins conscient de valeurs, et s'exprime en *jugements de valeur* qui tendent à exercer quelque influence sur la réalité même [...] » ; N. Bobbio, « Sur le positivisme juridique », in *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret et C. Agostini, préf. R. Guastini, Louvain : Bruylant, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique, 1998, p. 24.

¹²⁹⁸ É. Millard, « État de Droit, Droits de l'Homme, Démocratie : une conjugaison problématique », in C. Gonzales Palacios, T. Rensmann, M. Tirard (dir.), *Démocratie et État de droit*, Lima : Ambassade de France, 2013, p. 36.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

385. La théorie de l'État est pour le droit politique indispensable à l'étude du droit constitutionnel puisqu'il est le premier moyen par lequel s'éprouve la structure dans laquelle il inscrit le pouvoir politique. Tout constitutionnaliste est ainsi encouragé à se doter d'un concept d'État susceptible de restituer la portée de la Constitution sur la forme politique globale. Ce concept doit être logiquement construit à partir de l'observation des données fournies par le droit positif, mais il ne peut se contenter d'en faire la recension ; il incite en effet à le dépasser pour mieux en étudier les transformations. Ce faisant, la théorie de l'État invite également à élaborer un objet émancipé des seules considérations normatives, susceptible de tenir compte de sa dimension sociale et politique. Le concept de souveraineté joue en ce sens un rôle primordial dans la pensée *juspolitiste*, puisqu'il met en valeur les limites de l'analyse strictement juridique. À l'inverse, la notion d'État de droit semble incapable d'assouvir l'aspiration du droit politique à la conceptualisation des formes politiques : elle procède en effet d'une aspiration idéologique à la juridicisation du pouvoir et elle délaisse en ce sens volontairement le substrat politique qui en est la caractéristique. Elle participe par ailleurs d'une volonté d'universaliser le pouvoir qui « [...] est contraire à la logique de l'État, logique d'une rétractation du pouvoir sur la sphère limitée de l'espace national »¹²⁹⁹. S'il peut bien être considéré comme un principe politique structurant, l'État de droit échoue donc, dans une perspective *juspolitiste*, à traduire la portée caractéristique du droit constitutionnel.

386. Le droit politique reste donc hanté par la tradition constitutionnaliste du siècle dernier qui avait fait de l'État l'objet incontournable du droit constitutionnel. Il mobilise à ce titre des schèmes empruntés à un autre temps, mais dont l'actualité ne s'est pas démentie malgré le succès de concepts concurrents. Quoiqu'inspirée d'une période doctrinale révolue, la théorie de l'État ne souffre donc d'aucune désuétude dans les travaux du droit politique, elle est bien plus un moyen pour ses auteurs de renouveler les questionnements ayant trait à la portée structurelle du droit constitutionnel. Celle-ci ne se manifeste cependant pas uniquement à travers la figure de l'État. Comme l'écrit Olivier Beaud, « étant donné le caractère structurel de la constitution dans l'État moderne, une théorie de l'État et du droit ne peut, sauf à bâtir une théorie pure de l'État sans État, faire

¹²⁹⁹ O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 13.

l'économie d'une réflexion sur son auteur, le pouvoir constituant »¹³⁰⁰. Ce dernier invite alors le droit politique à engager une réflexion sur le principe de légitimité qui le structure.

¹³⁰⁰ *Ibid.*, p. 217.

CHAPITRE 2 : UNE THÉORIE DE LA LÉGITIMITÉ

387. L'ambition d'étudier la Constitution comme structure invite le droit politique à se saisir de la question de la légitimité du pouvoir¹³⁰¹. La théorie *juspolitiste* se donne ainsi pour objet non seulement le droit constitutionnel, mais également ce qui procède de sa justification et de ses fondements politiques¹³⁰², et ce notamment à partir du concept de souveraineté, qui se définit également par référence à la légitimité¹³⁰³. Le traitement de la question des relations entre Constitution et légitimité implique donc de déterminer quelle influence revêt la première sur la seconde, en quoi le droit constitutionnel parvient à structurer l'ordre juridique en le justifiant idéologiquement ; il faut pouvoir envisager la portée du droit constitutionnel. Mais cette dernière ne saurait se comprendre qu'à la lumière de son origine, de son propre fondement, de ce qu'est la Constitution elle-même et de la légitimité dont elle est le fruit. Le droit politique apparaît en ce sens comme une doctrine originale « [...] en ce sens qu'elle n'identifie pas le principe de légitimité et le principe de légalité parce qu'elle postule que c'est de la domination du premier que dépend la vigueur du second »¹³⁰⁴.

388. L'entreprise *juspolitiste* de dévoilement des liens entre Constitution et légitimité implique logiquement la réhabilitation du concept de pouvoir constituant, seul susceptible d'ancrer le droit constitutionnel dans le contexte politique qui le détermine¹³⁰⁵. Alors que cette idée fait le plus souvent l'objet d'une disqualification de la part de la doctrine

¹³⁰¹ « La question centrale du droit politique reste la question de la légitimation », écrit Christoph Gusy, « Considérations sur le droit politique », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

¹³⁰² Tanguy Pasquier-Briand écrit par exemple que « [...] le droit politique repose sur un questionnement portant sur l'articulation des manifestations du droit et de l'agir politique. Circulairement, il interroge la légitimité politique de la production juridique et la nature juridique des interventions politiques », T. Pasquier-Briand, *La réception de la Constitution anglaise au XIXe siècle. Une étude du droit politique français*, Bayonne : Institut Universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2017, p. 35. Pierre-Marie Raynal propose une définition comparable de la méthode de droit politique qu'il adopte : P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 12.

¹³⁰³ O. Beaud, « Souveraineté », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 740 et ss.

¹³⁰⁴ P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 250.

¹³⁰⁵ Jacky Hummel estime en ce sens que « la dénégation de tout « amont » de l'ordre constitutionnel apparaît à cet égard comme le fait d'une pensée juridique prompte à autonomiser les règles constitutionnelles et à ignorer les conditions de leur émergence [...]. Pour que le concept de *constitution écrite* ne soit pas dissout dans de pures incantations jusnaturalistes, il convient donc de décrire un possible au-delà de la loi fondamentale moins par l'usage du terme de *supraconstitutionnalité* que par une certaine compréhension du moment constituant », J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2010, p. 123-124.

majoritairement normativiste¹³⁰⁶, elle est le moyen que le droit politique privilégie pour mettre en valeur l'emprise factuelle du droit constitutionnel et les liens manifestes qu'il entretient avec le principe de la légitimité¹³⁰⁷. Dans cette perspective, la Constitution reste bien le fondement ultime du droit de l'État ou, en d'autres termes, comme la norme fondamentale de l'ordre juridique¹³⁰⁸. Mais ce point d'accord relatif avec la doctrine normativiste ne saurait dissimuler l'originalité de la définition *juspolitiste* de la juridicité constitutionnelle comme conséquence de la légitimité (Section 1).

389. Si la juridicité constitutionnelle se comprend alors notamment comme le résultat d'un acte constituant, elle n'en est cependant pas la conséquence immédiate ; dans les travaux du droit politique, c'est plutôt de la légitimité portée par la souveraineté que découle l'autorité juridique du texte. La Constitution en tant que telle se contente d'offrir un support à l'adhésion politique des sujets de droit ; elle structure ce faisant le principe de légitimité dont elle est elle-même issue, et lui confère une certaine stabilité, à tel point que « la légalité [devient] un critère de légitimité, un des aspects du phénomène plus large qu'est la légitimité »¹³⁰⁹. Les auteurs du droit politique invitent ainsi, par des détours insolites, à repenser les liens entre légitimité et légalité, aussi bien lors de la fondation que durant toute la vie de la Constitution (Section 2).

¹³⁰⁶ Ainsi Olivier Beaud estime-t-il que la « [...] doctrine constitutionnelle française [...] succombe à une étrange contradiction en se concentrant, d'un côté, sur la notion de constitution comme acte juridique, et en négligeant, de l'autre côté, le pouvoir constituant », son auteur ; O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 210. Pour une explication et une critique du refus positiviste de considérer le pouvoir constituant au titre du droit, voir : *ibid.*, p. 211-220.

¹³⁰⁷ Olivier Beaud estime en ce sens que « réintégrer dans la science du droit constitutionnel l'objet de la légitimité, c'est effectivement réintroduire un élément certes, non normatif, mais essentiel à la compréhension de l'objet de ce droit, la Constitution. La raison en est tout simplement que la question de la légitimité a partie liée avec celle du *régime politique*. Cette association s'avère, selon nous, plus fructueuse que celle consistant à la mettre en rapport avec les normes selon une problématique de l'effectivité », O. Beaud, « À la recherche de la légitimité de la V^e République », *Droits* n° 44, 2006, p. 74.

¹³⁰⁸ Olivier Beaud écrit par exemple que « [...] le pouvoir constituant traduit la tension entre le droit et le fait, entre le droit et la politique. Ainsi la constitution [...] fixe la frontière entre le légal et l'illégal, et par là même elle fixe la positivité du système juridique en son entier », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 217. Ces propos rejoignent en partie ceux de Denis Baranger : « un pouvoir qui n'est pas de droit est à l'origine du droit, du moins dans la dimension positive, active, de ce terme. En résulte un effet d'unification des sources du droit qui coexiste avec une conception du monde de laquelle a été retirée toute idée d'une objectivité naturelle des valeurs morales. De l'exercice de ce « pouvoir constituant » résulte la constitution, et de la constitution procède une distribution de certaines attributions à certaines autorités », D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

¹³⁰⁹ *Ibid.*

Section 1 : La légitimité au fondement de la Constitution

390. Dans la pensée du droit politique, le principe de légitimité porté par la souveraineté constituante représente la réponse ultime à la question de savoir ce qu'est une Constitution : celle-ci résulte d'un acte constituant, lui-même « [...] acte moderne de souveraineté »¹³¹⁰. Quoique cette souveraineté ne fasse jamais l'objet que d'une acception *juridique* de la part des *juspolitistes*, elle nourrit des liens étroits avec le fait, politique ou social, qui se trouve au moins partiellement objectivé par le droit constitutionnel. Ce dernier revêt alors une acception matérielle. Or, « une théorie qui *fonde* matériellement le droit positif subordonne [...] sa validité à sa légitimité »¹³¹¹. Considérée comme la source et la justification de la juridicité de la Constitution – et, partant, de l'ensemble de l'ordre juridique –, la souveraineté conduit dès lors les auteurs du droit politique à renoncer, parfois avec véhémence¹³¹², à la notion de validité constitutionnelle. Définie par Kelsen comme « l'existence spécifique des normes »¹³¹³, la validité n'est souvent envisagée que dans un rapport clos, exclusivement juridique, des normes les unes avec les autres. En admettant que la Constitution puise son autorité dans la légitimité de l'acte constituant et non dans une prescription objective, le droit politique renonce donc aux critères exclusivement normatifs de la validité (§1). Au contraire les *juspolitistes* privilégient-ils une approche à dessein contingente de la Constitution, ancrée dans le fait qui la voit naître et qui la fait prospérer (§2).

¹³¹⁰ O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 217.

¹³¹¹ R. Baumert, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique : les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres*, Clermont-Ferrand : Fondation Varenne, Paris : LGDJ, coll. des thèses, 2009, p. 543.

¹³¹² Denis Baranger démontre en ce sens l'écueil que constitue l'application du concept de validité – associé à une conception normative de la Constitution – à cette dernière : « le positivisme moderne, dans ses principales variantes, n'aborde pas la question de la constitution de manière neutre, mais armé d'une conception normative du droit. Dans une telle conception, seul ce qui a le statut de norme est obligatoire. Il n'y a d'obligation juridique qu'en présence de ce qui est identifié comme une norme, *en fonction de tel ou tel critère de validité*. Mais si l'on raisonne ainsi, on s'interdit de rendre compte, dans la sphère constitutionnelle, de la présence de nombreux éléments : des institutions qui ne sont créées ou habilitées par aucune règle supérieure, des pratiques qui semblent être obligatoires alors même que le critère de validité s'appliquant à elles paraît introuvable », D. Baranger, « Les constitutions de Michel Troper », *Droits* n° 37, 2003, p. 140-141.

¹³¹³ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 81.

391. La notion de validité porte en elle l'ambition d'identifier objectivement les règles de droit positif en vigueur. Dans une perspective *juspolitiste*, le réseau juridique tressé entre les normes ainsi identifiées peine pourtant à rendre compte du droit constitutionnel et à restituer sa spécificité, dès lors qu'aucune prescription objective ne permet d'attester de son existence juridique. Problème insoluble du normativisme kelsénien¹³¹⁴, le fondement de la validité constitutionnelle représente plus largement, selon Denis Baranger, l'écueil premier du positivisme moderne : « [...] quelque puisse être, de manière générale, la capacité explicative d'un raisonnement en termes de normes, cette capacité semble significativement diminuer lorsque l'on aborde le domaine de la constitution »¹³¹⁵. Sans nier pour autant la forme et la substance juridiques que revêt habituellement la Constitution, les auteurs du droit politique se refusent néanmoins à en faire découler sa « validité », cette dernière ne pouvant dès lors être appréciée juridiquement¹³¹⁶. De leur point de vue, les critères formels ne sont de toute façon que peu opérants (A), et les critères matériels aisément contournables (B).

A. La neutralisation des critères formels

392. La plupart des manuels ou lexiques de droit constitutionnel se plaisent à définir formellement la Constitution comme « [...] l'ensemble des règles juridiques élaborées et révisées selon une *procédure* supérieure à celle utilisée pour la loi ordinaire »¹³¹⁷. En

¹³¹⁴ En effet, « Kelsen a dû [...] recourir à cette fiction, la *Grundnorm*, pour justifier la validité de la Constitution historiquement la première d'un ordre juridique : pour fonder la validité d'un ordre juridique dont la Constitution, norme suprême, ne peut pas avoir été prescrite sur le fondement d'une norme supérieure elle-même posée, il ne reste plus qu'à supposer la validité de cette Constitution. Cette supposition – cette fiction – est la fonction épistémologique de la *Grundnorm* qui est le seul moyen pour Kelsen d'expliquer la juridicité d'une Constitution en raison de l'impossibilité logique de faire reposer sa validité sur un élément de fait », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 206.

¹³¹⁵ D. Baranger, « Les constitutions de Michel Troper », *Droits* n° 37, 2003, p. 140.

¹³¹⁶ Ainsi Jean-Marie Denquin résume-t-il la position du droit politique sur cette question : « on peut donc tenir pour acquis que, s'il existe une spécificité du droit constitutionnel, celle-ci ne saurait être fondée *en droit*, bien que ce soit l'application de règles de droit qui confère *en fait*, dans tel ou tel cas, valeur constitutionnelle à une norme donnée. Le caractère constitutionnel ou non d'une norme est toujours contingent en droit. Il n'y a pas lieu de s'en étonner, puisque le contraire impliquerait régression à l'infini », J.-M. Denquin, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits* n° 32, 2000, p. 37 ; nous soulignons.

¹³¹⁷ P. Avril, J. Gicquel, *Lexique de droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 2^e éd., 2009, p. 30.

vertu de la contrainte procédurale à laquelle elle répond, la Constitution se caractériserait également par sa suprématie dans l'ordre juridique. L'une et l'autre de ces manifestations formelles de la Constitution sont en effet récurrentes et se traduisent d'ailleurs expressément dans de nombreux textes officiellement dénommés « Constitutions ». Elles ne sont pas pour autant des *critères* de la constitutionnalité, dès lors qu'elles ne permettent pas de fonder ou d'identifier la juridicité du texte concerné. Du point de vue du droit politique en effet, la rigidité de la procédure de révision ne représente qu'une garantie limitée de la stabilité effective de la Constitution (1), tandis que sa suprématie dans l'ordre juridique est davantage la conséquence de son autorité politique que la source de sa juridicité (2).

1. Une rigidité introuvable

393. La définition de la Constitution comme l'ensemble des normes disposant d'une rigidité formelle est, par simple déduction, incompatible avec la pensée exprimée par les auteurs revendiquant une étude de droit politique¹³¹⁸. Le premier de leurs postulats réside en effet précisément dans la déconstruction de la performativité du texte constitutionnel¹³¹⁹ ; en s'attachant à démontrer l'« écart »¹³²⁰ qui le distingue de la pratique qui en est faite, les *juspolitistes* sont contraints de consacrer l'hypothèse de « changements constitutionnels informels »¹³²¹, ou de « mutations constitutionnelles »¹³²², définies par Armel Le Divellec comme « une révision informelle, donc non formalisée, de la constitution ; une modification de cette constitution sans modification de son texte lui-

¹³¹⁸ Armel Le Divellec estime par exemple que la rigidité de la Constitution de 1958 est « faible voire illusoire » ; A. Le Divellec, « Un ordre constitutionnel confus. Indiscipline et incertitudes de la Constitution française », in D. Chagnollaud (dir.), *Les 50 ans de la Constitution : 1958-2008*, Paris : Litec LexisNexis, 2008, p. 154.

¹³¹⁹ Voir *supra* Titre I, Chapitre 1, Section 1.

¹³²⁰ L'expression est employée par Pierre Avril à propos de « [...] la différence entre les pratiques [...] et le texte tel qu'il est lu et compris par la communauté des juristes qui s'accorde sur sa signification », P. Avril, « Statut des normes constitutionnelles non-écrites », in P. Avril, M. Verpeaux (dir.), *Les règles et principes non-écrits en droit public*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Droit public, 2000, p. 80.

¹³²¹ Cette expression fait l'objet de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne : Institution universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2013, 627 p.

¹³²² Cette dénomination est adoptée par Jellinek qui consacre la distinction entre révision et mutation : « par révision constitutionnelle, j'entends une modification des textes constitutionnels consécutive à des actes de volonté intentionnels ; par mutation constitutionnelle, j'entends une modification qui laisse ces textes formellement inchangés et qui résulte de certains faits, sans que ceux-ci s'accompagnent nécessairement de l'intention d'opérer une telle modification ou de la conscience de le faire », G. Jellinek, *Révision et mutation constitutionnelles*, trad. M. A. Roy, préf. O. Jouanjan, Paris : Dalloz, coll. Droit politique. Textes fondamentaux, 2018, p. 36.

même »¹³²³. Le changement de la norme peut donc advenir sans que la procédure officiellement prévue à cet effet ne soit mobilisée, ce qui implique *a contrario* que le droit constitutionnel ne puisse être réduit à un ensemble de normes dont l'adoption et la révision font l'objet d'une procédure particulièrement contraignante. La seule jurisprudence constitutionnelle témoigne du paradoxe qui oppose le constat de l'adaptation permanente du texte par le juge et la conviction que la validité des normes découle de leur rigidité formelle¹³²⁴. L'histoire de la V^e République présente par ailleurs un cas de figure spécifique, l'hypothèse où il y a bien changement constitutionnel *formel* – le texte constitutionnel est durablement modifié – sans pour autant que la procédure de révision prévue à cet effet ne soit mise en œuvre en ce sens : c'est l'exemple topique de la loi constitutionnelle de 1962¹³²⁵. À moins de modifier la définition retenue de la rigidité, il semble donc qu'elle échoue à caractériser la validité des normes constitutionnelles.

394. Forcés de renoncer à toute définition formelle de la Constitution, les auteurs du droit politique n'en considèrent pas moins le texte qui en est le support. Ils se refusent ainsi à succomber au « pouvoir dissolvant de la théorie réaliste de l'interprétation »¹³²⁶. La reconnaissance de l'imparfaite exhaustivité du texte ne signifie pas qu'il est défaussé de toute autorité. Au contraire est-il justement possible de considérer que, si « à l'évidence, la notion de mutation constitutionnelle affaiblit [...] la conception de la constitution comme loi suprême (et plus généralement, le formalisme constitutionnel), qui pourrait paraître, du coup, bâtie sur du sable [...], la mutation se situe simultanément par rapport à elle, ne la fait pas disparaître comme socle partiel [...]. D'une certaine manière, elle renforce donc la loi constitutionnelle formalisée dans son rôle de colonne vertébrale de l'ordre constitutionnel »¹³²⁷. Le texte constitutionnel, lorsqu'il est consacré, n'est donc pas occulté par le droit politique, qui en fait justement l'épicentre du phénomène constitutionnel : même s'il ne détermine pas intégralement le droit en vigueur, au moins en fonde-t-il l'autorité. Ce tiraillement conceptuel auquel sont soumis les *juspolitistes*

¹³²³ A. Le Divellec, « À la recherche du (ou d'un) concept de mutation constitutionnelle ou : les mystères de la notion de constitution », in *Les mutations constitutionnelles. Actes de la journée d'étude du 5 avril 2013*, Paris : Société de législation comparée, coll. Colloques, 2013, p. 18.

¹³²⁴ Voir à ce titre : H. Roussillon, « Rigidité des constitutions et justice constitutionnelle : réflexions sur un paradoxe », in *Droit et politique à la croisée des cultures : Mélanges Philippe Ardant*, Paris : LGDJ, 1999, p. 251-264.

¹³²⁵ Loi constitutionnelle n° 62-1292 du 6 octobre 1962. Cette loi fut adoptée par référendum, dans le cadre de la procédure prévue à l'article 11 de la Constitution de 1958.

¹³²⁶ D. Baranger, « Les constitutions de Michel Troper », *Droits* n° 37, 2003, p. 129. De l'aveu même de l'auteur toutefois, ce « [...] pouvoir dissolvant [...] n'est pas sans limites ».

¹³²⁷ A. Le Divellec, « À la recherche du (ou d'un) concept de mutation constitutionnelle ou : les mystères de la notion de constitution », in *Les mutations constitutionnelles. Actes de la journée d'étude du 5 avril 2013*, Paris : Société de législation comparée, coll. Colloques, 2013, p. 46.

répond à la tension entre le principe de la souveraineté du pouvoir constituant – qui induit sa capacité à s'imposer et à être obéi – et la réalité institutionnelle de l'ordre constitutionnel, promesse inaltérable de sa mutabilité. Pour Armel Le Divillec, ce paradoxe n'est pas rédhibitoire, mais au contraire fructueux, en ceci qu'il encourage à « [...] prendre conscience que tout ordre constitutionnel est une combinaison subtile entre la statique et la dynamique »¹³²⁸. C'est tout l'enjeu soulevé ici par la problématique de la souveraineté constituante¹³²⁹.

395. Démenti par la pratique¹³³⁰, le critère de la rigidité constitutionnelle présente en outre ceci de problématique qu'il conduit à exclusion de fait du droit constitutionnel toutes ses manifestations coutumières, toutes les constitutions dites « souples », dont la procédure de révision ne fait l'objet d'aucune contrainte particulière. Or, le droit politique, sans nier qu'il existe des différences profondes entre notamment la *Commun law* et le constitutionnalisme écrit, n'en cherche pas moins à proposer une définition du droit constitutionnel susceptible de rassembler ses diverses manifestations. Denis Baranger estime ainsi que « si la constitution ne peut être autre chose qu'une loi écrite d'un genre supérieur, à raison du fait qu'elle prend origine dans la volonté du peuple souverain, il n'y a jamais eu de constitution d'Angleterre »¹³³¹. L'étude du constitutionnalisme coutumier implique donc que soit relativisée la portée de la rigidité constitutionnelle ; le droit politique se distingue donc à cet égard des théories formalistes qui, à l'instar de celle proposée par l'école d'Aix-en-Provence¹³³², lui confèrent un rôle fondamental dans la détermination de la validité de la Constitution.

396. L'instauration d'une rigidité constitutionnelle, d'une procédure spécifique de révision de la Constitution, n'en reste pas moins, dans la pensée du droit politique, un indice intéressant, non de la juridicité de la Constitution, mais de la souveraineté de son auteur. En instituant un pouvoir constitué de révision, le constituant veille en effet à la

¹³²⁸ *Ibid.*

¹³²⁹ Nous reviendrons sur cette question, *infra*, section 2, §2, A, 2.

¹³³⁰ Manon Altwegg-Boussac évoque à ce titre « les désillusions de la rigidité constitutionnelle », M. Altwegg-Boussac, « Le constitutionnalisme écrit face au changement : approches doctrinales », in *Les mutations constitutionnelles. Actes de la journée d'étude du 5 avril 2013*, Paris : Société de législation comparée, coll. Colloques, 2013, p. 50.

¹³³¹ D. Baranger, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2008, p. 6.

¹³³² Voir en ce sens les longs développements consacrés à la rigidité constitutionnelle dans : L. Favoreu et alii, *Droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, coll. Précis Dalloz, 19^e éd., 2017, p. 84 et ss. Les auteurs écrivent ainsi que, « selon la théorie de la hiérarchie des normes [à laquelle ils adhèrent], chaque procédure spécifique définit une forme juridique ou une catégorie normative. Il existera donc une forme constitutionnelle s'il existe une procédure spécifique déterminant des normes explicitement qualifiées de « constitutionnelles » », *ibid.*, p. 85.

pérennité de l'équilibre politique qu'il a souhaité instaurer. C'est là un argument qui figurait déjà dans la pensée des premiers constituants français : l'objet premier de la Constitution étant d'assurer la séparation des pouvoirs, celle-ci « [...] ne peut donc être préservée que si les pouvoirs constitués ne disposent pas du pouvoir constituant, c'est-à-dire si la constitution est « rigide » »¹³³³. La procédure contraignante de révision s'inscrit ainsi parmi les moyens mis en œuvre par le constituant pour affirmer et garantir son commandement sur les pouvoirs institués, mais elle ne saurait pour autant en constituer un critère de validité indépendant de son contenu¹³³⁴. Comme toutes les autres dispositions du texte constitutionnel, les prescriptions ayant trait à la révision constitutionnelle souffrent d'une performativité limitée, conditionnée par l'aléa politique présidant à leur mise en œuvre. Paradoxalement donc, du point de vue du droit politique, la rigidité constitutionnelle est moins un critère de *définition formelle* de la Constitution que l'indice d'une *substance constitutionnelle*¹³³⁵ : relève du droit constitutionnel ce que le pouvoir constituant souverain a entendu établir comme tel, l'assortissant le plus souvent de garanties procédurales visant à la stabilité de l'équilibre politique instauré.

397. Par des chemins fort détournés, cette approche rejoint le traitement normativiste de la rigidité constitutionnelle. Selon ce dernier, est formellement constitutionnel ce qui est juridiquement désigné comme tel, c'est-à-dire ce qui est visé – et partant, consacré – par la procédure de révision constitutionnelle¹³³⁶. La démarche *juspolitiste* se contente d'aller plus loin, de dépasser ce qui constitue aux yeux des normativistes l'extrême limite de leur horizon, et d'envisager directement la volonté du pouvoir constituant : relève de la Constitution ce que le texte, en fixant la procédure de révision, désigne comme telle, car

¹³³³ F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Manuel, 38^e éd., 2017, p. 55.

¹³³⁴ Cette idée fait écho à la pensée de Carl Schmitt qui écrivait qu'« on ne peut pas orienter la conceptualisation de la *constitution* sur la manière dont une *loi constitutionnelle* particulière peut être modifiée. Il n'est pas non plus cohérent de définir la loi constitutionnelle comme loi modifiable selon une procédure précise, car la rigidité accrue repose elle-même à son tour sur une disposition d'une loi constitutionnelle, et présuppose donc la notion de cette loi », C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, préf. O. Beaud, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 149.

¹³³⁵ Olivier Beaud déplore en ce sens que, au sein de la doctrine, « la rigidité de la révision [ne soit] plus la conséquence de la qualité de constitution, mais au contraire sa condition », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 342.

¹³³⁶ C'est ce qui est affirmé dans un manuel de référence : « [...] l'identification par procédure entraîne également celle de la dénomination. [...] Lorsque le système juridique introduit la formalisation de la Constitution, il le fait en « baptisant » une nouvelle catégorie de normes c'est-à-dire qu'il autorise la production de la « Constitution » en fixant les conditions de production. Il s'ensuit que la « Constitution » n'est pas la Constitution parce que ce fait est quelque part inscrit dans le titre [...], mais parce qu'il résulte de l'ensemble des dispositions qui la composent qu'elles font partie de la forme « constitutionnelle » dont la validité est soumise à des conditions spécifiées », L. Favoreu et *alii*, *Droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, coll. Précis Dalloz, 20^e éd., 201, p. 86.

cela correspond à ce que le pouvoir souverain a entendu instituer. S'il est dès lors fréquent que le droit constitutionnel soit assorti d'une procédure spécifique prévoyant les termes de sa modification, celle-ci n'en représente pas pour autant la preuve ou le fondement de sa juridicité, non plus d'ailleurs que de sa suprématie dans l'ordre juridique¹³³⁷.

2. Une suprématie fondée politiquement

398. La posture des auteurs du droit politique peut sembler ambiguë à l'égard de la question cruciale de la suprématie de la Constitution. Leurs travaux traduisent en effet une méfiance certaine à l'égard de la considération de la Constitution comme « norme suprême »¹³³⁸. La réticence alors exprimée vise pourtant moins le caractère suprême que la qualification exclusive de « norme », qui réduit et banalise, aux yeux des *juspolitistes*, la substance constitutionnelle. Même si elle est admise, la suprématie normative reste cependant toujours moins le critère de sa juridicité qu'une nécessité fonctionnelle du projet politique ainsi porté. Comme la rigidité, la primauté juridique de la Constitution se rapporte dès lors davantage à ses caractéristiques *matérielles* qu'à sa forme¹³³⁹.

399. Un tel passage, d'une considération formelle à une conception matérielle de la suprématie constitutionnelle, semblerait indiquer l'abandon définitif par le droit politique d'une perspective normativiste. Il n'en est rien en fait, si l'on considère que, pour Kelsen lui-même, la suprématie de la Constitution découle plus logiquement de sa définition

¹³³⁷ On peut noter ici la dissidence qu'entretient le droit politique à l'encontre d'une doctrine presque séculaire, celles de Barthélemy et Duez, selon laquelle la rigidité de la Constitution est nécessaire pour lui conférer sa suprématie juridique : J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, 1933, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2004, p. 187.

¹³³⁸ Jacky Hummel déplore ainsi « [...] l'actuel déclin de l'autorité de la constitution [qui] est quelque peu masqué par le discours néo-constitutionnaliste de la primauté juridique de la constitution normative. Traversé par l'idée que la norme constitutionnelle vaut par elle-même et non par référence à des valeurs supérieures, un tel discours conduit à croire que la crise de légitimité du politique peut ne pas emporter avec elle une crise de la notion de constitution », J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2010, p. 8-9.

¹³³⁹ Le positivisme juridique présente la tendance inverse qui consiste à associer la suprématie constitutionnelle à une caractéristique formelle. Francis Hamon et Michel Troper définissent ainsi la Constitution formelle comme « [...] l'ensemble des règles, quel que soit leur objet, qui sont énoncées dans la forme constitutionnelle : elles sont en général contenues dans un document spécial, mais surtout, elles ont une valeur supérieure à celle de toutes les autres normes positives et ne peuvent être modifiées que conformément à une procédure spéciale [...] », F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Manuel, 38^e éd., 2017, p. 55.

substantielle que de sa définition formelle¹³⁴⁰ : c'est parce qu'elle fixe la procédure d'adoption de la plupart des normes qu'elle leur est supérieure, et c'est parce qu'elle ne puise elle-même sa validité dans aucune norme positive¹³⁴¹ qu'elle est suprême. De façon similaire quoique pour des raisons partiellement différentes, les auteurs du droit politique associent également le caractère suprême de la Constitution à son contenu ; formalisation d'un projet politique fondateur, le texte solennellement adopté ne peut qu'être la source ultime de l'ordre juridique dans son ensemble. C'est là le seul moyen de garantir la souveraineté du pouvoir constituant¹³⁴², dont la volonté doit pouvoir s'imposer sans réserve¹³⁴³. Plus qu'une caractéristique formelle, la suprématie constitutionnelle est alors une nécessité fonctionnelle. Dès lors qu'elle cherche à enfermer les gouvernants dans un réseau de contraintes limitant leur pouvoir¹³⁴⁴, l'entreprise constituante ne prend sens que si l'œuvre juridique qui en résulte s'impose unilatéralement à toutes les autorités normatives. L'influence des premiers théoriciens de la Constitution – notamment celle de Sieyès – est ici manifeste, et éclaire un héritage très prégnant dans la pensée du droit politique ; c'est en effet à partir de 1789 que, sous l'impulsion de l'abbé révolutionnaire, « l'expression de loi fondamentale est désormais accolée à celle de loi constitutionnelle

¹³⁴⁰ Pour Kelsen, « prise au sens formel, une constitution est un document solennel, un ensemble de normes juridiques qui ne peuvent être révisées que dans le respect d'instructions spécifiques dont le but est précisément de rendre ardue toute révision constitutionnelle. Au sens matériel, la constitution se compose des règles qui régissent la création des normes juridiques générales, des lois en particulier », H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 179.

¹³⁴¹ Michel Troper écrit ainsi que, dans la pensée de Kelsen, « la constitution est donc supérieure à la loi, parce qu'elle règle la production des lois. Elle est suprême simplement parce qu'il n'existe pas au-dessus d'elle d'autre norme juridique positive, dans laquelle elle trouverait le fondement de sa propre validité », M. Troper, « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste », in *Le droit et la nécessité*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2011, p. 145. Il faut noter toutefois les hésitations de Kelsen sur les rapports de validité existant entre Constitution et droit international. Le maître autrichien a en effet eu tendance à privilégier la supériorité du second sur la première, tout en admettant que les deux hypothèses sont également défendables. Voir par exemple : H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, not. p. 175-176. Kelsen tranchera finalement la question en faveur de la suprématie du droit international, expression ultime de son monisme ontologique : H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Recueil des Cours* IV, 1926, p. 231-329.

¹³⁴² Olivier Beaud établit en effet en ces termes la corrélation entre souveraineté constituante et suprématie constitutionnelle : « [...] si l'on admet la suprématie de la constitution comme norme, il faut en déduire logiquement que l'autorité qui l'édicte est elle-même suprême ou souveraine », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 211.

¹³⁴³ C'est dans cette obligatorité de la Constitution que transparait tout à la fois la souveraineté de son auteur et sa juridicité. Olivier Beaud écrit ainsi que « l'obéissance à la constitution est [...] la contrepartie du caractère juridiquement unilatéral de cette constitution [...], la constitution requiert une obéissance préalable et générale à laquelle personne, sauf son auteur, ne peut se soustraire », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 256.

¹³⁴⁴ C'est en effet la fonction première de la Constitution, « notion politique car elle organise et limite le pouvoir de l'État », O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 258.

pour spécifier la suprématie de la constitution et la subordination des gouvernants à cette constitution prévue comme une loi, comme un impératif »¹³⁴⁵.

400. Reprenant à leur compte cette définition originelle de la Constitution, les travaux du droit politique présentent dès lors des conclusions finalement assez proches de celles du normativisme, à ceci près – ce n’est certes pas un détail – qu’ils cherchent en dehors de l’ordre juridique les raisons de la suprématie de la Constitution. Celle-ci n’est pourtant que rarement exprimée en ces termes ; à la notion doctrinalement accaparée par le normativisme de « suprématie », le droit politique préfère sans nul doute l’image, inversée, de la *fondation*¹³⁴⁶. Cette précision pourrait apparaître comme une subtilité anecdotique, alors qu’elle en dit en réalité beaucoup sur la portée reconnue à la Constitution au sens *juspolitiste*. Contrairement à ce qu’exprimait Kelsen¹³⁴⁷, le droit constitutionnel n’est alors pas l’étape ultime d’une chaîne d’habilitations valides, mais la source originelle de la légalité, *par la légitimité* ; sans l’appui symbolique de la Constitution et de la légitimité de l’ordre politique qu’elle instaure, il n’est pas de droit susceptible d’être édicté et obéi. Fondement juridique, la Constitution est aussi fondation politique, en ceci qu’elle objective le principe de légitimité que traduit la souveraineté du pouvoir constituant.

401. Si suprématie ou fundamentalité se traduisent finalement en des termes juridiques assez proches, ces caractéristiques ne constituent cependant pas des critères de validité au sens strict, elles sont consubstantielles à la Constitution telle que la dépeignent les travaux *juspolitistes*. Partant, rien n’est susceptible d’instaurer sa suprématie de la consolider qui ne viendrait pas immédiatement d’elle-même. En d’autres termes, les auteurs du droit politique ne partagent pas la thèse réaliste en vertu de laquelle la hiérarchie des normes, et plus spécifiquement la suprématie constitutionnelle, sont bâties par les juges¹³⁴⁸. Ils ne

¹³⁴⁵ O. Beaud, « L’histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l’État », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

¹³⁴⁶ Jacky Hummel reprend ainsi à son compte la théorie établie par Maurice Hauriou de la fondation constituante selon laquelle « le moment constituant est entendu comme celui de la naissance des institutions [...] », J. Hummel, *Essai sur la destinée de l’art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2010, p. 151. Cette perspective rejoint largement la pensée exprimée par Denis Baranger, qui identifie également le moment constituant comme « fondateur » : D. Baranger, « Temps et constitution », *Droits* n° 30, 2000, p. 53.

¹³⁴⁷ La théorie de la *Grundnorm* développée par le juriste viennois permet en effet de fonder la validité du droit sur elle-même, et d’exclure notamment la référence à la légitimité : « en inscrivant la notion de politique dans une autre temporalité, caractérisée par l’idée d’un *devenir constant* plutôt que par la régression à un moment « originaire », il deviendrait possible également de fonder sa légitimité de façon purement immanente [...] », C. I. Accetti, « L’idée d’ordre dynamique et la théorie de la *Grundnorm*. Une interprétation du fondement de la validité du droit chez Hans Kelsen », *Droit et société* n° 92, 2016, p. 198.

¹³⁴⁸ C’est la thèse défendue notamment par Michel Troper lorsqu’il livre une analyse de la fameuse décision de la Cour suprême des États-Unis de 1803, *Marbury vs Madison* : « [...] ce que Marshall a réalisé

sauraient non plus considérer que l'instauration de la justice constitutionnelle « renforce » la juridicité, l'autorité ou la suprématie de la Constitution. Elle en transforme certes la substance, dans la mesure où elle établit un nouvel équilibre au sein du système de gouvernement dans lequel elle s'inscrit¹³⁴⁹. Le caractère de commandement unilatéral notamment est accentué par la juridictionnalisation du discours constitutionnel, mais il n'est pas fondamentalement différent de ce qu'il a été depuis le portrait prospectif qu'en dressait Sieyès dès 1789¹³⁵⁰. Au regard du droit politique, toutes les Constitutions antérieures à 1958, démunies qu'elles étaient de juge constitutionnel, n'en étaient pas moins aussi obligatoires et suprêmes que leur cadette.

402. Quoiqu'elle ne soit pas la source de sa validité, mais simplement l'expression de sa fonctionnalité, la suprématie de la Constitution est donc admise par le droit politique, comme une nécessité logique induite par la souveraineté du pouvoir constituant. Puisque ce dernier est justement caractérisé par sa liberté à l'égard du droit, il ne saurait être assujéti à la satisfaction de critères matériels juridiquement établis.

B. La relativisation des critères matériels

403. Les auteurs du droit politique s'entendent pour consacrer la nature éminemment libérale qui anime le mouvement moderne du constitutionnalisme¹³⁵¹ ; ils reconnaissent à

n'est pas déduire le contrôle de constitutionnalité des lois de la hiérarchie des normes, mais au contraire *construire* la hiérarchie des normes en assurant le contrôle de constitutionnalité des lois », M. Troper, « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste », in *Le droit et la nécessité*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2011, p. 153 ; nous soulignons.

¹³⁴⁹ Olivier Beaud admet en ce sens la profonde transformation de la V^e République résultant du développement de la justice constitutionnelle : « cette nouvelle légitimité juridictionnelle signifie inévitablement une délégitimation des autorités classiques élues, et invalide fortement le schéma initial des constituants, qui était de redonner une place essentielle à l'arbitrage populaire. Selon nous, cette série de réformes doit être interprétée autant comme une victoire de l'État de droit que comme un retour en force de la tradition *représentative*, si forte en France. [...] De ce point de vue, le changement crucial tient à ce que, quoi qu'ils en disent, des Sages ou des juges ordinaires concurrencent des représentants élus, dans l'énonciation de l'intérêt général », O. Beaud, « Les mutations de la V^e République ou comment se modifie une Constitution écrite », *Pouvoirs* n° 99, 2001, p. 25.

¹³⁵⁰ Le premier théoricien du concept moderne de Constitution l'a en effet juridiquement défini comme un « commandement », comme un « acte unilatéral » ; « selon Sieyès, la constitution, comme acte législatif, est obligatoire pour ses destinataires [...] », sans qu'une juridiction veillant à son application soit nécessaire ; O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 256.

¹³⁵¹ À l'instar de Philippe Raynaud qui écrit que « dans le vocabulaire juridique contemporain, la notion de « constitutionnalisme » s'inscrit en général dans une conception *libérale* du droit public, qui veut que les pouvoirs publics soient essentiellement *limités* afin que soient garanties les principales libertés de l'individu », P. Raynaud, « Constitutionnalisme », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 266.

ce titre que le concept de Constitution s'est construit par référence à des valeurs et des logiques articulées autour de la protection de l'individu contre le pouvoir¹³⁵². Il en résulte en doctrine une définition du droit constitutionnel établie par référence à ces valeurs que sont notamment la garantie des droits individuels et de la séparation des pouvoirs¹³⁵³. Certains auteurs ont d'ailleurs érigé ces deux aspects en normes supra-constitutionnelles, soit en conditions d'existence même de la Constitution¹³⁵⁴. Cette posture n'est pas celle que retient le droit politique, puisqu'elle s'avère incompatible avec l'idée qu'il défend de la souveraineté du pouvoir constituant¹³⁵⁵ ; il ne peut donc que condamner l'existence de critères matériels de validité, posés *a priori*. Outre leur défaut manifeste de fondement catégorique (1), ces critères peinent de toute façon à convaincre du fait de leur imprécision symptomatique (2).

1. Des prescriptions infondées

404. Rien en droit ne justifie que la Constitution soit associée à un contenu prédéterminé. Au terme de la conception mise en lumière par le droit politique, la juridicité de la Constitution s'évalue par le caractère souverain de son auteur¹³⁵⁶, contrairement à

¹³⁵² Jacky Hummel affirme en ce sens que « [...] la compréhension de la constitution comme *loi suprême* n'est autre que l'expression juridique de l'idéologie libérale constitutionnaliste. L'objet essentiel de cette dernière est d'organiser le pouvoir pour préserver la liberté, c'est-à-dire d'assurer [...] la division du pouvoir [...] », J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2010, p. 12.

¹³⁵³ Jean-Philippe Feldman écrit par exemple que « le constitutionnalisme suppose donc la réunion de trois éléments fondamentaux : une « séparation des pouvoirs » bien entendue, *i. e.* la distribution des fonctions avec une suffisante indépendance des organes [...], le respect strict du principe de subsidiarité [...], enfin, le respect des droits de l'homme, garantis par une Constitution digne de ce nom », J.-P. Feldman, « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *RFDC* n° 83, 2010, p. 496.

¹³⁵⁴ C'est par exemple le cas d'Édouard Dubout qui identifie dans le droit français des « éléments de supra-constitutionnalité « latente » » ; de son point de vue, « ainsi en va-t-il notamment de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen [...] qui subordonne la qualité même de Constitution à la séparation des pouvoirs et à la garantie des droits, les érigeant ainsi en conditions de la constitutionnalité (dans le sens de qualité de ce qui est constitutionnel) des autres normes et donc de limites indérogables », É. Dubout, « « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC* n° 83, 2010, p. 459.

¹³⁵⁵ Olivier Beaud souligne l'incompatibilité potentielle entre définition matérielle de la Constitution et souveraineté du pouvoir constituant : « la doctrine constitutionnelle nie l'idée d'une souveraineté constituante au nom d'une conception matérielle de la constitution, c'est-à-dire de l'idéal constitutionnaliste de limitation des pouvoirs », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 213.

¹³⁵⁶ En accord avec cette posture presque décisionniste en effet, le « [...] pouvoir constituant originaire, [...] pour forger une Constitution, s'y prend généralement en méconnaissance des règles de révision de la Constitution en vigueur sachant qu'une telle infraction est justifiée par le contexte révolutionnaire dans lequel elle s'inscrit. Le succès de son travail, qui s'inscrit au-delà des limites du droit, ne tient alors qu'à sa légitimité ou sa puissance », A. Viala, « Limitation du pouvoir constituant. La vision du

certaines thèses qui jaugent au contraire la validité du pouvoir constituant à l'aune de la substance constitutionnelle qu'il a permis d'établir¹³⁵⁷. Dans cette perspective, il est donc vain de chercher à identifier des critères objectifs de validité substantielle de la Constitution, puisque l'édiction de chacun d'entre eux reviendrait à nier l'autonomie du pouvoir constituant. Par ailleurs, une étude attentive du droit positif ne permet pas de conclure à l'autorité indiscutable des critères matériels du droit constitutionnel. Le principal argument en faveur de cette thèse repose sur une lecture intransigeante, « traditionnelle »¹³⁵⁸, de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Rédigée à l'aube du constitutionnalisme français, cette disposition bénéficierait d'une autorité juridique ultime dans la détermination du concept de Constitution. L'argument manque cependant de justification, l'autorité de l'article 16 dépendant elle-même de la positivité constitutionnelle dont bénéficie cette disposition. S'il a pu être soutenu qu'il intègre la catégorie des « règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France »¹³⁵⁹, et fait ainsi figure de principe intangible disposant d'une valeur normative accrue, cette thèse n'est par ailleurs pas confortée par le droit positif, notamment par la jurisprudence constitutionnelle¹³⁶⁰. En tant que composante du bloc de constitutionnalité, en revanche, l'article 16, qui bénéficie au surplus d'une forme déclaratoire¹³⁶¹, emporte certaines contraintes liées à la cohérence du

constitutionnaliste », *Civitas Europa* n° 32, 2014, p. 86. Dans cette perspective, c'est donc bien le principe de la souveraineté qui donne à la Constitution sa valeur.

¹³⁵⁷ On peut rapprocher de ce point de vue la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne qui a eu l'occasion d'opérer un contrôle de la Loi fondamentale de 1949 au regard des principes du droit naturel qu'elle a, ce faisant, elle-même consacrés. Voir à cet égard les éclairages de Luc Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, p. 633-637. Olivier Beaud estime à ce propos que « [...] cette subordination du pouvoir constituant « originaire » à des « principes de justice » transporte la question des limites matérielles de la révision sur le terrain d'une véritable supraconstitutionnalité et d'un droit naturel constitutionnel. Or, si le juge allemand suppose tranchée cette question dans un sens positif, nous ne l'estimons pas tranchée pour notre part », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 399.

¹³⁵⁸ Voir en ce sens : M. Troper, « L'interprétation de la déclaration des droits : l'exemple de l'article 16 », in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 265-270.

¹³⁵⁹ É. Dubout, « « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC* n° 83, 2010, p. 459.

¹³⁶⁰ La jurisprudence inaugurée en 2003 par le juge constitutionnel traduit en effet son refus général et persistant d'exercer un contrôle des lois de révision constitutionnelle, ce qui laisse pendante la question de toute disposition qui serait effectivement intangible. Voir en ce sens : CC, Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, *Rec. p. 293 ; F. Chaltiel*, « *La souveraineté du pouvoir constituant dérivé : développements récents* », *Petites affiches* n° 123, 20 juin 2006, p. 7-9.

¹³⁶¹ En édictant une « déclaration » de droits, le constituant priverait les dispositions visées de la possibilité d'une révision : en étant déclaré, le droit se présenterait naturellement comme intangible, au moins formellement si ce n'est en substance. Denis Baranger écrit ainsi que « quand la technique déclarative est à l'œuvre, il s'agit de dire quelque chose qui ne peut pas être changé, de par sa nature même », D. Baranger, « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 305.

texte constitutionnel, celui-ci devant présenter un minimum d'harmonie. Sans leur reconnaître donc une valeur supra-constitutionnelle, il est possible de consacrer la dimension fondamentale aux dispositions de la Déclaration de 1789 ; l'article 16, sans être astreignant juridiquement, représente au moins une contrainte politique. La difficulté réside cependant dans l'identification de la portée qu'il peut revêtir à cet égard.

405. S'il ne se comprend essentiellement à la lumière du contexte de sa rédaction, celui de la Révolution de 1789, et de l'aspiration libérale de ses auteurs¹³⁶², l'article 16 de la Déclaration de 1789 dispose certes d'une autorité indiscutable dans le débat *politique* et peut à ce titre influencer le choix du constituant ; ce dernier n'en demeure pas moins un choix libre et indéterminé. Cela est d'autant plus notable que l'article 16 est aujourd'hui doté d'une portée dont on sait qu'elle ne correspond pas tout à fait à celle que les révolutionnaires entendaient lui conférer¹³⁶³. Dominique Rousseau invite par exemple à « repenser l'idée de Constitution »¹³⁶⁴ à partir d'une lecture plus littérale de l'article 16 : « entendue en ce sens, la Constitution n'est plus comme autrefois la définition des rapports entre les institutions, la séparation des pouvoirs ; la Constitution, c'est désormais la définition des rapports entre les citoyens et l'État, la charte des droits et des libertés dont la garantie est assurée par la mise en place d'un mécanisme de sanction des organes de l'État »¹³⁶⁵. À l'origine pourtant, en 1789, « pour les principaux intervenants, il allait de soi que la garantie des droits devait résulter, en quelque sorte mécaniquement, d'un bon agencement constitutionnel. Il n'y avait pas, à leurs yeux, deux questions, mais une seule »¹³⁶⁶. L'autorité supra-constitutionnelle que la doctrine cherche donc parfois à reconnaître aux dispositions de l'article 16 ne peut donc se targuer d'une tradition immuable depuis la Révolution.

¹³⁶² À cet égard, Olivier Beaud estime que, en effet, « la conséquence de [la] conception constitutionnaliste [révolutionnaire] est bien connue : c'est le fameux article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui condense cette double idée [...]. Désormais, la notion de constitution est assimilée à un certain contenu normatif, de nature libérale. En ce sens, on peut soutenir que le concept moderne de constitution est intimement lié à un moment jusnaturaliste car la constitution est censée exprimer un contenu intangible, universel et originaire », O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

¹³⁶³ On peut noter à ce titre que l'argument selon lequel l'article 16 impose à la Constitution de mettre en œuvre une garantie effective des droits n'est pas apparu dans la doctrine contemporaine. Il est par exemple déjà présent dans l'œuvre de Joseph Barthélemy, qui écrivait qu'il n'y a « pas de vraie constitution sans garantie des droits » ; J. Barthélemy, *Précis de droit public*, préf. B. Pacteau, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2006, p. 269.

¹³⁶⁴ D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDJ* n° 1, 1990, p. 7.

¹³⁶⁵ *Ibid.*, p. 8.

¹³⁶⁶ S. Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris : Hachette, coll. Pluriel, 1988, p. 375. On retrouve ici l'héritage de la pensée de Montesquieu, qui préconisait la « séparation » des pouvoirs au nom de la liberté politique des individus dans *De l'esprit des lois*, 1748, Livre XI, chap. VI.

406. La définition de la Constitution comme garantie de la séparation des pouvoirs et comme charte des droits fondamentaux des individus correspond en réalité à une démarche très contemporaine du constitutionnalisme¹³⁶⁷ et contre laquelle s'élèvent les *juspolitistes*. De l'aveu même de ceux qui la défendent, il s'agit là d'une transformation du concept, désormais doté d'une portée renouvelée, davantage centrée sur la place des citoyens face à l'État et devant le juge constitutionnel¹³⁶⁸. La mutation ainsi subie par le concept de Constitution semble pourtant discutable à maints égards, et notamment sur le plan de son opérabilité scientifique. Redéfinir la Constitution d'aujourd'hui différemment – voire par opposition – aux Constitutions passées comporte en effet face à l'histoire constitutionnelle, le risque de l'anachronisme¹³⁶⁹ ou au moins celui de la disqualification hasardeuse des régimes passés. À l'aune d'une Constitution définie comme la Charte des droits et libertés juridictionnellement sanctionnés, comment concevoir en effet la Constitution de 1946 ou, plus encore, les lois constitutionnelles de 1875, qui ne présentaient même pas le catalogue formel des droits des citoyens ? Faut-il distinguer deux acceptions de la Constitution, pour considérer que l'une n'existait pas avant 1971¹³⁷⁰ et que l'autre a disparu à cette même date ? Une telle démarche conduirait nécessairement à une dilution du concept de Constitution, qui perdrait une partie de sa valeur scientifique en perdant son unité.

407. Le raisonnement de la doctrine du droit politique, qui choisit au contraire de retenir une définition moderne – par opposition à post-moderne – de la Constitution, vise justement à restaurer l'unité de ce concept, dès lors plus opérant à travers l'histoire. C'est

¹³⁶⁷ Dominique Rousseau estime ainsi que le constitutionnalisme doit prendre la mesure de l'échec des régimes précédents ; l'histoire ayant montré la vacuité de la mise en pratique de la séparation des pouvoirs, il appartient au constituant moderne et à ses commentateurs de construire une nouvelle notion de Constitution : D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Domat droit public, 11^e éd., 2016, p. 797-800.

¹³⁶⁸ « La Constitution n'est donc plus, comme autrefois, la définition des rapports entre les institutions ; elle est désormais davantage la définition des rapports entre les citoyens et l'État, la Charte des droits dont la garantie est assurée par la mise en place d'un mécanisme de sanction des organes de l'État. Et cette nouvelle conception transforme à son tour, profondément, les relations gouvernants-gouvernés », D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Domat droit public, 11^e éd., 2016, p. 799-800.

¹³⁶⁹ L'anachronisme, écrit Michel Troper, « [...] consist[e] à décrire une situation historique à l'aide de concepts liés à une autre, ainsi à parler d'État à propos de la cité athénienne ou, de serfs pour désigner les paysans de la Russie tsariste », M. Troper, « Les concepts juridiques et l'histoire », in *Le droit et la nécessité*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2011, p. 267.

¹³⁷⁰ La date est choisie à dessein comme celle de la décision du Conseil constitutionnel par laquelle il donne pleine valeur au préambule de la Constitution de 1958 : CC, Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, *Rec.* p. 29. C'est à partir de cette date que sont constatés « [...] le bouleversement des données fondamentales du droit public et le *changement de nature* du droit constitutionnel », L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC* n° 1, 1990, p. 71 ; nous soulignons.

la fonction qu'assume l'idée de souveraineté constituante ; les *juspolitistes* invitent alors à penser la juridicité constitutionnelle indépendamment de son contenu effectif. Car, si le pouvoir constituant est souverain, le contenu de son œuvre ne relève que de son appréciation en opportunité¹³⁷¹. Certes, le droit politique reconnaît sans peine qu'une certaine séparation fonctionnelle, notamment entre les puissances législative et judiciaire, est indispensable à l'existence de l'ordre juridique lui-même et, par conséquent, à l'existence d'une Constitution *juridique*, caractéristique de la modernité. Carlos-Miguel Pimentel démontre à ce titre, en se référant notamment à la pensée constitutionnelle britannique du XVII^e siècle, que la fonction législative peut être envisagée comme le pouvoir de régir le futur et la fonction judiciaire comme celui de régler le passé¹³⁷². De ce point de vue, la séparation des pouvoirs est une exigence non pas seulement constitutionnelle, mais juridique, car « [...] la confusion de tous les pouvoirs conduirait à une sorte d'apocalypse juridique, dans laquelle la notion même de règle de droit sombrerait dans le néant, puisqu'il serait impossible de savoir s'il existe ou non une norme valide »¹³⁷³. Même dans une telle perspective toutefois, ce seul critère de la séparation des pouvoirs ne suffirait pas tout à fait à fonder la validité constitutionnelle, tant il reste imprécis et régulièrement bafoué en pratique¹³⁷⁴.

2. Des prescriptions imprécises

408. Quelle que soit la portée qui est effectivement reconnue aux concepts de protection des droits et de division du pouvoir, ils sont intimement liés à l'idée même de Constitution, ainsi que le concèdent volontiers les auteurs du droit politique. Dans cette hypothèse, nul besoin n'est de jauger la validité d'une Constitution à la lumière de ces

¹³⁷¹ À l'inverse, une définition de la validité constitutionnelle par référence à des critères matériels conduit à nier la souveraineté du pouvoir constituant en admettant qu'il est limité. Cécile Isidoro écrit par exemple que « l'essence de la Constitution est d'être protectrice des droits et libertés des citoyens. C'est là une fameuse limitation du pouvoir de révision du constituant, fût-il originaire », C. Isidoro, « Le pouvoir constituant peut-il tout faire ? », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs : Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris : Dalloz, 2003, p. 252.

¹³⁷² C.-M. Pimentel, « De l'État de droit à l'État de jurisprudence ? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs », in A. Pariente (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007, p. 11-12.

¹³⁷³ *Ibid.*, p. 12.

¹³⁷⁴ Carlos-Miguel Pimentel concède en ce sens que l'essor considérable du contrôle de constitutionnalité, qui réduit la part décisionnaire du pouvoir politique, conduit à remettre en cause la séparation entre fonction législative et fonction judiciaire, du fait notamment de la rétroactivité de l'interprétation livrée par le juge : *ibid.*, p. 16 et ss.

critères, puisque c'est justement par leur satisfaction que se manifeste l'entreprise constituante : en institutionnalisant le pouvoir et le statut des citoyens, la Constitution procède mécaniquement à une « séparation » du pouvoir. Contrairement à ce que certains auteurs ont pu affirmer¹³⁷⁵, ce postulat n'entretient aucune contradiction avec la consécration simultanée de la souveraineté de son auteur¹³⁷⁶. Seul un pouvoir souverain est justement en mesure d'imposer durablement un certain équilibre entre les pouvoirs. Recourir à des critères matériels de validité ne permet dès lors que de résumer la portée effective du pouvoir constituant sans toutefois en proposer une théorie satisfaisante. Au mieux ces critères permettent-ils donc de mettre en valeur les manifestations de la souveraineté constituante, au pire constituent-ils le moyen de l'ignorer tout bonnement. Dans chacune de ces hypothèses, ils sont donc dispensables, et ce d'autant plus qu'il est difficile de les doter d'une signification précise et indiscutable.

409. En premier lieu, l'exigence de protection des droits individuels, si elle est souvent présentée comme unitaire, cohérente, voire objective¹³⁷⁷, ouvre en réalité un puits sans fond de débats politiques et judiciaires qui amenuisent sa portée. Il n'est en effet pas de droit fondamental qui ne soit l'émanation d'une influence idéologique¹³⁷⁸ ; chaque consécration juridique témoigne dès lors du choix politique qui l'a commandée. Lorsqu'il est forgé à partir d'influences plurielles, comme c'est par exemple le cas en France, le catalogue constitutionnel laisse ce faisant béante la question de l'application des droits qu'il énonce. Il revient dès lors à son interprète – le juge le plus souvent – d'opérer ponctuellement une conciliation, ou plus directement de privilégier un droit sur un autre, donc une idéologie au détriment d'une autre¹³⁷⁹. Interpréter la première partie de l'article

¹³⁷⁵ Olivier Beaud cite à cet égard Georges Berlia, « De la compétence des assemblées constituantes », *RDP*, 1945, p. 353-365 ; il résume ainsi sa thèse : « l'impossibilité d'une souveraineté du pouvoir constituant découlerait de la finalité libérale de toute constitution qui implique la subordination des pouvoirs publics ordinaires, et notamment du pouvoir législatif, au pouvoir constituant. Ce dernier, né pour limiter les pouvoirs et pour protéger les individus contre la puissance publique, ne saurait donc être un pouvoir absolu et souverain », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 214.

¹³⁷⁶ Ainsi que l'écrit Olivier Beaud, « [...] la souveraineté, entendue ici au sens de monopolisation du droit positif par l'État, est compatible avec l'apparition de la démocratie constitutionnelle et donc avec le pouvoir constituant » ; *ibid.*

¹³⁷⁷ Ce qui résulte du fait que les droits de l'homme ne sont plus disputés ou discutés, mais constituent un socle commun de valeurs autour desquelles le débat politique s'est tari. Voir en ce sens : M. Gauchet, « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Le Débat* n° 110, 2003, p. 258-288 ; Y. Lambert, « Vers un « monothéisme des valeurs » ? », *Le Débat* n° 59, 1990, p. 88-102.

¹³⁷⁸ C'est ce qu'affirme par exemple Danièle Lochak, *Les droits de l'homme*, Paris : La Découverte, coll. Repères, 2018, p. 4-5.

¹³⁷⁹ Des auteurs ont ainsi affirmé que le Conseil constitutionnel s'adonnait à une « modulation continue des droits et libertés » et qu'il privilégiait, au cas par cas, une disposition constitutionnelle sur une autre : D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Domat droit public, 11^e éd., 2016, p. 275 et ss. Si l'on peut considérer qu'il n'est pas de

16 de la Déclaration de 1789 comme l'expression d'un impératif catégorique à l'égard du pouvoir constituant repose donc sur un leurre, celui de son univocité, car si le texte exige la garantie des droits, il ne précise pas desquels il s'agit. Les auteurs *juspolitistes* ne se risquent pas, pour leur part, à prêter à cette disposition une portée plus précise qu'elle n'en revêt effectivement.

410. En second lieu, l'exigence de séparation des pouvoirs ne manque pas moins de performativité ; les auteurs du droit politique ont ainsi contribué à dénoncer la vacuité de ce concept jugé « mystifié »¹³⁸⁰ ou « dogmatique »¹³⁸¹, souvent instrumentalisé par ceux-là mêmes qui s'en prévalent¹³⁸². La critique d'une lecture trop idéaliste des écrits de Montesquieu n'est certes pas nouvelle ; Raymond Carré de Malberg¹³⁸³ puis Charles Eisenmann¹³⁸⁴ notamment, ont déjà démontré que le philosophe des Lumières, contrairement à ce qui en a été retenu par les Révolutionnaires, n'entendait pas et ne pouvait pas avoir préconisé une séparation organique et fonctionnelle stricte entre les

hiérarchie juridique construite par le juge entre la Déclaration de 1789 et le préambule de 1946, il n'en reste pas moins manifeste que les deux textes sont le reflet des idéologies concurrentes qui ont mené à leur adoption originelle. C'est ce qu'affirme Yves Poirmeur, lorsqu'il identifie au sein du préambule de la Constitution de 1946, une « [...] contradiction essentielle [qui] oppose la démocratie politique, inscrite dans la déclaration de 1789 et la démocratie économique et sociale introduite par les principes politiques économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps, l'une tirant vers le libéralisme, l'abstention de l'État, la reconnaissance de droits individuels absolus et négatifs, l'autre vers le socialisme et le communisme et un interventionnisme accru pour répondre aux créances sur la société reconnues à l'individu », Y. Poirmeur, « La réception du préambule de la Constitution de 1946 par la doctrine juridique. La construction de la juridicité du préambule par ses premiers commentateurs », in *Le préambule de la Constitution de 1946 : antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1996, p. 104.

¹³⁸⁰ Carlos-Miguel Pimentel estime par exemple que, « en affirmant à la fois la toute-puissance du souverain et sa limitation, l'idée [de la séparation des pouvoirs] fondait le plus grand *mythe* constitutionnel de notre modernité libérale », C.-M. Pimentel, « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », *Pouvoirs* n° 102, 2002, p. 121 ; nous soulignons.

¹³⁸¹ Armel Le Divellec affirme ainsi que « [...] le constitutionnalisme libéral moderne s'est entièrement construit sur le principe de la « séparation » (ou mieux de la « division ») des pouvoirs, qui a fini par être érigé au rang de véritable « dogme » [...] », A. Le Divellec, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne : contribution à une théorie générale*, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2004, p. 58 ; nous soulignons.

¹³⁸² C'est le sens de la démonstration que conduit Pierre Avril quant à l'interprétation par le général de Gaulle des dispositions de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 ayant trait à la séparation des pouvoirs. Elle lui permet de fonder sur un postulat incontestable le régime présidentiel qu'il souhaite mettre en œuvre : P. Avril, « La séparation des pouvoirs et la V^e République : le paradoxe de 1958 », in A. Pariente (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007, p. 79-84.

¹³⁸³ Carré de Malberg livre une critique à la fois de la séparation fonctionnelle et de la séparation organique des pouvoirs. Voir en ce sens : R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État. Spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t.II, préf. É. Maulin, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 30-34 et p. 34-44.

¹³⁸⁴ L'élève de Kelsen consacre ainsi une étude à la démonstration du fait que « [...] le régime constitutionnel décrit dans l'*Esprit des lois* n'est point un régime de séparation des autorités étatiques », C. Eisenmann, « L'« Esprit des lois » et la séparation des pouvoirs », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris : Sirey, 1933, p. 173.

pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Le concept de « séparation des pouvoirs » n'en a pas moins connu un succès sans cesse grandissant ; il fait ainsi figure d'autorité dans la classification des régimes à laquelle procède la science du droit, pour opposer régime parlementaire et régime présidentiel notamment, selon que le principe est appliqué de manière « souple » ou « stricte »¹³⁸⁵. Les auteurs du droit politique participent cependant de la doctrine qui accueille avec scepticisme l'idée de *séparation* des pouvoirs, dès lors que les régimes observés procèdent tous, de façon plus ou moins exacerbée, d'une véritable collaboration, voire d'une confusion entre les pouvoirs. Sans succomber au radicalisme de Michel Troper qui condamne fermement la dichotomie traditionnelle entre régime parlementaire et régime présidentiel¹³⁸⁶, les *juspolitistes* s'évertuent néanmoins à l'articuler sur d'autres fondements que celui de la séparation des pouvoirs au sens classique¹³⁸⁷.

411. Afin de sortir de l'impasse, souvent constatée, que représente la séparation des pouvoirs, de nombreux auteurs ont eu l'occasion de proposer une autre interprétation de cette théorie, en abandonnant la distinction aristotélicienne – devenue caduque¹³⁸⁸ – entre les fonctions législative, exécutive et judiciaire. C'est le cas de Paul-Marie Gaudemet¹³⁸⁹, qui a privilégié une autre distinction déjà présente dans les écrits de Montesquieu, celle opposant la faculté de statuer à la faculté d'empêcher¹³⁹⁰. Maurice Hauriou proposait, pour sa part, une distinction atypique entre le pouvoir exécutif, le pouvoir délibératif et le

¹³⁸⁵ La définition consensuelle de ces deux modèles a été fixée par Adhémar Esmein, comme le démontre Arnaud Le Pillouer, « La notion de « régime d'assemblée » et les origines de la classification des régimes politiques », *RFDC* n° 58, 2004, p. 325-326.

¹³⁸⁶ Michel Troper a ainsi pu conclure avec véhémence que « la classification traditionnelle [entre régime parlementaire et régime présidentiel] présente donc toute sorte de faiblesses : elle heurte la logique ; elle n'enseigne rien ; elle repose sur le présupposé absurde que les régimes purs sont des êtres réels et malgré tout cela, elle ne sert de fondement à l'argumentation que lorsqu'il existe un doute sur leur réalité ou leur substance », M. Troper, « Les classifications en droit constitutionnel », in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 262.

¹³⁸⁷ Arnel Le Divillec écrit ainsi que « le système de gouvernement parlementaire ne saurait valablement être qualifié de régime de « séparation souple des pouvoirs », puisque cette « souplesse » ne lui est pas spécifique ; elle caractérise tout aussi bien (quoique de façon évidemment différente) le régime dit « présidentiel » des États-Unis d'Amérique [...] », A. Le Divillec, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne : contribution à une théorie générale*, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2004, p. 567.

¹³⁸⁸ L'expression est employée par Paul-Marie Gaudemet, « La séparation des pouvoirs, mythe et réalités », *D.* 1961, chron. XXIII, p. 123.

¹³⁸⁹ Paul-Marie Gaudemet utilise des termes différents de ceux employés par Montesquieu, mais leur reconnaît une portée identique ; il distingue pour sa part un « pouvoir d'action » et un « pouvoir de contrôle » ; *ibid.*, p. 124.

¹³⁹⁰ « J'appelle *faculté de statuer*, le droit d'ordonner par soi-même, ou de corriger ce qui a été ordonné par un autre. J'appelle *faculté d'empêcher*, le droit de rendre nulle une résolution prise par quelque autre », Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748, Livre XI, chap. VI. Pour une analyse de cette distinction, voir : J.-J. Chevallier, « De la distinction établie par Montesquieu entre la faculté de statuer et la faculté d'empêcher », in *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris : Sirey, 1929, p. 137-158.

pouvoir de suffrage¹³⁹¹. D'autres auteurs ont choisi de délaissier l'étude des pouvoirs en tant que tels, pour chercher de nouveaux instruments pertinents de classification des régimes politiques. Marie-Anne Cohendet a en ce sens proposé une typologie plus riche que la dichotomie classique, autour des trois critères de la légitimité des organes, de la responsabilité du Gouvernement et de l'importance des pouvoirs autonomes accordés au chef de l'État¹³⁹². Ces critères témoignent cependant à eux seuls de l'influence que continue manifestement d'exercer sur leur auteur, la distinction classique entre régime parlementaire et régime présidentiel¹³⁹³.

412. Les auteurs du droit politique semblent poursuivre une ambition similaire, puisqu'ils tiennent à distance la notion de séparation des pouvoirs dans son sens le plus courant, d'abord parce qu'elle mérite selon eux d'être actualisée¹³⁹⁴, ensuite parce qu'elle implique d'être affinée si elle doit continuer à représenter un critère efficient d'une classification des régimes plus fidèle à la réalité politique¹³⁹⁵. Leur affranchissement à l'égard d'une doctrine séculaire commande ainsi une certaine déconstruction du concept de régime parlementaire. Lui est substituée une étude plus pragmatique – plus politique aussi – des rapports institutionnels. C'est ce qui ressort notamment des travaux de Carlos-Miguel Pimentel lorsqu'il étudie les équilibres entre les pouvoirs par le prisme d'un

¹³⁹¹ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 350 et ss.

¹³⁹² M.-A. Cohendet, « La classification des régimes, un outil pertinent dans une conception instrumentale du droit constitutionnel », in D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats, E. Millard (dir.), *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris : Economica, 2006, p. 299-314.

¹³⁹³ Le premier critère de la légitimité des organes politiques recoupe en effet largement celui de l'élection directe ou indirecte du chef de l'État par le peuple, critère classique de distinction entre régime parlementaire et régime présidentiel. Le second élément, celui de la responsabilité du Gouvernement, est depuis longtemps le critère de distinction entre régime parlementaire moniste et régime parlementaire dualiste. Enfin, la question des pouvoirs exercés en propre par le chef de l'État peut être appréhendée comme la conséquence mécanique de l'application des premiers critères et du degré de légitimité et de responsabilité qui en résulte. Le critère des mécanismes de responsabilité politique est ainsi un instrument de classification des régimes, ainsi que le suggère Carlos-Miguel Pimentel, « Responsabilité et typologie des régimes politiques », in O. Beaud, J.-M. Blanquer (dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes & Cie, coll. Droit, 1999, p. 57-84.

¹³⁹⁴ O. Beaud, « La multiplication des pouvoirs », *Pouvoirs* n° 143, 2012, p. 47-59.

¹³⁹⁵ La séparation des pouvoirs est à ce titre « [...] un vivant témoignage des insuffisances d'une approche purement technicienne du droit [...] : dans les régimes il y a toujours nécessairement bien plus que des règles ou des règlementations comme disait Carré de Malberg, il y a bien plus que des agencements de forces. Les « pouvoirs » ne sont pas distribués une bonne fois pour toutes, mais leur contenu et leur périmètre évoluent [...]. L'analyse en termes de séparation des pouvoirs demeure utile, mais elle doit être complétée, parce que certains « pouvoirs » décisifs – publics ou privés – lui échappent complètement [...] », J.-J. Sueur, *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, Québec : Presses Universitaires de Laval, coll. Diké, 2011, p. 252.

« procès entre majorité et opposition »¹³⁹⁶. Ce dernier est érigé en caractéristique des systèmes plus habituellement connus comme des « régimes parlementaires monistes »¹³⁹⁷ ; ce faisant, il permet une analyse renouvelée, révélatrice de la diversité des régimes pourtant habituellement subsumés sous un même vocable¹³⁹⁸. Les travaux d'Armel Le Divellec le conduisent à une conclusion analogue dans l'étude qu'il livre du parlementarisme allemand : le concept de « gouvernement parlementaire » qu'il construit abandonne toute référence à la séparation des pouvoirs, puisqu'il est défini comme « [...] un système de liaison ou de solidarité juridique et politique de l'exécutif et du Parlement »¹³⁹⁹. Cette démarche *juspolitiste* n'est pas exempte de critiques ; Jean-Philippe Feldman notamment, a dénoncé la déconstruction symbolique de la séparation des pouvoirs et plus largement du constitutionnalisme à laquelle procèdent ces auteurs¹⁴⁰⁰. Pourtant, sa riposte manque en partie sa cible, dès lors qu'elle mobilise des arguments tenant à la politique constitutionnelle pour répondre à une analyse pragmatique du fonctionnement des régimes¹⁴⁰¹. Quelle que soit la définition que l'on préfère retenir de la

¹³⁹⁶ C.-M. Pimentel, *La main invisible du juge : l'origine des trois pouvoirs et la théorie des régimes politiques*, thèse dact., Paris, Panthéon-Assas, 2000, p. 604 et ss. Du même auteur et dans le même sens, voir : « L'opposition, ou le procès symbolique du pouvoir », *Pouvoirs* n° 108, 2004, p. 45-62.

¹³⁹⁷ Il écrit ainsi qu'« à ce stade, il ne s'agit que d'esquisser une classification partielle, qui pour l'essentiel se bornera à intégrer la majeure partie des régimes qui, dans l'approche classique, seraient qualifiés de régimes parlementaires monistes. Ni le régime américain, ni la V^e République ne peuvent y être ramenés [...] », C.-M. Pimentel, *La main invisible du juge : l'origine des trois pouvoirs et la théorie des régimes politiques*, thèse dact., Paris, Panthéon-Assas, 2000, p. 613.

¹³⁹⁸ Carlos-Miguel Pimentel opère à ce titre une distinction typologique des manifestations du conflit entre majorité et opposition, estimant que, « [...] si véritablement la question de la majorité constitue le critère fondateur, alors il convient de l'appliquer également au bloc des régimes parlementaires eux-mêmes, et d'en briser l'unité formelle pour mettre au jour leurs différences fondamentales », C.-M. Pimentel, *La main invisible du juge : l'origine des trois pouvoirs et la théorie des régimes politiques*, thèse dact., Paris, Panthéon-Assas, 2000, p. 614.

¹³⁹⁹ A. Le Divellec, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne : contribution à une théorie générale*, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2004, p. 573.

¹⁴⁰⁰ J.-P. Feldman, « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *RFDC* n° 83, 2010, p. 483-496.

¹⁴⁰¹ Aux auteurs qui dénoncent l'inexistence d'une séparation effective entre pouvoir législatif et pouvoir exécutif, Jean-Philippe Feldman rétorque par exemple que « à partir du moment où celui qui exécute la loi est aussi celui qui la fait, la Liberté est en danger [...] », alors même que, « quelle que soit la compréhension de l'œuvre de Montesquieu, il reste une même définition du constitutionnalisme, à savoir une lutte contre l'arbitraire, sous toutes ses formes », J.-P. Feldman, « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *RFDC* n° 83, 2010, p. 495-496. L'auteur estime donc que la fusion entre législatif et exécutif ne *devrait pas* être possible, alors que les professeurs Pimentel et Le Divellec se contentent d'affirmer que, *dans les faits*, elle n'est jamais effective. Pour eux, aujourd'hui, « il ne rest[e] plus rien de la doctrine originelle de la séparation des pouvoirs : le dogme de la frontière nécessaire entre pouvoir législatif et pouvoir exécutif s'[est] peu à peu vidé de son sens. L'exigence d'une séparation du pouvoir politique et du pouvoir judiciaire, ou celle du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués, [ont] absorbé l'intégralité de son contenu juridique », C.-M. Pimentel, « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », *Pouvoirs* n° 102, 2002, p. 131.

séparation des pouvoirs, la diversité doctrinale à son propos démontre assez, nous semble-t-il, la difficulté à l'ériger en un critère inaltérable de la validité constitutionnelle.

413. Le scepticisme des auteurs du droit politique à l'égard du principe de séparation des pouvoirs n'est pas la trace d'un anti-libéralisme idéologique ; tout au plus est-il la preuve d'une ambition de saisir le droit dans sa réalité politique et non à l'aune de critères émancipés de toute considération pratique. La Constitution n'en reste donc pas moins considérée comme l'instrument privilégié de la limitation du pouvoir politique : sa finalité étant d'institutionnaliser ceux qui seront aptes à l'exercer, elle procède mécaniquement à une organisation, à une répartition donc à une certaine *séparation* des pouvoirs. C'est cependant ailleurs que dans la satisfaction de critères déterminés *a posteriori* qu'elle puise son autorité, selon les tenants du droit politique.

§2 : *Le choix d'une théorie de l'acte constituant*

414. Le droit politique trouve son identité doctrinale dans la définition qu'il établit de la Constitution comme expression du pouvoir constituant ; elle puise nécessairement son autorité dans le *fait*, et notamment dans un principe de légitimité déterminé. Cette thèse est récurrente sous la plume des *juspolitistes*¹⁴⁰², elle témoigne à demi-mots d'une démarche de contextualisation du droit constitutionnel : celui-ci n'acquiert sa valeur juridique qu'à raison de la politique et de l'histoire qui le font naître. S'il paraît ainsi possible de construire un concept de Constitution unitaire et opératoire, cela n'empêche pas d'admettre le caractère éminemment *relatif* – c'est-à-dire ancré dans un contexte – de son autorité juridique. Le lien ainsi postulé entre fait constituant et droit constitutionnel mérite de plus amples précisions, ne serait-ce que parce qu'il fait l'objet d'un traitement particulièrement laconique en doctrine¹⁴⁰³. Les travaux de Carl Schmitt font à ce titre figure d'exceptions, et sa pensée pourrait dès lors être trop vite assimilée à celle que propose le droit politique. Le maître du décisionnisme a certes indubitablement nourri la réflexion des *juspolitistes*, et son influence est particulièrement manifeste dans la

¹⁴⁰² Denis Baranger écrit par exemple : « comment du fait devient-il du droit, ou encore comment passe-t-on du non-normatif au normatif ? C'est la question constitutionnelle par excellence, le seul moment où il se justifie de raisonner en termes de constitution plutôt qu'avec les instruments ordinaires de l'analyse juridique », D. Baranger, « Les constitutions de Michel Troper », *Droits* n° 37, 2003, p. 142.

¹⁴⁰³ Pour un exposé des différents refus doctrinaux de prendre le pouvoir constituant pour objet, voir : O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 210-214.

consécration du pouvoir constituant comme fondation politique absolue (A). La lecture combinée de différents écrits du droit politique permet par ailleurs de mettre en lumière la force symbolique et juridique reconnue au texte constitutionnel, témoin nécessaire de l'exercice de la souveraineté constituante (B).

A. Le pouvoir constituant comme fondation

415. Le concept de pouvoir constituant a été forgé par Sieyès à l'aube de la Révolution française, comme l'instrument parfait de l'abolition de l'ordre ancien et de la constitution d'un régime nouveau¹⁴⁰⁴. Témoignage de la souveraineté de la nation, le processus d'adoption de la Constitution portait déjà toute l'ambition de « faire table rase du passé » et de fonder, du néant, un ordre politique inédit. Le concept de pouvoir constituant que développe le droit politique se nourrit d'une ascendance théorique pléthorique au sein de laquelle Sieyès tient le premier rôle. Comme Carl Schmitt avant lui, Olivier Beaud¹⁴⁰⁵ s'inspire ainsi de la pensée de l'abbé révolutionnaire pour soutenir la thèse de la souveraineté du pouvoir constituant ; il marque ainsi de l'empreinte du décisionnisme la démarche du droit politique, qui n'en conserve pas moins une spécificité opérante à l'égard de la théorie schmittienne¹⁴⁰⁶. Comme cette dernière, le droit politique associe étroitement l'idée de souveraineté à l'exercice du pouvoir constituant (1). Il se distingue en revanche de la pensée de Carl Schmitt en consacrant la dimension « normative » de la

¹⁴⁰⁴ Alexandre Viala écrit à ce titre que « la théorie [du pouvoir constituant] fut destinée à justifier le renversement du système pluriséculaire de la répartition tripartite de la société et du vote par ordres par un système différent de répartition monolithique de la société aux termes duquel les représentants votent par têtes au sein d'un seul ordre, la nation. Il s'agissait donc de détruire un système pour en reconstruire un autre au moyen d'un double processus : une phase dé-constituante suivie d'une phase reconstituante », A. Viala, « Limitation du pouvoir constituant, la vision du constitutionnaliste », *Civitas Europa* n° 32, 2014, p. 83.

¹⁴⁰⁵ Le traitement *juspolitiste* de la souveraineté ne saurait se résumer à la conception qu'en propose Olivier Beaud, quoiqu'il soit très certainement l'auteur le plus prolifique sur cette question. On trouve par exemple sous la plume de Denis Baranger la même consécration du caractère absolu du pouvoir constituant. Il écrit ainsi que, « [...] dans un certain sens, une constitution écrite est par nature illibérale. Elle vise à imposer une manière et une seule de parler au sujet du pouvoir. Elle répond à une visée formellement absolutiste », D. Baranger, « Le dépérissement de la pensée institutionnelle sous la V^e République », *Droits* n° 44, 2006, p. 43.

¹⁴⁰⁶ L'association du décisionnisme à la pensée schmittienne doit d'ailleurs elle-même être nuancée, ainsi que le préconise Olivier Beaud, Carl Schmitt ayant « toujours oscillé entre [...] deux pôles. [...] Même si son décisionnisme est bien le thème *majeur* de son œuvre juridique, son institutionnalisme vient toujours le corriger », O. Beaud, « Préface. Carl Schmitt ou le juriste engagé », in C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 25. Même sous cet angle, la pensée du droit politique se distingue néanmoins de celle du juriste weimarien, en ce qu'elle favorise plus nettement une approche institutionnaliste.

souveraineté¹⁴⁰⁷, qui pourrait trouver une justification dans la nature institutionnelle du pouvoir constituant (2).

1. Un acte de souveraineté

416. Comme Sieyès avant eux¹⁴⁰⁸, Carl Schmitt et Olivier Beaud choisissent une définition du pouvoir constituant caractérisée par la souveraineté. Ce constat mérite que l'on s'arrête sur l'influence qu'a exercée le décisionnisme dans le développement de la pensée *juspolitiste*. Le portrait dressé par Carl Schmitt du pouvoir constituant, emprunte en effet de nombreux caractères à celui qu'en proposait Sieyès, et correspond peu ou prou à ce qu'Olivier Beaud résume sous le vocable de souveraineté, quoique le juriste weimarien retienne de cette dernière notion une définition parfois incompatible avec celle que propose le droit politique¹⁴⁰⁹.

417. Selon Carl Schmitt toutefois, le pouvoir constituant est d'abord l'expression d'une « [...] volonté politique dont le pouvoir ou l'autorité sont en mesure de prendre la décision globale concrète sur le genre et la forme d'existence politique propre »¹⁴¹⁰. Le volontarisme juridique ici à l'œuvre est sous-jacent à la notion *juspolitiste* de

¹⁴⁰⁷ Olivier Beaud précise en ce sens que « [...] la notion d'acte de souveraineté n'est pas prise [dans son ouvrage] dans son sens décisionniste et néo-absolutiste, mais *dans un sens plus classique, qui est le sens normatif*. Elle désignera une norme juridique ayant pour qualité d'être « suprême », c'est-à-dire ayant la qualité juridique d'abroger toutes les autres normes dites « inférieures » sans pouvoir être elle-même abrogée par ces normes « inférieures » », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 24 ; nous soulignons.

¹⁴⁰⁸ Lucien Jaume affirme en ce sens que le pouvoir constituant, pour Sieyès, « [...] était le pouvoir pour la Nation de se prescrire des règles pour son avenir, pouvoir souverain, suprême, qui, en cela, ne pouvait être qu'imprescriptible », L. Jaume, « Le projet de Constitution européenne et la question du pouvoir constituant », *Cités* n° 13, 2003, p. 101.

¹⁴⁰⁹ La souveraineté peut ainsi désigner, dans la théorie schmittienne, la qualité de « [...] celui qui décide de la situation exceptionnelle », C. Schmitt, *Théologie politique*, trad. J.-L. Schlegel, Paris : Gallimard, coll. Bibliothèque des sciences humaines, 1988, p. 15. Carl Schmitt écrivait en ce sens que « si de telles mesures dérogatoires [à la normation légiconstitutionnelle] sont prises dans l'intérêt de l'existence politique de l'ensemble, cela révèle la supériorité de l'existentiel sur la simple normativité. Celui qui dispose d'un tel pouvoir et est apte à l'exercer agit en souverain », C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, préf. O. Beaud, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 245-246. Une telle acception de la souveraineté est incompatible avec la signification que confère le droit politique à ce terme, dont il réserve l'usage à la qualification du pouvoir constituant. Le souverain schmittien prend en effet la forme de ce qu'Olivier Beaud appelle un « magistrat souverain », c'est-à-dire « [...] un pouvoir situé au-dessus des autres pouvoirs publics – pouvoir suprême – mais théoriquement limité et donc hétéro-limité par la Constitution – idée du magistrat. Son existence ne résulte pas d'une violation de la Constitution, mais de la pratique constitutionnelle créatrice du droit. En revanche, elle est une négation de l'*idée constitutionnelle*, car un des pouvoirs constitués tend à concentrer tous les pouvoirs sans la responsabilité qui devrait [l']accompagner », O. Beaud, « Le Souverain », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 40.

¹⁴¹⁰ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, préf. O. Beaud, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 211-213.

souveraineté¹⁴¹¹. Cette dernière implique en outre l'unité du pouvoir constituant – ce qui a d'ailleurs justifié dès l'origine l'érection du concept révolutionnaire de nation¹⁴¹² –, ce qui est volontiers consacré aussi bien par Carl Schmitt¹⁴¹³ que par Olivier Beaud¹⁴¹⁴. Ce dernier concède cependant que l'exigence de cette unité procède nécessairement du recours à une fiction, celle de l'unanimité populaire, qui dissimule à peine la réalité d'une simple majorité de citoyens¹⁴¹⁵ ; le volontarisme à l'œuvre derrière le concept de souveraineté impose en effet que la décision constituante émane d'un auteur *concret*¹⁴¹⁶. Par ailleurs, la souveraineté constituante correspond à un pouvoir d'action, de construction positive d'un ordre politique. Le pouvoir constituant ne saurait, dans cette perspective, consister en une simple « faculté d'empêcher »¹⁴¹⁷. Tous ces éléments ne sont, somme toute, pas nouveaux, puisqu'ils transparaissent déjà sous la plume de Sieyès lorsque, inaugurant sa théorie du pouvoir constituant dans *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, il affirmait qu'« il faut à la communauté une *volonté* commune ; sans l'*unité* de volonté, elle ne parviendrait point à faire un tout voulant et agissant »¹⁴¹⁸. Le

¹⁴¹¹ Pour Olivier Beaud, « dire que le Souverain crée librement du droit, c'est dire qu'il exerce un pouvoir qui s'exprime principalement par des normes juridiques. Or, là où il y a un pouvoir et des normes juridiques, il y a une instance douée de *volonté* qui exerce ce pouvoir », O. Beaud, « Le Souverain », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 34.

¹⁴¹² La nation se caractérise en effet par l'unité fictive, presque mystique, qu'elle représente. Jacques Chevallier écrit ainsi qu'« il ne s'agit donc pas d'une réalité concrète, palpable, saisissable, mais d'une entité abstraite, immatérielle, mythique ». Il ajoute plus loin : « le concept de Nation apparaît au XVIII^e siècle, dans le cadre de la lutte contre l'absolutisme monarchique : ce n'est plus la personne du roi, mais la collectivité des citoyens qui devient le symbole de l'unité sociale et le siège de la souveraineté », J. Chevallier, « L'État-nation », *RDP* n° 5, 1980, p. 1275-1276.

¹⁴¹³ « Le pouvoir constituant est un et indivisible. Ce n'est pas un pouvoir supplémentaire qui coexiste avec d'autres « pouvoirs » distincts [...]. Il fonde en les englobant tous les autres « pouvoirs » et « séparations des pouvoirs », C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, préf. O. Beaud, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 213.

¹⁴¹⁴ Le pouvoir constituant est « [...] un pouvoir unique et indivisible, absolu et inaliénable », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 219.

¹⁴¹⁵ « [...] la décision qui va valoir comme décision du « peuple » ne sera prise que par la *majorité* seulement du peuple politique et selon des conditions légales (quorum, type de système électoral ou type de majorité). Nous proposons d'appeler cet ensemble formé de la majorité du peuple politique le *peuple majoritaire*. En effet la décision de la majorité est réputée être la décision de l'ensemble », *ibid.*, p. 297.

¹⁴¹⁶ « Cette volonté ne peut jamais être le fait d'une entité impersonnelle, mais elle est toujours une décision prise par un individu ou un groupe d'individus doués de volonté, et donc capables de prendre des décisions », O. Beaud, « Le Souverain », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 34-35.

¹⁴¹⁷ Cet aspect du pouvoir constituant est mis en lumière par Éric Maulin qui démontre les limites de la transposition de ce concept dans le cadre de l'Union européenne. Il écrit en ce sens : « [...] dans la mesure où il n'existe pas véritablement d'opinion publique européenne, pas d'enceinte de débat et de formation d'une conscience politique commune, on constate aussi que les peuples n'ont finalement que le choix restreint d'accepter ou de refuser l'offre constitutionnelle qui leur est faite, mais à la délibération de laquelle ils n'ont, d'une manière ou d'une autre, jamais participé. Le pouvoir constituant qu'ils exercent ressemble alors plutôt à une *faculté d'empêcher*, à un contre-pouvoir constituant susceptible de faire obstacle, pour un temps au moins, à la construction européenne », É. Maulin, « Le pouvoir constituant dans l'Union européenne », *Droits* n° 45, 2007, p. 83 ; nous soulignons.

¹⁴¹⁸ E.-J. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*, Chapitre V « Ce qu'on aurait dû faire. Principes à cet égard », 3^e éd., 1789.

parachèvement de la théorie élaborée par l'abbé révolutionnaire réside alors dans la consécration de la dimension normative de cette volonté unifiée, exprimée par le pouvoir constituant : « la volonté nationale, au contraire [du gouvernement], n'a besoin que de sa réalité pour être toujours légale, elle est l'origine de toute légalité »¹⁴¹⁹. C'est aussi de cet acte de volonté originel que procède, dans les écrits de Carl Schmitt, la juridicité constitutionnelle : « [...] une constitution est valide parce qu'elle émane d'un pouvoir constituant [...] et est posée par la volonté de [celui-ci]. Par opposition aux simples normes, le mot de « volonté » pose une puissance définie par son être comme l'origine du devoir-être »¹⁴²⁰.

418. Pour le juriste allemand comme pour Sieyès, c'est donc la seule autorité de l'auteur de la Constitution qui confère à la norme son existence juridique. Cette posture s'explique par le principe de légitimité qui sous-tend, pour eux, l'exercice du pouvoir constituant. Sieyès comme Schmitt tissent ainsi un lien étroit entre constitutionnalité et légitimité ; le premier retient une conception naturaliste de celle-ci¹⁴²¹, tandis que le second sollicite une appréhension plus institutionnaliste, considérant qu'« une constitution est légitime – c'est-à-dire reconnue non seulement comme état de fait, mais encore comme ordre de droit – lorsque le pouvoir et l'autorité du pouvoir constituant dont la décision fonde cette constitution sont *reconnus* »¹⁴²². Le nœud entre légitimité et légalité est donc, dans ces théories comme dans celle du droit politique, cristallisé dans l'œuvre constituante, ce que traduit largement le recours à la notion de souveraineté¹⁴²³. Bien que les théories ici évoquées construisent des principes de légitimité substantiellement distincts, elles partagent la même ambition de consacrer leur influence décisive sur la juridicité

¹⁴¹⁹ *Ibid.*

¹⁴²⁰ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, préf. O. Beaud, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 137. Plus loin, l'auteur poursuit : « une constitution ne repose pas sur une norme dont la justesse serait la raison de sa validité. Elle repose sur une décision politique émanant d'un être politique sur le genre et la forme de son propre être », *ibid.*, p. 212.

¹⁴²¹ Il écrivait ainsi : « la nation se forme par le seul droit *naturel*. [...] La nation est tout ce qu'elle peut être par cela seul qu'elle est », E.-J. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*, Chapitre V « Ce qu'on aurait dû faire. Principes à cet égard », 3^e éd., 1789.

¹⁴²² C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, préf. O. Beaud, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 225 ; nous soulignons. Cette analyse de Carl Schmitt évoque l'institutionnalisme, en ceci qu'elle propose une conception politiquement neutre et socialement ancrée de la légitimité, qui ne dépend pas d'un critère prédéterminé ou d'une « justification tirée d'une norme éthique ou juridique [...] », *ibid.*

¹⁴²³ Celle-ci en effet « [...] présuppose un *principe de légitimité* [...] », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 20. Jacky Hummel, pour sa part, insiste sur la nécessité de « cette intelligence du moment constituant [qui est] soucieuse de mettre en évidence l'existence de principes de légitimité inhérents à l'acte constitutionnel établi », J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2010, p. 125.

constitutionnelle et, dès lors, de souligner une dimension incontournable du pouvoir constituant.

419. Incontournable, le pouvoir constituant l'est surtout parce qu'il est la fondation ultime de l'ordre politique positif. Instrument de l'abolition de l'Ancien régime et d'avènement d'un ordre nouveau en 1789, la Constitution désigne toujours aujourd'hui « [...] une loi suprême de l'État, c'est-à-dire une loi supérieure aux autres normes et susceptible de causer l'invalidité ou l'annulation de celles-ci »¹⁴²⁴. La conception partiellement factuelle du pouvoir constituant n'oblitére donc pas le caractère normatif et suprême de la Constitution ; au contraire contribue-t-elle à le justifier, à le fonder sur des considérations juridiques et à donner corps au principe de la souveraineté de son auteur. Cette dernière, telle qu'elle est définie par Olivier Beaud, subsume donc efficacement le phénomène extraordinaire que représente le pouvoir constituant, lui-même conçu dans la droite lignée de la théorie de Sieyès et du décisionnisme schmittien. Pour autant, ces doctrines n'emportent pas la totale conviction des *juspolitistes*, qui refusent de se contenter de constater l'opération quasi miraculeuse du pouvoir constituant qui transforme le fait en droit. Ils s'éloignent alors du décisionnisme, préférant retenir une appréhension institutionnelle de l'acte constituant.

2. Un acte institutionnel

420. La proposition d'une théorie du pouvoir constituant est tellement rare en doctrine, que cela explique sans doute l'empressement avec lequel sont parfois associées la démarche de Carl Schmitt et la théorie du pouvoir constituant que développe le droit politique¹⁴²⁵. Les deux postures présentent certes des points de convergence, notamment le choix décisif de faire découler la valeur juridique de la Constitution d'un fait et non d'une norme. Pour autant, ces théories se distinguent fondamentalement dans l'appréhension même de ce « fait » constituant. Ainsi que l'affirme Olivier Beaud, « [...] à la différence de Carl Schmitt, nous n'abandonnons pas la démarche normative pour

¹⁴²⁴ O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 206.

¹⁴²⁵ Les postures décisionnistes ou institutionnalistes sont ainsi parfois fallacieusement assimilées par leur catégorisation sommaire en tant qu'alternatives au positivisme kelsénien : O. Camy, « Le retour au décisionnisme : l'exemple de l'interprétation des pratiques constitutionnelles par la doctrine française », *RDJ* n° 4, 1996, not. p. 1048. L'institutionnalisme qui sous-tend toute l'ontologie *juspolitiste* est en réalité beaucoup plus subtile puisqu'il peut justement permettre de penser une troisième voie, entre le normativisme et le décisionnisme.

réintroduire le pouvoir constituant dans la théorie constitutionnelle. Nous le faisons ici sous l'angle de l'acte constituant »¹⁴²⁶. La Constitution n'est alors pas, contrairement à ce que suggère la conception décisionniste, regardée comme un pur fait, elle résulte d'un « acte », par définition juridique¹⁴²⁷.

421. Cette nuance peut sembler au premier abord trop subtile pour constituer une divergence théorique d'ampleur ; elle peut toutefois être envisagée comme le symptôme d'une différence plus fondamentale. Le choix des auteurs du droit politique d'appréhender l'expression du pouvoir constituant comme un *acte* est ainsi rendu possible par la définition de la souveraineté qui le caractérise ; celle-ci permet par exemple à Olivier Beaud de traiter du pouvoir constituant par l'étude simultanée de la norme constitutionnelle, considérée comme norme suprême d'un ordre juridique, et de son auteur¹⁴²⁸, et non simplement de l'une ou de l'autre¹⁴²⁹. La souveraineté au sens *juspolitiste* ne s'apparente donc pas à un élément simplement factuel, émanant de la seule volonté de son auteur, elle répond à un processus d'institutionnalisation à la fois structuré par le droit et producteur de droit. Le droit politique ne fait donc pas sien ce postulat de Carl Schmitt en vertu duquel « la volonté est donnée existentiellement, sa puissance ou son autorité résident dans son être »¹⁴³⁰. Au contraire considère-t-il que la puissance du pouvoir constituant n'est pas issue de la seule volonté qu'il met en œuvre, mais qu'elle découle du *contexte* qui, en quelque sorte, l'habilite et lui donne forme. Jacky Hummel écrit à ce titre que, « [...] si [le moment constituant] est interprété comme le moment d'élaboration d'une constitution entendue à la fois comme un objet politique et un ordre juridique, il est alors impossible de voir dans la volonté du constituant [...] l'unique source d'un droit dont elle déterminerait librement le contenu »¹⁴³¹. Cette dernière

¹⁴²⁶ O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 216.

¹⁴²⁷ Un dictionnaire de référence propose par exemple de l'acte la définition suivante : « opération juridique (*negotium*) consistant en une manifestation de la volonté (publique ou privée, unilatérale, plurilatérale ou collective) ayant pour objet et pour effet de produire une conséquence juridique (établissement d'une règle, modification d'une situation juridique, création d'un droit, etc.) » ; « Acte », in G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 12^e éd., 2018, p. 19.

¹⁴²⁸ O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 24.

¹⁴²⁹ En ce sens, cette méthode peut apparaître comme la réponse à la double radicalité de la thèse normativiste – exclusivement concentrée sur la norme – et de la thèse décisionniste, selon laquelle le droit se réduit au fait. Olivier Jouanjan évoque cette dichotomie par trop sommaire en reprenant la critique qu'en livrait Hermann Heller : « pour Schmitt la décision précède toute norme et, donc la puissance précède le droit. Pour Kelsen, la norme précède toute décision et donc la normativité juridique peut seule fonder l'État et sa puissance » ; O. Jouanjan, « Et si l'on ne faisait rien de Carl Schmitt ? », *Philosophiques* n° 39, 2012, p. 482.

¹⁴³⁰ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, préf. O. Beaud, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 137.

¹⁴³¹ J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2010, p. 124.

assertion pourrait sembler paradoxale, voire contradictoire, avec la consécration de la souveraineté du pouvoir constituant¹⁴³². Il n'en est rien en réalité, dès lors que la liberté absolue de décision conférée en droit au pouvoir constituant n'est pas exonérée du respect d'un droit « pré-constitutionnel » et « constituant »¹⁴³³.

422. Au-delà même des considérations procédurales, le droit politique met en valeur l'ancrage social du pouvoir constituant, toujours porté par un certain principe de légitimité. Ce faisant, les *juspolitistes* mettent en exergue la finalité politique qui suscite le moment constituant : ce dernier « [...] doit se comprendre comme un processus politique qui trouve son mode d'expression dans les termes du droit, c'est-à-dire un processus de conversion des valeurs politiques dominantes en valeurs juridiques cristallisées dans un texte écrit »¹⁴³⁴. Pour le dire autrement, le pouvoir constituant est juridiquement libre quoiqu'il soit assujéti au moment politique qui justifie son intervention. Contrairement à ce qu'a pu théoriser Carl Schmitt donc¹⁴³⁵, le droit politique ne consacre que partiellement la volonté comme source de juridicité constitutionnelle ; cette dernière dépend pour beaucoup des données juridiques, politiques et sociales qui provoquent le moment constituant. À partir de ces éléments, il semble dès lors que le terme d'« institutionnaliste » corresponde mieux au qualificatif de « normatif » employé par Olivier Beaud pour caractériser la conception retenue de l'acte constituant ; si ce dernier comporte effectivement des aspects normatifs, ils restent trop marginaux pour expliquer et décrire pleinement le phénomène constituant.

423. Considéré comme une institution, le pouvoir constituant tel qu'appréhendé par le droit politique permet de rompre avec ce qu'il identifie comme un anti-constitutionnalisme latent dans la pensée de Schmitt. Ce dernier en effet, adhère, selon Olivier Beaud, à une « conception néo-absolutiste du pouvoir constituant »¹⁴³⁶, ce qui repose sur le fait que « la volonté constituante du peuple est une volonté directe. Elle se

¹⁴³² Olivier Beaud en fait directement l'aveu : « comment peut-on cependant étudier juridiquement la procédure constituante puisque la constitution antérieure ne peut pas, par nature, prescrire la forme et le contenu de la constitution ultérieure qui l'abroge ? », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 264.

¹⁴³³ Par ces deux expressions, Olivier Beaud désigne respectivement « les décisions « préparatoires » à la constitution finale » et les décisions « qui ponctuent l'édition de la loi constitutionnelle [et] imitent le processus de la procédure législative ordinaire : initiative, discussion, adoption, ratification et promulgation » ; *ibid.*, p. 265 et ss.

¹⁴³⁴ J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2010, p. 124-125.

¹⁴³⁵ Dans les développements qu'il consacre spécifiquement au pouvoir constituant, Schmitt définit ce dernier essentiellement comme une « volonté ». Il précise : « c'est des décisions de cette volonté que procède la validité de toutes les prescriptions ultérieures des lois constitutionnelles », C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, préf. O. Beaud, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 211-212.

¹⁴³⁶ O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 414.

place *avant et au-dessus* de toute procédure fixée par des lois constitutionnelles »¹⁴³⁷. Volonté pure, organiquement identifiée comme celle du peuple, la souveraineté constituante ne s'épuise pas, pour Carl Schmitt, dans l'adoption du texte constitutionnel¹⁴³⁸ ; sous la République de Weimar, elle continue ainsi à se manifester chaque fois que le peuple est sollicité comme arbitre politique ultime¹⁴³⁹, qu'il agisse ou non en la forme constitutionnelle. Cette théorie schmittienne semble logique au regard du postulat décisionniste : si la Constitution tire sa valeur juridique de la seule volonté exprimée par le souverain, rien ne justifie qu'une décision ultérieure, adoptée par le même auteur et dans la même liberté à l'encontre des règles constitutionnelles en vigueur, ne dispose pas de la même validité. Un tel raisonnement conduit néanmoins Carl Schmitt à une conclusion « [...] radicalement incompatible avec la vision classique ou constitutionnaliste de la constitution et du pouvoir constituant »¹⁴⁴⁰, puisqu'elle l'oblige à renier la distinction fondamentale entre pouvoir constituant – souverain – et pouvoirs constitués, limités¹⁴⁴¹.

424. Au contraire, Olivier Beaud estime que « [...] le peuple en tant qu'autorité « constituée » ne peut jamais être qualifié de Souverain, et pas même dans son activité de « révision constitutionnelle » [...] où il est une autorité qui doit respecter les conditions de forme et surtout de fond posées à toute révision constitutionnelle par la Constitution elle-même »¹⁴⁴². Le peuple constituant, en obligeant les pouvoirs constitués, s'institutionnalise et s'oblige lui-même¹⁴⁴³. Il faut donc veiller à distinguer le peuple réel,

¹⁴³⁷ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, préf. O. Beaud, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 220 ; nous soulignons.

¹⁴³⁸ Pour lui, en effet, le pouvoir constituant « [...] ne peut pas être transmis, aliéné, absorbé ou consommé. Il continue toujours à exister virtuellement, coexiste et reste supérieur à toute constitution qui procède de lui et à toute disposition des lois constitutionnelles valide au sein de cette constitution », *ibid.*, p. 229.

¹⁴³⁹ À propos de la dissolution du Parlement, Carl Schmitt écrit par exemple que « le peuple agit ici en souverain, dépassant sa compétence légiconstitutionnelle normée par des lois », *ibid.*, p. 409.

¹⁴⁴⁰ O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 424.

¹⁴⁴¹ Pour Olivier Beaud, c'est là la trace ultime de l'anti-constitutionnalisme de la pensée schmittienne : « [...] il ne peut y avoir en théorie constitutionnelle de Souverain « dans la Constitution » puisque le pouvoir constituant est seul souverain et les pouvoirs constitués sont non souverains. Ceux-ci sont des Magistrats constitutionnels (des pouvoirs publics) soumis à la constitution. L'État constitutionnel serait donc l'État dans lequel un gouvernant serait toujours Magistrat et jamais Souverain », *ibid.*, p. 438.

¹⁴⁴² O. Beaud, « Le Souverain », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 38.

¹⁴⁴³ Olivier Beaud résout la contradiction apparente entre souveraineté et autolimitation du peuple en recourant à l'institution de l'État : le pouvoir constituant est l'organe chargé d'exercer la souveraineté dans l'État, c'est-à-dire de l'institutionnaliser. Les pouvoirs constitués, habilités par la Constitution à agir au nom de l'État, ne peuvent agir qu'à la condition de respecter la structure qui leur est ainsi imposée. Voir en ce sens : O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 441-453.

le peuple comme pouvoir constitué et l'institution du peuple constituant¹⁴⁴⁴. La souveraineté de ce dernier dépend d'ailleurs de l'effectivité et de l'autorité de son œuvre ; en remettant en cause la Constitution, le peuple – réel ou constitué – prive le pouvoir constituant de son caractère souverain. En ce sens, il semble que le pouvoir constituant puisse plus clairement être qualifié de souverain *par la Constitution* que de souverain *au-dessus de la Constitution*¹⁴⁴⁵ : la souveraineté et la qualité même de pouvoir constituant ne sont acquises à son auteur qu'aussi longtemps que la Constitution est en vigueur.

425. La rupture définitive entre le droit politique et le décisionnisme est donc consommée par le concept de pouvoir constituant que véhiculent ces deux théories. Là où Carl Schmitt n'identifiait qu'un acte de volonté absolu, les auteurs du droit politique le décomposent en réalité en deux phases complémentaires : une phase d'institutionnalisation du souverain, caractérisée juridiquement par l'apparition d'un droit « pré-constituant »¹⁴⁴⁶, et une phase d'action du souverain, par laquelle il établit un nouvel ordre politique. L'adjonction d'une phase antérieure à l'adoption de la Constitution tempère le volontarisme radical porté par la théorie de Carl Schmitt ; la décision constituante est ainsi plongée dans un contexte qui la fait advenir, la sublime et la contraint. C'est ce que suggère Jacky Hummel lorsqu'il écrit que « [...] l'existence d'une constitution est subordonnée au contenu qui lui est donné. Ce contenu procède moins de l'histoire que d'héritages idéologiques ; à cet égard, l'analogie de la constitution avec un pacte n'est donc recevable que si ce pacte est rapporté, non pas à un accord négocié entre des individus, mais à un fonds préalable, à un héritage historique et philosophique dont il n'est qu'une interprétation »¹⁴⁴⁷. Institutionnalisé par et pour le pouvoir constituant, ce contexte n'a toutefois d'existence juridique que dans l'acte constituant qui le cristallise. C'est donc par une théorie plus institutionnaliste que décisionniste que le droit politique consacre le rôle conceptuel primordial du pouvoir constituant. La validité de la Constitution émane dès lors moins d'un *fait* que d'un *fait institutionnel*, déjà porteur de la promesse de la juridicité.

¹⁴⁴⁴ Ce que précisément refuse de faire Carl Schmitt : pour lui, « le peuple, la nation reste l'origine de tout événement politique, la source de toutes les énergies qui s'extériorise dans des formes toujours nouvelles, qui produit de son sein des formes et des organisations toujours nouvelles, mais qui ne soumet elle-même jamais son existence politique à une mise en forme définitive », C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, préf. O. Beaud, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 215.

¹⁴⁴⁵ Sur la distinction entre Souverain « au-dessus de la Constitution » et Souverain « hors-la-Constitution », voir : O. Beaud, « Le Souverain », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 37-45.

¹⁴⁴⁶ Sur ce point, voir : O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 264 et ss.

¹⁴⁴⁷ J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2010, p. 54.

B. Le texte constitutionnel comme symbole

426. Il semble que les pérégrinations multiples du droit politique – de l'étude de la pratique institutionnelle à la théorisation de l'État en passant par la consécration renouvelée du concept de souveraineté – ramènent toutes, par divers chemins, à cette simple conclusion : la Constitution est d'abord un acte politiquement symbolique, qui ne saurait donc se réduire à une simple « norme » puisqu'elle puise son autorité juridique en dehors du droit. De là jaillissent la plupart des controverses qu'entretiennent les *juspolitistes* avec le reste de la doctrine contemporaine. Jacky Hummel dispense à ce titre une critique du néo-constitutionnalisme, qui, selon lui, « [...] feint de ne pas voir que l'autorité du texte constitutionnel – qui tient, en définitive, moins à ses qualités intrinsèques qu'à sa portée symbolique – a perdu de sa force »¹⁴⁴⁸. Cette considération accordée au texte constitutionnel, si elle ne procède pas d'une sacralisation démesurée de l'énoncé¹⁴⁴⁹, s'explique notamment par le fait qu'il reste l'unique manifestation de la souveraineté du peuple, la partie immergée de l'iceberg constituant, le seul moyen pour lui de se manifester (1). Ce faisant, il dispose de l'autorité que lui confère la souveraineté de son auteur, et s'inscrit, par ce biais – et par ce biais seulement – dans la juridicité (2).

1. L'instrument décisif de la souveraineté constituante

427. La consécration de la souveraineté du pouvoir constituant ne peut que mener à une considération fondamentale du texte qui en est l'aboutissement. Une telle assertion peut sembler paradoxale, eu égard aux premières conclusions présentées au titre du droit politique, selon lesquelles le texte constitutionnel présente un défaut de performativité latent¹⁴⁵⁰. Il n'en est rien en réalité car les *juspolitistes* parviennent à consacrer l'autorité générale du document sans nier pour autant l'effectivité toujours aléatoire de ses

¹⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 9.

¹⁴⁴⁹ Jean-Marie Denquin met en effet en garde contre les « notions fétichisées de Constitution, d'État de droit et de Juge constitutionnel ». Il écrit à ce titre que « la Constitution est œuvre humaine. Une rhétorique qui prétend l'élever au rang de texte sacré ne peut qu'obscurcir le phénomène qu'elle est censée décrire », J.-M. Denquin, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

¹⁴⁵⁰ Voir en ce sens *supra*, Titre I, Chapitre 1, section 1.

dispositions considérées isolément. Sans être formalistes, ils adoptent ainsi une posture bien moins radicale que le réalisme juridique, qui réfute toute juridicité du texte¹⁴⁵¹. Ils se montrent également une nouvelle fois critiques à l'égard du décisionnisme schmittien, qui « [...] conduit à une très forte relativisation de l'*instrumentum* constitutionnel au bénéfice de principes fondamentaux jugés irréductibles à toute formulation écrite et à toute traduction normative »¹⁴⁵². La référence à l'écrit reste donc déterminante pour envisager la pensée du droit politique, en ceci qu'il traduit, de façon exclusive si ce n'est exhaustive, la volonté du pouvoir constituant.

428. La mise en opposition récurrente entre les systèmes de Constitution écrite et ceux de droit essentiellement coutumier est à ce titre révélatrice ; la seule présence du texte, symbole de l'exercice constituant, souligne l'existence de profondes divergences entre eux, notamment quant à leur vocation. Ainsi, même si le droit constitutionnel coutumier, notamment britannique, s'est construit par l'adoption de certains textes fondateurs¹⁴⁵³, il n'entretient pas le même rapport au temps, non plus qu'il ne fonde de la même manière l'ordre politique, que la Constitution écrite. Il s'analyse en effet en premier lieu comme un ensemble de « [...] machines à fabriquer de la nouveauté politique à partir de la continuité constitutionnelle »¹⁴⁵⁴. La coutume s'appuie alors sur l'immémorialité, par définition atemporelle, pour fonder son autorité¹⁴⁵⁵. Au contraire, « la constitution écrite est tournée vers l'avenir en raison de l'inspiration politique que lui désigne le constitutionnalisme »¹⁴⁵⁶, c'est-à-dire l'avènement de la liberté politique. Le pouvoir constituant a dès lors vocation à se saisir frontalement de l'avenir et à tenter de le plier à sa volonté. Sans faire *a priori* grand cas du passé, l'acte constituant consacre en ce sens la rupture franche, brutale, entre deux ordres institutionnels ; il invoque et sacralise, ce

¹⁴⁵¹ Le texte constitutionnel se réduit ainsi pour Michel Troper, à « un ensemble de propositions ayant le caractère subjectif de normes [...]. La constitution appartient au domaine du *Sein* et non à celui du *Sollen*. Elle n'est pas obligatoire [...] », M. Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 314.

¹⁴⁵² J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2010, p. 126.

¹⁴⁵³ Olivier Beaud tient en ce sens à rappeler « [...] l'importance fondatrice de certains textes dans [l']histoire constitutionnelle » britannique, à l'instar notamment du *Bill of Rights* de 1689 » ; O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 216 note 31.

¹⁴⁵⁴ D. Baranger, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2008, p. 5.

¹⁴⁵⁵ Denis Baranger affirme en ce sens qu'elle n'est pas elle-même fondatrice puisqu'elle « [...] semble prendre le passé pour fondement », D. Baranger, « Temps et constitution », *Droits* n° 30, 2000, p. 57.

¹⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 58.

faisant, un moment constituant déterminant¹⁴⁵⁷. La perspective à l'œuvre dans le constitutionnalisme écrit, si elle se différencie à cet égard de la fondation invoquée par le constitutionnalisme coutumier, témoigne donc de la signification particulière qui doit être reconnue à l'*instrumentum* constitutionnel : ce dernier est l'expression d'un principe de légitimité distinct, non pas forgé à partir de la tradition historique, mais tout entier tourné vers la volonté du peuple souverain.

429. Le droit politique invite ainsi à envisager le droit constitutionnel moderne comme un cours institutionnel, c'est-à-dire un mélange atypique de mouvements et de stabilités qui le caractériserait¹⁴⁵⁸. Cette pérennité évolutive – ou cette évolutivité pérenne – est induite par l'existence d'institutions, et concerne donc aussi bien les systèmes dotés d'une Constitution écrite que ceux qui en sont dénués. La spécificité des premiers réside cependant dans le fait que l'exercice du pouvoir constituant permet, de toute la puissance de sa souveraineté, d'interrompre le cours normal et régulier des institutions politiques pour le forcer à emprunter une voie nouvelle, en donnant vie à un nouvel ensemble d'institutions elles-mêmes dynamiques, vivantes et donc évolutives¹⁴⁵⁹. Dans cette perspective, l'écrit constitutionnel n'est donc pas quotité négligeable, puisqu'il est l'inscription durable de la volonté constituante, *fondation* de l'ordre politique, et ce même s'il est condamné à voir sa portée constamment altérée.

430. Analyse institutionnelle ou conception institutionnaliste de la Constitution ne signifient pas nécessairement que la Constitution soit conçue en tant que telle comme une institution. Les auteurs du droit politique semblent ainsi réserver cette qualification au pouvoir constituant et aux pouvoirs constitués, plutôt qu'au texte lui-même. Ils abandonnent ce faisant, une thèse qu'avait développée Maurice Hauriou, celle de la

¹⁴⁵⁷ C'est ce qui nous paraît transparaitre de ce propos de Jacky Hummel : « même si l'écriture fondatrice de l'ordre politique est souvent plus soucieuse d'exorciser le retour d'un passé honni que de légiférer pour l'avenir [...], elle se propose le plus souvent d'anticiper le futur par une volonté d'embrasser tous les problèmes », J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2010, p. 20. Le pouvoir constituant est donc dépendant de la temporalité dans laquelle il intervient, ce qui encourage à nouveau à le concevoir comme une institution.

¹⁴⁵⁸ Pour Jacky Hummel, « l'histoire – fût-elle dite *constitutionnelle* – est en effet le lieu où s'éprouve la contradiction irrésolue entre la prétention constituante à une œuvre impérissable et le démenti que lui oppose obstinément le réel », *ibid.*, p. 16.

¹⁴⁵⁹ On retrouve ici le phénomène que Maurice Hauriou appelait la « fondation continuée », soit une « opération de fondation qui se répète et se continue », M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *4^e des Cahiers de la Nouvelle journée*, 1925, reprod. in M. Touzeil-Divina (dir.), *Miscellanées Maurice Hauriou*, Le Mans : L'Építoge, coll. Historique du droit, 2013, p. 172. Cette idée retient manifestement l'attention des tenants du droit politique. Voir par exemple : J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2010, p. 68 ; O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 447-452.

distinction entre l'institution-personne et l'institution-chose¹⁴⁶⁰. Leur posture se justifie toutefois par le fait que le texte ne dispose d'aucun « vitalisme »¹⁴⁶¹ autonome, pourtant caractéristique de l'institution¹⁴⁶² : forgé par le pouvoir constituant, éventuellement révisé formellement, il dépend dans une large mesure des pouvoirs qu'il institue et qui lui confèrent sa portée¹⁴⁶³. Dès lors, son autorité juridique dépend entièrement de la pérennité sociale des institutions qui l'encerclent et qui seules nourrissent son effectivité. Lorsque le fondement institutionnel s'effrite, lorsque le pouvoir constituant est décrié dans sa prétention à organiser le pouvoir ou lorsque les pouvoirs constitués sont jugés inaptes à l'exercer, la Constitution se consume. C'est ce que relève Jacky Hummel : « [...] à l'épreuve des aléas de l'histoire, les textes constitutionnels semblent travaillés par une force d'évidement qui creuse progressivement une distance entre le moment historique fondateur perpétué et ses inflexions dans la pratique »¹⁴⁶⁴. Ce phénomène semble traduire la double dépendance de l'autorité du texte constitutionnel, à l'égard de la reconnaissance de son auteur d'une part, à l'égard de la reconnaissance de ses acteurs d'autre part.

431. Pris entre deux feux institutionnels, le texte n'est pas une institution lui-même ; il n'est en effet pas rendu vivant par une « idée d'œuvre »¹⁴⁶⁵, il est davantage l'instrument

¹⁴⁶⁰ Le doyen de Toulouse écrivait ainsi qu'« il y a deux types d'institutions, celles qui se personnifient et celles qui ne se personnifient pas. Dans les premières, qui forment la catégorie des institutions-personnes ou des corps constitués (État, associations, syndicats, etc.), le pouvoir organisé et les manifestations de communion des membres du groupe s'intériorisent dans le cadre de l'idée d'œuvre : après avoir été l'objet de l'institution corporative, l'idée devient le sujet de la personne morale qui se dégage dans le corps constitué. Dans les institutions de la seconde catégorie, qu'on peut appeler les institutions-choses, l'élément du pouvoir organisé et des manifestations de communion des membres du groupe ne sont pas intériorisés dans le cadre de l'idée d'œuvre, ils existent cependant dans le milieu social, mais restent extérieurs à l'idée ; la règle de droit établie socialement est une institution de ce second type [...] », M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *4^e des Cahiers de la Nouvelle journée*, 1925, reprod. in M. Touzeil-Divina (dir.), *Miscellanées Maurice Hauriou*, Le Mans : L'Épitoque, coll. Historique du droit, 2013, p. 152. Éric Millard considère à ce propos que le concept d'institution-chose, très peu développé par Hauriou, n'est pas des plus opératoires : É. Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société* n^{os} 30-31, 1995, p. 392, note 3.

¹⁴⁶¹ Selon l'expression du doyen Hauriou, M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *4^e des Cahiers de la Nouvelle journée*, 1925, reprod. in M. Touzeil-Divina (dir.), *Miscellanées Maurice Hauriou*, Le Mans : L'Épitoque, coll. Historique du droit, 2013, p. 147-174.

¹⁴⁶² Maurice Hauriou lui-même, dans la seconde édition de son *Précis de droit constitutionnel* datant de 1929, insiste sur ce point : « tout le secret de l'ordre constitutionnel est dans la création d'institutions vivantes. Les lois constitutionnelles ne signifient rien en tant que règles ; elles n'ont de signification qu'en tant que statuts organiques d'institutions. Les institutions constitutionnelles limitent le pouvoir, s'équilibrent les unes et les autres et évoluent selon les besoins », M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 5 ; nous soulignons.

¹⁴⁶³ Voir en sens *supra*, Titre I, Chapitre 2, section 1, §1, B, 2.

¹⁴⁶⁴ J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2010, p. 17.

¹⁴⁶⁵ Hauriou écrivait en ce sens, à propos de l'institution-chose, qu'« elle n'est pas un principe d'action ou d'entreprise, mais, au contraire, un principe de limitation », M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *4^e des Cahiers de la Nouvelle journée*, 1925, reprod. in M.

de la réalisation de celle qui anime le pouvoir constituant. À la limite pourrait-on considérer que le texte constitutionnel s'appréhende comme « [...] la forme de l'institution, qui est son élément durable, [et qui] consiste en un système d'équilibres de pouvoirs et de consentements construit autour d'une idée »¹⁴⁶⁶. Substantiellement pourtant, le droit politique perçoit la Constitution essentiellement comme un « système d'institutions partiellement régulé par des normes »¹⁴⁶⁷. Le texte ne désigne alors rien d'autre que le symbole nécessaire de l'acte par lequel le pouvoir constituant a institutionnalisé le pouvoir de l'État. La valeur juridique qu'il revêt découle entièrement de la force politique du moment constituant, institutionnalisé dans le souverain. Le texte devient ainsi, par une certaine réciprocité, le garant de la puissance de commandement du souverain, l'instrument de la pérennité du pouvoir constituant.

2. Le sanctuaire fragile de la souveraineté constituante

432. La consécration de la souveraineté du pouvoir constituant conduit les auteurs du droit politique à valoriser le texte, unique manifestation de la volonté du peuple souverain. L'acte constituant que symbolise l'*instrumentum* acquiert valeur juridique par la puissance politique de la souveraineté qui l'a fait naître, et l'exigence d'effectivité et de stabilité qui en découle implique la pérennité structurelle du texte constitutionnel.

433. Penser l'acte constituant comme l'expression de la souveraineté conduit en effet les auteurs du droit politique à considérer la Constitution « [...] comme un commandement constitutionnel auquel on doit obéissance »¹⁴⁶⁸ ; parce qu'il se caractérise par l'exercice de la puissance absolue, le concept de souveraineté ne saurait être opérant sans l'effectivité globale des prescriptions qui en sont le fruit. La souveraineté constituante porte ainsi en elle « [...] la question de la légitimité du pouvoir politique ou autrement dit de la justification des rapports de commandement et d'obéissance relatifs à la « chose

Touzeil-Divina (dir.), *Miscellanées Maurice Hauriou*, Le Mans : L'Épitoge, coll. Historique du droit, 2013, p. 152.

¹⁴⁶⁶ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 73.

¹⁴⁶⁷ A. Le Divellec, « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus politicum* n° 4, juillet 2010.

¹⁴⁶⁸ O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 246.

publique » »¹⁴⁶⁹. Trait saillant du droit politique selon Pierre-Marie Raynal, cette question de l'obéissance et de la légitimité du droit trouve dans le concept de souveraineté, les moyens de se déployer. Elle appelle par là à considérer le texte de la Constitution qui, s'il est toujours la traduction imparfaite de la volonté constituante, n'est pas dénué de toute portée juridique pour autant.

434. La Constitution écrite consacre et pérennise la souveraineté constituante, d'abord parce qu'elle décrit, très indirectement, le souverain lui-même et, ce faisant, pose les conditions de sa propre validité. Olivier Beaud estime en ce sens que si « l'auteur de la Constitution disparaît derrière son œuvre, [...] il faut [le] chercher dans les préambules ou dans les formules de promulgation de la Constitution. C'est là que s'affiche l'autoproclamation de sa souveraineté par le Souverain »¹⁴⁷⁰. En effet, les énoncés constitutionnels déclaratoires notamment « [...] tendent à se référer *in fine* à un ensemble donné de valeurs éthico-politiques [...] qui caractérisent le contenu du principe de légitimité alors dominant »¹⁴⁷¹. Le texte est ainsi dépositaire de l'identité souvent furtive de son auteur et, tout à la fois, transcendé par son autorité. En étudiant les conditions d'émergence de la Constitution, les *juspolitistes* entendent donc mettre en valeur ce sous-bassement idéologique du pouvoir constituant, le cadre institutionnalisé qui commande et détermine l'autorité de la Constitution elle-même. En ce sens, adopter une démarche de droit politique, « c'est vouloir dire que l'on ne peut séparer complètement une constitution des principes qui ont présidé à son adoption et que ceux-ci s'imposent à tous ceux qui prétendent agir dans le cadre constitutionnel indiqué »¹⁴⁷².

435. Dans le même sens, le texte constitutionnel protège la souveraineté constituante en rendant tangible la distinction jugée fondamentale entre l'auteur du texte et les institutions soumises au respect de sa volonté. Cet aspect est jugé primordial par le droit politique, dans la mesure où la Constitution reste associée à la séparation qu'elle instaure entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués¹⁴⁷³. Cette dernière induit logiquement la

¹⁴⁶⁹ P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 12.

¹⁴⁷⁰ O. Beaud, « Le Souverain », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 38.

¹⁴⁷¹ P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 247.

¹⁴⁷² C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 1996, p. 205.

¹⁴⁷³ Voir *supra* B, 2. Pour Carlos-Miguel Pimentel, cette distinction est d'autant plus impérative, que « [...] l'exigence d'une séparation entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués vient se substituer à la séparation antérieure entre pouvoir législatif et pouvoir exécutif : si le maintien de l'ordre juridique peut effectivement être garanti, c'est dans la mesure où les pouvoirs constitués, tenus par la Constitution, ne

distinction entre pouvoir constituant et pouvoir de révision de la Constitution¹⁴⁷⁴, et elle justifie donc que le texte constitutionnel bénéficie de la protection que confère la rigidité, à la fois matérielle et procédurale. Les auteurs du droit politique témoignent ainsi d'une hostilité assumée à l'égard des révisions constitutionnelles trop fréquentes¹⁴⁷⁵, qui altèrent l'œuvre du pouvoir constituant et représentent parfois ce qu'Olivier Beaud identifie comme des usurpations de la souveraineté¹⁴⁷⁶. La défense que livre alors le droit politique de la pérennité du texte de la Constitution s'explique notamment par leur défense de l'inaliénabilité de la souveraineté qui en est la source¹⁴⁷⁷. En tant qu'institution, le pouvoir constituant poursuit une finalité – une « œuvre » pour reprendre les termes d'Hauriou – dont la satisfaction conditionne sa perpétuation. On peut dès lors identifier des « [...] réserves de souveraineté [qui] font partie des limitations matérielles qui s'imposent à la loi de révision constitutionnelle »¹⁴⁷⁸ : la Constitution doit rester cohérente, à la fois en elle-même et à l'égard de l'institution constituante, au risque d'être dépouillée de sa légitimité et, par là, de son autorité juridique. La défense de la pérennité du texte constitutionnel n'est donc *in fine* que le moyen de protéger le cœur de la Constitution matérielle et, ce faisant, la volonté du souverain.

prendront de décisions que dans le respect de la règle suprême [...] », C.-M. Pimentel, « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », *Pouvoirs* n° 102, 2002, p. 130.

¹⁴⁷⁴ Olivier Beaud consacre ainsi un chapitre à « la distinction entre acte constituant et acte de révision, corollaire de la distinction entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 313-328.

¹⁴⁷⁵ Jacky Hummel déplore ainsi « une constitution révisée d'une main de moins en moins tremblante », J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2010, p. 77 et ss. Denis Baranger affirme, pour sa part, que « désormais, la révision constitutionnelle est un processus désenchanté. Dans de nombreux pays, les révisions constitutionnelles sont devenues des procédures presque ordinaires », D. Baranger, « Un chantier qui ne prend jamais fin. Le juge, les révisions, et les autres formes de changement constitutionnel dans la France contemporaine », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017.

¹⁴⁷⁶ Il affirme ainsi que « si le pouvoir de révision exerçait la fonction constituante, il usurperait la souveraineté constituante », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 327. Carl Schmitt évoquait, dans une perspective comparable, des « actes de souveraineté apocryphes » adoptés par le législateur, des actes de dérogation – donc de souveraineté – qui ne s'affirment pas comme tels : C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, préf. O. Beaud, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 246.

¹⁴⁷⁷ « [...] La limitation de la révision fait partie des différentes techniques destinées à garantir l'inaliénabilité du pouvoir constituant et de la souveraineté », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 327. La critique d'un recours trop fréquent à la révision constitutionnelle n'est pas propre au droit politique et trouve parfois d'autres fondements. Dmitri Georges Lavroff écrivait par exemple que « l'instabilité de la Constitution est dommageable pour le maintien du constitutionnalisme car le respect de la Constitution suppose que celle-ci soit connue de tous, comprise, et qu'elle ne soit pas l'objet des seuls spécialistes qui doivent se tenir au courant du dernier état du texte », D. G. Lavroff, « De l'abus des réformes : réflexions sur le révisionnisme constitutionnel », *RFDC HS* n° 2, 2008, p. 58.

¹⁴⁷⁸ L'auteur poursuit : « parmi ces réserves, figurent non seulement la souveraineté nationale, mais aussi la souveraineté de l'État (puissance publique) qui est sa précondition », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 480.

436. La théorie de la distinction entre acte constituant et acte de révision constitutionnelle à laquelle adhèrent les *juspolitistes* est souvent décriée comme portant en creux une théorie de la supraconstitutionnalité et caractéristique à ce titre d'un argument naturaliste¹⁴⁷⁹. L'emploi du terme de supraconstitutionnalité est cependant refusé par Olivier Beaud, qui souligne que l'expression est trompeuse en ce qu'elle induit des prescriptions qui seraient supérieures à la Constitution elle-même¹⁴⁸⁰. Le même auteur affirme que « la doctrine de la limitation matérielle de la révision n'a pas du tout besoin d'invoquer une « supraconstitutionnalité » au sens d'un « droit naturel constitutionnel ». Il lui suffit de s'appuyer sur le texte constitutionnel pour en déduire un principe de légitimité inhérent à toute constitution »¹⁴⁸¹. Plus que de la supraconstitutionnalité, les « principes généraux du droit constitutionnel » identifiés relèvent de la *constitutionnalité* en tant que telle¹⁴⁸². Ils justifient ainsi l'appel que lance le droit politique en faveur de l'intégrité du texte constitutionnel, manifeste exclusif du pouvoir constituant.

437. Si elle n'est pas jusnaturaliste en ce qu'elle ne défend pas l'existence des principes intangibles et immanents s'imposant à toute volonté juridique, fût-elle constituante, la doctrine du droit politique n'en présente pas moins un discours parfois prescriptif, fondé sur l'identification de limitations matérielles effectivement franchies par le pouvoir de révision. Leur appréhension de la constitutionnalité les conduit par exemple à exiger un référendum formellement constituant lors de la ratification du traité de Maastricht en 1992¹⁴⁸³, ou encore à critiquer le refus du juge constitutionnel de contrôler les lois de

¹⁴⁷⁹ C'est à Stéphane Rials que peut être reconnue la paternité du terme de « supraconstitutionnalité » ; il y voit notamment l'« avatar, partiel et tardif dans sa problématique, du droit naturel largement entendu », S. Rials, « Supraconstitutionnalité et systématisme du droit », *Archives de philosophie du droit* n° 31, 1986, p. 59-60. Le terme s'est imposé comme synonyme de l'existence de limites matérielles au pouvoir de révision. Voir par exemple : G. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 79-97 ; A. Viala, « Limitation du pouvoir constituant. La vision du constitutionnaliste », *Civitas Europa* n° 32, 2014, p. 88 et ss. Xavier Bioy estime au contraire que la question de la supraconstitutionnalité est en fait indifférente à l'idée de nature : X. Bioy, « L'usage de l'idée de nature en droit constitutionnel », in D. Rousseau, A. Viala (dir.), *Le droit, de quelle nature ? Actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007*, Paris : Montchrestien, coll. Grands Colloques, 2010, p. 131.

¹⁴⁸⁰ Ce qui serait incompatible avec le principe de la souveraineté constituante ; voir en ce sens : O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 348-349.

¹⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 349.

¹⁴⁸² C'est ce que nous semble traduire cette assertion : « cette dernière expression [les principes généraux du droit constitutionnel] ne désigne pas une quelconque supra-constitutionnalité ou un droit constitutionnel naturel, mais plus modestement des *principes immanents à la matière constitutionnelle* et à la vie de l'État », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 264 ; nous soulignons.

¹⁴⁸³ La ratification du traité de Maastricht est alors considérée comme un acte matériellement constituant, dans la mesure où il remet en cause les principes de la souveraineté de l'État. Cela conduit Olivier Beaud à constater « l'exigence d'un référendum constituant » ; O. Beaud, « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht. Remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle », *RFDA* n° 6, 1993, p. 1063-1064.

révision¹⁴⁸⁴. Dans chacune de ces hypothèses pourtant, le commentaire doctrinal ne repose jamais que sur des arguments théoriques, construits au nom de la cohérence historique et sociale du concept de Constitution autour du principe de souveraineté¹⁴⁸⁵. C'est au nom de la souveraineté constituante du peuple, fondement de la validité de la Constitution, que cette dernière doit être protégée contre des révisions trop fréquentes et furtives, « clandestines », qui ne permettent pas au souverain de prendre conscience de lui-même¹⁴⁸⁶. La posture *juspolitiste* sur cette question, quoique prescriptive, ne constitue donc jamais que l'aboutissement logique d'un postulat scientifiquement établi, celui du caractère circonstanciel de la validité de la Constitution, découlant de la souveraineté de son auteur. En ce sens, Olivier Beaud rappelle que « la souveraineté de la nation et [...] la souveraineté de l'État, ne sont pas des principes de droit naturel. Ce sont des produits de l'histoire et de la volonté humaine et qui, en tant que tels, sont contingents »¹⁴⁸⁷.

438. Le texte constitutionnel est le support nécessaire de l'acte constituant ; ce dernier ne fait autorité que dans la stricte mesure où le texte entretient un lien symbolique avec le moment qui l'a fait naître¹⁴⁸⁸ ; elle s'amenuisera donc jusqu'à disparaître, si les énoncés constitutionnels subissent des altérations trop fréquentes ou trop fondamentales. Le texte de la Constitution apparaît dès lors comme le témoin de son temps, un réceptacle de la légitimité constituante, dont la fonction est de renouveler son autorité symbolique, institutionnelle¹⁴⁸⁹. Il représente, à ce titre, le canal de la légitimité politique qui, déterminée par la décision constituante, nourrit l'ensemble du droit constitutionnel.

¹⁴⁸⁴ O. Beaud, « Le cas français : l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017.

¹⁴⁸⁵ Il s'agit donc moins de critiques dressées au nom de valeurs préétablies que de l'aboutissement d'une analyse conceptuelle du droit. Sur cette distinction, voir *infra*, Partie II, Titre I, Chapitre 2.

¹⁴⁸⁶ La portée symbolique du texte constitutionnel doit beaucoup à la solennité politique qui préside à son édicton. Olivier Beaud valorise en ce sens le contexte qui porte la décision constitutionnelle : « tandis qu'[une certaine doctrine] est prête à légitimer un changement *clandestin* de constitution par une simple loi constitutionnelle de révision, votée par le Parlement réuni en assemblée de révision, nous soutenons la nécessité d'un changement *solennel* de constitution, votée par le peuple dans son activité constituante de Souverain », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 485.

¹⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 491.

¹⁴⁸⁸ Cette idée rejoint la pensée du politiste Bernard Lacroix, selon qui « [...] l'enregistrement écrit, en tant que trace assurée d'une forme de pérennité, est la condition sociale d'invention de la légitimité. Envisagée sous l'angle de sa genèse, celle-ci n'est rien de plus qu'une forme de rapport collectif au passé [...] », B. Lacroix, « Les fonctions symboliques des constitutions : bilan et perspectives », in J.-L. Seurin (dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris : Economica, coll. Politique comparée, 1984, p. 197.

¹⁴⁸⁹ Olivier Beaud insiste sur ce point : « [...] la souveraineté (dans son expression constituante qui implique la limitation matérielle de la révision constitutionnelle) n'est en rien un principe transcendant et éternel comme pourrait l'être l'idée de justice aux yeux d'une théorie jusnaturaliste ancienne. Elle est le fruit d'une décision historique déterminée et d'une volonté qui s'est perpétuée au fil du temps », O. Beaud, « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht », *RFDA* n° 6, 1993 p. 1068.

Section 2 : La légitimité comme résultat de la Constitution

439. En ouvrant la recherche juridique à l'ante-constitutionnel, en se saisissant de la conceptualisation du pouvoir constituant, le droit politique explore des pistes souvent négligées par la doctrine. Jacky Hummel écrit à cet égard que « la doctrine dominante préfère jeter le manteau de Noé sur son impuissance à saisir cette signification politique originelle qui faisait de la constitution une représentation où l'autorité suprême de la totalité étatique et la liberté individuelle peuvent être incluses et réconciliées. Cette signification, désormais oubliée, faisait d'elle le lieu d'une reconnaissance mutuelle de la société et du pouvoir étatique, c'est-à-dire l'acte fondateur où s'énonce la nécessité de la réunion de deux exigences que sont la liberté des individus et l'exercice d'une souveraineté collective »¹⁴⁹⁰. Tous ces aspects du pouvoir constituant ont trait à la question de sa légitimité, et font l'objet d'une revendication marquée de la part des *juspolitistes* ; ils sont une manifestation du caractère « politique » du droit étudié. Loin de céder à l'injonction positiviste selon laquelle la légitimité ne saurait être un critère de la juridicité¹⁴⁹¹, le droit politique l'érige justement au rang de premier facteur de la constitutionnalité : c'est parce qu'elle véhicule la légitimité institutionnelle qui l'a produite que la souveraineté constituante peut prétendre à l'effectivité. Réciproquement, la Constitution confère au principe de légitimité qui l'a fait naître une structure qui le pérennise. Elle appelle en effet au consentement de ceux auxquels elle s'impose, et donne ainsi un corps à la légitimité dont elle est issue¹⁴⁹². Ce lien étroit explique que la notion de *reconnaissance*, mise en valeur par plusieurs *juspolitistes*, soit placée au cœur de la théorie constitutionnelle (§1). À ce titre, les auteurs du droit politique démontrent une nouvelle fois, non seulement leur fidélité à l'égard des grandes doctrines juridiques classiques, mais également leur capacité à s'en écarter pour mieux les renouveler. En définissant la Constitution à la fois comme la source et l'objet de la légitimité, ils invitent à considérer leur ultime proposition ontologique : celle d'une définition intersubjective du droit constitutionnel (§2).

¹⁴⁹⁰ J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les Sens du droit, 2010, p. 23.

¹⁴⁹¹ M.-A. Cohendet, « Légitimité, effectivité et validité », in M. Ameller, P. Ardant, J.-C. Bécane, (dir.), *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris : Montchrestien, 2001, p. 213.

¹⁴⁹² La légitimité pouvant justement se définir comme « [...] le consentement des gouvernés au pouvoir exercé par les gouvernants », O. Beaud, « À la recherche de la légitimité de la V^e République », *Droits* n° 44, 2006, p. 73.

§1 : Une théorie de la reconnaissance

440. Le concept de reconnaissance est explicitement associé à la démarche de droit politique par Carlos-Miguel Pimentel¹⁴⁹³. Ce dernier inaugure ses travaux sur le sujet par ce propos : « le point de départ d'une théorie du droit politique pourrait être l'idée suivante : ce qui constitue le droit, c'est le fait qu'il soit *reconnu* par les sujets qu'il régit. Une règle, par elle-même, n'est qu'une suite de mots, un simple énoncé : elle n'acquiert une valeur sociale, une portée collective, que lorsqu'il est *reconnu* qu'elle vaut pour l'ensemble des sujets de l'État »¹⁴⁹⁴. La reconnaissance ainsi esquissée est tenue pour l'élément-clef, déterminant, de la juridicité, notamment parce qu'elle permet de mettre en lumière ses liens avec la légitimité¹⁴⁹⁵. Elle n'est pas incompatible avec l'hypothèse de la souveraineté constituante et peut au contraire être conçue comme son prolongement logique : comme le souverain, le texte constitutionnel et les institutions politiques doivent leur effectivité à la réception qu'ils suscitent, réception qui constitue le fondement ultime de leur autorité¹⁴⁹⁶. Cette dernière assertion met en relief l'influence qu'ont exercée les grands constitutionnalistes du siècle dernier sur le droit politique, à l'instar par exemple de René Capitant¹⁴⁹⁷. Le terme de reconnaissance quant à lui, évoque plus précisément les travaux de Herbert L. A. Hart, qui a consacré de nombreux développements à la « règle

¹⁴⁹³ Voir notamment : C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008 ; « Reconnaissance et désaveu (I) : l'avènement de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être », *Jus politicum* n° 5, décembre 2010. Il est également invoqué par Jean-Jacques Sueur, *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, Québec : Presses Universitaires de Laval, coll. Diké, 2011, p. 180 et ss.

¹⁴⁹⁴ C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

¹⁴⁹⁵ Cette relation est par exemple relevée par François Brunet : « [...] une norme juridique n'est pas obéie simplement parce que son auteur la pose ou la veut : elle est obéie par ses destinataires parce que la volonté de son auteur *est tenue, au moins implicitement, pour légitime*. Cela tient à la nature discursive du droit, par opposition à la contrainte. Or, cette reconnaissance suppose une certaine adéquation – relative sans doute, mais qui n'est pas vide de sens pour autant – entre les prétentions de tel ordre normatif et les aspirations des individus qui composent le groupe social concerné par cet ordre », F. Brunet, « La justice sans le juriste ? », *RIEJ* n° 71, 2013, p. 195 ; nous soulignons.

¹⁴⁹⁶ Ainsi Denis Baranger considère-t-il que « [...] ce qu'on reconnaît, c'est ce qui apparaît avec le caractère d'autorité, et qui de ce fait se trouve individualisé », D. Baranger, « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 297.

¹⁴⁹⁷ Celui-ci évoquait en effet, sans pour autant la nommer ainsi, la reconnaissance comme source de la juridicité constitutionnelle : « au fur et à mesure que la nation retire à l'ancien ordre politique le bénéfice de son adhésion et de sa soumission pour accepter ou subir le nouveau pouvoir, c'est la « positivité » qui passe d'un camp dans l'autre, reléguant l'ancienne constitution dans le cercle des théories et amenant à réalisation des doctrines politiques qui ne valaient qu'à titre d'aspirations », R. Capitant, « Le droit constitutionnel non-écrit », in *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, préf. O. Beaud, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2004, p. 300. L'idée de reconnaissance apparaît également dans les travaux de Jellinek, où elle est l'expression d'un subjectivisme radical : O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX^e siècle*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 314.

de reconnaissance ». L'assimilation des deux notions, à laquelle invite une dénomination commune, serait cependant excessive, les *juspolitistes* n'entendant justement pas faire de la reconnaissance une norme¹⁴⁹⁸ (A). Au contraire esquissent-ils une conception sociologique de la validité constitutionnelle ; ils sont alors confrontés aux limites méthodologiques qu'elle induit (B).

A. Un concept résolument extra-normatif

441. Le concept de reconnaissance tel qu'il est inauguré par Hart poursuit l'ambition de dépasser le normativisme kelsénien. Il cherche en effet à donner corps à la norme fondamentale, à dépasser l'hypothèse qu'elle constitue¹⁴⁹⁹. L'idée de reconnaissance que développe notamment Carlos-Miguel Pimentel s'inspire nettement de cette démarche, mais la dépasse à deux égards : elle scelle une rupture plus radicale avec le normativisme puisqu'elle n'est pas appréhendée comme une norme (1), et elle satisfait l'ambition propre au droit politique de saisir les liens entre droit et légitimité (2).

1. Le renoncement logique au normativisme

442. Le droit politique est fondamentalement opposé au normativisme dès lors qu'il conteste l'un de ses premiers postulats, la stricte séparation ontologique entre l'être et le devoir-être, entre le fait et le droit¹⁵⁰⁰. Le principe de reconnaissance constitue l'un des rouages susceptibles d'articuler ces deux mondes, et d'éclairer le passage de l'un à l'autre. C'est en quelque sorte le rôle qu'avait consacré Hart à la règle de reconnaissance

¹⁴⁹⁸ Olivier Beaud souligne d'ailleurs l'opposition franche au normativisme que révèle la consécration de l'idée de reconnaissance : O. Beaud, « Quelques remarques sur une histoire subjective de la pensée juridique allemande », *Droits* n° 42, 2005, p. 167.

¹⁴⁹⁹ Hart déplore ainsi que, « afin de souligner le caractère juridiquement ultime de la règle de reconnaissance, certains auteurs [aient] exprimé cette idée en disant que, tandis que la validité des autres règles du système peut être démontrée en se référant à elle, sa propre validité ne peut être démontrée, mais se trouve « supposée » ou « postulée », ou constitue une « hypothèse » », H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles : Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, p. 127.

¹⁵⁰⁰ C'est sur cette distinction que se fonde la « pureté » de la théorie kelsénienne du droit : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 9. Denis Baranger estime pour sa part que la démarche normativiste et la démarche poursuivie par le droit politique s'opposent notamment sur la question de la séparation radicale entre *être* et *devoir être* ; D. Baranger, « Avant-propos », in M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne : Institution universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2013, p. XV-XVI.

lorsqu'il écrivait que « son existence est une question de *fait* »¹⁵⁰¹. Le théoricien anglais attaque alors frontalement les thèses du normativisme kelsénien puisque « la doctrine de la règle de reconnaissance est ainsi marquée par un rejet *total* du postulat central de la théorie de Kelsen, à savoir celui de la validité comme mode d'existence spécifique de la norme »¹⁵⁰². Le positivisme hartien refuse, en ce sens, de considérer la normativité comme constituant un cercle fermé et autonome, élément pourtant caractéristique de la théorie pure du droit¹⁵⁰³. Comme les auteurs du droit politique, « Hart nous invite à sortir entièrement de cette logique, à cesser définitivement de chercher dans le commandement le fondement du commandement même »¹⁵⁰⁴, de chercher dans le droit, le fondement du droit même. La proposition qu'il émet en ce sens n'emporte pourtant pas l'entière adhésion des *juspolitistes*.

443. La règle de reconnaissance ne répond en effet que partiellement aux critiques qu'adresse le droit politique à l'encontre du normativisme. Comme la loi fondamentale de Kelsen, elle est considérée comme la règle *ultime* de l'ordre juridique, celle dont la validité ne peut être pas déterminée par référence à une norme supérieure¹⁵⁰⁵. Cette posture est problématique, selon Carlos-Miguel Pimentel, parce qu'elle limite considérablement l'horizon du juriste en déplaçant le problème que suscitait déjà le normativisme, plutôt qu'en le résolvant. Hart subsume en effet sous cette appellation de règle de reconnaissance, un ensemble de critères qui « [...] sont multiples et comprennent habituellement une constitution écrite, une promulgation due à un corps législatif, et des

¹⁵⁰¹ H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles : Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, p. 129 ; nous soulignons.

¹⁵⁰² G. Bligh, *Les bases philosophiques du positivisme juridique de H.L.A. Hart*, Bayonne : Institution universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2017, p. 413. La notion de validité ne peut en effet, pour Hart, concerner que le rapport interne des normes à l'égard de l'ordre juridique. Mais elle ne saurait s'appliquer à la norme ultime de cet ordre : « nous n'avons besoin du terme « validité » et nous ne l'utilisons d'habitude, que pour répondre à des questions qui se posent à l'*intérieur* d'un système de règles, où une règle doit son statut d'appartenance au système au fait qu'elle satisfait à certains critères fournis par la règle de reconnaissance. Une telle question ne peut se poser en ce qui concerne la validité de la règle de reconnaissance elle-même qui nous fournit ces critères : elle ne peut être ni valide ni invalide [...] », H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles : Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, p. 127.

¹⁵⁰³ C'est effectivement l'épistémologie kantienne qui, portant Kelsen à considérer le droit comme un « système harmonieux et clos », fait l'objet de la critique la plus virulente de Hart. Voir sur ce point : G. Bligh, *Les bases philosophiques du positivisme juridique de H.L.A. Hart*, Bayonne : Institution universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2017, p. 306 et ss.

¹⁵⁰⁴ C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu (I) : l'avènement de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être », *Jus politicum* n° 5, décembre 2010.

¹⁵⁰⁵ Selon Hart, « [...] nous avons en effet atteint une règle qui, au même titre que l'arrêt intermédiaire et la loi, fournit des critères permettant d'apprécier la validité d'autres règles ; mais elle diffère également d'elles, en ce qu'il n'existe aucune règle qui fournirait des critères pour apprécier sa propre validité juridique », H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles : Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, p. 126.

précédents judiciaires »¹⁵⁰⁶. Partant, pour Carlos-Miguel Pimentel, « la règle de reconnaissance n'est en réalité qu'un mode commode d'*authentification* qui se suffit à lui-même dès lors qu'il permet effectivement de distinguer entre les véritables actes juridiques et ceux qui ne seraient, par exemple, qu'une simple suite de mots »¹⁵⁰⁷. S'il ne s'agit pas d'une norme en ceci qu'elle n'est pas prescriptive¹⁵⁰⁸, la reconnaissance hartienne n'en reproduit pas moins certains défauts qu'avait relevés le droit politique à l'encontre de la théorie de Kelsen, et notamment la distinction drastique entre droit et fait. En outre, comme dans la théorie pure du droit, l'aboutissement du système juridique de Hart repose finalement sur une assertion dont on postule l'existence¹⁵⁰⁹. Le juriste anglais propose ainsi une définition du droit, mais laisse pendante la question cruciale : « pourquoi obéit-on au droit ? ». Carlos-Miguel Pimentel estime à cet égard nécessaire de dépasser la conception hartienne du droit : « loin de se borner à considérer la règle de reconnaissance comme un simple critère permettant d'authentifier un acte de droit, il faut donc aller plus loin, et accepter pleinement de se poser la question de la validité du critère de validité. Qu'est-ce qui fait que la règle de reconnaissance est elle-même reconnue ? »¹⁵¹⁰.

¹⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 120.

¹⁵⁰⁷ C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu (I) : l'avènement de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être », *Jus politicum* n° 5, décembre 2010.

¹⁵⁰⁸ Selon l'analyse de Paulo Faria, « la règle de reconnaissance est, en effet, vide de contenu « prescriptif » ; elle ressemble plutôt à une définition, ou à un ensemble de définitions, qu'à une proposition, ou un ensemble de propositions déontiques », P. Faria, « Sur la règle de reconnaissance », *Cahiers de Fontenay* n°s 67-68, 1992, p. 163.

¹⁵⁰⁹ Il apparaît en effet dans la théorie de Hart que, « la plupart du temps, la règle de reconnaissance ne se trouve pas énoncée, mais son existence *se manifeste* dans la manière dont les règles particulières sont identifiées, soit par les simples particuliers, soit par leurs conseils », H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles : Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, p. 129. L'observation attentive d'un système juridique permet ainsi, selon Hart, d'identifier les composantes de la reconnaissance, telles que l'existence d'un texte constitutionnel, la sacralisation de la procédure législative ou l'autorité de la coutume ; *ibid.*, p. 127-129. Dans cette perspective toutefois, la règle de reconnaissance n'est donc jamais que reconstruite par l'observateur et l'on peine, à cet égard, à déceler ce qui fait d'elle une règle juridique au sens strict. Seul le postulat selon lequel le droit ne peut découler que du droit lui-même semble rendre nécessaire la consécration de la reconnaissance comme règle ; on pourrait semble-t-il tout aussi bien n'y voir qu'un ensemble de faits. C'est ce que suggère Philippe Gérard lorsqu'il relève certaines limites dans la théorie de Hart : « [...] il est peu vraisemblable que la dimension normative de ces règles, de même que leur portée obligatoire, résultent uniquement de l'acceptation dont elles bénéficient de la part des autorités. L'attitude de ces dernières conditionne sans doute l'effectivité des règles de reconnaissance : en favorisant une application convergente de la part des autorités, cette acceptation contribue à faire apparaître ces règles comme autant de règles sociales jouissant d'une large effectivité. Néanmoins, l'analyse des règles de reconnaissance en termes de règles ou de conventions sociales, largement appliquées et acceptées, comporte des limites, même en ce qui concerne les règles qui découlent de certaines pratiques », P. Gérard, « L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes », *RIEJ* n° 65, 2010, p. 72.

¹⁵¹⁰ C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu (I) : l'avènement de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être », *Jus politicum* n° 5, décembre 2010.

444. Le concept de reconnaissance tel qu'il est dessiné par le droit politique s'éloigne donc largement de ce qu'en proposait Hart. Il déborde d'abord une appréhension strictement formelle pour revêtir une signification substantialisée : l'objet de la reconnaissance est tant la norme juridique que les institutions qui la produisent¹⁵¹¹. Ensuite, le concept de reconnaissance est dépouillé de son caractère normatif ou réglementaire pour n'être plus considéré que comme un *fait*, et la source de tout droit. Ainsi, à rebours de ce que Hart identifiait comme une règle surplombant l'ensemble du système juridique, Carlos-Miguel Pimentel estime que « la reconnaissance n'est donc pas seulement une condition nécessaire à la valeur juridique : elle *est* cette valeur juridique même, elle est ce par quoi le droit est du droit »¹⁵¹².

445. Ce faisant, le principe de la reconnaissance commande toute considération juridique, il déborde toutes les autres sources de droit identifiées, ainsi que la problématique de la souveraineté¹⁵¹³. Il interroge dès lors nécessairement sur sa compatibilité avec la consécration simultanée de la souveraineté constituante, dont nous avons vu qu'elle constitue l'un des piliers de la pensée du droit politique¹⁵¹⁴. Au paradoxe apparent que constitue leur relation, il faut en réalité opposer la complémentarité singulière de la reconnaissance et de la souveraineté, la seconde dépendant entièrement de la première, et réciproquement. En effet, « un souverain que personne ne reconnaît comme souverain n'édicte pas des règles de droit : il ne fait que proférer de simples phrases, énoncées à l'impératif, sans portée collective et, partant, sans valeur juridique »¹⁵¹⁵. Le souverain agissant constitutionnellement n'est donc que le reflet de la

¹⁵¹¹ « On se proposera donc [...] de dégager l'idée d'une reconnaissance substantielle, condition nécessaire de la reconnaissance formelle : pour que la règle de reconnaissance soit effectivement admise, pour que les actes de droit soient regardés comme ayant valeur juridique, il est nécessaire que les institutions politiques soient elles-mêmes reconnues par les sujets de l'État », C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu (I) : l'avènement de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être », *Jus politicum* n° 5, décembre 2010.

¹⁵¹² C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

¹⁵¹³ Carlos-Miguel Pimentel affirme en effet que « si la valeur juridique d'un commandement ne relève pas elle-même du commandement, le droit tout entier devra être regardé sous un autre rapport que celui de la seule norme impérative, c'est-à-dire, ultimement, dans une perspective plus large que celle de la souveraineté », C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu (I) : l'avènement de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être », *Jus politicum* n° 5, décembre 2010.

¹⁵¹⁴ Hart lui-même refusait de considérer qu'il puisse exister un corps électoral souverain – au sens où il disposerait d'un pouvoir suprême illimité – reconnu par lui-même : H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles : Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, p. 90-97.

¹⁵¹⁵ C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008. Dans le même sens, Oliver Beaud écrit en s'inspirant d'Hauriou, que « [...] l'idée incorporée par le pouvoir ne crée une institution que si elle rencontre l'adhésion des citoyens, pouvoir majoritaire [...]. Le pouvoir constituant apparaît ainsi comme le fruit d'une rencontre entre l'initiative des

collectivité de sujets qui le *reconnaît*¹⁵¹⁶, qui le fait advenir en tant que pouvoir constituant, qui le dote d'un « titre à gouverner »¹⁵¹⁷. Cette complémentarité est telle qu'elle pourrait se traduire par un dédoublement du concept de souveraineté, qui appellerait simultanément la « souveraineté de gouvernement » et la « souveraineté de sujétion ». Maurice Hauriou écrivait à ce titre que, « [...] à la souveraineté de gouvernement, fait équilibre la souveraineté de sujétion, qui est la souveraineté de la conscience des sujets dont l'arme est le refus de l'assentiment »¹⁵¹⁸. Cette partition d'un même concept¹⁵¹⁹ est clarifiée par le recours à la reconnaissance, qui présente par ailleurs l'avantage de proposer une réflexion plus globale sur le droit. De ce point de vue, il banalise l'acte constituant. Ce dernier n'en conserve pas moins une spécificité intrinsèque, dès lors que l'exercice de la souveraineté apparaît simultanément comme l'un des premiers *facteurs* de la reconnaissance¹⁵²⁰. Ce concept tempère donc subtilement l'unilatéralité de l'acte constituant¹⁵²¹, qui n'est plus seulement une force brute, et contrevient en cela à l'approche normativiste de la Constitution¹⁵²². La reconnaissance

« fondateurs primitifs » – les Pères fondateurs – et le consentement de la nation », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 449.

¹⁵¹⁶ Ce sont « [...] ce consentement ou cette acceptation présumés, mais bien réels qui fondent la réalité du pouvoir constituant », écrit Jean-Jacques Sueur, *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, Québec : Presses Universitaires de Laval, coll. Diké, 2011, p. 181.

¹⁵¹⁷ L'expression est de Carlos-Miguel Pimentel, « Reconnaissance et désaveu (I) : l'avènement de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être », *Jus politicum* n° 5, décembre 2010. Denis Baranger propose une définition similaire lorsqu'il écrit que la reconnaissance consiste à conférer une autorité juridique : D. Baranger, « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 297. La démarche de Hart se distingue à cet égard, puisqu'il définissait le souverain comme « la personne ou l'ensemble des personnes à qui la majeure partie de la société a l'habitude d'obéir » ; H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles : Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, p. 93.

¹⁵¹⁸ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 623. Olivier Beaud retient sur ce sujet une distinction qui n'a pas tout à fait le même objet : « [...] contrairement à la souveraineté monarchique qui est une *souveraineté d'action*, la souveraineté démocratique est une *souveraineté de fondation*. Le peuple n'est pas l'autorité qui gouverne, il se contente d'instituer les autorités qui agissent en son nom et, le cas échéant, de les contrôler », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 307 ; nous soulignons.

¹⁵¹⁹ Olivier Beaud propose une lecture critique de ce pan de la théorie hauriousienne, notamment quant au choix de son auteur de privilégier la sujétion sur l'expression directe du peuple électoral : O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 292.

¹⁵²⁰ Denis Baranger établit ainsi un lien très étroit entre souveraineté et reconnaissance, même si la définition qu'il retient de cette dernière ne recoupe que partiellement celle qui est exposée ici. Il écrit que « celui qui reconnaît [...] se voit lui-même investi d'autorité. La relation est circulaire [...]. La reconnaissance est en ce sens intimement liée à la souveraineté [...] », D. Baranger, « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 297.

¹⁵²¹ Olivier Beaud, qui a notamment défendu l'unilatéralité de l'acte constituant, admet lui-même la nécessité de nuancer son postulat, et ce afin de mettre en valeur la spécificité irréductible de la Constitution, à l'égard de la loi notamment : O. Beaud, « La mise en œuvre de la responsabilité politique du Président de la République française peut-elle être paralysée par l'absence de la loi organique prévue par l'article 68 ? », in *La responsabilité du chef de l'État*, Paris : Société de législation comparée, coll. Colloques, 2009, p. 174.

¹⁵²² Les professeurs Ost et van de Kerchove mettent en valeur ce que la considération de la reconnaissance implique de renoncement au normativisme : « à l'encontre des théories dogmatiques de la

peut donc être appréhendée comme le revers incontournable de la souveraineté ; elle permet à ce titre de donner corps à la légitimité.

2. La consécration insolite de la légitimité

446. La doctrine juridique est souvent réticente à l'idée d'agréger à son objet d'étude la question de la légitimité¹⁵²³, alors qu'il s'agit au contraire une revendication primordiale qui justifie la démarche du droit politique. Ce dernier, par la consécration de l'idée de reconnaissance¹⁵²⁴, renoue ainsi avec l'héritage des constitutionnalistes du siècle dernier¹⁵²⁵ : nombreux sont ses auteurs qui conçoivent le droit au sens ontologique, comme comprenant les rapports de légitimité que véhicule l'ordre juridique. S'ils ne sont

validité qui présentent l'opération de validation comme résultant d'un mouvement unilatéral, notre théorie consiste à souligner le jeu croisé et sans cesse réitéré de prétentions et de reconnaissances : un acteur juridique pose un coup dans le jeu juridique, prononce un *speech act*, qui sera, ou ne sera pas, validé par les autres acteurs, étant entendu cependant que la liberté de ces derniers est loin d'être totale, dans la mesure où le comportement attendu d'eux, en raison même de la normativité de la règle, est normalement celui d'une conformation », F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 321.

¹⁵²³ Cela s'explique par le caractère contingent et subjectif souvent reconnu à l'idée de légitimité, par opposition au droit. Michel Troper écrit en ce sens : « [...] la validité est attribuée par le droit et la légitimité par un jugement moral ou politique. La validité serait ainsi une qualité « objective », en ce sens qu'elle serait indépendante du jugement et des préférences du juriste (*legal scholar*), pourvu que celui-ci se borne à décrire, tandis que la légitimité ne pourrait être décrite, mais seulement attribuée par un jugement de valeur. L'un des termes relève, dans le langage de la théorie du droit, d'un discours descriptif, l'autre d'un discours prescriptif », M. Troper, « Droit ou légitimité », *Le droit et la nécessité*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2011, p. 48.

¹⁵²⁴ Ainsi peut-on lire que « tout langage [comme le droit] suppose d'abord sa reconnaissance par la communauté de ses utilisateurs. C'est la question fondamentale de la légitimité du droit, à laquelle il est à peu près impossible de répondre en restant sur le terrain de la description du droit positif », J.-J. Sueur, *Une introduction à la théorie du droit*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2001, p. 169.

¹⁵²⁵ Maurice Duverger a notamment défendu la place de la légitimité dans les études de droit constitutionnel, en lui reconnaissant un rôle déterminant au sein du phénomène politique : « les institutions ne sont pas seulement des « formes ou structures » d'organisation sociale, écrivait-il : elles sont aussi des représentations collectives toujours plus ou moins valorisées, cette valorisation constituant un élément essentiel de leur efficacité. La légitimité d'une institution – c'est-à-dire sa conformité au système de valeurs du groupe considéré – est l'un des fondements de son existence », M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel, T. 1 : Les grands systèmes politiques*, Paris : PUF, coll. Thémis. Science politique, 17e éd., 1988, p. 25-26. Plus laconique sur le sujet, Georges Burdeau entendait cependant également étendre l'étude du pouvoir politique à ses fondements, au rang desquels il faisait figurer la légitimité. Il écrivait ainsi que la « [...] connexion rationnelle [du pouvoir] avec l'idée de droit n'exclut pas la nécessité de lui attribuer historiquement et politiquement un fondement qui le légitime aux yeux des gouvernés. Tout Pouvoir est l'énergie d'une idée de droit. Seulement, [...] il est indispensable de préciser cette solidarité en définissant, dans telle société donnée, la façon selon laquelle on entend relier le Pouvoir au groupe. [...] L'ordre et l'obéissance ne sont plus des phénomènes hétérogènes : ils sont liés parce que l'obéissance, au lieu d'être brutalement et exclusivement conditionnée par l'ordre donné, trouve une justification dans la manière dont le Pouvoir, de qui émane l'ordre, est enraciné dans le groupe », G. Burdeau, *Traité de science politique, T. V : Les régimes politiques*, Paris : LGDJ, 3^e éd., 1985, p. 34-35.

pas les seuls juristes valorisant cet aspect du droit¹⁵²⁶, ils restent largement minoritaires face à la majorité doctrinale, qui voit dans la question de la légitimité la boîte de Pandore de la neutralité axiologique¹⁵²⁷. Kelsen satisfait ainsi son aspiration à démontrer l'objectivité absolue du droit, non pas en bannissant le concept de légitimité, mais en le réduisant peu ou prou au principe de légalité¹⁵²⁸. Armé de la même prudence à l'égard d'un concept si fuyant, Michel Troper admet le principe d'une légitimité seulement *interne* au système juridique lui-même¹⁵²⁹ : « la légitimité n'est [...] pas une condition de la validité ou de la juridicité. En revanche, la juridicité produit de la légitimité, si l'on considère que la juridicité n'est pas autre chose que la hiérarchie des normes »¹⁵³⁰. Contrairement à ce que proposent les *juspolitistes*, la légitimité ne se distingue alors pas du droit lui-même ; elle se confond avec lui jusqu'à disparaître.

¹⁵²⁶ C'est par exemple le cas de Jean-Louis Seurin qui, sans revendiquer expressément une démarche de droit politique, n'en conteste pas moins l'opportunité d'une démarche positiviste, caractérisée par un formalisme jugé exagéré : « sous prétexte d'objectivité ce type d'interprétation refuse, dès lors, d'aborder la question de la légitimité sans laquelle pourtant la tradition constitutionnaliste est littéralement vidée de sa substance », J.-L. Seurin, « Des fonctions politiques des Constitutions. Pour une théorie politique des Constitutions », in J.-L. Seurin (dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris : Economica, coll. Politique comparée, 1984, p. 36. Dans une perspective différente, Jean Rivero écrivait pour sa part que « la légitimité est la pierre philosophale qui transforme en or pur le plomb vil du pouvoir de fait. Elle est cette qualité qui fonde en droit l'autorité des gouvernants et leur permet de demander l'obéissance des gouvernés sur une autre base que la raison du plus fort », J. Rivero, « Consensus et légitimité », *Pouvoirs* n° 5, 1978, p. 58.

¹⁵²⁷ Pour Luc Heuschling par exemple, « le relativisme axiologique est un facteur crucial dans la déchéance du discours scientifique sur la légitimité », L. Heuschling, « Le relativisme des valeurs, la science du droit et la légitimité. Retour sur l'épistémologie de Max Weber », *Jus politicum* n° 8, septembre 2012.

¹⁵²⁸ Il affirmait en ce sens que « la domination caractéristique de l'État se veut légitime et doit effectivement être tenue pour telle par les gouvernants et les gouvernés. Cette domination n'est légitime qu'à condition d'être exercée conformément à un ordre juridique dont la validité est présupposée par les individus agissants ; cet ordre est l'ordre juridique de la communauté [...] », H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 241. Le maître autrichien concevait également la légitimité comme la qualité d'une norme qui appartient à un ordre juridique cohérent et unitaire. Il écrivait ainsi : « le principe que les normes d'un ordre juridique valent aussi longtemps que leur validité ne prend pas fin d'une façon qui est déterminée par cet ordre juridique, ou qu'elle ne fait pas place à la validité d'une autre norme de cet ordre, est le principe de légitimité », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 209. On reconnaît ici la conception de la légitimité légale-rationnelle conceptualisée par Max Weber et selon laquelle « on obéit non pas à la personne en vertu d'un droit qui lui est propre, mais à la règle codifiée qui précise à qui l'on doit obéir, et dans quelles limites on doit lui obéir. Lorsqu'il émet un ordre, celui qui donne des ordres obéit lui aussi à une règle : à la « loi » ou au « règlement », à une norme *formellement* abstraite », M. Weber, « Les trois types de la domination légitime », trad. E. Kauffmann, *Sociologie* vol. 5, 2014, p. 292. Sur les liens entre la pensée de Kelsen et celle de Weber, voir : M. Troper, « Le monopole de la contrainte légitime (légitimité et légalité dans l'État moderne) », *Lignes* n° 25, 1995, p. 34-47.

¹⁵²⁹ Il écrit ainsi que « [...] la légitimité [...] ici n'est pas la conformité à des valeurs, mais le fait que le droit affirme cette conformité ». Et, plus loin, « il s'agit donc [...] d'une légitimité qui ne renvoie pas à une philosophie morale ou politique, mais qui est spécifiquement juridique et qui résulte de la forme même du système juridique », M. Troper, « Droit ou légitimité », *Le droit et la nécessité*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2011, p. 48, p. 53.

¹⁵³⁰ *Ibid.*, p. 58.

447. Le droit politique renonce donc aux préceptes positivistes lorsqu'il se propose d'étudier la légitimité à travers le prisme de la reconnaissance ou de la souveraineté. Carlos-Miguel Pimentel écrit en ce sens qu'« il devrait [...] être possible de mettre en évidence l'idée selon laquelle la vie institutionnelle [...] est essentiellement gouvernée par la dualité de la reconnaissance et du désaveu, c'est-à-dire par une assertion ou, au contraire, un déni de *légitimité* [...] »¹⁵³¹. De ce point de vue, la reconnaissance consiste donc en l'appréciation de la légitimité, d'un fait, d'une norme et d'une institution, et c'est le constat de cette légitimité qui constitue la source essentielle du droit¹⁵³².

448. La part de subjectivité que véhicule nécessairement la notion de légitimité ne saurait être négligée par les auteurs du droit politique, puisqu'elle se définit comme « la conformité de ce qui est avec ce qui doit être »¹⁵³³. La détermination de cette dernière assertion ne saurait, en effet *a priori*, prétendre à une objectivité quelconque. La subjectivité ainsi constatée ne représente cependant pas un obstacle épistémologique d'ampleur à la démarche *juspolitiste*, car elle n'est pas le moyen pour ses auteurs d'émettre des jugements de valeur à l'aune de leur propre évaluation politique ; « ce qui doit être » traduit le point de vue, non des juristes, mais des sujets de droit, sur le droit lui-même. Il s'agit d'un jugement *interne* au système juridique, par lequel est en permanence confrontée la réalité juridique à une représentation idéale ce qu'il devrait être. La conformité de la première à la seconde, dont dépend la reconnaissance, constitue une contrainte interne au système juridique et politique, celle de la cohérence de son action à l'égard de ses fondements. Ainsi Carlos-Miguel Pimentel écrit-il que « [...] tout système de droit sera toujours réputé conforme à ce qu'il doit être, ou, pour le dire plus simplement, sera contraint de se considérer lui-même comme légitime, sans quoi il ne serait pas du droit »¹⁵³⁴.

449. Cette « contrainte de légitimité » ne revêt donc pas, à cet égard, une dimension prescriptive lorsqu'elle est théorisée au nom du droit politique : elle se présente plutôt

¹⁵³¹ C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu (I) : l'avènement de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être », *Jus politicum* n° 5, décembre 2010 ; nous soulignons.

¹⁵³² Jacky Hummel écrit en ce sens : « dans la mesure où la légitimité n'est pas tant le passage de la force au droit que celui de la force à l'obéissance *consentie*, la prétention de la parole constitutionnelle à fonder et à limiter le pouvoir doit être ratifiée par une *reconnaissance* du corps social [...] », J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les Sens du droit, 2010, p. 31-32 ; nous soulignons.

¹⁵³³ C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu (I) : l'avènement de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être », *Jus politicum* n° 5, décembre 2010.

¹⁵³⁴ *Ibid.*

comme un concept analytique de la pérennité des régimes politiques¹⁵³⁵. Elle dispose, de ce fait, d'une portée dépassant largement l'ère constitutionnaliste et démocratique. Carlos-Miguel Pimentel précise à ce titre que « la reconnaissance du souverain par ses sujets ne suppose pas nécessairement un libre consentement : elle peut résulter de la tradition, d'une croyance politique ou religieuse, et il n'est pas dans notre intention de soutenir que tous les régimes politiques impliqueraient, sinon la démocratie, du moins une vocation démocratique »¹⁵³⁶. La consécration de la légitimité induite par le principe de reconnaissance n'est donc pas l'occasion de professer le respect de certaines valeurs morales, nécessairement subjectives, dans un ordre juridique donné. Il s'agit de promouvoir un concept de légitimité *objectivé*, dès lors qu'il prend le droit pour objet¹⁵³⁷.

450. Considérer la légitimité du système juridique comme la condition de son avènement et de sa pérennité repose donc sur l'idée fondamentale d'une contrainte structurelle pesant sur lui, celle de sa cohérence. Un tel concept constitue donc une invitation à dépasser l'analyse théorique des régimes politiques pour substantier, au cas par cas, le principe de légitimité qui les porte. On rejoint, par ce biais, la thèse *juspolitiste* de l'existence de principes intangibles induits par l'exercice du pouvoir constituant ; la souveraineté de l'État et celle du peuple, qu'Olivier Beaud a identifiées parmi les fondements de la V^e République¹⁵³⁸, peuvent ainsi être appréhendées comme les principes de légitimité qui, institutionnalisés par le souverain en 1958, sous-tendent l'édifice institutionnel français¹⁵³⁹. Une telle assertion et ses déclinaisons pratiques ne peuvent jamais être le

¹⁵³⁵ Ainsi, pour Jean-Marc Coicaud, « la légitimité est la reconnaissance du droit de gouverner. À cet égard, elle tente d'apporter une solution au problème qui consiste à justifier simultanément le pouvoir politique et l'obéissance. De cette double démonstration dépendent le droit de gouverner et ce qui en résulte, l'obligation politique », J.-M. Coicaud, « Légitimité et responsabilité des gouvernants. Réflexion sur l'évolution de la culture démocratique », in O. Beaud, J.-M. Blanquer (dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes & Cie, coll. Droit, 1999, p. 96.

¹⁵³⁶ C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

¹⁵³⁷ « [...] On ne s'aventurera pas [...] ici à prétendre qu'un système de droit serait susceptible d'avoir, d'une quelconque manière, une réalité en soi, ou une existence objective, puisqu'aussi bien, comme fait purement institutionnel, le droit n'a pas d'existence en dehors des consciences des sujets qu'il régit », C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu (I) : l'avènement de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être », *Jus politicum* n° 5, décembre 2010.

¹⁵³⁸ O. Beaud, « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht. Remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle », *RFDA* n° 6, 1993, p. 1045-1068.

¹⁵³⁹ Jacky Hummel écrit par exemple en ce sens que, « exprimant et rappelant la parole constituante du peuple souverain, les dispositions constitutionnelles définissent le critère – le titre de *légitimité* – au regard duquel il est possible de reconnaître le caractère juridique (au sens de *légitime par la légalité*) des prétentions de domination », J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2010, p. 51.

fruit que d'une interprétation scientifique au sens kelsénien¹⁵⁴⁰, à la fois du texte constitutionnel et du contexte qui a présidé à son édicition. Elle peut cependant s'appuyer solidement sur la double proposition de la reconnaissance et de l'institution, qui se conjuguent autour de l'idée centrale de légitimité. Cette dernière prend sa source et s'étoffe dans les institutions, celles-ci étant fondées par elle en retour, dans un mouvement circulaire inépuisable.

451. Le droit politique ne recule pas devant l'obstacle que constitue la question épineuse de la légitimité pour les juristes ; au contraire embrasse-t-il entièrement cette problématique, en en faisant la pierre angulaire de sa compréhension du droit constitutionnel. Il dépasse ainsi la perspective formaliste du droit, qui permet notamment de répondre à la question « à quel droit obéit-on ? ». Il ne bascule pas, cependant, dans l'approche naturaliste qui chercherait à répondre à la question de savoir « à quel droit *doit-on* obéir ? »¹⁵⁴¹. Empruntant une troisième voie, le droit politique se contente de suggérer une réponse aux interrogations suivantes : pourquoi obéit-on au droit ? Pourquoi et à quelles conditions le droit est-il reconnu comme tel ? Essentiellement configurées autour du concept d'institution, les réponses que proposent les *juspolitistes* révèlent les traces d'une conception sociologique de la Constitution, et du droit dans son entier ; c'est ce à quoi invite la considération du principe de légitimité¹⁵⁴².

¹⁵⁴⁰ Soit un simple acte de connaissance dénué de toute portée normative : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 341-342.

¹⁵⁴¹ Ce refus simultané des thèses positivistes et naturalistes traduit l'originalité méthodologique du droit politique ; il fait à ce titre l'objet du Titre I de la Partie II.

¹⁵⁴² Le lien est par exemple clairement établi par Jacques Chevallier. Pour lui, « la science du droit ne saurait être [...] cantonnée, dans la perspective qui est celle de Kelsen, à la seule étude des normes posées : les juristes ne peuvent se désintéresser des processus sociaux et politiques de production et d'application du droit, sauf à sombrer dans un formalisme desséchant, ignorant tout des enjeux dont la norme juridique est porteuse ; pas plus d'ailleurs qu'ils ne peuvent se désintéresser des valeurs sous-jacentes à l'ordre juridique et qui déterminent *la légitimité de la norme juridique*. Une interrogation sur la fonction sociale et politique du droit est donc nécessaire, pour le droit constitutionnel comme pour l'ensemble du droit ; et *la sociologie apporte à cet égard les outils d'investigation nécessaires* », J. Chevallier, « Pour une sociologie du droit constitutionnel », in D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats, E. Millard (dir.), *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris : Economica, 2006, p. 283-284 ; nous soulignons. Le même lien entre sociologisme et légitimité est établi par Luc Heuschling, « Le relativisme des valeurs, la science du droit et la légitimité. Retour sur l'épistémologie de Max Weber », *Jus politicum* n° 8, septembre 2012.

B. Un concept sociologique inabouti

452. Définir la juridicité par la reconnaissance dont elle fait l'objet conduit à appréhender le droit en premier lieu comme un phénomène social. Les *juspolitistes* ne sont pas des sociologues pour autant, ni même seulement des sociologues du droit : ils étudient principalement le droit, quoiqu'ils en retiennent une définition particulière, et ils reconnaissent sa spécificité irréductible aux autres faits sociaux. Ontologiquement néanmoins, ils consacrent, par le concept de reconnaissance, le caractère social de la validité du droit. Le droit politique propose ainsi une conception proprement *sociologique* des fondements du droit, conception certes efficace (1), mais qui suscite toutefois quelques interrogations sur les implications méthodologiques qu'une telle démarche implique : elle suppose en effet que soit considérée la question de l'effectivité du droit, qui renvoie elle-même à une question sociologique¹⁵⁴³ (2).

1. Un concept opérant

453. La consécration de la reconnaissance dans la sphère juridique témoigne d'une démarche sociologique, c'est-à-dire une démarche par laquelle on « [...] entend rechercher le fondement de la règle de droit dans la réalité sociale »¹⁵⁴⁴. En effet, elle sous-entend une conception du système juridique assez proche de ce que propose par exemple Jacques Chevallier : « l'origine du droit se situe donc à première vue dans la sphère du non juridique : elle passe par un processus « politique » de transformations d'exigences sociales en normes juridiques, qui dépend des ressources respectives mobilisées par les différentes forces sociales et politiques en présence et suppose la médiation d'acteurs habilités par l'ordre juridique à « dire le droit » »¹⁵⁴⁵. Faire de la reconnaissance par les sujets de droit l'essence de la juridicité – comme le suggère

¹⁵⁴³ Aussi Uberto Scarpelli, juriste positiviste, écrivait-il que « quand on dit qu'un système de droit positif est effectif dans un groupe social donné, on ne prescrit rien, on décrit, en utilisant les méthodes du sociologue, les attitudes des membres du groupe ou d'un grand nombre d'entre eux vis-à-vis des normes, des critères de validité, du principe fondamental du système, on se contente d'enregistrer la conformité des comportements aux normes du système », U. Scarpelli, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, trad. C. Clavreul, préf. L. Gianformaggio, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1996, p. 53.

¹⁵⁴⁴ X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Paris : Ellipses, coll. Universités. Droit, 2008, p. 21.

¹⁵⁴⁵ J. Chevallier, « Le regard de Jacques Chevallier [à propos du droit en contexte] », *RIEJ* n° 70, 2013, p. 60.

Carlos-Miguel Pimentel – conduit de fait à fonder tout droit dans le fait social, ce qui emporte des conséquences quant à la forme et à la substance juridiques.

454. Considérée comme sociologique, cette posture est éclairante en ceci qu'elle illustre efficacement la démarche relativiste du droit politique : le droit, notamment constitutionnel, n'est pas le fruit objectif et absolu du monde fermé du devoir être, il est le produit social d'une collectivité unifiée d'individus, dont certains sont législateurs *actifs* (ils produisent des normes juridiques formalisées), mais dont la plupart des membres sont législateurs *passifs*, faisant advenir le droit en le reconnaissant comme tel. Le droit ainsi conçu apparaît comme le résultat de la rencontre entre un volontarisme politique et sa réception sociale, le résultat d'un « *rapport* entre le commandement et l'obéissance »¹⁵⁴⁶. Tout ordre juridique dépend alors du contexte politique et social dans lequel il naît et dans lequel il évolue. Par un raisonnement *a contrario*, cette conclusion implique de consacrer par ailleurs un certain relativisme axiologique¹⁵⁴⁷, dès lors que le droit n'est pas fondé sur des valeurs absolues, transcendant toute société juridicisée, mais émerge du fait social et est au moins partiellement déterminé par lui. Mené à son terme, ce raisonnement met en garde contre la tentation du mimétisme constitutionnel¹⁵⁴⁸ : le droit n'étant jamais qu'un phénomène socialement ancré, il doit émaner de la société et s'inspirer de sa culture, au risque de ne pas être reconnu, donc de ne pas être¹⁵⁴⁹.

¹⁵⁴⁶ C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

¹⁵⁴⁷ Paradoxalement, le relativisme des valeurs ne constitue cependant pas l'un des postulats épistémologiques expressément affirmés du droit politique, mais représente davantage une conclusion ontologique, sous-jacente aux travaux de ses auteurs. Ces derniers suivent donc un raisonnement inverse à celui mené par la doctrine positiviste. À titre d'exemple, Maurice Duverger a été contraint de traiter la légitimité, « [...] relativisme oblige – comme une « notion sociologique » et non morale ou philosophique », L. Heuschling, « Le relativisme des valeurs, la science du droit et la légitimité. Retour sur l'épistémologie de Max Weber », *Jus politicum* n° 8, septembre 2012. Le droit politique est plus certainement conduit à considérer le relativisme axiologique comme la conséquence de la définition qu'il retient de la reconnaissance et de la légitimité.

¹⁵⁴⁸ Cela rejoint la démonstration menée par Moustapha Ndiaye lorsqu'il affirme que le mimétisme constitutionnel est condamné à échouer, à la hauteur de son indifférence à l'égard du foyer politique et social dans lequel il s'intègre. Ainsi, la spécificité de la culture d'Afrique francophone justifie la construction d'un droit constitutionnel adapté. Voir en ce sens : M. Ndiaye, *La construction constitutionnelle du politique en Afrique subsaharienne francophone*, thèse dact., Montpellier, 2016, 662 p.

¹⁵⁴⁹ Une telle conclusion n'est pas sans rappeler le pragmatisme des Lumières et évoque ainsi un autre droit politique, celui de Montesquieu ou celui de Jean-Jacques Rousseau. L'argument du premier selon lequel les conditions climatiques disposent d'une influence déterminante sur la forme de gouvernement est ainsi repris à son compte par le second. Voir en ce sens : Montesquieu, « Comment les lois de la servitude politique ont du rapport avec la nature du climat », *De l'esprit des lois*, 1748, Livre XVII, J.-J. Rousseau, « Que toute forme de gouvernement n'est pas propre à tout pays », *Du contrat social ou principes du droit politique*, 1762, Livre III, Chap. VIII. Le droit politique contemporain n'accorde pas, manifestement, la même attention aux données climatiques, mais partage l'idée similaire que le succès du droit constitutionnel dépend largement de son contexte social.

455. La démarche sociologique procède à une inscription de la normativité dans le fait social, par opposition notamment à la doctrine normativiste. Pour autant, il ne s'agit pas pour le droit politique de diluer toute juridicité dans le phénomène social ; les *juspolitistes* se distinguent en effet à la fois du réalisme radical qui réduit le droit à la psychologie de ses sujets¹⁵⁵⁰, et du positivisme sociologique qui ne le regarde que comme un pur fait social¹⁵⁵¹. Le recours à l'institution est ici primordial, puisque, en tant que réceptacle de la reconnaissance, elle constitue une passerelle entre le fait et le droit. Le fait social et la norme juridique s'articulent ainsi autour du fait institutionnel ; c'est ce dernier qui concentre l'attention des auteurs du droit politique, bien davantage que le fait social en tant que tel. S'il repose théoriquement *in fine* sur la psychologie de chacun des sujets de droit qui le reconnaissent, celle-ci ne constitue pas un objet de l'étude du droit politique en tant que telle. Seul est considéré le résultat collectif de l'agrégation des reconnaissances individuelles. Il semble en ce sens que « le système juridique constitue avec une évidence particulière un ensemble de représentations relatives à l'ordre du collectif, dont le psychisme individuel n'est que le *véhicule contingent* »¹⁵⁵². La déconstruction de l'appareil normatif à laquelle procède le droit politique en mettant au jour la part de fait qui le sous-tend s'arrête donc au seuil de la psychologie.

456. Les *juspolitistes* ne sont pas sociologues ; ils n'ont pas prétention à analyser les faits sociaux, mais à étudier seulement un type particulier d'entre eux, le droit. On pourrait certes percevoir, dans l'insistance du droit politique à considérer le système juridique comme un ordre éminemment institutionnel, l'influence des grands auteurs de la sociologie, et notamment celle d'Émile Durkheim. Ce dernier s'est en effet évertué à

¹⁵⁵⁰ C'est par exemple l'hypothèse défendue par Karl Olivecrona lorsqu'il définit le droit : « ce processus n'a rien de mystique, il est d'ordre psychologique. Il est seulement question d'un jeu de cause et d'effet dans la réalité naturelle. L'acte de législation constitue ainsi le maillon d'une chaîne causale psychologique qui aboutit à conférer à la loi son réel caractère obligatoire. Ceci est fondamental pour toute vie en société, mais ce n'est rien de plus », K. Olivecrona, *De la loi et de l'État. Une contribution de l'école scandinave à la théorie réaliste du droit*, trad. par Patricia B.-G. Jonason, Paris : Dalloz, coll. Rivages du droit, 2011, p. 80.

¹⁵⁵¹ Duguit écrivait à ce titre que « on ne peut trouver [le fondement de la règle de droit] dans l'individu. Il ne peut donc être que dans la société. Mais ce droit n'est pas un pouvoir de la collectivité, pas plus qu'il n'est un pouvoir de l'individu. Il est une règle objective. [...] c'est une règle de fait ; une règle qui s'impose aux hommes [...] en vertu et par la force des faits [...] », L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, préf. F. Moderne, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 16. Cette posture a conduit Duguit à rejeter, ainsi que l'explique Stéphane Pinon, le « caractère collectif des croyances », ce qu'exprime, en d'autres termes, l'idée de reconnaissance ; S. Pinon, « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », *RIEJ* n° 67, 2011, p. 81.

¹⁵⁵² C. Pollmann, H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre individu et collectif », *Droit et société* n° 50, 2002, p. 124 ; nous soulignons.

construire son objet comme une chaîne d'institutions institutantes¹⁵⁵³ que n'est pas sans évoquer l'approche de droit politique dont il est ici question. Son objet est toutefois plus restreint que celui du sociologue ; elle ne s'intéresse qu'aux institutions *juridicisées*, le lien de l'institué à l'instituant et de l'instituant à l'institué adoptant toujours, dans ses travaux, la forme d'une relation juridique.

457. L'origine sociale du droit n'est donc jamais que le moyen, pour le droit politique, d'asseoir sa conceptualisation sans réduire le droit à un banal fait institutionnel. Elle justifie cependant que le droit politique dispose d'un champ d'investigation plus étendu que beaucoup de doctrines concurrentes. C'est en effet parce que le droit gît, en dernier ressort, dans la société qui le produit, que la force normative de celle-ci doit être mise en lumière. Denis Baranger inclut ainsi dans la définition ontologique du droit politique la culture sociale et juridique, qui explique la forme et le contenu qu'adopte le droit¹⁵⁵⁴. C'est donc toujours dans une perspective *juridique* qu'est évoqué le contexte social de son établissement. Parmi tous les faits sociaux, « le droit politique aura pour tâche de chercher à distinguer [...] ceux qui relèvent du simple fait politique ou social ([par exemple] le pouvoir que la majorité parlementaire, en se structurant, est parvenue à imposer au roi), et ceux qui acquièrent la portée d'un lien de droit (la contrainte, une fois qu'elle aura été reconnue comme obligation) »¹⁵⁵⁵. Ce n'est donc que dans la stricte mesure où le fait social institutionnel nourrit le droit, par la reconnaissance dont il est l'objet, qu'il mérite d'intégrer une étude juridique. En tant que concept sociologique, la

¹⁵⁵³ Patrick Boumard estime ainsi que « contrairement à une conception réductrice qui assimile souvent la pensée de Durkheim au déterminisme positiviste, on a [dans la pensée du sociologue] une conception très moderne de l'*institution*, où on pourrait trouver les prémices de ce que l'analyse institutionnelle nommera plus tard la dialectique de l'institué et de l'instituant », P. Boumard, « Autour du mot « institution » », *Recherche et formation* n° 23, 1996, p. 153.

¹⁵⁵⁴ Il évoque ainsi au titre du droit politique, l'esprit qui préside à la reconnaissance du droit. L'auteur consacre à cet égard l'expression d'un « cadre de pensée », qu'on peut analyser comme un facteur de la reconnaissance : « [...] la culture juridique peut exercer une emprise sur la culture politique. Ainsi, la tradition consistant [...] à dire que les lois de l'Angleterre sont à la fois écrites et non écrites, est un *cadre de pensée* employé par tous ou presque et qui, à lui seul, détermine par avance ce qu'il est possible de dire au sujet du pouvoir politique, de ses fondements et de ses modes d'exercice », D. Baranger, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2008, p. 18 ; nous soulignons. Tanguy Pasquier-Briand reprend cette approche à son compte ; pour lui, le droit politique « [...] s'efforce d'analyser le contexte d'apparition des institutions politiques et d'étudier la tangibilité et la durée des phénomènes discursifs qui entourent ce contexte d'apparition. Ainsi, il présuppose d'envisager les discours, les représentations et les décisions relatives à ces institutions. Approche culturelle, le droit politique appelle un effort de compréhension des formes juridiques et politiques qui déterminent la naissance des constitutions et du droit constitutionnel », T. Pasquier-Briand, *La réception de la Constitution anglaise au XIXe siècle. Une étude du droit politique français*, Bayonne : Institut Universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2017, p. 35.

¹⁵⁵⁵ C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

reconnaissance n'en soulève pas moins plusieurs questions, quant à la manière dont elle peut concrètement être appréhendée notamment.

2. Une définition éprouvée par l'effectivité du droit

458. Consacrer la reconnaissance comme critère de la juridicité appelle immédiatement la question de l'opérabilité d'un tel concept, et de son utilité pratique dans l'identification ponctuelle de ce qui relève du droit. Denis Baranger propose en premier lieu de sortir de l'impasse que constitue l'alternative entre considérer la reconnaissance comme déclarative et la consacrer comme constitutive du droit : « se demander cela, c'est commencer à ne pas comprendre le processus de reconnaissance. [...] La reconnaissance fonctionne comme une attribution d'autorité, mais qui ne prend pas la forme d'une création. Raisonner en termes d'apparition permet de surmonter cette difficulté, là où l'opposition entre le déclaratif et le constitutif nous enferme à l'intérieur de ladite difficulté »¹⁵⁵⁶. L'approche alors retenue est donc relativement prudente, sans être moins compatible pour autant avec l'idée que la reconnaissance est intimement liée à la juridicité. La question de l'« apparition » suppose toutefois d'interroger les moyens de son évaluation.

459. Comment la reconnaissance se manifeste-t-elle ? À l'instar de la notion de consensus étudiée par Georges Burdeau, la reconnaissance « [...] est extrêmement fluide parce qu'elle recouvre, moins des faits directement observables, que des dispositions de la mentalité collective qui ne s'extériorisent jamais que de façon imparfaite et, pour tout dire, équivoque »¹⁵⁵⁷. En ce sens, l'appréciation de la reconnaissance ne peut reposer que sur une donnée sociale, nécessairement imprécise, celle de l'effectivité du droit¹⁵⁵⁸ : si celui-ci est *globalement* obéi, il faut considérer qu'il est reconnu, donc qu'il existe¹⁵⁵⁹.

¹⁵⁵⁶ D. Baranger, « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 297.

¹⁵⁵⁷ G. Burdeau, « L'État entre le consensus et le conflit », *Pouvoirs* n° 5, 1978, p. 65.

¹⁵⁵⁸ C'est ce qu'affirme Carlos-Miguel Pimentel lorsqu'il affirme que, de la reconnaissance, « il [...] résulte d'importantes conséquences quant à la délimitation de ce qui est juridique et de ce qui ne l'est pas : une partie de ce que les positivistes dénomment *effectivité*, et qu'ils regardent comme une simple question de fait, deviendra éminemment juridique à l'échelle collective », C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

¹⁵⁵⁹ Partant, « d'un point de vue collectif, [...] l'effectivité ne peut plus être séparée de la validité », C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

Pour reprendre les propos de Jean Rivero, « [...] tout pouvoir, lorsqu'il dure et du seul fait qu'il dure, peut se prévaloir d'un consensus : les citoyens l'acceptent, puisqu'ils ne le combattent pas »¹⁵⁶⁰. Mais le problème que pose l'effectivité comme critère de la validité du droit découle justement de l'ambiguïté sous-jacente à son appréciation : aucune prescription n'est jamais scrupuleusement respectée par tous les sujets de droit. Le principe juridique implique au contraire que la norme puisse être transgressée, et c'est d'ailleurs en ce sens que la plupart des dispositions juridiques sont assorties de procédures de sanction¹⁵⁶¹. L'effectivité ne pourra donc au mieux être appréciée que globalement, sur le plan à la fois quantitatif et qualitatif¹⁵⁶².

460. Le lien tissé entre effectivité et juridicité que suggèrent les auteurs *juspolitistes* rencontre donc des écueils dans son appréhension pragmatique. Le raisonnement tenu à cet égard n'est cependant pas propre à leurs travaux ; la logique de la plupart des doctrines juridiques succombe en effet à la volatilité du critère ultime de l'effectivité, qui agit alors toujours comme le révélateur du défaut d'empiricité de ces théories¹⁵⁶³. Parmi les doctrines juridiques de l'effectivité, la plus ambiguë au regard de ses postulats est probablement celle que défendait Kelsen, qui opposait l'effectivité de la norme,

¹⁵⁶⁰ J. Rivero, « Consensus et légitimité », *Pouvoirs* n° 5, 1978, p. 60.

¹⁵⁶¹ Jean-Jacques Sueur estime en ce sens que « le droit est transgression, au moins en certains moments, avec des intensités variables », J.-J. Sueur, « Transgresser, interpréter, traduire », in J.-J. Sueur, P. Richard (dir.), *La transgression : Actes du colloque international des 24 et 25 octobre 2011*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 10. Dans le même sens, Alexandre Viala affirme que « [...] la transgression n'est pas la négation du droit, mais la condition de sa réalisation. Elle est l'élément constitutif de la norme [...] », A. Viala, « Conditions et objet de la transgression : ce que l'étymologie nous enseigne », in J.-J. Sueur, P. Richard (dir.), *La transgression : Actes du colloque international des 24 et 25 octobre 2011*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 347.

¹⁵⁶² C'est la difficulté que pose mécaniquement la prise en compte de l'effectivité ou de l'efficacité d'une norme dans l'appréciation de son existence. Hans Kelsen peinait lui-même à proposer une réponse tranchée sur ce sujet. Il écrivait par exemple : « un ordre juridique est considéré comme valable si ses normes sont efficaces, c'est-à-dire effectivement obéies et appliquées, *en gros et de façon générale*. Une norme juridique considérée isolément ne perd pas sa validité par le fait qu'elle n'est pas efficace, c'est-à-dire qu'elle n'est pas obéie ou pas appliquée seulement dans un certain nombre de cas où elle devait être. [...] Mais, d'un autre côté, on ne considère pas comme valable une norme qui n'est en fait jamais obéie ou appliquée. Et, effectivement, une norme juridique peut perdre sa validité par le fait qu'elle demeure d'une façon permanente inappliquée et non obéie [...] », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 215-216.

¹⁵⁶³ Le positivisme qui consacre le principe de l'effectivité du droit le fait pourtant au nom de son empiricité. C'est par exemple le cas d'Uberto Scarpelli : « si le concept de souveraineté est chargé de résonances politiques, le principe d'effectivité se présente au contraire sous l'aspect d'une neutralité scientifique : un système effectif est une réalité empirique, un phénomène objectif indépendant de toute référence politique, dont on se borne à constater l'existence [...] », U. Scarpelli, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, trad. C. Clavreul, préf. L. Gianformaggio, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1996, p. 51-52. On peut toutefois douter des vertus de l'empirisme appliqué en matière juridique : « le problème qui se pose avec la science du droit tient au fait que la chose juridique n'est pas une chose sensible comme les autres. Elle est très justement un langage de sorte qu'un regard strictement empirique sur une telle chose risque de produire [...] des résultats qui n'ont rigoureusement aucun intérêt sur le plan scientifique », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 139. Voir également sur ce point, *infra*, Partie II, Titre I, Chapitre 1.

indépendante de sa validité, à l'efficacité globale de l'ordre juridique, qui permet de présupposer une *Grundnorm* valide¹⁵⁶⁴. Certains écrits du maître de Vienne entretiennent cependant l'équivoque quant à une distinction si tranchée entre effectivité et validité¹⁵⁶⁵. Le droit politique est plus expansif dans sa conception de l'effectivité, puisqu'elle sera pour lui, non seulement le signe ponctuel de pratiques institutionnelles reconnues comme contraignantes par leurs auteurs et qui méritent à ce titre d'intégrer l'étude du droit constitutionnel¹⁵⁶⁶, mais également le signe de l'existence d'un ordre juridique et politique spécifique. Par ailleurs, découlant de la consécration de la reconnaissance, l'effectivité ne saurait être considérée par le droit politique comme le simple résultat de la sanction incluse dans le droit lui-même, ou de l'obéissance générale à un ordre juridique¹⁵⁶⁷ ; c'est au contraire *parce qu'elle est en fait* reconnue que la norme accède à la qualité de droit¹⁵⁶⁸, et non parce que le droit lui-même prévoit les mesures propres à se rendre effectif. L'effectivité du droit est donc ici tout à la fois la preuve et la finalité de la reconnaissance de l'ordre juridique.

¹⁵⁶⁴ Michel Troper offre un résumé des postures positivistes sur cette question : M. Troper, « Ross, Kelsen et la validité », *Droit et société* n° 50, 2002, p. 55.

¹⁵⁶⁵ On pense ici par exemple à ce que Kelsen a pu écrire sur la question de la désuétude d'une norme, ce qu'il admet comme une hypothèse compatible avec la théorie pure. Son propos à ce sujet est pour le moins ambigu : « il ne faudrait pas croire [...] qu'une norme perd sa validité si cette norme et elle seule devient inefficace [...] Toutefois, même en ce cas, il y a un certain rapport entre l'efficacité et la validité. Si la norme demeure inefficace en permanence, elle perd sa validité par « *desuetudo* » », H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 173. Plus généralement, certaines formules employées par le maître autrichien laissent planer le doute sur la relation qu'entretiennent validité et effectivité, à l'instar de cette assertion : « [...] le droit n'est pas, ou pas seulement, la règle conformément à laquelle les tribunaux tranchent les litiges ou doivent les trancher ; le droit, *c'est la règle conformément à laquelle les hommes se conduisent effectivement* », *ibid.*, p. 77 ; nous soulignons.

¹⁵⁶⁶ On retrouve ici la problématique que mettent en valeur les notions de coutume constitutionnelle et de conventions de la Constitution, celle de l'*opinio juris* qui les caractérise. Voir en ce sens *supra*, Titre I, Chapitre 2, section 2, §1, B, 1.

¹⁵⁶⁷ Kelsen insiste lui-même sur ce point lorsqu'il écrit par exemple que, « selon toute probabilité, [...] les motivations de la conduite licite ne se résument pas à la peur des sanctions prévues par le droit ni même à la croyance dans le caractère obligatoire des règles ». Et, plus loin : « si, dans l'ensemble, les hommes se conduisent conformément aux règles de droit, il serait injustifié d'en conclure que leur conduite est déterminée par la contrainte psychologique qu'exerce l'idée de l'ordre : la peur des sanctions prévues », H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 75. Pour autant, l'approche normativiste du droit ne permet pas d'extraire le principe juridique de la relation binaire entre commandement et sanction ; c'est l'analyse que livre notamment Carlos-Miguel Pimentel, « Reconnaissance et désaveu (I) : l'avènement de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être », *Jus politicum* n° 5, décembre 2010. Le droit politique semble ainsi fait sien le constat suivant : « l'effectivité d'une norme juridique n'est pas directement liée à l'application d'une sanction en cas de non-respect de celle-ci », Y. Leroy, « La notion d'effectivité en droit », *Droit et société* n° 79, 2011, p. 723.

¹⁵⁶⁸ « Même dans les pays de constitutionnalisme écrit, la constitution ne vaut pas par elle-même, mais seulement en ce que l'on s'accorde pour faire toujours prévaloir la signification qui lui est donnée par les organes politiques », C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

461. Bien qu'il ne partage pas tous les postulats de Kelsen, Herbert Hart a lui-même suggéré un rapport étroit quoiqu'imprécis entre efficacité et validité : puisque cette dernière émane, d'un point de vue interne à l'ordre juridique, de la norme de reconnaissance, il n'existera de normes qu'autant que les prescriptions qu'elles produisent seront globalement obéies, donc effectives : « tant que les règles de droit qui sont valides au regard des critères de validité du système sont obéies par l'ensemble de la population, ce fait constitue certainement la seule preuve dont nous ayons besoin pour établir l'existence d'un système juridique donné »¹⁵⁶⁹. Dans la pensée de Hart comme dans celle du droit politique, la reconnaissance s'éprouve à l'aune de l'effectivité. Pour le juriste anglais cependant, cette dernière ne s'apprécie finalement qu'à la lumière des décisions d'autorités, notamment juridictionnelles¹⁵⁷⁰. Une telle assertion repose sur le présupposé inavoué de la conformité des décisions de justice aux critères de la règle de reconnaissance, ce qui produit en réalité un raisonnement circulaire, par là inabouti¹⁵⁷¹. Au contraire, en tant que composante d'une théorie de la légitimité, la reconnaissance ne peut apparaître dans les travaux du droit politique que comme une donnée collective et impersonnelle, dépassant les autorités normatives. L'effectivité devient ainsi le trait d'union incontournable pour affiner une théorie du lien entre légitimité et légalité¹⁵⁷².

462. Abandonner le repère méthodologique que constitue le critère juridictionnel de la règle de reconnaissance rend cependant plus précaire l'appréhension du fait social comme témoin de la juridicité. Mais les *juspolitistes* ne prétendent pas évaluer le droit à l'aune d'une analyse sociologique de la réception des règles de droit ; le droit politique se distingue ainsi d'une forme de réalisme juridique qui déconstruit le droit au nom d'une

¹⁵⁶⁹ H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles : Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, p. 133.

¹⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 119 et ss. Michel Troper écrit à ce propos que, du point de vue de Hart, « la règle de reconnaissance n'est pas elle-même énoncée explicitement. Son existence ressort de la pratique effective des tribunaux et des autorités officielles [...] C'est la constatation de la règle de reconnaissance qui permet à la science du droit de déterminer les limites de son objet, puisque les règles qu'il s'agit de décrire sont celles qui sont identifiées par les tribunaux. [...] Elle est une pratique sociale constatée par la science du droit », M. Troper, *Philosophie du droit*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 4e éd., 2015, p. 53.

¹⁵⁷¹ Michel Troper évoque cette limite intrinsèque à la théorie de la règle de reconnaissance : « si cette règle correspond à la pratique des tribunaux et des autres autorités publiques, comment identifier les tribunaux et les autorités publiques ? On ne pourrait évidemment pas répondre qu'il s'agit des autorités habilitées par une règle secondaire puisque, par hypothèse, on ignore encore, préalablement à l'emploi d'une règle de reconnaissance, quelles sont les règles secondaires qui font partie du système », *ibid.*, p. 54.

¹⁵⁷² Marie-Anne Cohendet estime en ce sens que « [...] la légitimité est un facteur important de l'effectivité voir, médiatement, de la validité des normes », M.-A. Cohendet, « Légitimité, effectivité et validité », in M. Ameller, P. Ardant, J.-C. Bécane, (dir.), *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris : Montchrestien, 2001, p. 212.

méthode réputée scientifique¹⁵⁷³, afin de se concentrer sur l'« ancrage social des règles »¹⁵⁷⁴. Au contraire postule-t-il que le droit et le discours doctrinal qui en rend compte ne peuvent faire l'économie de *fictions*, dont « [l]e caractère empiriquement faux est rationnellement assumé »¹⁵⁷⁵. La première des fictions mobilisées par le droit politique est celle de l'unanimité : évidemment dénuée de toute réalité – comme en témoignent les débats politiques incessants sur la teneur du droit –, la fiction de l'unanimité n'en est pas moins nécessaire pour *penser* divers aspects du système juridique. C'est notamment le cas de l'État¹⁵⁷⁶, ou du principe de la souveraineté constituante, indispensable à la théorie de la démocratie¹⁵⁷⁷, qui renvoient à des réalités reconstruites, artificielles, fictives. C'est également le cas de la reconnaissance¹⁵⁷⁸.

463. Le principe de l'effectivité du droit n'est donc jamais que l'instrument conceptuel menant à son terme l'idée de la reconnaissance. Ponctuellement, il sera l'outil d'identification de pratiques ou de décisions juridiques, moins en tant qu'élément constitutif de la normativité, qu'en qualité de révélateur d'un sentiment de juridicité de la part de leurs auteurs, le témoin de l'*opinio juris*, qui occupe une place primordiale dans l'identification du droit constitutionnel par le droit politique¹⁵⁷⁹. Ce faisant, l'effectivité d'une prescription ne traduit pas seulement l'obéissance, mais le lien plus complet de la

¹⁵⁷³ Ce qui est l'ambition du positivisme sociologique, défendu notamment par Léon Duguit. Le maître de Bordeaux a cependant ainsi glissé vers le scientisme, en prétendant possible la connaissance du droit objectif par l'application de la méthode sociologique. Sur cette question, voir : A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 155-157.

¹⁵⁷⁴ Le droit politique dépasse ainsi le champ d'études du réalisme scandinave, tel qu'il est présenté par Évelyne Serverin, « Quels faits sociaux pour une science empirique du droit ? », *Droit et société* n° 50, 2002, p. 61.

¹⁵⁷⁵ P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 538.

¹⁵⁷⁶ L'unanimité politique, nécessairement fictive, fait l'objet de développements conséquents dans la thèse de Pierre-Marie Raynal, qui l'identifie comme une fiction *interne* à l'organisation politique moderne : « afin de légitimer l'habileté à commander et le devoir d'obéissance et donc l'ordre constitutionnel, la rhétorique étatique entend en effet persuader de la présence de la volonté indivisible et suprême, impersonnelle et permanente, de l'Unité politique, qui demeure pourtant irrémédiablement absente sur le plan concret de la réalité politique », *ibid.*

¹⁵⁷⁷ Olivier Beaud écrit à ce titre que « [...] le droit obéit ici à une autre logique que la logique scientifique. Il construit une réalité artificielle qui a un effet social déterminant : il pacifie et stabilise la vie politique de l'État en mettant à l'abri de la contestation la décision même faiblement majoritaire », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 299.

¹⁵⁷⁸ Carlos-Miguel Pimentel suggère ainsi le recours à la fiction lorsqu'il écrit que « l'idée de reconnaissance ne suppose pas non plus de renoncer à prendre en compte la réalité de la contrainte sociale : il est très rare que la reconnaissance collective soit formalisée par des procédures qui permettent à chaque individu de l'accorder ou de la refuser librement, de sorte qu'entre la reconnaissance de la collectivité et le consentement de l'individu, s'insèrent toutes les formes concevables de pouvoir social, de pressions exercées sur chacun au nom du *consentement présumé de tous* », C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008 ; nous soulignons.

¹⁵⁷⁹ Voir en ce sens *supra*, Titre I, Chapitre 2, section 2, §2, B, 1.

reconnaissance, la rencontre entre un commandement et le consentement collectif qui lui confère sa juridicité¹⁵⁸⁰. Quoiqu'elle rencontre certaines lacunes d'ordre méthodologique¹⁵⁸¹, la doctrine du droit politique n'en livre donc pas moins une théorie consistante, qui présente le mérite, fondamental, de la cohérence. Le concept de reconnaissance, qui complète adéquatement le principe de la souveraineté constituante, permet d'envisager le droit politique comme une théorie rompant tout à la fois avec l'objectivisme et le subjectivisme juridiques.

§2 : Une théorie de l'intersubjectivité

464. La considération de la souveraineté constituante conjuguée à la consécration de la reconnaissance comme critère de la juridicité met en lumière le rôle décisif que peut jouer le droit constitutionnel dans l'établissement d'un concept objectif de légitimité. La pensée du droit politique dévoile à cet égard l'originalité de sa démarche, irréductible à une simple doctrine positiviste, non plus qu'à une sentencieuse théorie *jusnaturaliste*. Le droit n'est pas un donné objectif, ni le simple fruit de la volonté de quelques hommes. Il est le produit de la rencontre d'appréciations infinies de légitimité, de reconnaissances collectives ; il n'existe donc qu'en tant que fruit de l'*intersubjectivité*¹⁵⁸². Ce terme est employé par Olivier Jouanjan pour caractériser la démarche de Georg Jellinek, dans la considération qu'accordait le penseur allemand à la reconnaissance du droit par ses sujets¹⁵⁸³. Le subjectivisme radical¹⁵⁸⁴ que le maître de Heidelberg exprimait par ce biais

¹⁵⁸⁰ Elle présente également le mérite, selon Jean-Jacques Sueur, de démontrer le lien inextricable entre le droit et son contexte social : J.-J. Sueur, *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, Québec : Presses Universitaires de Laval, coll. Diké, 2011, p. 159-160.

¹⁵⁸¹ Qui seront exposées plus avant dans la seconde partie de cette thèse.

¹⁵⁸² Jean-Jacques Sueur évoque la « réalité intersubjective du juridique » pour traduire le fait que « le droit « parle » aux hommes et ceux-ci se parlent, en partie et plutôt sporadiquement d'ailleurs, en ayant recours pour le faire aux mots du droit », J.-J. Sueur, *Une introduction à la théorie du droit*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2001, p. 158.

¹⁵⁸³ Olivier Jouanjan écrit ainsi que « le *subjectivisme* de l'auteur de la *Théorie générale de l'État* est, profondément, pensée de l'*intersubjectivité* : on n'est sujet que l'un pour l'autre. [...] Une norme oblige lorsqu'elle agit de façon motivante chez un individu rationnel, ce qui suppose que le fondement de cette obligation soit la conviction de sa validité, sa reconnaissance en tant que norme. Mais cette reconnaissance de la norme n'est possible que dans l'horizon intersubjectif dans lequel le sujet peut anticiper que la même norme agira de la même façon chez l'autre sujet, celui avec lequel s'est noué un rapport », O. Jouanjan, « Préface. Georg Jellinek ou le juriste philosophe », in G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, p. 81.

¹⁵⁸⁴ O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX^e siècle*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 314.

est toutefois nuancé dans la pensée du droit politique, notamment par le recours à l'institutionnalisme dont elle témoigne (A). L'intersubjectivisme *juspolitiste* se présente alors comme le moyen de penser la Constitution à travers un prisme contractualiste renouvelé (B).

A. Une théorie parachevant l'institutionnalisme

465. L'institutionnalisme, tel qu'il a été notamment développé par Maurice Hauriou, emprunte sans conteste la voie de ce que nous appelons ici l'intersubjectivité. Le maître toulousain a en effet cherché une voie médiane dans « la querelle de l'objectif et du subjectif »¹⁵⁸⁵, une voie plus adaptée à son concept central d'institution : « dans la mesure où l'*institution* est un fait social et l'État une institution spécifique, celui-ci ne peut s'expliquer ni par les mécanismes constructeurs de l'individualisme rationaliste, ni par les principes de solidarité du sociologisme »¹⁵⁸⁶. S'inspirant largement de cette démarche institutionnaliste, le droit politique présente une conception intersubjective de l'origine du droit. C'est par ailleurs dans la théorie de Maurice Hauriou que les *juspolitistes* trouvent l'argument de la résolution du paradoxe apparent entre deux de leurs thèses, celle de la mutabilité du droit constitutionnel et celle de l'immutabilité de l'acte constituant¹⁵⁸⁷. Hauriou avait en effet proposé la théorie de la « fondation constituante », qui concilie subtilement ces deux aspects. Quoiqu'elle implique quelques adaptations à la doctrine proprement *juspolitiste*, cette théorie de la fondation permet ainsi tout à la fois de consacrer le principe institutionnel de la souveraineté constituante (1) et celui de l'évolutivité permanente de la portée accordée au texte constitutionnel (2).

¹⁵⁸⁵ S. Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris : PUF, coll. L'interrogation philosophique, 1992, p. 179. Eric Millard relève la même conciliation que tente d'opérer la théorie hauriousienne, entre l'objectif, qui, seul, empêche l'action, et le subjectif qui, exacerbé, empêche de penser la stabilité du droit : É. Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société* n^{os} 30-31, 1995, p. 395 et ss.

¹⁵⁸⁶ S. Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris : PUF, coll. L'interrogation philosophique, 1992, p. 180.

¹⁵⁸⁷ O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 452.

1. Une doctrine consacrant le pouvoir constituant comme institution

466. Comme nous avons déjà pu l'évoquer¹⁵⁸⁸, il ressort des écrits du droit politique que leurs auteurs appréhendent le pouvoir constituant comme une institution, exerçant la souveraineté de l'État. Le caractère éminemment politique de l'acte fondateur encourage en effet à considérer son caractère vivant, dynamique et décisionnaire, et à consacrer la nature institutionnelle du pouvoir constituant, plutôt que celle du texte de la Constitution. Maurice Hauriou lui-même concédait à cet égard que les règles de droit ne jouent qu'un « rôle secondaire » car « [...] elles sont inférieures aux idées directrices qui ont eu assez de vie pour s'incorporer »¹⁵⁸⁹ ; elles sont davantage le *produit* des institutions que des institutions elles-mêmes.

467. C'est en tant qu'institution que le pouvoir constituant appelle à lui le principe de la reconnaissance. Quoique ce ne soit pas le terme que lui confère Hauriou, qui préfère évoquer l'idée d'un « consentement coutumier »¹⁵⁹⁰, la démonstration ici à l'œuvre est quasiment similaire : le pouvoir constituant ne peut agir que par la grâce de l'assentiment de ses futurs sujets. En effet, selon le doyen de Toulouse, « ce ne sont pas les commandements du pouvoir au moment où ils sont produits comme des actes qui sont acceptés. Ce n'est même pas le pouvoir en soi qui est accepté, *c'est l'institution politique au nom de laquelle le pouvoir commande* »¹⁵⁹¹. Pour Hauriou, cette acceptation est d'abord attachée à l'idée d'œuvre qui anime l'institution, la finalité dont elle se dote, et sa capacité à l'accomplir¹⁵⁹². Simone Goyard-Fabre estime dès lors que l'institution s'appréhende comme « la synthèse de l'idée, du consentement et du Pouvoir »¹⁵⁹³. Ces trois éléments apparaissent tous sous des dénominations différentes dans les travaux du

¹⁵⁸⁸ Voir *supra*, section 1, §2, A, 2.

¹⁵⁸⁹ M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *4^e des Cahiers de la Nouvelle journée*, 1925, reprod. in M. Touzeil-Divina (dir.), *Miscellanées Maurice Hauriou*, Le Mans : L'Épitoge, coll. Historique du droit, 2013, p. 173.

¹⁵⁹⁰ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 4 et ss.

¹⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 4 ; nous soulignons.

¹⁵⁹² Cette position doctrinale trouve un certain écho dans la pensée de Georges Burdeau lorsqu'il écrivait que « [...] quand les individus pensent l'État pour en faire le siège du Pouvoir, quelle que soit la transcendence qu'ils lui attribuent ainsi, leur pensée n'est pas indifférente à la finalité de ce Pouvoir. C'est dire que l'institutionnalisation ne bénéficie qu'à un Pouvoir qui est accepté. La légitimité qu'elle lui confère procède de sa conformité à la représentation dominante dans la collectivité quant à son rôle dans la société », G. Burdeau, « L'État entre le consensus et le conflit », *Pouvoirs* n° 5, 1978, p. 67 ; nous soulignons.

¹⁵⁹³ S. Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris : PUF, coll. L'interrogation philosophique, 1992, p. 180.

droit politique : l'idée d'œuvre recoupe la légitimité du pouvoir constituant¹⁵⁹⁴, le consentement s'apparente à la reconnaissance¹⁵⁹⁵, et le pouvoir se manifeste par le caractère souverain et unilatéral de la décision constituante.

468. La fondation constituante, appréhendée sous le sceau de l'institution, permet dès lors d'envisager la continuité constitutionnelle comme la conséquence de la survie de son idée d'œuvre. Ainsi que l'écrivait Maurice Hauriou, « non seulement les idées mènent le monde, mais elles le soutiennent et le font durer. [...] Les institutions reposent [d'abord] sur la force des idées »¹⁵⁹⁶. En termes *juspolitistes*, la Constitution tire donc son autorité juridique de la reconnaissance continue du principe de légitimité qui la sous-tend. Dès lors, « [...] le phénomène de la durée, de la fondation continuée, fait que cette constitution se détache progressivement de la personne concrète et active du peuple comme génération pour former un ensemble constitutif de l'État auquel adhèrent les générations successives »¹⁵⁹⁷. Le texte constitutionnel joue à cet égard un rôle crucial, en ce qu'il concentre sur lui la reconnaissance dont bénéficie l'institution fondatrice. Il n'est cependant que le convoyeur d'une légitimité qui le dépasse¹⁵⁹⁸ ; toutes ses dispositions ne revêtent ainsi pas la même force sociale, puisque certaines d'entre elles sont indifférentes au principe de légitimité propre à la Constitution¹⁵⁹⁹. À l'instar du droit politique, l'institutionnalisme fait donc peu de cas du formalisme constitutionnel, pour se concentrer sur le droit de la Constitution, et plus précisément sur le principe de légitimité qu'il met en œuvre. La source du droit est ainsi résolument institutionnelle¹⁶⁰⁰ ; cela permet aux

¹⁵⁹⁴ Maurice Hauriou ne dit d'ailleurs pas autre chose lorsqu'il évoque des « principes dominant la constitution, et qui constituent une véritable *légitimité* constitutionnelle », M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 96 ; nous soulignons.

¹⁵⁹⁵ La reconnaissance étant elle-même indissociable du principe de légitimité, autre nom de l'idée d'œuvre, c'est ainsi qu'on peut comprendre cette affirmation de Maurice Hauriou : « l'unité dans l'objet des consentements est réalisée par l'idée de l'œuvre, puisque c'est elle qui est l'objet et qu'elle est une », M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *4^e des Cahiers de la Nouvelle journée*, 1925, reprod. in M. Touzeil-Divina (dir.), *Miscellanées Maurice Hauriou*, Le Mans : L'Épitoge, coll. Historique du droit, 2013, p. 169.

¹⁵⁹⁶ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 74.

¹⁵⁹⁷ O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 450.

¹⁵⁹⁸ Carlos-Miguel Pimentel affirme à ce titre que « [...] la constitution n'a par elle-même aucune valeur, si le principe d'un gouvernement par la constitution n'est pas lui-même reconnu par les sujets », C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

¹⁵⁹⁹ Hauriou lui-même reconnaissait en ce sens que « c'est [aux] principes fondamentaux, et non pas aux détails d'organisation, que s'attache le consentement coutumier des sujets », M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 96.

¹⁶⁰⁰ « La manifestation de volonté commune avec intention de fonder constitue, de beaucoup, l'élément le plus important, elle est le facteur consensuel et, par conséquent, le fondement juridique, non seulement de l'opération de fondation, mais de l'existence même du corps constitué [...] », M. Hauriou, « La théorie de

juspolitistes de penser non seulement la survie du droit à ses auteurs, mais également l'existence de principes intangibles, dont la pérennité déterminera la survie du pouvoir constituant¹⁶⁰¹.

469. L'idée d'*intersubjectivité* du droit prend ici tout son sens, aussi bien dans la conception institutionnaliste d'Hauriou que dans la théorie de droit politique qui s'en inspire : l'ordre juridique est le fruit de la reconnaissance collective des sujets, nécessairement tributaire de leurs subjectivités respectives, de leurs propres appréhensions de la légitimité. Cette pluralité éparse accède cependant à une certaine objectivité de fait, dès lors que les reconnaissances individuelles convergent au profit d'un ordre juridique unifié. Le point de vue *interne* des sujets de droit, relatif et contingent, revêt par ce biais une portée générale qui s'impose à l'analyse *externe* de l'ordre juridique¹⁶⁰².

470. Quoique leurs démarches soient donc très similaires dans leur appréhension du pouvoir constituant, le droit politique ne partage pas entièrement les arguments de Maurice Hauriou. D'abord, en effet, les *juspolitistes* entendent inscrire le constitutionnalisme dans une perspective résolument démocratique ; ils contestent à ce titre la tendance du maître toulousain à admettre que les institutions n'ont besoin que d'un consentement tacite¹⁶⁰³. La théorie de l'assentiment seulement implicite des sujets de droit ouvre en effet la voie à l'hypothèse d'un droit non démocratique, ce que l'avènement de l'ère constitutionnelle aurait justement vocation à dépasser. Olivier Beaud écrit en ce sens que « l'intention démocratique moderne passe par des pratiques

l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », 4^e des *Cahiers de la Nouvelle journée*, 1925, reprod. in M. Touzeil-Divina (dir.), *Miscellanées Maurice Hauriou*, Le Mans : L'Épitoge, coll. Historique du droit, 2013, p. 168.

¹⁶⁰¹ Selon Olivier Beaud, en effet, « cette idée de la fondation constituante est un des moyens de rendre compte juridiquement de la continuité constitutionnelle. [...] La thèse de l'immutabilité de l'acte constituant en tant qu'acte juridique [est ainsi] pensable. Par conséquent tombe du même coup l'objection faite à la limitation matérielle de la révision selon laquelle la mutabilité serait inhérente à la constitution et légitimerait une souveraineté du pouvoir de révision constitutionnelle », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 452.

¹⁶⁰² Dans une certaine mesure, ce raisonnement recoupe celui de Hart qui distingue les jugements de validité, concevables uniquement d'un point de vue *interne* à l'ordre juridique, et l'appréciation globale de l'efficacité de l'ordre juridique, limitée au point de vue *externe* ; H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles : Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, p. 122-124. L'idée de l'intersubjectivité permet d'établir un lien entre ces deux points de vue : c'est la somme des reconnaissances ponctuelles qui impose un ordre juridique objectivement observable.

¹⁶⁰³ C'est ainsi que Maurice Hauriou estimait que le pouvoir de suffrage, par lequel les sujets de droit peuvent accorder ou refuser leur assentiment à l'époque moderne, n'a pas modifié substantiellement le consentement nécessaire au pouvoir institutionnel : « l'organisation moderne du suffrage est en réalité l'organisation formelle d'une très vieille chose, celle de la collaboration des sujets au gouvernement par leur bonne volonté, leur assentiment et leur loyalisme ; la nature de la collaboration n'a pas beaucoup changé, mais la forme s'est précisée [...] », M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 552.

juridiques, élections ou votations. Cela implique d'exclure les manifestations de fait du peuple, opinion publique ou foule révolutionnaire. Il leur manque l'objectivité, ou la certitude si l'on préfère, que confère le suffrage électoral ». En ce sens, la démocratie « [...] est fondée sur un consentement exprès du peuple [...] »¹⁶⁰⁴, qui se manifeste notamment lors de l'adoption de la Constitution.

471. Ce désaccord avec la pensée de Maurice Hauriou s'explique par une autre différence, majeure, de la théorie du droit politique à son égard, celle de la consécration de la souveraineté du pouvoir constituant. En effet, « [...] le juriste de Toulouse refuse d'envisager la question du pouvoir constituant sous l'angle de la souveraineté pour des raisons d'ordre politique, mais aussi en raison de sa position fortement jusnaturaliste »¹⁶⁰⁵. La souveraineté constituante n'est pourtant pas incompatible avec la théorie de la fondation, la consécration de cette dernière ne conduisant pas nécessairement à une banalisation du pouvoir constituant. Tout au contraire, la souveraineté peut justement être envisagée comme la capacité juridique à fonder un nouvel ordre juridique, dès lors qu'elle se caractérise par l'avènement d'un nouveau principe de légitimité¹⁶⁰⁶. À l'instar de ce que propose le droit politique au sujet de la souveraineté, « la fondation constituante est donc conçue à la fois comme une *rupture* décisive – on « fonde » quelque chose qui n'existait pas auparavant – et comme l'amorce d'un mouvement continu de création ininterrompue du droit constitutionnel qui entretiendra l'existence de la constitution ainsi « fondée » »¹⁶⁰⁷. L'autorité absolue reconnue à la souveraineté n'est donc pas incompatible avec la thèse de l'évolutivité du droit constitutionnel, l'immutabilité de l'acte constituant ne concernant finalement que les principes fondamentaux de l'ordre politique établi. La référence à la fondation constituante et continuée de Maurice Hauriou représente ainsi une ressource théorique précieuse pour les auteurs du droit politique, qui y puisent le moyen de concilier ces deux aspects paradoxaux que sont la pérennité constituante et la mutabilité constitutionnelle.

¹⁶⁰⁴ O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 296.

¹⁶⁰⁵ *Ibid.*, p. 448. Sur le jusnaturalisme d'Hauriou, voir : M. Hauriou, « Le fondement du droit. Les principes du droit naturel », in *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, 1933, Caen : Centre de philosophie politique et juridique, coll. Bibliothèque de philosophie politique et juridique. Textes et documents, 1986, p. 11-86 ; O. Beaud, « Hauriou et le droit naturel », *Revue d'histoire des facultés de droit et de science juridique* n° 6, 1988, p. 123-138.

¹⁶⁰⁶ Jacky Hummel écrit ainsi que « [...] comme le montre clairement la théorie de la *fondation constituante* défendue par M. Hauriou, l'opération constituante est comprise, par-delà le moment d'une rencontre entre l'initiative des Pères fondateurs et le consentement de la nation, à la fois comme l'apparition d'un nouveau principe de légitimité et comme le commencement d'un mouvement perpétuel de création du droit constitutionnel », J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2010, p. 151.

¹⁶⁰⁷ O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 448.

2. Une doctrine concédant le changement constitutionnel

472. L'approche institutionnaliste du droit constitutionnel permet de penser la propension au changement des prescriptions juridiques¹⁶⁰⁸. Plutôt que d'être conçue comme antagoniste à la consécration du principe de la souveraineté constituante, elle invite au contraire à un regard complémentaire de ces deux aspects, l'un n'étant jamais que l'aboutissement du second. L'idée de légitimité, centrale en droit constitutionnel, tolère plusieurs déclinaisons au sein du droit politique, et le principe de reconnaissance représente le fil conducteur de leur articulation.

473. Pour Maurice Hauriou déjà, la fondation constituante n'excluait pas le changement constitutionnel, au contraire en constituait-elle le sous-bassement¹⁶⁰⁹. Les *juspolitistes* sont séduits par cet oxymore de la « fondation continuée », qui permet la conjugaison de plusieurs de leurs postulats¹⁶¹⁰. Le cœur de ce paradoxe apparent réside d'abord dans le traitement juridique réservé au texte de la Constitution. Celui-ci, à l'instar des autres énoncés normatifs, ne dispose d'une autorité juridique que dans la mesure où celle-ci lui est *reconnue*. Si le texte reste le premier réceptacle de la volonté constituante et, à ce titre, le premier facteur de reconnaissance du pouvoir souverain, les changements dans la portée des énoncés constitutionnels dépendent, eux, des interprétations qu'en livrent les pouvoirs constitués. Ces derniers, dès lors qu'ils sont justement *constitués*, sont aux prises

¹⁶⁰⁸ Voir en ce sens *supra* Titre I, Chapitre 2, section 2, §2.

¹⁶⁰⁹ « Le droit va du discontinu au continu, et, à chaque fois qu'un événement le rejette dans la discontinuité, il recommence à s'orienter vers la continuité, qui n'est peut-être, ici, qu'une forme de l'inertie. Les destinées du pouvoir constituant n'ont point échappé à cette loi », M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 254. Pour autant, « [...] le droit positif, qui se déroule dans le plan historique, est essentiellement, un droit en mouvement », M. Hauriou, « Le pouvoir, l'ordre, la liberté & les erreurs des systèmes objectivistes », *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1928, reproduit in M. Touzeil-Divina (dir.), *Miscellanées Maurice Hauriou*, Le Mans : L'Épilogue, coll. Historique du droit, 2013, p. 128.

¹⁶¹⁰ Jacky Hummel estime ainsi que « cette doctrine de la *fondation constituante*, embrassant à la fois le moment de l'élaboration de la constitution et l'existence même du corps constitué, permet d'inscrire la constitution dans une durée évolutive qui, entendue dans un sens bergsonien, concilie le nouveau avec l'ancien grâce à une permanente réinvention de l'unité traditionnelle », J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2010, p. 151. Olivier Beaud écrit quant à lui que « [la] doctrine de la fondation constituante a [...] le mérite de décrire à la fois l'événement singulier de l'édiction de l'acte constituant et les événements multiples et répétés de la « fondation continuée » que sont les différents actes d'interprétation de la constitution (pratique et coutume constitutionnelles). Elle réussit à concilier la description du phénomène de la hiérarchie entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués et celui de la continuité de la constitution », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 450.

avec la signification dont ils dotent le texte ; en lui reconnaissant une certaine portée, ils s'obligent à cet égard. Denis Baranger écrit en ce sens que « dans le moment de la reconnaissance se décident donc à la fois, et indissociablement, l'existence, l'obligation, et l'autorité de l'interprète et de la chose interprétée »¹⁶¹¹. L'auteur se réfère ici à une signification restreinte de la reconnaissance, limitée à l'action herméneutique des autorités juridiques. Le raisonnement est cependant transposable au cadre plus vaste des rapports entre les interprétations livrées par les pouvoirs constitués et leur réception par la collectivité des sujets de droit. Comme dans un dialogue à plusieurs voix, les pratiques constitutionnelles supposent en effet un minimum d'entendement commun, entre l'auteur de la pratique, ceux à l'encontre de qui elle s'applique et les sujets, adressataires plus lointains, du droit¹⁶¹². L'œuvre constituante est ainsi aux prises du temps, condamnée à évoluer au rythme de la reconnaissance dont bénéficie l'ensemble de l'équilibre institutionnel.

474. Cette grille de lecture institutionnaliste implique à cet égard une certaine systématisation des critères de la reconnaissance ; il est en effet des circonstances politiques ou procédurales qui favorisent soit l'inauguration, soit l'abandon de certaines pratiques et une approche consciencieuse du droit constitutionnel suppose de pouvoir les identifier. Il apparaît à ce titre que le premier facteur de la reconnaissance consacré même de façon implicite par les auteurs du droit politique résulte de l'exercice du pouvoir constituant : en tant que définition du principe de légitimité dominant, l'acte matériellement constituant sera vraisemblablement le premier étalon à l'aune duquel sera évaluée l'opportunité de la pratique politique. À ce premier critère matériel succède immédiatement un second, organique : puisque ce n'est pas tant le droit qui est reconnu que les institutions qui le produisent, leur autorité normative sera à la hauteur de leur légitimité propre, qu'elle soit strictement institutionnelle ou, plus pragmatiquement, personnelle. C'est ainsi devenu une banalité de dire que le Président de la V^e République

¹⁶¹¹ D. Baranger, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2008, p. 23.

¹⁶¹² Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si la notion de convention de la Constitution proposée en droit français par Pierre Avril repose justement sur le consentement des institutions politiques concernées. Voir en ce sens : P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 128 et ss. Voir également *supra* Titre I, Chapitre 2, Section 2, §1, B, 1. Dans le même sens, Florian Savonitto a pu démontrer que le discours sur la violation de la Constitution mobilise trois niveaux discursifs. Pour Ariane Vidal-Naquet qui analyse sa thèse, « [sa] véritable audace [...] est de proposer d'adjoindre un troisième acteur : à l'auteur du texte et au lecteur s'ajoute désormais l'auditoire, ce qui implique alors de raisonner non plus en deux, mais en trois temps : l'écriture, la lecture, la *réception* », A. Vidal-Naquet, « F. Savonitto, Les discours constitutionnels sur la « violation de la Constitution » sous la V^e République, Paris, LGDJ, 2013 », *Jus politicum* n° 16, juillet 2016 ; nous soulignons.

dispose d'une autorité politique fondamentale, accrue notamment par le mode d'élection mis en œuvre depuis 1965¹⁶¹³. Cette logique atteint son paroxysme lorsque la pratique institutionnelle dispose d'une validation populaire expresse : mobilisant à la fois la représentation collective du peuple comme souverain et le principe de la légitimité démocratique, le référendum dispose ainsi de la puissance nécessaire pour entériner la reconnaissance d'une nouvelle orientation constitutionnelle¹⁶¹⁴.

475. La reconnaissance peut donc être suscitée, ou du moins entretenue par les institutions¹⁶¹⁵. Plus encore, pour les *juspolitistes*, il ne suffit pas que l'équilibre institutionnel puisse être reconnu, encore doit-il pouvoir être *désavoué*. Si le consentement tacite dont se contentaient Maurice Hauriou et Carl Schmitt est jugé insuffisant au titre du droit politique, c'est notamment parce qu'il ne laisse aucune place au refus¹⁶¹⁶. Aux procédures permettant à l'ensemble des citoyens d'exprimer positivement leur soutien à l'action politique, lors notamment des échéances électorales, doivent s'agréger des moyens leur permettant de la désavouer. Un tel raisonnement permet d'éclairer sous un jour nouveau l'engouement des *juspolitistes* pour les mécanismes de responsabilité politique : instrument de l'évaluation des institutions et de

¹⁶¹³ Marie-Anne Cohendet écrit en ce sens que, « sous la V^e République, cette légitimation populaire sera utilisée comme étant l'argument majeur pour tenter de justifier les abus de pouvoir présidentiels », M.-A. Cohendet, *Le président de la République*, Paris : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2^e éd., 2012, p. 28. Si par « abus », on entend interprétations de la Constitution à son bénéfice, on peut affirmer sans peine que le chef de l'État dispose, par sa légitimité personnelle, des moyens d'étendre son influence institutionnelle.

¹⁶¹⁴ C'est d'ailleurs au nom de la légitimité qu'Olivier Beaud estime que toute loi altérant la matière essentiellement constitutionnelle doit faire l'objet d'une ratification populaire, afin que l'acte constituant alors opéré se manifeste. La procédure, qui ne doit pas faire l'économie de la solennité constituante, peut alors être entendue comme le facteur décisif de la reconnaissance. Dès lors, dans les domaines touchant au cœur de la matière constitutionnelle, « l'appel au pouvoir constituant est [...] bien le seul moyen de respecter la souveraineté du peuple. [...] La qualification constituante légitime donc la compétence du peuple au détriment de celle du Parlement ou du Congrès comme instance de révision », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 483.

¹⁶¹⁵ On trouve un certain écho à cette pensée dans les écrits de Georges Burdeau, qui évoquait une « solidarité fonctionnelle entre commandement et obéissance ». C'est sous les traits de la reconnaissance que se présente une telle articulation dans les écrits du droit politique, mais l'analyse de Burdeau raisonne harmonieusement à cet égard : « [...] ce qui fait la valeur du commandement – et j'entends par là non seulement sa portée intrinsèque, ce qui va de soi, mais aussi son efficacité sociale – c'est son contenu et non la bouche qui le prononce. Cela ne veut pas dire pour autant qu'il faille tenir pour rien la personnalité de celui qui commande. S'il jouit d'autorité, c'est à raison de sa capacité d'être *auctor*, instigateur d'intention. Mais cette capacité se mesure à l'audience qu'il reçoit, c'est-à-dire à l'accueil qui est fait à sa parole. Elle s'incorpore au discours et c'est le discours qui, ainsi coloré par l'autorité de celui qui le prononce, détermine l'obéissance », G. Burdeau, *Traité de Science politique, T. V : Les régimes politiques*, Paris : LGDJ, 3^e éd., 1985, p. 41-42.

¹⁶¹⁶ « [...] On ne peut plus se contenter de la vision plutôt « plébiscitaire » ou conservatrice de la démocratie qui est propre à la thèse « réaliste » de Hauriou et Schmitt, sur le consentement tacite du peuple. Il est clair qu'une telle conception qui s'oppose à la conception représentative dans laquelle le peuple joue un rôle actif d'investiture et de légitimation est antidémocratique. Il n'est en effet jamais facile de reconnaître le consentement tacite d'un peuple qu'ont toujours invoqué les chefs autocratiques », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 295.

leur pratique¹⁶¹⁷, elle est aussi, concomitamment, le gage de la confiance des sujets de droit et, par là, la garantie de la pérennité du régime constitutionnel.

476. Si la souveraineté constituante, comme l'action normative des pouvoirs constitués, dépendent de la reconnaissance dont elles disposent, elles sont logiquement soumises à la nécessité de présenter une certaine cohérence, eu égard notamment aux valeurs fondamentales du régime établi. L'évolutivité du cadre institutionnel est donc limitée, dès lors qu'un écart trop vaste entre la volonté originaire passée et le droit effectivement mis en œuvre à l'époque contemporaine condamne l'ensemble au désaveu. C'est en ce sens que l'on peut comprendre la rancœur exprimée par Georges Burdeau sous la IV^e République à l'encontre du régime en place : « c'est un fait que toutes les institutions qui constituent l'armature de notre vie politique et sociale sont vieilles. Vieilles au double sens du terme, par leur ancienneté d'abord et par l'affaiblissement de leur vitalité »¹⁶¹⁸. La reconnaissance, couplée à une approche institutionnelle, permet donc bien d'envisager le changement constitutionnel, par-delà la pérennité d'une légitimité fondatrice¹⁶¹⁹. Elle conduit cependant à mettre en garde contre une érosion trop profonde, qui précipiterait la fin de l'édifice constitutionnel en vigueur.

477. La consécration de la souveraineté constituante n'est donc pas un obstacle à une conception évolutive du droit constitutionnel, mais elle suppose, par le principe de légitimité qu'elle mobilise, l'existence de limites intrinsèques, quoique rarement prédictibles, à cette évolutivité. Le principe de la reconnaissance, aisément intégré à l'analyse institutionnelle, mène la danse de la pérennité et du changement constitutionnels. Sans être elle-même une institution, la Constitution fait ainsi office de *contrat social*, au sens strict et non au sens que lui ont octroyé les philosophes des Lumières : elle est le cadre institutionnel dont la collectivité des sujets entend se doter et elle est susceptible de faire l'objet d'avenants, au gré de l'assentiment – parfois exprès, souvent tacite – de ses multiples parties.

¹⁶¹⁷ Voir en ce sens *supra* Titre I, Chapitre 2, section 2, §2, A, 2.

¹⁶¹⁸ G. Burdeau, « Une survivance : la notion de Constitution », 1956, in *Écrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, préf. J.-M. Denquin, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2011, p. 235. L'auteur déplore, à la page suivante, « [...] un héritage dont les ressources s'amointrissent sans cesse parce qu'elles ne sont pas à la mesure des besoins de notre époque ». Si Burdeau ne vise pas ici la reconnaissance à proprement parler, on peut interpréter la vieillesse institutionnelle qu'il déplore comme le résultat du désaveu du régime constitutionnel, induit par un décalage trop grand à l'égard des aspirations constituantes.

¹⁶¹⁹ Jacky Hummel appelle ainsi à « [...] mettre en évidence la légitimité véhiculée par une matière constitutionnelle dont les changements formels de constitution n'altèrent pas la quintessence », J. Hummel, « Histoire et temporalité constitutionnelles », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

B. Une théorie renouvelant le contractualisme

478. Le droit politique mobilise régulièrement un vocabulaire qui conduit à considérer la Constitution comme le résultat d'un pacte social¹⁶²⁰ ou plus largement, à souligner la nature éminemment conventionnelle de l'acte constituant. Quoiqu'une telle approche n'ait finalement que peu à voir avec les grandes théories du contrat social, elle participe néanmoins de la même ambition, celle de penser un pouvoir construit sur l'adhésion – même partiellement factice – de la collectivité politique. La Constitution telle qu'elle est présentée par les tenants du droit politique présente ce faisant une véritable *intersubjectivité* : elle est d'abord le fruit de la subjectivité du pouvoir constituant, ce que sous-entend notamment l'idée de souveraineté (1). Elle répond cependant à une nécessaire dose d'objectivisme qui, sans éclipser la part de subjectivisme à l'œuvre, permet seul de lui conférer une autorité juridique (2).

1. Le subjectivisme du pouvoir constituant

479. La seule évocation du contractualisme appliqué à la Constitution suppose au préalable de préciser la portée d'une telle notion. L'idée de contrat peut en effet prêter à confusion dès lors qu'il revêt en droit, une signification déterminée, celle de la formalisation d'un accord de volontés qui engage les parties, et disparaît à l'extinction des obligations respectives ou lorsque les parties elles-mêmes y mettent fin¹⁶²¹. Cette définition est manifestement inadaptée au cadre constitutionnel, ne serait-ce que parce que sa transposition depuis le droit civil représenterait « une négation de l'autonomie du droit public »¹⁶²². Telle qu'elle est évoquée par le droit politique, la notion de contrat ne peut non plus s'entendre comme un *pacte*, qui « [...] présuppose qu'au moins deux

¹⁶²⁰ Jacky Hummel déplore par exemple « la déchéance de l'identification de la constitution à un pacte social renouvelé », J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2010, p. 37 et ss.

¹⁶²¹ Le dictionnaire dirigé par Gérard Cornu définit en ce sens le contrat comme une « espèce de convention ayant pour objet de créer une obligation [...] » et comme un « accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations », G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 12^e éd., 2018, p. 260.

¹⁶²² O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 250.

parties de ce pacte lui préexistent et continuent à exister après lui [...] »¹⁶²³. Une telle hypothèse serait incompatible avec l'idée de souveraineté du pouvoir constituant, ainsi que l'affirme Olivier Beaud : « il s'agit d'une logique procédurale inverse de celle de la souveraineté puisque l'autorité qui ratifie en dernière instance est considérée comme cocontractante et non pas comme souveraine »¹⁶²⁴. Du point de vue du droit politique, il n'est donc pas opportun de considérer l'acte constituant comme le fruit d'un compromis établi par deux ou plusieurs parties identifiées. Il semble que le terme le plus approprié pour restituer la conception retenue par les auteurs *juspolitistes* soit celui de la *convention*, au sens non juridique, mais littéral : si l'existence de la Constitution dépend de la reconnaissance dont bénéficient son auteur et les pouvoirs qu'elle institue, il faut admettre qu'elle n'est jamais que ce que les membres de la société *conviennent* d'en faire¹⁶²⁵. Plus qu'un contrat entre gouvernants et gouvernés¹⁶²⁶, le texte constitutionnel résulte donc bien davantage d'une convention *sur la nature du souverain lui-même et entre les composantes du souverain*, convention qui se manifeste conceptuellement par la reconnaissance et empiriquement par le référendum constituant. Ainsi pensée, la convention fondatrice du droit constitutionnel est conciliable avec le principe de la souveraineté, si l'on considère que c'est l'exercice de la souveraineté lui-même qui fait l'objet d'un consensus social.

480. Même si elle partage avec lui une propension évidente au subjectivisme, l'idée *juspolitiste* de convention constitutionnelle ne se confond pas avec les théories du Contrat social héritées des Lumières. En effet, le contractualisme ne considérerait pas par là une œuvre de législation suprême, mais le passage de l'état de nature à l'état civil¹⁶²⁷ et, ainsi, la création de l'unité politique du peuple¹⁶²⁸. Le Contrat social ne permet donc pas de

¹⁶²³ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, préf. O. Beaud, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 197. C'est pour cette raison notamment que Schmitt réservait l'idée de pacte à l'acte de fondation d'une Fédération ; *ibid.*

¹⁶²⁴ O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 248.

¹⁶²⁵ L'étymologie est ici évocatrice, puisque le mot de « convention » est en effet forgé autour du préfixe *cum-* (avec) et du radical *venire* (venir), deux termes dont la conjugaison traduit la dynamique de confluence au cœur du concept de reconnaissance.

¹⁶²⁶ Ce que suggérait Maurice Hauriou lorsqu'il écrivait que « [...] toute constitution est un pacte constitutionnel entre le Gouvernement et le peuple », M. Hauriou, *Principes de droit public*, préf. O. Beaud, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2010, p. 217.

¹⁶²⁷ « Les théories du contrat social font [...] preuve d'une très grande abstraction. Elles postulent la validité non pas d'une Constitution, mais d'un pacte social conclu entre des individus tous égaux et désireux de sortir de leur état de nature pour vivre socialement sans pour autant perdre leur liberté réputée naturelle », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 51.

¹⁶²⁸ C'est ce qu'expliquait par exemple Carl Schmitt : « [...] les constructions théoriques d'un contrat social, de société ou d'État [...] sont censées servir à fonder l'unité politique d'un peuple *ex nihilo* », C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, préf. O. Beaud, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 195.

penser directement la Constitution, puisque l'adoption de cette dernière suppose l'existence d'un peuple préalablement unifié¹⁶²⁹. Le droit politique distingue donc scrupuleusement la question de la construction de l'État de celle de l'exercice du pouvoir constituant : la première relève de la philosophie alors que la seconde seule mérite l'attention du juriste¹⁶³⁰. La pensée *juspolitiste* relègue, ce faisant, la question du Contrat social dans les limbes du droit naturel et s'en détourne¹⁶³¹. Elle s'appuie à ce titre sur l'histoire du concept de Constitution lui-même. Les premiers constituants, bien que nourris de la postérité des Lumières, ont en effet procédé à la même dissociation entre Contrat social et pouvoir constituant¹⁶³². Ce dernier est à la limite conçu comme le « renouvellement » du pacte originel¹⁶³³, mais il ne saurait s'y substituer. Fidèle à cette signification première que revêt la Constitution, le droit politique ne prête pas à l'idée de contrat constitutionnel d'autre fonction que celle de fixer les modalités selon lesquelles sera exercé le pouvoir d'un État préalablement constitué.

481. Cet héritage conceptuel de la Révolution démontre toutefois assez le subjectivisme qui imprègne la pensée *juspolitiste*. Ainsi Jacky Hummel écrit-il que « [...] la métaphore d'une répétition du contrat social [...] demeure [...] fort utile à qui souhaite comprendre ce qui est engagé dans le moment constituant »¹⁶³⁴, en l'occurrence le « consensus social

¹⁶²⁹ Carl Schmitt écrivait à ce titre qu'« [...] une constitution qui repose sur un acte du pouvoir constituant du peuple est nécessairement différente par essence d'un pacte social, d'un Contrat social. Le principe démocratique du pouvoir constituant du peuple conduit à la création de la constitution par un acte du peuple *capable d'agir politiquement*. Il faut que le peuple soit existant et présupposé comme unité politique s'il doit être le sujet d'un pouvoir constituant », C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, préf. O. Beaud, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 195 ; nous soulignons.

¹⁶³⁰ C'est ce qu'affirme en substance Olivier Beaud lorsqu'il estime que « [...] le juriste ne doit pas résoudre le même problème que le philosophe et qu'il doit traiter la constitution comme un phénomène juridique », ce qui suppose que soit « excl[u] le contrat social de l'analyse juridique », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 243.

¹⁶³¹ À propos de la pensée de Jean-Jacques Rousseau, Olivier Beaud confronte le Contrat social à la notion de Constitution et estime que « [...] le premier est une notion jusnaturaliste et la seconde une notion de droit positif », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 238.

¹⁶³² C'est ce que démontre notamment « l'œuvre de Sieyès [qui] témoigne [...] de la nécessité de distinguer la constitution du pacte social, ce que la plupart des révolutionnaires admettaient », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 239.

¹⁶³³ J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2010, p. 36. Carlos-Miguel Pimentel démontre pour sa part les liens étroits qui ont historiquement conduit, de la métaphore du Contrat social, à la reconnaissance du pouvoir constituant. Ainsi, à l'origine, « [...] loin d'être analysé comme un acte unilatéral, imposé par voie d'autorité, l'acte constituant est censé être librement consenti par tous, dans une fiction unanime par laquelle la figure purement imaginaire du contrat social prendrait soudainement vie. Pour la première fois dans l'histoire, des hommes vont décider librement des institutions qu'ils veulent créer ; pour la première fois, le mythe du contrat social va devenir réalité », C.-M. Pimentel, « Du contrat social à la norme suprême : l'invention du pouvoir constituant », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

¹⁶³⁴ J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2010, p. 67.

historique »¹⁶³⁵ entre diverses aspirations politiques. Alors que Maurice Hauriou discréditait la fiction contractualiste au nom du subjectivisme qu'elle implique nécessairement¹⁶³⁶, les tenants du droit politique semblent justement valoriser cet aspect, qui constituerait l'intérêt premier d'une étude du pouvoir constituant¹⁶³⁷. Cette posture ne fait, d'ailleurs, que renforcer le subjectivisme déjà prégnant dans le concept de souveraineté.

482. Une telle conclusion pose cependant la question de l'autorité de la Constitution ainsi établie : comment l'objectivité nécessaire à la juridicité peut-elle lui être conférée ? Comment le pouvoir constituant parvient-il à extraire son acte de la contingence des subjectivités qui le produisent ? Car la pensée *juspolitiste*, en consacrant la nature conventionnelle du pouvoir constituant, ne renonce ni tout à fait à la première, ni véritablement aux secondes. Jacky Hummel tient à cet égard des propos révélateurs : « dans nos sociétés marquées par une différenciation sociale, culturelle ou confessionnelle croissante, la constitution, entendue à la fois comme résultat et expression d'un compromis historique originaire qui la définit en tant qu'acte fixant l'unité de la pluralité, pourrait rendre compte, par les interprétations qu'elle autorise, de l'infinie diversité des revendications et demandes de reconnaissance, tout en consacrant certains principes fondamentaux nécessaires à l'établissement d'un monde politique commun (c'est-à-dire les principes ayant fait l'objet d'un *consensus unionis* lors de l'exercice du pouvoir constituant) »¹⁶³⁸. Il apparaît de fait que, si la considération contractualiste de la Constitution permet de souligner, dans la pensée du droit politique, le subjectivisme du procédé constituant, elle ménage également une forme d'objectivation du peuple qui confère l'autorité nécessaire à son acte de souveraineté.

2. L'objectivation du peuple souverain

483. Le problème de la consécration du pouvoir constituant comme convention sociale repose dans la question de l'autorité juridique de la Constitution : par quel saut qualitatif

¹⁶³⁵ *Ibid.*, p. 68.

¹⁶³⁶ Sur ce point, voir : J. Schmitz, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2013 p. 143 et ss.

¹⁶³⁷ J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2010, p. 70.

¹⁶³⁸ *Ibid.*, p. 76.

les auteurs *juspolitistes* parviennent-ils à théoriser la force objective du droit à partir du consentement présumé de tous ? Il semble que leur pensée à cet égard repose finalement sur la consécration du peuple comme titulaire exclusif de la souveraineté constituante. Alors que la doctrine constitutionnelle s'autorise parfois à dissocier le pouvoir constituant d'une prérogative populaire¹⁶³⁹, c'est, dans le droit politique, la seule légitimité démocratique qui fonde l'autorité de la Constitution et, partant, celle de l'ordre juridique tout entier¹⁶⁴⁰.

484. L'idée imprègne les travaux du droit politique : la Constitution est essentiellement démocratique¹⁶⁴¹. Non seulement la démocratie a-t-elle besoin du constitutionnalisme, mais encore celui-ci ne se conçoit-il que comme son instrument privilégié. En ce sens, la démocratie doit être à l'origine de la Constitution elle-même, l'exercice du pouvoir constituant ne peut donc être confié qu'au peuple, à défaut à ses représentants¹⁶⁴². Cette thèse *juspolitiste* témoigne d'ailleurs d'une influence notable des théories contractualistes à son égard, puisque ce sont elles qui ont permis les premières de conceptualiser l'idée de consentement unanime des citoyens¹⁶⁴³. La doctrine constitutionnelle contemporaine semble, pour une grande part, avoir reçu de l'histoire cette définition du pouvoir

¹⁶³⁹ Florence Chaltiel estime par exemple que le Président de la République est devenu « [...] l'organe-clé de la révision constitutionnelle et, par conséquent [...] de la souveraineté », F. Chaltiel, « Le pouvoir constituant, marque contemporaine de souveraineté. À propos du refus présidentiel de révision constitutionnelle », *D.* 2000, p. 228.

¹⁶⁴⁰ Face à la consécration du pouvoir souverain du peuple en effet, « [...] l'enjeu est de déterminer l'existence ontologique d'un peuple politique préalable pour légitimer la portée constitutionnelle de sa décision », M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne : Institution universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2013, p. 420.

¹⁶⁴¹ On trouve également cette pensée formulée par Christoph Möllers : « il n'y pas de démocratie sans constitutionnalisme, et il n'y a pas de constitutionnalisme sans au moins un élément démocratique [...] », C. Möllers, « Les Gardiennes d'une séparation : les constitutions comme instruments de protection des différences entre le droit et la politique », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

¹⁶⁴² Le droit politique évoque parfois à cet égard l'argument de l'histoire du concept de Constitution, construit selon lui autour du principe démocratique. Olivier Beaud affirme notamment que « [...] la Constitution-norme rend compte de l'irruption du peuple comme acteur juridique dans un monde dont il avait été, jusque-là, écarté. Elle témoigne du *lien étroit entre le pouvoir constituant et la démocratie moderne* [...] », O. Beaud, « Le Souverain », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 37 ; nous soulignons. Il nous semble toutefois nécessaire de relativiser un tel argument, dans la mesure où les premiers penseurs de la Constitution normative ne dissimulaient pas leur hostilité au principe démocratique. Est éloquente en ce sens la fameuse diatribe de Sieyès : « le peuple, je le répète, dans un pays qui n'est pas une démocratie (et la France ne saurait l'être), le peuple ne peut parler, ne peut agir que par ses représentants », E.-J. Sieyès, « Discours du 7 septembre 1789 », *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, Paris : Librairie administrative de Paul Dupont, 1875, p. 594-595, disponible en ligne sur Gallica.bnf.fr.

¹⁶⁴³ Selon l'analyse qu'en livrait Norberto Bobbio, les théories du contrat social reposent sur un « principe de légitimation de la société politique [qui] est le consentement, à la différence de ce qui se passe dans n'importe quelle forme de société naturelle, et notamment dans la société familiale et dans la société seigneuriale », N. Bobbio, *L'État et la démocratie internationale : de l'histoire des idées à la science politique*, trad. N. Giovannini, P. Magnette, J. Vogel, Bruxelles : Éd. Complexe, coll. Etudes européennes, 2001, p. 58. Les prémisses de la théorie moderne de la démocratie sont donc déjà en germe dans les thèses contractualistes.

constituant par référence au peuple. Éric Maulin estime à ce titre que « [...] c'est toujours l'élément de légitimité populaire, et la volonté putative du peuple qui domine [...]. Il faut donc bien admettre [...] que tout pouvoir constituant est un pouvoir constituant *du peuple* au sens où le peuple est supposé être l'auteur et non l'objet de la Constitution »¹⁶⁴⁴. On trouve la même idée sous la plume d'Ernst-Wolfgang Böckenförde lorsqu'il écrivait sentencieusement que « [...] seul le peuple peut être envisagé comme le titulaire (le sujet) du pouvoir constituant »¹⁶⁴⁵. Les débats récents sur l'existence d'un pouvoir constituant européen ont par ailleurs démontré la recrudescence de cette thèse en doctrine¹⁶⁴⁶.

485. Systématiser le pouvoir constituant autour de ce principe démocratique peine cependant à rendre compte de l'histoire constitutionnelle¹⁶⁴⁷. La lecture d'un Carl Schmitt, reconnaissant que le pouvoir constituant peut être confié indifféremment au peuple ou à un Prince, semble à première vue plus fidèle à l'analyse empirique¹⁶⁴⁸. Selon Ernst-Wolfgang Böckenförde cependant, dont la pensée ici tutoie manifestement celle du droit politique, la démonstration de Schmitt n'est pas satisfaisante : « le monarque dont la position est fondée sur une institution juridiquement aménagée, à savoir la monarchie et sa réglementation précise de la succession au trône, ne peut lui-même être pensé comme un fondement originaire et une source, comme le « sans-forme » donnant forme à l'ordre politique et juridique à la manière dont celui-ci prend figure dans la constitution »¹⁶⁴⁹. La seule légitimité susceptible de fonder un ordre constitutionnel laïcisé est, dès lors, démocratique. S'ajoute à cette considération l'argument développé par Olivier Beaud ; « alors que la souveraineté monarchique est un instrument de concentration du pouvoir, la Constitution comme expression du pouvoir constituant du peuple vise à limiter la

¹⁶⁴⁴ É. Maulin, « Le pouvoir constituant dans l'Union européenne », *Droits* n° 45, 2007, p. 75.

¹⁶⁴⁵ E.-W. Böckenförde, « Le pouvoir constituant du peuple, notion-limite du droit constitutionnel », in *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, trad. et préf. O. Jouanjan, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, 2000, p. 210.

¹⁶⁴⁶ Dominique Rousseau écrivait ainsi, pendant la période de l'élaboration du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, que la constitutionnalisation de l'Union aurait supposé « [...] un espace de peuples intégrés qui font société et qui décident souverainement d'énoncer les valeurs qui les font s'assembler et de poser les institutions qui les font vivre », D. Rousseau, « Les constitutions possibles pour l'Europe », *Cités* n° 13, 2003, p. 14.

¹⁶⁴⁷ La seule étude des Constitutions européennes actuellement en vigueur témoigne de la rareté du recours au référendum constituant. Voir sur cette question : S. Pinon, « La participation populaire directe au pouvoir constituant. Regards sur le droit étranger », in F. Balaguer Callejón, S. Pinon et A. Viala (dir.), *Le pouvoir constituant au XX^e siècle*, Paris : Institut universitaire Varenne, LGDJ-Lextenso, coll. Colloques & essais, 2017, p. 183-214.

¹⁶⁴⁸ Le juriste weimarien n'a ainsi eu aucun mal à considérer que, en France, « pendant la Restauration monarchique, 1815-1830, le *roi* est le nouveau sujet du pouvoir constituant », C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, préf. O. Beaud, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 216.

¹⁶⁴⁹ E.-W. Böckenförde, « Le pouvoir constituant du peuple, notion-limite du droit constitutionnel », in *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, trad. et préf. O. Jouanjan, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, 2000, p. 209.

puissance publique »¹⁶⁵⁰. Puisque l'institutionnalisation et la séparation du pouvoir sont l'objet premier de l'acte constituant, ce dernier ne saurait servir d'autres desseins que celui de la souveraineté du peuple ; c'est donc lui qui, logiquement, devrait en être l'auteur. Cet argument, fondé sur la considération de la matière constitutionnelle, rejoint celui de Denis Baranger, tenant à l'unité politique sur laquelle se construit la Constitution : « [...] les sociétés modernes, voient leur identité politique, c'est-à-dire le fondement de leur unité en tant que société politique, comme un problème. Ce problème a trouvé une solution possible dans la doctrine démocratique, et le principe de la souveraineté du peuple »¹⁶⁵¹. La démocratie serait ainsi le moyen de penser l'unité du peuple, préalable nécessaire à sa manifestation comme pouvoir constituant. La Constitution telle qu'elle est pensée par le droit politique ne se conçoit donc que dans une perspective démocratique. Si l'on peut estimer qu'une telle perspective n'est pas dénuée d'idéalisme, elle explique toutefois le recours à la métaphore contractualiste qui seule permet d'associer effectivement l'exercice du pouvoir constituant au consentement unanime des citoyens.

486. Conceptualiser le pouvoir constituant autour de ce consensus est primordial afin de justifier de son caractère démocratique. D'ailleurs, « il s'agit là d'une exigence contractualiste classique, puisque le pacte n'est à même de légitimer l'existence de la société et les principes qui la sous-tendent que si la totalité des membres parviennent à un accord »¹⁶⁵². La représentation du peuple constituant dans une perspective conventionnelle implique donc que soit mobilisée la fiction de l'unanimité¹⁶⁵³, sous laquelle sont subsumées des données sociologiques contradictoires. Olivier Beaud admet en ce sens la nécessité théorique d'assimiler la majorité des électeurs qui s'exprime lors du référendum constituant, à l'unanimité des citoyens¹⁶⁵⁴ ; c'est le seul moyen d'ancrer le

¹⁶⁵⁰ O. Beaud, « Le Souverain », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 38.

¹⁶⁵¹ D. Baranger, « Temps et constitution », *Droits* n° 30, 2000, p. 52.

¹⁶⁵² E. Sommerer, « Le contractualisme révolutionnaire de Sieyès. Formation de la nation et prédétermination du pouvoir constituant », *Revue française d'histoire des idées politiques* n° 33, 2011, p. 11.

¹⁶⁵³ En effet, « la souveraineté du peuple repose sur une fiction, puisque le pouvoir du peuple n'est pleinement légitime que si on accepte de tenir sa décision comme étant celle du peuple tout entier », C.-M. Pimentel, « De l'État de droit à l'État de jurisprudence ? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs », in A. Pariente (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007, p. 28. Dans les théories du contrat social, cette unanimité est par exemple représentée par la figure du Léviathan hobbesien ou par le mythe de la volonté générale de Rousseau. Pour une analyse comparée de ces représentations de l'unanimité, voir : P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 280 et ss., p. 460 et ss.

¹⁶⁵⁴ O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 299.

caractère démocratique du droit constitutionnel¹⁶⁵⁵. Le procédé fictionnel alors à l'œuvre n'en reste pas moins assumé, dès lors qu'il bénéficie d'une réalité, non pas empirique, mais sociale, en tant que représentation collective de l'ordre politique. Ainsi, « suivant la démarche de droit politique proposée [...], le véritable enjeu *constitutionnel* posé par la convention théâtrale du système étatique réside bien plutôt dans la question de savoir si à un degré davantage institutionnel que personnel de tels énoncés invocateurs sont « en fait » persuasifs, c'est-à-dire d'une manière ou d'une autre jugés représentatifs par l'auditoire »¹⁶⁵⁶. La fiction est ainsi recevable en doctrine parce qu'elle suscite elle-même l'adhésion des sujets de droit¹⁶⁵⁷.

487. Admettre l'unanimité du peuple dans le processus constituant ne conduit pas les auteurs *juspolitistes* à sanctifier la subjectivité de la décision rendue en son nom ; au contraire est-elle un argument de son objectivation. Car, en tant que collectivité antérieure à l'exercice du pouvoir constituant, le peuple n'est paré de son unicité qu'à raison de son institutionnalisation préalable. Comme l'exprimait déjà la théorie constitutionnelle de Sieyès¹⁶⁵⁸, la souveraineté constituante n'est pas l'expression débridée d'une volonté totalement libre : « le pouvoir constituant ne saurait être appréhendé comme une autorité extra-juridique porteuse d'un droit défini *tabula rasa* : son action, aussi révolutionnaire soit-elle, n'échappe pas à la confrontation des « idées de droit » prévalant dans le corps social »¹⁶⁵⁹. Cette perspective s'explique logiquement par le souci du réalisme qui guide malgré tout la pensée *juspolitiste* ; si l'unanimité est fictionnelle, elle ne peut être construite qu'à partir d'un certain consensus entre les titulaires du pouvoir constituant, *a minima* strictement majoritaire. Or, le pouvoir constituant doit conquérir cet assentiment majoritaire et, « du fait de cette recherche d'un compromis, la porte de la création

¹⁶⁵⁵ « La fiction majoritaire est au service de l'idée démocratique, et présuppose un esprit démocratique », *ibid.*, p. 299.

¹⁶⁵⁶ P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 276.

¹⁶⁵⁷ Face à une fiction en effet, « la question n'est évidemment pas de savoir si une telle construction rend compte du réel, mais si elle atteint le seuil de crédibilité nécessaire pour permettre aux gouvernants de se convaincre et de convaincre les gouvernés de la légitimité de leur pouvoir, tout en offrant à ceux-ci des raisons d'obéir qui lui permettent de sauver la face », J.-M. Denquin, « Remarques sur la situation du droit constitutionnel en France », *RDP* n° 6, 2014, p. 1475.

¹⁶⁵⁸ C'est ce que suggère Erwan Sommerer lorsqu'il écrit que « [...] le contractualisme sieyèsien, adossé à son jusnaturalisme, a plutôt pour conséquences une nette limitation du pouvoir constituant et une prédétermination de son résultat. Comme si, pour Sieyès, tout était décidé ou presque lorsque s'exprime le pouvoir constituant », E. Sommerer, « Le contractualisme révolutionnaire de Sieyès. Formation de la nation et prédétermination du pouvoir constituant », *Revue française d'histoire des idées politiques* n° 33, 2011, p. 14.

¹⁶⁵⁹ J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2010, p. 69.

constituante est toujours étroite et l'autonomie des constituants limitée. Dès lors que le constituant ne parvient pas à trouver un accord et établit un texte qui ne correspond ni aux besoins ni aux attentes de la société, ce texte ne peut remplir le rôle normatif qui devrait être le sien [...] »¹⁶⁶⁰. La référence au contrat social permet donc simultanément au droit politique d'en penser le subjectivisme, et de fonder l'objectivité du droit constitutionnel.

488. Le procédé d'objectivation du pouvoir constituant conduit presque mécaniquement à une distinction drastique entre le peuple fondateur, unanime et fictif, et l'ensemble des citoyens réels qui sont amenés à s'exprimer électoralement. Cette idée n'est pas sans évoquer la théorie de la démocratie dualiste développée outre-Atlantique par Bruce Ackerman¹⁶⁶¹. Cette doctrine repose sur la distinction théorique entre peuple politique et peuple réel, le premier fondant l'ordre constitutionnel, le second lui étant soumis. Cette distinction n'est pas sans écho dans la pensée du droit politique¹⁶⁶², qui se refuse à consacrer la souveraineté absolue et permanente du peuple¹⁶⁶³. Chaque manifestation du peuple réel ne saurait être l'expression de son pouvoir constituant ; c'est là une condition nécessaire pour sauver l'autorité de la Constitution, contre le peuple lui-même¹⁶⁶⁴. Le peuple change donc de nature : pouvoir constituant, il devient de son propre fait, constitué¹⁶⁶⁵. Or, la difficulté fondamentale d'une telle théorie porte sur les critères par lesquels il est alors possible de distinguer concrètement peuple politique, constituant, et peuple réel, constitué¹⁶⁶⁶.

¹⁶⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶⁶¹ Voir en ce sens B. Ackerman, *Au nom du Peuple. Les fondements de la démocratie américaine*, trad. J.-F. Spitz, préf. P. Weil, Paris : Calmann-Lévy, coll. Liberté de l'esprit, 1998, 434 p. ; B. Ackerman, « La démocratie dualiste », in M. Troper, L. Jaume (dir.), *1789 et l'invention de la Constitution. Actes du colloque de Paris organisé par l'Association française de Science Politique : 2, 3 et 4 mars 1989*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, 1994, p. 191-204.

¹⁶⁶² D'abord en ceci que, « [...] en réhabilitant la dimension politique du peuple, le discours dualiste fait du concept de souveraineté le nouveau vecteur de la conciliation entre constitutionnalisme et démocratie », M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne : Institution universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2013, p. 419.

¹⁶⁶³ Voir à ce titre la critique que formule Olivier Beaud de la conception « néo-absolutiste » de la souveraineté populaire, présente notamment dans la théorie de Carl Schmitt : O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 415.

¹⁶⁶⁴ Comme l'écrit Manon Altwegg-Boussac, « [...] s'il réhabilite l'idée de souveraineté du peuple, le dualisme maintient l'esprit de la durée en s'attachant à la portée d'une décision du peuple politique qui ne peut être remise en cause que par une décision de même nature et donc de même provenance », M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne : Institution universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2013, p. 419.

¹⁶⁶⁵ Denis Baranger estime ainsi que, passé le moment d'exercice du pouvoir constituant, son titulaire « [...] n'est plus le même peuple, mais un peuple institutionnalisé, une catégorie juridique », D. Baranger, « Temps et constitution », *Droits* n° 30, 2000, p. 53.

¹⁶⁶⁶ Pour un exposé de cette difficulté, voir : M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne : Institution universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2013, p. 420-430.

489. Cette difficulté révèle rétrospectivement la fragilité de la fiction sur laquelle repose le pouvoir constituant et le risque qu'elle représente pour la démocratie elle-même, celui qu'il y aurait à se contenter d'une démocratie seulement fictive, uniquement appuyée par des concepts somme toute abscons et invérifiables, dès lors qu'on postule qu'ils n'ont de toute façon que peu d'emprise sur le réel. La théorie du droit politique, aussi convaincante qu'elle puisse être par ailleurs, prend ainsi l'apparence d'un vœu pieux, le même que formulait en son temps René Capitant : « que la nation soit le pouvoir constituant suprême, cela signifie seulement que de son attitude, de sa soumission ou de sa résistance, dépend la positivité du droit »¹⁶⁶⁷. Ponctuellement, la théorie du pouvoir constituant démocratique justifiera que les auteurs *juspolitistes* exigent l'intervention du peuple, pour toute question tenant à la matière constitutionnelle¹⁶⁶⁸. Il faut toutefois admettre que cette ultime tentative de faire découler la légalité d'un principe objectif de légitimité reste en partie inachevée. Elle traduit à ce titre tout le « mystère » qui continue de fonder le droit constitutionnel, « car si les limites du pouvoir constituant sont incertaines, s'il hésite constamment entre un simple pouvoir d'habilitation, de nature exclusivement fondatrice, et une puissance souveraine, de portée illimitée, ne faut-il pas reconnaître que le mystère est toujours à la base de notre rationalité juridique ? »¹⁶⁶⁹

¹⁶⁶⁷ R. Capitant, « Le droit constitutionnel non-écrit », in *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, préf. O. Beaud, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2004, p. 301.

¹⁶⁶⁸ O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 482 et ss.

¹⁶⁶⁹ C.-M. Pimentel, « Du contrat social à la norme suprême : l'invention du pouvoir constituant », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

490. La considération qu'accorde le droit politique à la question de la légitimité, qu'il étudie sous le sceau de la souveraineté, témoigne avant toute chose de son hostilité à l'égard d'une conception exclusivement normative du droit et de la Constitution. C'est pourquoi le pouvoir constituant n'est-il pas seulement envisagé d'un point de vue juridique ; il mérite également une acception politique. Les *juspolitistes* reprennent ainsi à leur compte la mise en garde d'Ernst-Wolfgang Böckenförde : « pris comme concept de théorie et de dogmatique constitutionnelles, le pouvoir constituant ne peut donc être défini comme une norme fondamentale, qu'elle soit considérée comme étant purement hypothétique ou exclusivement recherchée dans le droit naturel. Il doit être compris comme étant aussi une *force politique réelle* qui fonde la validité normative de la Constitution »¹⁶⁷⁰. C'est par le concept de légitimité que le droit politique met au jour cette force politique à l'œuvre dans le phénomène constituant, rompant ainsi avec une doctrine par tradition méfiante à l'égard d'une notion jugée trop fuyante. Pourtant, ainsi que l'affirme Michel Troper, la perspective normative elle-même ne permet pas de dissimuler tout à fait le fait que « la Constitution fonctionne en réalité, non comme fondement de légalité, mais comme fondement de légitimité »¹⁶⁷¹.

491. La légitimité du souverain, dont le régime constitutionnel est à la fois la conséquence et le sanctuaire, est elle-même conçue dans un paradigme institutionnaliste : elle ne relève pas du simple fait, individuel ou social, mais mobilise une représentation et une idée d'œuvre collectives qui la font accéder à la pérennité, qui permettent aussi de penser la continuité constitutionnelle, par-delà ses évolutions ponctuelles. Le pouvoir constituant n'en échappe pas pour autant à la contingence : nourri par les circonstances de son avènement, par la reconnaissance dont il bénéficie et par la finalité que lui reconnaissent collectivement les sujets de droit, le souverain n'est jamais que le fruit d'un contexte politique et social qui le détermine tout entier. La conjoncture constituante est le ferment de son institution, dont dépend par ailleurs la longévité de l'ordre constitutionnel

¹⁶⁷⁰ E.-W. Böckenförde, « Le pouvoir constituant du peuple, notion-limite du droit constitutionnel », in *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, trad. et préf. O. Jouanjan, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, 2000, p. 208 ; nous soulignons.

¹⁶⁷¹ M. Troper, « La Constitution et ses représentations sous la V^e République », *Pouvoirs* n° 4, 1978, p. 67.

établi. Ainsi, si la Constitution a vocation à lutter contre la contingence¹⁶⁷², elle n'en reste pas moins déterminée, dans une large mesure, par elle.

492. La souveraineté constituante est ainsi l'instrument conceptuel ultime du droit politique, par lequel il affirme non seulement une démarche anti-normativiste, mais également une définition du droit constitutionnel reposant sur un mélange de volontarisme et de déterminisme, qui sont les marques de la problématique de la légitimité. Les *juspolitistes* naviguent ainsi entre plusieurs courants doctrinaux majeurs – ceux notamment de Hauriou ou de Schmitt – sans jamais cesser de s'en distinguer. Cette considération idoine du pouvoir constituant conclut ainsi logiquement tout l'édifice constitutionnel que se propose de bâtir le droit politique, dès lors que, pour reprendre les termes de Jacky Hummel, « ce qui se joue dans l'exercice de ce pouvoir (c'est-à-dire dans ce moment de transition de l'être au devoir-être) est aussi le passage (au cœur de la notion classique du pacte social) de la pluralité à une possible unité d'un corps politique. La dénégation d'une telle acception du processus constituant n'est pas sans lourdes conséquences sur la manière de considérer l'idée d'une loi fondamentale »¹⁶⁷³. En l'occurrence, le choix du droit politique d'en faire un objet d'étude lui permet de tisser des liens étroits entre le droit constitutionnel et la légitimité politique.

¹⁶⁷² Denis Baranger écrit en ce sens que « le temps est une des formes, la principale peut-être, de la contingence contre laquelle la constitution doit se préserver », D. Baranger, « Temps et constitution », *Droits* n° 30, 2000, p. 52.

¹⁶⁷³ J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2010, p. 76.

CONCLUSION DU TITRE II

493. Considérer la Constitution comme structure de la politique implique pour le droit politique de renouveler la perspective normativiste habituellement adoptée en doctrine ; c'est d'ailleurs là l'une des aspirations fondatrices du droit politique comme théorie constitutionnelle¹⁶⁷⁴. À partir notamment du concept de souveraineté, les auteurs concernés parviennent à construire un objet plongé dans son contexte politique et social et à marquer la contingence de sa valeur juridique. Le droit constitutionnel ne se comprend, de ce point de vue, qu'au regard de la forme politique qu'il bâtit et du principe de légitimité qu'il consacre. Le droit politique substitue ainsi à la Constitution figée comme ensemble de normes, une définition « existentielle » du droit constitutionnel¹⁶⁷⁵, forgée notamment autour de l'acte constituant. En ceci, la théorie *juspolitiste* trouve un écho dans la pensée de Carl Schmitt, qui affichait de la même ambition¹⁶⁷⁶. Le droit politique ne se confond toutefois pas avec le décisionnisme schmittien et, s'il partage avec lui certains arguments – à l'instar de l'unité de l'État ou de la légitimité du souverain –, ces

¹⁶⁷⁴ C'est ainsi une propension qui caractérise déjà les travaux de Pierre Avril tels qu'ils sont résumés par Armel Le Divellec : l'auteur « [...] ne s'est pas limité à la *dogmatique* constitutionnelle, c'est-à-dire le positionnement scientifique orienté sur le droit positif ; il a poussé ses réflexions sur le terrain de la *théorie* constitutionnelle, celle qui cherche à conceptualiser au-delà ou à côté du droit positif, qui, en particulier, s'interroge non pas seulement sur la légalité, mais aussi sur la légitimité », A. Le Divellec, « Préface », in P. Avril, *Écrits de théorie constitutionnelle et de droit politique*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2010, p. 9.

¹⁶⁷⁵ Cette idée fut avancée notamment par Julien Freund qui estimait que « [...] la constitution [politique] a une signification existentielle, car elle désigne la collectivité politique dans sa structure d'ensemble et dans son existence concrète, en tant qu'elle est cette collectivité et non une autre, avec son ordre propre, l'organisation interne de ses diverses relations, la distribution des compétences et des fonctions, son esprit particulier, ses mœurs, ses traditions et la délimitation de la sphère du privé, etc. », J. Freund, *L'essence du politique*, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 340. Cette conception est évoquée notamment par Jacky Hummel, qui y voit une source de « prestige de l'art constitutionnel », alors conduit à se saisir de « la question des fins poursuivies par une communauté d'individus » ; J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les Sens du droit, 2010, p. 114-115.

¹⁶⁷⁶ « Une Constitution ne repose pas sur une norme dont la justesse serait la raison de sa validité – écrivait Schmitt. Elle repose sur une décision politique émanant d'un *être* politique sur le genre et la forme de son propre être. Le mot de « volonté » définit la nature essentiellement *existentielle* de ce fondement de la validité, par opposition à toute dépendance envers une justesse normative ou abstraite », C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, préf. O. Beaud, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 212. Pour Carl Schmitt comme pour les auteurs du droit politique, l'entendement de la Constitution, que permet le concept de souveraineté, suppose un dépassement de l'approche seulement normative du droit : « [...] dans la réalité, ce sont justement les décisions essentiellement politiques qui échappent à la délimitation normative. La fiction de la normativité absolue n'a alors pas d'autre conséquence que de laisser dans le vague une question aussi importante que celle de la souveraineté », *ibid.*, p. 246. Olivier Beaud précise cependant que, « [...] à la différence de Carl Schmitt, [il n'abandonne] pas la démarche normative pour réintroduire le pouvoir constituant dans la théorie constitutionnelle. [Il le fait] sous l'angle de l'acte constituant », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 216.

derniers ne sont pas empruntés à Schmitt lui-même, mais plus justement à la théorie *moderne* de la Constitution, elle-même issue largement de la pensée révolutionnaire. Les premiers constituants présentaient en effet déjà des préoccupations similaires à celles du droit politique, en estimant par exemple que « [...] la condition d'une théorisation du droit politique, posé dans son autonomie, c'est la reconnaissance de son caractère essentiellement relatif ou [...] relationnel, qui précisément en établit la légitimité. Cette légitimité, l'État national la tire de sa cohésion [...] »¹⁶⁷⁷.

494. Cette comparaison témoigne assez de la modernité de la théorie du droit politique : ses auteurs accordent à l'histoire de la Constitution une considération déterminante, ce qui justifie qu'ils insistent notamment sur sa dimension structurelle. En mobilisant les concepts de la modernité constitutionnelle¹⁶⁷⁸, le droit politique se distingue frontalement d'une doctrine contemporaine désireuse de dépasser des concepts frappés de désuétude. Il renouvelle ainsi les problématiques portées par les premiers maîtres de la théorie constitutionnelle, dans une entreprise qui pourrait sembler vaine ou arriérée, au regard des évolutions manifestes qu'a récemment connues le droit constitutionnel. Pourtant, l'étude approfondie des thèses soulevées par le droit politique démontre au contraire l'acuité que peut revêtir une telle fidélité aux vieux schèmes. Le développement de l'Union européenne, pour ne citer que lui, témoigne clairement de la nécessité d'instruments conceptuels aptes à mettre au jour les problématiques politiques qu'il soulève : les relations entretenues avec les États membres, la part reconnue au peuple européen dans sa fondation, la légitimité démocratique du pouvoir qu'elle exerce... ; toutes ces questions sur l'Union européenne trouvent, sinon une réponse, du moins des outils de systématisation dans la théorie de l'État et dans le principe de souveraineté tels qu'ils sont définis par le droit politique. Les concepts *juspolitistes* sont donc certainement datés, ils n'en sont pas pour autant dépassés.

¹⁶⁷⁷ P. Macherey, « Une nouvelle problématique du droit : Sieyès », *Futur antérieur* n° 4, 1990, p. 41.

¹⁶⁷⁸ C'est par exemple le cas du pouvoir constituant, « l'une des théories les plus classiques de la science du droit public », C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 1996, p. 1.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

495. L'un des enjeux de l'appréhension du droit politique en tant que théorie constitutionnelle réside dans l'identification de son ontologie¹⁶⁷⁹. Pensé comme un mouvement doctrinal réactionnaire au sens strict du terme, qui dénonce les lacunes de la science contemporaine du droit, le droit politique exprime plus aisément ce qu'il refuse que ce qu'il propose. Il est ainsi profondément hostile à l'idée de réduire le droit de la Constitution, soit à la forme qu'elle est censée adopter, soit à l'ensemble de normes qu'elle est censée exprimer. Paradoxalement, chacun de ces deux aspects du refus *juspolitiste* tempère l'autre : les réticences à l'égard du formalisme ne conduisent pas à remettre en cause la puissance politique du texte constitutionnel, dont l'autorité impose notamment que soit dépassée l'approche normative du droit. À l'inverse, les différentes prescriptions constitutionnelles étudiées ponctuellement apparaîtront plus clairement si le juriste consent à détourner un instant le regard du texte et de la jurisprudence qui prétendent les exprimer. C'est donc parce que la Constitution est d'abord le cadre, parfois indéterminé, du pouvoir politique qu'elle en est également sa structure, la source de son identité. Elle ne saurait ainsi se concevoir que *relativement* à son contexte politique et social, à son histoire aussi.

496. C'est en ce sens très logiquement que la théorie du droit politique accorde à l'institutionnalisme une place prédominante dans la définition de son ontologie. La pensée de Maurice Hauriou constitue à cet égard un fil d'Ariane qui guide le travail de reconstruction de la théorie *juspolitiste*. La pensée de l'institution permet en effet notamment d'intégrer à la problématique juridique la question tortueuse de la légitimité. Ainsi Hauriou écrivait-il que « la *légitimité* [...] est le *principe de la validité juridique et, par là, le principe du Droit* »¹⁶⁸⁰. Si cet argument apparaît notamment dans les travaux du droit politique consacrés au pouvoir constituant, il irrigue plus largement toute la définition du droit constitutionnel alors proposée. Le concept d'institution est un

¹⁶⁷⁹ C'est d'ailleurs autour de cette ontologie que s'identifient en premier lieu les tenants du droit politique : D. Baranger, « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels. À propos de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac », *Jus politicum* n° 11, décembre 2013.

¹⁶⁸⁰ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 238.

instrument de l'articulation des différents aspects de l'ontologie proposée et, par là, le vecteur de l'inscription de la légitimité dans le droit.

497. Toute l'originalité de la pensée du droit politique réside précisément dans cette ambition de faire entrer la légitimité dans l'étude du droit, de faire dépendre de cette légitimité la juridicité. En ce sens, il est possible de résumer l'ontologie *juspolitiste* en empruntant les mots de Pierre-Marie Raynal qui définit le droit positif comme un « ensemble d'énoncés prescriptifs efficacement justifiés »¹⁶⁸¹. La légitimité s'exprime ici par la nécessité d'une *justification* sur le plan interne, des discours qui fondent et expriment le droit ; ces derniers doivent *in fine* reposer sur un principe de légitimité dont l'autorité est *reconnue*. Une telle définition du droit explique par ailleurs que soit abandonné le critère exclusif du formalisme constitutionnel : la condition d'une « efficace justification » peut certes être satisfaite par la mise en œuvre d'une procédure normative formalisée, mais elle peut également être remplie par certains discours politiques formulés en dehors de toute prescription expressément juridique. Le droit politique propose donc, comme son nom l'indique d'ailleurs, une ontologie construite à partir d'une redéfinition de la frontière entre droit et politique.

498. Reconstituée, l'ontologie du droit politique s'éprouve elle-même efficacement à la lumière du droit positif ; cette cohérence à l'égard de la pratique est indispensable pour établir la portée des travaux *juspolitistes* dès lors qu'« [...] une théorie juridique qui contredit les faits est intenable »¹⁶⁸². Appliquée aux manifestations de divers ordres juridiques, cette théorie révèle justement son acuité, sa cohérence et son actualité, même si les concepts établis par les *juspolitistes* puisent leur signification dans la période datée des prémices du constitutionnalisme. Les idées d'État, de souveraineté, de représentation et de responsabilité conservent, dans les travaux du droit politique, la position fondamentale qui leur était réservée à l'aube de l'âge constitutionnel, ce qui, loin de les rendre désuets, leur confère au contraire une unité scientifique susceptible de mieux rendre compte de la nature du droit constitutionnel et de la continuité ou de la discontinuité des systèmes juridiques à travers l'histoire.

499. La théorie du droit constitutionnel que propose le droit politique s'avère donc être un instrument efficace de l'analyse des systèmes constitutionnels ; sa pertinence est encore accentuée par l'alternative minoritaire qu'elle représente à l'égard de la majorité

¹⁶⁸¹ P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 256 ; p. 542.

¹⁶⁸² O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2007, p. 84.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

des postulats exprimés en doctrine. L'objet dont se dote le droit politique concentre cependant dans une large mesure les considérations de ses auteurs, qui sont pour le moins laconiques sur la méthode qu'ils emploient dans cette perspective. La consécration d'une théorie constitutionnelle suppose pourtant que soit éprouvée la scientificité de leur démarche, ou *a minima*, que soient identifiés les postulats qui la guident.

SECONDE PARTIE : UNE COHÉRENCE MÉTHODOLOGIQUE SOUS-JACENTE

500. Étudier une théorie du droit sous l'angle de sa méthodologie présente un intérêt fondamental pour évaluer sa cohérence et sa logique. Le discours doctrinal s'apprécie en effet, non seulement par l'analyse des arguments ontologiques qu'il mobilise – ainsi que nous avons tenté de le démontrer dans la partie précédente – mais également par l'analyse de l'articulation et des fondements, fussent-ils implicites, de ses arguments. Il s'agit donc ici d'interroger la méthode déployée par le droit politique, en concentrant l'attention sur une série d'éléments qui traduisent la posture épistémologique adoptée : « [...] reconstruction des méthodes de connaissance du droit, analyse de leurs présupposés, de leurs finalités et de leurs forces et de leurs faiblesses »¹⁶⁸³. C'est en effet à partir des réponses apportées à ces questions épistémologiques que s'éprouve la scientificité¹⁶⁸⁴ d'une doctrine¹⁶⁸⁵, soit sa propension à exprimer un savoir légitime¹⁶⁸⁶. La difficulté la

¹⁶⁸³ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, p. 14.

¹⁶⁸⁴ « La question du lien entre science et méthode se pose [notamment] au niveau des discours qui analysent la production du droit. Il s'agit de déterminer [...] s'il existe une science du droit. [Les réponses] dépendent des conceptions que l'on adopte de la science et des méthodes, autrement dit, de conceptions épistémologiques », V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, p. 9.

¹⁶⁸⁵ La pluralité de significations que recouvrent respectivement les termes de doctrine juridique et de science du droit a par exemple été mise en lumière par Étienne Picard, « Science du droit » et « doctrine juridique », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris : Economica, 1996, p. 119-171. Une telle pluralité offre le luxe de choisir la signification que l'on retiendra de chacun de ces termes. Il est par exemple possible de retenir une définition de la doctrine qui intégrerait la scientificité du propos ainsi tenu ; c'est le troisième sens du mot que propose Olivier Beaud, « Doctrine », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 386. À des fins de simplification, les termes de doctrine et de science du droit pourront être ici employés dans des sens assez proches, désignant alors la production d'un discours académique, par les membres indistincts de la communauté des juristes. En l'absence de mention contraire, la référence à la « science du droit » désignera donc moins la propension avérée à la production d'un savoir pertinent, que le discours reposant, même implicitement, sur une telle prétention. Nous nous appuyons ici sur les propos tenus par Riccardo Guastini, selon lesquels, « dans le langage des juristes, l'expression « science juridique » ne dénote rien de plus que le travail des juristes eux-mêmes [...] : la « doctrine » ou la « dogmatique », si on préfère. Évidemment, en disant cela, les juristes cherchent à accréditer leur travail comme une authentique entreprise scientifique [...] », R. Guastini « Le réalisme juridique redéfini » *Revus* n° 19, 2013, p. 123.

¹⁶⁸⁶ Jean-Louis Le Moigne affirme en ce sens que « [...] l'épistémologie est, de toutes les disciplines, la mieux placée pour reconnaître et pour expliciter ces questionnements sur la valeur des connaissances dont elle critique et explicite le statut scientifique », J.-L. Le Moigne, *Les épistémologies constructivistes*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 4^e éd., 2012, p. 89. Cela tient notamment à ce que « [...] l'épistémologie des sciences du droit peut être définie comme une réflexion analytique et critique sur l'élaboration des connaissances juridiques scientifiques et des modalités de justification et de validation de ces connaissances », A. Geslin, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », in B. Sergues

plus évidente à cet égard repose dans la complexité qu'il y a à définir les critères soutenant une telle évaluation, dès lors que ces critères eux-mêmes font l'objet d'une controverse épistémologique¹⁶⁸⁷.

501. La tâche est d'autant plus ardue dans l'hypothèse du droit politique, que ses auteurs sont eux-mêmes très réservés sur la question de leur méthodologie et semblent peu enclins à faire la démonstration de la scientificité de leurs propos. Privilégiant ouvertement les considérations ontologiques¹⁶⁸⁸, voire négligeant tout à fait le volet épistémologique de leurs travaux¹⁶⁸⁹, ils ne sèment que quelques indices dispersés par lesquels peut s'engager une reconstruction approfondie de leur méthode. Il apparaît toutefois que le refus dont ils témoignent de s'épancher sur cette question n'amenuise pas l'intérêt d'y consacrer de longs développements¹⁶⁹⁰ ; au contraire ces derniers permettent-ils d'éprouver la cohérence de la théorie présentée, au regard des canons de la méthodologie juridique¹⁶⁹¹. Une telle entreprise permet également de mieux saisir l'unité doctrinale du droit politique et de mettre en valeur l'originalité de sa proposition théorique. La méthode qu'il met en œuvre se présente moins comme la cause¹⁶⁹², que

(dir.), *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, coll. Actes de colloques, 2015, p. 89.

¹⁶⁸⁷ Dans une certaine mesure, les critères de la scientificité sont parfois délaissés au profit de la seule controverse dont ils font eux-mêmes l'objet, du fait de la dimension éminemment sociale et institutionnelle de la doctrine académique : A. Geslin, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », in B. Sergues (dir.), *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, coll. Actes de colloques, 2015, p. 121-123.

¹⁶⁸⁸ C'est ainsi particulièrement manifeste dans un article de Denis Baranger qui, dressant un portrait croisé du normativisme et du droit politique, en souligne l'opposition sur un plan essentiellement ontologique : D. Baranger, « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels. À propos de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac », *Jus politicum* n° 11, décembre 2013.

¹⁶⁸⁹ À l'exception notable de Pierre-Marie Raynal qui consacre la seconde partie de sa thèse à l'identification d'une épistémologie du droit politique : P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 254 et ss. On peut toutefois estimer que les développements visés ne proposent qu'un éclairage spécifique et partiel dans ce domaine, et qu'une analyse différente ne constituerait pas une redondance, au vu de la complexité que présente la méthodologie *juspolitiste*.

¹⁶⁹⁰ De l'aveu même de ces auteurs, « sans doute, les fondements épistémiques de l'approche en termes de droit politique sont peut-être fragiles et n'ont pas (encore) été suffisamment définis de façon positive, mais n'en est-il pas finalement de même pour la grande majorité des juristes contemporains [...] ? », A. Le Divellec, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p. 101.

¹⁶⁹¹ Nous reconnaissons en effet la « [...] nécessité impérieuse de soumettre les analyses du discours juridique à la polémique de la raison épistémologique, et en particulier de l'épistémologie du savoir des juristes ; autrement dit, que ce supplément d'âme théorique devienne une forme non vulnérable de la connaissance juridique », M. Loisel, « L'analyse du discours de la doctrine juridique. L'articulation des perspectives interne et externe », in M. Bachir (dir.), *Les méthodes au concret. Démarches, formes de l'expérience et terrains d'investigation en science politique*, Paris : PUF, coll. Publication de l'Université, 2000, p. 209.

¹⁶⁹² La revendication en faveur d'une épistémologie juridique repose en effet souvent sur la conviction que « [...] la possibilité d'un discours critique présuppose l'existence d'un cadre conceptuel et méthodologique à partir duquel sera observé ce qui est étudié », X. Magnon, « Pour un moment épistémologique du droit – constitutionnel », *AJJC*, 2015, p. 14.

comme la conséquence de l'ontologie choisie¹⁶⁹³. Or, si l'objet que construit le droit politique se distingue largement des modèles juridiques les plus connus, il y a fort à parier qu'il relève d'une épistémologie tout aussi topique, à moins bien sûr qu'une recherche entreprise en ce sens ne conduise à conclure qu'à l'absence de systématisme méthodologique. Quel que doive être l'aboutissement d'une telle étude, celle-ci ne peut que s'avérer riche d'enseignements.

502. Pensée comme contre-modèle, la théorie du droit politique semble reposer sur une épistémologie peu commune, qui interroge la plupart des postulats de la science juridique contemporaine. À cet égard déjà, l'étude de la méthodologie employée constitue la promesse d'un débat riche de controverses et de contestations. Le choix de rechercher l'épistémologie du droit politique est par ailleurs intéressé, puisqu'il peut constituer « [...] une démarche de légitimation tout à la fois scientifique et sociale »¹⁶⁹⁴, et ce même – surtout – lorsque les auteurs concernés ne s'y livrent pas eux-mêmes¹⁶⁹⁵.

503. Malgré la diversité qui la caractérise¹⁶⁹⁶, la méthode mise en œuvre par les juristes peut s'appréhender autour de quelques postulats tranchés, à partir desquels nous pouvons tenter de catégoriser le droit politique. Ce dernier ne peut certes prétendre à une méthode radicalement inédite, mais il présente toutefois, sur le plan épistémologique, une originalité certaine. Celle-ci repose notamment sur la combinaison à laquelle il recourt

¹⁶⁹³ Ainsi selon Olivier Beaud, « la validité d'une méthode se prouve moins par des déclarations méthodologiques que par la manière dont elle s'applique. Si la méthode est une boîte à outils, elle doit servir à bâtir son objet, et sa qualité doit se juger en fonction des résultats obtenus », O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2007, p. 23.

C'est là une posture soutenue par différents auteurs, à l'instar de François Saint-Bonnet, « Regards critiques sur la méthodologie en histoire constitutionnelle. Les destinations téléologiques des options épistémologiques », *Jus politicum* n° 2, mars 2009. C'est également l'opinion exprimée par Mathieu Carpentier lorsqu'il écrit que « de manière générale, le parti pris méthodologique adopté dépend, au moins en partie, d'une certaine conception du droit lui-même, ce qui est, à bien des égards, inévitable », M. Carpentier, « Controverses sur la « nature » du droit. Enjeux théoriques et méthodologiques », *Droit & Philosophie* vol. 9-2, 2018, p. 100.

¹⁶⁹⁴ A. Geslin, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », in B. Sergues (dir.), *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, Toulouse : Presses de l'Université Toulouse I Capitole, coll. Actes de colloques, 2015, p. 124.

¹⁶⁹⁵ Christian Atias affirme par exemple qu'« un savoir juridique qui se priverait d'une étude critique de ses origines et d'une entente du passé dont il est issu ne serait assurément plus digne de se présenter ni comme savoir ni comme juridique », C. Atias, *Épistémologie juridique*, Paris : Dalloz, coll. Précis, 2002, p. 30. C'est donc dans le but de vérifier la « dignité » du droit politique comme théorie que s'avère nécessaire l'étude de son épistémologie.

¹⁶⁹⁶ Véronique Champeil-Desplats affirme en ce sens que « l'existence même d'une pluralité de revendications de détenir la « bonne » ou « vraie » méthode scientifique rend aujourd'hui intenable l'affirmation d'une méthodologie ou d'une méthode de la science au singulier. Il n'existe pas une méthode, ni une méthodologie, mais des méthodes et des méthodologies concurrentes et compossibles qui varient non seulement d'un champ de savoir à l'autre, mais également au sein même d'un même champ de savoir et de ses sous-champs », V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, p. 9.

entre différentes postures. Le droit politique construit en effet des passerelles avec d'autres théories juridiques et d'autres sciences sociales, dont l'étude permet, en retour, de mieux cerner les contours de la méthode *juspolitiste*. À ce titre, il semble que sa démarche s'articule autour de deux aspects saillants, qui permettent chacun de valoriser à la fois l'originalité et la cohérence méthodologiques qui le caractérisent.

504. D'abord, l'étude du droit constitutionnel que mettent en œuvre les auteurs du droit politique est principalement fondée sur la construction de concepts, qui constituent autant de prismes au travers desquels est éprouvée la réalité du droit positif. Cette approche essentiellement *théorique*, qui permet aux *juspolitistes* de marquer leur distance à l'égard des définitions exclusivement normatives du droit, traduit par ailleurs un pan fondamental de leur démarche méthodologique. Celle-ci peut ainsi être apparentée à un *constructivisme*, c'est-à-dire une épistémologie qui « [...] conçoit la connaissance scientifique comme un projet que construit le sujet (le chercheur) en fonction de son objet de recherche »¹⁶⁹⁷. De ce point de vue, le droit n'est pas doté d'une essence immédiatement saisissable, et seul un travail de conceptualisation peut conduire à en proposer une étude effective. L'analyse épistémologique du droit politique amène donc à analyser la manière dont il reçoit ce premier postulat, en vertu duquel l'objet de recherche n'existe pas indépendamment du savant qui l'édifie ; elle encourage également à questionner la pertinence de la méthode par laquelle sont construits les différents concepts, et à situer le droit politique dans les grands débats méthodologiques qui continuent d'animer la science juridique (Titre Premier).

505. En revendiquant la modélisation conceptuelle de leur objet, les auteurs du droit politique entendent, parmi d'autres ambitions, marquer la spécificité du phénomène juridique. Ils ne le font toutefois pas, au contraire par exemple du normativisme, en postulant l'autonomie totale de leur objet ; ils préfèrent considérer le droit comme une manifestation de la vie sociale parmi d'autres, manifestation qui se distingue toutefois par sa portée et son fondement particuliers. À ce titre, les *juspolitistes* n'hésitent pas à défendre la porosité méthodologique entre les différents champs de recherche, en écho à la porosité ontologique qu'ils constatent : puisque les objets des sciences sociales, politiques, historiques et juridiques ne sont guère séparables, nul besoin que les méthodes pour s'en saisir soient drastiquement distinctes. C'est donc à nouveau le choix ontologique opéré qui dicte la voie épistémologique empruntée, celle du syncrétisme. Il

¹⁶⁹⁷ C. Sintez, *Le constructivisme juridique. Essai sur l'épistémologie des juristes, t. 1. Les origines romaines*, Paris : Mare & Martin, coll. Libre Droit, 2014, p. 17.

SECONDE PARTIE : UNE COHÉRENCE MÉTHODOLOGIQUE SOUS-JACENTE

reste que, quoique favorables à l'interdisciplinarité, les *juspolitistes* proposent une méthode spécifiquement juridique (Titre Second).

TITRE I : UNE ÉPISTÉMOLOGIE CONSTRUCTIVISTE

506. Un premier indice sur la méthodologie employée par le droit politique réside dans l'affirmation, récurrente dans ses travaux, d'un rejet tout à la fois du positivisme et du jusnaturalisme¹⁶⁹⁸. Il est cependant plus rare que cet argument soit directement étayé et que soient expliquées à la fois les raisons de ce double rejet et l'alternative qui y est proposée. Pour autant, le scepticisme exprimé mérite d'être exploité, ne serait-ce que parce qu'il va à rebours d'une considération habituelle en doctrine, en vertu de laquelle positivisme et jusnaturalisme constituent les deux seules options théoriques en matière théorique¹⁶⁹⁹. Le droit politique invite donc au dépassement de cette convention doctrinale, et à la construction d'une épistémologie tierce.

507. La difficulté qui surgit immédiatement à cet égard découle de l'absence de qualification expresse d'une telle méthode, ce qui aiguillerait pourtant efficacement la tentative de systématisation qui est initiée. Elle pourrait certes être caractérisée par son institutionnalisme, mais cette dénomination semble peu opérante, dès lors qu'elle renvoie davantage à une ontologie qu'à des considérations épistémologiques. Si l'institutionnalisme est bien pertinent au titre de la méthode, ce n'est qu'indirectement, en ce qu'il éclaire les fondements prêtés au droit, fondements par l'étude desquels

¹⁶⁹⁸ Pierre-Marie Raynal écrit par exemple que « *in fine*, nous n'entendons donc retenir ni une interprétation juspositiviste, ni une interprétation jusnaturaliste, mais une interprétation, admettons faute de mieux, *juspolitiviste* de la réalité politique. Cette nouvelle perspective épistémologique suppose une double considération vis-à-vis de l'étude de l'enjeu [...] politique [...] soulevé par le procédé fictionnel », P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 252.

¹⁶⁹⁹ Cette classification relativement classique doit sans doute sa ténacité à la véhémence avec laquelle des auteurs revendiquant une démarche positiviste et, par-là, scientifique, ont conspué toutes les formes de droit naturel. On pense notamment ici à Hans Kelsen, *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, 1928, in *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 435-492. Quoique cette dichotomie perdure, elle reste sujette à caution. Michel Troper écrit à ce propos que « les philosophes et théoriciens du droit se divisent, selon la classification la plus répandue, en jus-naturalistes et jus-positivistes (ou positivistes tout court). Il est admis qu'un auteur appartient nécessairement à l'un ou l'autre de ces courants, de sorte que quiconque n'est pas positiviste peut être qualifié de jusnaturaliste et vice versa. Pourtant, le critère de classification est loin d'être aussi clair que l'exigerait ce jeu et il n'est pas certain que les deux groupes présentent des propriétés si nettement opposées qu'ils puissent être définis sur cette base », M. Troper, « Le positivisme juridique », in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 27. Dans une perspective comparable, Norberto Bobbio appelait à tenir compte du fait que « jusnaturalisme et positivisme juridique, en tant que théories, sont bien loin de couvrir tout le champ possible des théories du droit. Ils représentent deux pôles extrêmes entre lesquels nous trouvons des théories intermédiaires », N. Bobbio, « Jusnaturalisme et positivisme juridique », in *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, C. Agostini, préf. R. Guastini, Louvain : Bruylant, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique, 1998, p. 49. Dans une perspective résolument critique, Paul Amselek renvoie dos à dos positivisme et jusnaturalisme, estimant notamment que chacune de ces deux postures présente la même vocation anti-idéologique : P. Amselek, « Kelsen et les contradictions du positivisme juridique », *Archives de philosophie du droit* n° 28, 1983, p. 272.

apparaissent de véritables choix méthodologiques¹⁷⁰⁰. La posture institutionnaliste constitue donc bien un indice de l'épistémologie *juspolitiste* mais ne parvient pas à la saisir tout à fait. Elle met toutefois sur la voie du *constructivisme* : l'institution apparaît en effet comme un concept structurant de la pensée du droit politique, au moyen duquel est reconstruite la réalité étudiée. Elle renvoie à autant de concepts qui sont au cœur de la recherche du droit politique et qui en constituent l'objet principal. Par l'institutionnalisme qu'ils adoptent, les *juspolitistes* intègrent une épistémologie constructiviste en vertu de laquelle « la connaissance n'est pas un existant qu'il s'agit de découvrir, mais un résultant qu'il s'est agi de construire »¹⁷⁰¹.

508. C'est toutefois en suivant l'opposition avérée du droit politique au positivisme et au jusnaturalisme que sera révélé le pan constructiviste de sa méthode ; ce dernier se détecte en effet essentiellement à travers la critique que le droit politique adresse à ces deux courants théoriques plus connus. Positivisme et jusnaturalisme peuvent de fait être interprétés en termes méthodologiques¹⁷⁰² ou encore intégrer une autre dichotomie, qui semble à la fois plus précise et plus opportune pour exposer la spécificité de la méthode du droit politique, celle entre empirisme et idéalisme¹⁷⁰³, entre descriptivisme et prescriptivisme¹⁷⁰⁴. Cette dernière distinction ne recoupe que partiellement la première¹⁷⁰⁵, mais elle témoigne sans doute encore plus clairement de la troisième voie que constitue la posture constructiviste adoptée par les auteurs du droit politique. Ceux-ci sont d'abord sceptiques à l'égard de l'empirisme méthodologique, qui consiste notamment, dans le domaine juridique, à circonscrire la fonction doctrinale à la seule

¹⁷⁰⁰ Cyril Sintez estime en ce sens que « [...] sous le thème des fondements du droit, se trouvent des questions d'épistémologie juridique », C. Sintez, *Le constructivisme juridique. Essai sur l'épistémologie des juristes, t. 1. Les origines romaines*, Paris : Mare & Martin, coll. Libre Droit, 2014, p. 28.

¹⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 21.

¹⁷⁰² C'est ce que propose notamment Cyril Sintez, lorsqu'il évoque les liens entre l'épistémologie à laquelle répond la doctrine juridique et les fondements du droit qu'elle consacre ; « le fondement jusnaturaliste recouvre ainsi la dimension axiologique d'une épistémologie [puisqu'il] a pour fonction de légitimer la connaissance par la valeur du juste », *ibid.*, p. 37.

¹⁷⁰³ C'est la dichotomie retenue par Alexandre Viala pour traiter des grands courants épistémologiques de la science du droit : A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 135 et ss.

¹⁷⁰⁴ A. Geslin, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », in B. Sergues (dir.), *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, coll. Actes de colloques, 2015, p. 89.

¹⁷⁰⁵ Dès lors notamment que tous les positivismes ne peuvent prétendre au descriptivisme. C'est par exemple le cas de la théorie de Léon Duguit qui, malgré son positivisme affiché, a conféré à la sociologie une si grande portée qu'elle constitue une « dérive symptomatique [...] de l'idéalisme épistémologique » ; A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 155.

description du droit en vigueur¹⁷⁰⁶. L'empirisme concerne, ce faisant, la plupart des positivismes, fondés sur le principe de l'absence de jugement de valeur établi au nom de la science¹⁷⁰⁷. Paradoxalement, s'ils dénoncent cette épistémologie comme relevant de la fiction, les auteurs du droit politique n'en poursuivent pas moins une ambition empirique, c'est-à-dire la volonté de proposer un modèle théorique susceptible de décrire au plus près la réalité juridique. C'est d'ailleurs dans cette entreprise qu'ils sont amenés à reconnaître, voire à consacrer le rôle actif de la doctrine sur son objet. Ce faisant, la démarche du droit politique semble mériter la qualification de constructiviste, dès lors que celle-ci se conçoit notamment par opposition au descriptivisme¹⁷⁰⁸ (Chapitre 1).

509. Pour autant, la posture des *juspolitistes* ne sombre pas dans l'extrême inverse, qui consisterait à adopter une méthode idéaliste et, ce faisant, prescriptive¹⁷⁰⁹. Ils ne sont en effet pas les chantres de valeurs prédéfinies, leur théorie du droit constitutionnel n'étant pas le prétexte d'arguments d'autorité fondés sur un cognitivisme éthique. L'écart entre l'épistémologie du droit politique et l'idéalisme méthodologique se comble toutefois partiellement, lorsque les logiques qui la soutiennent sont poussées à leur paroxysme. Malgré la détection de failles éventuelles, l'originalité méthodologique qui permet au droit politique d'échapper à une dichotomie épistémologique devenue classique, invite à considérer avec une plus grande attention la troisième voie que représente le constructivisme (Chapitre 2).

¹⁷⁰⁶ Kelsen en est sans doute le représentant le plus radical, qui défendait « [...] l'effort vers une science du droit objective, qui se contente de décrire son objet », H. Kelsen, « Préface de la seconde édition », in *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 6.

¹⁷⁰⁷ « Dans la lignée des principes méthodologiques préconisés par le sociologue (juriste de formation) Max Weber, certains ont entendu établir le caractère scientifique du savoir juridique sur un idéal de neutralité axiologique, c'est-à-dire sur l'abstention de l'expression de jugements de valeur conduisant à des évaluations de l'objet d'étude en termes de bien ou de mal, de bon ou de mauvais, de juste ou d'injuste... », V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, p. 25.

¹⁷⁰⁸ L'opposition entre constructivisme et descriptivisme est ainsi mise en valeur par Vittorio Villa, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 281-291 ; ou encore par Albane Geslin, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », in B. Sergues (dir.), *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, coll. Actes de colloques, 2015, p. 82-83.

¹⁷⁰⁹ Cette association est proposée par Alexandre Viala qui écrit que, « en se servant d'un idéal axiologique, quel qu'en soit le contenu, pour prescrire au nom de la science ce que le droit positif devrait être, le juriste qui entreprend une démarche teintée d'idéalisme épistémologique se fonde sur le présupposé au terme duquel les valeurs sont susceptibles d'être vraies ou fausses », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 140.

CHAPITRE 1 : LA CRITIQUE DE L'EMPIRISME MÉTHODOLOGIQUE

510. Théorie du droit relativement récente et peu étudiée en tant que telle, le droit politique pose le problème de sa classification au regard des grands courants de pensée qui ponctuent la science juridique. *A priori* pourtant, en retenant une définition succincte du positivisme et du jusnaturalisme, il serait possible de rattacher la méthode *juspolitiste* au premier courant, en considérant son relativisme¹⁷¹⁰ et la part qu'elle concède au volontarisme dans sa définition du droit¹⁷¹¹. Le positivisme reste pourtant largement décrié dans les travaux du droit politique¹⁷¹² et la reconstruction des principaux arguments avancés à cet égard laisse supposer que cette critique est principalement d'ordre méthodologique. Or, en vertu d'une épistémologie empiriste, la démarche positiviste appliquée au droit se résume en ces termes : « le décrire, le comprendre, ne jamais le juger »¹⁷¹³. Le droit politique se détache clairement de cette ligne de conduite, en premier lieu parce qu'il défend l'idée selon laquelle le droit est inaccessible à la seule description et que sa connaissance suppose un travail préalable d'identification et de systématisation¹⁷¹⁴. Pour le dire autrement, le droit n'est pas donné à l'intelligence du

¹⁷¹⁰ Le droit politique propose en effet une conception relativiste du droit, au sens où il ne considère pas l'existence de valeurs absolues dont la transcription dans la Constitution serait l'ultime et unique condition de sa positivité. Voir en ce sens *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre 2, section 1, §1, B, 1. Or, il s'agit justement de l'une des différences majeures entre positivisme et jusnaturalisme, mise en valeur par exemple par Hans Kelsen : « c'est précisément dans le difficile renoncement à une justification absolue, matérielle [...] que réside la marque distinctive essentielle du positivisme par rapport à la doctrine du droit naturel. Le positivisme et le relativisme épistémologique sont liés, de même que la doctrine du droit naturel et l'absolutisme (métaphysique) », H. Kelsen, *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, 1928, in *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 442.

¹⁷¹¹ Ce qui correspond précisément à la première des définitions du positivisme, mises en lumière par Herbert L. A. Hart ; le positiviste serait alors le juriste qui admet que « les règles de droit sont des commandements émanant d'êtres humains », H.L.A. Hart, « Positivism and the Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review* vol. 71, 1958, p. 593-629, passage reproduit in *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles : Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, p. 301.

¹⁷¹² Voir par exemple : D. Baranger, « Les constitutions de Michel Troper », *Droits* n° 37, 2003, p. 123-147.

¹⁷¹³ A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 136.

¹⁷¹⁴ C'est ce qu'affirme expressément Olivier Beaud lorsqu'il expose sa méthode de conceptualisation : « proposer une *théorie* de la Fédération, c'est constituer celle-ci en une *notion* autonome qui, en outre, doit faire l'objet d'une *systématisation*, reposant sur un *matériau empirique* digne d'être systématisé », O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2007, p. 21. Le droit politique n'est certes pas le seul courant doctrinal à opérer ce constat. C'est par exemple également celui que formule Guillaume Tusseau lorsqu'il écrit que, « bien que courante, la représentation d'une pensée juridique purement réceptrice d'un donné préexistant n'est plus tenable », G. Tusseau, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle » », *RFDA* n° 4, 2009, p. 643.

savant, mais est justement *construit* par lui¹⁷¹⁵. Les prémisses méthodologiques retenues par les *juspolitistes* sont ainsi radicalement distinctes de celles sur lesquelles repose le positivisme¹⁷¹⁶, et mettent sur la voie, concurrente à l'empirisme, du constructivisme épistémologique. Ce dernier représente un substrat efficace pour éprouver l'anti-positivisme du droit politique et pallier son laconisme sur les questions méthodologiques. Par son truchement, la mise au jour des préceptes méthodologiques de l'empirisme permet de faire apparaître, par contraste, l'épistémologie qui semble promue au titre du droit politique.

511. Le constructivisme latent du droit politique permet dès lors de donner corps à l'opposition qu'entretiennent ses auteurs à l'égard du positivisme¹⁷¹⁷ et de comprendre les critiques récurrentes qu'ils lui adressent¹⁷¹⁸. Ces critiques s'expriment principalement à propos de deux implications de l'empirisme méthodologique ; « en effet, dans l'affirmation que la science du droit est une science descriptive, deux thèses différentes sont contenues, qui méritent d'être distinguées même si elles peuvent être liées : a) la science juridique, pour être science, ne doit pas contenir de jugements de valeur – c'est l'idéal de la *Wertfreiheit* ; b) la science du droit, en tant que science, n'est pas une source du droit – c'est l'idéal de la distinction claire entre le moment d'autorité et le moment de réflexion dans l'expérience juridique »¹⁷¹⁹. Ces deux aspects sont successivement mis en cause par le droit politique. C'est d'abord la neutralité axiologique du savant qui fait l'objet d'une déconstruction ; Pierre-Marie Raynal notamment en dresse un portrait méthodiquement critique, qui permet de mieux saisir la scission irréductible entre

¹⁷¹⁵ Ce qui témoigne de l'influence de l'épistémologie proposée par Gaston Bachelard, en vertu de laquelle, selon une célèbre formule, « rien ne va de soi. Rien n'est donné. Tout est construit » ; G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Paris : Librairie philosophique J. Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 13^e éd., 1986, p. 14.

¹⁷¹⁶ Selon Cyril Sintez en effet, « le positivisme conçoit la connaissance scientifique comme une donnée définie à partir de laquelle une étude neutre et objective peut être effectuée », C. Sintez, *Le constructivisme juridique. Essai sur l'épistémologie des juristes, t. 1. Les origines romaines*, Paris : Mare & Martin, coll. Libre Droit, 2014, p. 17.

¹⁷¹⁷ Opposition qui est d'ailleurs perçue par les tenants du positivisme eux-mêmes ; les professeurs Magnon et Vidal-Naquet affirment ainsi que « [...] le droit politique rejette moins le normativisme que le positivisme », X. Magnon, A. Vidal-Naquet, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p. 112.

¹⁷¹⁸ Denis Baranger esquisse par exemple une critique du positivisme juridique en formulant un paradoxe au vu des postulats méthodologiques qui le fondent : « le positivisme moderne, dans ses principales variantes, n'aborde pas la question de la constitution de manière neutre, mais armé d'une conception normative du droit », D. Baranger, « Les constitutions de Michel Troper », *Droits* n° 37, 2003, p. 140.

¹⁷¹⁹ N. Bobbio, « Être et devoir-être dans la science du droit », in *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, C. Agostini, préf. R. Guastini, Louvain : Bruylant, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique, 1998, p. 200.

juspolitistes et positivistes (Section 1). En arrière-plan se profile une seconde critique de l'empirisme épistémologique, et que l'on peut rattacher sans mal au constructivisme : en questionnant l'autonomie de l'objet juridique à l'égard du discours doctrinal qui prétend en rendre compte, les *juspolitistes* effacent progressivement la distance – pourtant indispensable au positivisme – qui sépare le droit de sa science (Section 2).

Section 1 : La déconstruction épistémologique de la neutralité axiologique

512. Première exigence méthodologique du normativisme kelsénien¹⁷²⁰, précepte commun à tous les courants revendiquant leur appartenance au positivisme juridique¹⁷²¹, la neutralité axiologique doit sa formulation à la plume audacieuse de Max Weber, qui, sous le terme allemand de *Wertfreiheit*, a scellé la différence fondamentale qui distingue le métier de savant de celui du politique¹⁷²² : au second revient la fonction décisive, normative et par là prescriptive, tandis que le premier est cantonné à la description de son objet, fonction qu'il doit émanciper de tout jugement de valeur éthique¹⁷²³. Les auteurs du droit politique n'adhèrent cependant pas à la méthodologie positiviste et relativisent l'héritage wébérien sur lequel elle se fonde ; ils font peu de cas de cette exigence de neutralité ou, lorsqu'ils lui accordent une certaine considération, expriment leur scepticisme à l'égard de ce principe, jugé fictionnel et dogmatique¹⁷²⁴. Le droit politique s'éloigne ainsi de la méthode empirique revendiquée par de nombreux juristes, en excipant du caractère impraticable (§1), voire contre-productif (§2), de la neutralité axiologique.

¹⁷²⁰ Le juriste viennois écrivait ainsi au tout début de son maître ouvrage : « théorie, elle se propose uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire d'établir ce qu'est le droit et comment il est. Elle n'essaie en aucune façon de dire comment le droit devrait ou doit être ou être fait. D'un mot : elle entend être science du droit, elle n'entend pas être politique juridique », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 9.

¹⁷²¹ Alexandre Viala estime ainsi que « [...] le positivisme juridique se distingue [des autres positivismes] sur la question épistémologique de la neutralité axiologique du savant », A. Viala, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *RIEJ* n° 67, 2011, p. 96.

¹⁷²² Voir en ce sens M. Weber, *Le savant et le politique*, trad. J. Freund, préf. R. Aron, Paris : Plon, Coll. Bibliothèques 10/18, 1963, 221 p. Du même auteur, voir également M. Weber, *Essais sur la théorie de la science*, trad. J. Freund, Paris : Presses pocket, coll. Agora, 1992, 478 p. La traduction de la *Wertfreiheit* par la notion de neutralité axiologique est le choix opéré par son premier interprète français, Julien Freund. C'est par cette formule que la doctrine française a reçu et appréhende encore ce postulat wébérien, c'est donc par ce biais qu'il sera traité. Il convient toutefois dès à présent de noter que la neutralité axiologique qui sera ici entendue ne relève pas tout à fait de la conception qu'en retenait Max Weber, dont la pensée à ce sujet est marquée d'ambiguïtés ; elle renvoie plus spécifiquement à la portée radicale que lui ont attribuée les juristes positivistes qui, à l'instar de Hans Kelsen, l'ont élevée au rang d'impératif scientifique. Sur la distinction entre ces deux conceptions, voir : L. Heuschling, « Le relativisme des valeurs, la science du droit et la légitimité. Retour sur l'épistémologie de Max Weber », *Jus politicum* n° 8, septembre 2012.

¹⁷²³ En ce sens, Weber préconisait en effet une distinction de principe : « [...] d'une part la validité d'un impératif pratique entendu comme norme et d'autre part la validité de vérité d'une constatation empirique d'un fait sont deux choses absolument hétérogènes au niveau de la problématique, de sorte que l'on porte préjudice à la dignité de l'une et l'autre de ces deux sphères si on méconnaît leur distinction et si on cherche à les confondre », M. Weber, « Essai sur le sens de la « neutralité axiologique » dans les sciences sociologiques et économiques », in *Essais sur la théorie de la science*, trad. J. Freund, Paris : Presses pocket, coll. Agora, 1992, p. 382.

¹⁷²⁴ C'est notamment Pierre-Marie Raynal qui consacre, au titre du droit politique, de longs développements à la neutralité axiologique comme fiction scientifique : P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 154 et ss.

§1 : Un postulat positiviste inapplicable

513. Si le principe de la neutralité axiologique peut être regardé comme une fiction, c'est d'abord parce qu'il constitue, du point de vue du droit politique, un idéal inaccessible à la science juridique. Même en considérant l'attachement de certains chercheurs à cette recommandation épistémologique, sa réalisation – qui ne saurait être rien de moins que parfaite – est largement compromise dans plusieurs de ses aspects. Pierre-Marie Raynal propose à cet égard de décomposer le principe de la neutralité axiologique¹⁷²⁵, afin d'en éprouver chacune de ses composantes. Ses principales objections adressées à ce postulat positiviste se résument sur le double plan interne et externe du discours scientifique : le savant ne peut en effet jamais démontrer sa propre neutralité, qui échappe à toute vérifiabilité (A) et il n'exerce qu'un faible contrôle sur la *réception* de son discours, sur la façon dont il sera entendu (B).

A. Une objectivité interne compromise

514. Se soumettre à l'exigence de neutralité axiologique est un projet délicat. Cela implique, pour le savant, de « s'abstraire de sa subjectivité » et « de la réalité politique »¹⁷²⁶, de créer un cocon scientifique au sein duquel il se contraint à l'objectivité¹⁷²⁷. La concrétisation d'une telle entreprise peut laisser sceptique, tant l'opération de dissociation des deux aspects, politique et scientifique, de la personnalité du savant semble compromise. Même sans entrer dans des considérations psychologiques qui éclaireraient certainement la question de la seule possibilité d'une telle démarche, l'idéal de la neutralité scientifique paraît contrarié sous cet angle. Il implique en effet un renoncement absolu à tout présupposé éthique, par définition subjectif, dont il semble

¹⁷²⁵ L'auteur écrit ainsi : « pour peu que l'on creuse la chose, il apparaît que l'exigence de neutralité suppose une double abstraction qui nécessite le recours au procédé fictionnel. Afin d'adopter une posture d'observateur d'une part, l'acteur savant est tenu de s'abstraire de sa subjectivité, ce qui revient à faire « comme si » il était dénué d'opinion. Afin de maintenir cette posture d'autre part, l'acteur savant alors observateur est tenu de s'abstraire de la réalité politique, ce qui revient à faire « comme si » il n'agissait pas en son sein », *ibid.*, p. 164.

¹⁷²⁶ Ces expressions sont employées par Pierre-Marie Raynal, *ibid.*, p. 164-165.

¹⁷²⁷ L'exigence d'objectivité implique elle-même l'existence préalable d'un objet, indépendant de tout discours scientifique susceptible de le décrire. Ce postulat positiviste est également remis en cause par l'épistémologie constructiviste que semble mettre en œuvre le droit politique. Voir en ce sens *infra* section 2, §1, A, 1.

pourtant que le savant juriste ne puisse tout à fait se départir (1). Il suppose également que le chercheur se libère de toute velléité politique au sens strict, qu'il se garde de sa propre volonté d'agir sur son objet, ce qui, dans le domaine juridique, constitue un risque toujours latent (2).

1. Le difficile renoncement aux présupposés éthiques

515. Faire montre de neutralité à l'égard d'un objet scientifique implique pour le savant de s'émanciper de sa propre subjectivité : il ne peut jamais exprimer des choix axiologiques, mais il doit se cantonner au contraire à la description pure et simple de son objet. C'est ainsi qu'a été reçu, dans la doctrine juridique, le principe wébérien¹⁷²⁸ de la neutralité axiologique, érigé en fondement du positivisme juridique¹⁷²⁹. Dès lors, lorsqu'un positiviste produit un discours, il doit veiller à distinguer clairement entre ce qui relève de sa fonction de savant – par laquelle il décrit le droit en vigueur – de ce qui découle de son jugement politique, subjectif et éthique – par lequel il exprime son opinion de citoyen¹⁷³⁰ : « on peut retenir de Weber que l'obligation de faire discerner à l'auditoire le constat de l'opinion s'impose à l'acteur savant en vue de maintenir la frontière entre discours scientifique et discours politique »¹⁷³¹.

516. Ce qui peut apparaître comme le moyen méthodologique le plus efficace pour garantir cette différenciation entre deux types de discours semble être le relativisme des valeurs. Il ne s'agit pourtant pas d'un postulat répandu dans le positivisme juridique, puisqu'il concerne essentiellement le normativisme kelsénien, qui y a puisé les prémisses

¹⁷²⁸ La conception wébérienne de la neutralité du savant comporte un grand nombre de subtilités qui ont été moins reçues par la science du droit que par d'autres sciences sociales, et notamment la sociologie. Selon Philippe Corcuff par exemple, la pensée de Weber traduit moins l'interdiction de tout jugement de valeur que la nécessité, pour le savant, de l'identifier et de le présenter comme tel : P. Corcuff, « Le savant et le politique », *SociologieS*, 2011, §11 et ss, disponible en ligne : <https://journals.openedition.org/sociologies/3533>.

¹⁷²⁹ En effet, « [...] la neutralité axiologique apparaît [...] comme le véritable dénominateur commun de tous les courants juspositivistes étudiés – le normativisme de Kelsen, l'empirisme juridique d'Alf Ross, le pragmatisme juridique d'H.L.A. Hart et la théorie réaliste de l'interprétation authentique de Michel Troper », P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 244.

¹⁷³⁰ La seule possibilité pour le savant juriste d'émettre un jugement sur son objet est « [...] d'annoncer que les propos qui tiennent lieu d'une telle évaluation, sont proférés, derrière le juriste-savant qui tient la plume, par l'homme et le citoyen qu'il est, indépendamment de son métier. En d'autres termes, le juriste qui s'assigne une telle discipline est capable de dédoubler sa personne en tâchant, dès qu'il est tenté d'émettre un jugement de valeur sur le droit positif, de retirer sa casquette de savant », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 136.

¹⁷³¹ P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 165.

de sa théorie¹⁷³². S'il s'interdit tout jugement de valeur, c'est donc d'abord parce qu'il ne croit pas, au moins épistémologiquement, à la transcendance de certaines valeurs ou à leur supériorité intrinsèque sur d'autres¹⁷³³. Dans cette perspective, le maître autrichien cherche à se prémunir contre la transgression de ce précepte en adoptant une conception essentiellement formelle du droit, par là « dénué[e] de tout *a priori* en terme de contenu ou d'idéal, de justice [...] »¹⁷³⁴.

517. Si ce refus de considérer les valeurs comme universelles ou objectives confère à la théorie kelsénienne une première garantie quant à la neutralité stricte qu'observera son auteur – garantie qui mérite toutefois elle-même d'être nuancée comme nous le verrons ensuite –, il ne saurait concerner toutes les théories qui, discréditant les jugements de valeur au nom de la science, n'adhèrent pas pour autant au relativisme axiologique. La plupart des auteurs positivistes doivent ainsi puiser ailleurs les moyens de construire leur propre neutralité. Deux voies complémentaires s'offrent alors à eux : exclusion de leurs raisonnements tout argument qui ne reposerait pas sur un jugement de fait¹⁷³⁵ et reconnaître ce qui, dans leurs propos, relève d'un jugement de valeur lorsqu'ils en formulent¹⁷³⁶. Par une introspection rigoureuse dont les résultats doivent être rendus publics, le juriste positiviste est donc censé pouvoir identifier et écarter les présupposés qui parsèment sa pensée scientifique. Une telle entreprise, qui paraît délicate dans le cas des sciences dites naturelles, semble franchement compromise dans le cadre des sciences sociales auquel appartient le droit¹⁷³⁷. Comment distinguer, dans cette hypothèse, ce qui

¹⁷³² Selon Luc Heuschling, « chez Kelsen, c'est en effet le relativisme axiologique qui appelle la nécessaire posture juspositiviste de la science du droit (*si* celle-ci veut rester objective, pure, et générale) [...] », L. Heuschling, « Le relativisme des valeurs, la science du droit et la légitimité. Retour sur l'épistémologie de Max Weber », *Jus politicum* n° 8, septembre 2012.

¹⁷³³ C'est ce qui justifie fondamentalement son opposition farouche au droit naturel : « pour Kelsen, contrairement aux faits, les valeurs ne peuvent faire l'objet d'une connaissance objective et rationnelle. Elles ne sont ni vraies, ni fausses. Elles expriment des émotions plus ou moins partagées qui se défendent plus qu'elles ne se démontrent », V. Champeil-Desplats, « Kelsen et Bobbio, deux regards positivistes sur les droits de l'Homme », *Droit & Philosophie* vol. 8, 2016, p. 176.

¹⁷³⁴ A. Viala, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *RIEJ* n° 67, 2011, p. 117.

¹⁷³⁵ Weber opposait notamment aux jugements de fait, les jugements de valeur qui « [...] s'occupent d'évaluations *pratiques* et de faits sociaux que l'on considère pratiquement comme souhaitables ou non souhaitables pour des raisons éthiques, culturelles et autres », M. Weber, « Essai sur le sens de la « neutralité axiologique » dans les sciences sociologiques et économiques », in *Essais sur la théorie de la science*, trad. J. Freund, Paris : Presses pocket, coll. Agora, 1992, p. 379.

¹⁷³⁶ Ces préconisations apparaissent d'ailleurs déjà sous la plume de Max Weber, qui encourage les savants à « [...] porter scrupuleusement, à chaque instant, à leur propre conscience et à celle des lecteurs, quels sont les étalons de valeur qui servent à mesurer la réalité et ceux d'où ils font dériver le jugement de valeur », M. Weber, « L'objectivité de la connaissance dans les sciences et la politique sociales », in *Essais sur la théorie de la science*, trad. J. Freund, Paris : Plon, coll. Recherches en sciences humaines, 1965, p. 156.

¹⁷³⁷ On retrouve ici l'écho d'une pensée de Bobbio : « [...] le discours du juriste, dans la mesure où il est justiciable de critères variés, par exemple celui de l'opportunité, n'est qu'en partie composé d'assertions.

relève du jugement de valeur, relatif à la subjectivité du savant, de ce qui appartient au jugement de fait, garantie de la neutralité, si le fait n'est pas lui-même prédéfini¹⁷³⁸ ? L'objet que se donne le chercheur n'est-il pas nécessairement, irrémédiablement, pétri de ses propres valeurs¹⁷³⁹ ? Même s'il bénéficie d'une présomption quant à sa bonne foi et à la sincérité de son engagement en faveur de la neutralité axiologique, le savant manque méthodologiquement de moyens pour distinguer systématiquement les arguments scientifiques des jugements éthiques qu'il produit¹⁷⁴⁰.

518. En matière juridique, cette distinction appliquée entre jugement de fait et jugement de valeur fait figure de précaution méthodologique à l'encontre de tout naturalisme¹⁷⁴¹. Pour autant, et sans avoir besoin d'aucun argument de droit naturel en ce sens, il apparaît que les juristes, même parmi les positivistes les plus farouches, échouent à construire des théories émancipées de toute idéologie. Au titre du droit politique, Jean-Jacques Sueur écrit ainsi que le chercheur « [...] a beau nommer l'idéologie, prétendre en tenir compte

Par conséquent, si par science descriptive, on entend une recherche qui procède par, et conclut à l'aide d'assertions, c'est-à-dire de propositions vérifiables, [l]e bref inventaire des diverses occasions dans lesquelles le juriste est contraint d'opérer par des jugements de valeur devrait suffire à provoquer une défiance à l'égard de la définition du droit comme science descriptive, et pour le moins, à la faire apparaître comme une définition persuasive [...] », N. Bobbio, « Être et devoir-être dans la science du droit », in *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, C. Agostini, préf. R. Guastini, Louvain : Bruylant, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique, 1998, p. 201-202.

¹⁷³⁸ Olivier Beaud estime en ce sens impossible la dissociation entre la théorie politique et la théorie juridique de Carl Schmitt, ces deux pendants n'étant que les facettes d'une même posture : O. Beaud, « L'art d'écrire chez un juriste : Carl Schmitt », in C.M. Herrera (dir.), *Le droit, le politique: autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris : L'Harmattan, 1995, p. 30-31.

¹⁷³⁹ Ces questions dépassent le cadre de la science juridique et concernent l'ensemble des sciences sociales. L'économiste Serge Latouche écrit ainsi que « la « neutralité » de l'objet scientifique repose sur la croyance naïve en son immanence. [...] En supposant ou prétendant que leurs concepts de base découpent de façon « neutre » quant aux valeurs une réalité froide, universelle et transhistorique, les économistes ont tenté de nier que leur objet scientifique reposait sur des présupposés, et que ceux-ci étaient lourds de signification éthique. Si l'objet économique n'est pas donné, mais construit socialement ou culturellement, cette construction résulte toujours d'une série de choix, d'options au moins implicites », S. Latouche, « Éthique et esprit scientifique », *L'homme et la société* n° 84, 1987, p. 12. De même en sociologie, Nathalie Heinich estime qu'il est fort malaisé de distinguer systématiquement entre jugements de fait et jugements de valeur : N. Heinich, « La sociologie à l'épreuve des valeurs », *Cahiers internationaux de sociologie* n° 121, 2006, p. 296 et ss.

¹⁷⁴⁰ François Ost insiste sur le caractère irréductible de la subjectivité du savant, et ce quel que soit son domaine de compétence : « [...] toute science, quel que soit le critère de scientificité qu'elle privilégie, prend nécessairement appui sur des présupposés ontologiques et axiologiques : une certaine vision du monde (déterministe, finaliste, probabiliste...) et un ensemble de valeurs. Du fait même, apparaît le caractère social et historique de la pratique scientifique et les interactions qu'elle noue avec les intérêts et idéologies qui s'affrontent dans le corps social, soit qu'elle reflète ces représentations, soit qu'elle serve à son tour d'idéologie », F. Ost, « Science du droit », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : LGDJ, 2^e éd., 1993, p. 541-542. Le discours scientifique est ainsi non seulement pétri de considérations subjectives, mais encore constitue-t-il la source et l'argument de prises de position politique.

¹⁷⁴¹ Réciproquement, cette distinction wébérienne a pu être décriée au nom du naturalisme, en l'occurrence ancien. Voir par exemple : L. Strauss, *Droit naturel et histoire*, trad. M. Nathan, É. de Dampierre, Paris : Flammarion, coll. Champs essais, 2008, p. 44-82.

pour l'écart au moment de l'analyse, le propre de l'idéologie est précisément qu'elle ne fonctionne jamais à découvert et qu'elle est donc, par définition, rebelle à cette opération de mise à l'écart »¹⁷⁴². Le domaine juridique est d'ailleurs particulièrement concerné par cette problématique de la neutralité, tant sont étroites les relations qu'entretient son objet avec les valeurs¹⁷⁴³. On peut ainsi déceler, dans l'histoire de la pensée juridique, l'influence manifeste qu'ont exercée diverses idéologies politiques sur les théoriciens du droit. C'est par exemple le cas de l'institutionnalisme de Maurice Hauriou, dont « la réflexion juridique [...] ne peut être comprise en dehors de ce double attachement qui n'est d'ailleurs pas sans contenir certaines tensions, au réalisme sociologique et à l'idéalisme chrétien voire au rationalisme thomiste »¹⁷⁴⁴. De même, le sociologisme de Léon Duguit est largement justifié par la démarche axiologiquement déterminée de l'auteur, même si ses conclusions l'ont parfois conduit à renoncer à ses convictions politiques¹⁷⁴⁵ ; comme Durkheim à la même époque, le juriste de Bordeaux tente « [...] de réconcilier les intérêts individuels et sociaux, de sortir en quelque sorte du dilemme « individualisme-socialisme ». La doctrine duguiste s'inscrit dans cette quête d'une troisième voie »¹⁷⁴⁶. À bien des égards, le choix épistémologique du plus fervent partisan de l'objectivité de la doctrine juridique, Hans Kelsen, traduit lui-même une certaine irréductibilité des présupposés éthiques. Ainsi que l'affirme Pierre-Marie Raynal, « [...] la neutralisation du langage de la science du droit ne peut être totale puisque cette exigence méthodologique découle du jugement de valeur selon lequel il est préférable pour le savoir juridique de délester le discours scientifique de toute visée prescriptive et

¹⁷⁴² J.-J. Sueur, *Une introduction à la théorie du droit*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2001, p. 18.

¹⁷⁴³ Toute approche épistémologique du droit conduit en effet à « [...] s'apercevoir[r] combien la très grande proximité – sinon la collusion – entre les juristes et leur objet de connaissance constitue le défi majeur qui se dresse sur le chemin qu'ils empruntent pour quérir une reconnaissance scientifique », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 22.

¹⁷⁴⁴ J. Barroche, « Maurice Hauriou, juriste catholique ou libéral ? », *RFHIP* n° 28, 2008, p. 308.

¹⁷⁴⁵ Alexandre Viala évoque à ce titre le paradoxe auquel conduit la théorie de Duguit : « [...] à la différence de Carré de Malberg, Duguit fut favorable à ce que les juges ordinaires fissent prévaloir la déclaration des droits de l'homme sur toute loi contraire et ce, en dépit du défaut de son rattachement formel aux lois constitutionnelles. Le paradoxe est frappant quand l'on sait la critique implacable que Duguit a construite à l'encontre de la philosophie libérale de la déclaration. Il se conçoit au regard de sa conception objectiviste de l'ordre juridique [...] », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 96. Pour autant, cela n'indique pas que la théorie de Duguit ne soit pas éthiquement fondée ; la logique de sa démonstration peut reposer sur des convictions politiques, même si elle lui impose, en se développant, de reconnaître la valeur juridique de dispositions dont il désapprouve politiquement le contenu.

¹⁷⁴⁶ S. Pinon, « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », *RIEJ* n° 67, 2011, p. 87.

justificative »¹⁷⁴⁷. L'épistémologie alors consacrée est donc elle aussi, pétrie de considérations idéologiques irréductibles.

519. La définition de l'objet et de la méthode de la science du droit est donc sous l'emprise des présupposés politiques de ses auteurs, dont ils ne sauraient se départir. Norberto Bobbio écrivait à cet égard que c'est là « l'accusation la plus grave lancée [...] contre le positivisme juridique », selon laquelle il *prétend* seulement « [...] dépose[r] les jugements de valeur au seuil de la recherche. Il a l'illusion de le faire ; en réalité il prend position, même s'il ne s'en aperçoit pas et croit être objectif. La prétention d'être éthiquement neutre est infondée »¹⁷⁴⁸. Si une conclusion scientifique n'est recevable qu'à la condition qu'elle repose sur des arguments excluant toute appréciation subjective des faits, la plupart des théories fondées sur la construction d'un objet juridique particulier doivent être considérées comme privées de cette qualité. Face à ce constat désenchanté, la neutralité axiologique semble mériter d'être davantage considérée comme un idéal vers lequel doit tendre la communauté des savants, que comme le moyen nécessaire de parvenir à une connaissance valable¹⁷⁴⁹. Seule la sincérité des auteurs garantirait alors l'effort d'objectivité de la théorie du droit, sans que jamais celle-ci ne puisse être tout à fait atteinte. Si cette sincérité n'est pas mise en cause en tant que telle par les auteurs du droit politique, ces derniers expriment cependant leur scepticisme quant à la réalisation de l'ambition de neutralité, réalisation d'autant plus contrariée qu'elle suppose que les savants juristes renoncent à toute velléité proprement politique.

2. Le renoncement illusoire à la politique juridique

520. Au-delà des présupposés au milieu desquels et par lesquels est construit l'objet du discours scientifique, le juriste est difficilement susceptible de se garder de conférer une portée politique à ses propos ; il est plus certainement enclin à les voir produire un effet, que celui-ci reste circonscrit au domaine scientifique ou qu'il s'invite sur le plan proprement politique. C'est en ce sens du moins que le droit politique se saisit du discours

¹⁷⁴⁷ P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 207.

¹⁷⁴⁸ N. Bobbio, « Sur le positivisme juridique », in *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, C. Agostini, préf. R. Guastini, Louvain : Bruylant, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique, 1998, p. 36-37.

¹⁷⁴⁹ Bobbio écrivait en ce sens que, en sciences sociales, « [...] la *Wertfreiheit* est un idéal limite, ce n'est pas une réalité de fait », N. Bobbio « Être et devoir-être dans la science du droit », in *Essais de théorie du droit*, *op. cit.*, p. 200.

des juristes, estimant qu'il mérite d'être envisagé sur le plan interne comme une mise en valeur, même indirecte, du point de vue de ses auteurs¹⁷⁵⁰. Le discours doctrinal échapperait donc, dans cette perspective, à toute neutralité, ce que semble devoir étayer l'observation attentive du comportement effectif des savants.

521. À bien des égards, d'abord, le champ scientifique se conçoit comme une joute oratoire au sein de laquelle de multiples interprètes cherchent à convaincre leurs compétiteurs de la justesse et de la véracité de leurs arguments¹⁷⁵¹. En droit, cela s'exprime notamment par des débats d'envergure qui ont nourri – et nourrissent parfois encore – la doctrine dans son ensemble : école du service public contre théorie de la puissance publique¹⁷⁵², gardien juridictionnel ou politique de la Constitution¹⁷⁵³, limitation ou souveraineté du pouvoir de révision constitutionnelle¹⁷⁵⁴... Chacune de ces controverses doctrinales témoigne de l'engagement scientifique de ses auteurs en faveur de thèses qui, si elles sont présentées sous le sceau de la vérité, suscitent le besoin d'en convaincre le plus grand nombre. C'est ainsi une « *politique scientifique* »¹⁷⁵⁵ qui est conduite, à grand renfort de stratégies institutionnelles, de rigueur démonstrative et de persuasion incantatoire. Dans ce cadre, le discours scientifique n'en perd pas

¹⁷⁵⁰ O. Beaud, « L'art d'écrire chez un juriste : Carl Schmitt », in C.M. Herrera (dir.), *Le droit, le politique: autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris : L'Harmattan, 1995, p. 21.

¹⁷⁵¹ Gaston Bachelard insistait ainsi sur la nécessaire démonstration à l'œuvre dans la doctrine scientifique, conçue comme l'arène d'une joute perpétuelle. Il écrivait par exemple : « il ne suffit point à l'homme d'avoir raison, il faut qu'il ait raison *contre* quelqu'un », G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Paris : Librairie philosophique J. Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 13^e éd., 1986, p. 245.

¹⁷⁵² On aura reconnu les termes de la controverse ayant opposé Duguit et Hauriou dans la théorisation des fondements du droit administratif. Pour un compte-rendu de cette controverse et sa portée politique, voir par exemple : M. Milet, « L. Duguit et M. Hauriou, quarante ans de controverse juridico-politique (1889-1929). Essai d'analyse socio-rétorique », in C.M. Herrera (dir.), *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la III^e République*, Paris : Éditions Kimé, coll. Philosophie politique, 2003, p. 85-121.

¹⁷⁵³ Cette controverse constitue le paroxysme de l'antagonisme entre la pensée de Hans Kelsen et celle de Carl Schmitt. Grâce à une introduction conséquente rédigée par la traductrice, les termes du débat sont largement exposés dans : H. Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, trad. S. Baume, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2006, 138 p. Voir également sur ce sujet : O. Beaud, P. Pasquino (dir.), *La controverse sur le « gardien de la constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2007, 212 p.

¹⁷⁵⁴ Particulièrement vivace dans les années 1990, cette controverse a notamment vu s'affronter la pensée du doyen Vedel et celle d'Olivier Beaud, le premier affirmant le principe de la souveraineté du pouvoir de révision, le second défendant la mise en place d'un contrôle juridictionnel des lois constitutionnelles : G. Vedel, « Schengen et Maastricht (A propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *RFDA* n° 8, 1992, p. 173-184 ; O. Beaud, « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht », *RFDA* n° 6, 1993 p. 1045-1068 ; et du même auteur, plus récemment : « Le cas français : l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017.

¹⁷⁵⁵ Cette expression est employée par Pierre-Marie Raynal à propos notamment du positivisme : « [...] il est [...] possible de déceler des éléments de « politique scientifique », dont l'objectif est de revendiquer l'exclusivité du statut de « science » pour l'épistémologie juspositiviste », P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 245.

nécessairement sa forme descriptive, notamment lorsqu'il repose sur des arguments réputés falsifiables, mais il peut cependant trahir un jugement éthique, si les conclusions présentées sont élevées au rang de valeurs objectivées. C'est ce qu'on peut déceler dans la démarche adoptée par Hans Kelsen, qui prête à l'exigence de neutralité axiologique une portée elle-même axiologiquement déterminée. Agostino Carrino estime ainsi que « [...] pour Kelsen, la science est la valeur ultime [...] »¹⁷⁵⁶. La neutralité axiologique aurait ainsi consisté en un substitut aux valeurs politiques que le maître autrichien se refusait à considérer. La « politique scientifique » peut alors conduire inexorablement le savant à intervenir dans le champ voisin de la politique normative.

522. En construisant un objet scientifique, le savant est conduit à agir sur lui, à plus forte raison lorsqu'il relève des sciences dites sociales : l'économie, la sociologie et, bien entendu, le droit, offrent des champs d'investigation dont la forme est tout entière déterminée par l'action politique et qui exercent une influence sur le chercheur qui ne saurait tout à fait s'en détacher¹⁷⁵⁷. Le caractère politique de l'objet rend plus délicate la stricte description de celui-ci, qui prend alors le risque de basculer elle-même dans la considération politique. C'est d'ailleurs en ce sens que Pierre Bourdieu appelait de ses vœux un « savoir engagé », estimant non seulement qu'il est vain pour le savant de chercher à faire taire son appréciation politique de la situation décrite, mais encore que c'est là le rôle de la science sociale que de soumettre à la discussion publique des orientations éthiques assumées¹⁷⁵⁸.

523. Le droit constitue un terrain privilégié de confusion entre proposition scientifique et engagement politique. Il suscite en effet un grand nombre d'interrogations sur la possibilité *juridique* de certaines normes, dont les réponses reposent autant sur une appréciation éthique que technique. Ainsi en va-t-il par exemple, d'une question « technique » par excellence, celle de la conformité d'une norme à une norme supérieure :

¹⁷⁵⁶ A. Carrino, « Max Weber et Hans Kelsen » in C.M. Herrera (dir.), *Le droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris : L'Harmattan, 1995, p. 191.

¹⁷⁵⁷ La sociologue Simone Bateman écrit ainsi que « la difficulté propre à la scientificité des sciences humaines et sociales tient à ce que le chercheur est immergé dans la réalité humaine et sociale qu'il ou elle étudie. Même cloîtré dans son bureau, à distance de toute observation ou interaction avec son objet d'étude, le chercheur ne peut prétendre s'en extraire », S. Bateman, « La neutralité axiologique face à une pratique moralement controversée », *Travail, genre et sociétés* n° 15, 2006, p. 169.

¹⁷⁵⁸ Le sociologue écrivait par exemple dans une tribune qu'« il y a [...] une dichotomie qui me paraît tout à fait funeste : la dichotomie entre *scholarship* et *commitment* — entre ceux qui se consacrent au travail scientifique, qui est fait selon des méthodes savantes à l'intention d'autres savants, et ceux qui s'engagent et portent au dehors leur savoir. L'opposition est artificielle et, en fait, il faut être un savant autonome qui travaille selon les règles du *scholarship* pour pouvoir produire un savoir engagé, c'est-à-dire un *scholarship with commitment*. Il faut, pour être un vrai savant engagé, légitimement engagé, engager un savoir. Et ce savoir ne s'acquiert que dans le travail savant, soumis aux règles de la communauté savante », P. Bourdieu, « Pour un savoir engagé », *Le Monde diplomatique*, février 2002, p. 3.

de l'étude de la possibilité d'intégrer une loi dans l'ordre juridique – appréciée en termes de hiérarchie des normes et de compétence – peut sourdre une évaluation de l'opportunité politique de son adoption. Cette hypothèse s'est illustrée en France à l'occasion du vote de la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe. La question de la constitutionnalité de la loi a fait l'objet d'un débat entre les juristes qui, par des arguments relevant *a priori* de leur expertise, ont en réalité défendu des interprétations de la Constitution conformes à leurs aspirations politiques¹⁷⁵⁹, ainsi que l'ont révélé les acteurs de la controverse eux-mêmes¹⁷⁶⁰. L'appréciation qui est livrée du contenu du droit et de l'articulation des normes entre elles, dès lors qu'elle contient une part irréductible d'interprétation¹⁷⁶¹, encourage donc mécaniquement une certaine intrusion des valeurs dans les faits que l'on prétend décrire. Le savant juriste peine donc à se montrer véritablement indifférent aux implications éthiques de son discours¹⁷⁶².

524. Les grandes théories du droit n'échappent pas à ce constat que les considérations scientifiques sont autant le fruit de contraintes méthodologiques que d'ambitions politiques. Dans le cas de Kelsen par exemple, ce sont d'ailleurs ses prémisses épistémologiques qui sont le prétexte à une discrète revendication idéologique. Ainsi que

¹⁷⁵⁹ Parmi la littérature foisonnante à laquelle a donné lieu ce débat, la question de la constitutionnalité de la loi s'est articulée notamment autour de l'existence potentielle d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République. On peut citer à ce titre : L. Candide (pseudonyme), « Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gazette du Palais* n° 278, 4 octobre 2012, p. 7 ; P. Delvolvé, « Mariage : un homme, une femme », *Le Figaro*, 8 novembre 2012 ; D. Rousseau, « Le « mariage pour tous » relève bien de la compétence du législateur ordinaire », *Gazette du Palais*, 13 décembre 2012, p. 5 ; A. Viala, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *RDLF* 2013, chron. n° 4 ; A.-M. Le Pourhiet, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala », *RDLF* 2013, chron. n° 5 ; J. Roux, « Le « mariage pour tous » et la Constitution : la méthode et le fond », *RDLF* 2013, chron. n° 6.

¹⁷⁶⁰ Plusieurs professeurs ont ainsi affirmé que les auteurs dénonçant l'inconstitutionnalité du mariage pour tous se prévalaient de leur qualité de juristes pour asseoir leur propre opinion politique : « il s'agit [alors] d'affirmations morales qui essentialisent des catégories juridiques dans le but d'empêcher ou de faire apparaître comme impossibles les modifications du droit positif voulues par le législateur », P. Brunet, V. Champeil-Desplats, S. Hennette-Vauchez, É. Millard, « Mariage pour tous : les juristes peuvent-ils parler « au nom du Droit » ? », *D.* 2013, p. 784 ; nous soulignons. Ces propos peuvent cependant eux-mêmes être entendus comme l'expression d'une orientation politique concurrente, qui justifierait une critique de la méthode adverse, au nom de la conclusion à laquelle elle conduit : B. Daugeron, A.-M. Le Pourhiet, J. Roux, P. Stoffel-Munck, « Mariage pour tous, silence pour quelques-uns...*Tu patere legem quam ipse fecisti* », *D.* 2013, p. 933-934.

¹⁷⁶¹ Dès lors que l'on conteste le caractère objectif et empirique de l'objet juridique, il faut admettre qu'il ne s'agit que « [...] de données normatives que l'on obtient au terme d'un processus d'interprétation. Or l'interprétation par la science du droit des énoncés produits par le législateur ne peut se faire sans référence à des valeurs », M. Troper, « Science du droit », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 1394.

¹⁷⁶² Au contraire peut-il d'ailleurs choisir de doter sa théorie juridique d'une portée volontairement éthique. C'est ce que démontre Olivier Beaud à propos de l'œuvre de Maurice Hauriou, « sciemment destinée à restaurer les valeurs morales auxquelles il croyait et qui étaient contraires à l'esprit du temps » ; O. Beaud, « L'art d'écrire chez un juriste : Carl Schmitt », in C.M. Herrera (dir.), *Le droit, le politique : autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris : L'Harmattan, 1995, p. 26.

l'écrit Véronique Champeil-Desplats, « l'effort de neutralité axiologique que Kelsen exige dans le cadre de l'activité scientifique interdit l'expression de tout jugement de valeur « au nom de la science ». Deux voies restent néanmoins ouvertes pour exprimer ses préférences éthiques ou idéologiques. La première est d'y procéder en dehors du champ des discours scientifiques. [...] La seconde voie consiste à démontrer que le respect de certaines valeurs constitue le meilleur gage pour réaliser les buts et idéaux de la science. C'est ce à quoi Kelsen s'est employé [...] en établissant qu'au niveau éthique, le relativisme, et au niveau politique, la démocratie, offrent la meilleure protection des libertés nécessaires au développement de l'activité scientifique »¹⁷⁶³. Les postulats épistémologiques du maître autrichien portent donc la marque de son inspiration politique, et la défense active qu'il en livre, si elle parvient à respecter formellement les canons de la neutralité axiologique, n'en démontre pas moins un engagement éthique prégnant¹⁷⁶⁴.

525. La difficulté à débarrasser tout à fait les travaux à prétention scientifique de jugements éthiques entrave considérablement la mise en pratique de la neutralité axiologique¹⁷⁶⁵ : réduite à l'approximation et à un idéal de scientificité concrètement inaccessible, celle-ci peine à s'imposer comme le critère épistémologique ultime. Car « les doctrines ne sont jamais indépendantes ni des faits politiques, ni des idées des auteurs »¹⁷⁶⁶. Si ce constat s'impose dans la considération du travail du savant, il revêt une portée encore plus évidente dès lors qu'est étudiée la réception publique de son discours.

¹⁷⁶³ V. Champeil-Desplats, « Kelsen et Bobbio, deux regards positivistes sur les droits de l'Homme », *Droit & Philosophie* vol. 8, 2016, p. 185.

¹⁷⁶⁴ C'est d'ailleurs en ce sens que Carlos Miguel Herrera propose une lecture des présupposés méthodologiques normativistes : « [...] on peut déceler une *tonalité libérale* dans certaines des idées de Kelsen, notamment dans son relativisme éthique, sa conception de la science comme progrès devant mener à un ordre rationnel formel, et son penchant individualiste », C.M. Herrera, « Kelsen et le libéralisme » » in C.M. Herrera (dir.), *Le droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris : L'Harmattan, 1995, p. 62 ; nous soulignons. Sur les imbrications et les distinctions entre la théorie juridique et la pensée politique de Kelsen, voir : T. Hochmann, « Hans Kelsen et le constitutionnalisme global : Théorie pure du droit et projet politique », *Jus politicum* n° 19, janvier 2018.

¹⁷⁶⁵ C'est par exemple une perspective tout bonnement irréalisable dans le cadre du comparatisme selon Guillaume Tusseau car « si métalangage comparatiste il y a, celui-ci ne peut définitivement pas être neutre, mais nécessairement impliqué et solidaire d'une perspective déterminée », G. Tusseau, « Sur le métalangage du comparatiste. De la prétention à la neutralité à l'engagement pragmatiste », *Revus*, n° 21, 2013, p. 107.

¹⁷⁶⁶ O. Beaud, « Avant-propos », in R. Baumert, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique : les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres*, Clermont-Ferrand : Fondation Varenne, Paris : LGDJ, coll. des thèses, 2009, p. XXI.

B. Une objectivité externe inaccessible

526. Si le chercheur peine en son for intérieur à distinguer résolument ce qui relève des jugements de fait et ce qui découle d'un jugement de valeur, la difficulté que constitue la neutralité axiologique est encore amplifiée au stade de la réception du discours scientifique : rien ne garantit que les jugements de valeur, même lorsqu'ils sont désignés ainsi, soient considérés comme tels par les destinataires du message véhiculé. Les précautions adoptées par les chercheurs n'endiguent pas la menace qui pèse sur le caractère objectif de leurs conclusions, dès lors que celui-ci n'est pas nécessairement reçu par l'auditoire. Pierre-Marie Raynal souligne, à cet égard, à quel point la neutralité axiologique comme exigence méthodologique du positivisme n'est envisagée que du point de vue interne au locuteur, ce qui exclut volontairement, par le recours à une fiction, la portée que le destinataire de son propos est susceptible de lui prêter¹⁷⁶⁷. Or, pourtant, au stade de la réception du discours scientifique, il est impossible de discerner radicalement la description de la prescription, dans la mesure où des conclusions réputées objectives deviennent autant d'instruments de justification de décisions politiques. Quels que soient les efforts qu'il déploie en ce sens, le savant n'a jamais la maîtrise suffisante sur ses travaux pour les prémunir d'une utilisation politique (1). Cette dépossession, consentie ou non, concerne plus particulièrement le domaine juridique, qui révèle à cette occasion, les liens particulièrement étroits qu'il entretient avec la politique (2).

1. L'autorité politique incontrôlable des conclusions scientifiques

527. La neutralité axiologique, en tant que fiction méthodologique, ne s'encombre pas de considérations qui pourraient mettre à mal sa concrétisation, ce qui conduit précisément les tenants du droit politique à douter de sa valeur épistémologique ; ceux qui s'en réclament choisissent donc de considérer le seul point de vue interne au locuteur – le savant – indépendamment du contexte dans lequel il s'inscrit nécessairement et en faisant « [...] « comme si » son constat n'exerçait aucune influence justificative [...] »¹⁷⁶⁸. Pour

¹⁷⁶⁷ P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 165 et ss.

¹⁷⁶⁸ *Ibid.*, p. 166.

Pierre-Marie Raynal, c'est là faire peu de cas de la portée politique que revêt mécaniquement toute production scientifique. L'auteur *juspolitiste* se fait alors l'écho d'une réflexion de Norberto Bobbio, lorsque le juriste italien discutait la possibilité de distinguer le discours descriptif, apanage de la neutralité axiologique, du discours prescriptif : « le jugement sur la fonction d'un langage déterminé ou d'une partie de celui-ci ne peut être détaché de la façon dont un discours est reçu, et donc, des conditions de son usage : le jugement sur la fonction est un jugement sur les *effets*. [...] Comme critère de distinction du point de vue fonctionnel, la distinction entre descriptif et prescriptif nécessite, pour pouvoir être appliquée efficacement, la prise en compte du *destinataire* [...]. Il en résulte que la question de savoir si la science du droit est descriptive ou prescriptive se réduit à celle de la fonction sociale de la science du droit »¹⁷⁶⁹. C'est en effet en plongeant le discours scientifique dans le contexte de sa formulation que s'éprouvent les limites pratiques de la neutralité axiologique.

528. Tout discours scientifique présente des gages de justesse et de réalité, qui tiennent autant à la démarche adoptée par le chercheur qu'à l'autorité qu'inspire sa qualité de scientifique. Indépendamment de l'exposé de la méthode employée et de l'épreuve de la cohérence que subissent les arguments avancés, le discours du savant bénéficie d'une certaine présomption de vérité lorsqu'il est formulé dans la sphère publique. Plus sa démonstration s'emploiera à justifier sa méthode et à soigner la cohérence de ses arguments, plus sa conclusion apparaîtra objective et, par-là, nimbée d'une indiscutable autorité¹⁷⁷⁰. Le discours scientifique peut dès lors s'entendre comme produisant un « effet illocutoire non-intentionnel »¹⁷⁷¹, par lequel il altère la réalité qu'il se contente *a priori* de

¹⁷⁶⁹ N. Bobbio, « Être et devoir-être dans la science du droit », in *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, C. Agostini, préf. R. Guastini, Louvain : Bruylant, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique, 1998, p. 203.

¹⁷⁷⁰ La neutralité axiologique est, à cet égard, dotée d'une force persuasive particulière. C'est ce que souligne Pierre-Marie Raynal : « selon la convention juspositiviste, la qualité scientifique d'un discours et du constat qu'il produit dépendent de leur caractère neutralisé, c'est-à-dire exclusivement descriptif et donc ni prescriptif ni justificatif. Mais en pratique, *c'est précisément parce qu'ils sont présentés comme tels que ces constats participent effectivement à la crédibilisation d'une partie essentielle des justifications avancées pour soutenir l'exercice du pouvoir politique* », P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 237 ; nous soulignons.

¹⁷⁷¹ John L. Austin a ainsi soigneusement dissocié le principe de l'illocutoire de la volonté de son auteur. « [...] Nous devons toujours nous rappeler, affirmait-il notamment, la distinction entre effets intentionnels et effets non intentionnels ; [...] celui qui parle peut avoir l'intention de produire un effet, sans que ce dernier se produise ; et [...] l'effet peut se produire sans qu'on l'ait voulu et même lorsqu'on ne le veut pas », J. Austin, *Quand dire c'est faire*, trad. G. Lane, Paris : Seuil, coll. Points. Série Essais, 1991, p. 117.

décrire : utilisée à des fins politiques et sociales, la science ne peut ainsi pas être confinée au champ de la description¹⁷⁷².

529. Le discours scientifique, qu'elle soit juridique ou pas, ne peut donc plus être regardé comme tout à fait extérieur au champ politique ; il s'y intègre pleinement. Pierre-Marie Raynal affirme en ce sens que « l'essentiel réside dans le fait que *le savoir est un pouvoir*, et même, dans le domaine de l'efficacité discursive, *le pouvoir*. Le savoir apporte en effet une crédibilité, un *crédit de certitude* à tout discours justificatif : *sauf à ne pas en être un, il dit ce qui est vrai* »¹⁷⁷³. La rhétorique scientifique convainc par est elle-même de l'objectivité du discours : présentées au nom de la science, ses conclusions bénéficient d'une présomption de véracité et elles participent à ce titre à justifier l'action politique en lui conférant une légitimité scientifique¹⁷⁷⁴. La neutralité axiologique est ainsi rudement malmenée, si elle est définie comme l'absence de finalité politique attribuée aux propos du savant¹⁷⁷⁵. Même lorsque ce dernier n'entend pas conférer à ses conclusions une telle visée¹⁷⁷⁶, elles peuvent être dotées d'une finalité politique par destination. Les pouvoirs publics, notamment lorsqu'ils exercent leur compétence normative, s'appuient ainsi régulièrement sur les travaux de savants dans de très nombreux domaines pour justifier l'opportunité de leur action : certaines lois en matière d'environnement¹⁷⁷⁷, certaines

¹⁷⁷² Les usages politiques de la science sont par exemple soulignés par les professeurs Ost et van de Kerchove lorsqu'ils écrivent que « [...] la science est le plus souvent, non seulement utilisée par la société, mais sollicitée, voire orientée [...] par elle, en vue d'atteindre certains objectifs prédéterminés, et cela de la manière la plus efficace et au moindre coût possible [...] », F. Ost, M. van de Kerchove, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 1992, p. 202.

¹⁷⁷³ P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 230.

¹⁷⁷⁴ Bourdieu a en ce sens démontré que l'adoption des formes et des caractéristiques de la science permet de conférer une cohérence – au moins apparente – au discours alors tenu. Elle est alors un instrument, non de la rationalité du propos, mais de son efficacité politique : « [...] à l'âge de la science, la pulsion inconsciente qui porte à donner à un problème socialement important une réponse unitaire et totale, à la façon du mythe ou de la religion, ne peut se satisfaire qu'en empruntant les modes de pensée ou d'expression qui sont ceux de la science », P. Bourdieu, « La rhétorique de la scientificité : contribution à une analyse de l'effet Montesquieu », in *Langage et pouvoir symbolique*, Paris : Seuil, coll. Points. Série Essais, 2001, p. 332.

¹⁷⁷⁵ C'est pourtant là l'une des déclinaisons du principe de la neutralité axiologique, en vertu duquel « la science n'a pas son mot à dire en politique ou, plus précisément, aucune valeur ne peut être revendiquée au nom de la science. Autrement dit, est objective l'interprétation dont la finalité est apolitique [...] », P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 165.

¹⁷⁷⁶ C'est-à-dire lorsque le discours du savant n'est pas formulé dans le but de répondre à une sollicitation des autorités politiques, comme cela peut être le cas lors d'auditions parlementaires ou la réunion de comités d'experts.

¹⁷⁷⁷ Le droit de l'environnement fait en effet l'objet d'une législation particulièrement attentive à des expertises qui prennent le plus souvent la forme d'études d'impact : R. Romi, *Droit de l'environnement*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Domat droit public, 9^e éd., 2016, p. 84 et ss.

décisions ayant trait à la bioéthique¹⁷⁷⁸ ... L'objectif de neutralité axiologique semble donc bien incapable de garantir la neutralisation définitive du discours qui se fonde sur lui.

530. À cet égard, l'affirmation de la neutralité axiologique peut même paraître contre-productive. Présentée comme neutre, objective donc vraie, la conclusion scientifique – qui ne peut toujours échapper à l'instrumentalisation politique – ne souffre pas la discussion, en dehors du cercle fermé de la doctrine concernée : c'est son caractère vrai qui est excipé, et l'argument d'autorité qui en découle confisque à la délibération politique son opportunité à en débattre¹⁷⁷⁹. Des pans entiers de législation peuvent dès lors relever de l'expertise scientifique plutôt que du débat politique. Certes, ce dernier se nourrit lui-même de la diversité des doctrines savantes. Mais si cette garantie s'estompe parce que la controverse scientifique s'éteint, la délibération publique se voit amputée d'une partie de sa sphère de compétence¹⁷⁸⁰. La neutralité axiologique, en ce qu'elle favorise la croyance en la véracité d'un discours sans parvenir pourtant à empêcher son usage politique, conduit au paradoxe d'une confusion entre sphère politique et sphère scientifique, alors qu'elle prétend au contraire maintenir dressée la frontière entre elles. En négligeant la vérité qu'ils dissimulent sous la « fiction du dernier mot scientifique », soit « le dogme selon lequel la science [...] est en mesure de communiquer un constat [...] sans participer à la justification [de son objet] »¹⁷⁸¹, les tenants de la neutralité axiologique sont conduits à fournir à l'action politique des arguments dont ils préfèrent ne pas mesurer la portée instrumentale. Ce trait du positivisme est particulièrement saillant dans le domaine du droit, tant les liens qu'il entretient avec la politique sont alors manifestes.

¹⁷⁷⁸ Nous faisons ici notamment référence à la décision du Conseil constitutionnel 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. Olivier Cayla a livré de cette décision une analyse acérée qui met en lumière la référence étonnante du Conseil constitutionnel à « l'état des connaissances et des techniques » au moment où il rend son verdict. Olivier Cayla y perçoit « un pas supplémentaire dans la *mise sous tutelle du politique par le scientifique* » et « l'exaltation de la « souveraineté de la raison » », O. Cayla, « « Si la volonté générale peut errer ». À propos de « l'erreur manifeste d'appréciation » du législateur », *Le temps des savoirs. Revue interdisciplinaire* n° 2, 2000, p. 82.

¹⁷⁷⁹ C'est du moins la projection ultime de l'hypothèse de l'instrumentalisation politique des théories scientifiques : « [...] le recours à la science et à l'expertise scientifique comme mode de légitimation du discours politique relève d'une stratégie de fermeture discursive visant à empêcher le débat public », L. Monnoyer, « La légitimation par la science : un défi pour la démocratie », *Hermès* n° 21, 1997, p. 160.

¹⁷⁸⁰ « [...] L'absence de débats entre experts met en effet en cause la scientificité des connaissances sur lesquelles se base la décision politique », *ibid.*, p. 160.

¹⁷⁸¹ P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 210.

2. L'autorité politique irrémédiable des doctrines juridiques

531. Le droit, plus que tout autre domaine scientifique peut-être, est susceptible de livrer des conclusions dont le champ recoupe celui de la politique. Dans une certaine mesure, c'est d'ailleurs à cette confusion que tentent de remédier les positivistes, lorsqu'ils s'arc-boutent sur le principe maître de la neutralité axiologique¹⁷⁸². Pourtant, le droit, en tant qu'objet et en tant que science, n'échappe pas à ses liens avec la politique. La doctrine juridique est en effet aux prises de la réception de ses travaux, par les citoyens comme par les institutions publiques. Elle se diffuse donc dans le discours politique avec la force particulière que lui confère l'autorité de la neutralité. En effet, « [...] ce qui est présenté par un locuteur estimé scientifique comme fondé en droit tend, sans qu'il ne puisse le maîtriser, à être spontanément considéré par l'auditoire novice comme indiscutablement justifié »¹⁷⁸³. Plusieurs éléments viennent étayer ce constat.

532. La recherche en droit tend en premier lieu à proposer une compréhension de l'objet juridique en en proposant une représentation rationalisée¹⁷⁸⁴. Toutes les théories présentées en ce sens sont autant d'arguments sur la cohérence générale du droit à disposition du pouvoir politique.¹⁷⁸⁵ ; les autorités normatives peuvent y puiser, selon la finalité qu'elles poursuivent, un gage de la légitimité de leur action. L'influence qu'exerce la doctrine juridique sur la production du droit s'avère donc irrémédiable,

¹⁷⁸² Il est en effet possible d'entendre la démarche positiviste, non seulement par référence au principe méthodologique de la neutralité axiologique, mais également comme l'ambition de distinguer drastiquement le droit de la politique. Olivier Jouanjan propose ainsi de définir le positivisme « en tant qu'attitude *scientifique*, non pas par une idolâtrie de la règle posée légiférée, mais comme la postulation d'un certain principe de pureté qui exige d'isoler (purifier) l'objet « droit » pour lui faire subir un traitement « véritablement » juridique [...] », O. Jouanjan, « Préface. Georg Jellinek ou le juriste philosophe », in G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, p. 45.

¹⁷⁸³ P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 234.

¹⁷⁸⁴ C'est ce qu'a par exemple affirmé le juriste italien Uberto Scarpelli : « [...] est scientifique tout discours qui tend à la précision, la rigueur et la cohérence. Pour interpréter et reconstruire le système, le juriste élabore un langage spécial, un appareil conceptuel qui permette de traduire les normes interprétées en expressions précises et de formuler de manière rigoureuse et cohérente des relations internes au système », U. Scarpelli, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, trad. C. Clavreul, préf. L. Gianformaggio, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1996, p. 29.

¹⁷⁸⁵ Le droit comme objet bénéficiaire en effet habituellement d'une représentation qui repose sur le postulat de sa cohérence intrinsèque et de sa rationalisation consubstantielle. Il s'agit là d'un héritage de ce que Norberto Bobbio évoquait comme la « tradition du droit rationnel » et en vertu de laquelle la raison « [...] crée, découvre ou révèle [...] le droit ou les règles auxquelles l'homme – rationnel – doit se conformer, et qui ne se limite pas à les indiquer, mais les pose, les propose ou les impose [...] », N. Bobbio, « La raison dans le droit », in *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, C. Agostini, préf. R. Guastini, Louvain : Bruylant, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique, 1998, p. 81.

qu'elle soit directe ou médiate, et le champ de la recherche scientifique s'invite régulièrement dans la sphère politique, au mépris des préceptes de la neutralité axiologique. Dans certaines hypothèses, c'est l'influence d'une théorie du droit dans son entier qui explique l'équilibre mis en œuvre par les régimes politiques. Il en va bien sûr ainsi de l'instauration de la justice constitutionnelle, dont le succès en Europe doit manifestement beaucoup à la théorie normativiste exposée par Kelsen¹⁷⁸⁶. Plus ponctuellement, l'avis scientifique pourra être requis pour appuyer des décisions politiques en quête de justification ; des révisions constitutionnelles pourront par exemple être fondées sur l'argument de leur nécessité structurelle¹⁷⁸⁷. Dans cette hypothèse comme à chaque fois qu'est invoquée la science juridique dans le champ de la décision politique, « la diversité de[s] propositions renforce la neutralité »¹⁷⁸⁸, parce qu'elle permet de relativiser la véracité de chacune d'entre elles. Même alors, toutefois, la garantie de la réflexivité de l'expertise livrée reste ténue, dépendante de l'initiative de l'institution politique qui sélectionne ses interlocuteurs scientifiques. Qu'il souhaite ou non sauvegarder sa neutralité, le savant juriste voit donc sa parole au moins partiellement confisquée par les autorités publiques, qui y trouvent un moyen d'atteindre leurs fins.

533. La concrétisation de la neutralité axiologique est par là grandement compromise aux yeux des auteurs du droit politique, qui choisissent donc de se dégager de son empire épistémologique. Ce faisant, les *juspolitistes* décident d'embrasser la réalité froide que dévoile leur scepticisme, celle de l'incontournable existence politique du discours juridique que produisent les juristes. Jean-Marie Denquin met ainsi en lumière la concurrence que subit l'analyse des constitutionnalistes sur la scène médiatique lorsqu'il affirme qu'« il ne suffit [...] pas qu'une proposition soit exacte pour qu'elle soit reçue. Il

¹⁷⁸⁶ « Les pays européens qui, ces dernières décennies, se sont dotés d'une juridiction constitutionnelle l'ont fait afin que l'intégralité des dispositions de la Constitution, et tout particulièrement celles relatives aux libertés publiques, soient respectées et la référence est souvent à leurs yeux le modèle austro-kelsénien », P. Bon, « Le Conseil constitutionnel français et le modèle des Cours constitutionnelles européennes », *Revista Española de Derecho constitucional* n° 32, 1991, p. 51.

¹⁷⁸⁷ C'est en partie ce que traduit le recours aux commissions d'experts, politiques et juridiques, chargées par le chef de l'État d'établir la nécessité et les modalités possibles de la révision : « toutes les questions sur lesquelles les comités sont consultés sont particulièrement sensibles, notamment du point de vue politique, et font l'objet d'un large débat dans l'opinion qui justifie le recours à une instance neutre qui soit en mesure de dépasser les clivages partisans », B. Javary, « Le rôle préconstituant des comités d'experts », *Jurisdoctrina* n° 10, 2013, p. 184. La neutralité observée par les juristes à l'occasion de ces comités semble toutefois compromise, dès lors qu'ils suggèrent des modifications du droit, au lieu de se cantonner à le décrire. Pour Xavier Magnon, la démarche doctrinale n'est cependant pas en cause, si le rapport du comité consiste en un « exposé de tous les possibles » plutôt qu'en la prescription d'une vérité juridique ; X. Magnon, « La composition de la commission Balladur : brèves réflexions sur l'expertise en matière constitutionnelle », *RFDC HS* n°2, 2008, p. 45-46.

¹⁷⁸⁸ *Ibid.*, p. 46.

est en revanche suffisant qu'elle aille dans le sens des idées reçues pour qu'elle soit tenue pour vraie. Il y a rétroaction du discours vulgaire sur le discours savant »¹⁷⁸⁹.

534. Ce constat désabusé quant à l'ineffectivité de la neutralité axiologique confirme notamment le choix de Pierre-Marie Raynal de retenir du droit une définition gravitant autour de l'idée de *justification*¹⁷⁹⁰ ; il remet ainsi en cause la distinction, fondamentale pour le positivisme, entre droit et science du droit¹⁷⁹¹ puisqu'il considère que, en participant à la justification du système juridique, la doctrine se fonde dans son propre objet¹⁷⁹². Les considérations ontologiques et épistémologiques dégagées par l'étude du droit politique se confondent ici, puisque les premières déterminent les secondes : comme le droit lui-même, la science du droit est considérée au cœur de son contexte politique et social¹⁷⁹³. C'est d'ailleurs parce que le système juridique positif est étudié comme composante d'un ordre social plus vaste qu'il y rencontre et intègre le discours qui en rend compte. Cette hypothèse consacre le renoncement à la neutralité scientifique, dès lors inaccessible. Par ce cheminement, le droit politique met en valeur son postulat constructiviste, en vertu duquel l'objet scientifique ne peut s'appréhender indépendamment de la pensée de l'auteur qui l'élabore¹⁷⁹⁴. En s'appliquant à déconstruire la réalité de la neutralité axiologique, le droit politique laisse béante la question de sa propre épistémologie, mais révèle la profondeur de sa dissension à l'égard du positivisme et de la méthode empirique sur laquelle il repose. Non seulement la neutralité axiologique ne résiste-t-elle pas à l'examen approfondi de la possibilité de la réaliser, mais en outre

¹⁷⁸⁹ J.-M. Denquin, « Remarques sur la situation du droit constitutionnel en France », *RDP* n° 6, 2014, p. 1478.

¹⁷⁹⁰ Cet auteur définit ainsi l'objet juridique comme l'« ensemble des énoncés prescriptifs efficacement justifiés » ; P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, par exemple p. 256.

¹⁷⁹¹ Voir *infra* Section 2, § 2 A.

¹⁷⁹² Il procède en effet à une déconstruction de l'extériorité du savant juriste à l'égard de son objet : P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, not. p. 203 et ss.

¹⁷⁹³ C'est ce que suggère Olivier Beaud : « [...] le plus souvent, l'histoire des doctrines juridiques, ou ici constitutionnelles, consiste à étudier l'œuvre elle-même, et dans le meilleur des cas, à reconstituer sa généalogie et à mettre en correspondance la pensée de l'auteur avec les autres courants de pensée. Mais, outre cette étude de la genèse d'une œuvre et de ses déterminations intellectuelles (analyse interne), il faudrait dresser le portrait du juriste, le replacer dans l'histoire sociale et intellectuelle, c'est-à-dire ouvrir l'histoire de la doctrine à une histoire « externe » », O. Beaud, « Carré de Malberg, juriste alsacien. La biographie comme élément d'explication d'une doctrine constitutionnelle », in O. Beaud, P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918 : actes du colloque organisé à la Faculté de droit de Strasbourg les 8 et 9 décembre 1995*, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, coll. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 1997, p. 219-220.

¹⁷⁹⁴ L'épistémologie constructiviste repose en effet sur le postulat que « la connaissance implique un sujet connaissant et n'a pas de sens ou de valeur en dehors de lui », J.-L. Le Moigne, *Les épistémologies constructivistes*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 4^e éd., 2012, p. 68.

son usage doctrinal comporte-t-il un certain nombre de périls, à l'encontre desquels les *juspolitistes* expriment leurs craintes, sur le plan à la fois méthodologique et politique.

§2 : *Un postulat positiviste périlleux*

535. La déconstruction de la neutralité axiologique à laquelle se livrent certains auteurs du droit politique pourrait sembler de peu d'importance au sein de la science du droit. La démonstration de son imperfection irréductible pourrait ainsi simplement justifier qu'elle soit envisagée comme un idéal auquel chaque membre de la communauté scientifique devrait tenter de se conformer du mieux possible ; qu'elle soit effectivement réalisable ou non ne constituerait qu'un point de détail qui n'ôterait rien à l'intérêt pragmatique de la fiction de la neutralité axiologique. Les *juspolitistes* ne se contentent cependant pas de la déconstruire, ils semblent en condamner l'usage¹⁷⁹⁵ : en tant qu'« instrument de connaissance »¹⁷⁹⁶, la fiction de la neutralité déploie en effet un voile opaque sur la véritable activité du juriste et entraîne ce dernier vers certains périls qui semblent incompatibles avec l'ambition affichée par le droit politique. D'abord en effet, le postulat épistémologique de la neutralité va souvent de pair avec une certaine autonomisation de l'objet juridique alors construit, ce qui contrevient directement à l'aspiration *juspolitiste* (A). Ensuite, les conséquences politiques de la neutralité affichée par la science du droit semblent susceptibles de heurter les convictions démocratiques des tenants du droit politique (B).

A. Le risque de l'autonomisation du droit

536. La démarche positiviste, en ce qu'elle promeut la neutralité axiologique comme précepte méthodologique, conduit ceux qui l'adoptent à consacrer l'autonomie ontologique du droit. La pensée Hans Kelsen constitue à ce titre un exemple éloquent, puisque le maître autrichien a consacré, à partir de son adhésion épistémologique aux

¹⁷⁹⁵ Pierre-Marie Raynal consacre ainsi de longs développements à la démonstration de l'inopportunité « [...] pour la connaissance des fondations du droit positif de recourir au procédé du « comme si » afin de méthodiquement reléguer la légitimité en son sens le plus profondément politique à une simple affaire [...] « extra-juridique » », P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 47.

¹⁷⁹⁶ *Ibid.*

préceptes du positivisme, une ontologie idéaliste¹⁷⁹⁷. Même si peu d'auteurs positivistes retiennent de leur objet une définition aussi drastique, ils démontrent la même propension à le séparer radicalement des faits, et notamment de la politique¹⁷⁹⁸. En adoptant une ontologie normativiste au sens faible – c'est-à-dire en définissant le droit essentiellement comme un ensemble de normes¹⁷⁹⁹ –, elles se prêtent à la même critique de la part du droit politique que celle que suscite, de façon exacerbée, la théorie « pure » du droit : toutes ces démarches mettent au jour une ontologie juridique fondamentalement *exclusive*. Il semble dès lors qu'il s'agisse-là d'une conséquence inévitable de l'empirisme épistémologique (1), qui met ainsi en valeur les limites logiques du positivisme (2).

1. Un objet épistémologiquement circonscrit

537. Le droit politique est connu pour rejeter toute démarche qui conduirait à la simple considération formelle du droit, car « la réduction contemporaine de l'identification des normes à des critères purement formels ignore [...] la réalité du processus constituant, c'est-à-dire le fait que l'ordre constitutionnel ne saurait naître et exister sans un processus d'identification – opéré par le pouvoir – de valeurs politiques et morales comme fait constituant fondamental »¹⁸⁰⁰. Même si cette critique n'est pas directement épistémologique, elle semble devoir conduire le droit politique à condamner le recours à la méthodologie positiviste, et notamment à la neutralité axiologique, dans la mesure où celle-ci peut justement être regardée comme la principale cause d'une définition formaliste du droit.

¹⁷⁹⁷ Alexandre Viala écrit en ce sens que « en un mot, Kelsen est un authentique positiviste parce qu'il est empiriste sur le plan épistémologique. Il ne l'est plus, en revanche, en raison de son idéalisme ontologique ». L'auteur évoque à ce titre, un « positivisme sans positivité », A. Viala, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *RIEJ* n° 67, 2011, p. 100-102.

¹⁷⁹⁸ Ainsi, à propos de la théorie réaliste de l'interprétation dont on pourrait penser qu'elle a renoncé à cette distinction, Jean-François Lafaix estime qu'elle « [...] ne se débarrasse pas facilement des entités abstraites et [qu'] elle ne rompt pas totalement avec l'idée selon laquelle la normativité serait irréductible aux rapports de force. Plus précisément, cette théorie évite certainement de concevoir les normes comme des entités idéelles transcendantes. Mais elle ne rompt pas avec une autre forme d'entités idéelles, à savoir ces entités intensionnelles que sont les significations prescriptives [...] », J.-F. Lafaix, « À quoi sert la philosophie du droit ? Recension de l'ouvrage d'Alexandre Viala, *Philosophie du droit* », *Annuaire de l'Institut Michel Villey* vol. 4, 2012, p. 324-325.

¹⁷⁹⁹ M. Troper, « Normativisme », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 1074.

¹⁸⁰⁰ J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les Sens du droit, 2010, p. 160.

538. En matière de méthodologie positiviste, la théorie kelsénienne du droit constitue un modèle à partir duquel peuvent être mis en valeur les reproches que le droit politique formule à son égard. Toute la théorie pure du droit est en effet construite à partir des prémisses de l'empirisme épistémologique¹⁸⁰¹. Kelsen rapportait à cet égard la pureté de sa théorie à l'ambition « [...] d'établir ce qu'est le droit et comment il est. Elle n'essaie en aucune façon de dire comment le droit devrait ou doit être ou être fait. D'un mot : elle entend être science du droit, elle n'entend pas être politique juridique »¹⁸⁰². C'est donc à la seule *description* du droit qu'entendait se consacrer le maître autrichien, se cantonnant ainsi à la stricte observation de la *Wertfreiheit*. Cette exigence méthodologique trouve à s'épanouir dans le relativisme des valeurs qui caractérise le positivisme kelsénien ; la conjonction de ces deux préceptes, pourtant empreints d'empirisme, entraîne la théorie pure du droit sur le terrain glissant de l'idéalisme ontologique.

539. L'indifférence du savant à l'égard des valeurs est en partie justifiée par le choix du non-cognitivism éthique : puisque la vérité axiologique ne peut être connue, rien n'autorise le savant à intervenir dans le domaine de sa détermination, en sa qualité de scientifique¹⁸⁰³. Il doit se borner à décrire les valeurs que d'autres ont décidé d'instituer, sans puiser dans sa propre subjectivité le critère inopportun de leur validité. En ce sens, « la posture méthodologique sur laquelle est assis le positivisme de Kelsen consistant à tenir la science du droit à l'écart de son objet hérite donc de la frontière kantienne et wébérienne qui sépare l'irrationalité des valeurs et l'objectivité des faits [...] »¹⁸⁰⁴. En tant que positiviste, Kelsen estime ne devoir que décrire son objet, au nom de la stricte

¹⁸⁰¹ Dans ce cadre en effet, « la science du droit, comme toute forme de connaissance, crée son objet », P. Hack, *La philosophie de Kelsen. Épistémologie de la Théorie pure du droit*, Genève : Helbing & Lichtenhahn, 2003, p. 21 ; nous soulignons. Paul Amselek a écrit à cet égard que « la réflexion ontologique de Kelsen sur le droit et les normes juridiques n'a jamais été que seconde dans l'ordre de ses préoccupations et tout entière mise au service de son projet épistémologique [...] », P. Amselek, « Le rôle de la volonté dans l'édition des normes juridiques selon Hans Kelsen », *Revue juridique Thémis* n° 33, 1999, p. 194. Michel Troper exprime sur cette question une opinion divergente, en rattachant Kelsen au groupe des positivistes qui « [...] font découler la spécificité de la science de la spécificité de l'objet [...] », M. Troper, « Le positivisme juridique », in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 38. Le même auteur concède cependant que, « [...] chez Kelsen, le choix de l'ontologique a largement dépendu de sa conception de la science du droit », M. Troper, « Les théories volontaristes du droit : ontologie et théorie de la science du droit », in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 59-60.

¹⁸⁰² H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 9.

¹⁸⁰³ « [...] Du point de vue d'une connaissance scientifique, on ne saurait admettre qu'il existe des valeurs absolues en général, en particulier une valeur morale absolue, ces idées ne pouvant reposer que sur une foi religieuse en l'autorité absolue et transcendante d'une divinité ; de ce point de vue scientifique, il n'existe pas de morale absolue, c'est-à-dire seule valable, excluant la possibilité qu'une autre soit valable », *ibid.*, p. 71.

¹⁸⁰⁴ A. Viala, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *RIEJ* n° 67, 2011, p. 100.

séparation épistémologique entre le travail du juriste et celui du politique¹⁸⁰⁵. Cette prétention à la neutralité se comprend elle-même par la référence à une distinction radicale promue par Kelsen, entre le discours descriptif et le discours prescriptif. À la suite de David Hume¹⁸⁰⁶ en effet, le juriste viennois choisit d'ériger en règle absolue le principe selon lequel de l'observation d'un état de fait ne peut être inférée une règle impérative. Mais la « loi de Hume » que consacre la *Théorie pure du droit* dépasse largement la portée de la remarque du philosophe et la transforme à deux égards : d'abord, la séparation entre *Sein* et *Sollen* est plus radicale dans la pensée du maître autrichien qu'elle ne l'a jamais été dans les écrits de Hume. Ensuite, elle est appliquée par Kelsen à l'objet juridique, et pas seulement, comme semblait pourtant l'entendre le penseur écossais, comme précepte méthodologique.

540. Dans un premier temps, en effet, Kelsen étend la loi de Hume au-delà de sa signification initiale. Celle-ci, pour le sociologue Raymond Boudon, implique à l'origine qu'« on ne [puisse] tirer une conclusion à l'impératif de prémisses qui seraient toutes à l'indicatif »¹⁸⁰⁷. Or, le juriste viennois a choisi de retenir de ce théorème une distinction drastique entre être et devoir-être : non seulement ne peut-on déduire le second du premier, mais encore ces deux éléments renvoient-ils à des champs radicalement

¹⁸⁰⁵ Kelsen écrit par exemple : « une science doit décrire son objet tel qu'il est effectivement, elle s'interdit de prescrire ce qu'il devrait ou ne devrait pas être sur la foi d'un quelconque jugement de valeur. Faute de quoi, le problème devient alors de nature politique et se rapporte à l'art de gouverner, activité qui ne s'attache qu'aux valeurs. La science, qui s'occupe de la réalité, ne saurait la prendre pour objet », H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 46.

¹⁸⁰⁶ L'empirisme du philosophe écossais transparaît dans les fondements de sa « loi » ; il écrivait par exemple que « tous les êtres de l'univers, considérés en eux-mêmes, apparaissent entièrement séparés et indépendants les uns des autres. C'est seulement par l'expérience que nous apprenons leur influence et leur connexion ; et cette influence, nous ne devons jamais l'étendre au-delà de l'expérience », D. Hume, *Traité de la nature humaine, Livre III : La morale*, Partie I, I, 1739 ; trad. P. Saltel. Mais c'est plus loin qu'apparaît la formulation de ce qui sera traduit comme la « loi de Hume » : « dans tous les systèmes de morale que j'ai rencontrés jusqu'alors, j'ai toujours remarqué que les auteurs, pendant un certain temps, procèdent selon la façon habituelle de raisonner et établissent l'existence de Dieu ou font des observations sur les affaires humaines ; puis, soudain, je suis surpris de voir qu'au lieu des habituelles copules *est* et *n'est pas*, je ne rencontre que des propositions reliées par un *doit* ou un *ne doit pas*. Ce changement est imperceptible, mais néanmoins de la première importance. En effet, comme ce *doit* ou *ne doit pas* exprime une nouvelle relation ou affirmation, il est nécessaire qu'on la remarque et qu'on l'explique. En même temps, il faut bien expliquer comment cette nouvelle relation peut être déduite des autres qui en sont entièrement différentes car cela semble totalement inconcevable. Mais, comme les auteurs n'usent pas habituellement de cette précaution, je me permettrai de la recommander aux lecteurs et je suis persuadé que cette petite attention renversera tous les systèmes courants de morale et nous fera voir que la distinction du vice et de la vertu ne se fonde pas simplement sur les relations des objets et qu'elle n'est pas perçue par la raison », *ibid.* Pour une histoire des relations entre cette loi de Hume et la théorie du droit, voir : S. de Charentenay, *Origines et développement de la loi de Hume dans la pensée juridique*, thèse dact., Montpellier I, 2008, 539 p.

¹⁸⁰⁷ R. Boudon, *Le relativisme*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 2^e éd., 2010, p. 15.

distincts¹⁸⁰⁸. La mise en garde de Hume à l'égard de la démarche inductive est complétée par sa symétrique déductive¹⁸⁰⁹ : non seulement un devoir-être ne peut-il être déduit d'un être, mais encore un être ne peut-il découler d'un devoir-être. La rupture est ainsi consommée, à la fois entre discours scientifique et discours normatif, et entre le droit et les faits. Car, dans un second temps, l'interprétation que retient Kelsen de la loi de Hume concerne autant la définition de son objet que la construction de sa méthode. Sans que le philosophe écossais l'ait lui-même suggéré, son théorème est directement appliqué à la définition du droit qui est retenue. L'influence de Kant est à cet égard manifeste, puisque Kelsen s'inspire de sa dichotomie entre ce qui relève de la raison théorique et ce qui relève de la raison pratique¹⁸¹⁰, et pare son postulat ontologique des bénéfices de l'évidence¹⁸¹¹. Cette utilisation dispendieuse de la loi de Hume n'est pas un caprice, mais présente au contraire un intérêt décisif pour Kelsen : il y puise l'argument d'autorité nécessaire pour considérer le droit comme un phénomène objectif, à même de constituer un objet de connaissance¹⁸¹². Confiné dans la sphère étanche du *Sollen*, le droit ne peut plus ainsi être réduit à l'expression de la subjectivité de son auteur qui, elle, relève du monde du fait¹⁸¹³.

541. Hans Kelsen met donc en exergue une version étendue de la « loi de Hume », qui, à l'origine formulée sur un plan méthodologique, déborde dans le champ ontologique. Elle

¹⁸⁰⁸ Roland Ricci écrit à ce titre que « Hans Kelsen présente ainsi la « loi de Hume » comme une dérivation du caractère réciproquement irréductible de l'être et du devoir-être, qui serait constitutif de la [distinction] entre propositions d'existence et propositions normatrices », R. Ricci, « Le statut épistémologique des théories juridiques : essai de définition d'une pratique scientifique juridique », *Droit et société* n° 50, 2002, p. 159.

¹⁸⁰⁹ *Ibid.*

¹⁸¹⁰ Alexandre Viala évoque en ce sens « [...] l'héritage kantien faisant le départ entre raison pratique et raison pure, c'est-à-dire [entre] devoir-être et être [...] », A. Viala, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *RIEJ* n° 67, 2011, p. 104.

¹⁸¹¹ Il écrivait par exemple : « la différence entre *Sein* et *Sollen*, « être » et « devoir-être », ne peut pas être expliquée davantage. Elle est donnée à notre conscience de façon immédiate. Personne ne peut nier que l'assertion que ceci ou cela « est » – c'est l'assertion qui décrit un fait positif – est essentiellement différente de la proposition que quelque chose « doit être » – c'est l'assertion qui décrit une norme », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 14.

¹⁸¹² L'objectivité du droit est en effet l'une des conditions indispensables à la mise en œuvre d'une méthodologie positiviste, ainsi que le souligne Jean-Louis Le Moigne : « la connaissance que constitue progressivement la science est la connaissance de la réalité, une réalité postulée indépendante des observateurs qui la décrivent [...] », J.-L. Le Moigne, *Les épistémologies constructivistes*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 4^e éd., 2012, p. 19-20.

¹⁸¹³ C'est ce que justifie qu'« [...] il y [ait] comme un arrière-goût d'inachevé qui se dégage de cette réduction de la juridicité aux actes de volonté posés par les organes de coercition. Plus exactement, le subjectivisme avec lequel s'affiche la pensée des Modernes alimente, d'une certaine manière, un climat non négligeable de reconnaissance du fait accompli au mépris de l'incontournable vertu objectivante du droit. [...] Or, chacun sait que la Théorie pure du droit contient, parmi ses angles d'attaque, tout un programme de réfutation des théories volontaristes [...] », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 106.

présente à ses yeux la garantie de la satisfaction des impératifs épistémologiques et notamment de la neutralité axiologique. Pour autant, elle incite le maître de Vienne à parfaire ses postulats empiristes en empruntant largement, et paradoxalement, à l'idéalisme : séparé du monde des faits, le droit perd toute tangibilité et est cantonné au domaine de la morale et des valeurs¹⁸¹⁴. Le juriste doit cependant se garder de professer des jugements sur ce contenu. Le formalisme devient alors un expédient utile à l'application du normativisme, dans la mesure où la forme juridique offre une emprise factuelle – qui relève du *Sein* – à la norme qui appartient, elle, au monde du *Sollen*¹⁸¹⁵. La réserve que manifeste Kelsen à l'égard des valeurs se traduit donc également par la formulation d'un nouveau principe méthodologique : le droit se conçoit uniquement dans sa dimension procédurale et non au regard de son contenu axiologique¹⁸¹⁶. Le juriste autrichien se garde bien de considérer ce dernier aspect, même s'il ne délivre plus dès lors, aux dires de certains auteurs, d'une vision tronquée de son objet¹⁸¹⁷.

542. Non seulement Kelsen cherche donc à épurer son objet de toute considération factuelle, mais en outre souhaite-t-il construire une ontologie systématique, présentant une unité rationnelle qui réponde aux suggestions kantienne : « de même que le chaos des perceptions sensibles ne devient un système doué d'unité [...] que par le travail de la connaissance scientifique qui y introduit l'ordre, de même la masse des normes juridiques générales et individuelles posées par les organes juridiques, c'est-à-dire les matériaux donnés à la science du droit, ne devient un système *présentant une unité, exempt de*

¹⁸¹⁴ « En prétendant connaître l'identité formelle du droit, Kelsen tient de Kant la conviction idéaliste qu'il existe, parallèlement au monde sensible des faits, l'univers intelligible des concepts que la raison est à même de saisir de manière *a priori* et transcendantale. Telle est la dimension ontologique de l'héritage kantien du juriste viennois qui, ce faisant, compromet le positivisme normativiste dans les eaux troubles de la métaphysique [...] », A. Viala, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *RIEJ* n° 67, 2011, p. 99-100.

¹⁸¹⁵ « La réponse à la question de savoir si une [...] norme est en vigueur dans un ordre juridique déterminé est susceptible d'être vérifiée – non pas sans doute directement, mais du moins indirectement, écrit Kelsen ; car, pour qu'elle soit en vigueur, il faut qu'elle soit créée par un acte susceptible d'être constaté empiriquement », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 81.

¹⁸¹⁶ Il encourt alors la critique véhémement de Villey, qui estimait que le formalisme est le moyen par lequel le positivisme se distingue du naturalisme. Ainsi le philosophe du droit écrivait-il : « si les règles de droit s'enchaînent en un ensemble systématique, c'est exclusivement par leur « forme » et leur régime de production (ainsi que dit encore Kelsen), ce n'est plus quant à leur contenu », M. Villey, *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Paris : Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1969, p. 268.

¹⁸¹⁷ François Brunet écrit en ce sens que « le juriste devrait pouvoir prendre conscience – sans que cela fasse de lui un moraliste ou un métaphysicien – qu'un ordre juridique ne se maintient pas par la seule force de ses prétentions normatives, ni par la seule volonté des organes qui composent ses institutions. Le refus de Kelsen de saisir ensemble la technique et les finalités du droit s'apparente ici à *une déformation délibérée du phénomène juridique* », F. Brunet, « La justice sans le juriste ? L'épistémologie juridique d'après Kelsen », *RIEJ* n° 71, 2013, p. 194 ; nous soulignons.

contradictions, en d'autres termes un ordre – un ordre juridique – que par le travail de connaissance qu'effectue la science du droit »¹⁸¹⁸. Cette conception de la science juridique traduit, selon les professeurs Ost et Van de Kerchove, une nouvelle confusion entre exigence méthodologique et définition ontologique¹⁸¹⁹ : la systématique de l'objet est pour Kelsen, le moyen d'affirmer la systématique de sa théorie, elle-même gage de scientificité. Ces deux aspects peuvent cependant aisément être regardés comme indépendants l'un de l'autre¹⁸²⁰.

543. La théorie pure du droit que propose Kelsen n'est donc certes pas exempte de critiques, mais elle présente au moins le mérite d'illustrer les conséquences, pour le moins paradoxales, que présage la consécration de la neutralité scientifique comme impératif absolu de la science du droit¹⁸²¹. À partir d'une méthode empirique, Hans Kelsen propose en effet une ontologie idéaliste du droit, défini comme un ensemble de normes appartenant elles-mêmes à la sphère verrouillée des valeurs. Ce caractère idéal du droit ne saurait mériter la critique du droit politique, puisqu'il est lui-même l'auteur d'une ontologie foncièrement idéaliste¹⁸²². En revanche, la réduction du droit au monde fermé des normes formellement identifiées suscite des contestations plus franches, parce qu'elle traduirait, paradoxalement, le défaut d'empiricité des propositions kelséniennes.

2. Un objet dénué d'empiricité

544. Si le droit politique ne se présente pas comme un empirisme méthodologique, il n'en revendique pas moins sa « fidélité au matériau existant, au droit positif »¹⁸²³ dans son entreprise de conceptualisation, et la nécessité d'en rendre compte scrupuleusement.

¹⁸¹⁸ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 80 ; nous soulignons.

¹⁸¹⁹ M. van de Kerchove, F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 1988, p. 28.

¹⁸²⁰ *Ibid.*

¹⁸²¹ Paul Amssek a d'ailleurs écrit à cet égard : « c'est le mérite de Kelsen d'être resté [...] rigoureusement fidèle à sa profession de foi positiviste et d'avoir fait apparaître, du même coup, de manière flagrante l'inanité de toute démarche idéologiquement neutre face à un problème en réalité de nature essentiellement éthique ; en définitive, sa conclusion se ramène à cette tautologie : la « science » du droit n'est objectivement fondée à considérer que le droit émis par les pouvoirs publics est obligatoire, qu'à la seule condition de supposer qu'on doit obéir au droit », P. Amssek, « Kelsen et les contradictions du positivisme juridique », *Archives de Philosophie du droit* n° 28, 1983, p. 280.

¹⁸²² De son point de vue en effet, le droit n'est que partiellement factuel, il est également le fruit de concepts et de représentations idéelles : D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

¹⁸²³ O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2007, p. 22.

Cela justifie qu'il renonce au principe de la neutralité axiologique qui, paradoxalement, peut conduire le savant à construire un objet non empirique, dès lors qu'il est volontairement établi par opposition aux faits. C'est ce qui ressort notamment de la méthodologie positiviste telle qu'elle fut mise en œuvre par Kelsen : le droit conçu comme un ensemble de normes hiérarchisées¹⁸²⁴ présente en effet un défaut notoire de tangibilité¹⁸²⁵, qui justifie la critique que les réalistes adressent à la théorie pure. Michel Troper souligne à cet égard que « [la] faiblesse [de la théorie normativiste] tient à l'impossibilité de construire une science empirique qui aurait pour objet des normes ainsi conçues, car une science n'est empirique que si elle porte sur des faits, tandis que les normes ne sont pas des faits »¹⁸²⁶. Kelsen, conscient de cette limite à l'empirisme qu'il revendique pourtant, tente d'y parer en soulignant l'empirisme des faits dont le droit n'est que la signification objective¹⁸²⁷. Le formalisme qui caractérise le normativisme peut d'ailleurs se justifier au regard de ce besoin méthodologique de prêter une assise tangible à des entités idéelles¹⁸²⁸ : la forme juridique serait la traduction empirique du devoir-être. Pourtant, l'idéalisme à l'œuvre dans la théorie kelsénienne du droit empêche que la pureté normative, qui relève du *Sollen*, puisse jamais se manifester *en faits*. Si cette démarche théorique revendique donc une épistémologie empirique, elle en néglige la finalité, celle d'établir un discours scientifique susceptible d'être *falsifiable*.

545. L'hypothèse de la falsifiabilité, consacrée comme condition à la scientificité par Karl Popper¹⁸²⁹, est de toute façon délicate à manier en droit ; une proposition qui prétend

¹⁸²⁴ M. Troper, « Normativisme », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 1077.

¹⁸²⁵ A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 173.

¹⁸²⁶ M. Troper, « Ross, Kelsen et la validité », *Droit et société* n° 50, 2002, p. 54.

¹⁸²⁷ Il écrivait en ce sens qu'« une science n'est pas « empirique », par opposition à « métaphysique », uniquement quand elle décrit des faits qui se déroulent dans l'espace et dans le temps, mais également quand elle décrit la signification de certains actes humains. Une théorie du droit reste empirique si elle se limite à la description de normes qui sont la signification d'actes empiriques, posés dans l'espace et dans le temps, posés par l'homme [...] », H. Kelsen, « Une Théorie « réaliste » et la Théorie pure du droit. Remarques sur *On Law and Justice* d'Alf Ross », 1959, trad. française par G. Sommerregger et E. Millard, in O. Jouanjan (dir.), *Théories réalistes du droit*, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, coll. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 2000, p. 19.

¹⁸²⁸ Michel Troper souligne à ce titre que « ce qui caractérise en réalité le positivisme, ce n'est pas la volonté de construire une science empirique, une science de faits, mais celle de construire une science *sur le modèle* des sciences empiriques, c'est-à-dire une science distincte de son objet, faite de propositions décrivant cet objet, susceptibles d'être vraies ou fausses et vérifiables selon certaines procédures. La difficulté réelle, mais non insurmontable, à laquelle se heurte le positivisme – et qui d'ailleurs provient précisément de ce désir de construire une science empirique sans objet empirique – est de trouver un objet qui, sans être nécessairement un fait empirique, puisse néanmoins être traité *comme* un fait empirique », M. Troper, « Tout n'est pas perdu pour le positivisme », *Déviance et société* n° 11-2, 1987, p. 198.

¹⁸²⁹ Le philosophe estimait à ce titre qu'« [...] un système n'est empirique ou scientifique que s'il est susceptible d'être soumis à des tests expérimentaux. Ces considérations suggèrent que c'est la falsifiabilité [...] qu'il faut prendre comme critère de démarcation. En d'autres termes, je n'exigerai pas d'un système

décrire un fait juridique suppose, pour être falsifiée, que ce dernier soit préalablement identifié comme tel¹⁸³⁰. Même en admettant un consensus autour de cette question, le risque de la simple répétition de ce que l'objet exprime lui-même et, par là, l'inutilité de toute science juridique¹⁸³¹, sont particulièrement prégnants si le droit est appréhendé sous la forme d'un ensemble d'énoncés. Kelsen reconnaissait lui-même que les propositions juridiques, pour être falsifiables au regard des prescriptions du droit positif, consistent principalement en leur réitération¹⁸³². L'exigence de falsifiabilité peut donc s'avérer néfaste pour la prospérité doctrinale¹⁸³³.

546. S'il peut donc s'affranchir dans une certaine mesure de l'exigence de la falsifiabilité, plus opportune sans doute dans le domaine des sciences naturelles, l'empirisme méthodologique employé en droit, reste guidé par les canons de la stricte description, et de la nécessité d'établir la concordance entre ce que suggère le juriste et la réalité dont il cherche à rendre compte. Or, la *Théorie pure du droit*, en présentant un objet strictement autonome, entretient la confusion sur la capacité de ses propositions à *décrire* le droit réel. En effet, « [...] on ne parvient plus à comprendre ce que peut signifier ici la description, dès lors que l'objet décrit ne peut être observé et que les propositions de la science ne peuvent être vraies selon le principe de la *vérité-correspondance* »¹⁸³⁴. Cette dernière est impossible à établir dans l'hypothèse de la théorie pure du droit, dès lors que le lien est strictement refusé entre *Sollen* et *Sein*. L'empirisme ontologique suppose en effet d'admettre la possibilité de connaître le droit

scientifique qu'il puisse être choisi, une fois pour toutes, dans une acception positive, mais j'exigerai que sa forme logique soit telle qu'il puisse être distingué, au moyen de tests empiriques, dans une acception négative : *un système faisant partie de la science empirique doit pouvoir être réfuté par l'expérience* », K. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, 1934, trad. N. Thyssen-Rutten, P. Devaux, préf. J. Monod, Paris : Payot, coll. Bibliothèque scientifique, 1989, p. 37.

¹⁸³⁰ Popper en était conscient, qui écrivait que « pour pouvoir vraiment appliquer la falsifiabilité comme critère de démarcation, il faut que nous disposions d'énoncés singuliers qui puissent servir de prémisse dans les inférences falsifiantes. Il semble donc que notre critère ne fait que modifier le problème, nous ramenant de la question du caractère empirique des théories à celle du caractère empirique des énoncés singuliers », K. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, 1934, trad. N. Thyssen-Rutten, P. Devaux, préf. J. Monod, Paris : Payot, coll. Bibliothèque scientifique, 1989, p. 40.

¹⁸³¹ Hans Kelsen tente malgré tout de défendre l'utilité d'une science descriptive du droit, sans parvenir à livrer davantage que ce que Frédéric Rouvière regarde comme un sophisme : F. Rouvière, « Karl Popper chez les juristes : peut-on falsifier un concept juridique ? », *Revue de la Recherche Juridique. Droit prospectif* vol. 28, n° 5, 2014, p. 2215.

¹⁸³² H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 78-82.

¹⁸³³ C'est ce qu'affirme par exemple Frédéric Rouvière, qui estime que le principe de falsifiabilité établi par Karl Popper doit davantage représenter une source d'inspiration pour les juristes qu'une exigence stricte, au risque d'appauvrir considérablement la science juridique : F. Rouvière, « Karl Popper chez les juristes : peut-on falsifier un concept juridique ? », *Revue de la Recherche Juridique. Droit prospectif* vol. 28, n° 5, 2014, p. 2213-2230.

¹⁸³⁴ M. Troper, « Ross, Kelsen et la validité », *Droit et société* n° 50, 2002, p. 54 ; nous soulignons.

par les relations qu'il entretient avec les *faits* ; dans cette optique, « la connaissance de la norme existante [...] ne peut se faire qu'au travers de la connaissance critique des actes de concrétisations »¹⁸³⁵. La posture normativiste, refusant d'établir un tel lien ontologique, renonce donc pour une large part à l'empirisme.

547. La tension entre la méthodologie kelsénienne et ses résultats ontologiques est perceptible au cœur même des travaux du maître autrichien. Ce dernier semble ainsi presque tiraillé, à de multiples occasions, par le besoin d'offrir à son objet juridique une assise factuelle et ainsi de présenter une analyse teintée d'empirisme¹⁸³⁶. C'est le cas lorsque Kelsen définit la *Grundnorm* comme la norme enjoignant de présupposer la validité de la Constitution dès lors que celle-ci est effective. Bobbio écrivait à ce titre que « la norme fondamentale aurait eu sa fonction propre si elle avait été en mesure d'éviter l'écueil de toute théorie positiviste du droit, celui de dériver le droit du fait. Mais une théorie comme celle de Kelsen, qui réduit la validité d'un ordre juridique à son efficacité, non seulement n'évite pas cet écueil, mais l'utilise comme solide point d'arrivée »¹⁸³⁷. En outre, la régression à l'infini à laquelle enjoint la consécration de l'autonomie du droit suppose *in fine* que la *Grundnorm* soit moins le résultat d'une description du fait juridique que d'un jugement de valeur, par lequel est reconnu obligatoire l'ordre juridique dans son entier¹⁸³⁸. Par ailleurs, le maître de Vienne a également renoncé à ses propres préceptes

¹⁸³⁵ Éric Millard ajoute que « [...] les normes constituent l'objet d'une science empirique qui ne présuppose pas leur existence comme fait. Le fait réside dans une idéologie normative que l'on connaît au travers d'actes empiriques, les actes de concrétisation », É. Millard, « La hiérarchie des normes. Une critique sur un fondement empiriste », *Revus* n° 21, 2013, p. 175.

¹⁸³⁶ « [...] Hans Kelsen a été obligé à plusieurs reprises [...] de violer la « grande division » [entre *Sein* et *Sollen*] pour échapper au paradoxe logique dans lequel il s'était enfermé », R. Ricci, « Le statut épistémologique des théories juridiques : essai de définition d'une pratique scientifique juridique », *Droit et société* n° 50, 2002, p. 160. Dans le même ordre d'idée, Valentin Petev écrit que « [...] l'abstraction de tout empirisme n'est pas opérationnelle même dans le cadre de la théorie pure » car le « [...] niveau théorique / épistémologique [...] montre que ni la création (dynamique) ni l'application du droit (relations juridiques individuelles) ni même le problème de la validité ne sont concevables sans recours à des contenus empiriques (réalité sociale) », V. Petev, « Hans Kelsen et le Cercle de Vienne. À quel point la théorie du droit est-elle scientifique ? », in P. Amssek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 236-237.

¹⁸³⁷ N. Bobbio, « Kelsen et le problème du pouvoir », in *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, C. Agostini, préf. R. Guastini, Louvain : Bruylant, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique, 1998, p. 253.

¹⁸³⁸ C'est là le cœur de la critique qu'Alf Ross adressait à la théorie pure du droit. Selon le juriste danois en effet, la validité juridique chez Kelsen se définit comme la réponse à la question de ce à quoi doivent obéir les hommes. Dès lors, postuler la validité de la Constitution par le recours à la *Grundnorm* reviendrait à en prescrire le caractère obligatoire, au mépris des règles de la neutralité axiologique. C'est en ce sens que Ross a pu dire de Kelsen qu'il était un « quasi-positiviste » : A. Ross, « La validité et le conflit entre le positivisme juridique et le droit naturel », 1961, in *Introduction à l'empirisme juridique : textes théoriques*, trad. E. Matzner, É. Millard, préf. É. Millard, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2004, p. 162. L'accusation alors portée à l'encontre de Kelsen a certes été démantelée, notamment par Michel Troper, « Ross, Kelsen et la validité », *Droit et société* n° 50, 2002, p. 43-57. On peut toutefois retenir la conclusion de Ross selon laquelle la Théorie pure du droit n'est finalement pas « conforme au programme empirique proclamé », A. Ross, *op. cit.*, p. 162.

tenant à la stricte séparation du fait et du droit lorsqu'il a justifié la supériorité du droit international sur le droit constitutionnel. Selon Kelsen en effet, « [...] en vertu du principe d'effectivité qui prévaut en droit international, seule la constitution effective d'un État doit être considérée comme déléguée par le droit international »¹⁸³⁹. Cette thèse le conduit donc à renoncer à son indifférence à l'égard de la substance des normes juridiques, puisqu'il retient ici du droit international une définition matérielle – et par là contingente – qui est pour lui le moyen détourné d'inviter le fait dans sa théorie du droit. La rigueur de la position méthodologique adoptée par le père du normativisme le conduit ainsi insidieusement à une posture ontologique qui n'est pas exempte de contradictions et qui compromet ainsi la cohérence de sa posture.

548. L'autonomisation du droit comme objet à laquelle invite la thèse kelsénienne est donc bien le fruit, certes paradoxal, de son empirisme méthodologique : à partir notamment de l'impératif scientifique de la neutralité axiologique, le juriste autrichien a construit un objet qui échappe, ce faisant, à la falsifiabilité que sous-entend pourtant l'empirisme. La définition kelsénienne de la science du droit comme science empirique doit donc être accueillie avec scepticisme, dès lors qu'il peut être au contraire reconnu, à la suite de Paul Amserek, que « la *Théorie pure du droit*, en tant que « science de normes », se situe dans le monde, non pas du réel et de l'observation, mais du merveilleux et du prodige – ou, comme on le dit volontiers aujourd'hui, du virtuel »¹⁸⁴⁰.

549. Du point de vue du droit politique, lui-même caractérisé par une posture ontologique drastiquement étrangère au normativisme¹⁸⁴¹, l'autonomie du droit que traduit la posture kelsénienne n'est pas satisfaisante, parce que trop radicale. Revendication du droit politique à l'encontre du normativisme, la considération des faits – politiques notamment – justifie que la voie épistémologique empruntée par le positivisme juridique soit résolument écartée par les *juspolitistes*, ne serait-ce que parce que le caractère social de l'objet contrevient à une méthode expérimentale véritablement efficace¹⁸⁴². La neutralité axiologique, éventuellement contreproductive pour proposer une science empirique du droit, est par ailleurs dangereuse lorsqu'elle contribue à

¹⁸³⁹ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 278.

¹⁸⁴⁰ P. Amserek, « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen », *Revue juridique Thémis* n° 33, 1999, p. 205.

¹⁸⁴¹ Voir *supra*, Partie I, Titre II.

¹⁸⁴² Au nom du constructivisme, Jean-Louis Le Moigne estime en ce sens que « [...] l'expérimentation scientifique en sciences sociales est peut-être, de toutes les méthodes dont dispose la recherche scientifique et technologique, la plus faible, la moins efficace, la plus inutile, la plus dangereuse ! », J.-L. Le Moigne, *Le constructivisme. T. I : Les enracinements*, Paris : L'Harmattan, coll. Ingenium, 2004, p. 260.

dissimuler, sous le couvert de l'objectivité, l'effet politique véritable des théories juridiques.

B. Le risque de la légitimation du droit

550. Les écrits du droit politique qui affichent un scepticisme certain à l'égard de la possibilité de réaliser la neutralité axiologique se fondent sur le contexte dans lequel est reçu le discours prétendument objectif que livre la science : l'auditoire est aussi déterminant que le locuteur savant dans l'appréciation de la neutralité discursive¹⁸⁴³. Au-delà de l'usage politique qui peut être fait de leurs conclusions scientifiques, les juristes, qu'ils soient ou non positivistes, tendent à professer, parfois malgré eux, une validation du droit en vigueur, ce qui découle, paradoxalement, du défaut de regard critique qui caractérise *a priori* leur posture méthodologique. Ce faisant, la neutralité axiologique ouvre la voie à une idéologisation de la science juridique ou du moins ne permet-elle pas de l'empêcher efficacement d'avenir (1). La posture constructiviste, en consacrant la part irréductible de subjectivité du savant dans ses travaux¹⁸⁴⁴, semble pouvoir combler avantageusement cette lacune du positivisme ; il est d'ailleurs regrettable que la critique opérée par les *juspolitistes* de la neutralité axiologique ne les conduise pas à adopter une méthode plus conforme à cette épistémologie (2).

1. La compromission idéologique de la description du droit

551. Les auteurs du droit politique se montrent très critiques à l'égard de la production normative et n'hésitent pas à commenter, en des termes parfois virulents, les réformes juridiques au moment de leur adoption et de leur mise en œuvre¹⁸⁴⁵. Ils dénoncent, dans le

¹⁸⁴³ Voir *supra* §1, B.

¹⁸⁴⁴ Jean-Louis Le Moigne écrit ainsi : « la connaissance qu'il [le sujet] peut construire d'un réel est celle de sa propre expérience du réel », J.-L. Le Moigne, *Les épistémologies constructivistes*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 4^e éd., 2012, p. 68.

¹⁸⁴⁵ Les exemples sont pléthores de réformes constitutionnelles qui font l'objet de critiques de la part des *juspolitistes* ; depuis l'institution de la Cour de Justice de la République jusqu'à la possible constitutionnalisation de l'état d'urgence en passant par l'étendue de la compétence du Conseil constitutionnel ou la responsabilisation du pouvoir exécutif, nombreux sont les sujets dans lesquels l'expertise doctrinale sert la formulation de recommandations quant au contenu que le droit positif devrait présenter. Pour des développements sur cette question, voir *infra*, Chapitre 2, section 2, §2, B, 2.

même temps, la doctrine globalement positiviste qui, au nom de l'objectivité qu'elle revendique, serait extrêmement conciliante, voire laudative à l'égard de l'action normative des pouvoirs politiques, au lieu d'entretenir à son encontre un discours critique¹⁸⁴⁶. En effet, la neutralité axiologique exclut la possibilité de chercher en dehors de son objet même, les arguments susceptibles de produire une évaluation critique à son égard. Il lui manque ainsi un étalon à l'aune duquel bâtir un discours critique, qui arborerait les vertus de l'objectivité, donc de la scientificité¹⁸⁴⁷. L'épistémologie empiriste peut ainsi conduire à une approche radicalement exégétique du droit qui, dépourvue d'analyse évaluative, ferait la preuve de son « inanité »¹⁸⁴⁸. La démarche du droit politique le conduit ainsi logiquement à dénoncer la neutralité axiologique comme un obstacle à l'exercice du « métier de juriste »¹⁸⁴⁹, dont la vocation première est résolument *critique*.

552. L'incompatibilité méthodologique entre positivisme et droit politique peut cependant être portée plus loin. L'absence de dimension critique dans le discours décrivant le droit peut en effet apparaître *a contrario* comme un facteur de justification voire de légitimation du pouvoir. C'est ce qui résulte d'abord du formalisme auquel conduit le positivisme méthodologique. Dans cette perspective, « la médiation opérée par la science du droit tend [...] à délester les énoncés prescriptifs appréhendés de leurs justifications, couvrant le vacarme des vérités politiques, des opinions politiques qui s'affrontent et s'entrechoquent, afin de les présenter à l'auditoire dans l'harmonie de la vérité juridique, du constat neutre et objectif. En ce sens, le discours neutre sur le discours du droit a pour effet de neutraliser le discours du droit lui-même, de le « dépolitiser » et d'une certaine manière de le légitimer »¹⁸⁵⁰. On peut à ce titre envisager le cas des droits fondamentaux inscrits dans la Constitution de 1958 : étudiés exclusivement au regard de leur forme constitutionnelle ou sous l'angle de la jurisprudence qui les exprime, ils

¹⁸⁴⁶ Olivier Beaud évoque à ce titre le « positivisme tranquille de la doctrine majoritaire » ; O. Beaud, « Le cas français : l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017.

¹⁸⁴⁷ Cela résulte notamment de l'attachement dont témoigne le positivisme juridique à l'égard de l'autonomie de son objet. Ainsi Michel Troper écrit-il dans cette perspective que « si la science du droit doit décrire un objet qui lui soit extérieur et qui ait une existence empirique, cet objet est le droit positif et ne peut être que le droit positif », M. Troper, « Le positivisme juridique », in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 38.

¹⁸⁴⁸ A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 184 et ss.

¹⁸⁴⁹ Olivier Beaud est par exemple amené à écrire que « [...] cette éthique de neutralité axiologique est contraire au métier de juriste publiciste qui est appelé – à un moment donné ou à un autre, et qu'il le veuille ou non – à défendre une cause politico-juridique », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 21.

¹⁸⁵⁰ P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 212.

acquièrent une force d'évidence qui fait abstraction des choix politiques – par définition réversibles – qui ont présidé à leur consécration, et qui participe à les exclure de la délibération politique¹⁸⁵¹. La prétention doctrinale à la neutralité conduirait ainsi à une neutralisation des valeurs nourrissant le droit comme objet. Paradoxalement, celui-ci n'apparaîtrait plus comme le résultat d'une décision politique, mais comme un ensemble de commandements légitimes, presque nécessaires.

553. Le défaut de regard critique sur l'objet juridique peut en effet être interprété, non pas comme l'observation stricte de la neutralité, mais comme son exact opposé, l'expression d'une approbation. Si ce n'est pas nécessairement ce à quoi aspirent les auteurs eux-mêmes, leur discours, dès lors qu'il est dépourvu d'une dimension critique, peut être reçu par son auditoire comme l'expression d'une validation des règles en vigueur et, partant, de l'idéologie politique qu'elles mettent en œuvre. On retrouve ici les termes de la célèbre controverse qui a opposé Michel Troper à Danièle Lochak¹⁸⁵² ; à partir de l'exemple, presque caricatural, des juristes du régime de Vichy, cette dernière a soutenu que « [...] la description « neutre et objective » du droit positif produit [d]es effets de naturalisation et de légitimation [...] »¹⁸⁵³. La neutralité axiologique est alors dépassée par le discours du savant qui s'en prévaut pourtant, dès lors qu'il participe, en n'étant pas critique, à le normaliser, à le banaliser¹⁸⁵⁴. Ainsi, dans l'hypothèse extrême qu'a constituée le régime de Vichy, « [...] si le discours des juristes a pu remplir efficacement sa fonction de légitimation, c'est précisément parce qu'il se voulait neutre et présentait toutes les apparences de l'objectivité, parce qu'il n'était pas ouvertement

¹⁸⁵¹ On peut ainsi estimer que le développement de la rhétorique des droits fondamentaux n'est jamais que le moyen « [...] de dissimuler le fait que la Constitution n'est plus qu'un lieu vide où la politique se trouve privée de ce qui fait sa substance : la fixation de significations communes », A. Troianiello, « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ? », *Le Débat* n° 124, 2003, p. 72.

¹⁸⁵² Sur cette controverse, voir : D. Lochak, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1989, p. 252-285 ; « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? Une neutralité impossible », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 293-309 ; « Entre l'éthique du savant et les convictions du citoyen : le juriste face à ses dilemmes », in D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats, E. Millard (dir.), *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris : Economica, 2006, p. 639-649 ; M. Troper, « La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak) », in *Les usages sociaux du droit*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1989, p. 286-292 ; « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 310-325.

¹⁸⁵³ D. Lochak, « Entre l'éthique du savant et les convictions du citoyen : le juriste face à ses dilemmes », in D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats, E. Millard (dir.), *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris : Economica, 2006, p. 647.

¹⁸⁵⁴ Le terme de banalisation est employé par Danièle Lochak pour désigner « un double effet de consécration et d'euphémisation » du régime concerné ; D. Lochak, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? Une neutralité impossible », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 295.

militant et idéologique [...] »¹⁸⁵⁵. De façon insidieuse, la prétention à la neutralité – qui peut s’entendre comme la méthode positiviste au sens que lui conférait Norberto Bobbio¹⁸⁵⁶ – peut donc conduire à une forme d’*idéologie* positiviste, soit un discours par lequel est justifiée l’obéissance au droit¹⁸⁵⁷. En répondant à la question de *ce qu’est le droit objectivement*, le juriste répond aussi insidieusement, au moins dans l’esprit de ceux qui constituent son auditoire, à la question de *ce à quoi il faut obéir*. Admettant eux-mêmes que le juriste joue un rôle politique, les auteurs *juspolitistes* ne peuvent faire à l’épistémologie empiriste le reproche de son défaut de neutralité. Ils dénoncent toutefois le caractère fictionnel de cette exigence qui, condamnée à faillir, perd logiquement toute légitimité.

554. Curieusement, la méthodologie positiviste a pu être défendue, dans une rhétorique pour le moins paradoxale, au nom de valeurs éthiques dont elle serait la garante, celles de la démocratie¹⁸⁵⁸ : la neutralité est alors justifiée par une cause proprement politique. Au-delà de la contradiction manifeste qui le fragilise, l’argument semble par ailleurs peu opérant en pratique. Olivier Beaud a en ce sens démontré l’absence de causalité entre l’orientation méthodologique des juristes et l’engagement politique que traduisent leurs

¹⁸⁵⁵ *Ibid.*, p. 300.

¹⁸⁵⁶ Le juriste italien écrivait ainsi que « dans cette première acception du positivisme juridique, [...] est positiviste celui qui prend en face du droit, une attitude non appréciative, ou objective, ou éthiquement neutre, à savoir celui qui prend, pour distinguer une règle juridique d’une règle non juridique, le fait d’être tirée de faits vérifiables, comme d’avoir été l’œuvre de certains organes agissant avec certaines procédures [...] », N. Bobbio, « Sur le positivisme juridique », in *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, C. Agostini, préf. R. Guastini, Louvain : Bruylant, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique, 1998, p. 26.

¹⁸⁵⁷ « Comme idéologie, le positivisme juridique représente la croyance en certaines valeurs, et sur la base de cette croyance l’attribution au droit tel qu’il est, par le seul fait de son existence, d’une valeur positive, [...]. De [cette position] découle la conséquence que les normes juridiques doivent être obéies pour elles-mêmes, en tant que telles ; en d’autres termes, l’obéissance aux normes juridiques est un devoir moral [...] », *ibid.*, p. 27-28.

¹⁸⁵⁸ Kelsen lui-même établissait la compatibilité exclusive de la démocratie avec les exigences épistémologiques portées par le positivisme. Ainsi, selon lui, « [...] la croyance à l’existence de vérités et de valeurs absolues pose les bases d’une conception métaphysique et en particulier mystico-religieuse du monde. La négation de ce principe, l’opinion que la connaissance humaine ne peut atteindre qu’à des vérités et à des valeurs relatives, et que par suite toute vérité et toute valeur – de même que l’individu qui les trouve – doit être prête en tout temps à s’effacer devant d’autres, conduit à la conception du monde du criticisme et du positivisme, en entendant par là cette direction de la philosophie et de la science qui part du positif, c’est-à-dire du donné, du perceptible, de l’expérience [...]. À cette opposition des philosophies du monde correspond une opposition des philosophies des valeurs, et spécialement des attitudes politiques fondamentales », H. Kelsen, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, trad. C. Eisenmann, préf. P. Raynaud, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2e éd., 2004, p. 110-111. Pierre-Marie Raynal relève à cet égard « [...] la tendance appuyée à connecter la méthode juspositiviste au régime politique de la « démocratie représentative », alors que cette connexion implique un saut qualitatif qui contredit inévitablement le principe même de la neutralité axiologique », P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 245.

travaux : la méthode positiviste n'est pas indispensable à la promotion des valeurs démocratiques¹⁸⁵⁹.

555. Même si le positivisme ne saurait être réduit à un discours de légitimation du droit positif, ce risque est avéré et ébranle les fondations mêmes de l'exigence méthodologique de neutralité axiologique. Conscients de cette brèche épistémologique et désireux de la combler, des auteurs positivistes ont d'ailleurs suggéré une perspective différente, susceptible d'empêcher qu'un pont soit établi entre description objective du droit positif et légitimation induite de son contenu, quitte à consentir que le champ d'application de la neutralité soit réduit. Ainsi, Uberto Scarpelli recommandait au positiviste d'assumer le choix politique fondamental qui guide sa démarche. Il écrivait à ce titre qu'« il y a [...] un choix politique inhérent à la pratique et à la science du droit de tendance juspositiviste, qui, considérant un système de droit politique d'un point de vue interne, en accepte le principe fondamental et opère dans le système, conformément à ses critères internes de validité eux-mêmes basés sur le principe fondamental »¹⁸⁶⁰. Dans cette hypothèse, le savant positiviste doit donc distinguer la validité des normes, qui appelle seulement de sa part une description et une systématisation objectives, de la validité de l'ordre juridique dans son ensemble ; cette dernière repose sur un principe de légitimité qui mérite une appréciation subjective de la part du chercheur¹⁸⁶¹. En dissociant ces deux aspects, Uberto Scarpelli entendait sauver le juspositivisme des critiques dont il a fait l'objet, sans renoncer pourtant à la méthodologie empirique¹⁸⁶². Quoiqu'élégante, la démonstration à

¹⁸⁵⁹ Il écrit ainsi, à l'occasion d'une analyse de la posture politique de Carl Schmitt, que « [...] le danger d'une théorie anti-positiviste du droit réside justement dans ce que Kelsen a dénoncé sans relâche : celui d'une idéologisation de la science du droit. C'est [...] ce risque qu'a illustré Schmitt dans son engagement nazi. [...] Mais l'anti-positivisme ne conduit pas nécessairement à une théorie « nazie » ou « autoritaire » du droit – qu'on songe à René Capitant qui, à la même époque, correspond avec Schmitt, partage beaucoup de ses idées sur la Constitution, mais aboutira à des conclusions pratiques opposées, rédigeant même un réquisitoire particulièrement acéré du droit positif nazi – tout comme le positivisme ne conduit pas nécessairement à justifier le droit ou « les lois de Vichy » [...] », O. Beaud, « Carl Schmitt, juriste nazi ou juriste qui fut nazi ? », *Droits* n° 40, 2004, p. 215-216.

¹⁸⁶⁰ U. Scarpelli, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, trad. C. Clavreul, préf. L. Gianformaggio, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1996, p. 57-58.

¹⁸⁶¹ Le juriste italien affirmait en ce sens que, « [...] en constatant l'effectivité du système, on a la possibilité d'y adhérer, et donc d'en accepter le principe fondamental, de traiter comme valides les normes qui satisfont aux conditions de validité posées directement ou indirectement par la norme première du système, elle-même valide sur la base du principe fondamental ; et on a aussi la possibilité de nier que ce système quoiqu'effectif, soit légitime, d'en refuser le principe fondamental et donc refuser de considérer comme valides les normes du système », *ibid.*, p. 54.

¹⁸⁶² Christophe Agostini écrit à son sujet : « refusant l'approche jusnaturaliste en plein essor, un ensemble d'auteurs veut relever le positivisme des attaques dont il a été l'objet au prix d'un important travail critique et en suivant une double ambition : d'une part, contribuer à jeter les bases d'une science du droit qui ne soit pas une justification de l'ordre établi ; d'autre part – ce qui révèle la dimension pragmatique de cette école –, participer à la construction d'une Italie démocratique », C. Agostini, « Science du droit, jugement de validité et évaluation », *Droit et société* n°s 36-37, 1997, p. 460.

l'œuvre n'emporte qu'une conviction limitée : d'abord, elle implique un renoncement partiel à la neutralité axiologique, qui ne saurait pourtant être rien de moins qu'absolu ; ensuite, elle n'explique pas comment il est raisonnablement possible de distinguer un jugement de valeur subjectif, portant sur le fondement du système juridique, d'un jugement de validité objectivement établi quant à la validité des normes. Si en effet, le principe de légitimité fondamentale est librement apprécié par le juriste, comment ce jugement saurait-il épargner les règles juridiques réputées le mettre en œuvre ? En tout cas le droit politique ne cherche-t-il aucunement à distinguer à cet égard, l'appréciation globale du régime politique d'une part, la validité des composantes de l'ordre juridique d'autre part¹⁸⁶³.

556. Il semble à cet égard qu'il ne puisse y avoir d'autre alternative à la neutralité que l'absence de neutralité ; un peu de neutralité ou une neutralité concentrée sur un seul aspect du système juridique paraît tout bonnement impossible, surtout dans l'hypothèse d'une épistémologie qui appelle à la systématisation de l'objet juridique étudié¹⁸⁶⁴. Parfois conscients des limites de l'épistémologie empirique, les positivistes peinent donc à sauver la neutralité axiologique des lacunes qu'elle présente. La déconstruction méthodologique à laquelle concourt le droit politique justifie donc que soit suggérée une démarche alternative, consistant notamment en une translation de la garantie de l'objectivité scientifique, depuis la conscience du savant isolé, vers la communauté doctrinale dans son ensemble.

¹⁸⁶³ Ainsi peut-on comprendre la critique politique que dressent Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues de la législation française sur l'état d'urgence : si la V^e République est fondée sur des valeurs démocratiques et libérales qui semblent satisfaire leur conviction personnelle, cela justifie que soit dénoncée, au nom du même jugement de valeur, la validité de normes y portant atteinte. Ainsi, à propos de l'état d'urgence, « un tel renforcement peut être justifié au vu des circonstances, mais n'en demeure pas moins dérogatoire à l'ordre constitutionnel et libéral et ne saurait en conséquence être légitimé par l'idée d'État de droit ou une inscription au sein du texte constitutionnel », O. Beaud, C. Guérin-Bargues, *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique et critique*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Systèmes, 2^e éd., 2018, p. 190.

¹⁸⁶⁴ Ce qui est le cas du positivisme de Scarpelli puisqu'il affirme que « ce n'est qu'en considérant d'un point de vue interne le système de normes qu'on peut reconnaître la validité d'une norme. La validité d'une norme signifie que cette norme satisfait aux normes qui règlent l'appartenance des normes au système, ce qui lui permet d'être reconnue comme existante dans le système où elle doit remplir sa fonction spécifique », U. Scarpelli, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, trad. C. Clavreul, préf. L. Gianformaggio, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1996, p. 39. Cette appréhension systémique du droit entrave décisivement l'ambition de distinguer le tout de ses composantes, à l'occasion d'un éventuel jugement de légitimité.

2. L'épreuve alternative de la sincérité du savant

557. La déconstruction de la neutralité axiologique à laquelle procède le droit politique constitue indéniablement un vide méthodologique, et ce d'autant plus que les *juspolitistes* eux-mêmes ne renoncent pas à toute forme d'objectivité doctrinale¹⁸⁶⁵. Ce paradoxe invite à chercher ailleurs les fondements de la scientificité du discours. D'abord, il incite à mettre en valeur le filtre subjectif que le savant appose mécaniquement sur l'objet en cherchant à en rendre compte. Le scepticisme à l'égard de la neutralité justifie dès lors que les discours doctrinaux opèrent une distinction claire entre ce qui relève du droit positif et ce qui ressort de la seule analyse de leurs auteurs. C'est en effet en l'absence d'une telle distinction que le risque est le plus grand que les travaux des juristes soient dotés d'une portée idéologique¹⁸⁶⁶. Si le véritable danger que revêt la neutralité axiologique découle de la formulation de jugements de valeur qui ne sont pas présentés comme tels, c'est donc paradoxalement par la mise en lumière des présupposés qu'il véhicule que le juriste peut espérer conférer à son discours une certaine forme d'objectivité. Constaté l'impuissance de la neutralité axiologique ne signifie en effet pas nécessairement renoncer à toute objectivité scientifique¹⁸⁶⁷, même si cela suppose une redéfinition, ou plutôt un transfert, de celle-ci : à défaut de concerner la production de chacun des membres de la communauté savante, elle pourra viser plus largement l'ensemble des discours doctrinaux portant sur un objet donné. Les jugements de valeur que traduisent leurs productions doctrinales peuvent en effet, dans une certaine mesure, être *neutralisés* par la confrontation à des analyses alternatives ou concurrentes. La

¹⁸⁶⁵ Armel Le Divellec écrit à ce titre de façon éclairante que « la neutralité politique ou axiologique absolue est, en vérité, une position difficile sinon impossible à tenir. Pour tout un chacun. Mais la question du droit politique est (ou devrait être) aujourd'hui tout à fait indépendante des positionnements politiques pour viser, autant qu'il est possible, un discours authentiquement scientifique », A. Le Divellec, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p. 97.

¹⁸⁶⁶ Danièle Lochak écrit en ce sens : « [...] précisément le droit n'est pas neutre et [...] lui-même véhicule des valeurs : de sorte qu'en prenant le législateur au mot – au sens propre –, en décrivant le contenu des normes en vigueur dans les termes mêmes où les a énoncées le législateur, *en abolissant toute distance entre le discours du législateur et le sien propre*, la dogmatique juridique, sous couvert de respecter le postulat de neutralité, contribue à diffuser les valeurs sous-jacentes à la législation en vigueur et à renforcer la croyance en leur légitimité », D. Lochak, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? Une neutralité impossible », in P. Amsselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 294 ; nous soulignons.

¹⁸⁶⁷ On relève, dans les travaux du droit politique, des indices qui démontrent que, sceptiques quant à la possibilité pour le savant d'être neutre, leurs auteurs n'en lient pas moins la scientificité à une exigence minimale d'objectivité du propos. Par exemple : « [...] la question du droit politique est (ou devrait être) aujourd'hui tout à fait indépendante des positionnements politiques pour viser, autant qu'il est possible, à un discours authentiquement scientifique », A. Le Divellec, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p. 97.

subjectivité de l'auteur est ainsi mise en valeur par le désaccord qui l'oppose à celle d'un autre savant et peut, ce faisant, être conjurée. Ce mécanisme de confrontation des opinions doctrinales renvoie à ce que Pierre Bourdieu désignait sous le terme de « réflexivité », entendu comme un mécanisme et une garantie de la scientificité¹⁸⁶⁸. Le droit politique, par le truchement de Pierre-Marie Raynal, n'adopte pas tout à fait ce modèle de la réflexivité et lui substitue la notion de « prudence »¹⁸⁶⁹, pensée par opposition à l'exigence scientifique d'objectivité¹⁸⁷⁰. Logiquement donc, le renoncement à la neutralité conduit les auteurs du droit politique à chercher ailleurs l'argument de l'opportunité de leur propos.

558. Fonder l'objectivité scientifique sur les relations intersubjectives des membres de la communauté savante n'est pas sans écho dans l'épistémologie constructiviste élaborée par Gaston Bachelard. Le philosophe préconisait en effet le « contrôle social » : « [...] nous proposons de fonder l'objectivité sur le comportement d'autrui, ou encore, [...] nous prétendons choisir l'œil d'autrui – toujours l'œil d'autrui – pour voir la forme – la forme heureusement abstraite – du phénomène objectif »¹⁸⁷¹. La réflexivité doctrinale devient ainsi l'instrument privilégié de l'objectivité scientifique envisagée comme un idéal, dès lors qu'elle permet d'interroger, non seulement les conclusions, mais également les prémisses et les méthodes des travaux présentés à la sagacité collective¹⁸⁷². À l'exigence

¹⁸⁶⁸ Ainsi le sociologue écrivait-il : « [...] la critique à laquelle l'intellectuel peut et doit se soumettre lui-même ou, en d'autres termes, la réflexivité critique, est un préalable absolu à toute action politique des intellectuels. Le monde intellectuel doit se livrer en permanence à la critique de tous les abus de pouvoir ou d'autorité commis au nom de l'autorité intellectuelle ou, si l'on préfère, à la critique de l'usage de l'autorité intellectuelle comme arme politique », P. Bourdieu, « Pour un savoir engagé », *Contre-feux 2 : Pour un mouvement social européen*, Paris : Raisons d'agir, 2001, p. 34-35. C'est en ce sens que le même auteur défendra l'idée d'« objectivation participante », *Langage et pouvoir symbolique*, Paris : Seuil, coll. Points. Série Essais, 2001, p. 397-403.

¹⁸⁶⁹ P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 239.

¹⁸⁷⁰ Pierre-Marie Raynal écrit en ce sens : « [...] nous entendons retenir une interprétation de la réalité politique [...] *prudente*, c'est-à-dire étrangère aux prétentions d'exactitude et d'objectivité de la science [...] », *ibid.*, p. 254 ; nous soulignons. L'idée ici suggérée doit donc être distinguée de ce que traduisait Michel Villey par le même terme, la prudence s'entendant sous sa plume, comme la recherche du « juste concret » ; M. Villey, *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Paris : Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1969, p. 27. Dans cette perspective, la prudence désigne donc « la vertu qui permet de connaître le juste milieu en chacune des vertus, donc spécialement dans le droit et la justice [...] », M. Bastit, « Villey et Perelman : argumentation avec ou sans ontologie ? », *Droit & Philosophie* vol. 8, 2016, p. 84. Notant que le terme essaime les écrits du philosophe, Stéphane Rials estime à cet égard que Villey se présente « en bon aristotélicien, [...] comme un positiviste *prudentiel*, un décisionniste affranchi des plus redoutables tentations nihilistes », S. Rials, *Villey et les idoles : petite introduction à la philosophie du droit de Michel Villey*, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2000, p. 84-85 ; nous soulignons.

¹⁸⁷¹ G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Paris : Librairie philosophique J. Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 13^e éd., 1986, p. 241.

¹⁸⁷² Bachelard écrivait en ce sens que « [...] que toute doctrine de l'objectivité en vient toujours à soumettre la connaissance de l'objet au contrôle d'autrui. Mais d'habitude, on attend que la construction

unilatérale de neutralité est donc substitué le dynamisme de controverses académiques générales et incessantes.

559. La garantie que représente le débat scientifique en offrant le gage de la réflexivité n'exonère cependant pas le savant du devoir de sincérité, qui induit sa propre introspection. Lui-même peut en effet assortir son discours de précautions oratoires, susceptibles de mettre en valeur les présupposés, aussi bien théoriques que subjectifs, sur lesquels il se fonde. Ainsi que le recommandait Bachelard, « puisqu'il n'y a pas de démarche objective sans la conscience d'une erreur intime et première, nous devons commencer les leçons d'objectivité par une véritable confession de nos fautes intellectuelles. Avouons donc nos sottises pour que notre frère y reconnaisse les siennes, et réclamons de lui et l'aveu et le service réciproques »¹⁸⁷³. Une telle injonction n'est pas sans écho dans le domaine juridique, qui présente parfois des exigences épistémologiques comparables ; Xavier Magnon défend par exemple énergiquement l'idée qu'« il faut pouvoir clairement situer ce que l'on fait et comment on le fait pour pouvoir entreprendre un dialogue scientifique aussi bien avec les membres de sa propre communauté scientifique qu'avec les autres disciplines. Poser son cadre conceptuel d'analyse est une condition première permettant la discussion scientifique »¹⁸⁷⁴. L'exposé scrupuleux des présupposés du savant juriste offre une prise à la critique de ses confrères et la controverse doctrinale est alors davantage susceptible de trier, parmi l'ivraie de l'engagement politique des auteurs, le bon grain de l'étude scientifique. Dans une certaine mesure, ce mécanisme doctrinal fait office de critère renouvelé de falsifiabilité, dans un domaine pour lequel la confrontation aux faits ne relève jamais que d'un empirisme au sens faible¹⁸⁷⁵. L'épreuve de la vérifiabilité des propositions théoriques pourrait ainsi découler autant de l'adéquation à l'objet juridique identifié qu'à la cohérence de l'analyse qu'en livrent les différents auteurs¹⁸⁷⁶.

objective réalisée par un esprit solitaire soit achevée, pour la juger dans son aspect final. On laisse donc l'esprit solitaire à son travail, sans surveiller ni la cohésion de ses matériaux ni la cohérence de ses devis. Nous proposons au contraire un doute préalable qui touche à la fois les faits et leurs liaisons, l'expérience et la logique », *ibid.*, p. 241.

¹⁸⁷³ *Ibid.*, p. 242-243.

¹⁸⁷⁴ X. Magnon, « Pour un moment épistémologique du droit – constitutionnel », *AJJC*, 2015, p. 15.

¹⁸⁷⁵ L'idée d'« empirisme au sens faible » est empruntée à Christophe Agostini, qui désigne ainsi la méthode consistant à systématiser, à l'aide de propositions cohérentes, les énoncés juridiques établis par le législateur au sens large ; C. Agostini, « Science du droit, jugement de validité et évaluation », *Droit et société* n^{os} 36-37, 1997, p. 460.

¹⁸⁷⁶ Xavier Magnon le sous-entend d'ailleurs lorsqu'il affirme que « la falsification éventuelle des propositions d'analyse scientifiques n'est possible que pour autant que le cadre théorique dans lequel elles s'insèrent est connu », X. Magnon, « Pour un moment épistémologique du droit – constitutionnel », *AJJC*,

560. L'abandon de la méthodologie positiviste et le développement alternatif d'une épistémologie constructiviste reposent donc fondamentalement sur une mise en relation des différents pans de la doctrine juridique : loin d'être isolé dans la quête de sa propre objectivité, le chercheur doit adopter la sincérité introspective comme outil et la controverse académique comme horizon. C'est par ce biais que semble pouvoir s'accomplir la recommandation préconisée par Danièle Lochak : « utiliser pleinement sa liberté de penser en conservant une vigilance critique à l'égard non seulement de son objet de recherche, mais aussi de sa propre pratique, donner l'exemple en actes de la liberté intellectuelle que peuvent et doivent revendiquer au même titre le savant et le citoyen sans profiter de cette liberté pour tenter d'imposer son opinion comme « la » vérité : telles sont, à notre sens, les exigences fondamentales de l'éthique universitaire »¹⁸⁷⁷.

561. Les auteurs du droit politique, dont le scepticisme à l'égard du positivisme épistémologique n'est plus à démontrer, pourraient ainsi puiser dans ces considérations constructivistes, les moyens d'affirmer la méthodologie alternative qu'ils mettent en œuvre. Dans une très large mesure cependant, la prise qu'offrent les travaux *juspolitistes* à la réflexivité reste limitée¹⁸⁷⁸ car, s'ils embrassent la controverse et n'hésitent pas à prendre position dans le débat juridique et politique, leurs présupposés méthodologiques peuvent sembler trop rarement exprimés, ce qui traduit sans doute leur réticence à se livrer à une analyse directement épistémologique. La première véritable certitude quant à leur engagement méthodologique se concentre toutefois dans l'impossibilité de la neutralité du savant, ce dernier considéré isolément n'offrant aucune garantie en termes d'objectivité scientifique. Une lecture plus approfondie des travaux du droit politique révèle par ailleurs que cette objectivité ne saurait non plus être conférée par l'objet juridique lui-même, celui-ci étant irrémédiablement dépendant du discours qui en rend compte.

2015, p. 15. L'auteur distingue toutefois deux procédés de vérification, empirique et analytique, qui ne se recourent pas ; *ibid.* p. 22-23.

¹⁸⁷⁷ D. Lochak, « Entre l'éthique du savant et les convictions du citoyen : le juriste face à ses dilemmes », in D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats, E. Millard (dir.), *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris : Economica, 2006, p. 649.

¹⁸⁷⁸ Il leur a ainsi été reproché de se protéger de la réflexivité doctrinale en gardant le silence sur la méthodologie qu'ils emploient : S. Van Ouwerkerk, *Penser les formes d'État. Un état de la pensée publiciste française*, thèse dact., Toulouse, 2019, p. 150-151.

Section 2 : La déconstruction pragmatique de la fonction de la science du droit

562. Peu disposés à fonder l'objectivité des travaux de droit constitutionnel sur la neutralité revendiquée de leurs auteurs, les tenants du droit politique relativisent la fonction de la science juridique. Surtout, la déconstruction du rôle de strict observateur du droit positif habituellement conféré à la recherche académique soulève des interrogations quant à sa fonction : à quoi peut-elle bien servir si elle ne produit pas un compte rendu fidèle à la réalité juridique ? Cette réflexion conduit les auteurs du droit politique à redéfinir radicalement, quoique parfois à demi-mots, la place de la doctrine et les relations qu'elle entretient avec le droit comme objet. Dans cette perspective *juspolitiste*, si la fonction de la science du droit n'est pas totalement déconstruite en ceci que les juristes sont amenés à exercer une influence décisive, elle subit au moins une profonde transformation qui l'éloigne drastiquement de la conception positiviste classique. Le droit politique présente à cet égard une posture constructiviste, elle-même conçue comme une alternative épistémologique au *descriptivisme*¹⁸⁷⁹. Alors que l'empirisme méthodologique qui inspire ce dernier repose sur la stricte distinction entre l'objet scientifique et le discours qui en rend compte¹⁸⁸⁰, le droit politique estime la simple description du droit tout bonnement impossible (§1). Ce faisant, ses auteurs établissent un lien étroit entre droit et science du droit jusqu'à nier, de façon sans doute trop radicale, toute différence entre eux (§2).

§1 : Le dépassement assumé de la fonction descriptive de la science du droit

563. Pas plus que le savant, l'objet juridique n'est, dans la pensée du droit politique, doté d'une objectivité intrinsèque. Ce postulat, conforme aux prémisses du constructivisme, entraîne l'impossibilité de réduire la recherche juridique à la seule description de son

¹⁸⁷⁹ Cette dichotomie est mise en valeur à différentes occasions. Voir par exemple : V. Villa, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », in P. Amssek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 281-291 ; A. Geslin, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », in B. Sergues (dir.), *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, Toulouse : Presses de l'Université Toulouse I Capitole, coll. Actes de colloques, 2015, p. 79-130.

¹⁸⁸⁰ Alexandre Viala définit ainsi l'empirisme épistémologique comme une « épistémologie « descriptive » », caractérisée par « [...] la rigueur avec laquelle ses tenants s'efforcent de bien séparer le droit et la science du droit. Leur ascèse méthodologique consiste à tenir un regard strictement extérieur par rapport à leur objet d'étude, le droit positif », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 136.

objet¹⁸⁸¹. Si cette dernière tâche procède de toute façon d'une réduction induite du travail doctrinal, elle est en outre largement compromise par l'impuissance du savant à décrire un objet qui ne lui préexiste pas. L'opposition à l'empirisme méthodologique est ici frontale, puisque la scientificité du positivisme qui s'en réclame se fonde justement sur « [...] la détermination précise de son objet d'étude et le caractère descriptif du discours sur le droit »¹⁸⁸². Le droit politique présente certes certains traits communs avec le positivisme, notamment lorsque ses auteurs affirment que tout objet de la science du droit est le fruit d'une certaine construction de la part de cette dernière (A). Des divergences ponctuelles sur cette question permettent toutefois de révéler une brèche plus profonde, de l'autre côté de laquelle les *juspolitistes* préfèrent souligner le rôle explicatif, et non seulement descriptif, de la science du droit (B).

A. La nécessaire construction d'un objet

564. Si le droit politique renonce à cantonner la doctrine juridique à un rôle descriptif, c'est d'abord parce qu'il estime la tâche impossible, dès lors que le droit prête, avant d'être susceptible d'une description, à un travail non moins ardu de définition et de conceptualisation¹⁸⁸³. Il est donc bien plus le fruit d'une *construction* que d'une description, ce que justifie son défaut latent d'empiricité (1). Ainsi chargée de circonscrire son objet avant d'en présenter un compte rendu, la science du droit se voit dotée d'une fonction renouvelée, à bien des égards plus importante que celle que lui confère le simple descriptivisme (2).

¹⁸⁸¹ Olivier Beaud lui préfère ainsi une démarche théorique et conceptuelle : O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2007, p. 23.

¹⁸⁸² L'auteur ajoute que « ces éléments sont d'autant plus significatifs qu'ils contribuent à faire du discours juridique un discours scientifique et que c'est au nom de cette exigence scientifique qu'ils ont vocation à s'imposer au discours juridique », X. Magnon, « En quoi le positivisme – normativisme – est-il diabolique ? », *VII^e Congrès de l'AFDC*, Paris, septembre 2008 ; reproduit in *RTD Civ.* n° 2, 2009, p. 271.

¹⁸⁸³ Selon Paul Amselek, c'est même là une part nécessaire de toute activité scientifique : « [...] la science dans son essence même n'est pas une activité purement contemplative et descriptive des faits du réel, mais une activité créative, constructive de lois indiquant la possibilité de survenance des choses en fonction des configurations contextuelles et permettant ainsi de démêler le flux événementiel à la manière de « clefs » ou de « grilles de lectures » ; ces lois ne sont donc pas exactement assimilables à des images ou tableaux de la réalité observable », P. Amselek, « Propos introductif », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 10.

1. Le défaut constaté d'objectivité du droit

565. La démarche du droit politique est éminemment conceptuelle ; refusant de se cantonner à la description des normes du droit positif, ses auteurs revendiquent la charge théorique qui leur incombe, afin de construire un objet qui ne préexiste pas à leur analyse. À propos du modèle fédéral qu'il propose, Olivier Beaud écrit ainsi qu'« une telle théorie de la Fédération ne prétend pas être objective au sens où l'objet fédéral s'imposerait comme un donné que l'observateur serait contraint de copier et de décalquer pour le décrire. Nous sommes parfaitement conscient du fait que la doctrine juridique doit faire ses adieux au mythe, positiviste par excellence, de la « description » du droit positif, car [...] toute description du droit est aussi une interprétation de ce droit »¹⁸⁸⁴. Cet argument, qui sous-tend tous les travaux *juspolitistes*, indique les liens étroits que le droit politique présente avec le constructivisme, lui-même caractérisé par le postulat de l'absence d'objectivité préalable¹⁸⁸⁵.

566. La pluralité des définitions du droit parsemant les différentes théories juridiques témoigne à elle seule de la difficulté de le concevoir comme un objet donné à la conscience du savant. Si la doctrine du XXI^e siècle retient majoritairement un droit défini comme un ensemble de normes¹⁸⁸⁶, elle n'est pas toujours unanime et son histoire même traduit l'absence d'évidence d'une telle posture. En tant qu'objet d'un discours à prétention scientifique, le droit est *construit* plutôt que donné au savant¹⁸⁸⁷. Ce qui

¹⁸⁸⁴ O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2007, p. 23.

¹⁸⁸⁵ La formulation célèbre de Gaston Bachelard mérite à cet égard d'être rappelée : « l'esprit scientifique nous interdit d'avoir une opinion sur des questions que nous ne comprenons pas, sur des questions que nous ne savons pas formuler clairement. Avant tout, il faut savoir poser des problèmes. Et quoi qu'on en dise, dans la vie scientifique, les problèmes ne se posent pas d'eux-mêmes. C'est précisément ce *sens du problème* qui donne la marque du véritable esprit scientifique, toute connaissance est une réponse à une question. S'il n'y a pas eu de question, il ne peut y avoir connaissance scientifique. Rien ne va de soi. Rien n'est donné. Tout est construit », G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Paris : Librairie philosophique J. Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 13^e éd., 1986, p. 14.

¹⁸⁸⁶ L'évolution est particulièrement manifeste en droit constitutionnel, domaine dans lequel la conception normative n'a été que l'aboutissement d'une évolution doctrinale de près d'un siècle. Voir par exemple sur cette question : O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige, Dicos poche, 2003, p. 257-266.

¹⁸⁸⁷ C'est ce que suggère Jean-Marie Denquin à propos d'un éventuel critère objectif d'identification du droit constitutionnel : « l'idée de définition *de droit* [du droit] implique [...] l'élimination de tout arbitraire dans la répartition des matières, dont les unes seraient nécessairement constitutionnelles, les autres nécessairement non constitutionnelles. Peut-on fonder en droit une telle distinction ? La réponse est certainement négative », J.-M. Denquin, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits* n^o 32, 2000, p. 36.

constitue l'hypothèse première du constructivisme n'est pas propre au droit politique¹⁸⁸⁸ ni même au domaine juridique, mais concerne toute démarche scientifique, dès lors que cette dernière consiste à tenter de résoudre un problème, celui de la connaissance, lui-même artificiellement posé par le chercheur. L'objet ne se définit pas lui-même et n'existe que dans la mesure où un discours l'a conceptualisé.

567. Au milieu des multiples disciplines scientifiques, le droit fait pourtant figure d'exception puisque, en épousant en pratique une forme discursive, il semble susceptible de se désigner lui-même comme objet, de « s'auto-constituer »¹⁸⁸⁹ et de s'offrir alors directement à l'observation du savant. Un tel argument peut cependant être rapidement écarté, par le fait que la définition que donne le droit de lui-même manque d'autorité scientifique : l'auto-désignation juridique suppose, pour s'imposer au savant juriste, que soit d'abord reconnu comme juridique le support qui y procède, ce qui appelle une définition stipulative, scientifique, de l'objet¹⁸⁹⁰. Comme les autres disciplines académiques, le droit implique donc un rôle doctrinal actif, nécessaire à l'établissement de son objet¹⁸⁹¹.

¹⁸⁸⁸ François Brunet formule par exemple une conclusion similaire : « [...] le principe d'une pure « description » du droit est illusoire en ce que la science du droit est confrontée, par définition, à l'impossibilité de saisir de manière directe et immédiate l'objet qui la concerne : le droit relevant avant tout de la pensée, la science du droit influe nécessairement sur la pensée juridique elle-même, par la promotion de telle ou telle représentation du droit, qui est fondée sur un jugement de valeur. Il n'est pas jusqu'aux recueils de jurisprudence qui ne supposent un choix, une hiérarchie, une appréciation. Quoi qu'il fasse, le juriste doit admettre que la réalité du droit – fût-elle réduite au droit positif – ne peut que lui rester en partie voilée et que des appréciations sont nécessaires de sa part, avant même de prétendre recueillir le droit positif. L'exigence d'une description paraît bien constituer, sur ce premier point, une illusion », F. Brunet, *La normativité en droit*, Paris : Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses. Droit public, 2012, p. 94.

¹⁸⁸⁹ Alexandre Viala s'interroge en ce sens : « comment accorder le statut de discipline scientifique à une discipline dont l'objet s'érige lui-même en objet scientifique et la prive [ainsi] de la primeur dans l'indispensable opération de rationalisation sans laquelle il n'est pas le moindre signe d'un travail constructif ? [...] L'effort théorique est donc ce qui permet au juriste de contourner le premier obstacle que lui dresse l'identité formelle (discursive) entre l'objet « droit » et la discipline qui le traite : le défaut de scientificité d'une discipline liée à l'impossibilité de construire un objet qui s'est lui-même auto-constitué », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 19-20.

¹⁸⁹⁰ Dans une perspective normativiste, Otto Pfersmann écrit à ce titre que « le principe de spécificité constitue une simple limitation du domaine d'objet de la théorie, mais il dépend de l'ontologie du droit. Celle-ci n'est pas déductible de la théorie des normes, valable pour tout type de normes, quel qu'il soit. La spécificité du système juridique résulte ainsi d'une *définition stipulative* », O. Pfersmann, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC* n° 52, 2002, p. 817 ; nous soulignons.

¹⁸⁹¹ Olivier Jouanjan écrit en ce sens qu'« il existe souvent chez les juristes une naïveté d'approche et de traitement du « droit », pour laquelle celui-ci est un donné brut déjà constitué en soi et pour soi, un objet extérieur au monde de la science et des doctrines juridiques. Chez les « positivistes réflexifs », disons pas ou peu ou moins naïfs, cette condition d'extériorité de l'objet « droit » par rapport aux « sujets » juristes de sa connaissance est condition même d'une « science » du droit, c'est-à-dire d'une science « objective » de cet objet particulier. Mais l'on rate alors un aspect essentiel que je crois constitutif de l'objet droit lui-même : il nous faut le représenter, l'*imaginer*, à partir de schèmes qui ne sont pas dans l'objet, mais dans le « sujet » de la connaissance », O. Jouanjan, « Justifier l'injustifiable », *Astéris. Philosophie, histoire des idées, pensée politique*, n° 4, 2006, p. 124.

568. Le travail de construction ontologique est d'ailleurs d'autant plus fondamental en matière juridique que le droit appartient à la catégorie des objets sociaux et relève donc des sciences dites humaines. Celles-ci, caractérisées par l'étude des comportements davantage que des faits naturels, supposent un travail de conceptualisation bien supérieur à celui des sciences naturelles. Certes, le constructivisme trouve à s'épanouir dans tous les pans de la recherche, mais il revêt une dimension amplifiée dans le cadre des sciences humaines qui ne peuvent se prévaloir de l'empirisme de leur objet qu'au prix d'une distorsion de celui-ci. C'est particulièrement le cas du droit qui, ainsi que l'a par exemple souligné Michel Troper, ne dispose pas de propriétés empiriques¹⁸⁹² : comment dès lors lui appliquer une méthode descriptiviste ? Plusieurs auteurs, notamment positivistes, ont pourtant cherché à justifier leur épistémologie, en adaptant à leur objet les exigences de l'empirisme. Kelsen a ainsi excipé de l'empirisme des énoncés juridiques pour affirmer celui des normes dont ils rendent compte, et ce alors même que ces normes sont justement caractérisées, dans sa pensée, par leur stricte exclusion du domaine des faits¹⁸⁹³. Dans une approche moins radicale de la distinction entre *Sein* et *Sollen*, le positivisme peut toutefois favoriser la perceptibilité de son objet. Comme l'écrit le juriste italien Vittorio Villa, pourtant foncièrement critique du descriptivisme, « [...] les phénomènes juridiques [...] peuvent être conçus, dans un sens large, comme « empiriques » (et donc appartenant au champ d'expérience juridique) parce que l'élément normatif contenu, constitué par la présence d'une règle ou d'un principe juridique, ne se présente jamais complètement séparé de l'élément relevé empiriquement du comportement ou mieux de la classe de comportements, linguistiques et non linguistiques, qui constituent des instances spécifiques de la règle ou du principe »¹⁸⁹⁴. C'est en ce sens d'ailleurs que le réalisme juridique a pu revendiquer une démarche véritablement empiriste, en regardant le droit comme un simple ensemble de faits¹⁸⁹⁵. Même dans cette hypothèse pourtant,

¹⁸⁹² « [...] Le droit n'est pas un objet naturel. C'est une abstraction, le produit d'une opération intellectuelle et il ne possède aucune propriété empirique qu'on pourrait décrire à l'aide de propositions vraies », M. Troper, « Pour une définition stipulative du droit », *Droits* n° 10, 1989, p. 101.

¹⁸⁹³ Voir *supra*, Section 1, §2, A. 1.

¹⁸⁹⁴ V. Villa, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », in P. Amsselele (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 282.

¹⁸⁹⁵ Alf Ross recommandait en ce sens que, « [...] au lieu d'éliminer les représentations de validité, on les désobjective et les dérationalise, de manière qu'au lieu de l'objet fictif du devoir ou de la valeur, on place de phénomènes réels, phénomènes psychophysiques correspondant à la validité et qu'on saisisse leur fonction à l'intérieur de la vie du droit », A. Ross, « Le problème des sources du droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit », 1934, in *Introduction à l'empirisme juridique : textes théoriques*, trad. E. Matzner, É. Millard, préf. É. Millard, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2004, p. 26. En comparant la théorie réaliste et sa propre conception normativiste du droit, Kelsen écrivait ainsi : « s'il est vrai que l'objet d'une science définie comme connaissance empirique peut uniquement être des

l'empirisme à l'œuvre est nécessairement limité, conditionné par le cadre préalablement posé par le savant, cadre par lequel il identifie les faits qui relèvent de l'ontologie juridique et ceux qui en sont exclus¹⁸⁹⁶. Vittorio Villa écrit à ce titre, que « [...] la norme juridique, indépendamment du mode spécifique par lequel les juspositivistes la représentent, constitue [...] un « objet » un peu particulier qui échappe aux critères d'*observabilité* établis pour tous les phénomènes empiriques. La norme juridique, au moins selon la perspective métascientifique acceptée par ces juspositivistes, n'est pas en fait quelque chose dont on peut avoir une *perception directe et immédiate*, ni même un phénomène qui peut être saisi par un acte d'observation absolument non ambiguë, sans l'aide de concepts et de catégories théoriques [...] »¹⁸⁹⁷.

569. Le positivisme n'échappe donc pas à la nécessité scientifique de construire un objet, et ses tenants le reconnaissent d'ailleurs bien volontiers, ne serait-ce qu'au nom de l'utilité d'une doctrine juridique. En tant que discours, le droit appelle naturellement à une analyse *constructive*, qui ne se contente pas de le répéter, au risque de priver la science qui s'en saisit de toute utilité avérée. L'épistémologie constructiviste propose cependant de s'engager plus avant dans le renoncement au descriptivisme, estimant que l'objet étudié est tributaire de la subjectivité du savant, mais agit également en retour sur lui et le guide sur la voie de l'objectivation. C'est cette relation réciproque qui constitue le nœud du constructivisme ainsi que le présentait Gaston Bachelard : « vivre et revivre l'instant d'objectivité, être sans cesse à *l'état naissant* de l'objectivation, cela réclame un effort constant de désobjectivation. Joie suprême d'osciller de l'extroversion à l'introversión, dans un esprit libéré psychanalytiquement des deux esclavages du sujet et de l'objet ! *Une découverte objective est immédiatement une rectification subjective. Si*

faits de réalité ; si l'objet de ce qu'on appelle science du droit est le droit, mais si le droit, comme le comprend la Théorie pure du droit, est une norme ou un système de normes, alors il ne peut y avoir une science du droit réaliste, c'est-à-dire une connaissance empirique du droit. Car une norme n'est pas un fait de réalité, mais une prescription de devoir-être », H. Kelsen, « Une Théorie « réaliste » et la Théorie pure du droit. Remarques sur *On Law and Justice* d'Alf Ross », 1959, trad. française par G. Sommeregger et E. Millard, in O. Jouanjan (dir.), *Théories réalistes du droit*, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, coll. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 2000, p. 16.

¹⁸⁹⁶ S'inspirant de Durkheim, Alexandre Viala souligne à cet égard le risque qu'encourt l'empirisme de consacrer des prénotions au titre de la connaissance : A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 183-184. Olivier Jouanjan dénonce pour sa part une certaine naïveté positiviste selon laquelle « l'on ne voit pas la contradiction performative que contient ce discours : « la pratique suffit » est déjà, bien que fruste, un énoncé théorique. On n'échappe pas à un minimum de réflexion, de décision réflexive sur l'objet « droit », O. Jouanjan, « Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918) : un essai d'explication », *Droits* n° 42, 2005, p. 154.

¹⁸⁹⁷ V. Villa, *La science du droit*, trad. O. et P. Nerhot, Bruxelles : Story-Scientia, Paris : LGDJ, coll. La Pensée juridique moderne, 1991, p. 84.

l'objet m'instruit, il me modifie »¹⁸⁹⁸. Ce postulat constructiviste trouve un écho dans l'ambition affichée par les auteurs *juspolitistes* de construire des objets conceptuels à partir de l'étude attentive des systèmes juridiques positifs¹⁸⁹⁹, sans toutefois emprunter une démarche strictement analytique qui serait elle-même la marque du positivisme¹⁹⁰⁰. C'est là le moyen pour eux de construire un objet constitutionnel fidèle à sa spécificité¹⁹⁰¹. Puisqu'elle conduit le droit politique à rejeter la fonction exclusivement descriptive de la science du droit, une telle posture suppose que celle-ci prouve son utilité par d'autres moyens.

2. L'utilité préservée de la science juridique

570. Dans la perspective adoptée par le droit politique, le discours doctrinal n'est manifestement pas dépourvu de toute justification, auquel cas les auteurs concernés se condamneraient eux-mêmes au silence. Le discours scientifique permet au contraire, de leur point de vue, de proposer à l'entendement un objet conceptualisé par leurs soins, qui n'existe pas *en soi*, et qui permet, par un effet de miroir, de révéler la réalité du droit constitutionnel à partir de laquelle il est construit¹⁹⁰². Conférer un rôle actif à la science

¹⁸⁹⁸ G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Paris : Librairie philosophique J. Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 13^e éd., 1986, p. 248-249 ; nous soulignons.

¹⁸⁹⁹ En construisant un concept de Fédération, Olivier Beaud reconnaît ainsi qu'« il existe une *contrainte de l'objet*, cet objet fédéral, et [un] substrat empirique [...] », O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2007, p. 24.

Voir également à ce titre *infra*, Chapitre 2, section 2, §1.

¹⁹⁰⁰ Cyril Sintez écrit en ce sens que « [...] le positivisme développe une méthode analytique [...] » qui « consiste à diviser l'objet d'étude en « petites parcelles » pour reprendre l'expression du deuxième principe méthodologique de Descartes. Ce principe permet d'étudier plus facilement, en procédant étape par étape », C. Sintez, *Le constructivisme juridique. Essai sur l'épistémologie des juristes, t. 1. Les origines romaines*, Paris : Mare & Martin, coll. Libre Droit, 2014, p. 20.

¹⁹⁰¹ On retrouve cette idée dans les travaux d'un autre critique du positivisme épistémologique, dont les propos pourraient sans mal être prêtés à un auteur du droit politique : « aussi la science positiviste prétend-elle préserver la spécificité de son objet en se détournant – en tant que science – de cette spécificité. *Elle est donc paradoxalement indifférente à la nature de son objet*. En d'autres termes, au lieu de considérer la spécificité de son objet pour construire la science qui lui correspondrait, elle procède de la façon inverse, partant d'une certaine conception de la science en général – et en particulier de la neutralité de cette science – pour l'appliquer au droit. Elle veut ainsi honorer les valeurs en les réservant à d'autres types de discours que le sien », F. Brunet, *La normativité en droit*, Paris : Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses. Droit public, 2012, p. 54 ; nous soulignons.

¹⁹⁰² C'est en ce sens que nous comprenons l'ambition méthodologique exposée par Olivier Beaud : « il y a donc dans toute « théorisation » un élément « construit » qui ressort d'une certaine perspective adoptée par le théoricien du droit. [...] L'objectif de cette [théorisation] reste de mieux analyser les données empiriques qui s'offrent au juriste », O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2007, p. 23-24.

du droit dans la détermination de son objet ne fait que décupler l'intérêt d'un discours sur le droit : loin d'être donné à la conscience de façon absolue et incontestable, le droit est un phénomène dont la complexité intrinsèque justifie qu'une étude conceptuelle lui soit consacrée¹⁹⁰³. La part de construction exigée du savant juriste n'est d'ailleurs pas, à ce titre, l'apanage d'une épistémologie *juspolitiste* ou constructiviste et si, dans une perspective positiviste, l'objet juridique s'impose à la conscience des sujets en dehors de tout compte rendu doctrinal, ce dernier doit justement faire la preuve de son utilité en sortant du carcan de la stricte description¹⁹⁰⁴. Dans le cas contraire, il « [...] n'est qu'un « devoir-être descriptif » en sorte que cette science sociale normative qu'est le droit ne produira jamais de lois scientifiques dotées d'un contenu qui leur est propre si elle n'est pas assortie [...] d'une dimension théorique. Si elle reste dépourvue de toute dimension théorique, la proposition qui se contente de décrire la norme n'est pas, contrairement à la loi scientifique de causalité par laquelle le savant décrit le monde, le fruit d'une création »¹⁹⁰⁵. La science juridique doit donc s'extirper de la tâche ingrate à laquelle l'invite un empirisme trop strict pour inclure, dans son discours, une part de construction conceptuelle, par laquelle elle devient susceptible de rendre compte de son objet, en l'augmentant d'une dimension théorique.

571. La démarche constructive qu'implique à cet égard le droit le distingue des autres sciences, qu'elles soient naturelles ou sociales, dès lors que les objets scientifiques adoptant une forme exclusivement discursive sont rares¹⁹⁰⁶ : la part de création qu'assume le discours scientifique est nécessaire pour entretenir la distance, caractéristique du positivisme, entre l'objet et la science qui s'en saisit. Michel Troper écrit à ce titre que « [...] la connaissance scientifique ne peut se définir par la seule neutralité. Encore faut-il qu'elle soit une *connaissance*, autrement dit qu'elle révèle quelque chose, qui n'apparaît pas immédiatement »¹⁹⁰⁷. Dans la perspective adoptée par Michel Troper, c'est le plan ontologique de la théorie réaliste de l'interprétation qui lui permet ainsi de fonder la

¹⁹⁰³ *A contrario*, le droit politique déplore la disparition en doctrine de la perspective théorique, seule susceptible selon lui de restituer la spécificité du phénomène constitutionnel. Par exemple : O. Beaud, « Joseph Barthélemy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits* n° 32, 2000, p. 106-107.

¹⁹⁰⁴ Puisque le droit se présente déjà comme un discours, essentiellement sous la forme d'énoncés juridiques, le strict descriptivisme conduirait tout bonnement en sa répétition. Sur cet « écueil de l'empirisme », voir : A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 170 et ss.

¹⁹⁰⁵ *Ibid.*, p. 185.

¹⁹⁰⁶ On peut toutefois y compter l'histoire, qui présente ainsi une affinité méthodologique particulière avec le droit. Nous reviendrons sur cette question : *infra*, Titre II, Chap. 1^{er}, Section 1, §2, A.

¹⁹⁰⁷ M. Troper, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 321 ; nous soulignons.

scientificité de ses propositions juridiques : puisque la norme ne découle pas de ce qui semble être – les énoncés qui se proclament eux-mêmes juridiques – mais du travail d'interprétation qu'en livrent les juges, il revient à la science juridique d'extraire des décisions juridictionnelles la signification positive de la norme. Ainsi, « si la norme est le résultat d'une interprétation, la proposition de droit ne fait plus double emploi avec l'énoncé du législateur. Elle est la description d'un fait empirique ou plutôt d'un nombre considérable de faits empiriques, qui ne se donnent pas à lire directement »¹⁹⁰⁸.

572. L'hypothèse positiviste rapidement évoquée ici participe donc à défendre l'utilité de la science juridique, au nom de sa fonction créatrice : le discours savant permet de faire advenir l'objet à la connaissance, dans une dimension qui dépasse largement ce que le droit exprime directement sur lui-même. La proximité que traduit ainsi cette fonction créative avec la démarche constructiviste doit cependant être précisée, et immédiatement nuancée, puisque concéder la part de théorisation qui anime toute entreprise scientifique ne signifie pas nécessairement le renoncement à l'empirisme méthodologique et l'adoption d'une épistémologie constructiviste. Il faut en ce sens distinguer selon que la construction scientifique concerne l'objet de la recherche lui-même – hypothèse constructiviste – ou simplement la *connaissance de cet objet* – hypothèse seulement théorique. Le positivisme conduit ainsi à établir des concepts juridiques qui ne figurent pas dans le droit positif en tant que tels, mais qui permettent de l'expliquer et de le systématiser¹⁹⁰⁹. Ce faisant, le savant fidèle à une démarche empirique ne prétend pas transformer son objet, le construire directement, mais plus simplement, le faire advenir à la compréhension¹⁹¹⁰. Il adopte donc une posture bien moins radicale que le droit politique qui, dans la droite lignée du constructivisme, revendique davantage la positivité des concepts qu'il établit. Ainsi, lorsque le normativisme propose le concept de hiérarchie des normes comme clef de compréhension de l'ordre juridique, il ne prétend pas qu'il soit

¹⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 323.

¹⁹⁰⁹ L'exemple récurrent en la matière est la dichotomie doctrinale entre régime parlementaire et régime présidentiel qui n'existe pas dans le droit positif, mais qui permet de l'analyser. Alexandre Viala estime que ces deux notions « [...] sont bien de l'ordre de la causalité [scientifique]. Elles répondent d'abord, sans difficulté, à l'exigence de la distanciation dans la mesure où de telles catégories ne se trouvent nulle part énoncées dans le discours normatif des constitutions », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 218.

¹⁹¹⁰ C'est en ce sens que le positivisme lui-même donne raison à cette affirmation de Paul Amselek : « la science ne décrit pas, les lois scientifiques ne sont pas des descriptions : ce sont des outils fabriqués par l'esprit du savant, des outils élaborés à partir d'observations ou de descriptions, mais qui ne décrivent pas eux-mêmes le monde, qui ne constituent pas des tableaux de ce qui se donne à voir, mais des espèces de « clefs » ou « grilles de lecture » qui, mentalement surimposées au monde, permettent de se repérer dans ses productions », P. Amselek, « La part de science dans les activités des juristes », *D.* 1997, 39^e cahier, p. 340.

lui-même un élément de cet ordre juridique¹⁹¹¹. À l'inverse, lorsque le droit politique élabore par exemple le concept de souveraineté, celui-ci n'est pas entendu seulement comme un instrument scientifique de clarification du discours, mais comme un principe structurant effectivement le droit constitutionnel¹⁹¹² ; les concepts *juspolitistes* se confondent donc avec les notions du droit positif¹⁹¹³. Le travail scientifique de construction est donc plus vaste que celui mis en œuvre par une méthode positiviste : il n'érige pas seulement des « lois scientifiques », mais bâtit l'entièreté de son objet. Il nous semble dès lors inadapté d'affirmer que, « [...] à l'étude, le positivisme juridique semble davantage correspondre à la définition du « constructivisme » »¹⁹¹⁴. C'est là opérer une confusion entre la rationalisation du discours scientifique sur le droit et la construction de l'objet juridique lui-même¹⁹¹⁵.

573. La tâche dévolue au savant juriste est donc d'une ampleur accrue dans l'hypothèse d'une méthodologie constructiviste par rapport à l'épistémologie empiriste. Ce dépassement du descriptivisme semble par ailleurs ménager l'analyse critique que la science du droit est susceptible de conduire sur son objet. En effet, « si elle devait se cantonner dans la simple description du droit en vigueur – ce qui peut passer pour le « comble » de la neutralité –, elle ne mériterait pas qu'on lui consacre un instant de peine. La science du droit ne peut prétendre à ce titre que si elle accepte de faire prévaloir sur son objet un point de vue critique visant à faire émerger ce qui n'est pas immédiatement perceptible ou visible »¹⁹¹⁶. C'est en embrassant cette vocation critique de la doctrine juridique que les auteurs du droit politique adoptent l'épistémologie constructiviste. Cette dernière ne repose donc pas sur l'ambition stricte de la description d'un objet donné,

¹⁹¹¹ Dans la perspective kelsénienne originelle du moins, « la théorie formelle [de la hiérarchie des normes] vise donc à une description d'un objet non vérifiable empiriquement, et cette description mobilise des méthodes relevant à la fois de la linguistique appliquée et de la logique formelle, particulièrement de la logique déontique », É. Millard, « La hiérarchie des normes. Une critique sur un fondement empiriste », *Revus* n° 21, 2013, p. 166.

¹⁹¹² Olivier Beaud l'étudie ainsi « dans sa positivité », comme « la forme moderne du pouvoir intemporel » ; O. Beaud, « Souveraineté », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 735.

¹⁹¹³ Sur cet aspect, lié au défaut d'extériorité de la doctrine à l'égard de son objet, voir *infra*, §2, A et *infra*, Chapitre 2, section 2, §1, B, 2.

¹⁹¹⁴ M. Doray, « Le (néo)normativisme, constructivisme inachevé », *IX^e Congrès de l'AFDC*, Atelier E, Lyon, juin 2014, disponible en ligne : http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLE/E-doray_T2.pdf.

¹⁹¹⁵ À cet égard, la distinction établie par Pierre-Marie Raynal entre la fiction comme instrument de connaissance et la fiction comme instrument de gouvernement recoupe parfaitement cette dichotomie entre méthodologie positiviste et méthodologie constructiviste. Voir en ce sens : P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 46-47.

¹⁹¹⁶ D. Lochak, « Entre l'éthique du savant et les convictions du citoyen : le juriste face à ses dilemmes », in D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats, E. Millard (dir.), *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris : Economica, 2006, p. 645.

ambition de toute façon largement dépassée par le positivisme lui-même ; elle appelle à une fonction renouvelée de la science du droit. Le rôle de la doctrine juridique est donc primordial dans cette perspective, peut-être davantage qu'il ne le sera jamais dans le cadre concurrent du positivisme.

B. La nécessaire explication de l'objet

574. Le droit politique préfère reconnaître à la doctrine une fonction explicative plutôt que descriptive¹⁹¹⁷. Cette alternative peut être discutée, dans la mesure où il est possible d'associer ces deux notions, et de les opposer ensemble au constructivisme¹⁹¹⁸. Pour autant, l'usage de la notion d'*explication* emporte, nous semble-t-il, une portée subtilement plus importante que celle de description. Sans se contenter d'opérer un constat, la doctrine juridique l'assortit d'explications à deux égards : elle fait apparaître la face cachée de son objet en l'imposant à la conscience de ses lecteurs et elle démontre la logique – ou l'absence de logique – à l'œuvre dans cet objet. Ce faisant, elle ne se limite pas au simple compte rendu de ce qu'est le droit, mais le construit de façon à le rendre compréhensible, le dote d'une structure qui le caractérise. Ce n'est pas là un postulat propre au droit politique, dans la mesure où tout discours doctrinal tend naturellement à opérer une rationalisation de son objet (1). La différence la plus évidente avec l'empirisme épistémologique réside cependant dans le choix assumé dont témoigne la méthode constructiviste, de consacrer la fonction véritablement *justificative* de la doctrine juridique (2).

¹⁹¹⁷ Dans cette perspective, la doctrine « [...] aurait pour tâche de comprendre des phénomènes réels dont les concepts juridiques sont une mise en forme particulière. L'objet de la science du droit n'est pas seulement d'*expliquer* le discours des interprètes authentiques du droit, mais de le *comprendre*, ce qui signifie le mettre aussi en rapport avec les phénomènes et processus politiques réels. [...] Cette démarche paraît aujourd'hui particulièrement représentée par Olivier Beaud », O. Jouanjan, « Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'État ? Point de vue français », *RUDH* vol. 15, 2003, p. 106.

¹⁹¹⁸ C'est ce que font les professeurs Ost et van de Kerchove, qui opposent définition explicative et définition constructive du droit, et confèrent à la première une signification proche de la description : « par définition explicative, on peut entendre une définition qui tend à *rendre compte* d'un concept [...] qui préexiste, par hypothèse, à l'opération de définition elle-même », F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 292.

1. La rationalisation mécanique du droit

575. La production d'un discours à prétention scientifique entraîne logiquement une rationalisation de l'objet étudié. C'est là un fait globalement admis dans la doctrine juridique¹⁹¹⁹ et au sein du droit politique¹⁹²⁰. Le positivisme lui-même reconnaît volontiers l'incidence de son travail sur la perception de son objet, qui épouse alors la structure et la cohérence que lui confère un discours *a priori* descriptif. Dans une certaine mesure et malgré ses prémisses empiriques, le positivisme juridique embrasse donc l'idée constructiviste en vertu de laquelle le chercheur agit sur son objet, quoique dans des proportions bien moins radicales. Hans Kelsen écrivait en ce sens que, « [...] conformément à la théorie de la connaissance de Kant, la science du droit en tant que connaissance du droit a, de même que toute connaissance, un caractère constitutif, et qu'elle « crée » donc son objet en tant qu'elle le comprend comme un tout présentant une signification, un tout intelligible. [...] Mais cette « création » n'a qu'un caractère purement intellectuel [...] »¹⁹²¹. Cette dernière précision caractérise l'écart majeur qui distingue le positivisme du constructivisme juridique : seul le second admet que la science agit effectivement sur son objet, en le faisant advenir. La distinction peut toutefois sembler trop subtile et elle mérite d'être explorée plus avant, afin que soit clarifiée la posture adoptée par le droit politique à cet égard.

576. Les épistémologies positiviste et constructiviste concèdent en effet toutes deux la fonction de systématisation du discours savant, qui produit une unité objective au moins apparente. Dans le cadre d'une approche positiviste du droit, la rationalisation de l'objet juridique résulte principalement d'une méthode analytique. Par ce biais, le juriste élabore un objet caractérisé par l'unité et la cohérence. C'est ce qui ressort notamment des écrits

¹⁹¹⁹ Il est ainsi admis depuis longtemps que l'appareil conceptuel sur lequel est forgée une théorie juridique n'est pas neutre à l'encontre de son objet. Pour reprendre les propos de Jeanne Parain-Vial, il apparaît que « les représentations conceptuelles, non seulement symbolisent, mais en permettant de le manipuler, [...] constituent » le réel ; J. Parain-Vial, « Note sur l'épistémologie des concepts juridiques », *Archives de philosophie du droit* n° 4, 1959, p. 132. Jean Rivero traduisait la même idée lorsqu'il écrivait que « tout juriste est faiseur de systèmes », J. Rivero, « Apologie pour les « faiseurs de systèmes » », 1951, *reprod. in Pages de doctrine*, Paris : LGDJ, 1980, p. 4.

¹⁹²⁰ Denis Baranger abonde en ce sens lorsqu'il affirme que « quand le juriste est confronté à la nécessité de proposer ou de rendre une décision, il ne fait pas face à un ensemble construit, cohérent, ordonné, de règles juridiques. À ce stade, le droit ne se présente bien sûr pas à lui comme un système. Cet ensemble, ce système, il le bâtit lui-même à chaque occasion. Le droit positif cohérent et hiérarchisé de nos manuels est une reconstruction *a posteriori*, nullement une réalité qui préexiste à la décision juridique », D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

¹⁹²¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 80.

d'Uberto Scarpelli puisqu'il affirmait que, « si l'exigence d'une cohérence entre les normes d'un système est [...] chose assez commune, l'autre exigence [...], celle qui exige qu'un système juridique soit en lui-même complet, qu'il ne présente pas de lacunes, caractérise davantage le juspositivisme. [...] Les juspositivistes, de la théorie du vide juridique à celle de la norme générale exclusive, ont fait un remarquable effort logique pour démontrer qu'un système de droit positif doit être complet »¹⁹²². L'adoption d'une démarche analytique favorise ainsi la consécration d'un tout cohérent comme objet, dont l'unité est un postulat méthodologique. Quoiqu'en apparence incompatible avec une approche empirique¹⁹²³, elle peut cependant être combinée avec elle, ainsi que l'a démontré Norberto Bobbio¹⁹²⁴. Même une approche réputée strictement empirique qui associe le droit à des faits sociaux – à l'instar de celle, réaliste, adoptée par Alf Ross – repose sur la conjonction du réalisme et de l'analytique¹⁹²⁵. La plupart des théories positivistes semblent donc consacrer la nécessité de construire un objet juridique unitaire et cohérent, à partir duquel pourra être éprouvée la logique et, ainsi la scientificité, des propositions censées le décrire.

577. Le constructivisme ne se distingue pas immédiatement sur cette question car il ne renonce pas à l'ambition de rendre compte de son objet. Or, « rendre compte (ou connaissance), n'est-ce pas déjà rendre raison »¹⁹²⁶ ? Le constructivisme juridique parvient en effet à une rationalisation de son objet comparable à celle établie par le

¹⁹²² U. Scarpelli, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, trad. C. Clavreul, préf. L. Gianformaggio, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1996, p. 78.

¹⁹²³ Xavier Magnon écrit en ce sens que, « [...] entre les deux modèles, il est nécessaire de choisir. Il n'est pas possible de s'inscrire à la fois dans une logique empirique et une logique analytique, particulièrement en droit », X. Magnon, « Pour un moment épistémologique du droit – constitutionnel », *AJJC*, 2015, p. 23.

¹⁹²⁴ C'est ce que suggère l'analyse de la pensée de Bobbio que livre Véronique Champeil-Desplats : « le discours de la science du droit est [...], pour Norberto Bobbio, partiellement empirique et essentiellement formel. Il est pour partie empirique car il porte sur un discours qui appartient au monde des faits, des énoncés formulés par des autorités habilitées. À ce titre, il est possible d'établir une correspondance entre une partie des propositions scientifiques et les énoncés que celles-ci analysent (établissement d'une vérité dite correspondance). Mais, pour Bobbio, la vérité de certaines propositions de la science du droit n'est établie que sur un plan strictement analytique, c'est-à-dire par des raisonnements logiques qui ne trouvent pas forcément une correspondance directe au sein des énoncés du langage-objet (établissement d'une vérité dite analytique) », V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, p. 133.

¹⁹²⁵ P. Brunet, « Alf Ross et la conception référentielle de la signification en droit », *Droit et société* n° 50, 2002, p. 20. Dans une large mesure, c'est d'ailleurs sur l'argument de la démarche analytique que l'empirisme trouve à s'imposer contre la métaphysique. Véronique Champeil-Desplats écrit en ce sens que « la rigueur de la logique formelle [...] permet de bannir de la connaissance scientifique tout ce qui est incertain, douteux, invérifiable, autrement dit métaphysique. Ross souscrit ainsi pleinement à l'évolution de la philosophie du début du siècle qui tend à substituer l'esprit analytique à l'esprit métaphysique », V. Champeil-Desplats, « Alf Ross : droit et logique », *Droit et société* n° 50, 2002, p. 40.

¹⁹²⁶ J.-L. Le Moigne, *Les épistémologies constructivistes*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 4^e éd., 2012, p. 34.

positivisme. Dans une certaine mesure donc, les deux épistémologies concurrentes conduisent à un résultat similaire, l'élaboration d'un objet juridique caractérisé par la cohérence et l'unité. Néanmoins, elles se distinguent dans la voie qu'elles empruntent pour parvenir à ce résultat. La posture analytique ainsi qu'un certain empirisme méthodologique élèvent en effet l'unité de leur objet à la qualité de postulat irréversible. C'est particulièrement net dans la pensée de Hans Kelsen qui, fidèle à l'héritage épistémologique kantien, fait dépendre l'établissement d'une science du droit de sa capacité à démontrer l'*unité de son objet*¹⁹²⁷. Ce postulat de la cohérence de l'objet a été dénoncé par Gaston Bachelard comme le désir éperdu de la science d'assoir l'unité inaltérable de son objet¹⁹²⁸. À l'inverse, la démarche constructiviste à concevoir la connaissance comme la réponse à un *problème*, réponse dont la systématité n'est aucunement garantie. Il faut, dans cette perspective, considérer que « au-dessus du *sujet*, au-delà de l'*objet* immédiat, la science moderne se fonde sur le *projet*. Dans la pensée scientifique, la méditation de l'objet par le sujet prend toujours la forme du projet »¹⁹²⁹. Cela induit une « hypothèse téléologique »¹⁹³⁰ de la connaissance, qui supprime la question de l'unité de l'objet considéré et ouvre le champ à une acception composite de cet objet, dont la cohérence n'est plus l'exigence première.

578. Indiscutablement, dans la bataille épistémologique que se livrent les tenants positiviste et constructiviste, le droit politique s'engage en faveur du second. Jean-Jacques Sueur appelle ainsi à « [...] rompre avec tous les positivismes, c'est-à-dire avec

¹⁹²⁷ « L'épistémologie néokantienne considère que c'est la méthode qui crée ou produit l'objet étudié. Autrement dit : si l'on utilise des méthodes différentes, on aura des objets différents ; en conséquence, si l'on utilise une seule méthode (la méthode juridique), on doit avoir un seul objet d'analyse. Cela signifie qu'il ne peut y avoir qu'un seul ordre juridique avec une seule norme fondamentale », A. Jakab, « La doctrine kelsénienne du droit international : entre l'épistémologie et la politique », *Droits* n° 45, 2007, p. 213. Le maître viennois fait donc du monisme ontologique l'une des conditions de la scientificité de sa théorie, affirmant par exemple que « l'unité du droit international et du droit étatique est un postulat épistémologique », H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 418.

¹⁹²⁸ Y décelant la marque de l'« immodestie primitive » des savants, Bachelard mettait en garde contre la tendance de cette démarche à négliger les données empiriques : « on retrouve toujours un orgueil à la base d'un savoir qui s'affirme en général en dépassant l'expérience, en sortant du domaine d'expériences où il pourrait subir la contradiction », G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Paris : Librairie philosophique J. Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 13^e éd., 1986, p. 87.

¹⁹²⁹ G. Bachelard, *Le nouvel esprit scientifique*, Paris : PUF, coll. Nouvelle encyclopédie philosophique, 10^e éd., 1968, p. 11.

¹⁹³⁰ L'expression est employée par Jean-Louis Le Moigne, qui l'oppose au principe du déterminisme, dominant le positivisme : J.-L. Le Moigne, *Le constructivisme. T. I : Les enracinements*, Paris : L'Harmattan, coll. Ingenium, 2004, p. 105 et ss. En ce sens, « en attribuant au sujet connaissant le rôle décisif dans la construction de la connaissance, l'hypothèse phénoménologique oblige en quelque sorte à prendre en compte l'intentionnalité ou les finalités de ce sujet connaissant », J.-L. Le Moigne, *Les épistémologies constructivistes*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 4^e éd., 2012, p. 76.

tout le projet visant à mettre à jour une « rationalité » du droit par opération de réduction et mise au point progressive émanant du sujet-savant »¹⁹³¹. En d'autres termes, là où la méthode analytique se propose de rendre compte du droit en se fondant sur le postulat de sa cohérence objective, le droit politique estime certes devoir le rationaliser, mais en tentant de mettre en évidence aussi bien la logique qui l'anime, que les contradictions qu'il peut receler¹⁹³². Si le *discours* du droit politique sur son objet peut souffrir une démarche analytique et s'éprouver à l'aune de la logique et de la cohérence, il en va autrement de l'objet juridique qui est alors lui-même visé. Conformément à l'épistémologie constructiviste donc, le droit politique ne fait de la rationalisation de son objet que l'effet collatéral d'une démarche qui n'implique pas mécaniquement sa cohérence ; la méthode positiviste, à l'inverse, en fait à la fois un présupposé et un résultat du travail de connaissance. Indépendamment de ces divergences épistémologiques toutefois, cette rationalisation témoigne de la fonction explicative que revêt irrémédiablement la doctrine juridique ; elle n'en représente pour autant que le premier pan, l'effet justificateur du discours scientifique en constituant le second.

2. La justification assumée du droit

579. Désormais extraite du cocon que constitue la fiction classique de son objectivité, la doctrine telle qu'elle est envisagée par le droit politique doit pouvoir être redéfinie fonctionnellement : si elle n'est pas descriptive, qu'est-elle ? Dans l'hypothèse *juspolitiste*, il semble que le terme de « justification » soit le plus opportun.

580. Justificatif, le discours doctrinal du droit politique l'est d'abord en ce qu'il conduit à plonger le droit dans la réalité politique et sociale de son élaboration et de son application. Plutôt que de construire un droit à partir du postulat de son autonomie, il souligne au contraire sa contingence et prétend ainsi le rendre plus compréhensible, en le

¹⁹³¹ J.-J. Sueur, *Une introduction à la théorie du droit*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2001, p. 147.

¹⁹³² Le droit politique assume ainsi le désordre qui affecte irrémédiablement le système juridique : « il est bien vrai que le droit a vocation à une certaine cohérence, que c'est même là ce qu'on attend de lui en tout premier lieu – cela s'appelle la sécurité juridique. Mais le fonctionnement concret des systèmes juridiques n'échappe pas non plus pour une part importante au désordre pour ne pas dire au chaos. On peut ajouter sans crainte d'être démenti que ce désordre ou ce chaos ne sont pas davantage des pathologies du système et constituent bien au contraire le signe distinctif de ce qu'il est convenu d'appeler la vie du droit : ordre comme vocation, désordre comme statut existentiel ! », J.-J. Sueur, *Une introduction à la théorie du droit*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2001, p. 119.

justifiant au regard de son contexte. À propos du gouvernement parlementaire allemand auquel il consacre une longue recherche, Armel Le Divillec écrit par exemple que « [...] l'analyse ne saurait [pas], sous peine d'être stérile, rester purement descriptive »¹⁹³³. Et ce notamment « [...] parce que les constitutions libérales instituent des organes et des procédures dont on ne peut comprendre les articulations, les logiques relationnelles sans recourir à un système explicatif qui les conditionne. Sans lui, l'analyse du système de gouvernement d'un pays donné serait proprement incompréhensible »¹⁹³⁴. En somme, le droit constitutionnel est fondé sur des principes politiques qui le conditionnent ; rendre compte de ces principes permet d'*expliquer* ce qu'est le droit et, ce faisant, de mettre au jour ce qui le *justifie*¹⁹³⁵. Le droit politique, soucieux comme d'autres de construire une doctrine constitutionnelle « [...] à partir de la spécificité de l'objet qu'elle se donne »¹⁹³⁶, encourage donc à dépasser le stade descriptif en raison de la matière caractéristique du droit¹⁹³⁷.

581. Il rejoint, ce faisant, les tenants de l'épistémologie constructiviste à laquelle, selon Vittorio Villa, « [...] correspond parfaitement une théorie du droit que l'on peut schématiquement caractériser [...] comme une théorie de la pratique sociale. Cette théorie envisage le droit beaucoup plus comme un ensemble d'activités linguistiques et extra-linguistiques que comme un ensemble d'objets. En somme, ce sont des discours et des activités multiformes (de connaissance, de justification, d'acceptation, d'application des normes) tournés vers les règles juridiques qui constituent l'élément central de la réflexion sur le droit »¹⁹³⁸. Le choix ontologique déterminant du droit politique, qui le porte à

¹⁹³³ A. Le Divillec, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne : contribution à une théorie générale*, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2004, p. 3.

¹⁹³⁴ *Ibid.*, p. 2.

¹⁹³⁵ Au titre du positivisme, Michel Troper ne dit finalement pas autre chose lorsqu'il estime que la description du système juridique implique d'analyser conjointement les justifications qui le fondent. Ainsi, « [...] l'État [...] n'est pas une réalité empirique, mais un ensemble de principes et de concepts à l'aide desquels les hommes énoncent et justifient les contenus des normes positives. Décrire l'État, c'est donc décrire des principes, des concepts et des justifications », M. Troper, « La logique de la justification du contrôle de la constitutionnalité des lois », in *Le droit et la nécessité*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2011, p. 113. Mais décrire des justifications, n'est-ce pas aussi justifier ?

¹⁹³⁶ F. Brunet, *La normativité en droit*, Paris : Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses. Droit public, 2012, p. 57.

¹⁹³⁷ Cela rejoint la position exprimée par Henri Oberdorff : « aller au-delà de la description est indispensable pour tenter de cerner les valeurs que [les] libertés mettent en œuvre. La démarche n'est pas forcément très facile, car elle quitte la technicité du positivisme juridique si cher aux facultés de droit. Le pourquoi l'emporte sur le comment », H. Oberdorff, « L'apport de la doctrine au droit des libertés fondamentales », *Revue de droit d'Assas* n° 4, 2011, p. 35.

¹⁹³⁸ V. Villa, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 291.

dépasser une conception normative et formaliste du droit constitutionnel¹⁹³⁹, explique ainsi qu'il adopte, même implicitement, une épistémologie constructiviste, seule susceptible de restituer la spécificité de l'objet qu'il entend consacrer¹⁹⁴⁰. Il est d'ailleurs révélateur, à cet égard, que le positivisme soit, lui, caractérisé par un monisme ontologique et le refus catégorique de la transdisciplinarité¹⁹⁴¹.

582. La portée justificative que consentent à reconnaître à la doctrine les auteurs *juspolitistes* heurte de front la conviction positiviste à d'autres égards. Elle rompt notamment avec la dichotomie établie entre description et prescription, dichotomie qui cristallise la distinction fondamentale entre le droit et la science du droit¹⁹⁴². Appliquée aux thèses défendues par le droit politique, cette différence fonctionnelle entre les deux types de discours conduirait en effet à des conclusions trop caricaturales¹⁹⁴³. Ainsi, la remise en cause par les *juspolitistes* de la capacité de la science du droit à se cantonner à un rôle strictement descriptif laisserait entendre qu'il produit lui-même un discours essentiellement prescriptif¹⁹⁴⁴. Or, si certaines formulations présentes dans les travaux du

¹⁹³⁹ Posture à la démonstration de laquelle est consacrée la première partie de ce travail.

¹⁹⁴⁰ Cécile Guérin-Bargues tient un propos éclairant à ce titre, lorsqu'elle compare le droit politique et le normativiste : « ce dernier semble en effet peiner entre deux écueils : celui de se laisser absorber par un juridisme pointilleux, au risque de devenir trop abstrait pour ne pas tourner à vide ; celui de défendre une théorie tellement large du phénomène juridique qu'elle absorbe le droit constitutionnel au prix de sa spécificité. Or c'est précisément dans ce caractère spécifique que réside la profonde adéquation épistémologique du droit politique à son objet. De la spécificité du droit constitutionnel découle inévitablement le caractère incomparable de toute science du droit qui entend en saisir le fonctionnement effectif », C. Guérin-Bargues, « Le droit politique entre normativisme et *soft law* : à propos de l'ouvrage d'Eleonora Bottini, *La sanction constitutionnelle, étude d'un argument doctrinal* », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017.

¹⁹⁴¹ Jean-Louis Le Moigne évoque à ce titre le « [...] carcan monodisciplinaire qu'[...] impose implicitement la convention des épistémologies positivistes et réalistes [...] », J.-L. Le Moigne, *Les épistémologies constructivistes*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 4^e éd., 2012, p. 81.

¹⁹⁴² « L'une des caractéristiques principales de cette science [positiviste] du droit est qu'elle est radicalement distincte de son objet. C'est parce qu'elle s'en distingue qu'elle peut le décrire comme une réalité objective, sans chercher à le modifier, donc sans formuler ni prescriptions, ni jugements de valeur. [...] Cet objet ne peut être que le droit positif, qui est formé de normes juridiques, insusceptibles d'être vraies ou fausses [...] », elles-mêmes caractérisées donc par leur fonction prescriptive ; M. Troper, « Introduction » in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2001, p. V.

¹⁹⁴³ En tout cas cette dichotomie serait-elle peu opératoire, notamment dans le cas de certains principes du droit constitutionnel. C'est ce qu'affirme Denis Baranger : « [...] opposer discours juridique descriptif et discours juridique prescriptif, relevant de la manifestation de volonté, possède une force opératoire discutable s'agissant d'objets tels que la souveraineté ou les droits de l'homme », D. Baranger, « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 302.

¹⁹⁴⁴ Bobbio écrivait en ce sens : « on comprend que celui qui se sert de deux seules catégories du « descriptif » et du « prescriptif » puisse croire que le fait de mettre en doute le caractère descriptif de la théorie du droit, signifie en affirmer le caractère prescriptif », N. Bobbio, « Être et devoir-être dans la science du droit », in *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, C. Agostini, préf. R. Guastini, Louvain : Bruylant, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique, 1998, p. 202.

droit politique présentent incontestablement des prescriptions au sens strict¹⁹⁴⁵, elles n'en constituent pas le cœur, mais l'aboutissement : la justification proposée est toujours *relative*, relative à l'objet tel qu'il est construit, relative aussi au prisme doctrinal adopté pour en traiter¹⁹⁴⁶.

583. Par ailleurs, une conception aussi manichéenne de la fonction du langage tend à accentuer l'écart entre ses deux pendants, en incitant à retenir une signification radicale de la « prescription »¹⁹⁴⁷. Cette dichotomie néglige donc « [...] le fait qu'entre le descriptif et l'impératif, la route à parcourir est longue et jalonnée d'étapes intermédiaires »¹⁹⁴⁸. L'idée de justification se glisse justement dans l'interstice ainsi béant entre description et prescription : on peut concevoir un discours qui déborde la neutralité d'un compte-rendu objectif sans pour autant verser dans la recommandation impérative ou même la formulation d'un « devoir-être ». On compte ainsi de nombreux discours doctrinaux qui, sans formuler expressément l'impératif selon lequel il *faut* que soit institué un juge constitutionnel, n'en énoncent pas moins les raisons qui justifient l'instauration d'une telle institution, et notamment le fait qu'elle garantit « [...] d'une part, la séparation des pouvoirs et par conséquent la suprématie de la Constitution positive ; d'autre part, la démocratie »¹⁹⁴⁹. De telles assertions laissent souvent peu de doutes quant à la conviction politique de leurs auteurs, même si elles peuvent néanmoins se parer des apparences vertueuses de la description : elles s'inscrivent donc dans un processus de *justification*, ni seulement descriptif, ni tout à fait prescriptif. C'est cette idée de justification qui permet, dans l'hypothèse défendue par le droit politique, d'évaluer plus clairement l'influence que peut revêtir le discours doctrinal à l'égard de son objet : en mettant en exergue les raisons politiques qui l'animent, elle expose la logique qui

¹⁹⁴⁵ Il en va ainsi par exemple très clairement des propositions *juspolitistes* visant l'instauration d'un contrôle des lois de révision constitutionnelle : O. Beaud, « Un plaidoyer modéré en faveur d'un tel contrôle », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 27, janvier 2010, p. 43-45.

¹⁹⁴⁶ Voir *infra*, Chapitre 2, section 2, §2.

¹⁹⁴⁷ Norberto Bobbio adressait au positivisme et spécifiquement à la théorie de Kelsen le reproche suivant : « on rend « prescriptif » synonyme d'« impératif » ; comme la science du droit n'a pas, au moins dans nos ordres juridiques, de fonction impérative, on nie qu'elle puisse avoir une autre fonction que descriptive », N. Bobbio, « Être et devoir-être dans la science du droit », in *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, C. Agostini, préf. R. Guastini, Louvain : Bruylant, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique, 1998, p. 203.

¹⁹⁴⁸ *Ibid.*, p. 204.

¹⁹⁴⁹ M. Troper, « La logique de la justification du contrôle de la constitutionnalité des lois », in *Le droit et la nécessité*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2011, p. 117.

l'anime et le rend compréhensible, au sens étymologique du terme¹⁹⁵⁰. Tout discours explicatif est donc toujours, dans une certaine mesure au moins, justificatif¹⁹⁵¹.

584. Quoique le droit politique, comme n'importe quelle théorie juridique, ne fasse pas lui-même toujours l'effort de relativiser l'autorité de ses conclusions, il peut puiser dans le constructivisme la garantie qu'elles seront discutées et éprouvées par la doctrine au sens large, puisque « les épistémologies constructivistes [se caractérisent par] leur soin à tenter de les formuler et les reformuler sans cesse pour les rendre délibérables. Nulle instance scientifique ou culturelle ne peut avoir le monopole de la détermination de la valeur éthique de la connaissance »¹⁹⁵². À travers ce prisme constructiviste, les études réalisées au titre du droit politique bénéficient donc de la réflexivité doctrinale, qui relativise leur fonction justificative et permet de la distinguer d'une véritable prescription. Par une voie pourtant tout à fait différente, le constructivisme conduit alors à une situation comparable à celle à laquelle conduit le positivisme, celle de la formulation de propositions doctrinales seulement *relatives*¹⁹⁵³. Ce point commun dissimule pourtant mal le gouffre qui sépare méthodologiquement les deux approches ; car en acceptant la propension justificative du discours doctrinal, le droit politique reconnaît qu'il participe à *créer le droit*, ce qui efface définitivement la distinction positiviste entre la science du droit et son objet.

¹⁹⁵⁰ Le mot « compréhension » découle du latin *prehendere*, saisir, associé au préfixe *cum-*, avec. *Dictionnaire Littré*.

¹⁹⁵¹ Les professeurs Ost et van de Kerchove ont affirmé en ce sens qu'« il est [...] incontestable que, même à son corps défendant, une science du droit réellement explicative de son objet n'échappe pas entièrement à ce phénomène et que le type de regard qu'elle projette sur le droit est susceptible de l'envahir lui-même, contribuant ainsi à une certaine rationalisation [...] de celui-ci », F. Ost, M. van de Kerchove, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 1992, p. 210-211.

¹⁹⁵² J.-L. Le Moigne, *Les épistémologies constructivistes*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 4^e éd., 2012, p. 89.

¹⁹⁵³ Éric Millard écrit par exemple à ce sujet que « [...] le positivisme n'a jamais admis l'hypothèse que la validité puisse ne pas être quelque chose de relatif [...] », ce qui fonde logiquement la relativité des propositions scientifiques prétendant la décrire ; É. Millard, « Quelques remarques sur la signification politique de la théorie de l'interprétation », in D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats, E. Millard (dir.), *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris : Economica, 2006, p. 727. Stéphane Rials a toutefois accusé le positivisme d'oublier précisément ce caractère relatif : S. Rials, « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits* n° 37, 2003, p. 68.

585. Les auteurs du droit politique, désireux de marquer leur spécificité doctrinale, laissent entendre en diverses occasions¹⁹⁵⁴ qu'ils ne reconnaissent pas la dualité des discours juridiques, selon qu'ils relèveraient du droit comme objet ou du droit comme science. Cette stricte distinction est l'apanage du positivisme juridique et de l'empirisme méthodologique¹⁹⁵⁵, à l'encontre desquels ils affirment ainsi leur profond désaccord épistémologique. L'étude des travaux du droit politique est donc l'occasion d'interroger l'anti-positivisme qui les caractérise et d'en apprécier l'aboutissement. De ce point de vue, il semble en effet cohérent, au regard des prémisses méthodologiques du droit politique, que la doctrine juridique soit *intégrée* à son objet ; cela répond notamment à l'ontologie spécifique qu'il a construite (A). Pour autant, la démarche offensive des *juspolitistes* à l'égard du positivisme peut conduire à une représentation caricaturale de leur position sur cette question. Leur posture mérite donc d'être explicitée, voire nuancée (B).

A. La porosité logique des discours juridiques et doctrinaux

586. Eu égard au scepticisme exprimé par le droit politique à propos de l'objectivité du droit et de la neutralité de la science du droit, il est tout à fait logique que la théorie qu'il propose fasse peu de cas d'une distinction entre le discours juridique et le discours doctrinal en rendant compte, le constructivisme alors à l'œuvre encourageant à ne pas considérer l'objet indépendamment de la subjectivité du savant qui le définit. Par ailleurs,

¹⁹⁵⁴ Denis Baranger définit ainsi le droit politique comme un ensemble de « [...] positions théoriques [qui] ne s'estiment pas liées par la dissociation rigoureuse entre « droit » et « science du droit » », D. Baranger, « Avant-propos », in M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne : Institution universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2013, p. XVI. Dans une perspective similaire, Pierre-Marie Raynal estime que « tout discours est « langage objet » à partir du moment où il participe à la justification de l'ordre politique appréhendé [...] », P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 238. Les auteurs du droit politique ne sont certes pas les seuls théoriciens qui renoncent à cette distinction d'obédience positiviste ; Étienne Picard est ainsi conduit à remettre en cause « [...] l'un des principes essentiels de l'épistémologie positiviste selon lequel l'objet de la science serait autonome par rapport à la démarche scientifique elle-même et serait déjà-là avant que celle-ci ne s'en saisisse » ; É. Picard, « Le droit comparé est-il du droit ? », *Annuaire de l'Institut Michel Villey* vol. 1, 2009, p. 213.

¹⁹⁵⁵ Éric Maulin attache ainsi au positivisme juridique l'exigence en vertu de laquelle « le scientifique se [tient] dans un rapport d'extériorité par rapport à son objet, autrement dit qu'il distingue entre le droit comme ensemble de phénomènes et la science du droit qui prend pour objet l'analyse de ces phénomènes », É. Maulin, « Positivisme », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 1174.

la remise en cause de la dichotomie fonctionnelle, entre description et prescription, brouille irréparablement les pistes d'une identification rigoureuse et absolue des deux éventuels niveaux de discours : ceux-ci semblent confondus, impossibles à distinguer drastiquement (1) et exercent l'un sur l'autre une influence mutuelle, qui est la marque ultime de leur association (2).

1. Des fonctions discursives complémentaires

587. Le premier indice au soutien de la démonstration conduite par le droit politique à l'encontre de la distinction entre droit et science du droit, gît dans la forme similaire qu'ils épousent : ils sont en effet des *discours*. Ils partagent, en outre, un vocabulaire au moins partiellement commun, la vocation explicative de la doctrine impliquant qu'elle se saisisse des notions du droit positif afin de les définir, voire de les conceptualiser¹⁹⁵⁶. Le positivisme juridique, pour se conformer aux exigences de la méthodologie empirique, a dû sceller une convention scientifique, en vertu de laquelle le langage doctrinal opère à un niveau différent du langage juridique, son objet¹⁹⁵⁷. Cette « métaphore du méta »¹⁹⁵⁸ est le seul moyen de concéder la différence de nature entre ces deux discours et ainsi de sacrifier aux exigences de l'empirisme épistémologique¹⁹⁵⁹.

588. En renonçant à ce dernier, le droit politique prive cette métaphore de son utilité doctrinale et en abandonne l'usage dans le même temps. Il préfère donc considérer

¹⁹⁵⁶ Riccardo Guastini écrit à cet égard que « [...] tant les « lois » (au sens matériel) que la doctrine juridique ne sont rien d'autre que des langages (des discours). En d'autres termes, il est impossible, ou simplement irréaliste, de tracer une distinction nette entre le langage du « législateur » et le langage des juristes : ils sont sujets à un processus osmotique continu [...] », R. Guastini, « Le réalisme juridique redéfini » *Revus* n° 19, 2013, p. 125.

¹⁹⁵⁷ On peut par exemple trouver une formulation de ce problème sous la plume de Guillaume Tusseau : « [...] le terme « droit » est porteur d'une forte polysémie. Parmi les concepts qu'il peut nommer, se trouvent notamment une discipline (la dogmatique juridique, la science du droit), d'une part, et l'objet de cette discipline (le droit « objectif »), d'autre part. Le fait que l'un et l'autre droits soient tous deux énoncés sous forme de langage ne doit pas conduire à méconnaître le fait qu'ils ne se situent pas à un même niveau logique. La dogmatique ou la science du droit prennent le droit objectif pour objet. Elles se situent donc vis-à-vis de lui à un niveau supérieur, c'est-à-dire dans un méta-langage vis-à-vis du langage-objet qu'est le droit positif », G. Tusseau, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle » », *RFDA* 2009, p. 654.

¹⁹⁵⁸ Selon l'expression employée par Olivier Jouanjan, « [...] le recours à la *métaphore du « méta »*, la description des choses en termes de relations et de séparation entre un métalangage et langage-objet ne saurait à mon sens rendre compte, outre qu'il renvoie à une régression infinie », des rapports étroits qu'entretiennent le droit et la science du droit, O. Jouanjan, « Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918) : un essai d'explication », *Droits* n° 42, 2005, p. 154 ; nous soulignons.

¹⁹⁵⁹ L'extériorité de la doctrine à l'égard de son objet est en effet, pour le positivisme, le moyen nécessaire pour concevoir un langage scientifique *neutralisé*, distinct de celui qu'emploient les autorités législatives. Voir sur cette question : P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 203-207.

ensemble le droit et la science du droit, postulant le fait éprouvé qu'il est de toute façon délicat de toujours distinguer ce qui relève de l'un ou l'autre des discours. Il apparaît en effet que ni un critère finaliste ni un critère organique ne puisse systématiquement conduire une catégorisation définitive. L'étude du droit constitutionnel suffit d'ailleurs à démontrer la vacuité des tentatives guidées par ces seuls indices, tant elle est nourrie d'inspirations doctrinales, politiques et savantes, en premier lieu énoncées à *propos* du droit. Ainsi, Sieyès faisait-il œuvre de doctrine ou de législation lorsqu'il conceptualisait la notion de nation et celle de pouvoir constituant ? La théorie de la séparation des pouvoirs est-elle un discours doctrinal élaboré par Montesquieu ou la conséquence politique des constituants successifs qui l'ont inscrite dans le droit positif ? L'imbrication des notions juridiques et des concepts doctrinaux paraît si étroite en pratique, que la classification qu'ils constituent semble inapte à catégoriser rigoureusement les discours juridiques.

589. Plutôt que de considérer que le droit et la doctrine adoptent des niveaux de discours différents dès lors que le premier est réputé être l'objet du second, il est possible de les regarder tous deux comme des discours portant sur des objets similaires – l'État, la nation, la Constitution, la séparation des pouvoirs... – quoique produisant des effets différents. C'est ce que suggèrent les auteurs du droit politique : les concepts fondateurs du droit constitutionnel sont autant le fruit du travail de la doctrine que celui des autorités normatives¹⁹⁶⁰. L'opportunité d'une dichotomie entre droit et science du droit est également remise en cause par le fait que ces deux types de discours présentent le fruit d'un processus comparable de la part de leurs auteurs¹⁹⁶¹. Ainsi, le juge et l'arrêtiste mettent-ils en branle des arguments similaires, interrogent les mêmes textes, raisonnent

¹⁹⁶⁰ Le raisonnement présenté par Olivier Beaud est à ce titre éclairant : « le juriste, qui est ici visé, est le membre de la « doctrine » juridique, c'est-à-dire de cette corporation qui est censée non seulement avoir des opinions sur le droit et les exposer didactiquement ou scientifiquement, mais aussi expliquer les principales notions de droit (concepts juridiques), si possible de façon systématique dans la tradition européenne et continentale. Cela ne signifie pas cependant que ce juriste-là serait extérieur au monde conceptuel qu'il décrit, même si la tentative positiviste de créer une « science du droit » — dont l'objet serait de décrire le droit comme des énoncés normatifs — suppose comme nécessaire une telle extériorité car, en réalité, *la doctrine participe elle-même à la création et à la modification* des concepts qu'elle étudie », O. Beaud, « Nationalisations et souveraineté de l'État », *Histoire@Politique. Politique, culture, société*, n° 24, 2014 ; nous soulignons ; disponible en ligne : https://www.histoire-politique.fr/documents/24/dossier/pdf/HP24_Dossier_Olivier_Beaud_def.pdf.

¹⁹⁶¹ C'est par exemple ce qu'évoque Denis Baranger lorsqu'il conclut, à propos de la souveraineté, que « [...] la plupart des juristes, depuis le légiste d'Ancien Régime jusqu'au rédacteur d'une constitution contemporaine, depuis Carré de Malberg jusqu'au membre du Conseil constitutionnel, fait quelque chose de très comparable. Chacun effectue des « manœuvres d'approche » en direction de la souveraineté. Il répond à la question : « que puis-je connaître » au sujet de ladite souveraineté ? », D. Baranger, « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 284.

parallèlement¹⁹⁶². Certes, seule la décision du premier produit immédiatement des effets de droit, ce qui lui confère la qualité exclusive d'« interprète authentique ». Pour autant, le cheminement intellectuel des discours est identique¹⁹⁶³.

590. Cette première considération quant à la similarité formelle des discours juridiques et doctrinaux n'est pas anodine, elle permet de saper les fondements de l'argument positivisme tenant à l'existence de niveaux de discours distincts. Elle permet également d'envisager plus globalement le langage juridique, qu'il soit employé par le législateur ou par le professeur d'université dans le cadre de ses fonctions, comme une composante indispensable du droit lui-même. À cet égard, les auteurs du droit politique soulignent la convergence fonctionnelle du discours normatif et du discours doctrinal : ils participent, ensemble, de la définition du système juridique. La définition ontologique du droit retenue par Pierre-Marie Raynal est alors éclairante. Il est un « ensemble d'énoncés prescriptifs efficacement justifiés »¹⁹⁶⁴. L'auteur peut alors logiquement y intégrer la doctrine et montrer que, si elle ne tient pas exactement le même rôle que les énoncés normatifs au sens strict, au moins s'acquitte-t-elle d'une fonction complémentaire. Les énoncés produits par le législateur *lato sensu*, expriment directement des prescriptions, des « devoir-être », des recommandations dont le non-respect est le plus souvent passible de sanctions. Ils constituent en ce sens la face immergée du droit, disposant d'une formalisation et faisant l'objet d'une procédure qui justifie parfois que leur soit réservée la qualité juridique. L'originalité du droit politique consiste précisément dans son ambition de ne pas limiter le droit à un ensemble de normes formalisées, mais d'intégrer à son ontologie le processus social qu'elles structurent¹⁹⁶⁵. Celui-ci est juridiquement pertinent, en ceci qu'il rend *possible* le droit, en le justifiant et, par-là, en lui conférant

¹⁹⁶² « [Les] commentateurs autorisés [...] tendent à recourir, dans leur défense, à des arguments identiques [à ceux du juge constitutionnel]. La logique d'ensemble de ce complexe argumentatif présent dans leurs écrits – et qui leur donne un indiscutable « air de famille » – dépasse le seul problème du contrôle des amendements constitutionnels », D. Baranger, « Un chantier qui ne prend jamais fin. Le juge, les révisions, et les autres formes de changement constitutionnel dans la France contemporaine », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017.

¹⁹⁶³ La différenciation établie notamment par Kelsen entre interprète authentique et interprète scientifique du droit est d'ailleurs elle-même un aveu de cette démarche commune : chacun d'entre eux recourt à l'interprétation-connaissance et établit la pluralité de significations que peut recouvrir l'énoncé concerné. Seul l'interprète authentique détient la compétence de choisir parmi ces significations laquelle sera normative, au sens où elle produira des effets juridiques. Pour autant, la logique à l'œuvre dans ces deux types de discours repose bien sur un recours initial à l'interprétation comme acte de connaissance. Voir en ce sens : H. Kelsen, « L'interprétation », in *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 335-342.

¹⁹⁶⁴ Cette définition est expressément rattachée par son auteur à une démarche de droit politique : P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 256.

¹⁹⁶⁵ Voir en ce sens *supra*, Partie I, Titre II.

une certaine efficacité. Le droit ne saurait être amputé de cette dernière dimension justificatrice, dès lors que son existence même est déterminée par elle¹⁹⁶⁶. La doctrine académique, dont on a vu qu'elle revêt elle-même une portée explicative, peut ainsi logiquement être étroitement associée, voire confondue, avec le discours normatif en ceci qu'elle participe à le faire advenir comme « prescription efficacement justifiée ».

591. Finalement, les énoncés juridiques comme la science du droit sont deux réponses partielles à la question de ce qu'est le droit. Du point de vue du droit politique, séparer ces deux aspects conduit à renoncer à une part conséquente des données pertinentes. Au contraire, les associer ainsi que le préconisent les *juspolitistes*, permet d'envisager largement le droit comme le produit de la culture sociale et politique de son contexte d'édition. La doctrine elle-même devient un objet d'étude, en tant que composante active, voire déterminante, du système juridique¹⁹⁶⁷. Ce faisant, le droit politique se conforme une nouvelle fois aux préceptes de l'épistémologie constructiviste, en vertu de laquelle « [...] la distinction que l'on fait couramment entre les discours *sur* le droit (ceux de la connaissance scientifique qui servent à décrire) et les discours *dans* le droit (ceux de la pratique juridique qui servent à le modifier) est erronée. En réalité, on ne fait jamais des discours sur le droit, mais toujours dans le droit. Chaque discours (d'interprétation, d'argumentation, d'application, etc.) sur le droit est en même temps une reconfirmation de son existence (valeur épistémologique) et une modification de son contenu (valeur théorique) »¹⁹⁶⁸. Devant l'impossibilité de distinguer efficacement et radicalement entre les différents discours portés sur et dans le droit, les *juspolitistes* préfèrent donc souligner la proximité qui les rassemble, notamment parce que la doctrine, en justifiant le droit, participe à l'établir. L'influence qu'elle exerce à cet égard n'est cependant pas unilatérale,

¹⁹⁶⁶ C'est d'ailleurs en ce sens que paraît éclairant le terme même de droit *politique*, dès lors que « [...] le politique est spécifiquement [entendu comme] affaire de légitimité, c'est-à-dire de croyances et de mémoires validées, en d'autres termes de symbole », L. Sfez, « Politique symbolique », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 1169.

¹⁹⁶⁷ C'est la portée que reconnaît Tanguy Pasquie-Briand à l'idée de droit politique. Celui-ci « [...] repose sur un questionnement portant sur l'articulation des manifestations du droit et de l'agir politique. Circulairement, il interroge la légitimité politique de la production juridique et la nature juridique des interventions politiques. En ce sens, il s'efforce d'analyser le contexte d'apparition des institutions politiques et d'étudier la tangibilité et la durée des phénomènes discursifs qui entourent ce contexte d'apparition. Ainsi, il présuppose d'envisager les discours, les représentations et les décisions relatives à ces institutions. Approche culturelle, le droit politique appelle un effort de compréhension des formes juridiques et politiques qui déterminent la naissance des constitutions et du droit constitutionnel », T. Pasquie-Briand, *La réception de la Constitution anglaise au XIXe siècle. Une étude du droit politique français*, Bayonne : Institut Universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2017, p. 35.

¹⁹⁶⁸ V. Villa, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », in P. Amsselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 291.

et elle est elle-même dépendante, quant à son efficacité et à sa cohérence, de son adaptation au droit tel qu'il est édicté par les pouvoirs politiques.

2. Une influence réciproque

592. Le constructivisme consacre l'interdépendance et l'influence mutuelle qu'exerce l'un sur l'autre, l'objet de la science et le sujet qui l'étudie¹⁹⁶⁹. Il met en lumière le va-et-vient permanent qui alimente et bâtit le discours scientifique. On décèle, dans les écrits du droit politique, la même importance reconnue aux relations entre droit positif et doctrine juridique : loin d'être regardés comme opérant dans des sphères d'influence distinctes, ils sont au contraire considérés ensemble¹⁹⁷⁰, comme les produits parallèles d'une culture juridique commune. Épistémologiquement, cette démarche répond à un scepticisme nuancé à l'égard de l'empirisme. Certes, la doctrine académique cherche à rendre compte d'une réalité donnée, par exemple juridique. Toutefois, puisque cette réalité n'est pas donnée en tant que telle à la conscience, puisque l'empirisme en matière juridique est nécessairement contrarié, le travail scientifique ne peut faire l'économie d'un canevas conceptuel, au travers duquel sera appréhendé le droit. Jean-Pascal Chazal, dans une critique virulente de la méthodologie positiviste, met ainsi en garde contre « « [...] l'obstacle épistémologique du réalisme, ou de l'empirisme immédiat, qui consiste à prétendre que la connaissance s'induit directement de l'observation du réel. L'objet observé n'accède pas immédiatement à la connaissance humaine. Pour que cette accession se produise l'homme doit nécessairement et préalablement élaborer des théories. Pas de connaissance du réel sans construction intellectuelle »¹⁹⁷¹. C'est donc comme le résultat des interférences continues entre l'objet et le sujet savant que se

¹⁹⁶⁹ Gunther Teubner décrit en ce sens le constructivisme radical comme la consécration du principe en vertu duquel « [...] toute connaissance, qu'elle soit psychique ou sociale, qu'elle soit scientifique, politique, morale ou juridique, est une construction purement interne du monde extérieur ; la cognition n'a aucun accès à la réalité « *out there* ». Toute activité cognitive, qu'il s'agisse d'une étude théorique ou d'une recherche empirique, est une construction interne du processus de connaissance », G. Teubner, « Pour une épistémologie constructiviste du droit », in *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, trad. N. Boucquet, G. Maier, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1996, p. 183.

¹⁹⁷⁰ Car « la science, dont le principe est de décrire une réalité qu'elle ne crée pas, s'avère néanmoins susceptible d'influencer la pratique », J.-M. Denquin, « Remarques sur la situation du droit constitutionnel en France », *RDP* n° 6, 2014, p. 1473.

¹⁹⁷¹ J.-P. Chazal, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Archives de philosophie du droit* n° 45, 2001, p. 224-225.

construit le discours scientifique. En matière juridique, cette connexion est particulièrement aisée à envisager et valide l'hypothèse retenue à ce titre par le droit politique.

593. D'abord, la doctrine juridique est manifestement orientée par ce que l'on a coutume d'appeler le droit positif : elle en est le commentateur privilégié et ne peut qu'être influencée par son évolution, dès lors qu'elle prétend en rendre compte. Toute théorie du droit suppose la définition d'une ontologie dont l'adéquation à la réalité juridique sera un critère décisif de l'efficacité du discours ainsi construit¹⁹⁷². Dans le cadre du droit politique, en considérant le droit comme un « ensemble d'énoncés prescriptifs efficacement justifiés », les constitutionnalistes se donnent pour objet les formulations promulguées par les autorités normatives au titre du système juridique. Tout leur travail d'analyse est donc articulé autour de l'action des pouvoirs publics ; si cette dernière ne suffit pas, de leur point de vue, à restituer l'essence du phénomène juridique, elle n'en constitue pas moins l'épicentre de leur ontologie.

594. Le droit offre par ailleurs une hypothèse peu commune dans le domaine scientifique, en ceci que les normes adoptées par les institutions compétentes peuvent avaliser des propositions doctrinales et ainsi leur conférer une autorité théorique presque indépassable. Dans ce cas, le droit positif s'invite dans le champ doctrinal pour faire prévaloir la conception d'un auteur sur les autres. À titre d'exemple, on peut considérer que le succès académique de la théorie kelsénienne doit beaucoup à la mise en conformité que le droit positif a observée à l'égard de ses préceptes en matière de justice constitutionnelle : en établissant un juge de la Constitution, la plupart des États européens ont invité la communauté des juristes à puiser dans les travaux du maître autrichien les arguments susceptibles de fonder l'étude du mécanisme de contrôle de constitutionnalité¹⁹⁷³. Certes, l'hégémonie doctrinale de la théorie « pure » du droit n'est que poudre aux yeux, puisque les thèses de Kelsen sont souvent désolidarisées et exploitées, politiquement ou doctrinalement, de façon seulement partielle et imparfaite ;

¹⁹⁷² C'est d'ailleurs l'exigence ultime de toute entreprise de conceptualisation doctrinale, selon Michel Troper, « Pour une définition stipulative du droit », *Droits* n° 10, 1989, p. 102.

¹⁹⁷³ C'est ce que relève par exemple Olivier Jouanjan, lorsqu'il écrit à propos de la nouveauté que représente le Conseil constitutionnel en 1958, qu'« il fallait toutefois encore *construire* scientifiquement l'objet « Conseil constitutionnel », sur la base de cette représentation très générale et vague. Il fallait une théorie générale de la justice constitutionnelle dans laquelle insérer l'institution française du Conseil constitutionnel. Kelsen offrait naturellement ce cadre théorique », O. Jouanjan, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus politicum* n° 2, mars 2009. Michel Troper défend le même point de vue : M. Troper, « Kelsen et l'idéologie des constitutionnalistes français », in C.M. Herrera (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique, 2001, p. 30.

c'est là le destin des arguments doctrinaux¹⁹⁷⁴. Pour autant, dans cette hypothèse comme dans d'autres, l'évolution du droit positif a forcé l'adaptation de ses commentateurs.

595. La relation articulant le droit et la doctrine juridique n'emprunte toutefois pas une voie seulement unilatérale ; les juristes exercent sur leur objet une influence qu'il est difficile de nier, quoiqu'elle ne suffise pas à le caractériser. Dans le cadre du droit politique, la doctrine est d'abord regardée comme participant à la justification et à l'efficacité des énoncés prescriptifs édictés par les autorités politiques¹⁹⁷⁵. Si le système juridique apparaît comme un ensemble de normes globalement effectives, c'est ainsi, selon Pierre-Marie Raynal, parce qu'elles font l'objet d'un discours – politique, juridique, social ou doctrinal – capable de persuader de leur légitimité¹⁹⁷⁶. Le droit est tout à fait conditionné par l'existence d'un tel discours justificateur, dès lors que « [...] l'efficacité discursive conditionne l'efficacité coercitive [...] »¹⁹⁷⁷. Quoiqu'elle ne soit qu'une source de justification parmi d'autres, la doctrine juridique influe donc mécaniquement sur son objet et participe à le faire advenir comme droit. Le rôle normatif du discours doctrinal est évidemment limité, puisqu'il ne produit que « [...] des influences, qui plus est, individuelles et non celles d'un groupe constitué »¹⁹⁷⁸. Il ne doit pourtant pas être négligé car, même conçue comme exerçant seulement une influence diffuse, partielle, parfois contradictoire, la doctrine présente une imbrication avec son objet qui interdit de la circonscrire dans la fonction descriptive que lui réservent les tenants de l'empirisme méthodologique. En ce sens, les énoncés juridiques qui composent le droit positif peuvent consacrer eux-mêmes la fonction normative de la communauté académique¹⁹⁷⁹. Plus indirectement, l'attitude normative des institutions politiques et juridictionnelles s'adapte

¹⁹⁷⁴ Pierre Brunet écrit en ce sens que « [...] les propositions doctrinales sont bien souvent utilisées comme des outils en vue d'une fin qui leur est étrangère : on ne prend alors que ce qui semble utile à cette fin », P. Brunet, « La part de la doctrine dans la création du droit constitutionnel », *Revue de droit d'Assas* n° 4, 2011 p. 42.

¹⁹⁷⁵ Denis Baranger estime par exemple que « plus la décision juridictionnelle est cursive, plus elle requiert un appareil justificatif extérieur, mais très proche d'elle et qui en constitue le soubassement. On pourrait faire la même analyse du côté de la doctrine relative à la jurisprudence constitutionnelle », D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

¹⁹⁷⁶ Il évoque à ce titre « [...] ces discours justificatifs aux arguments rationnels et émotionnels qui visent à persuader de reconnaître l'existence d'une habilité à commander et d'un devoir d'obéir », P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 246.

¹⁹⁷⁷ P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 246.

¹⁹⁷⁸ P. Brunet, « La part de la doctrine dans la création du droit constitutionnel », *Revue de droit d'Assas* n° 4, 2011 p. 40.

¹⁹⁷⁹ Olivier Beaud évoque à ce titre deux exemples, l'article 38 du statut de la Cour internationale de Justice et l'article 1^{er} du Code civil suisse : O. Beaud, « Doctrine », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 385.

au discours doctrinal qui scrute leurs actions. Denis Baranger explique par là la brièveté des décisions du Conseil constitutionnel ; selon lui, « [...] les juges constitutionnels peuvent se permettre d'être laconiques dans leurs décisions puisqu'ils peuvent s'appuyer sur un ensemble cohérent de principes doctrinaux élaborés au fil du temps dans la littérature juridique »¹⁹⁸⁰.

596. Au-delà de la justification de décisions ponctuelles, la doctrine fournit au droit le cadre indispensable à son épanouissement et à sa pérennité, non pas à raison de l'implication d'un théoricien en particulier, mais en tant qu'œuvre collective agissant globalement sur son objet¹⁹⁸¹. Dès lors, « qu'elle le veuille ou non, la science juridique participe [...] de la communauté des interprètes du droit. Ainsi, dans la mesure où le juriste pense dans l'ordre de la rationalité juridique, il a son rôle à jouer. Sans doute même a-t-il sa part de responsabilité, précisément en tant que juriste, dans le débat sur le droit – et donc aussi sur la justice »¹⁹⁸². L'appréhension du droit comme un « ensemble d'énoncés prescriptifs efficacement justifiés » conduit donc logiquement les auteurs du droit politique à refuser de distinguer la sphère d'influence du droit positif d'une part, de celle de la doctrine juridique d'autre part¹⁹⁸³ ; ils marquent ainsi définitivement leur renoncement à l'empirisme épistémologique et leur adhésion à une méthode implicitement constructiviste. En vertu de cette dernière, en effet, « [...] on considère au contraire [du modèle descriptiviste] que la *connaissance juridique constitue toujours une intervention sur le droit*, une manière de reconstruire le champ d'expérience juridique qui part invariablement d'un schéma conceptuel implicitement ou explicitement prédéterminé ; on accomplit ainsi des lectures sélectives et partielles du matériel

¹⁹⁸⁰ En l'occurrence, ce constat est dressé à propos du refus du Conseil constitutionnel de procéder au contrôle des lois de révision de la Constitution : CC, Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, Rec. p. 293. Voir : D. Baranger, « Un chantier qui ne prend jamais fin. Le juge, les révisions, et les autres formes de changement constitutionnel dans la France contemporaine », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017.

¹⁹⁸¹ Le constructivisme serait d'ailleurs, selon Vittorio Villa, « centré sur l'affirmation que la connaissance est une œuvre sociale collective (avec un caractère partiellement lié au langage), une pratique sociale qui comporte une intervention active sur la réalité », V. Villa, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 288.

¹⁹⁸² F. Brunet, « La justice sans le juriste ? L'épistémologie juridique d'après Kelsen », *RIEJ* n° 71, 2013, p. 211.

¹⁹⁸³ Sans recourir pourtant à une définition aussi spécifique, une conception pragmatique du droit conduit à une conclusion similaire. Riccardo Guastini affirme ainsi « [...] que l'interprétation et la construction juridique ne sont pas la « science » du droit – comme le prétendent habituellement les juristes – mais une partie du droit lui-même, et dès lors une partie de l'objet d'étude de la science juridique correctement entendue. En somme, la description du droit en vigueur exige de prendre en considération la doctrine comme partie intégrante du droit lui-même. La doctrine n'est donc pas la connaissance scientifique du droit, mais une partie de son objet », R. Guastini « Le réalisme juridique redéfini » *Revus* n° 19, 2013, p. 125.

juridique, utilisant des lunettes avec des lentilles qui servent à colorer, d'une manière ou d'une autre, ce qu'on observe »¹⁹⁸⁴. Refuser de nier l'influence réciproque des discours juridiques et doctrinaux ne suppose pourtant pas qu'ils soient totalement confondus, contrairement à ce que suggère peut-être une lecture trop hâtive des écrits *juspolitistes*.

B. La porosité relative des discours juridiques et doctrinaux

597. Admettre que les discours doctrinaux, les énoncés juridiques formels et les discours politiques qui les justifient évoluent dans un même champ politique n'empêche pas pour autant qu'ils restent susceptibles d'être différenciés, ne serait-ce que par leur degré d'effectivité¹⁹⁸⁵. Cette nuance n'est pas toujours apportée par les *juspolitistes* eux-mêmes¹⁹⁸⁶, et leur propos mérite à ce titre d'être précisé. L'assimilation des différents discours du droit pourrait ainsi laisser croire que le droit politique se prive, en y adhérant, de tout regard critique à l'égard des normes adoptées par la puissance publique. Or, il n'en est rien puisque les *juspolitistes* revendiquent justement la fonction évaluatrice de la doctrine juridique. Ce paradoxe apparent mérite que l'on s'y arrête un instant (1). Par ailleurs, les auteurs du droit politique ne présentent pas une naïveté telle qu'elle les mènerait à affirmer l'emprise absolue de la doctrine sur le droit. La différenciation entre discours juridique et doctrine continue ainsi à prospérer, quoique dans des proportions amoindries au regard de l'empirisme méthodologique (2).

¹⁹⁸⁴ V. Villa, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », in P. Amsselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 290 ; nous soulignons.

¹⁹⁸⁵ Denis Baranger tient à cet égard un propos nuancé. Il estime ainsi que la relation entre création normative et discours scientifique témoigne parfois d'une « [...] forte porosité de cette frontière, et incite même à ne pas tenir pour acquise la dichotomie habituelle entre production jurisprudentielle et œuvre doctrinale. Il va de soi qu'il y a là deux formes bien distinctes, mais elles sont en réalité fortement interdépendantes », D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

¹⁹⁸⁶ Les différents discours ne sont pas pour autant *assimilés*, dans les travaux du droit politique. L'influence de chacun d'entre eux fait au contraire l'objet de considérations distinctes. Stéphane Rials procède à une différenciation de ce type lorsqu'il étudie l'origine de la V^e République : « la Constitution de 1958 prend ainsi plus sûrement place dans la longue durée d'un révisionnisme constitutionnel proprement politique, au demeurant fort complexe dans sa contestation hétérogène du parlementarisme à la française, qu'au terme d'une élaboration théorique du droit constitutionnel », S. Rials, « Une doctrine constitutionnelle française ? », *Pouvoirs* n° 50, 1989, p. 82.

1. La vocation critique du discours doctrinal sur le droit

598. En contestant l'opportunité de distinguer radicalement les niveaux de discours du droit et de la science du droit, les auteurs du droit politique dénie la possibilité pour le juriste d'adopter un point de vue externe à l'égard de l'ordre juridique qu'il étudie. Pierre-Marie Raynal affirme en ce sens, que, « [...] si la fiction du dernier mot scientifique est bien impossible à opérer, et s'avère par conséquent être une illusion, *il n'existe concrètement ni point de vue externe, ni locuteur-observateur, ni métalangage* »¹⁹⁸⁷. Ces garanties diverses, qui tissent le canevas du positivisme, concourent toutes à fonder l'objectivité du droit que ses représentants prétendent révéler. Pourtant, en contestant ladite objectivité, de l'objet et de la doctrine, le droit politique discrédite la seule possibilité de garantir l'extériorité de l'un à l'égard de l'autre¹⁹⁸⁸. Réciproquement, construire à tout prix cette extériorité peut conduire à une banalisation de l'objet, dès lors que « [...] l'objectivation recherchée et l'explication proposée mutilent les phénomènes juridiques en les amputant de la dimension normative qui constitue précisément leur spécificité »¹⁹⁸⁹. Restituer la réalité juridique, ainsi que s'y engage le droit politique, implique donc d'adopter un point de vue *interne*, au sens où le commentateur est réputé agir dans le cadre du système juridique qu'il étudie. Une telle démarche confirme d'ailleurs l'influence d'une méthode constructiviste en vertu de laquelle « [...] « décrire » une pratique sociale complexe comme celle du droit signifie rentrer dans le jeu, faire partie d'un circuit social où les règles sont reproduites continuellement dans la pratique »¹⁹⁹⁰. Cette perspective est d'autant plus cohérente que l'aveu a déjà été fait du rôle actif, politique, de la doctrine sur le droit : elle ne saurait donc lui être tout à fait extérieure.

599. L'opposition entre point de vue interne et point de vue externe ne constitue pourtant pas, dans la littérature épistémologique, une dichotomie aussi radicale qu'elle y paraît à première vue. Les professeurs Ost et van de Kerchove proposent en ce sens, l'adoption

¹⁹⁸⁷ P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 233.

¹⁹⁸⁸ On trouve le même argument, quoique radicalisé, sous la plume de François Brunet, « [...] il y a donc bien plus qu'une simple convergence des postulats du droit avec ceux de la science du droit : il y a une véritable identité, ce en quoi la science du droit ne peut jamais être purement externe à son objet », F. Brunet, *La normativité en droit*, Paris : Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses. Droit public, 2012, p. 83.

¹⁹⁸⁹ F. Ost, M. van de Kerchove, « Comment concevoir aujourd'hui la science du droit ? », *Déviance et société* n° 11-2, 1987, p. 187.

¹⁹⁹⁰ V. Villa, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 291.

d'une posture intermédiaire, un « point de vue externe modéré », susceptible de combiner les qualités explicatives du point de vue externe aux vertus compréhensives du point de vue interne¹⁹⁹¹. Si elle présente des traits originaux, cette recommandation méthodologique n'est finalement guère éloignée dans ses principes, des orientations du positivisme juridique¹⁹⁹² : elle préconise l'observation des faits juridiques reconnus valides sur le plan interne, en préservant le chercheur de la possibilité d'émettre des jugements de valeur à l'égard de cette validité¹⁹⁹³. Ce « point de vue externe modéré » ne constitue donc pas foncièrement une alternative à la méthodologie empirique qui caractérise, en droit, la démarche positiviste.

600. Le droit politique, en regardant l'extériorité de la doctrine à l'égard de son objet comme un faux-semblant¹⁹⁹⁴, ne saurait pourtant être strictement cantonné à un point de vue interne dans la mesure où il échappe au défaut majeur que dénoncent les professeurs Ost et van de Kerchove à son endroit¹⁹⁹⁵ : ils ne se départissent pas d'un regard évaluatif ni de leur liberté critique à l'encontre du droit positif, au contraire voient-ils dans cette

¹⁹⁹¹ C'est en effet sur ce terrain que se cristallise l'enjeu d'une opposition entre point de vue interne et point de vue externe : « [...] ce que le membre du groupe pourrait perdre en capacité explicative (en raison de son immersion dans le champ social qu'il tente de connaître), il pourrait le récupérer en compréhension intuitive. À l'inverse, ce que l'observateur perd en compréhension immédiate, il le gagne en capacité d'explication (en raison de la distance qui le sépare des domaines étudiés). Dans les deux cas, une méthodologie appropriée sera mise en œuvre pour compenser les déficits relevés », F. Ost, M. van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Travaux et recherches, 1987, p. 29.

¹⁹⁹² C'est ce qu'affirme notamment Michel Troper selon qui « [...] il ne s'agit nullement d'une rupture avec le positivisme juridique, ni d'un dépassement de l'opposition du jusnaturalisme et du juspositivisme », M. Troper, « Tout n'est pas perdu pour le positivisme », *Déviance et société* n° 11-2, 1987, p. 199. Les professeurs Ost et van de Kerchove rattachent pourtant au point de vue interne la volonté de plusieurs auteurs – au nombre desquels ils comptent Kelsen – de systématiser l'objet juridique : M. van de Kerchove, F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 1988, p. 26-28.

¹⁹⁹³ Le point de vue externe modéré renvoie en effet à « [...] une dialectique entre le paradigme de l'explication et celui de l'interprétation. S'il paraît évident que seul le point de vue externe objectivant peut conduire, au terme de la rupture épistémologique, à une théorie explicative de nature scientifique, il n'est pas du tout incompatible avec cette position de se donner pour objet d'étude le « sens interne » ou l'« auto-interprétation » véhiculée et reproduite par les agents juridiques », F. Ost, M. van de Kerchove, « Comment concevoir aujourd'hui la science du droit ? », *Déviance et société* n° 11-2, 1987, p. 187.

¹⁹⁹⁴ Olivier Jouanjan justifie longuement cette conviction, écrivant que « le fonctionnement pratique du droit, à travers les justifications, explicites ou implicites, que supposent les positions et les décisions juridiques, procède, toujours et indissociablement, par un discours qui est à la fois *du* droit et *sur* le droit. Et ce discours puise dans les *doctrines*, les savoirs, la *science* des juristes. Réciproquement, le discours de la science vise toujours à un effet pratique – même si c'est par interposition de personnes – et se veut tout autant discours *du* droit que discours *sur* le droit. [...] On se condamne à ne pas comprendre les mécanismes de fonctionnement du droit, si l'on pose comme une condition de son étude *scientifique* cette séparation positiviste », O. Jouanjan, « Avant-propos », in *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 3.

¹⁹⁹⁵ M. van de Kerchove, F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 1988, p. 27-28.

tâche le cœur de leur fonction doctrinale¹⁹⁹⁶. L'exemple méthodologique que constitue le droit politique ébranle donc la dichotomie stricte entre point de vue interne et point de vue externe ; il encourage à donner raison à André-Jean Arnaud lorsqu'il compare la démarche doctrinale à un ruban de Möbius pour illustrer l'impossible manichéisme entre point de vue interne et point de vue externe¹⁹⁹⁷. L'auteur livre alors une conclusion tout à fait désenchantée quant à cette distinction, écrivant qu'« en s'accrochant à l'illusion de la vérité de la distinction interne/externe, on en vient à opposer irrémédiablement technique et connaissance »¹⁹⁹⁸. La convergence de cet argument avec la pensée du droit politique reste toutefois limitée, dès lors que André-Jean Arnaud exclut du point de vue interne toute aptitude scientifique¹⁹⁹⁹. Or, les *juspolitistes* qui revendiquent ce point de vue interne comme seule voie susceptible d'accéder à la connaissance juridique, ne renoncent pas pour autant à la scientificité de leurs propos²⁰⁰⁰. L'argument tempérant l'opposition entre le point de vue interne et le point de vue externe n'en est pas moins opérant, et permet d'écarter cette dichotomie de l'analyse de la démarche du droit politique : le fait de rejeter conjointement les principes de la neutralité axiologique et du descriptivisme lui confère une posture critique privilégiée à l'égard du droit, ce dont le priverait immédiatement l'adhésion à une opposition entre point de vue interne et point de vue externe. Les *juspolitistes* semblent ainsi faire leur ce constat de Jean-Pascal Chazal : « [...] le juriste qui réfléchit sur le droit est à la fois à l'intérieur et à l'extérieur de sa matière : à l'intérieur en tant que technicien, à l'extérieur en tant que « penseur », c'est-à-dire personne ayant une pensée réflexive. Sachant que cette double position est

¹⁹⁹⁶ Ainsi trouve-t-on sous leur plume l'affirmation selon laquelle « la doctrine universitaire a un rôle spécifique à jouer en la matière, puisqu'elle est censée être capable à la fois de décrire le droit positif et d'en proposer une *mise en perspective historique et critique* », O. Beaud, C. Guérin-Bargues, *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique et critique*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Systèmes, 2^e éd., 2018, p. 15.

¹⁹⁹⁷ A.-J. Arnaud, « La valeur heuristique de la distinction interne/externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit : éléments d'une démythification », *Droit et société* n° 2, 1986, p. 140.

¹⁹⁹⁸ *Ibid.*, p. 141. Cette conclusion découle d'un raisonnement ainsi formulé : « si l'on adopte la dichotomie en matière de connaissance juridique, on est amené à cristalliser la distinction entre dogmatique juridique (approche scientifique interne) et connaissance proprement scientifique (par l'approche externe qui, seule, assure la nécessaire rupture épistémologique). Alors la science se trouve confinée du côté de l'externe ; et l'on se rend compte que ce qui passe pour une dichotomie dans la démarche de la connaissance scientifique n'en est plus une. Il ne saurait y avoir de connaissance scientifique interne du droit, cette dernière excluant toute possibilité de rupture épistémologique », *Ibid.* p. 140.

¹⁹⁹⁹ Il écrit en ce sens qu'« on ne peut guère être plus éloigné d'une connaissance scientifique du droit que lorsqu'on croit pouvoir déclarer le connaître en opérant comme observateur impliqué », *ibid.*, p. 141.

²⁰⁰⁰ A. Le Divellec, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p. 97.

indivisible ; il n'existe guère de technique sans jugement de valeur, ni de distance réflexive sans connaissance technique »²⁰⁰¹.

601. La dimension réflexive de la pensée du droit politique constitue l'une de ses revendications épistémologiques les plus univoques : les auteurs *juspolitistes* se livrent volontiers à la critique de l'action normative des pouvoirs publics et dénoncent à l'occasion, chez leurs collègues, une propension à avaliser la production juridique sans la critiquer²⁰⁰². Ainsi, « l'approche en termes de droit politique tend à garder une distance critique vis-à-vis de la jurisprudence [...] »²⁰⁰³, et du droit positif en général. Ce scepticisme méthodologique à l'égard de l'objet juridique ne s'appuie pourtant pas sur un point de vue externe à proprement parler : nul besoin d'exciper de lois indépendantes du droit positif, ni d'apposer à celui-ci des valeurs érigées à partir de la pure subjectivité du chercheur²⁰⁰⁴. Dans l'hypothèse du droit politique, c'est le système juridique lui-même qui fournit les critères à l'aune desquels seront éprouvées les décisions normatives ponctuelles. Par la conceptualisation du principe de légitimité qui le sous-tend, la doctrine confère presque au système juridique une vérité axiologique qu'elle utilise en retour pour évaluer l'opportunité, la légalité voire la légitimité des règles juridiques qui y sont inscrites. Le point de vue interne lui-même fournit ainsi les moyens à la science du droit de développer un regard critique sur son objet²⁰⁰⁵.

²⁰⁰¹ J.-P. Chazal, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Archives de philosophie du droit* n° 45, 2001, p. 227.

²⁰⁰² C'est le défaut premier, selon eux, de la doctrine arrétiste qui recevrait sans broncher les décisions du juge constitutionnel, au lieu de marquer une distance critique à son égard : O. Beaud, « Le cas français : l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017. La même tendance est identifiée par Denis Baranger, même si l'auteur prend soin alors de la distinguer du normativisme au sens strict : « [...] la *religion contemporaine du juridictionnel* qui suppose, étrangement, de nier la spécificité de l'action des juges et de prétendre, comme eux-mêmes, que tout ce qu'ils disent résidait déjà, magiquement, dans le « texte écrit » de la loi constitutionnelle formelle. Le normativisme n'est pour rien dans cette dérive, mais elle se greffe sur lui comme une maladie sur un organisme fragilisé par un régime trop strict », D. Baranger, « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels. À propos de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac », *Jus politicum* n° 11, décembre 2013 ; nous soulignons.

²⁰⁰³ A. Le Divellec, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p. 104.

²⁰⁰⁴ Nous verrons que cette distinction entre ce qui relève de la subjectivité des auteurs et ce qui relève des concepts érigés à partir du système de droit positif, est plus aisée à formuler qu'à appliquer concrètement ; voir en sens *infra*, Chapitre 2, Section 2, §2.

²⁰⁰⁵ C'est pourtant au nom de cette propension à l'analyse critique que les auteurs positivistes défendent la stricte différenciation des discours, juridiques et doctrinaux. C'est le cas de Régis Ponsard qui estime que « le risque le plus redoutable au regard de l'idéal d'une démarche scientifique est celui de la *reprise* de cadres d'analyse *insuffisamment autonomisés scientifiquement* par rapport à leur champ d'investigation. La fabrique, la pérennisation du droit, passe grandement par l'isomorphie des catégories mentales et objectales, le recouvrement des catégories de l'objet à étudier par les catégories du langage censées pourtant *l'analyser*, et ainsi l'absence, relative ou totale de *rupture épistémologique* des instruments d'étude du droit par rapport au droit », R. Ponsard, « La possibilité d'une analyse du droit (constitutionnel) scientifiquement et juridiquement critique », *AJJC*, 2015, p. 47-48.

602. En réhabilitant concomitamment l'adoption d'un point de vue doctrinal interne au système juridique étudié et la fonction critique de la science du droit, les auteurs du droit politique ménagent une véritable distance entre les énoncés prescriptifs qui forment la matière brute du droit et le discours académique qui les habille culturellement et conceptuellement. La remise en cause de l'objectivité de leur objet ne suffit donc pas à les faire renoncer à toute distinction entre droit et science du droit. Cette distance est par ailleurs encore soulignée par les limites que rencontre mécaniquement la doctrine dans sa capacité à influencer sur le contenu du droit positif.

2. L'influence limitée du discours doctrinal sur le droit

603. L'assimilation de la doctrine juridique au droit qui en constitue l'objet se présente, dans les écrits du droit politique, sous des traits radicaux qu'il peut sembler opportun de nuancer. Lorsque Pierre-Marie Raynal écrit par exemple que « [...] le « *métalangage* » ne se distingue pas du « langage-objet » »²⁰⁰⁶, il propose de retenir de la doctrine juridique une définition concentrée autour de sa seule fonction de justification du droit. Ce faisant, il bascule dans l'exact opposé de la conception positiviste, qui ne voit dans la science juridique que l'expression du plus pur descriptivisme. Par l'adoption d'une telle posture, tout aussi dénuée de nuances que celle du *juspositivisme*, il se rend passible des mêmes critiques. Pierre-Marie Raynal, pour parvenir à cette conclusion tranchée, paraît en effet postuler deux pans de son raisonnement qui mériteraient une plus ample démonstration : pour lui, la doctrine juridique *justifie* les énoncés prescriptifs établis par la puissance publique, et elle les justifie *efficacement*.

604. Or, en premier lieu, la consécration du rôle justificatif de la doctrine juridique peut sembler logique et cohérente sans être pour autant dotée d'une portée absolue. Certes, en rendant compte du système juridique, la doctrine participe à le faire exister en mettant en lumière les rouages et le principe de légitimité par lesquels il fonctionne. Puisque le droit se présente sous une forme discursive souvent fragmentée, il appartient aux juristes d'en reconstruire la cohérence et la justification. Ainsi Jean-Marie Denquin écrit-il que « ces discours, scientifiques ou dogmatiques, ne sont pas une source du droit et n'ont donc pas

²⁰⁰⁶ P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 238.

d'enjeu immédiat. Ils en constituent cependant le support nécessaire car ils forgent, définissent et mettent à l'épreuve les mots, les concepts, les schèmes interprétatifs, les thématiques que le juge et le législateur emploient et sans lesquels ils ne produiraient que des paroles discontinues, éparses, purement casuistiques »²⁰⁰⁷. Il semble donc que la doctrine participe effectivement à la production du droit, dès lors qu'« [...] il ne saurait exister de pouvoir politique, quelle que soit sa forme, sans que son empire ne soit efficacement justifié ; par la force certes, mais aussi et surtout par le discours »²⁰⁰⁸. Pour autant, cette fonction doctrinale promue par le droit politique est conditionnée par la coïncidence des récepteurs du discours doctrinal et des sujets de droit ; les deux discours doivent concerner le même auditoire, qui reçoit simultanément les énoncés prescriptifs et la justification, politique, sociale, doctrinale, qui les accompagne. Or, s'il n'y a pas de correspondance à ce niveau, on peut douter de la justification effective que contribuent à produire les juristes. Ce problème semble s'imposer notamment dans deux domaines circonscrits de la science du droit : l'histoire et le comparatisme. Dans ces deux hypothèses, le savant juriste peut effectivement produire une justification des régimes politiques passés ou étrangers, mais il est plus discutable que cette justification soit suivie d'effets quant à l'autorité effectivement conférée au droit étudié. Cela est particulièrement difficile à concevoir dans le cadre de l'histoire, mais le domaine du droit comparé n'offre guère plus de prise à cette théorie. Certes, le comparatisme comme l'histoire peuvent être le moyen de puiser ailleurs les arguments de l'autorité du droit national et contemporain²⁰⁰⁹ ; l'approche comparatiste notamment, envisagée comme l'une des modalités d'un travail de théorie du droit²⁰¹⁰, peut sembler le moyen détourné de justifier

²⁰⁰⁷ J.-M. Denquin, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

²⁰⁰⁸ P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 246.

²⁰⁰⁹ Marie-Claire Ponthoreau évoque à titre d'exemple, le cas de l'interprétation judiciaire : « peu convaincant en lui-même, car les solutions juridiques doivent être enracinées dans l'ordre juridique dans lequel elles s'appliquent, l'argument fondé sur la comparaison peut, en revanche, aider les juges à approfondir une argumentation et à donner de la force à une motivation », M.-C. Ponthoreau, « L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique », in P. Legrand (dir) *Comparer les droits résolument*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 2009, p. 556. Quant à l'usage doctrinal de l'argument historique, il est mis en valeur avec beaucoup d'ironie par Jean-Marie Denquin, à propos du Conseil constitutionnel, dont « on sait que [...], institution d'abord décriée, [il] s'est trouvé, par une sorte d'hégélianisme rudimentaire, transformé en nécessité historique. Les phénomènes sans lesquels il n'aurait pas existé [...] se sont métamorphosés en *ruses de la raison*, grâce auxquelles celle-ci a pu se manifester dans l'histoire. L'institution est ainsi devenue sa propre cause, car un événement aussi sublime ne pouvait évidemment être le fruit du hasard », J.-M. Denquin, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

²⁰¹⁰ Voir sur ce point : O. Pfersmann, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC* n° 2, vol. 53, 2001, p. 275-288.

l'ordre juridique national²⁰¹¹. Mais la trace d'une justification est alors ténue, et ne saurait suffire à résumer la fonction doctrinale ainsi mise en œuvre²⁰¹². Ces deux cas de figure constituent donc des hypothèses limites à la confusion suggérée par le droit politique, entre doctrine juridique et droit.

605. Par ailleurs, le droit étant défini comme un « ensemble d'énoncés prescriptifs efficacement justifiés », l'intégration de la doctrine à son objet suppose, non seulement qu'elle le justifie, mais encore qu'elle le justifie *efficacement*. Cette dernière précision suscite d'emblée un grand nombre de questions : cette efficacité peut-elle être ramenée à un discours spécifique ou concerne-t-elle la doctrine dans son ensemble, considérée comme la somme de la communauté des juristes ? Comment l'évaluer, dans l'une ou l'autre de ces hypothèses ? La pertinence de la doctrine doit-elle être mesurée à l'aune de son efficacité et de son influence effective sur les autorités normatives ? Ces questions, soulevées par l'emploi d'un critère relativement vague, peuvent trouver quelques réponses, mais celles-ci conduisent irrémédiablement à tempérer l'assimilation du droit et de la science juridique.

606. D'abord, il semblerait paradoxal que le droit politique préconise l'efficacité politique et juridique d'un discours pour lui reconnaître sa pertinence ; ses auteurs sont justement connus pour des revendications de politique constitutionnelle qui sont rarement suivies d'effets²⁰¹³. Cela ne les conduit pourtant pas à désavouer leurs arguments, ni la théorie qui les fonde²⁰¹⁴. Par ailleurs, nombreux ont été les juristes, à travers l'histoire,

²⁰¹¹ Au soutien de cet argument, Peter Häberle avance ainsi que « les détenteurs de toutes les fonctions étatiques (du législateur au constituant partiel ou total) travaillent aujourd'hui, bien sûr plus ou moins intensément et plus ou moins ouvertement, de manière comparative. La théorie de l'État constitutionnel c'est-à-dire la doctrine constitutionnelle a, par rapport à elles toutes, une fonction de fournisseur. Il y a, dans l'État constitutionnel, une fonction étatique dont les tâches et les contributions au droit comparé ne devraient pas être sous-estimées pour le développement de l'État constitutionnel, c'est la jurisprudence constitutionnelle et notamment les opinions séparées », P. Häberle, *L'État constitutionnel*, trad. M. Roffi, préf. C. Grewe, Paris : Economica, Aix-en-Provence : PUAM, coll. Droit public positif, 2004, p. 72.

²⁰¹² Le comparatisme ne saurait en effet avoir qu'une portée limitée sur un système juridique national de référence. Ainsi que l'écrit Marie-Claire Ponthoreau, « tandis que le droit positif national (y compris la jurisprudence) est immédiatement pertinent, cela ne vaut ni pour le droit étranger, ni pour la comparaison des droits. La fonction de la doctrine et celle de juger étant liées à un ordre juridique national, le droit étranger et la comparaison des droits ne peuvent être utilisés, pour bon nombre de juristes, qu'à titre exceptionnel », M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris : Economica, coll. Corpus. Droit public, 2010, p. 84.

²⁰¹³ Parmi divers exemples, le débat sur la responsabilité des gouvernants semble le plus évocateur : voir en ce sens *supra*, Partie I, Titre I, Chapitre 2, Section 1, §2.

²⁰¹⁴ À titre d'exemple, voir le débat sur le contrôle de constitutionnalité des lois de révision de la Constitution. La position défendue par Olivier Beaud lorsque la jurisprudence du Conseil constitutionnel était encore ambiguë, en 1992, n'a pas fondamentalement changé après une décision moins équivoque, en 2003. Voir en ce sens : O. Beaud, « Le traité de Maastricht et le pouvoir constituant » in *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 457-491 ; « Le cas français : l'obstination de la jurisprudence

dont les travaux ont été dédaignés par les autorités normatives, sans que personne ne songe pour autant à les disqualifier ; tel fut par exemple le cas des théories de droit administratif portées par Duguit et Hauriou²⁰¹⁵.

607. En dehors même des cas où les discours doctrinaux ne sont pas suivis d'effets immédiats sur la teneur des énoncés prescriptifs, le critère de l'efficacité discursive avancé par le droit politique interroge sur la potentielle entreprise de déconstruction, de *dé-justification*, à laquelle pourraient se livrer les juristes. Cette remarque ne concerne pas exactement la même hypothèse que la précédente puisqu'il ne s'agit plus d'évoquer des discours doctrinaux fondés sur l'adhésion globale à un système juridique, et dont les discordances avec l'activité normative des pouvoirs publics ne sont que ponctuelles. Dans ce cas au contraire, l'efficacité discursive peut aisément être rapportée à la justification générale que dispense la doctrine plutôt qu'à ses arguments considérés isolément. Le problème ici évoqué est plus radicalement tourné vers l'hypothèse de discours déniaient toute justification au système considéré, jusqu'à son principe de légitimité même. Il semble alors peu probable que le discours d'un auteur par trop récalcitrant à l'égard de son objet d'étude suffise à lui seul à saper l'autorité d'un système juridique, surtout s'il est noyé dans le flot de doctrines favorables à la légitimité en vigueur²⁰¹⁶.

608. Toutefois, une considération générale des discours sur le droit peut en effet laisser penser que la multiplication des désaveux conduit à affaiblir, voire à condamner un système juridique et le principe de légitimité sur lequel il repose. Sous cet angle, on peut ainsi estimer que c'est la production théorique des Lumières qui a vidé de son autorité le principe du droit divin pour lui substituer celui de la souveraineté de la nation²⁰¹⁷. Conspué dans ses fondements, progressivement dénué de justification efficace, l'Ancien Régime aurait ainsi perdu la capacité à produire du droit par l'édiction d'énoncés prescriptifs. Cet exemple, topique s'il en est, illustre une théorie séduisante qui consacre

et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017.

²⁰¹⁵ À propos du Conseil d'État, Olivier Beaud écrit ainsi que « même quand il y avait des géants du droit administratif, comme Hauriou et Duguit, [il] les a traités avec un souverain mépris », O. Beaud, « La part de la doctrine dans la création du droit public. Propos introductifs », *Revue de droit d'Assas* n° 4, 2011, p. 30.

²⁰¹⁶ Dans ce cas, on peut même estimer que le discours critique minoritaire, en soulignant la fragmentation de la doctrine, renforce le pouvoir plutôt qu'il ne l'affaiblit. Cette hypothèse a été notamment évoquée par Georges Burdeau, « Les intellectuels et le pouvoir », 1976, in *Écrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, préf. J.-M. Denquin, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2011, p. 630-631.

²⁰¹⁷ Sur l'influence qu'ont exercée les philosophes des Lumières sur l'entreprise révolutionnaire voir : D. Mornet, *Les origines intellectuelles de la Révolution française 1715-1787*, 1933, Lyon : La Manufacture, 1989, 632 p.

l'enjeu politique majeur du travail doctrinal. Il répond d'ailleurs à la pensée *juspolitiste* qui tend à consacrer le fondement culturel du droit positif²⁰¹⁸. Mais il interroge toutefois sans indulgence le critère de l'efficacité discursive comme composante du droit et comme fonction de la doctrine. Il pose notamment la question de la temporalité du critère et de la définition du droit ; Montesquieu faisait-il du droit au moment où il suggérait le principe de la séparation des pouvoirs ? Rousseau était-il juriste quand il écrivait le *Contrat social* ? Ou les auteurs des Lumières ont-ils quitté le domaine du méta-langage uniquement lorsque leurs propos ont intégré les fondations idéologiques de la Révolution juridique ?

609. L'efficacité justificative du discours que propose le droit politique comme critère de définition du droit semble donc difficilement maniable, en dehors du cadre abstrait de la théorie. Elle peut certes être entendue comme une caractéristique très générale, qui concerne la somme des travaux doctrinaux plutôt que les théories ponctuelles qui cherchent à influencer sur la réalité du droit. Toutefois, parce qu'elle semble floue en pratique, elle ouvre une brèche décisive dans l'assimilation trop prompte de la science du droit à son objet. L'enjeu de l'épistémologie du droit politique ne réside cependant pas dans cet aspect, mais dans la déconstruction à laquelle elle procède de la fiction de l'*extériorité* et de la *passivité* de la doctrine juridique à l'égard de son objet. Les *juspolitistes* proposent ainsi une conception originale de la science du droit, et pourraient faire leurs ces mots de Jean-Pascal Chazal : « [...] une étude du droit qui se veut réaliste ne peut faire abstraction de la dimension active du savoir juridique. Celui-ci n'est pas destiné à la pure spéculation, il est tourné vers l'action »²⁰¹⁹.

²⁰¹⁸ La notion de droit politique est en ce sens employée par Denis Baranger comme « cet ensemble composé d'actes de pensée et d'institutions [soit] ce qu'on pourrait appeler une culture », D. Baranger, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2008, p. 6.

²⁰¹⁹ J.-P. Chazal, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Archives de philosophie du droit* n° 45, 2001, p. 217.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

610. Quoique laconiques sur d'éventuelles recommandations méthodologiques, les auteurs du droit politique témoignent d'une posture épistémologique tranchée, radicale en ce qu'elle induit une déconstruction de tout ce qui définit la méthode empirique, elle-même caractéristique du positivisme juridique. Les *juspolitistes* refusent de se confiner à la fonction descriptive que leur assignerait le respect scrupuleux des préceptes empiristes, non pas parce qu'il s'agirait là d'une tâche indigne ou rébarbative, mais parce qu'il est selon eux tout bonnement impossible de s'y astreindre effectivement. Se contenter de décrire le droit supposerait que celui-ci dispose d'une objectivité qui lui fait défaut, et que la doctrine adopte à son égard un point de vue neutre et externe, ce qui est irréalisable. Plutôt que d'adhérer aux fictions méthodologiques qui, seules, autorisent à conférer une fonction véritablement descriptive à la science du droit, le droit politique choisit donc de mettre en valeur leur fragilité, voire leur inopportunité.

611. Cette démarche critique à l'encontre de l'empirisme consomme la rupture du droit politique et du positivisme, ou plutôt d'un certain positivisme, tant ce courant a pu être revendiqué par des doctrines les plus diverses. Encore largement dominant en matière juridique, quoiqu'il y ait connu de nombreux évolutions et tempéraments²⁰²⁰, le positivisme distingue la doctrine du droit des autres sciences sociales qui ont, semble-t-il depuis longtemps, renoncé à l'ambition de saisir leur objet sur le modèle des sciences de la nature²⁰²¹. À cet égard, la méthodologie employée par le droit politique fait preuve d'une certaine modernité, probablement inspirée par les incursions fréquentes des *juspolitistes* dans le champ de disciplines voisines. La posture du droit politique pose toutefois la question, désormais pendante, de sa prétention à la scientificité : peut-on faire de la science si l'on ne prétend pas seulement décrire son objet ? Si l'on réfute l'idée

²⁰²⁰ Nous avons eu l'occasion d'évoquer par exemple le positivisme d'Uberto Scarpelli, qui retient une conception renouvelée des postulats de l'empirisme et notamment de la neutralité axiologique. Voir à ce titre, de cet auteur : *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, trad. C. Clavreul, préf. L. Gianformaggio, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1996, 107 p.

²⁰²¹ Jacques Caillosse dénonce en ce sens le « positivisme des professeurs » de droit : « en lui s'exprime, au nom de la neutralité supposée du droit savant, un souci d'échapper à toutes ces disputes qui sont le propre des autres sciences sociales, victimes des modes successives qui suffisent à les disqualifier ». L'auteur ajoute que « [...] la littérature des juristes [...] est indiscutablement parvenue à tenir « le droit » hors des principaux courants de pensée qui, depuis les années 50, ont marqué et structuré les champs de la connaissance », J. Caillosse, « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs », *Droit et société* 1994, p. 130.

d'extériorité du savant à l'égard de cet objet²⁰²² ? La scientificité des théories juridiques s'éprouve en effet, sur le fondement de l'empirisme, par la falsifiabilité des propositions énoncées à ce titre, ce qui implique par ailleurs une différenciation opérante de la doctrine et de son objet²⁰²³. Mais cette garantie se voit privée de toute efficacité dès lors que l'opération de vérifiabilité ne peut se fonder sur une objectivité avérée. Si le droit politique semble en ce sens renoncer à la scientificité de sa théorie, c'est moins par velléité d'émancipation que par le constat de l'impossibilité de se rattacher à des critères à la fois efficaces et probants pour l'établir.

612. Nulle conclusion trop hâtive ne saurait toutefois être formulée à l'issue de cette analyse critique de l'épistémologie empiriste. Le renoncement à ses principes, que traduisent les travaux du droit politique, ne signifie pas que ces derniers soient dépourvus de méthode, de structure ou de logique. Même sans postuler l'objectivité du droit, les *juspolitistes* prétendent participer à la formulation d'une *connaissance* sur lui ; et même s'ils n'adhèrent pas à la possibilité d'une falsifiabilité infaillible au vu du défaut d'empiricité de leur objet, ils n'en revendiquent pas moins un soupçon d'empirisme et la volonté d'énoncer des propositions *correspondant* à leur objet. À ce titre, la fonction essentiellement explicative qu'ils reconnaissent à la doctrine justifie que les théories avancées ne résultent pas d'une déconnexion totale à l'égard des faits dont il est rendu compte. Quoique réticents à reconnaître le bienfondé d'une démarche empiriste, les auteurs du droit politique ne basculent donc pas pour autant vers son pendant méthodologique, l'idéalisme²⁰²⁴, par lequel ils entretiendraient un discours proprement politique *sur* le droit constitutionnel ; le constructivisme qui semble guider leurs pas apparaît alors bien comme une troisième voie épistémologique, trop rarement explorée en tant que telle.

²⁰²² C'est en effet sur cette extériorité et cette autonomie que le positivisme fonde son « idéal de scientificité » ; A. Viala, « De la promotion d'une règle à la normalisation d'une discipline », in B. Mathieu (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris : Dalloz, 2008, p. 525.

²⁰²³ M. Troper, « Tout n'est pas perdu pour le positivisme », *Déviance et société* n° 11-2, 1987, p. 198.

²⁰²⁴ « Ainsi, le dépassement du positivisme et la prise en compte de la légitimité exigée par un ordre juridique démocratique ne commandent pas un discours théologique ou métaphysique [...] », J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les Sens du droit, 2010, p. 150.

CHAPITRE 2 : LE RENONCEMENT À L'IDÉALISME MÉTHODOLOGIQUE

613. La méthodologie juridique est fréquemment envisagée comme l'expression de la dichotomie exhaustive entre empirisme et idéalisme ; toute théorie qui n'emprunterait pas les voies du premier naviguerait nécessairement dans l'anse du second²⁰²⁵. L'épistémologie constructiviste permet en réalité d'envisager une troisième hypothèse, qui résiste à l'une ou l'autre de ces catégories²⁰²⁶, et c'est tout l'enjeu de l'étude méthodologique du droit politique que d'illustrer cette possibilité épistémologique, et les limites qu'elle recèle peut-être. Il apparaît en effet que les auteurs du droit politique, catégoriques dans leur opposition au positivisme et, implicitement par là, à la méthode empirique se gardent bien de soutenir une démarche idéaliste. Cette dernière, au sens méthodologique, peut s'entendre comme une épistémologie essentiellement « prescriptive », qui « [...] relève d'une démarche peu rigoureuse, mais très humaine, et par conséquent fréquente dans l'histoire de la pensée juridique, consistant à juger le droit positif, au-delà de sa simple description, à l'aune d'un idéal éthico-politique tout en revendiquant une démarche scientifique. Autrement dit, il ne s'agit rien de moins que de prescrire le respect d'un idéal en l'érigant au rang de vérité savante et objective [...] »²⁰²⁷. On voit ici que l'idéalisme méthodologique dont il sera ici question n'a que peu à voir avec l'idéalisme ontologique, qui consiste à définir le droit comme un ensemble d'idées, de représentations relevant non d'une existence factuelle, mais de

²⁰²⁵ Cette dichotomie recoupe en effet une autre dichotomie, enracinée dans la science juridique par le positivisme, celle entre description et prescription. Ces deux pendants méthodologiques s'opposent donc par la fonction distincte qui caractérise chacun d'eux. Ce lien est mis en lumière par les professeurs Rousseau et Viala : « depuis la célèbre distinction soulignée avec force par Max Weber entre le savant et le politique, chacun connaît la frontière que ne saurait transgresser le premier sans perdre son statut de savant. Extérieur à son objet, celui-ci ne saurait assortir les conclusions qu'il dégage de ses observations d'un quelconque jugement de valeur dont la seule émission ferait peser sur celles-ci le moindre soupçon d'insincérité. Une science inféodée à la poursuite d'un idéal axiologique ne peut alors prendre la forme que d'un discours normatif dont l'objet est d'ériger indûment le résultat d'orientations idéologiques en données explicatives d'évidence. La forme explicative du discours est ainsi dénaturée au service d'une finalité substantiellement normative », D. Rousseau, A. Viala, « Avant-propos », in D. Rousseau, A. Viala (dir.), *Le droit, de quelle nature ? Actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007*, Paris : Montchrestien, coll. Grands Colloques, 2010, p. VII.

²⁰²⁶ En réalité, d'autres pistes méthodologiques sont développées par la doctrine. C'est notamment le cas d'Alexandre Viala qui envisage le *criticisme* comme troisième voie. Voir en ce sens : A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 137-138 et p. 191 et ss. Ce criticisme ne recoupe pas tout à fait ce que nous appelons ici constructivisme, quoique le terme soit également employé par l'auteur ; voir en ce sens : A. Geslin, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », in B. Sergues (dir.), *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, coll. Actes de colloques, 2015, p. 91 note 60.

²⁰²⁷ A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 135.

l'esprit humain²⁰²⁸. Le droit politique se présente sans nul doute comme une théorie idéaliste au sens ontologique du terme puisqu'il définit le droit comme un ensemble de représentations discursives et conceptuelles²⁰²⁹. Nous aimerions toutefois montrer qu'il ne saurait être trop rapidement assimilé à un idéalisme *méthodologique*, dès lors qu'il ne déploie pas une rhétorique prescriptive²⁰³⁰.

614. À maints égards en effet, l'épistémologie du droit politique semble hostile à cette perspective. Certes, ses auteurs refusent de cantonner leurs discours à la description et s'autorisent régulièrement à professer des jugements à l'encontre du système de droit positif qu'ils étudient. Mais leurs travaux ne se fondent jamais, directement ou médiatement, sur un idéal axiologique *prédéterminé*. Bien sûr, les auteurs *juspolitistes* ne peuvent échapper au constat qu'ils ont eux-mêmes établi, de l'impossible neutralité de la doctrine ; ils avouent ainsi presque l'orientation éthique irrémédiable que traduisent leurs discours. Pour autant, leurs raisonnements théoriques ne mobilisent pas d'arguments d'autorité, indémontrables et irréfutables, qui traduiraient, sous couvert d'une prétention scientifique, leur engagement axiologique. Ils *proposent* davantage qu'ils n'*imposent* leur conception du droit. Ils se distinguent en cela de nombre de méthodes juridiques qui ont au contraire versé dans une forme d'absolutisme scientifique, en fondant leurs théories sur des postulats pétris de subjectivité idéologique. C'est par le prisme de l'épistémologie constructiviste qu'apparaît la dissemblance entre la démarche du droit politique et celle qui mettrait en œuvre un idéalisme méthodologique, car, malgré un scepticisme certain à l'égard de l'empirisme, elle implique un retour permanent des arguments scientifiques à l'expérience²⁰³¹. Elle est donc *a priori* incompatible avec une démonstration qui

²⁰²⁸ Alexandre Viala décrit en ces termes l'avènement de l'idéalisme dans la philosophie moderne : « désormais, le réel n'existe plus objectivement en soi. Il n'existe plus qu'à travers le prisme de la pensée et de la volonté du *sujet*. Seul à détenir le privilège de l'irréductibilité, celui-ci crée l'objet en s'en faisant une représentation, une *idée* », *ibid.*, p. 32.

²⁰²⁹ Un auteur écrit en ce sens que « les concepts du droit politique ne sont pas issus de la nature et n'ont pas d'essence particulière. [...] Ils sont considérés comme des produits de l'histoire et de la volonté humaine, donc préexistants à l'observateur d'aujourd'hui. Ils se présentent donc par-dessus tout comme des *idées* », S. Van Ouwerkerk, *Penser les formes d'État. Un état de la pensée publiciste française*, thèse dact., Toulouse, 2019, p. 153.

²⁰³⁰ C'est ce que constate Eleonora Bottini à propos du droit politique : E. Bottini, *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2016, p. 422.

²⁰³¹ Le constructivisme implique en effet cette dualité scientifique qui combine pratique et rationalisation. Bachelard évoquait à ce titre « [...] cette étrange ambiguïté qui veut que toute pensée scientifique s'interprète à la fois dans le langage réaliste et dans le langage rationaliste. Peut-être [...] devrait-on prendre comme une première leçon à méditer, comme un fait à expliquer, cette impureté métaphysique entraînée par le double sens de la preuve scientifique qui s'affirme dans l'expérience aussi bien que dans le raisonnement, à la fois dans un contact avec la réalité et dans une référence à la raison »,

reposerait sur des arguments d'autorité indémontrables. S'il peut apporter la preuve de sa démarche constructiviste plutôt qu'idéaliste, le droit politique se ménage donc une voie vers la scientificité, celle-ci pouvant être éprouvée non par l'adéquation de propositions descriptives à un objet, mais par la seule cohérence logique des propositions en elles-mêmes²⁰³².

615. Une telle preuve n'est pourtant pas facile à apporter, à plusieurs égards. D'abord, l'idéalisme méthodologique peut être difficile à déceler et, par voie de conséquence, son absence difficile à prouver de façon rédhitoire. Comment savoir définitivement si une théorie n'a pas d'autre finalité que la satisfaction des intérêts politiques de son auteur ? L'impossibilité de répondre catégoriquement à une telle question démontre assez le caractère nécessairement imparfait de la démarche ici adoptée. Ensuite, le droit politique est régulièrement assimilé à une forme de droit naturel²⁰³³, lui-même considéré comme le parangon des épistémologies idéalistes²⁰³⁴. Quoique cette accusation nous semble procéder d'une méprise ou d'une lecture trop rapide, elle n'en suppose pas moins, pour être désamorcée, une dissection approfondie de la méthode *juspolitiste*. Or, et c'est là l'ultime difficulté, le droit politique, quoiqu'il se défende vigoureusement de tout naturalisme²⁰³⁵, reste réservé sur la question de sa propre méthodologie. Malgré des

G. Bachelard, *Le nouvel esprit scientifique*, Paris : PUF, coll. Nouvelle encyclopédie philosophique, 10^e éd., 1968, p. 3.

²⁰³² Face aux failles immanquables de la falsifiabilité en matière juridique, c'est souvent dans la cohérence et la logique des propositions formulées par la doctrine que repose un critère alternatif de la scientificité. Norberto Bobbio recommandait ainsi le critère de la rigueur du discours construit au titre de la science : « la science du droit n'est [...] ni une science empirique ni une science formelle, [...] elle tient en un certain sens des deux [...]. En fait toute recherche qui prétend avoir une valeur scientifique, consiste – outre une partie constitutive de la recherche qui la fonde comme science empirique si la recherche est tournée vers des faits d'expérience, ou comme science formelle si la recherche est tournée vers l'élément formel de l'univers de la recherche – en une partie proprement critique, consistant dans la *construction d'un langage rigoureux*, à travers lequel seulement la recherche peut acquérir une valeur scientifique », N. Bobbio, « La science du droit comme analyse du langage », in C. Grzegorzczak, F. Michaut, M. Troper (dir.), *Le positivisme juridique*, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1993, p. 268 ; nous soulignons.

²⁰³³ Deux auteurs ont ainsi pu écrire récemment que la posture du droit politique caractérise une « démarche de type naturaliste [qui] se combine, non sans un certain paradoxe, avec un rejet explicite de l'approche naturaliste », X. Magnon, A. Vidal-Naquet, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p. 122. Nous choisirons au contraire de considérer que ce « rejet explicite » témoigne justement d'une conception plus nuancée que ne le suggère une catégorisation sommaire comme théorie de droit naturel.

²⁰³⁴ « [L'] habile dissimulation – idéologique – par laquelle des jugements de valeur se font passer pour des jugements de réalité est couramment opérée, en droit, au moyen du concept de nature. La nature est alors cette réalité dont le juriste se pare pour dire ce que le droit devrait être alors qu'on doit attendre de lui, au regard des exigences de la déontologie savante, qu'il se contente de dire ce qu'il est », D. Rousseau, A. Viala, « Avant-propos », in D. Rousseau, A. Viala (dir.), *Le droit, de quelle nature ? Actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007*, Paris : Montchrestien, coll. Grands Colloques, 2010, p. VIII.

²⁰³⁵ Jean-Marie Denquin récuse ainsi toute référence au jusnaturalisme dans ses travaux. « Il importe de préciser – écrit-il – que cette observation ne procède d'aucune nostalgie jusnaturaliste. La controverse entre

indices semés à travers ses travaux, la reconstruction de sa démarche relève donc tout à la fois du tâtonnement et de la spéculation. En ce sens, il semble plus facile, pour mettre au jour l'épistémologie du droit politique, de déterminer d'abord ce qu'elle n'est pas. Il apparaît à cet égard qu'il est possible de démontrer une rupture entre une méthodologie idéaliste et la perspective adoptée par le droit politique. La première se détecte en effet lorsqu'un « idéal axiologique », par définition subjectif, joue le rôle d'« outil scientifique »²⁰³⁶ dans la démonstration menée. La conception du droit qui perce sous les arguments *juspolitistes* n'offre pourtant aucune prise à une telle confusion, ce qui permet de distinguer la théorie ainsi formulée des démarches habituellement rangées sous la bannière de l'idéalisme méthodologique (Section 1). Ce premier constat mérite toutefois d'être affiné, dans une perspective qui confine au paradoxe, dès lors que l'analyse conceptuelle que les *juspolitistes* livrent du droit constitutionnel peut être envisagée comme le moyen pour eux d'entretenir une méthode résolument critique, voire prescriptive (Section 2).

positivisme et jusnaturalisme porte sur la question de savoir quels objets on admet dans la catégorie du droit. On peut adopter un postulat positiviste – c'est-à-dire exclure le droit naturel de la catégorie du droit – sans pour autant ignorer que le droit positif s'inscrit dans un contexte anthropologique qui le dépasse et avec lequel il est en interaction. Prendre le droit comme unique valeur est au contraire une position jusnaturaliste dans la mesure où elle implique une importation massive de droit naturel – rhétorique des droits de l'homme – qui se retourne paradoxalement en une sorte d'hyperpositivisme : le juge justifie le droit qu'il crée par sa qualité de juge et sa qualité de juge par le droit qu'il crée – bref ne s'autorise plus que de lui-même », J.-M. Denquin, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008. Pierre-Marie Raynal se défend de la même accusation : P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 248-250.

²⁰³⁶ A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 135.

Section 1 : Des présupposés dénués de propension éthique

616. Quoiqu'ils n'envisagent que rarement la question sous un angle méthodologique, les travaux du droit politique n'en témoignent pas moins d'une réticence critique à l'égard de l'idéalisme épistémologique. Leurs auteurs ne semblent en effet pas adhérer à une méthodologie prescriptive, par laquelle leurs arguments fondamentaux traduiraient un attachement absolu à des valeurs éthiques indémonstrables. Les thèses *juspolitistes*, largement concentrées sur l'ontologie juridique, font au contraire prévaloir une définition du droit qui ne revêt pas le caractère absolu et impératif que lui prêtent les démarches idéalistes. La plus célèbre d'entre elles, le jusnaturalisme²⁰³⁷, repose ainsi sur le postulat d'un droit échappant à la volonté des hommes, mais s'imposant irrémédiablement à eux²⁰³⁸. Or, plusieurs arguments du droit politique ont été suspectés de relever du droit naturel²⁰³⁹, ce qui traduirait une méthodologie profondément idéaliste. Nous voudrions démontrer ici que la démarche du droit politique est en réalité profondément distincte de celle qui porte les thèses de droit naturel.

617. De tels développements impliquent de concéder un nouveau détour par la question de l'ontologie *juspolitiste* : c'est à travers les objets construits par le droit politique que la méthode non idéaliste mise en œuvre est susceptible de se manifester. L'idéalisme méthodologique s'éprouve en effet habituellement par le fait qu'« il tend à faire de la

²⁰³⁷ Les nombreuses théories du droit naturel sont difficiles à rassembler sous un seul vocable, du fait de leur diversité. Michel Villey réservait par exemple le terme de « jusnaturalisme » aux doctrines classiques du droit naturel. Voir par exemple : M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, préf. S. Rials, Paris : PUF, coll. Quadrige. Manuel, 2006, p. 598. Pour autant, toutes les doctrines du droit naturel ont en commun de postuler l'existence d'un droit étranger à la volonté des hommes. Xavier Magnon écrit ainsi que « malgré la diversité des thèses se réclamant du droit naturel, une certaine unité se dégage à travers l'affirmation d'un idéal de justice supérieur au droit positif qui s'impose au pouvoir », X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Paris : Ellipses, coll. Universités – Droit, 2008, p. 16. On retrouve ici la même objection qu'exprimait déjà Kelsen : « c'est précisément dans le fait qu'il est « posé » par la volonté humaine que réside, par rapport au droit naturel, la « positivité » d'un droit ; c'est un fondement de validité essentiellement étranger au droit naturel, précisément parce que celui-ci, en tant qu'ordre « naturel », n'est pas produit par l'homme, et qu'il est même considéré comme ne pouvant être le produit d'un acte humain », H. Kelsen, « La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique », (1928) in *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 438.

²⁰³⁸ Le droit naturel se distingue ainsi du droit positif en raison notamment de sa validité absolue, qui découle elle-même de son défaut d'origine humaine, artificielle : *ibid.*, p. 438-441.

²⁰³⁹ Elisabeth Zoller associe par exemple deux des thèses que nous avons identifiées au titre du droit politique, à l'expression du jusnaturalisme lorsqu'elle écrit : « la constitution non écrite pose le problème de la supra-constitutionnalité, c'est-à-dire le problème du droit naturel » ; É. Zoller, La question des règles non écrites aux États-Unis, in P. Avril, M. Verpeaux (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Droit public, 2000, p. 145.

science une combinaison *a priori* de concepts abstraits et généraux »²⁰⁴⁰ et à se fonder, « [...] pour établir la valeur objective des idées, [sur] des arguments spéculatifs tirés de la véracité et de la sagesse divines »²⁰⁴¹. Étudier la méthodologie en cause implique donc de rechercher si l'ontologie que nous avons pu identifier au titre du droit politique repose *in fine* sur de tels postulats ; il s'agit alors de vérifier si les propositions formulées au titre du droit politique s'inspirent effectivement de concepts *a priori*, établis en dehors de toute vérification empirique.

618. En réalité, il est aisé de concevoir que la théorie *juspolitiste* échappe efficacement à la plupart des pièges méthodologiques de l'idéalisme, moins parce que ses auteurs l'affirment expressément, que parce que les thèses alors défendues ne permettent pas de le classer parmi les différents courants qui ont emprunté une telle voie. Le droit politique accorde en effet une considération équilibrée entre la part d'artificialisme et la part de déterminisme qui seraient aux fondements du droit (§1). En outre, il suggère une conception relativiste du droit, dans la mesure où le droit politique ne reconnaît aux données juridiques qu'une validité *relative* à un contexte social, politique et historique établi. Le droit politique renonce ainsi logiquement aux arguments éthiques dotés d'une valeur absolue, objective, et qui constituent les présupposés habituels d'une méthode idéaliste (§2).

§1 : Une conception artificialiste du droit

619. Toute l'ontologie du droit politique, qui constitue le cœur de ses travaux, traduit une conception artificialiste du droit : ce dernier est fondamentalement forgé par l'action des hommes, et dans un cadre politique déterminant. Le terme même de « politique » adjoint à celui de droit, revêt d'ailleurs à ce titre une portée nouvelle, puisqu'il souligne l'essence humaine et sociale du droit, en faveur de laquelle est engagée la démonstration menée par les *juspolitistes*²⁰⁴². Pas de validité objective, naturelle, intangible donc dans leurs travaux : le droit est le produit de l'activité des hommes. Le droit politique adopte donc le principe du monisme juridique, ce qui le distingue drastiquement des théories du droit

²⁰⁴⁰ J. Halleux, « L'Objet de la science sociale. Introduction générale à la sociologie », *Revue néo-scholastique* n° 12, 1896, p. 343.

²⁰⁴¹ *Ibid.*

²⁰⁴² Carlos-Miguel Pimentel écrit par exemple que le droit « [...] n'a de sens que comme lien social », C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

naturel (A). Pour autant, il ne repose pas non plus sur un volontarisme exacerbé, qui réduirait le droit à l'expression d'une volonté objectivée, ce qui lui permet d'échapper, paradoxalement, à une autre forme d'idéalisme (B).

A. Une conception moniste du droit

620. Les écrits du droit politique ne contiennent aucune mention d'un droit qui ne serait pas « positif », c'est-à-dire établi par une autorité publique²⁰⁴³ ; la théorie qui en résulte est donc *a priori* émancipée de toute considération éthiquement déterminée qui, pour s'imposer avec une autorité à la hauteur de son infalsifiabilité, revêtirait les traits du droit naturel. Le droit politique retient au contraire une définition moniste du droit, démontrant ainsi une hypothèse artificialiste latente. En ceci, ses auteurs se placent dans l'héritage culturel de la modernité et, partant, dans la rupture à l'égard des tenants du naturalisme ancien (1). Ce dernier constat peut être à la fois tempéré et confirmé par l'absence d'arguments fondamentalement éthiques qui viendraient parsemer leurs travaux (2).

1. Une théorie moderne

621. En retenant une conception moniste du droit, en construisant une ontologie centrée autour du seul droit positif, le droit politique se coule manifestement dans le sillage de la modernité : il donne en effet à voir une posture au moins partiellement subjectiviste²⁰⁴⁴,

²⁰⁴³ Jean-Marie Denquin renvoie ainsi dos à dos le jusnaturalisme et le positivisme : « le jusnaturalisme est une vaste pétition de principes : il suppose ce qu'il faudrait poser et ne constituera donc jamais qu'une réponse verbale à la question de la fondation du droit. Mais ce que l'on pourrait appeler le positivisme au sens fort n'est pas non plus satisfaisant. Car rêver d'une complétude du droit garantie par son autofondation est une illusion », J.-M. Denquin, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008. Il ne renonce pas pour autant au postulat de la « positivité » du droit.

²⁰⁴⁴ En philosophie morale, le subjectivisme procède de l'idée que « [...] l'éthique est d'une manière ou d'une autre notre propre création ou représente un domaine qui se donne sa propre loi » ; S. Blackburn, « Subjectivisme moral », in M. Canto-Sperber (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, t. 2, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 4^e éd., 2004, p. 1881. En matière juridique, le subjectivisme consiste à faire des droits de l'individu à la fois le fondement et la fin du droit. Voir en ce sens les développements de Michel Villey dans un chapitre dédié au droit comme « service des hommes » : M. Villey, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 95 et ss. Au-delà de la finalité individualiste et libérale du subjectivisme juridique, celui-ci se traduit logiquement par la personnalisation du système juridique : « [...] la théorie subjectiviste classique [...] essaie d'appliquer au groupe la problématique de l'individu au travers de la personne morale, en constituant le collectif juridique à partir de l'individu et à son image », É. Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société* n°s 30-31, 1995, p. 399. C'est donc tout

caractéristique d'une rupture à l'égard d'une théorie classique, notamment aristotélicienne, du droit. Cette révolution philosophique, symbolisée par les travaux de Descartes et qui consiste à placer l'homme et la Raison au centre du monde de la pensée, promeut en effet une conception renouvelée du droit. En ce sens, « [...] l'idée du bien et du juste, la charge de déterminer la mesure des comportements humains se sont détachées de la connaissance des choses pour trouver leurs ressources dans l'action et dans la volonté. Une logique subjectiviste où le devoir-être ne pouvait jaillir que de la liberté du sujet s'est alors imposée au monde occidental »²⁰⁴⁵. La modernité opère ainsi une mutation de la conception du droit, susceptible de le rendre plus conforme aux préceptes philosophiques qui la fondent ; elle se caractérise dès lors par « l'idée que le droit est pour l'essentiel un produit non de la nature, mais de l'*esprit* »²⁰⁴⁶.

622. La marque la plus éclatante de la modernité du droit politique réside dans son adhésion à ce qu'emporte de conséquences cette unification des sources du droit autour de l'homme. Le monisme ontologique qui en résulte s'épanouit en effet dans l'identification d'une forme politique unitaire à laquelle est attribué le monopole de la production normative, l'État. Parangon de la modernité juridique²⁰⁴⁷, l'État et ses déclinaisons – la puissance publique au sens large – apparaissent originellement comme la manifestation privilégiée du subjectivisme en droit. Celui-ci atteint son paroxysme avec l'avènement de l'État-nation, ainsi que l'a démontré notamment Jacques Chevallier : « l'idée selon laquelle les individus sont titulaires de droits face au pouvoir constitue un élément fondamental de la modernité juridique [...]. Cette vision subjectiviste s'étend à l'organisation politique, comme en témoigne en France le lien établi entre la Nation et l'État »²⁰⁴⁸.

623. Le droit politique se présente sans peine comme l'héritier du subjectivisme de la modernité : ses travaux sur l'État, considéré comme la source exclusive du droit positif²⁰⁴⁹, ou sur la souveraineté constituante, envisagée comme l'expression de la

naturellement que le subjectivisme appelle le volontarisme, soit l'idée selon laquelle le droit est le produit de la volonté des hommes.

²⁰⁴⁵ A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 30.

²⁰⁴⁶ M. Villey, *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Paris : Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1969, p. 41.

²⁰⁴⁷ S. Goyard-Fabre, *L'État, figure moderne de la politique*, Paris : A. Colin, coll. Coursus. Série Philosophie, 1999, 186 p.

²⁰⁴⁸ J. Chevallier, *L'État post-moderne*, Paris : Maison des Sciences de l'Homme, Issy-les-Moulineaux : LGDL-Lextenso, coll. Droit et société, 4^e éd., 2014, p. 103.

²⁰⁴⁹ Voir *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre 1, section 2, §1, A, 1.

volonté populaire²⁰⁵⁰, sont à ce titre éloquentes. Il ne se distingue guère, à cet égard, de la plupart des courants positivistes qui ont contribué à la doctrine juridique du XX^e siècle ; « le positivisme juridique [y] est [...] décrit comme historiquement lié au développement d'une forme spécifique d'organisation politique, l'État moderne »²⁰⁵¹. Même dans le cadre d'une approche objectiviste comme celle qu'adoptait Hans Kelsen, l'État, concept vidé de sa substance politique²⁰⁵², reste le point d'imputation ultime de la positivité du droit et, partant, un critère à l'encontre de sa naturalité. Le maître autrichien écrivait en ce sens que « [...] l'État est la forme achevée du droit positif »²⁰⁵³.

624. Certes, le positivisme contemporain résulte d'une rupture avec le subjectivisme juridique porté par la modernité²⁰⁵⁴, mais il ne s'agit que d'une rupture relative ; l'un des traits communs à ces deux postures *a priori* distinctes consiste justement en une conception moniste du droit, nécessairement issu d'une entité un tant soit peu centralisée. Paradoxalement, ce monisme peut déjà être décelé dans les théories dites du droit naturel moderne, qui porteraient ainsi en germe le positivisme juridique. C'est ce que démontrait notamment Michel Villey à propos de Thomas Hobbes, qu'il préférait rattacher au positivisme qu'au droit naturel : si la théorie du Léviathan repose fondamentalement sur la loi naturelle qui confère des droits subjectifs aux individus, elle conduit à l'évanouissement de toute donnée juridique naturelle au profit de la seule volonté législative du Prince. Ainsi Villey écrivait-il : « Hobbes accepte pleinement l'existence de la *loi* naturelle morale et le rôle décisif qu'elle tient au principe des actions humaines, mais non pas qu'elle soit *juridique*. Il n'est pas *jus-naturaliste*. Le *droit* naturel doit

²⁰⁵⁰ Voir *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre 2, section 2, §2, B, 1.

²⁰⁵¹ C. Agostini, « Science du droit, jugement de validité et évaluation », *Droit et société* n^{os} 36-37, 1997, p. 462. L'auteur vise spécifiquement ici le positivisme d'Uberto Scarpelli. Ce dernier considérait même le juspositivisme « [...] comme un mouvement orienté vers l'affirmation et la conservation de l'État moderne, comme une tendance de la discipline juridique qui a donné à l'État moderne le type de juriste théoricien et praticien dont il avait besoin », U. Scarpelli, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, trad. C. Clavreul, préf. L. Gianformaggio, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1996, p. 61.

²⁰⁵² « Kelsen insiste [...] sur le fait que l'État n'a qu'une existence idéale, il n'est pas un être réel ». Ainsi, dans sa théorie, « [...] d'une part il ne peut y avoir d'unité que juridique ; d'autre part, l'État « réel » c'est le droit positif », C.M. Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Québec : Presses universitaires de Laval, coll. Diké, 2004, p. 45. Sous la plume de Kelsen, l'État fait donc l'objet d'une « dissolution » ; *ibid.* p. 43.

²⁰⁵³ H. Kelsen, « La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique », (1928) in *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 439.

²⁰⁵⁴ On peut en effet considérer que le positivisme est désormais plus enclin à l'objectivisme ontologique qu'au subjectivisme. Voir en ce sens : A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 84 et ss.

mourir dans la philosophie moderne [...] »²⁰⁵⁵. C'est d'ailleurs sur ce fondement qu'il faudrait, selon Villey, regarder Hobbes comme « le fondateur du *positivisme juridique* »²⁰⁵⁶.

625. Sans pouvoir donc conclure de sa seule adhésion au monisme juridique que le droit politique présente une ontologie davantage subjectiviste ou objectiviste, au moins apparaî-t-il qu'il épouse des traits finalement très proches et aussi ambigus que le positivisme juridique lui-même et qu'il est comme lui un héritier de la modernité. Si les auteurs du droit politique retiennent donc une acception moniste du droit, cela ne signifie toutefois pas qu'ils en postulent une conception ontologiquement unitaire ou cohérente : nous avons déjà évoqué la réticence des *juspolitistes* à l'égard d'une démarche analytique reposant sur un tel présupposé²⁰⁵⁷. Mais au moins restent-ils sourds à l'appel du droit naturel, en consacrant une définition du droit exclusivement fondée sur la positivité.

626. Bien que la modernité constitue un héritage commun au droit politique et au positivisme juridique, elle ne leur a cependant pas légué tout à fait les mêmes enseignements. En fervent critique de la modernité, Michel Villey lui reconnaissait par exemple des méfaits dont il serait plus aisé d'identifier les traces dans le positivisme juridique, que dans le droit politique contemporain. Ainsi le philosophe dénonçait-il le normativisme exclusif²⁰⁵⁸, le formalisme²⁰⁵⁹ et l'importance disproportionnée accordée à la sanction²⁰⁶⁰ dans l'acception moderne du droit, autant de manifestations du positivisme que le droit politique s'empresse lui-même de déconstruire, comme nous l'avons vu²⁰⁶¹. Les points communs qu'entretiennent les travaux *juspolitistes* avec la pensée de Villey sont toutefois circonscrits à une approche critique du positivisme. Nulle trace, en effet,

²⁰⁵⁵ M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, préf. S. Rials, Paris : PUF, coll. Quadrige. Manuel, 2006, p. 606.

²⁰⁵⁶ *Ibid.*, p. 611.

²⁰⁵⁷ Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 1.

²⁰⁵⁸ Ainsi, le « normativisme moderne » était-il vilipendé par le philosophe du droit, en raison de sa tendance à « [...] expulser de l'art juridique toute référence à la nature. La logique du positivisme, comme aussi du rationalisme, conduit le juriste à fermer les yeux sur les choses, à vivre dans le monde clos des normes », M. Villey, *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Paris : Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1969, p. 42.

²⁰⁵⁹ La loi civile telle que décrite par Hobbes et fondant ensuite l'ontologie positiviste, renvoie, selon Michel Villey, à « [...] des mots, des sons ou des lettres, des réalités perceptibles existantes, en chair et en os si l'on ose dire, les seules qui entrent en ligne de compte dans la science de type moderne », M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, préf. S. Rials, Paris : PUF, coll. Quadrige. Manuel, 2006, p. 608.

²⁰⁶⁰ « Derrière la loi de Léviathan, il y a l'épée du souverain. Voici le moment où la *sanction* devient le critère du juridique », *ibid.*, p. 609.

²⁰⁶¹ Voir en ce sens *supra*, Partie I, Titre I, Chap. 1 et 2 et Titre II.

dans ces écrits, du droit naturel classique dont le philosophe se faisait le porte-parole²⁰⁶². Quoiqu'elle ne témoigne pas d'un attachement éperdu aux leçons de la modernité, la théorie du droit politique n'en est pas moins marquée par l'ère du subjectivisme. Comme le positivisme d'ailleurs, et contre Villey, elle ne repose pas sur des présupposés axiologiques immanents, qui infirmeraient le monisme auquel elle semble adhérer.

2. Une théorie axiologiquement indéterminée

627. Sans puiser dans un droit concurrent au droit positif les arguments d'une posture prescriptive, caractéristique de l'idéalisme méthodologique, le droit politique ne préconise pas non plus, sous couvert de description scientifique, le respect de valeurs éthiques subjectives qui surplomberaient et commanderaient à la validité du droit. Il ne dote ainsi pas son objet juridique d'un fondement axiologiquement déterminé qui se logerait ailleurs que dans le droit positif. Dans cette perspective, trois pistes seraient envisageables, que le droit politique rejette l'une après l'autre. L'une d'entre elles au moins, présente pourtant des liens étroits avec la modernité juridique, à l'instar du droit politique : il s'agit de l'idéalisme subjectiviste dont l'un des représentants les plus éminents fut Thomas Hobbes. Ce dernier, en proposant la théorie du Léviathan, a fondé toute l'origine de l'État et du droit dans le droit naturel des individus²⁰⁶³ : « tout le droit est reconstruit par Hobbes, par degrés successifs, sur la marche première du droit subjectif [...] Au faîte de l'ordre juridique, une seule et unique règle, celle qui interdit de violer les pactes. Mais cette règle elle-même dérive du droit naturel de l'individu. Tel est le nouveau roc sur lequel Hobbes a bâti sa politique »²⁰⁶⁴. Michel Villey, grand détracteur de la pensée moderne, a certes pu exclure Hobbes des doctrines jusnaturalistes en estimant que sa théorie conduit en réalité au fait que, « [...] au droit naturel de l'état de

²⁰⁶² L'engagement de Villey en faveur du droit naturel n'est plus à démontrer. Voir en ce sens les longs développements qu'il consacre à une « philosophie de la nature » et au « droit naturel » : M. Villey, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 243-271.

²⁰⁶³ Hobbes identifie deux lois de nature qui sont au fondement de la société civile : la première consiste à « [...] rechercher la paix et s'y attacher ; la seconde est la somme du droit naturel : *que chacun a le droit de se défendre par toutes voies et tous moyens* », T. Hobbes, *Léviathan*, Partie I, Chap. XIV, trad. F. Tricaud, M. Pécharman, Paris : Librairie philosophique J. Vrin, Dalloz, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 2004, p. 112.

²⁰⁶⁴ M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, préf. S. Rials, Paris : PUF, coll. Quadrige. Manuel, 2006, p. 581-582.

nature se substitue dans l'état civil un droit qui *n'est plus que positif* »²⁰⁶⁵. Pour autant, lui-même ne niait pas la dimension axiologique imprégnant l'œuvre du philosophe anglais : si la souveraineté du Prince a pu advenir, c'est sur le fondement de droits subjectifs naturels qui survivent au moins partiellement à la conclusion des pactes fondateurs²⁰⁶⁶. L'engagement de Hobbes est connu, en faveur des libertés qu'il juge naturelles²⁰⁶⁷. Le postulat du droit naturel comme origine de tout pouvoir n'est donc pas seulement une hypothèse didactique, mais aussi le moyen d'une prescription substantielle quant à la teneur de l'action juridique mise en œuvre par l'État²⁰⁶⁸. C'est à ce titre que cette pensée contractualiste peut être appréhendée comme le résultat d'une méthodologie idéaliste.

628. Un tel raisonnement est absent de la pensée exprimée au titre du droit politique. Certes, ses travaux témoignent d'un engagement latent en faveur des droits et libertés inspirés du même idéalisme. Mais cet engagement n'est pas émancipé de la considération du droit positif contemporain et il ne vise pas des valeurs arbitrairement apposées au fondement de l'ordre juridique. La définition retenue du constitutionnalisme est à ce titre éclairante car, si elle est fondée sur la référence aux valeurs de la « philosophie politique libérale »²⁰⁶⁹ – la limitation du pouvoir et la protection de la sphère individuelle –, elle est moins révélatrice d'un droit naturel qui commanderait la validité du droit que de l'historicité du phénomène constitutionnel²⁰⁷⁰. La théorie du droit politique ne dépend donc pas elle-même de l'existence préalable de valeurs : en postulant que le droit peut naître du fait et que la souveraineté constituante dispose d'une autorité normative absolue, les *juspolitistes* peuvent faire l'économie d'un droit naturel axiologiquement déterminé et sous-tendant leur ontologie. Même lorsqu'ils prennent position en faveur d'une prétendue

²⁰⁶⁵ *Ibid.*, p. 598.

²⁰⁶⁶ *Ibid.*, p. 586.

²⁰⁶⁷ Le philosophe anglais identifie ainsi dix-neuf lois naturelles, qui sont moins des droits subjectifs que des préceptes rationnels de la vie civile : T. Hobbes, *Léviathan*, Partie I, Chap. XV, trad. F. Tricaud, M. Pécharman, Paris : Librairie philosophique J. Vrin, Dalloz, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 2004, p. 121 et ss.

²⁰⁶⁸ Le Souverain hobbesien, « [...] en vertu de sa génération et de sa personnalité juridique, [...] ne peut poser de lois qui s'opposent aux réquisits de la raison dont il est l'œuvre. [...] Or, ces impératifs rationnels que le Souverain ne peut, sans danger de mort, ne pas écouter, ce sont les lois naturelles [...] », S. Goyard-Fabre, *Le droit et la loi dans la philosophie de Thomas Hobbes*, Paris : C. Klincksieck, 1975, p. 177.

²⁰⁶⁹ O. Beaud, « Constitution et constitutionnalisme », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 134.

²⁰⁷⁰ *Ibid.*, p. 141.

« supraconstitutionnalité »²⁰⁷¹, ils appuient leur argument sur le droit positif lui-même²⁰⁷². Ils ne présentent donc pas une théorie comparable à celles du droit naturel moderne.

629. De même, le droit politique résiste à l'assimilation au jusnaturalisme classique. Ce constat n'est toutefois pas immédiat, tant les liens qu'entretient la doctrine *juspolitiste* avec l'un de ses illustres représentants, Michel Villey, peuvent sembler ambigus ; le philosophe a manifestement influé sur l'existence même d'une doctrine de droit politique, dont l'un des socles institutionnels – l'Institut Michel Villey – porte d'ailleurs le nom, et qui emprunte l'un de ses concepts fétiches – le droit politique – pour se désigner lui-même. Pour autant, au-delà d'une aspiration commune à la philosophie et à l'histoire, il semble que le droit politique dont il s'agit ici ne partage avec la pensée de Michel Villey, ni sa conception du droit, ni sa méthodologie. Radicalement opposé au monisme juridique, le philosophe a entendu consacrer trois niveaux d'existence du droit, selon un modèle déjà établi par Aristote²⁰⁷³ : le droit positif, celui qui adopte une forme spécifique, souvent écrite²⁰⁷⁴, le droit naturel, livré par le *cosmos*²⁰⁷⁵, et le droit politique qui représente l'articulation dialogique des deux premiers²⁰⁷⁶. Dans cette hypothèse, tout le droit ne se comprend qu'à la lumière du droit de nature, qui doit guider le droit politique comme le droit positif²⁰⁷⁷ et qui est lui-même porteur de valeurs arrêtées par Michel

²⁰⁷¹ Voir en ce sens *supra*, Partie I, Titre II, Chap. 2, Section 1, § 2, B, 2.

²⁰⁷² À propos de la thèse de l'existence de principes constitutionnels échappant au pouvoir de révision, Denis Baranger estime ainsi qu'« [il est faux] de faire valoir que ses promoteurs présupposent l'existence de normes supérieures à la constitution. En réalité, ils ne font rien de tel », D. Baranger, « Un chantier qui ne prend jamais fin. Le juge, les révisions, et les autres formes de changement constitutionnel dans la France contemporaine », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017.

²⁰⁷³ Dans une telle perspective, le juriste doit chercher le droit dans le « [...] rapport entre une situation de fait et des règles générales. Ce rapport est une fusion entre la nature des choses (*to dikaion phusikon*) et le droit positif (*to dikaion nomikon*) qui fut dénommée « droit politique » (*to dikaion politikon*) par Aristote », S. Bauzon, *Le métier de juriste : du droit politique selon Michel Villey*, Sainte-Foy (Québec) : Presses universitaires de Laval, coll. Diké, 2003, p. 10-11.

²⁰⁷⁴ « Alors que nous hypostasions sous l'étiquette de « droit » positif » des lois fixes, stabilisées, – l'être naturel est mouvant, tendu entre la « puissance » et l'« acte ». Et ainsi en est-il du droit », M. Villey, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 4^e éd., 2001, p. 311.

²⁰⁷⁵ C'est en effet le *cosmos*, en tant qu'ordre naturel des choses, qui donne à voir le droit naturel, mais celui-ci est surtout caractérisé par le *telos*, c'est-à-dire sa finalité ultime, qui permet d'ancrer dans la nature des valeurs absolues : *ibid.*, p. 252-254.

²⁰⁷⁶ Antonio Punzi écrit en ce sens que « le droit politique de Villey [...] est un droit en actes et essentiellement pluriel, inscrit dans les codes, mais incarné dans l'histoire d'une communauté, un droit de raison et de passion, non pas seulement voulu par *un*, mais également interprété, argumenté, appliqué par *beaucoup d'autres* », A. Punzi, « Pour une philosophie réaliste du droit. Villey et les équivoques sur le droit naturel », *Droit et société* n° 71, 2009, p. 82.

²⁰⁷⁷ Villey écrivait ainsi : « il n'est possible de penser le droit que dans la perspective du réalisme qui considère les sociétés comme naturelles, parce qu'un système de rapports sociaux ne trouve sa source que dans des sociétés. Il faut commencer par admettre que l'homme est un animal politique, « naturellement » politique », M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, préf. S. Rials, Paris : PUF, coll. Quadrige. Manuel, 2006, p. 592. Ou encore : « nous cherchons une source du droit d'où sortent à la fois les

Villey, à partir d'une conception classique de la Justice²⁰⁷⁸ ; c'est donc la quête du juste qui animerait l'ensemble de l'activité juridique²⁰⁷⁹. Ici encore donc, le recours au droit naturel permet d'agréger au système juridique un fondement axiologiquement déterminé qui échappe à toute démonstration scientifique. En retenant une conception moniste du droit, les *juspolitistes* échappent à l'amalgame avec la pensée de Michel Villey, pourtant suggéré par l'emploi commun du terme de droit politique ; seule l'expression villeyenne traduit pourtant une méthodologie véritablement idéaliste.

630. Il existe une autre voie par laquelle se manifeste la doctrine du droit naturel et, par là, l'idéalisme épistémologique. L'opportunité d'évoquer une troisième déclinaison peut sembler discutable, tant la conjugaison des droits naturels ancien et moderne suffit, le plus souvent, à résumer la diversité des postures naturalistes²⁰⁸⁰. Pourtant, le jusnaturalisme institutionnaliste, à l'image de celui de Maurice Hauriou notamment, peut être distingué du fait de sa spécificité à l'égard des thèses naturalistes les plus courantes²⁰⁸¹. La question de son originalité mérite d'autant plus d'être évoquée que cette

sentences et les textes législatifs (les lois elles-mêmes ayant une source). Il est temps de lui donner son nom ; ce qui est avant le « droit positif », il faut le nommer *droit naturel* », M. Villey, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 4^e éd., 2001, p. 243.

²⁰⁷⁸ Le philosophe défendait ainsi la poursuite du juste, intrinsèque au droit : « le droit ne poursuit pas la vérité [...]. Le droit ne poursuit pas l'utilité [...]. Le droit est mesure du *partage des biens*. [...] le rôle du droit est d'attribuer à chacun le sien [...] », *ibid.*, p. 51. On retrouve ici la conception aristotélicienne de la Justice, commutative et distributive : *ibid.* p. 46 et ss. Cette conception fonde le jusnaturalisme de Michel Villey, ce qui est par exemple manifeste lorsqu'il écrivait : « je ne sache pas qu'il y eût jamais d'autres fondements à la mesure juridique du mien et du tien que cette source commune, extérieure, accessible à tous : ce partage que n'a pas forgé l'arbitraire, ni la Raison consciente de l'homme, mais spontanément la nature, dans chaque cité, à chaque époque. De là le droit tire son origine », *ibid.*, p. 264.

²⁰⁷⁹ C'est ce que retient Antonio Punzi de la théorie villeyenne : « le droit se laisse penser seulement dans sa proximité dialectique avec la justice : mais une justice qui n'est pas celle des modernes, une qualité de la conduite individuelle ajustée à un précepte, quand bien même ce dernier serait juste mesure de la relation interindividuelle. Ce qui fait la spécificité du droit, en réalité, c'est que, tout incapable qu'il soit de réduire l'impureté du phénomène exposé aux intérêts en conflit, il est toujours traversé par l'effort – des citoyens comme des autorités, des parties comme des arbitres – vers la détermination concrète adéquate, motivée du juste », A. Punzi, « Pour une philosophie réaliste du droit. Villey et les équivoques sur le droit naturel », *Droit et société* n° 71, 2009, p. 73.

²⁰⁸⁰ Étienne Picard accepte ainsi de recourir à cette dichotomie, sans pour autant dénier la pluralité irréductible des doctrines jusnaturalistes. Il annonce à cet égard qu'il se « [...] bornera à catégoriser les diverses conceptions existantes du droit naturel en une rudimentaire dualité, mais vraiment fondamentale [...] : on doit ainsi distinguer des doctrines *classiques* du droit naturel, et, d'autre part, des doctrines *modernes* de droit naturel. Elles s'avèrent très différentes les unes des autres ; mais au sein même de chacune des deux catégories, les dissemblances n'apparaissent pas négligeables, au point que l'on pourrait douter que ces doctrines trouvent leur origine dans les mêmes racines, tellement celles-ci se sont entremêlées ou substituées les unes aux autres », É. Picard, « Le ou les jusnaturalismes ? », in D. Rousseau, A. Viala (dir.), *Le droit, de quelle nature ? Actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007*, Paris : Montchrestien, coll. Grands Colloques, 2010, p. 40-41.

²⁰⁸¹ Jean-Marie Denquin estime que « positivement, la perspective d'Hauriou se caractérise par une tendance *jusnaturaliste*, mais en donnant à ce terme un sens bien précis. Il semble en effet nécessaire de distinguer ici naturalisme *normatif* et naturalisme *prudentiel*. Le premier a pour ressort principal la transmutation de la statistique en norme : ce qui, en fait, se produit le plus souvent doit, en droit, avoir lieu

doctrine est probablement celle qui présente les liens les plus étroits avec la théorie du droit politique. La pensée d'Hauriou oscille en effet entre droit naturel ancien et moderne²⁰⁸² ; en faveur du second, le maître toulousain reconnaît sans coup férir que « [...] les droits individuels des sujets et des citoyens qui sont les membres de la communauté nationale sont aussi naturels dans l'État que les pouvoirs du gouvernement de l'État lui-même »²⁰⁸³. Toutefois, ces droits subjectifs n'intègrent le droit positif que lorsqu'ils sont objectivés en épousant la forme institutionnelle²⁰⁸⁴ et la substance dont les dote le maître toulousain porte la marque du jusnaturalisme classique²⁰⁸⁵. Naturel, le droit des individus semble donc tenir à la fois du sujet et du phénomène social qui le consacre comme tel. Cette ambiguïté n'empêche pas que ce droit naturel soit substantialisé par Hauriou et imposé, sous les traits de la « Constitution sociale », comme le fondement inaltérable de l'ordre juridique ainsi conçu²⁰⁸⁶. La théorie de l'institution est ainsi articulée autour de prescriptions axiologiquement déterminées par son auteur, mais intégrées à sa description du droit positif. La partition ontologique entre Constitution politique et Constitution sociale n'apparaît pas dans la doctrine du droit politique qui, si elle s'inspire très largement de la théorie hauriousienne, parvient à échapper de ce fait au piège de l'idéalisme méthodologique.

toujours. Le second n'ignore pas que certains problèmes peuvent connaître plusieurs solutions, mais considère que l'expérience conduit à en privilégier certaines. [...] Hauriou appartient au second type : il n'abuse pas de la rhétorique de la nature, mais considère que l'expérience enseigne un *art* de gouverner, lui-même fondé sur une science du social. La nature des choses est pensée comme un guide plus que comme une règle », J.-M. Denquin, « Présentation de l'article : « Le pouvoir, l'ordre, la liberté & les erreurs des systèmes objectivistes » », in M. Touzeil-Divina (dir.), *Miscellanées Maurice Hauriou*, Le Mans : L'Épitoque, coll. Historique du droit, 2013, p. 138.

²⁰⁸² Le maître toulousain identifiait ainsi deux « postulats essentiels du droit naturel », qui empruntent à chacun des courants naturalistes antérieurs : « il existe un idéal de justice universel et immuable » et « l'idée de la justice est à base de liberté, c'est-à-dire à base d'individualisme pessimiste. L'individu est au premier plan, la société au second, car elle n'est qu'un moyen de bonheur au service de l'individu », M. Hauriou, « Le droit naturel et l'Allemagne », in *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, 1933, Caen : Centre de philosophie politique et juridique, coll. Bibliothèque de philosophie politique et juridique. Textes et documents, 1986, p. 13. Pierre-Marie Raynal résume l'idéologie hauriousienne en évoquant, par ce qui pourrait être regardé comme un paradoxe, son « conservatisme libéral » ; P. -M. Raynal, « Révolution et légitimité, la dimension politique de l'excursion sociologique du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

²⁰⁸³ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 622.

²⁰⁸⁴ « [...] Les droits individuels sont à la fois des institutions juridiques objectives et des droits subjectifs, mais [...] [ils] ne peuvent être bases de la constitution sociale qu'en qualité d'institutions juridiques objectives », *ibid.*, p. 612-613. Pour un catalogue des droits et libertés considérés à ce titre, voir *ibid.*, p. 650 et ss.

²⁰⁸⁵ Olivier Beaud rapporte en ce sens les « principes aristotélo-thomistes » qui caractérisent l'engagement hauriousien ; O. Beaud, « Hauriou et le droit naturel », *Revue d'histoire des facultés de droit et de science juridique* n° 6, 1988, p. 123.

²⁰⁸⁶ C'est particulièrement net lorsque Hauriou écrit par exemple que, « à bien des points de vue, la constitution sociale d'un pays est plus importante que sa constitution politique », M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 611.

631. En d'autres termes, le droit politique n'adopte aucune des postures naturalistes par lesquelles un contenu éthiquement prédéfini est conféré d'autorité au droit positif décrit. Les *juspolitistes* témoignent ainsi de leur artificialisme, en vertu duquel le droit est conçu comme le seul produit de l'action humaine. Ils adoptent de ce fait l'un des pans du positivisme juridique, celui selon lequel « les règles de droit sont des commandements émanant d'êtres humains »²⁰⁸⁷. Ce premier constat, quant au refus de l'idéalisme méthodologique, ne saurait cependant conduire à une assimilation trop simpliste entre droit politique et positivisme²⁰⁸⁸. La posture *juspolitiste* à l'égard de l'artificialisme doit en effet être nuancée, du fait de sa réserve à adopter les thèses du volontarisme juridique.

B. Une réception limitée du volontarisme juridique

632. S'il défend une conception artificialiste du droit qui le force à renier certaines déclinaisons de la méthode idéaliste, le droit politique n'en adopte pas pour autant une conception strictement volontariste, qui, réduisant la normativité à l'expression d'une volonté, pourrait l'y ramener par d'autres voies. Les auteurs *juspolitistes* se montrent en effet sceptiques quant au rôle central parfois reconnu à la volonté dans la définition du droit. Ils ne sauraient ainsi lui reconnaître la même portée que celles que lui confère le positivisme (1). Mais ils ne cèdent pas non plus à l'appel d'un volontarisme radical qui méconnaîtrait le principe juridique même qu'ils se sont évertués à construire (2).

²⁰⁸⁷ H.L.A. Hart, « Positivism and the Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review* vol. 71, 1958, p. 593-629, passage reproduit in *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles : Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, p. 301.

²⁰⁸⁸ Le droit politique se distingue ainsi d'autres courants plus imprégnés que lui de subjectivisme et, ce faisant, se présente comme un héritier modéré de la modernité au sens où l'entendait Villey : « ce qui me paraît caractériser la pensée juridique moderne [...] c'est de considérer le droit comme une production de l'esprit, et de l'esprit seulement humain. [...] Derrière cette façon de concevoir l'essence et les sources du droit, il y a le dualisme essentiel à la philosophie moderne, qui sépare, comme deux mondes distincts, avec Descartes le monde de l'esprit et celui des corps étendus, avec Kant, l'être et le phénomène, et aussi l'être et le devoir être », M. Villey, *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Paris : Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1969, p. 264. Le dualisme mentionné par le philosophe reste en effet largement absent de la pensée *juspolitiste*.

1. Une critique indirecte du positivisme

633. Droit politique et positivisme se distinguent sur la place qu'ils réservent, dans leurs travaux respectifs, au volontarisme juridique, c'est-à-dire au fait de définir le droit essentiellement comme l'expression d'une volonté²⁰⁸⁹. Mieux comprendre la position doctrinale du droit politique à cet égard implique de décrypter le lien qu'entretient le positivisme avec le volontarisme et les limites méthodologiques auxquelles il conduit, d'un point de vue *juspolitiste*.

634. Le positivisme juridique, dont on a vu qu'il plonge ses racines dans l'idéalisme ontologique de la modernité, en retient également une conception principalement volontariste du droit²⁰⁹⁰ : la volonté est le seul vecteur factuel reconnu à la normativité et un préalable nécessaire à toute règle juridique²⁰⁹¹. Ce postulat développe et précise le principe de l'artificialisme du droit, sur lequel se fonde méthodologiquement le positivisme²⁰⁹². Il a pu conduire à la consécration de théories subjectivistes, qui ont placé la volonté au fondement du droit²⁰⁹³. La critique *juspolitiste* vise toutefois plus

²⁰⁸⁹ M. Troper, « Les théories volontaristes du droit : ontologie et théorie de la science du droit », in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 57-68.

²⁰⁹⁰ Alexandre Viala révèle le lien étroit qui unit la modernité et le volontarisme d'une part, le volontarisme et le positivisme d'autre part. Il écrit ainsi : « à l'universalisme et au subjectivisme, s'ajoute le volontarisme dans la liste des éléments philosophiques de la tradition judéo-chrétienne qui nourriront la modernité juridique [...] ». Il ajoute que ce volontarisme, consacré par le dogme judéo-chrétien, « [...] contient en germe le positivisme juridique qui constituera l'aboutissement et la marque spécifique du droit moderne », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 34-35.

²⁰⁹¹ La place déterminante qu'occupe le volontarisme dans la définition du droit que retient le positivisme s'explique à l'origine par l'histoire de cette doctrine qui se pense par opposition au droit naturel ; c'est dans l'artificialisme du droit que repose l'argument massue à l'encontre de la naturalité juridique. Étienne Picard écrit par exemple que, dans une perspective positiviste, « [...] le jusnaturalisme serait totalement périmé, plus spécialement depuis le rétablissement de la République moderne et le triomphe de ses références majeures que sont la liberté, l'égalité, la démocratie. Sur un plan un peu plus doctrinal, le *volontarisme juridique*, le légicentrisme ou, aujourd'hui, le constitutionnalocentrisme, qui sont les instruments juridiques de la démocratie, *excluraient à l'évidence l'appel à toute sorte de jusnaturalismes* », É. Picard, « Le ou les jusnaturalismes ? », in D. Rousseau, A. Viala (dir.), *Le droit, de quelle nature ? Actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007*, Paris : Montchrestien, coll. Grands Colloques, 2010, p. 23.

²⁰⁹² En effet, puisque, de ce point de vue, « [...] il n'existe aucune loi morale objective, accessible à la raison « naturelle » de l'homme, l'unique remède à la confusion des jugements moraux, source de violence et d'anarchie, peut sembler résider dans la soumission à la raison « artificielle » du souverain – Hobbes –, ou dans la raison historique qui se réalise dans la volonté générale – Rousseau – ou à l'État – Hegel », N. Bobbio, « Jusnaturalisme et positivisme juridique », in *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, C. Agostini, préf. R. Guastini, Louvain : Bruylant, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique, 1998, p. 44.

²⁰⁹³ On pense ici notamment à Carré de Malberg, dont la théorie constitutionnelle porte les traces du subjectivisme. Il consacre en effet la volonté, articulée à la personnalité de l'État, comme le cœur du système juridique. Certes, cette volonté ne vaut pour droit que si elle est en quelque sorte objectivée par l'habilitation de l'organe qui l'exprime au nom de l'État, mais le professeur strasbourgeois n'a pas donné d'aboutissement à sa théorie, puisqu'il est resté silencieux sur la source du pouvoir constituant : É. Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2003, p. 155-172. Pierre Avril estime toutefois que la théorie en question détermine une telle source, qu'il identifie comme la souveraineté

spécifiquement l'usage du concept de volonté tel qu'il a été construit par les positivistes dans une perspective objectiviste. Sans paradoxe aucun, la volonté continue en effet à jouer un rôle de « moteur »²⁰⁹⁴ de la juridicité dans les théories objectivistes. Même dans une conception normativiste au sens large, qui ne considère le droit que comme un ensemble de normes résultant d'une *objectivation*, la volonté dispose d'une fonction éminente dans la mesure où elle constitue toujours le support factuel sur lequel s'appuie la théorie positiviste qui cherche à décrire le droit. Ainsi, la norme se définit pour Kelsen comme la « signification objective d'un acte de volonté »²⁰⁹⁵. La théorie réaliste de l'interprétation, également positiviste, tend pour sa part à mettre en valeur la part de volonté qui caractérise nécessairement le travail judiciaire d'application de textes déterminés²⁰⁹⁶. La plupart des courants positivistes font donc de la volonté l'horizon indépassable de l'ontologie juridique. Certes, elle est loin de suffire à caractériser le droit tel qu'il est alors conçu, mais elle représente le plus souvent la donnée factuelle limite, derrière laquelle ne se hasarderait pas l'œil curieux du savant juriste.

635. Le positivisme a toutefois procédé à une certaine reconstruction du concept de volonté lui-même, afin de lui conférer une signification plus conforme à ses aspirations objectivistes. Il l'a ainsi étroitement associé au formalisme, en faisant de la forme juridique le témoin exhaustif de l'expression d'une volonté²⁰⁹⁷. La formalisation est en effet le seul argument susceptible de réconcilier les présupposés ontologiques du positivisme, que sont la volonté comme moteur et l'objectivation comme critère du droit ; elle apparaît à ce titre comme la résorption de la tension entre le subjectivisme de la

parlementaire : P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 16 et ss. Une telle conclusion ne saurait que consacrer le subjectivisme de la théorie malbergienne de l'État.

²⁰⁹⁴ A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 83 et ss.

²⁰⁹⁵ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 80-87.

²⁰⁹⁶ Dans cette théorie, « la volonté de l'interprète est [...] non seulement privilégiée, mais dotée d'un véritable monopole de création du droit. Elle seule, en effet, produit des normes juridiques [...] », P. Wachsmann, « La volonté de l'interprète », *Droits* n° 28, 1999, p. 32. De ce point de vue donc, « le réalisme juridique est très redevable de [l']émotivisme [...] puisqu'il reconnaît au juge cette part incompressible d'irrationalité qui fait de la décision judiciaire un acte de pure autorité, de pure volonté qu'il n'appartient pas à la science du droit de justifier rationnellement. Tout autant que le Léviathan lorsqu'il fait la loi, le juge se fonde sur des émotions pour l'interpréter et, chemin, faisant, la faire à son tour », A. Viala, « Le pessimisme de la théorie réaliste de l'interprétation : une lecture schopenhauérienne du positivisme juridique », *Droit & Philosophie* vol. 8, 2016, p. 211.

²⁰⁹⁷ Emportée par l'enthousiasme du volontarisme rationaliste dès le XIX^e siècle, « la loi elle-même est donc devenue la vérité écrite, la *ratio scripta* [...] : c'est ainsi qu'elle est devenue le droit lui-même, n'ayant besoin de s'inspirer à aucune autre instance qui pourrait établir une autre vérité, un autre droit : elle a donc pu se dispenser de se référer à autre chose qu'elle-même, la souveraineté de la loi étant devenue la propre justification de son contenu », É. Picard, « Le droit comparé est-il du droit ? », *Annuaire de l'Institut Michel Villey* vol. 1, 2009, p. 190. De la sacralisation de la volonté comme seule source du droit a ainsi pu découler un formalisme invétéré.

modernité et l'ambition méthodologique de l'empirisme²⁰⁹⁸. Dans le positivisme, l'énoncé juridique adopté selon la procédure prévue devient ainsi la preuve suffisante d'un acte de volonté valide au sein de l'ordre juridique. Or, une telle posture tombe sous le coup de la critique, quoiqu'indirecte, du droit politique, et ce à deux égards : elle est asséchante, en ce qu'elle vide la volonté de sa substance caractéristique, intentionnelle, et elle est restrictive, en ce qu'elle isole la volonté du contexte qui permet pourtant seul son avènement.

636. Dans un premier temps, même en accordant à la volonté une place fondamentale dans la définition du droit, le positivisme ne la considère qu'à travers le prisme aride de la normativité. Parce que cette dernière suppose une certaine objectivation, la volonté ne peut jamais être considérée pour ce qu'elle est vraiment, c'est-à-dire l'expression d'un fait, d'une subjectivité²⁰⁹⁹. Ce faisant, la démarche positiviste conduit à l'extraire de la contingence qui la caractérise, pour lui conférer une portée presque dénaturée. C'est en ce sens que l'on peut comprendre cette déclaration de Denis Baranger : « [...] le vaste projet herméneutique du positivisme juridique [...] commence par désigner l'acte juridique comme ressource du sens, avant de se donner une méthode pour extraire ledit sens, donc pour échapper au sensible, laisser de côté l'acte pour de bon »²¹⁰⁰. La volonté placée au cœur de l'ordre juridique n'est donc pas la volonté elle-même, mais le résultat objectif, épuré, d'une distillation de sa signification. La dimension subjective de la volonté n'est donc pas restituée par la préhension théorique qu'en propose le positivisme.

637. Ainsi, la définition de la volonté retenue à ce titre est elle-même déjà le fruit d'une tentative d'objectivation, de conjuration de la contingence dans la science du droit. Si le

²⁰⁹⁸ Paul Amselek démontre ainsi que, en souhaitant faire du droit une science empirique, Kelsen a dû « [...] concevoir les normes juridiques comme autre chose que de simples éléments des actes de volonté qui les posent : d'où sa conception selon laquelle elles ne puisent pas leur nature de normes dans ces actes eux-mêmes, mais uniquement dans d'autres normes qui projettent à partir d'elles-mêmes une signification sur ces actes », P. Amselek, « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen », *Revue juridique Thémis* n° 33, 1999, p. 194.

²⁰⁹⁹ En effet, « dans la tradition philosophique occidentale, le volontarisme désigne, essentiellement depuis Duns Scot et plus tard René Descartes, une approche éminemment réflexive de la volonté qui alimentera l'illusoire, mais néanmoins puissante théorie du libre arbitre », A. Viala, « Le pessimisme de la théorie réaliste de l'interprétation : une lecture schopenhauerienne du positivisme juridique », *Droit & Philosophie* vol. 8, 2016, p. 219. Or, la volonté comme source du droit ne peut jamais être qu'une volonté tronquée de sa dimension subjective. Ainsi que l'écrivait Michel Villey, « ce n'est jamais la volonté pure de l'individu que le droit rend obligatoire, et la chose serait impensable. Car la volonté empirique est instable et désordonnée ; [...] prendre la volonté pour « loi » serait l'incohérence absolue, ce serait l'absence de droit. Le droit sous le nom de volonté vise une fiction de volonté, une *volonté corrigée, artificiellement rendue constante*, cohérente, harmonisée à la raison telle que la loi se la représente [...] », M. Villey, « Essor et décadence du volontarisme juridique », in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, préf. R. Sève, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2002, p. 279 ; nous soulignons.

²¹⁰⁰ D. Baranger, « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 271.

positivisme est un volontarisme, sa définition du droit repose sur un « concept formaliste de la volonté »²¹⁰¹, déconnecté de sa véritable substance. À cet égard, « si la définition du droit fondée sur la volonté permet de souligner qu'il n'existe pas de droit réel sans la volonté, elle est néanmoins insuffisante en ce qu'elle ignore le contenu de cette dernière. Les conceptions volontaristes du droit ont donc la faiblesse de reposer sur une illusion qui consiste à définir l'acte de volonté comme une entité indépendante, comme un donné brut »²¹⁰². Le positivisme volontariste révèle donc certaines limites dans cette perspective asséchante, formalisatrice qui est la sienne ; il a d'ailleurs subi de nombreuses attaques à cet égard, formulées en des termes qui pourraient sans mal être retenus au titre du droit politique. Deux théoriciens allemands, Jhering et Jellinek, ont par exemple insisté sur ce qu'Olivier Jouanjan appelle la « dimension téléologique de la science du droit »²¹⁰³, soit la nécessité pour le juriste de considérer la volonté du point de vue de sa finalité et de l'intention qu'elle exprime²¹⁰⁴. Quoique profondément subjectiviste, la pensée de Georg Jellinek traduit ici une aspiration commune à l'objectivisme de Michel Villey, qui entendait dépasser tout à la fois le formalisme et la cécité du positivisme quant aux fins du droit²¹⁰⁵. Sous la plume du droit politique, la même idée peut être décelée dans son aspiration à consacrer la dimension sociale et politique du droit²¹⁰⁶ ; elle détermine par exemple le recours au concept de reconnaissance pour fonder l'autorité juridique²¹⁰⁷.

²¹⁰¹ O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 307.

²¹⁰² J. Hummel, « L'autonomie illusoire de la volonté. Sur la « théorie pure du droit » de Schopenhauer », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 216.

²¹⁰³ O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 307. Cette dimension se construit par opposition au « formalisme de la volonté » hérité de la pensée kantienne. Voir également sur ce point : *ibid.*, p. 160.

²¹⁰⁴ Pour un exposé de la conception de Jhering notamment, voir : J. Hummel, « La volonté dans la pensée juridique de Jhering », *Droits* n° 28, 1999, p. 71-81. L'auteur écrit à cet égard que « pour Jhering, qui comprend la volonté de manière vitaliste et instrumentale, l'essentiel n'est pas ce qu'est la volonté en elle-même – soumise à une bonne ou mauvaise inclination, inféodée à un impératif catégorique –, mais ce qu'elle accomplit, ce qu'elle met en œuvre, sa capacité d'atteindre des buts », *ibid.*, p. 76.

²¹⁰⁵ « Le positivisme reçu dans le droit a conduit, dans un premier temps, à restreindre le droit aux textes [...]. Plus tard, on s'est débarrassé du préjugé du légalisme, que rien ne justifiait scientifiquement. La science du droit s'est étendue à d'autres espèces de « faits juridiques » (jurisprudentiels – coutumiers. etc.). Mais se refuse à considérer les fins du métier judiciaire », M. Villey, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 4^e éd., 2001, p. 135.

²¹⁰⁶ Le formalisme et l'absence d'une « sémiotique juridique » dans le positivisme moderne représentent en effet, de ce point de vue, « [...] un des aspects du désenchantement du droit », D. Baranger, « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 271.

²¹⁰⁷ Voir sur cette question *supra*, Partie I, Titre II, Chap. 2, Section 2. Il n'est d'ailleurs pas anodin que Jellinek soit porteur d'une conception relativement proche de la même notion de reconnaissance : O. Jouanjan, « Préface. Georg Jellinek ou le juriste philosophe », in G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, p. 80 et ss.

Paradoxalement, cette critique du volontarisme est portée au nom d'un certain subjectivisme, au nom d'une appréhension plus réaliste du volontarisme.

638. La critique que dresse le droit politique à l'encontre du positivisme traduit donc, à travers un refus du formalisme strict, un scepticisme certain à l'endroit du volontarisme, du moins tel qu'il est alors appréhendé. En plaidant pour une conception plus réaliste de la volonté, les *juspolitistes* ne se font pas volontaristes pour autant ; au contraire dénoncent-ils l'usage effréné qui en est fait dans une perspective résolument subjectiviste, confinant alors à l'idéalisme méthodologique.

2. Une critique implicite du subjectivisme radical

639. Sans adhérer à la conception positiviste d'un volontarisme formalisé, les auteurs du droit politique se démarquent également des tenants d'une méthode prescriptive, idéaliste, à laquelle peut conduire un subjectivisme exacerbé. Ce dernier ne semble en effet pas suffire à caractériser le phénomène de la juridicité, alors en mal d'objectivité²¹⁰⁸. Dans la pensée *juspolitiste*, c'est l'institutionnalisme qui semble pouvoir conférer une certaine objectivité au droit, mais il implique donc de renoncer à un volontarisme strict et, par là, de tourner le dos au subjectivisme radical. Une telle conclusion peut sembler paradoxale, au regard de la connivence déjà évoquée, que le droit politique semble entretenir avec la pensée de Georg Jellinek, lui-même fervent subjectiviste. Il n'en est rien en réalité, si l'on considère que le droit politique, tout en adhérant à la critique que Jellinek adressait à la conception formaliste de la volonté, n'accorde pas pour autant à cette dernière une place primordiale dans son ontologie. Ainsi, à partir d'une même critique du volontarisme, il est possible d'envisager deux postures distinctes ; l'institutionnalisme du droit politique le

²¹⁰⁸ Olivier Beaud remarque ainsi, à propos de la pensée de René Capitant lui-même auteur subjectiviste, que « cette théorie du droit, comme toute théorie qui met l'accent sur l'obéissance, éprouve des difficultés lorsqu'il s'agit de préciser le critère de la positivité. Comment peut-on déceler des [règles] qui sont censées constituer le droit positif ? Sur quelles bases objectives le juriste peut-il se fonder pour admettre que la majorité des sujets n'obéit pas à une règle donnée, et donc crée une règle contraire à celle qui semble prévaloir ? Objection banale, certes, mais qui pointe la difficulté de cette théorie du droit qui gagne en « dynamisme », mais qui risque de faire perdre au droit son caractère de certitude et de sécurité », O. Beaud, « Découvrir un grand juriste : le « premier » René Capitant », *Droits* n° 35, 2002, p. 185.

conduit à adopter une conception plus nuancée qui le démarque du subjectivisme caractéristique d'un Jellinek²¹⁰⁹.

640. Le renoncement du droit politique au subjectivisme radical apparaît en effet, dans un premier temps, dans la considération nécessairement nuancée qu'il retient du volontarisme. Sa posture fondamentalement institutionnaliste justifie que le caractère individuel du droit, habituellement consacré par le volontarisme, s'estompe au profit d'une approche plus collectiviste de son origine. L'institution permet en effet de traduire la tension que l'on entend consacrer entre l'individu et le tout social, comme source de la juridicité : « la méthode institutionnelle ouvre une perspective dialectique, tenant compte de la présence simultanée du droit subjectif, composé de la personnalité juridique, des droits subjectifs et des actes juridiques, et du droit objectif [...] »²¹¹⁰. Dans le sillage d'Hauriou, les écrits *juspolitistes* révèlent la réception d'une telle tension qu'ils cherchent à résorber. Cela nous semble par exemple perceptible dans cette conclusion formulée par Olivier Beaud à propos de la souveraineté : « [...] la conception synchronique et volontariste de la souveraineté se heurte à une limite de taille lorsqu'elle affronte le problème de l'institution, c'est-à-dire à la fois le problème de la durée et de l'unité de la personne collective. Elle ne peut donc pas être le seul principe à l'œuvre dans la construction de cet artefact qu'est l'État moderne. Celui-ci requiert une *objectivation* du droit qui sera réalisée plus tard par la notion essentielle de personne juridique (ou de sujet de droit) qui condense diverses notions capitales de droit public [...] »²¹¹¹. En adoptant une ontologie éminemment institutionnaliste, le droit politique se distingue donc de l'individualisme qui caractérise la pensée d'un juriste subjectiviste comme Jellinek²¹¹².

²¹⁰⁹ Selon Olivier Jouanjan, « le *subjectivisme* de [Jellinek] est, profondément, pensée de l'*intersubjectivité* ». Cela implique que, « si l'on se place au point de vue de la définition de la validité du droit, c'est précisément la doctrine de la reconnaissance, contre celle de la contrainte qu'adopte Jellinek », *ibid.*, p. 81. On reconnaît là une inspiration commune à la pensée du droit politique. Celui-ci, marqué par son choix en faveur d'une conception institutionnaliste du droit, tend toutefois à extraire davantage le droit de l'individualisme dans lequel l'enferme Jellinek pour lui conférer un degré supplémentaire d'objectivité.

²¹¹⁰ J. Schmitz, « Présentation de l'article « La théorie de l'institution & de la Fondation (essai de *Vitalisme social*) », in M. Touzeil-Divina (dir.), *Miscellanées Maurice Hauriou*, Le Mans : L'Épitoge, coll. Historique du droit, 2013, p. 176.

²¹¹¹ O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 197 ; nous soulignons.

²¹¹² Pour Jellinek en effet, « [...] les faits sociaux n'apparaissent jamais uniquement comme des manifestations de forces générales : ils se présentent avant tout comme des actions de certains individus », G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, préf. O. Jouanjan, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, p. 43. Olivier Jouanjan écrit à cet égard que « le subjectivisme de Jellinek est un *individualisme* », O. Jouanjan, « Préface. Georg Jellinek ou le juriste philosophe », in *ibid.*, p. 54. Il faut toutefois noter que la pensée de Jellinek peut être interprétée comme traduisant en filigrane un certain institutionnalisme, au sens où le juriste d'Heidelberg, dans sa théorie, attribue au pouvoir un caractère organisé et permanent et le dissocie des individus qui l'exercent. C'est la conclusion présentée par Olivier Beaud, le 1^{er} juin 2018, lors d'un colloque organisé par l'Institut

641. Le droit politique, en renonçant au volontarisme strict, se démarque également des théories qui, sans être positivistes, confèrent une place jugée disproportionnée à la volonté des acteurs juridiques. Nous avons ainsi pu voir comment l'institutionnalisme *juspolitiste* implique le dépassement du décisionnisme schmittien²¹¹³. Ce dernier, en essentialisant l'expression de la volonté du Souverain²¹¹⁴, propose de la souveraineté une définition qui met en péril la stabilité constitutive du droit²¹¹⁵. Dans la pensée de Schmitt, cette posture dissimule d'ailleurs à peine une forme de naturalisme²¹¹⁶ qui convainc de l'idéalisme épistémologique de son auteur ; Olivier Beaud qualifie en ce sens sa démarche d'« idéologico-politique », en ceci qu'elle est fondamentalement déductive et conceptuelle et qu'elle se fonde sur une considération centrale de la réalité politique²¹¹⁷.

642. Quoiqu'il ne s'inscrive dans aucune des postures naturalistes parmi les plus célèbres, le droit politique n'adhère donc pas au volontarisme caractéristique du positivisme juridique²¹¹⁸. Auteurs d'une théorie certes artificialiste du droit, les

Michel Villey, organisé par Olivier Beaud, Élodie Djordjevic, Sabina Tortorella et Mathilde Unger, et portant sur « Les équivoques de l'institution : normes, individu et pouvoir ».

²¹¹³ Voir en ce sens, *supra*, Partie I, Titre II, Chap. 2, Section 1 §2, A, 2. Il faut préciser ici que le décisionnisme en tant que tel, qui reconnaît à la seule volonté du souverain une autorité absolue sur le droit, confine effectivement au subjectivisme radical. Il ne saurait toutefois résumer la théorie schmittienne du droit, dans la mesure où le juriste weimarien a tenté de conférer à sa pensée une dimension objective complémentaire. Voir sur cette question : O. Jouanjan, « « Pensée de l'ordre concret » et ordre du discours « juridique » nazi : sur Carl Schmitt », in Y.-C. Zarka (dir.), *Carl Schmitt ou le mythe du politique*, Paris : PUF, coll. Débats philosophiques, 2009, p. 115.

²¹¹⁴ Olivier Beaud souligne à ce titre que Carl Schmitt retient de la souveraineté constituante une conception absolue, selon laquelle « [...] l'acte de volonté du peuple, quel que soit son objet, est toujours absolu, incontestable », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 423. Dans cette perspective, « la forme juridique, c'est-à-dire les règles de répartition des compétences, doit céder devant la nécessité politique et devant ce principe supraconstitutionnel qu'est la souveraineté du peuple », *ibid.* p. 416.

²¹¹⁵ Olivier Beaud écrit à ce titre que la conception absolue de la souveraineté du peuple [...] est radicalement incompatible avec la vision classique ou constitutionnaliste de la constitution et du pouvoir constituant », *ibid.*, p. 424.

²¹¹⁶ Sur la posture jusnaturaliste qu'adopte Carl Schmitt, par réaction notamment au formalisme positiviste, voir : O. Jouanjan, « « Pensée de l'ordre concret » et ordre du discours « juridique » nazi : sur Carl Schmitt », in Y.-C. Zarka (dir.), *Carl Schmitt ou le mythe du politique*, Paris : PUF, coll. Débats philosophiques, 2009, p. 71-119 ; « La doctrine juridique allemande. « Rénovation du droit » et positivisme dans la doctrine du III^e Reich », *Le Genre humain* n^{os} 30-31, 1996, p. 463-496.

²¹¹⁷ O. Beaud, « Carl Schmitt, un juriste engagé », in C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, 573 p. 2008, p. 90-93. Selon Olivier Beaud, la méthode schmittienne répond tout entière au naturalisme augustinien de son auteur : *ibid.*, p. 91.

²¹¹⁸ Cette posture critique à l'égard du volontarisme permet d'ailleurs de marquer concomitamment, un refus du positivisme et un renoncement aux thèses du droit naturel moderne, tant ces deux courants découlent d'une philosophie semblable en la matière. Étienne Picard a ainsi pu écrire qu'« il est [...] remarquable que ce soient ces doctrines jusnaturalistes modernes qui, à force d'exalter l'autonomie de la volonté comme source du droit – volontés individuelles d'abord, dans l'état de nature, sur la base desquelles le contrat est censé avoir été conclu, puis volonté collective ou générale après la formation du corps politique par le contrat –, ont préparé le passage quasi-mécanique, mais insensible, au positivisme volontarisme qui, sans révolution apparente, a triomphé à partir de la fin du XIX^e siècle [...]. Que reste-t-il, alors, de naturel dans ces doctrines lorsque l'on constate, en outre, que ce sont elles qui ont ainsi fortement œuvré à ce que, à nouveau, le droit positif refuse tout autre horizon que celui de son propre empire [...] », É.

juspolitistes adoptent une démarche nuancée qui se distingue au moins partiellement du subjectivisme. Par l'institutionnalisme imprégnant leurs travaux, ils seraient plus aisément susceptibles d'être rattachés à une posture résolument objectiviste. C'est d'ailleurs le constat qu'opérait Léon Duguit qui estimait que, dans la pensée d'Hauriou, « [...] l'institution est un fait social de formation naturelle duquel naît le droit disciplinaire et statutaire, c'est-à-dire un ensemble de règles de droit ; et c'est bien là une pure doctrine objectiviste »²¹¹⁹. Une telle conclusion, aussi radicale que celle d'un prétendu subjectivisme, serait tout aussi impropre à décrire la posture du droit politique. Cette affirmation péremptoire de Duguit fait d'ailleurs peu de cas de l'opinion de Maurice Hauriou lui-même, qui dénonçait tout à la fois le subjectivisme et l'objectivisme²¹²⁰. Cette ambiguïté exprimée par le maître de Toulouse mérite justement d'être explorée, parce qu'elle traduit une intuition dont on trouve également la trace dans les travaux du droit politique : si ceux-ci témoignent d'un délaissement du subjectivisme radical qu'a imposé la modernité philosophique, ils n'en adoptent pas pour autant une conception objectiviste du droit, caractéristique à la fois de l'*ante-modernité* et de la *post-modernité*²¹²¹.

§2 : Une conception relativiste du droit

643. La réticence des auteurs du droit politique à adhérer à une méthodologie véritablement idéaliste s'illustre dans la conception profondément relativiste qu'ils retiennent de leur objet : le droit n'est pas réputé, sous leur plume, disposer d'une réalité objective et absolue²¹²². Les propositions prétendant le décrire et l'expliquer ne sont donc pas dotées d'une autorité intangible. Le discours *juspolitiste* fait ainsi l'économie de telles

Picard, « Le ou les jusnaturalismes ? », in D. Rousseau, A. Viala (dir.), *Le droit, de quelle nature ? Actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007*, Paris : Montchrestien, coll. Grands Colloques, 2010, p. 48-49.

²¹¹⁹ L. Duguit, « Les doctrines juridiques objectivistes », *RDP* 1927, p. 10.

²¹²⁰ Sur la critique de l'objectivisme, voir : M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 12-13.

²¹²¹ « Si le réalisme objectiviste domine toute la pré-modernité, la modernité qui prend le relais est gagnée par l'idéalisme subjectiviste avant que notre époque contemporaine dite post-moderne ne réhabilite l'approche réaliste et objectiviste du droit », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 28.

²¹²² En effet, « puisqu'elles sont largement élaborées par la dialectique politique, on ne peut dire d'emblée que ces règles [juridiques] sont toujours un donné « objectif » ; elles apparaissent bien plutôt comme un construit, avec sa part de relativité », A. Le Divillec, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p. 103. Dans le même sens, Jean-Jacques Sueur écrit que « [l']objectivité [du droit], si elle relève de l'évidence intuitive n'est pas une réalité en soi, elle n'est pas observable. Il convient donc de la construire et, pour ce faire, de recourir à des modèles », J.-J. Sueur, *Une introduction à la théorie du droit*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2001, p. 115.

prémises ontologiques, qui pourraient susciter une démarche prescriptive et fonder une méthodologie idéaliste ; en résistant au piège épistémologique que peut représenter le subjectivisme, le droit politique ne succombe pas pour autant à celui que peut tout autant constituer l'objectivisme²¹²³. Au contraire, les travaux *juspolitistes* font état d'une certaine défiance à l'égard de ce dernier, quelles que soient les formes qu'il peut revêtir. Deux courants objectivistes seront ici considérés, celui du positivisme sociologique de Léon Duguit et celui de l'objectivisme formaliste qui inclut la théorie de Kelsen²¹²⁴. Aucune ne suscite l'adhésion du droit politique qui semble défendre une posture relativiste à leur encontre, ni l'objectivisme sociologique, en vertu duquel l'origine ultime du droit serait située dans une règle éminemment sociale (A), ni l'objectivisme logiciste et formaliste, qui prend parfois les traits du conceptualisme (B).

A. Une théorie distincte de l'objectivisme sociologique

644. L'objectivisme sociologique a revêtu, dans les différentes doctrines qui s'en sont prévaluées, des formes diverses, mais qui ont toutes abouti à une conclusion similaire : le droit dispose d'une assise sociale qui lui confère sa force et sa substance caractéristiques. La juridicité plonge donc ses racines dans une source objective qui détermine la normativité du droit dit positif. Aux antipodes du subjectivisme radical, dont nous avons vu qu'il ne bénéficie pas des faveurs du droit politique, l'objectivisme social présente une autre sorte de radicalisme, qui ne le satisfait guère davantage. Il paraît en effet que les auteurs *juspolitistes* restent réticents à procéder à une totale déconstruction du sujet, ainsi que les y invite pourtant l'objectivisme (1). En outre, la philosophie réaliste qui peut aller de pair avec une telle démarche, encourage à bannir de la théorie juridique l'usage des

²¹²³ L'objectivisme se conçoit à ce titre comme la consécration d'une objectivité du droit ou du savoir juridique, objectivité alors définie largement comme « [...] le propre de toute donnée qui s'impose de quelque façon aux sujets, indépendamment de leur propre volonté, et qui est susceptible d'une appréhension par tous, universelle à cet égard, et constatable ou vérifiable, rationnellement ou empiriquement, d'une manière aussi objective que son objet », É. Picard, « Le ou les jusnaturalismes ? », in D. Rousseau, A. Viala (dir.), *Le droit, de quelle nature ? Actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007*, Paris : Montchrestien, coll. Grands Colloques, 2010, p. 68.

²¹²⁴ Les deux auteurs, malgré des divergences de vues fondamentales, se sont en effet retrouvés dans leur critique du subjectivisme et de ce qu'ils concevaient comme relevant de la métaphysique. Sur cette question, voir : C.M. Herrera, « Duguit et Kelsen : la théorie juridique, de l'épistémologie au politique », in O. Beaud, P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918 : actes du colloque organisé à la Faculté de droit de Strasbourg les 8 et 9 décembre 1995*, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, coll. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 1997, p. 332-335.

concepts, regardés comme fictionnels et, partant, trompeurs ; les auteurs du droit politique ne peuvent justement se résoudre à un tel renoncement (2).

1. Le refus de déconstruire le sujet de droit

645. En affichant une critique du volontarisme formaliste d'inspiration kantienne, le droit politique pourrait emprunter la voie opposée d'un objectivisme total, par lequel serait oblitéré le sujet de droit en tant que véritable acteur du processus juridique. Il n'en est rien cependant si l'on considère que, comme d'autres auteurs ayant emprunté cette voie avant eux²¹²⁵, les *juspolitistes* semblent retenir une conception intermédiaire, qui relativise à la fois l'apport de la volonté et la dimension objective de la formation du droit. Ils résistent ainsi à la qualification d'« objectivistes » et se distinguent de nombreux courants doctrinaux dont l'analyse critique contribue, réflexivement, à préciser les contours du droit politique.

646. Le droit politique ne se confond pas, en effet, avec les grands mouvements objectivistes qui l'ont précédé. La seule consécration du pouvoir constituant comme instrument de la souveraineté populaire et facteur de la juridicité témoigne assez de l'emprise volontariste qui continue d'imprégner ses travaux²¹²⁶. En reconnaissant au sujet une influence décisive, quoique nuancée dans leur théorie, les *juspolitistes* se démarquent d'abord de l'objectivisme naturaliste qui animait par exemple la pensée de Michel Villey. Ce dernier, largement hostile au subjectivisme juridique²¹²⁷, n'a eu de cesse de plaider la naturalité fondamentalement *objective* du droit ; la nature serait ainsi porteuse de valeurs sociales – la justice notamment – à l'égard desquelles le sujet ne peut que constater l'impotence de sa propre volonté. C'est en ce sens que la pensée villeyenne présente bien

²¹²⁵ C'est la thèse défendue par Olivier Jouanjan dans un dialogue qu'il entretient, à titre posthume, avec Michel Villey : contrairement à ce qu'a pu affirmer ce dernier, Jhering n'a jamais tout à fait renoncé au subjectivisme, et ce malgré les critiques virulentes qu'il a pu formuler à l'égard du subjectivisme kantien ; O. Jouanjan, « Les aventures du sujet dans la narration villeyenne de l'histoire de la pensée juridique », *Droit et société* n° 71, 2009, p. 43-44.

²¹²⁶ Car, en effet, « dire que le Souverain crée librement du droit, c'est dire qu'il exerce un pouvoir qui s'exprime principalement par des normes juridiques. Or, là où il y a un pouvoir et des normes juridiques, il y a une instance dotée de volonté qui exerce ce pouvoir. Cette volonté ne peut jamais être le fait d'une entité impersonnelle, mais elle est toujours une décision par un individu ou un groupe d'individus dotés de volonté et capables de prendre des décisions », O. Beaud, « Le Souverain », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 34-35.

²¹²⁷ Face à l'emprise croissante du subjectivisme dans la théorie juridique, Villey écrit qu'« [...] il se peut que ce succès soit injustifié, qu'une conception si répandue soit un produit de l'inculture et de la confusion de pensée », M. Villey, *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Paris : Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1969, p. 140.

un objectivisme que l'on peut qualifier de social, à défaut d'être sociologique²¹²⁸. Certes, cette théorie n'exclut pas, par principe, toute subjectivité ; elle induit notamment de la part des juristes, un travail de reconstruction, de mise en conformité du droit positif avec les préceptes naturels dont il vise l'accomplissement²¹²⁹. Olivier Jouanjan affirme en ce sens que, à condition d'abandonner la conception métaphysique, formaliste de la volonté, la philosophie de Villey pourrait s'accommoder d'un subjectivisme modéré : « un concept plus banal, réaliste et matériel du droit subjectif apparaît [...] capable de donner sa base au travail « dialectique », du juriste, dont on sait qu'il est au cœur de la vision villeyenne du « métier de juriste » »²¹³⁰. La critique du subjectivisme par Michel Villey n'est donc pas nécessairement absolue. Le philosophe n'en présente pas moins un objectivisme dans le fondement qu'il confère à l'ordre juridique, ce qui marque sa distance au regard des thèses du droit politique contemporain dont il est question ici. Dans l'hypothèse *juspolitiste* en effet, le fondement du droit lui-même ne fait pas l'économie d'une considération du sujet²¹³¹.

647. La dissidence du droit politique à l'égard de l'objectivisme s'affiche plus nettement encore lorsque sa théorie est confrontée à l'objectivisme sociologique. Dans une perspective comparable à celle de Michel Villey, quoique conduite par une ambition radicalement distincte, Léon Duguit est resté célèbre pour avoir proposé une théorie objectiviste, dont les arguments l'ont conduit à dévaloriser le rôle de la volonté et plus

²¹²⁸ Le terme sociologique induit en effet une portée spécifique, incluant non seulement les faits sociaux, mais également la méthode que met en œuvre le savant qui cherche à en rendre compte, méthode inspirée du positivisme comtien de la fin du XIX^e siècle. Si Villey admettait volontiers l'influence décisive qu'a exercée le tournant « social » dans le domaine juridique, il reste plus mesuré sur le recours à la méthode positiviste. Voir sur ce point : M. Villey, « La science du XIX^e siècle et la crise du droit », in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, préf. R. Sève, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2002, p. 79-84. Villey entretenait ainsi une distance certaine à l'égard du sociologisme juridique. Il a par exemple écrit que « les sociologues ont su détruire les bases modernes de la loi ; ils n'ont rien su mettre à la place », M. Villey, « Essor et décadence du volontarisme juridique », in *ibid.*, p. 281.

²¹²⁹ S'attachant à décrire la pensée de Villey, Stéphane Bauzon souligne le rôle des individus tout en relativisant immédiatement la portée juridique de leur subjectivité. Il affirme ainsi que « dans sa recherche du droit politique, le juriste ne fait pas œuvre de réflexion isolée. Un dialogue s'instaure entre juristes sur la mesure du partage, un débat qui oppose des points de vue divers comme l'attestent les travaux du Législateur ou des tribunaux, mais qui existe aussi au niveau du gouvernement ou du juriste. [...] Le gouvernement et les juristes doivent eux aussi prendre [...] une décision qui respecte la nature des choses débattues, pour cela ils mènent une enquête, ils s'informent, ils en discutent », S. Bauzon, *Le métier de juriste : du droit politique selon Michel Villey*, préf. F. Terré, Sainte-Foy (Québec) : Presses universitaires de Laval, coll. Diké, 2003, p. 175-176. La subjectivité qui est immanquablement à l'œuvre dans la détermination du droit politique est donc immédiatement tempérée par le processus dialectique qui s'opère.

²¹³⁰ O. Jouanjan, « Les aventures du sujet dans la narration villeyenne de l'histoire de la pensée juridique », *Droit et société* n° 71, 2009, p. 44.

²¹³¹ Jacky Hummel conteste en ce sens l'opportunité d'« [...] une pensée doctrinale dominante qui se refuse à appréhender les origines d'une constitution par la référence à une volonté politique antérieure portée par le pouvoir constituant [...] », J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les Sens du droit, 2010, p. 75.

largement, la fonction du sujet, dans la formation du droit. Fort du présupposé que rien – et surtout pas des droits subjectifs²¹³² – ne précède la règle sociale objective, le juriste bordelais a construit une théorie sociologiste du droit qui n'a que peu à voir avec la proposition formulée au titre du droit politique. Au fondement du droit, Duguit identifiait en effet « [...] une règle de fait ; une règle qui s'impose aux hommes, non pas en vertu d'un principe supérieur, quel qu'il soit, bien, intérêt, bonheur, mais en vertu et par la force des faits, parce que l'homme vit en société et ne peut vivre qu'en société »²¹³³. Toute la juridicité des actes de volonté émis par les hommes au titre du droit ne découlerait ainsi que de leur conformité à cette règle fondamentale²¹³⁴. Si la subjectivité peut donc s'immiscer dans la théorie duguiste du droit, elle ne dispose que d'une place foncièrement limitée, assujettie qu'elle est à la règle sociale objective : celle-ci s'impose à la conscience des hommes, qui ne peuvent que la *constater*, jamais la *décider*²¹³⁵. On trouve donc, chez Duguit, un postulat radicalement différent de celui qui anime la pensée du droit politique : les normes ne sont pas juridiques par le fait de leur reconnaissance par les sujets²¹³⁶, puisque c'est au contraire leur juridicité qui s'impose à leur conscience et à leur volonté. À bien des égards, les travaux du droit politique pourraient laisser entendre la même consécration d'une réalité sociale inaltérable, celle en vertu de laquelle les hommes sont naturellement sociaux, fondamentalement condamnés à la politique au sens étymologique. Ainsi, certains discours des *juspolitistes* sur le pouvoir suggèrent l'adhésion à cette thèse multiséculaire²¹³⁷. Toutefois, un tel constat ne s'accompagne

²¹³² Le maître de Bordeaux écrivait par exemple : « nous ne voyons dans le droit qu'une règle de conduite sociale et, si l'homme [a] des droits subjectifs, ils dérivent de cette règle de conduite », L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, préf. F. Moderne, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 105.

²¹³³ *Ibid.*, p. 16.

²¹³⁴ « Un fait humain, c'est-à-dire un fait provoqué par un acte de volonté individuelle, voilà tout ce qu'il y a. Ce fait est un fait de droit, s'il est conforme à la règle de droit [...] », *ibid.*, p. 19.

²¹³⁵ « [...] Une règle de conduite s'impose à l'homme social par la force même des choses. [...] La règle de droit est sociale par son fondement, en ce sens qu'elle n'existe que parce que les hommes vivent en société. La règle de droit est individuelle parce qu'elle est contenue dans les consciences individuelles [...] », L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, préf. D. Chagnollaud, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2007, p. 10.

²¹³⁶ Dans la perspective *juspolitiste*, en effet, « l'acte de reconnaissance consiste à investir un fait d'une valeur juridique, à proclamer son existence, on serait tenté de dire sa naissance, dans le monde du droit. La reconnaissance, en ce sens, peut être regardée comme l'acte solennel d'investiture de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être », C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu (I) : l'avènement de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être », *Jus politicum* n° 5, décembre 2010. Voir également sur cette question, *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre 2, section 2, §1.

²¹³⁷ La réflexion conduite par le droit politique envisage en effet le phénomène constitutionnel comme une manifestation spécifique du pouvoir politique. Ce pouvoir, qui peut être indifféremment regardé comme la preuve de la nature éminemment politique et sociale de l'Homme ou non, ne fait pas l'objet de la recherche *juspolitiste* en tant que tel : c'est un préalable nécessaire au droit constitutionnel dont l'existence

jamais, sous leur plume, de la consécration de son autorité juridique. Même si l'homme est un animal naturellement politique, cette vérité inaltérable n'est pas regardée comme la source de la juridicité. Quoique partageant certains aspects de la théorie duguiste, la pensée du droit politique ne peut donc, à ce titre, être entendue comme l'expression d'un nouvel objectivisme sociologique²¹³⁸ ; elle confère ainsi au sujet la possibilité d'occuper dans la formation du droit, une fonction que Duguit lui refusait absolument²¹³⁹.

648. Parce que le droit politique propose une théorie qui accorde au sujet une considération plus étendue que ne le fait le positivisme sociologique de Léon Duguit, il pourrait appeler à lui une analogie avec une dernière forme d'objectivisme, celle de l'École historique du droit. Cette dernière, sous l'impulsion notamment de Carl von Savigny et de Georg Friedrich Puchta, a en effet placé la source du droit dans l'esprit collectif de ses sujets²¹⁴⁰. Pour autant, ces auteurs n'en présentaient pas moins un véritable objectivisme : leur théorie dépossède largement le sujet de sa capacité à produire de la juridicité, dès lors que la source du droit y transcende les individualités et gît plus globalement dans la conscience collective du peuple²¹⁴¹. Olivier Beaud estime d'ailleurs possible d'évoquer en ce sens l'expression d'un « droit naturel historique »²¹⁴², ce qui

et le fondement ne sont pas eux-mêmes discutés au titre du droit politique. Voir par exemple : D. Baranger, *Le droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 7^e éd., 2017, p. 3-6.

²¹³⁸ Le droit politique semble plus proche en ce sens de la perspective hauriousienne car, « si l'institutionnalisme d'Hauriou aboutit à une solution qui, finalement, ne laisse qu'une place fort modeste à la sociologie, on peut considérer qu'au contraire le réalisme de Duguit invite à considérer comme méthodologiquement essentielle cette science », P.-M. Raynal, « Révolution et légitimité, la dimension politique de l'excursion sociologique du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

²¹³⁹ C'est notamment le moyen, pour le droit politique, de résister au « désenchantement du monde constitutionnel » auquel a conduit la méthodologie duguiste : *ibid.*

²¹⁴⁰ Le sujet n'est en effet pas considéré dans son individualité, mais comme membre d'une communauté qui le transcende. Ainsi, selon cette posture, « [...] il n'est aucune existence humaine parfaitement individuelle et séparée : au contraire, ce qui peut être regardé comme étant individuel est, envisagé par un autre côté, membre d'un Tout plus élevé. C'est ainsi que chaque homme individuel doit nécessairement être pensé, en même temps, comme le membre d'une famille, d'un peuple, d'un État ; chaque époque d'un peuple, comme la continuation et le développement de l'ensemble des époques révolues ; et toute autre vision est certainement unilatérale et devient, lorsqu'elle entend s'imposer exclusivement, fautive et funeste », F.C. von Savigny, « Sur le but de la présente revue », trad. O. Jouanjan, in O. Jouanjan (dir.), *L'esprit de l'École histoire du droit*, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, coll. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 2004, p. 26.

²¹⁴¹ L'« égoïsme historique » en constitue en ce sens le principal obstacle selon Savigny : O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX^e siècle*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 112 et ss. Le projet savignien vise, selon une élégante formule d'Olivier Jouanjan, la « réconciliation d'une histoire de la conscience avec la conscience de cette histoire » ; *ibid.* p. 113. Dès lors, « le mouvement même du droit n'est autre que celui de la conscience de soi, c'est-à-dire de cette capacité du sujet – ici : le peuple comme sujet individuel – à s'instituer soi-même, comme objet de soi [...] », O. Jouanjan, « Présentation », in O. Jouanjan (dir.), *L'esprit de l'École histoire du droit*, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, coll. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 2004, p. 14.

²¹⁴² O. Beaud, « Quelques remarques sur une histoire subjective de la pensée juridique allemande », *Droits* n° 42, 2005, p. 167.

rend toutefois nécessaires quelques précisions²¹⁴³. En tout état de cause, l'École historique présente une posture très originale, mêlée d'idéalisme et d'objectivisme, reposant sur un quasi-paradoxe, celui qui consiste à placer la source du droit dans une conscience arrachée à la subjectivité²¹⁴⁴. Autant de spécificités que ne reprend pas à son compte la pensée du droit politique²¹⁴⁵.

649. Telle que nous avons eu l'occasion de la définir, la théorie du droit politique ne peut se passer d'une considération du sujet, d'une prise en compte de la volonté dans la construction du droit. Il en résulte une difficulté à catégoriser les auteurs *juspolitistes* selon la dichotomie exhaustive du subjectivisme et de l'objectivisme. À maints égards, c'est l'idée d'*intersubjectivisme*²¹⁴⁶ qui restitue le mieux la complexité de leur proposition théorique : le droit repose dans la conscience institutionnalisée des sujets, forgée par leurs consciences individuelles et par des actes de volonté ponctuels, il ne peut dès lors être ni tout à fait objectif ni seulement subjectif. En ce sens, le droit politique se distingue par exemple de la pensée de Michel Villey, qui lui aurait sans doute reproché, au nom de sa propre conception du droit politique, de ne « [...] concevoir [que] des finalités *intersubjectives, multisubjectives*. Mais non pas ces fins authentiques, les seules à mériter ce nom, parce que *réelles*, extramentales, seules à constituer des valeurs authentiquement *objectives* [...] »²¹⁴⁷. L'objectivité du droit ne constitue donc pas la finalité que poursuivent les arguments *juspolitistes*, eu égard à la dose de subjectivisme qui reste prégnante dans la théorie du droit politique. Sa distance avec la posture de l'objectivisme

²¹⁴³ Olivier Jouanjan a ainsi explicité longuement en quoi la démarche de l'École historique se construit par réaction au droit naturel moderne, sans pour autant embrasser une démarche véritablement positiviste. Il a notamment écrit que « la science juridique de Savigny et Puchta [...] ne peut être dite jusnaturaliste – au sens moderne – parce que la raison n'est pas le siège essentiel du droit, mais la conscience ou l'esprit d'une communauté, et l'esprit n'est pas travail de la raison, mais de la liberté. Plus généralement, elle n'est ni positiviste, ni jusnaturaliste parce que le fondement du droit n'est placé dans aucune instance extérieure ni supérieure à la conscience ou à l'esprit des hommes qui vivent et font vivre le droit, ni dans la loi, ni dans la nature (ou la raison) », O. Jouanjan, « Une alternative à l'opposition positivisme/jusnaturalisme ? Sur l'école historique du droit », in D. Rousseau, A. Viala (dir.), *Le droit, de quelle nature ? Actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007*, Paris : Montchrestien, coll. Grands Colloques, 2010, p. 16. L'emploi par Olivier Beaud de l'expression de « droit naturel historique » pour caractériser l'École historique reste toutefois justifié par référence à une forme classique du droit naturel, en vertu de laquelle la source du droit aurait été transférée, de la nature des choses, à la conscience collective inaltérable des sujets.

²¹⁴⁴ Olivier Jouanjan rappelle ainsi que la démarche de l'École historique du droit a pu être qualifiée d'idéalisme objectif, ce qui suppose toutefois quelques précautions sur le sens attribué à cette expression : O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 149-150.

²¹⁴⁵ Pour un exposé plus développé des différences entre droit politique et École historique, voir *infra*, Titre II, Chapitre 1, section 2, §1, B, 1.

²¹⁴⁶ Voir dans le même sens *supra*, Partie I, Titre II, Chap. 2, Section 2, §2.

²¹⁴⁷ M. Villey, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 134.

social s'exprime également dans sa réticence à déconstruire les concepts juridiques, forgés communément par le droit positif et la doctrine académique.

2. Le refus de déconstruire les concepts juridiques

650. L'objectivisme sociologique, tel qu'il a notamment été conçu par Léon Duguit, invite à la déconstruction des concepts structurant la théorie juridique, parce qu'ils sont accusés de dissimuler la vérité du droit, essentiellement factuelle et sociale²¹⁴⁸. Le droit politique, dont on a vu qu'il milite justement pour la réhabilitation des concepts fondateurs du droit constitutionnel²¹⁴⁹, s'inscrit donc en faux contre la démarche sociologiste et apporte une nouvelle preuve de sa réticence à l'adoption d'une ontologie objectiviste du droit. Nous aimerions démontrer, à ce titre, que le droit politique, en sauvant l'usage théorique des concepts qu'il entend construire, ne verse pas nécessairement dans l'idéalisme épistémologique que Léon Duguit associait à une telle méthode²¹⁵⁰ ; le maître bordelais étant lui-même passible d'un tel reproche du fait de la convergence que présente sa théorie avec les thèses naturalistes²¹⁵¹, il apparaît que l'usage de concepts doctrinaux ne constitue pas, à l'inverse, la preuve irréfutable d'une méthode prescriptive.

651. La démarche sociologique de Léon Duguit est, comme l'indique sa dénomination, très nettement inspirée d'une ambition empirique, en vertu de laquelle le juriste prétend ne se saisir que des *faits* soumis à son étude²¹⁵². En ce sens, le théoricien de Bordeaux a

²¹⁴⁸ Duguit écrivait par exemple : « [...] les faits sont plus forts que les textes, et le droit se trouve dans la réalité sociale et non dans les formules des lois, quoique solennelles qu'elles soient. Le moment est venu de tenter la construction juridique de l'État, en utilisant uniquement les matériaux fournis par la réalité sociale et en *écartant tous les concepts d'ordre métaphysique* », L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, préf. D. Chagnollaude, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2007, p. 49 ; nous soulignons.

²¹⁴⁹ Voir notamment *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre 1.

²¹⁵⁰ Duguit disqualifiait ainsi les « purs concepts de l'esprit dénués de toute réalité positive », et dénonçait notamment l'État comme « conception métaphysique *a priori* » et comme « construction juridique édifiée sur les vieux concepts scolastiques, sans valeur, de substance et d'attribut ; [...] extrascientifique » ; L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, préf. D. Chagnollaude, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2007, p. 29.

²¹⁵¹ Xavier Bioy a ainsi pu écrire que « la Nature des choses fonde aussi le naturalisme d'inspiration sociologique qui entend trouver dans les lois sociales, dites « positives » parce que perçues par le prisme de la méthode positiviste, les sources des lois » ; cette approche fut employée et « magnifiée notamment par Duguit » ; X. Bioy, « L'usage de l'idée de nature en droit constitutionnel », in D. Rousseau, A. Viala (dir.), *Le droit, de quelle nature ? Actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007*, Paris : Montchrestien, coll. Grands Colloques, 2010, p. 102.

²¹⁵² Ce sociologisme le conduit d'ailleurs à refuser d'adhérer au pragmatisme juridique : « la conception de la vérité de Duguit empêche ce dernier d'accéder à la logique pragmatiste car, pour lui, ce qui est vrai est

régulièrement enjoint à ses confrères « [...] de [se] débarrasser une fois pour toutes de ces fantômes, de ces abstractions, de prendre les choses comme elles sont et de voir ensuite quelles conséquences juridiques on peut et on doit en tirer. Adaptons les théories juridiques aux faits et non point les faits aux théories juridiques »²¹⁵³. De son point de vue donc, la réalité juridique ne saurait qu'être altérée par un prisme conceptuel qui lui serait apposé et contre lequel les juristes devraient se prémunir. Deux exemples sont, à ce titre, éclairants, non seulement de la posture de Duguit, mais également de l'antagonisme qu'entretiennent avec elle les auteurs *juspolitistes* : l'État²¹⁵⁴ et la souveraineté²¹⁵⁵. L'un et l'autre de ces concepts sont en effet rejetés par le maître bordelais, alors qu'ils sont au contraire valorisés par le droit politique. Duguit écrivait ainsi : « des individus qui veulent employer leur force conformément ou contrairement au droit ; une force légitime si elle est conforme au droit, tyrannique si elle lui est contraire, voilà tout ce qu'il y a derrière ces mots d'État, de souveraineté politique, de volonté nationale. Et cependant les expressions de souveraineté, de volonté souveraine de l'État, de la nation, se rencontrent constamment [dans la doctrine] et dans les lois positives elles-mêmes [...]. Ces mots, au sens vague et indéterminé, n'expriment rien de réel. S'ils ont un sens, ils ne traduisent qu'une notion sans valeur, parce qu'elle n'est qu'une survivance d'un état de choses antérieur, aujourd'hui disparu »²¹⁵⁶. Le positivisme sociologique entretient donc une défiance tenace à l'encontre des concepts classiques du droit, qui sont davantage considérés comme des obstacles que comme des instruments de l'étude juridique. Essentiellement construits par des théoriciens qui se situeraient ainsi *en dehors de la*

ce qui est constatable et qui correspond à un *fait social*. L'idée qu'un concept devient vrai à mesure qu'on le construit et que ses effets répondent à des attentes sort de son cadre de pensée », S. Gilbert, « Présentation », in L. Duguit, *Le pragmatisme juridique. Conférences prononcées à Madrid, Lisbonne et Coïmbre*, 1923, Paris : La Mémoire du Droit, 2008, p. 42. Sur l'opposition de Duguit à l'encontre du pragmatisme méthodologique, voir aussi : O. Beaud, « Duguit, l'État et la reconstruction du droit constitutionnel français », in F. Melleray (dir.), *Autour de Léon Duguit. Colloque commémoratif du 150^e anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit*, Bruxelles : Bruylant, 2011, p. 54.

²¹⁵³ L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, préf. F. Moderne, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 241.

²¹⁵⁴ Duguit n'accepte ainsi d'employer le terme d'État que dans un sens fort restreint : « [...] une seule chose existe dans la réalité : une distinction entre les plus forts et les plus faibles, entre les gouvernants et les gouvernés. Si l'on y place autre chose, on est en dehors des faits ; cette autre chose n'est qu'une abstraction de l'esprit », *ibid.*, p. 242.

²¹⁵⁵ Duguit livre par exemple une critique systématique du concept de souveraineté dans son *Manuel de droit constitutionnel*, préf. D. Chagnollaud, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2007, p. 81-85.

²¹⁵⁶ L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, préf. F. Moderne, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 319-320.

*réalité*²¹⁵⁷, les concepts seraient en effet la trace d'une idéalisation de la méthodologie doctrinale, par laquelle les faits, corrompus par le filtre théorique, seraient assujettis à une démarche finaliste et prescriptive au lieu de constituer eux-mêmes la finalité de la science.

652. L'argument ainsi avancé par Léon Duguit est logiquement pertinent ; il est d'ailleurs décliné par les auteurs du droit politique eux-mêmes, lorsqu'ils expriment leur méfiance à l'encontre d'un certain conceptualisme²¹⁵⁸. Pour autant, il peut être estimé à la fois trop radical et paradoxal de la part du juriste bordelais. Radical, Duguit l'est en ce qu'il exclut d'emblée tous les concepts, toutes les abstractions, à partir d'illustrations elles-mêmes partielles ; il aurait pu choisir de déconstruire un certain concept d'État ou un certain concept de souveraineté et en proposer une alternative, mais il a préféré – sociologisme oblige – saper directement le fondement de la conceptualisation doctrinale. Il ne fait ainsi pas de distinction entre ce qui relève du droit positif et ce qui ne découle que des travaux théoriques²¹⁵⁹, absence de distinction que revendiquent certes les tenants du droit politique, mais pour en retenir toutefois une autre leçon, celle de la nécessité pour la doctrine de mettre au jour les concepts structurant le droit positif²¹⁶⁰.

653. La critique de Duguit est également paradoxale : appelant à la déconstruction des concepts au nom de la réalité qui doit prévaloir sur l'idéalité doctrinale, le maître de Bordeaux érige par ailleurs cette réalité en vérité juridique absolue, indépassable et impérative. La réification de la solidarité sociale à laquelle il procède dans ses travaux suggère pourtant le même péril qu'il dénonce à l'encontre des concepts de la science du droit, celui de l'objectivation d'une donnée irréductible à l'aune de laquelle pourront être évaluées par le savant la juridicité des faits et, ainsi, la constitution même de son objet²¹⁶¹.

²¹⁵⁷ À propos de la personnification de l'État, Duguit dénonçait par exemple un « procédé artificiel par lequel les juristes se plaçaient en dehors du monde réel », *ibid.*, p. 323-324.

²¹⁵⁸ Voir *infra*, B.

²¹⁵⁹ Pour Duguit, l'inclination doctrinale en faveur de concepts serait la marque de la distance que les auteurs entretiennent volontairement à l'égard du droit positif, qui serait, lui, étranger à de tels concepts. Il dénonce ainsi l'« étrange [...] prétention des juristes de se créer un État à eux », L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, préf. F. Moderne, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 242.

²¹⁶⁰ Olivier Beaud estime par exemple qu'« un travail d'ordre véritablement doctrinal sur la souveraineté et la puissance publique suppose de saisir le caractère systématique de ces notions, travail qui nécessite une réflexion de théorie générale de l'État. Cela implique, d'une part, de se déprendre des catégories usuelles maniées aujourd'hui par la jurisprudence et de la doctrine, et d'autre part, de restituer aux notions de puissance de l'État ou de souveraineté toute leur densité historique, dogmatique et systématique », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 12-13.

²¹⁶¹ Duguit a en effet fondé toute sa théorie juridique sur l'argument de la solidarité sociale et en fait le critère ultime de la juridicité ; L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, préf. D. Chagnollaud, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2007, p. 10 et ss. Dans cette hypothèse, la loi n'acquiert de positivité qu'en tant qu'elle découle du présupposé de la règle sociale objective : « il y a toujours loi, et il y

L'établissement d'une règle sociale objective déterminant l'existence du système juridique suscite donc des questions similaires à celles que soulevait déjà Léon Duguit à propos de la conceptualisation. L'objectivisme du juriste bordelais a donc, dans une certaine mesure, fourni des arguments à ses détracteurs. C'est ainsi que certains d'entre eux ont pu dénoncer l'idéalisme épistémologique à l'œuvre dans la démarche duguiste. Alexandre Viala affirme en ce sens que, « [...] bien qu'elle fût animée du louable souci d'aller chercher, de façon lucide et réaliste, ce qui se cache derrière l'apparence trompeuse des concepts juridiques, cette ontologie qui procède délibérément d'une réduction du devoir-être à l'être de la société, relève d'une démarche épistémologique à forte dose d'idéalisme en dépit des intentions qu'affichent ses tenants les plus convaincus »²¹⁶². À la lumière de l'engagement politique qui fut le sien²¹⁶³, on peut donc considérer que la thèse duguiste de la limitation de l'État par le droit, qui sous-tend tout sa théorie, est finalement prescriptive²¹⁶⁴.

654. Il apparaît donc que la déconstruction des concepts à laquelle se prête l'objectivisme sociologique d'un Duguit ne constitue aucunement un parapet contre l'idéalisme méthodologique ; à l'inverse, la revendication du droit politique en faveur de la réhabilitation des concepts fondateurs du droit public que sont l'État, la souveraineté, la représentation, la responsabilité..., peut dès lors être dissociée d'une épistémologie prescriptive. Cela suppose certes que l'usage des concepts soit accompagné de certaines précautions méthodologiques, qui seront étudiées plus avant²¹⁶⁵, mais c'est là le prix que consentent à payer les auteurs du droit politique, dès lors qu'« il semble très difficile, en réalité, de démontrer que les raisonnements juridiques ne dépendent jamais du raisonnement analytique et de l'interprétation du sens des concepts juridiques »²¹⁶⁶. Les

a seulement loi, lorsqu'un acte fait par un gouvernant constate une règle de droit », L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, préf. F. Moderne, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 502.

²¹⁶² A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 155.

²¹⁶³ En effet, « il n'est pas incongru d'affirmer que la pensée politique de Duguit a déterminé sa pensée juridique et que sa conception réaliste du droit a servi sa conception juridique de l'État. Politique proche du radical-socialisme, Duguit a défendu la socialisation du droit et lutté contre l'individualisme juridique. Soucieux des individus et de leur liberté, il a aussi lutté contre l'omnipotence de l'État et soutenu le renforcement de la théorie juridique de l'État de droit », S. Gilbert, « Présentation », in L. Duguit, *Le pragmatisme juridique. Conférences prononcées à Madrid, Lisbonne et Coïmbre*, Paris : La Mémoire du Droit, 2008, p. 93.

²¹⁶⁴ C'est ce qu'a démontré Charles Eisenmann lorsqu'il écrivait qu'« en définitive, [...] M. Duguit invoque à l'appui de ses thèses fondamentales, non plus du tout les faits juridiques, mais une sorte de nécessité morale ou politique », C. Eisenmann, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », 1930, in *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, préf. C. Leben, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Droit public, 2002, p. 23.

²¹⁶⁵ Voir en ce sens *infra*, Section 2, § 1.

²¹⁶⁶ D. Baranger, « Un chantier qui ne prend jamais fin. Le juge, les révisions, et les autres formes de changement constitutionnel dans la France contemporaine », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017.

concepts s'imposent donc au travail doctrinal d'abord parce qu'ils imprègnent le droit positif lui-même, ensuite parce qu'ils sont seuls capables d'en brosser un portrait d'ensemble²¹⁶⁷ ; l'étude juridique ne saurait, du point de vue du droit politique, faire l'économie d'une approche conceptuelle. Le péril idéaliste que représente une telle démarche réside en premier lieu dans la possible essentialisation de ces concepts et leur objectivation ; la mise en garde de Duguit à cet égard, ne doit donc pas être négligemment balayée. Or, le droit politique, en adoptant une posture elle-même critique à l'encontre d'un conceptualisme trop radical, et en se démarquant ainsi de l'objectivisme juridique, navigue habilement entre les récifs qu'avait identifiés à ce titre le maître bordelais.

B. Une théorie méfiante à l'égard de l'objectivisme logiciste

655. Plusieurs courants doctrinaux ont été caractérisés par un objectivisme qui ne concernait pas tant le fait social que les concepts qu'utilise la science juridique pour rendre compte du droit. L'objectivisme traduit alors en matière juridique une méthodologie logiciste²¹⁶⁸ par laquelle le savant entend étudier son objet à travers le prisme d'un modèle conceptuel qu'il a lui-même érigé. Les auteurs s'en prévalant ont conféré à leur appareil théorique une portée objective, en se fondant pour cela sur l'argument de leur méthode et celle de la réalité du droit, au sens philosophique²¹⁶⁹. Au titre de cette démarche, c'est probablement la *Begriffsjurisprudenz* – la « jurisprudence des concepts » selon une traduction littérale scabreuse²¹⁷⁰ – qui représente le plus

²¹⁶⁷ Ainsi Olivier Beaud estime-t-il que la souveraineté mérite un travail de conceptualisation doctrinale, notamment parce que « [...] la souveraineté déborde le cadre des différentes dispositions constitutionnelles qui la mentionnent et auxquelles le juge est tenu de se référer ; soit elle détermine certaines dispositions constitutionnelles muettes à son égard [...], soit elle se situe en dehors du texte constitutionnel tout en structurant la constitution *lato sensu* », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 12. Sur le plaidoyer *juspolitiste* en faveur d'une approche théorique du droit, voir également *infra*, Titre II, Chapitre 2, section 2, §1, B, 2.

²¹⁶⁸ C'est-à-dire « qui met l'accent sur la logique des raisonnements et minimise leur aspect psychologique », *Dictionnaire Larousse*.

²¹⁶⁹ C'est notamment le cas du « [...] conceptualisme [qui] est, au sens philosophique commun, un *réalisme* : les concepts du droit disent la vérité intime d'un droit qui en lui-même possède une structure conceptuelle et systématique », O. Jouanjan, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales* vol. XLI, 2003, p. 137.

²¹⁷⁰ Le terme de jurisprudence peut en effet, en français, induire en erreur ; Olivier Jouanjan recommande de parler de « conceptualisme juridique » ; O. Jouanjan, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales* vol. XLI, 2003, p. 136.

clairement cette tendance doctrinale à la réification des concepts doctrinaux²¹⁷¹. Personnifiée notamment au XIX^e siècle en Allemagne par Carl Friedrich Gerber, Paul Laband et Rudolf von Jhering – qui y renoncera finalement –, cette école de pensée présente un objectivisme réaliste radical. Mais elle n'est pas la seule doctrine présentant une telle posture ; il est en effet possible de la rapprocher à cet égard de la théorie normativiste kelsénienne²¹⁷², quoique la méthode mise en œuvre diffère largement d'une pensée à l'autre²¹⁷³. Lui-même promoteur d'un réalisme objectiviste, Kelsen partage avec le conceptualisme de Gerber et Laband un formalisme et un logicisme²¹⁷⁴, qui suscite des critiques comparables de la part du droit politique. Les deux hypothèses théoriques, aussi différentes soient-elles par ailleurs, portent un risque comparable d'idéalisme méthodologique, quoique le normativisme soit logiquement mieux prémuni contre ce risque du fait de son attachement à la méthodologie empiriste. Confronté à ces exemples d'objectivisme formaliste, le droit politique apparaît résolument relativiste, dès lors qu'il conteste à la fois la propension dogmatique (1) et la vocation universaliste (2) qu'ils véhiculent.

1. La critique des théories dogmatiques

656. Le conceptualisme est d'abord caractérisé par le rationalisme, soit l'idée « [...] selon laquelle toute affirmation doit être fondée, justifiée, en étant dérivée d'une certaine classe de propositions certaines, elles-mêmes « évidentes par soi » »²¹⁷⁵. Ce mouvement doctrinal repose donc sur le présupposé selon lequel la connaissance dispose d'une

²¹⁷¹ Selon Guillaume Tusseau, cette doctrine de la *Begriffsjurisprudenz* repose sur l'idée que « [...] les notions juridiques existeraient par elles-mêmes dans une sphère de réalité située hors d'atteinte des hommes. Ceux-ci ne pourraient que dégager, révéler ou découvrir ces réalités préexistantes et, tout au plus, en déduire des conséquences par des moyens strictement logiques », G. Tusseau, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle » », *RFDA* n° 4, 2009, p. 642.

²¹⁷² Olivier Jouanjan souligne notamment l'ambition commune qui conduit les travaux de ces auteurs, celle de l'établissement d'une science juridique autonome ; O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 192 et ss.

²¹⁷³ Jean-François Kervégan insiste soigneusement sur les différences fondamentales qui distinguent la pensée de Kelsen de celle de ses prédécesseurs : J.-F. Kervégan, *Crise et pensée de la crise en droit : Weimar, sa république et ses juristes*, Lyon : ENS Éditions, coll. Theoria, 2002, p. 104. Kelsen lui-même, affichant une même ambition de distinguer le droit de la politique, se démarque des auteurs conceptualistes en affirmant leur échec dans leur tentative de la mener à bien : R. Treves, J.-F. Perrin, « Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantienne », *Droit et société* n° 7, 1987, p. 333.

²¹⁷⁴ O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 229.

²¹⁷⁵ A. Boyer, « Rationalisme critique », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 622.

certaine pureté que seule la pensée rationalisée est à même de restituer. Sans ôter de sa force à la thèse de l'objectivité du droit, la méthode rationaliste peut au contraire se conjuguer avec elle ; la théorie « pure » de Hans Kelsen constitue à ce titre un exemple éclairant, puisque le juriste autrichien défendait concomitamment le caractère objectif des normes juridiques et la nécessité pour le savant de construire des instruments conceptuels susceptibles de la saisir au titre de la connaissance scientifique²¹⁷⁶. De l'aveu même de Kelsen²¹⁷⁷, cette méthodologie est inspirée des thèses d'Emmanuel Kant, lui-même rationaliste. Dans cette perspective, dès lors qu'il est regardé comme une donnée objective, le droit ne peut être décrit par le savant qui s'en saisit, qu'à travers des outils pareillement objectifs et frappés du sceau de la raison et de la logique. C'est l'exemple que constitue, dans le cas du normativisme, l'hypothèse de la norme fondamentale ; « conséquence de l'irréductible dualité du *Sein* et du *Sollen* à laquelle Kelsen attache tant d'importance, la *Grundnorm* est le présupposé épistémologique dont il se sert pour penser son objet »²¹⁷⁸. Même si la nature fictionnelle de ce présupposé est largement assumée par son auteur, la norme fondamentale n'en reste pas moins dotée d'une portée théorique objective, ce qui est nécessaire pour qu'elle puisse prétendre rendre compte d'un droit lui-même exclusivement objectif²¹⁷⁹. Le normativisme, en tant qu'expression de l'objectivisme juridique, ne peut donc se penser sans le recours à des concepts doctrinaux eux-mêmes objectivés.

657. Cette démarche peut, à cet égard, être rapprochée du conceptualisme objectiviste, qui a pris notamment les traits de la *Begriffsjurisprudenz* au XIX^e siècle. Elle-même

²¹⁷⁶ « Comme en atteste la *Grundnorm*, norme pensée et « posée » par la science du droit, toute la démarche kelsénienne est inspirée de l'idéalisme transcendantal de Kant qui est une méthode de recherche des conditions de la connaissance indépendante de l'expérience, *a priori*, pure, que Kelsen a jugée d'autant plus adaptée à l'objet « droit » qu'il s'agit d'un objet non empirique », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 208.

²¹⁷⁷ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 80.

²¹⁷⁸ A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 205.

²¹⁷⁹ Kelsen écrivait en ce sens que « [...] cette théorie de la norme fondamentale révèle et affirme le caractère positiviste de la théorie pure du droit. Cette théorie décrit le droit positif, c'est-à-dire tout ordre de contrainte efficace en gros et de façon générale, comme un ordre normatif objectivement valable ; et elle établit que cette interprétation n'est possible qu'à condition de supposer une norme fondamentale en conséquence de laquelle la signification subjective des actes créateurs de droit soit également leur signification objective », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 220. La fonction indispensable qu'assume ici la *Grundnorm* lui confère un certain degré d'existence qui confine à l'objectivité, ce qui est confirmé par la tendance que détecte Michel Troper dans la théorie du juriste viennois, à entretenir une confusion entre les concepts du droit et ceux de la science du droit : M. Troper, « Les concepts juridiques et l'histoire », in *Le droit et la nécessité*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2011, p. 257-258. L'objectivité supposée des premiers semble donc bien rejaillir sur les seconds.

inspirée d'une méthode kantienne²¹⁸⁰, elle repose sur la « [...] croyance à la réalité d'un monde de concepts immuables, en tant que développement d'une conception platonisante des idées juridiques prises comme des substances données à l'avance et desquels participent les rapports et les institutions juridiques. Autrement dit : en tant que leur conceptualisme est un réalisme conceptuel au sens philosophique »²¹⁸¹. Contrairement à ce que présente le normativisme kelsénien, le conceptualisme objectiviste procède à l'*essentialisation des concepts*, ce qui les rend à la fois immuables et indémontrables²¹⁸². Or, dès lors qu'ils constituent le prisme exclusif que retient la *Begriffsjurisprudenz*, ces concepts sont la marque de son dogmatisme et, partant, de son idéalisme méthodologique : érigés arbitrairement par leurs auteurs en étalon de la validité du droit positif, ils représentent tout bonnement les prétextes opportuns d'une théorie politiquement prescriptive²¹⁸³.

658. Le normativisme de Hans Kelsen est globalement prémuni contre cette dérive méthodologique puisqu'il ne succombe pas à l'essentialisation des concepts qu'il manie. Pour autant, il encourt une critique similaire quant à la méthode exclusivement déductive par laquelle il élabore ces concepts. La construction indispensable d'outils théoriques pose en effet la question de l'adéquation de ces outils à l'objet étudié et semble faire peser un double risque sur leur capacité à rendre compte de la réalité juridique. En premier lieu, des concepts trop précisément et substantiellement prédéterminés, à l'instar de ceux que maniait la *Begriffsjurisprudenz*, encouragent leurs auteurs à sacrifier les données du droit positif à l'essence de ces concepts²¹⁸⁴. En second lieu, des concepts trop éthérés ou trop formalistes, comme ceux qu'a érigés Kelsen, compromettent leur propre capacité à rendre compte efficacement des faits juridiques, dès lors qu'ils peinent à traduire la spécificité de

²¹⁸⁰ Olivier Jouanjan évoque en ce sens « un concept formaliste, d'inspiration – consciente ou non – kantienne », O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 231.

²¹⁸¹ *Ibid.*, p. 196.

²¹⁸² L'ambition de la théorie conceptualiste de Gerber et Laband était ainsi « de la soustraire à la prétention critique énoncée du point de vue du droit » et « de *délibéraliser la science juridique* » ; *ibid.*, p. 230 ; nous soulignons. Jellinek a adressé une critique véhémente à ce conceptualisme, estimant qu'il repose sur l'érection contestable d'un type idéal. Ce dernier « [...] n'est pas le résultat d'investigations poursuivies scientifiquement, mais le produit de la spéculation toute pure. Et même, il ne s'agit pas ici d'une spéculation s'exerçant de sans-froid et avec prudence, et pesant tous ses arguments. Les luttes politiques les plus âpres d'une époque déterminée, les tendances les plus extrêmes, voilà l'origine de nos types idéaux de l'État », G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, préf. O. Jouanjan, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, p. 55.

²¹⁸³ Olivier Jouanjan démontre en effet la posture fondamentalement politique qui guide les travaux de Gerber et Laband. Il évoque par exemple un « système constitutionnel de la monarchie allemande [fixé] au ciel des concepts purs du droit », O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 230.

²¹⁸⁴ Selon un risque qui sera plus tard identifié par Léon Duguit : voir *supra*, A. 2.

leur objet et qu'ils se contentent de survoler la matière juridique brute. Le conceptualisme, lorsqu'il est associé à un objectivisme intransigeant, peut ainsi conduire à la formulation de véritables *dogmes*, qui, procédant d'une certaine réification, encombrant la fonction descriptive qui est pourtant revendiquée par leurs auteurs. Si ce fut le cas des tenants de la *Begriffsjurisprudenz* lorsqu'ils ont succombé à la pure spéculation²¹⁸⁵, c'est aussi, dans une certaine mesure, ce qui ressort de la postérité qu'ont connue les concepts kelséniens, à l'instar de la hiérarchie des normes²¹⁸⁶. Quoique le juriste autrichien puisse lui-même difficilement être tenu comptable de l'usage déformé qu'ont pu susciter les fictions qu'il a construites, il n'en est pas moins resté attaché à une certaine prévalence des concepts sur les faits, et ce au nom de « [...] la nécessité, dans le cadre d'une science qui ne saurait être le simple reflet ni la simple reproduction d'un réel insaisissable, d'arrêter un concept non pas dans le dessein de le régler sur l'objet, mais par rapport auquel l'objet est invité à se régler »²¹⁸⁷. La méthode strictement déductive ainsi adoptée ouvre donc subrepticement la voie à une épistémologie éventuellement idéaliste.

659. À bien des égards, l'objectivisme formaliste encourt donc une critique formulée au nom de l'empirisme et d'une méthode au moins partiellement inductive, que Jellinek déjà, opposait aux théories conceptualistes et plus largement, à un certain positivisme²¹⁸⁸. Olivier Jouanjan estime dans le même sens que « [...] la conceptualisation *juridique* suppose [...] la composition d'un donné empirique et d'un construit intellectuel, la coopération de la réceptivité de l'intuition et de la spontanéité du concept. Position de combat à la fois contre l'empirisme naïf, d'une part, qui croit pouvoir procéder, par la seule induction, du donné au concept, et la spéculation, d'autre part, qui participe de

²¹⁸⁵ « Le concept spéculatif, qui semble bien être celui avec lequel opèrent Gerber et Laband, non seulement n'est garanti par aucun substrat empirique, mais il emporte surtout le risque d'introduire dans le discours scientifique des considérations normatives, c'est-à-dire aussi politiques », O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 303.

²¹⁸⁶ Olivier Beaud évoque ainsi « [...] la prégnance du dogme de la hiérarchie des normes qui semble être devenu aujourd'hui l'*alpha* et l'*omega* de tout constitutionnaliste français », O. Beaud, « Le cas français : l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017. Pierre Brunet estime pour sa part, que « l'expression « hiérarchie des normes » fait sans aucun doute partie des fétiches des juristes. Introduite par la science du droit, l'expression est, depuis, passée dans le langage ordinaire des juristes au point que certains en sont venus à croire qu'elle désigne une réalité objective, une sorte de nature du droit voire d'essence de la juridicité », P. Brunet, « Introduction : la hiérarchie des normes, fétiche ou nécessité ? », *Revus* n° 21, 2013, p. 5.

²¹⁸⁷ A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 208-209.

²¹⁸⁸ O. Jouanjan, « Préface. Georg Jellinek ou le juriste philosophe », in G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, p. 46.

l'autodéveloppement du concept premier découvert par intuition intellectuelle. La construction d'un objet scientifique suppose une synthèse rationnelle de la diversité *en elle-même* insaisissable du donné empirique »²¹⁸⁹. On retrouve ici un argument tout à fait cohérent avec ce que nous nous proposons d'appeler le constructivisme²¹⁹⁰.

660. Le droit politique lui-même semble adhérer à cette critique du conceptualisme ; il discute ainsi à demi-mots l'opportunité de recourir à des concepts déterminés *a priori*, qui peinent de ce fait à rendre compte de la pratique juridique effective²¹⁹¹. Il paraît *a contrario* valoriser une démarche inductive dans la construction de ses propres concepts²¹⁹². Cette critique ne semble pas devoir, de prime abord, concerner le conceptualisme kelsénien ; le juriste autrichien, partagé entre des aspirations contraires qui le poussaient à la fois vers l'idéalisme kantien et l'empirisme strict²¹⁹³, a lui-même associé son appareillage conceptuel à une certaine considération des faits, notamment au moyen de la *falsifiabilité*²¹⁹⁴. Il nous semble cependant que la démarche kelsénienne, qui a pu être qualifiée de « criticiste »²¹⁹⁵, repose sur le mouvement inverse à celui qui caractérise le constructivisme : alors que ce dernier implique un aller-retour permanent de l'objet au sujet, du constat empirique à sa conceptualisation, la méthode adoptée par Kelsen reste fondamentalement déductive. Elle repose sur la « [...] construction d'un modèle abstrait d'explication, sur l'échafaudage d'une hypothèse à laquelle, ensuite, il

²¹⁸⁹ O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 303.

²¹⁹⁰ Gaston Bachelard, héraut du constructivisme, écrivait en effet que « [...] l'histoire de la connaissance scientifique est une alternative sans cesse renouvelée d'empirisme et de rationalisme. Cette alternative est plus qu'un fait. C'est une nécessité de dynamisme psychologique. C'est pourquoi toute philosophie qui bloque la culture dans le Réalisme ou le Nominalisme constitue les obstacles les plus redoutables pour l'évolution de la pensée scientifique », G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Paris : Librairie philosophique J. Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 13^e éd., 1986, p. 246.

²¹⁹¹ Olivier Beaud critique par exemple la « construction dogmatique de Paul Laband » qui tendait à opposer État fédéral et Confédération, au mépris des données du droit positif : O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2007, p. 84-85.

²¹⁹² Voir en ce sens *infra*, Section 2, §1, B, 1.

²¹⁹³ Alexandre Viala évoque en ce sens « [...] une posture épistémologique qui maintient Kelsen dans les limites strictes du positivisme en raison de la neutralité axiologique dont se réclame l'analyse historique, mais qui, chemin faisant, l'éloigne des rivages de l'idéalisme transcendantal. Où l'on voit finalement que dans l'esprit du maître viennois, *l'empirisme humien le dispute à l'idéalisme kantien* », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 207 ; nous soulignons.

²¹⁹⁴ Aussi le maître autrichien écrivait-il : « un jugement de valeur juridique sur une relation positive ou négative entre une conduite humaine déterminée et une norme juridique affirme par implication qu'une norme juridique existe. Cette assertion, et donc le jugement de valeur juridique, peuvent être vérifiés au moyen des faits qui conditionnent l'existence de la norme. C'est en ce sens que le jugement de valeur juridique revêt un caractère objectif. L'existence de la valeur de droit est vérifiable de façon objective », H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, p. 98.

²¹⁹⁵ A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 135 et ss.

convient de confronter les résultats de l'expérience. Celle-ci ne doit pas être le point de départ de la démarche scientifique, mais, au contraire, son aboutissement. L'expérience est destinée à confirmer – ou infirmer – l'hypothèse ; elle intervient en aval de la réflexion »²¹⁹⁶. L'expérience, les faits, ne remplissent, dans ce modèle épistémologique, qu'une fonction marginale, rétrospective, alors qu'ils tiennent le premier rôle, déterminant, dans une perspective constructiviste.

661. Le droit politique présente par ailleurs, à l'encontre du dogmatisme conceptuel, une critique spécifique, qui semble devoir concerner aussi bien la démarche de la *Begriffjurisprudenz* que celle du normativisme kelsénien. Ces dernières, armées du postulat de l'autonomie du droit, puisent dans une méthode déductive le moyen d'exclure de leurs théories toutes les considérations politiques qui nourrissent pourtant leur objet. À propos du conceptualisme allemand du XIX^e siècle, Jacky Hummel estime ainsi que « l'État devient alors un objet d'analyse juridique, et non plus l'enjeu d'un débat politique derrière lequel se trouve la question du rapport de l'individu à la domination. Cette dernière question est écartée dans le cadre d'un travail plus général de *refoulement du politique*, c'est-à-dire de dénégation de toutes les questions relatives à un accomplissement politique de la société civile et de l'individu comme sujet »²¹⁹⁷. On retrouve une critique comparable à celle que le droit politique adresse au normativisme kelsénien, tenant au risque de dépolitiser inopportunément l'objet juridique²¹⁹⁸. À rebours d'un conceptualisme qu'ils jugent asséchant, les auteurs *juspolitistes* revendiquent justement la complexité du lien entre droit et politique comme objet de leur étude²¹⁹⁹.

²¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 137.

²¹⁹⁷ L'auteur ajoute : « la théorie publiciste officielle, n'adoptant que de mauvaise grâce les questions fondamentales que le conflit constitutionnel a posées en toute clarté, se contente en effet de qualifier ces interrogations de questions « politiques » et non pas « juridiques ». Soucieuse de justifier le *statu quo* politique de manière purement juridique, elle s'attèle à un *travail de neutralisation* du dilemme dans lequel est enfermé le constitutionnalisme allemand en vidant de sa substance politique la question du sujet de la souveraineté », J. Hummel, « L'introuvable vérité du droit public ou l'éclipse du politique dans le discours juridique », *Droits* n° 42, 2005, p. 194 ; nous soulignons.

²¹⁹⁸ Olivier Beaud reconnaît ainsi à Kelsen la « [...] volonté de fonder l'autonomie de la science du droit, [qui] radicalise la vision positiviste de la constitution comme « loi » ou « norme juridique ». Or, « le propre de cette conception positiviste du droit est d'isoler radicalement les deux domaines du droit et de la politique », O. Beaud, « Constitution et constitutionnalisme », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 141.

²¹⁹⁹ Est éclairant à ce titre le concept de régime parlementaire que propose le droit politique ; il « [...] demeure ce mode de gouvernement subtil qu'il a toujours été, qui reste rétif à toute simplification conceptuelle ainsi qu'à une formalisation excessive ». Il se caractérise « [...] en définitive [par] la nature politique de la relation entre l'exécutif et les assemblées, laquelle n'est pas réductible à des normes purement juridiques. Le régime parlementaire confirme et illustre avec bonheur que le droit constitutionnel est avant tout un droit politique », D. Baranger, A. Le Divellec, « Régime parlementaire », in M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel, T. II, Distribution des pouvoirs*, Paris : Dalloz, coll. Traités Dalloz, 2012, p. 192.

662. Le droit politique, malgré son goût prononcé pour la conceptualisation, ne fait donc pas de l'objectivisme formel sa référence méthodologique ; au contraire s'inscrit-il en faux contre la propension qu'il lui reconnaît à isoler le droit constitutionnel des problématiques politiques. La rupture doctrinale est d'ailleurs tout à fait consommée au regard de l'universalisme qu'encourage un tel objectivisme ; il ne peut en effet s'accommoder du postulat relativiste qui guide la pensée du droit politique.

2. La critique des théories universalistes

663. Si le droit politique ne saurait être assimilé à un objectivisme formaliste, c'est en ce que sa théorie conduit à valoriser le caractère relatif du droit, là où un certain conceptualisme tend au contraire à en universaliser la définition. L'objectivisme formaliste repose en effet sur des arguments présentés comme revêtant une portée universelle. C'est là l'une de ses caractéristiques, logique eu égard au rationalisme qui le sous-tend : la Raison, qui est l'argument de son autorité théorique, ne connaît ni frontière ni histoire²²⁰⁰.

664. C'est du moins l'argument qui est mis en valeur dans l'hypothèse de la *Begriffsjurisprudenz* allemande. La théorie juridique est alors conduite par la quête de l'universalisme des concepts qu'elle construit, cette ambition étant elle-même largement déterminée par l'aspiration politique de ses auteurs, Gerber et Laband, en faveur d'une monarchie constitutionnelle²²⁰¹. La méthodologie prescriptive alors à l'œuvre est ainsi à peine dissimulée et l'universalisme attaché aux concepts constitue un argument déterminant dans la démarche adoptée : parce que les concepts sont réputés *objectifs*, ils sont dotés d'une essence qui ne dépend pas d'une situation sociale ou politique déterminée, mais qui vaut universellement, absolument, de tout temps et en tout lieu. Un

²²⁰⁰ « En effet, si la vérité est une loi d'esprit, si elle est quelque chose que l'esprit découvre par ses lois propres et grâce à l'excellence de sa nature (qu'on l'appelle Raison, Intuition ou Révélation), alors cette vérité sera la même pour tout esprit. Les désaccords entre esprits ne s'expliquent que par le fait que certains esprits ne sont pas pleinement spirituels, et trop encombrés de passions, d'affections, de sensations, de matière », V. Citot, « L'idée d'humanité, par-delà l'universalisme métaphysique et le relativisme nihiliste », *Le Philosophoire* n° 31, 2009, p. 90.

²²⁰¹ De ce point de vue, « il s'agit donc [...] de découvrir, sur la base d'une *théorie juridique universelle* de l'État, le concept propre, *essentiel*, de la monarchie constitutionnelle allemande pour en *déduire* les concepts juridiques *vrais* et *communs* dont participent les institutions particulières des constitutions monarchiques [...] », O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 233.

tel présupposé implique méthodologiquement que les données étudiées au titre du droit soient elles-mêmes détachées des conditions relatives de leur avènement ou de leur application. Ainsi que l'explique Olivier Jouanjan, selon la théorie de la *Begriffsjurisprudenz*, « des matériaux de l'histoire, le juriste « scientifique » trie et extrait les fragments universalisables, c'est-à-dire rationnels, pour les assembler dans un système complet de concepts, les détachant de leurs conditions historiques, de leurs contextes sociopolitiques d'origine, où sans doute ils se développent sans pour autant que cette histoire, véritablement, comme en un processus organique, les constitue. Ainsi, les considérations purement historiques, de la même manière que les considérations politiques, économiques, éthiques sont devenues « sans importance » pour la dogmatique juridique »²²⁰². Cette même tendance est décelable dans la démarche normativiste. Celle-ci est en effet elle-même guidée par l'ambition d'ériger un modèle théorique universalisable²²⁰³. Au service de ce dessein, Kelsen retient une définition exclusivement formelle du droit, qui lui permet de contourner le risque de l'essentialisation auquel ont succombé les auteurs du conceptualisme.

665. On aura compris que cette posture universaliste s'avère totalement contradictoire avec l'aspiration qui caractérise la doctrine du droit politique, celle d'une plus grande considération accordée au contexte dans lequel s'immerge le droit et qui le détermine au moins partiellement²²⁰⁴. Les auteurs *juspolitistes* ne conçoivent ainsi leur objet, le droit constitutionnel, que comme le résultat d'un compromis politique, historiquement et socialement situé²²⁰⁵, et dont la valeur spécifique ne saurait résister à une entreprise d'universalisation²²⁰⁶. Les travaux du droit politique semblent ainsi avoir pour ambition de restituer le caractère *relatif* du droit ; ils s'éloignent à ce titre du conceptualisme strict

²²⁰² *Ibid.*, p. 218-219.

²²⁰³ Alexandre Viala écrit en ce sens que Kelsen dote son objet, le droit, d'« une représentation autonome et universelle », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 205.

²²⁰⁴ C'est ce qui explique notamment la considération fondamentale que le droit politique accorde à l'histoire. Voir en ce sens *infra*, Titre II, Chapitre 1.

²²⁰⁵ J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les Sens du droit, 2010, p. 68.

²²⁰⁶ À propos du développement de l'Union européenne, Jacky Hummel écrit ainsi que « [...] fixant des limites à l'exercice du pouvoir dans le dessein de protéger les droits et libertés de l'individu, le constitutionnalisme européen abandonne les définitions organiques et politiques de l'identité collective au profit d'une intelligence néo-kantienne de la collectivité comme communauté de valeurs (adhésion commune à l'idéologie des droits de l'homme). Ce faisant, il est immanquablement conduit à privilégier la garantie des droits subjectifs par rapport à la démocratie politique. Il rompt ainsi l'union fragile que la doctrine constitutionnelle libérale avait affirmée entre reconnaissance des droits individuels et appartenance à une vie politique commune », *ibid.*, p. 139-140.

pour le tempérer de sociologisme²²⁰⁷. Cela s'explique d'abord par le fait qu'ils renoncent à un formalisme exacerbé qui était, pour Kelsen notamment, le moyen de penser l'universalité du modèle juridique : réduire le système juridique à sa manifestation formelle paraît le plus sûr moyen de ne pas le comprendre²²⁰⁸. À l'inverse, une approche au moins partiellement matérielle, culturelle du droit, si elle réduit considérablement la propension à l'universalité²²⁰⁹, gagne un plus haut degré de précision dans la restitution de la spécificité de l'objet étudié et, partant, une plus grande portée explicative²²¹⁰.

666. Le relativisme du droit politique s'éprouve également à la lumière des concepts qu'il construit et de l'usage qu'il en fait. Ainsi, les concepts *juspolitistes* ne sont jamais employés que par référence à la démonstration à laquelle a donné lieu leur construction. En d'autres termes, l'usage des concepts juridiques n'est jamais détaché du contexte factuel, empirique, qui les a justifiés²²¹¹. Par ailleurs, ceux-ci servent moins à démontrer l'hégémonie d'un modèle juridique, qu'à mettre en valeur les différences irréductibles qui opposent les divers systèmes politiques. Ainsi en va-t-il par exemple de l'État, dont la conceptualisation par le droit politique permet tout aussi bien d'associer différents systèmes juridiques pour mettre en valeur leurs convergences, que de les opposer

²²⁰⁷ Duguit avait ainsi opposé intellectualisme et phénoménisme, le premier reposant sur une association « illogique » entre réalité et rationalité, le second sur le postulat comtien en vertu duquel seuls les faits sont susceptibles de faire l'objet d'une connaissance. C'est logiquement ce dernier courant qui a la préférence de Duguit, ce qui démontre sa méfiance à l'égard du rationalisme universaliste et, partant, sa posture foncièrement relativiste : L. Duguit, *Le pragmatisme juridique. Conférences prononcées à Madrid, Lisbonne et Coïmbre*, 1923, préf. S. Gilbert, Paris : La Mémoire du Droit, 2008, p. 157-158.

²²⁰⁸ C'est particulièrement vrai en matière constitutionnelle selon le droit politique car, « réduit à une procédure, le droit constitutionnel ne serait plus qu'un droit intermédiaire et subordonné. Il perdrait ainsi le caractère premier et supérieur qu'on lui reconnaît traditionnellement », J.-M. Denquin, « L'objet du droit constitutionnel : État, Constitution, Démocratie ? », in M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel, T. I, Théorie de la Constitution*, Paris : Dalloz, coll. Traité Dalloz, 2012, p. 63. Cette problématique tient également une place cruciale dans les réflexions portant sur la méthodologie comparatiste. Dans le domaine du droit comparé en effet, un postulat universaliste, qui garantit la comparabilité absolue, appauvrit d'autant les résultats de la démarche suivie. Marie-Claire Ponthoreau écrit à ce sujet que « [...] la conception formelle du droit conduit à une comparaison superficielle des règles de droit positif [...] », M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris : Economica, coll. Corpus. Droit public, 2010, p. 26.

²²⁰⁹ Quitte à rendre la comparaison impossible du fait de la fondamentale reconnue aux données culturelles ; *ibid.*

²²¹⁰ Cela répond à une pensée de Jellinek selon laquelle, « [...] plus on pousse loin la comparaison, plus on doit négliger les caractères individuels ; les types auxquels on arrive ainsi ne répondent plus à rien et perdent toute valeur théorique. On a dit des lois historiques qu'elles ne nous donnaient en général que des banalités et des lieux communs ; il faut dire la même chose des généralisations poussées trop loin dans la science sociale. C'est le cas de toutes les tentatives faites pour créer une science générale et universelle du droit comparé. Lorsqu'elles veulent établir des types généraux de développement juridique, à grand renfort de matériaux et de documentation, elles ne nous apportent que des généralités vagues », G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, préf. O. Jouanjan, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, p. 58.

²²¹¹ O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2007, p. 21.

drastiquement au modèle antérieur de la féodalité²²¹² ou au modèle concurrent que constitue la Fédération²²¹³. De même, le concept *juspolitiste* de Constitution sert en tant que tel d'argument à une distinction entre les différents types d'organisation et d'attribution du pouvoir politique, selon que le peuple en est directement l'auteur ou non²²¹⁴, selon que le pouvoir y est institutionnellement limité ou non²²¹⁵. La conceptualisation par le droit politique ne sert donc pas les fins objectivistes que poursuivaient la *Begriffsjurisprudenz* ni même l'ambition universaliste qui caractérise la théorie kelsénienne du droit. Les concepts semblent au contraire construits de façon à ce que, fondés sur les manifestations ponctuelles du droit, ils en restituent la relativité. Les travaux du droit politique se font ainsi les échos de la pensée de Jellinek qui, au soutien de son propre subjectivisme, défendait l'idée que les phénomènes juridiques « [...] ne peuvent jamais être, sans plus, rabattus dans un concept abstraitement universel »²²¹⁶.

667. Résolument distants de l'objectivisme formaliste, les auteurs *juspolitistes* présentent plus largement une théorie irréductible à toute forme d'objectivisme, conformément à ce que préconise une épistémologie constructiviste²²¹⁷ ; leur ontologie encourage au contraire à les regarder comme des tenants de l'*intersubjectivité*. Leurs travaux ne présentent pas, dès lors, des arguments qui, témoins d'une objectivité prétendue, seraient le soutien d'une méthode prescriptive. Cet *intersubjectivisme* éloigne donc *a priori* le droit politique du risque d'adopter une méthodologie idéaliste, et de fonder finalement sa

²²¹² O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 43.

²²¹³ Cette dernière est ainsi en partie motivée par l'ambition de la doter d'une « théorie autonome, distincte de la théorie de l'État », O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2007, p. 13.

²²¹⁴ Si la Constitution n'est pas directement définie par référence à l'intervention du peuple, l'altération de la matière constitutionnelle suppose un acte constituant, qui, lui-même prérogative du souverain, commande une intervention référendaire : O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 404 et ss et p. 482 et ss.

²²¹⁵ C'est là l'un des critères avancés par le droit politique à la définition de la Constitution, qui ne saurait concerner l'ensemble indistinct des régimes politiques : « l'histoire constitutionnelle n'est [...] pas l'histoire de toutes les formes politiques à toutes les époques. Il n'y a pas toujours eu des « constitutions », écrites ou non écrites. [...] Ce que l'on a pu appeler le « constitutionnalisme ancien » (au sujet [...] des droits publics des monarchies européennes d'ancien régime) était peut-être un ensemble d'idées relatives au pouvoir politique [...]. Mais, au mieux, le « constitutionnalisme ancien » ainsi défini ne peut être qu'un constitutionnalisme sans constitution », D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009. La thèse de la « constitutionnalité » des régimes absolutistes de l'ancien régime est par ailleurs discutée par François Saint-Bonnet, « Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel ? », *Droits* n° 32, 2000, p. 7-20.

²²¹⁶ O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 304. Voir également : G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, préf. O. Jouanjan, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, p. 46 et ss.

²²¹⁷ À ce titre en effet, on peut considérer qu'« [...] il n'y a peut-être pas d'autre vérité suprême que le dessein et l'action du sujet concevant en raison le projet de connaître », J.-L. Le Moigne, *Le constructivisme. T. I : Les enracinements*, Paris : L'Harmattan, coll. Ingenium, 2004, p. 230.

théorie sur une visée politico-éthique prédéterminée. Pourtant, s'il se distingue de tous les courants qui ont pu avoir été classés sous cette étiquette, sa spécificité épistémologique interroge sur l'éventualité d'un basculement fortuit.

Section 2 : Des concepts dotés d'une fonction critique

668. La posture méthodologique mise en œuvre par le droit politique traduit sa distance à l'égard de l'idéalisme épistémologique en ceci que les propositions ontologiques qu'il formule se distinguent toujours, au moins subtilement, de celles des grands courants de pensée juridique qui ont encouru, ou auraient pu encourir, cette qualification. À ce stade, le constructivisme qui le caractérise semble dès lors représenter une troisième voie effective entre empirisme et idéalisme, une méthode qui, si elle refuse de répondre aux canons du positivisme juridique, n'en sombre pas pour autant dans les chemins tortueux de la prescription éthique. La posture topique du constructivisme implique en ce sens un équilibre constant entre empirisme et rationalisme, entre la considération des faits et leur conceptualisation par le savant, entre l'objet et le sujet de la recherche²²¹⁸ ; c'est là le prix de sa différence, qui lui permet d'osciller entre le descriptivisme et le prescriptivisme. La voie qu'emprunte le droit politique doit donc répondre à cette exigence d'équilibre pour ne pas risquer de privilégier un aspect sur l'autre, et ainsi de retomber dans les affres de l'idéalisme méthodologique, soit par un excès d'empirisme qui pourrait conduire à une réification indue des faits ou à une dilution totale de son objet²²¹⁹, soit par un excès de rationalisme qui favoriserait un conceptualisme abscons émancipé de toute réalité. Les travaux *juspolitistes* interrogent leur aptitude à ménager un tel équilibre, et à développer un discours effectivement critique, qui ne sombrerait pas pour autant dans la stricte prescription. À cet égard, il faut relever d'abord que le droit politique est imprégné d'une aspiration à l'empirisme, qui justifie qu'il construise des concepts à partir de l'observation des faits juridiques (§1). La conceptualisation à laquelle procèdent ses auteurs semble, en retour, parfois prendre le pas sur la considération des faits dont elle

²²¹⁸ « Quel que soit le point de départ de l'activité scientifique – écrivait Bachelard –, cette activité ne peut pleinement convaincre qu'en quittant le domaine de base : *si elle expérimente, il faut raisonner ; si elle raisonne, il faut expérimenter*. Toute application est transcendance. Dans la plus simple des démarches scientifiques, nous montrerons qu'on peut saisir une dualité, une sorte de polarisation épistémologique qui tend à classer la phénoménologie sous la double rubrique du pittoresque et du compréhensible, autrement dit sous la double étiquette du réalisme et du rationalisme », G. Bachelard, *Le nouvel esprit scientifique*, Paris : PUF, coll. Nouvelle encyclopédie philosophique, 10^e éd., 1968, p. 3-4. La même idée d'une relation circulaire infinie entre l'objet et le savant est mise en valeur par Guillaume Tusseau : « la possibilité même de déterminer une priorité gnoséologique entre concepts et empirie peut être considérée comme douteuse, puisque les concepts apparaissent façonnés afin d'appréhender des phénomènes qui eux-mêmes ne sont accessibles qu'à travers des concepts préalables, dont la construction résulte nécessairement d'une confrontation avec les phénomènes, etc. », G. Tusseau, « Sur le métalangage du comparatiste. De la prétention à la neutralité à l'engagement pragmatiste », *Revus*, n° 21, 2013, p. 106.

²²¹⁹ Un excès d'empirisme peut en effet conduire la science juridique, même dans le strict respect des canons du positivisme, à « [...] perd[re] toute spécificité et dev[enir] indissociable de la sociologie et de la psychologie », M. Troper, *Philosophie du droit*, Paris : PUF, coll. Que sais-je, 4^e éd., 2015, p. 42.

découle pourtant ; à cet égard, le droit politique présente un risque avéré d'une forme larvée d'idéalisme méthodologique (§2).

§1 : Un empirisme limité à la conceptualisation

669. Quoique le droit politique conteste les préceptes de l'empirisme méthodologique, il n'en consacre pas moins un certain empirisme, au sens où il défend l'idée d'une doctrine connectée à la réalité juridique qu'elle prétend décrire²²²⁰. Le paradoxe n'est alors qu'apparent : le droit n'est pas objectivement connaissable par l'adoption d'une posture scientifique elle-même objective et neutre, mais il n'en présente pas moins des manifestations qui, quoique traductions imparfaites d'une réalité sociale sous-jacente, doivent être prises en compte par le savant juriste. Le constructivisme se propose à ce titre de conjuguer l'empiricité de l'objet à sa conceptualisation doctrinale, afin de présenter des conclusions au moins éligibles à une vérité temporaire. Le droit politique semble s'inscrire dans la même démarche dès lors qu'il élabore des concepts afin de catégoriser – donc de produire un savoir²²²¹ – sur son objet, et ce sur le fondement d'une méthode inductive, qui justifie que les théories ainsi construites soient reconnues opérantes. La part d'empirisme alors à l'œuvre explique que les concepts du droit politique soient substantiels plutôt que formels (A) et relatifs plutôt qu'absolus (B).

A. L'instrument d'une conceptualisation substantielle

670. Nombreuses sont les théories du droit qui reposent sur l'élaboration de concepts²²²². En revanche, plus rares sont les théories du droit qui fondent leurs propositions sur la construction de concepts *substantiels* ; cela peut s'expliquer par le succès

²²²⁰ Dès lors que « l'objectif de [son] étude reste de mieux analyser les données empiriques qui s'offrent au juriste », O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2007, p. 24.

²²²¹ En ce sens, le juriste « [...] est appelé parfois à créer lui-même des concepts à contenu juridique qui lui servent à la connaissance et à l'analyse systématiques du droit [...] », C. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit* n° 11, 1966, p. 29.

²²²² « L'analyse des discours [juridiques], pour ne pas se borner à en constituer une simple répétition, suppose des opérations intellectuelles de montée en généralité et en abstraction, et tout particulièrement des conceptualisations », V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, p. 322. Xavier Magnon réserve quant à lui cette tâche aux théories résultant d'une méthode analytique ; cette dernière « [...] propose un langage formalisé, elle définit ainsi des concepts afin de décrire des objets réels », X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Paris : Ellipses, coll. Universités – Droit, 2008, p. 13.

épistémologique que connaît le positivisme, qui « incarne [...] la sobre conviction selon laquelle, en l'absence de vérités et de normes éthiques et politiques incontestables, les procédures formalisées du droit sont le seul moyen qui permette une coexistence pacifiée au sein d'une société ouverte »²²²³. La consécration des faits juridiques à laquelle procède le droit politique à travers son travail de conceptualisation se distingue de cette approche, dès lors qu'il inclut la *matière* qui caractérise ces faits, et ne se limite donc pas à la prudence formaliste du positivisme majoritaire ; en prétendant offrir une meilleure acception du phénomène juridique, le droit politique présente une substantialisation néanmoins prudente (1), qui s'avère cohérente au regard de ses présupposés (2).

1. Une substantialisation prudente

671. Quoiqu'elle mérite d'être regardée comme constructiviste, la démarche du droit politique n'en présente pas moins une ambition empirique. En ce sens, ses concepts sont construits *à partir* de la réalité elle-même, aussi fuyante soit-elle. Cette préoccupation méthodologique révèle l'opposition que nourrit la pensée du droit politique à l'encontre d'un rationalisme strict, qui construirait théoriquement des concepts pour ensuite les appliquer aux faits.

672. Cette spécificité épistémologique trouve un écho dans la pensée de Jellinek, qui s'avère à ce titre éclairante. Le juriste de Heidelberg opposait aux « types idéaux », dont il critiquait l'usage, les « types empiriques »²²²⁴, résultats d'une conceptualisation fondée sur un travail préalable d'induction²²²⁵. À ce titre, il se proposait de prendre le contre-pied du conceptualisme juridique²²²⁶ pour distinguer les pures constructions intellectuelles des concepts justifiés parce qu'élaborés à partir des faits. L'opposition que décrit Jellinek entre types idéaux et types empiriques est par ailleurs étoffée par celle qu'il établit entre

²²²³ J.-F. Kervégan, « Une défense du positivisme juridique », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol.2, 2010, p. 252.

²²²⁴ La traduction des travaux de Jellinek par Georges Fardis oppose au type idéal, le type « moyen ». Olivier Jouanjan note toutefois une évolution dans le vocabulaire employé par Jellinek, qu'il cherche à restituer en évoquant plutôt des « types empiriques » ; O. Jouanjan, « Préface. Georg Jellinek ou le juriste philosophe », *in ibid.*, p. 57 note 196. Parce que cette dernière expression nous semble plus éclairante dans le cadre de l'argument que nous entendons développer, c'est celle-ci que nous emploierons.

²²²⁵ Voir sur cette question : G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, préf. O. Jouanjan, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, p. 53-57.

²²²⁶ Sur la critique virulente du conceptualisme que la théorie de Jellinek représente, voir : O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 302-306.

fiction et abstraction. Selon lui en effet, « le monde juridique est un *monde d'abstractions, mais non de fictions*. À la base de l'abstraction il y a toute une suite de processus réels qui se sont passés dans le monde extérieur et dans notre être interne. Tout autre est le caractère de la fiction. À la place des faits réels, elle fait intervenir des faits imaginaires [...]. L'abstraction repose sur les faits, la fiction sur la fantaisie pure »²²²⁷. C'est bien ici une ambition empirique qu'exprime Jellinek, associée à une critique de la spéculation scientifique²²²⁸. Certes, le droit politique n'accorde pas la même valeur à la distinction entre abstraction et fiction que préconise le juriste de Heidelberg²²²⁹. Pour autant, l'hypothèse de ce dernier permet de servir le propos *juspolitiste*, en mettant en valeur une préoccupation commune en faveur de l'empiricité minimale des concepts, de leur nécessaire construction *à partir de l'expérience juridique*. Or, cette expérience n'est pas seulement juridique, elle est aussi politique, idéologique et historique. En revendiquant une part d'empirisme, le droit politique est donc logiquement porté à proposer des concepts *substantiels*, comme le révèle par exemple la définition qu'il retient de la Constitution²²³⁰ : celle-ci ne se comprend pas uniquement comme la norme supérieure aux autres²²³¹ mais aussi, plus fondamentalement, comme la cristallisation d'un principe de légitimité et d'un principe d'organisation politique qui confèrent sa structure au système juridique²²³².

²²²⁷ G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, préf. O. Jouanjan, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, p. 88 ; nous soulignons.

²²²⁸ Olivier Jouanjan écrit à cet égard que, pour Jellinek, « l'abstraction repose sur un substrat empirique, c'est la manière scientifique de conceptualiser ; la fiction est un pur jeu spéculatif qui comporte tous les risques déjà aperçus liés au recours aux types idéaux », O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 308.

²²²⁹ Pierre-Marie Raynal estime ainsi que Jellinek « ne partage guère le sérieux scientifique que [d'autres auteurs] accord[ent] au procédé fictionnel » ; P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 90.

²²³⁰ Défini formellement, le concept de Constitution renverrait à l'idée d'une norme qui fixe la procédure de validité des normes inférieures ; le droit politique y voit plutôt la norme qui, en ordonnant la séparation des pouvoirs, garantit le libéralisme politique. Pour un exposé des de ces deux conceptions concurrentes, voir : O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 260-262.

²²³¹ Cette définition s'avère en effet inopérante du point de vue du droit politique. Par exemple, « si la constitution ne peut être autre chose qu'une loi écrite d'un genre supérieur, [...] il n'y a jamais eu de constitution d'Angleterre. Il est peut-être plus prudent pour appréhender notre sujet de s'employer à cerner le territoire assez vaste des rapports entre le droit [...] et le pouvoir politique », D. Baranger, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2008, p. 6.

²²³² Ainsi, originellement, la constitution politique « [...] devait être le lieu d'expression et de conciliation des principes gouvernant la société politique et le pouvoir étatique, c'est-à-dire les principes qui parviennent tout à la fois, à exprimer une « communauté de destins » entre les membres d'une même communauté politique et à définir le principe d'ordre sur lequel repose l'autorité sociale », J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les Sens du droit, 2010, p. 24-25.

673. Contrairement à ce que peut laisser supposer l'idée d'abstraction mobilisée par Georg Jellinek, le recours consenti à la conceptualisation n'implique pas, en effet, que les concepts alors établis soient exclusivement formels ; il explique au contraire qu'ils soient dotés d'une dimension matérielle. De fait, « le type doit exercer, tout à la fois, une fonction de systématisation et une fonction herméneutique en concourant à la compréhension des phénomènes étudiés »²²³³. Or, en tant que phénomène essentiellement politique et finalisé, le droit ne s'offre à la compréhension que dans cette dimension substantielle qui le caractérise, et que la science qui le prend pour objet doit considérer. *Expliquer* le droit suppose en effet d'élucider les mystères de son fondement et de son fonctionnement, et, puisque « [...] la normativité juridique ne fonctionnerait pas si elle ne s'appuyait aussi sur un terreau axiologique favorable »²²³⁴, la science juridique ne peut faire l'économie d'une certaine considération de cette donnée matérielle incontournable. La substantialisation des concepts utilisés par le droit politique peut donc être étroitement associée à une ambition empirique qui, en forçant ses auteurs à concevoir la réalité juridique, les conduit à abandonner les représentations exclusivement formelles et logicistes d'une certaine science du droit.

674. Cette substantialisation est également le moyen, paradoxal peut-être, de construire des concepts *fonctionnels*, c'est-à-dire « des unités téléologiques [qui] s'analysent donc en termes de relations et de fonctions »²²³⁵. Le paradoxe gît précisément dans ce que plusieurs auteurs, à l'instar de Jellinek et de Kelsen²²³⁶, ont opposé les concepts fonctionnels aux concepts substantiels, et discrédité ces derniers. De leur point de vue, que résume Olivier Jouanjan, « la qualité ou la validité d'un concept s'apprécie donc à son opérabilité dans le discours juridique. Un concept juridique ne doit pas être conçu comme *substantiel*, mais comme *fonctionnel* ou *opérateur* »²²³⁷. Les auteurs du droit politique n'ignorent pas cette distinction ; au contraire sont-ils attentifs aux risques que comporte toute substantialisation, notamment celui d'essentialiser les concepts²²³⁸. Ils

²²³³ O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 304.

²²³⁴ F. Brunet, « La justice sans le juriste ? », *RIEJ* n° 71, 2013, p. 195.

²²³⁵ O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 308.

²²³⁶ O. Jouanjan, « Préface. Georg Jellinek ou le juriste philosophe », in G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, p. 54.

²²³⁷ *Ibid.*, p. 53.

²²³⁸ Armel Le Divellec écrit en ce sens, à propos du concept de « gouvernement parlementaire », qu'« un écueil menace, s'agissant d'une notion si directement et nécessairement dépendante d'un environnement politique contingent. Celui de « substantialiser » le concept de gouvernement parlementaire, alors que le

affirment à ce titre proposer des notions *formelles plutôt que formalistes*, mais non substantielles²²³⁹. On peut toutefois douter de l'exclusion effective de la matière politique dans les considérations conceptuelles des *juspolitistes*, car, si elles traitent bien principalement de « relations et de fonctions », à l'instar des concepts fonctionnels, elles les construisent autour de données politiques elles-mêmes systématisées. Ainsi, le gouvernement parlementaire tel qu'il est pensé par Armel Le Divillec ne se définit pas exclusivement autour du principe de la responsabilité politique – soit la compétence constitutionnelle du Parlement à provoquer la démission du Gouvernement –, comme en conviendrait une approche formaliste ; le concept mobilise plus largement la problématique de la légitimité institutionnelle et démocratique, ce qui s'appréhende en termes substantiels²²⁴⁰.

675. Une telle posture ne semble toutefois pas contrevenir frontalement aux recommandations communes à Kelsen et à Jellinek. Si la fonctionnalité du concept implique certes qu'il permette de répondre à la question « comment faut-il qu'on se représente [tel aspect du droit] pour pouvoir réunir toutes les règles qui s'y rapportent dans une notion unique non contradictoire »²²⁴¹, elle a pu naturellement être associée à un formalisme exigeant, dès lors que ce dernier favorise l'unification conceptuelle de données par ailleurs diverses et éparées. En effet, « ce qui est commun à tous les systèmes juridiques [...], c'est seulement la forme ou la structure du droit, tandis que le fond des règles varie considérablement d'un pays à l'autre »²²⁴² ou d'une époque à une autre. La même propension à l'universalité de concepts substantiels conduirait sans peine à un essentialisme problématique²²⁴³. Pour autant, des concepts fonctionnels qui n'auraient pas la même prétention universelle pourraient sans difficulté être également matériels, sans

monde du droit, rigoureusement envisagé, est d'abord construit sur des institutions (ou des organes) et des règles de procédure. Dès lors, la notion de gouvernement parlementaire doit demeurer essentiellement formelle, car elle repose sur certains agencements et procédures dont l'usage et les résultats peuvent grandement varier selon les circonstances politiques », A. Le Divillec, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne : contribution à une théorie générale*, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2004, p. 3.

²²³⁹ C'est ce qu'affirme Olivier Beaud à propos de la souveraineté de l'État, dont il refuse la définition matérielle renvoyant aux différentes compétences de l'État. S'il rejette également la définition kelsénienne, formaliste, de la souveraineté, c'est notamment pour s'autoriser à en étudier l'organe qui en est le titulaire : O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 23-24.

²²⁴⁰ A. Le Divillec, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne : contribution à une théorie générale*, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2004, p. 4 et ss.

²²⁴¹ G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, préf. O. Jouanjan, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, p. 89.

²²⁴² M. Troper, *Philosophie du droit*, Paris : PUF, coll. Que sais-je, 4^e éd., 2015, p. 24.

²²⁴³ A. Le Divillec, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne : contribution à une théorie générale*, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2004, p. 3.

encourir ce risque d'essentialisation, s'ils « [...] ne renvoient pas à la substance sous-jacente aux phénomènes, [...] ne qualifient aucun être [...] »²²⁴⁴. De tels concepts gagneraient d'ailleurs en opérabilité ce qu'ils perdent en généralité²²⁴⁵. On peut en ce sens considérer qu'ils sont fonctionnels, notamment *parce qu'ils* sont substantiels.

676. Il apparaît ainsi que le droit politique est inexorablement conduit à considérer que, « si le théoricien du droit veut rendre compte du droit tel qu'il est, et non pas tel qu'il aimerait qu'il soit, il se doit de ne pas méconnaître la complexité de la réalité juridique sous prétexte qu'elle se prête difficilement à la modélisation, à la systématisation, que les faits ne se conforment pas aisément à ses postulats. Il doit aussi assumer pleinement la charge de valeurs gisant dans la réalité et dans le droit »²²⁴⁶. L'unité que traduit le concept ne doit donc pas être étendue à tout prix, éventuellement au détriment de sa capacité à décrire la réalité et la spécificité juridiques ; telle est du moins la position que semblent tenir les auteurs du droit politique sur cette question²²⁴⁷. La substantialisation des concepts est, en retour, l'un des moyens de contrecarrer la prétention des concepts à l'universalité et, ainsi, de ménager leur opérabilité.

677. Rien dans la substantialisation des concepts que met en œuvre le droit politique n'indique donc qu'il aurait succombé à l'idéalisme méthodologique. Même en abandonnant la quiétude relative que procure à cet égard le formalisme, il ne se départ pas, ni d'une considération empiriste, ni de la vocation explicative que l'on associe à la science du droit. D'ailleurs, la substantialisation des concepts doctrinaux n'est pas une posture étrangère au positivisme juridique, lui-même construit par opposition à l'idéalisme méthodologique. Ainsi Véronique Champeil-Desplats écrit-elle que, « si les exigences du positivisme épistémologique ont été un temps mises en œuvre dans le cadre de théories générales du droit se concentrant sur les formes et la structure du droit, il ne

²²⁴⁴ O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 308. Il faut néanmoins admettre que le risque essentialiste est considérablement accru dans l'hypothèse de concepts substantiels. Voir en ce sens *infra*, §2 A.

²²⁴⁵ Au soutien de cet argument, Jellinek écrivait que « la science sociale [...] ne peut jamais formuler de lois générales sur un fait particulier ; jamais elle n'y peut voir la manifestation d'un fait général ; cette conception serait fautive et insuffisante », G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, préf. O. Jouanjan, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, p. 47.

²²⁴⁶ J.-P. Chazal, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Archives de philosophie du droit*, vol. 45, 2001, p. 229.

²²⁴⁷ Au contraire est-il opportun de multiplier les concepts afin de distinguer efficacement entre des situations juridiques différentes. C'est ce que semble traduire le travail qu'Olivier Beaud consacre au concept de Fédération : « [...] il s'agit de signaler l'autonomie du concept de la Fédération vis-à-vis de celui d'État. [...] La théorie de la Fédération ne saurait être élaborée au moyen de concepts étatiques. Elle doit servir à rendre compte d'expériences et de structures fédérales qui sont irréductibles à la forme étatique », O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2007, p. 30.

semble toutefois pas impossible d'en faire usage pour développer des théories générales « matérielles ». Norberto Bobbio n'hésite [par exemple] pas à intégrer les théories de la justice dans le champ d'analyse de la théorie générale du droit. On peut alors parfaitement concevoir que l'analyse de ces théories soit menée non pas en spéculant sur une quelconque essence des concepts liée à un idéal de justice, mais en mettant en relief les présupposés idéologiques, religieux, philosophiques ou moraux qui sous-tendent tant la production du droit par les autorités normatives [...] que l'analyse dogmatique du droit »²²⁴⁸. La substantialisation des concepts à laquelle se livre le droit politique, si elle s'explique par son ambition de prendre en compte la réalité juridique dans son entièreté, ne permet pas de le disqualifier comme tenant d'une épistémologie prescriptive. Elle présente par ailleurs une cohérence sans faille à l'égard de ses considérations ontologiques.

2. Une substantialisation cohérente

678. La construction, sur une base empirique, de concepts dotés d'une portée matérielle caractérise à bien des titres la théorie du droit politique. Si celle-ci insiste justement sur la qualité politique du droit constitutionnel, c'est aussi en ceci qu'elle refuse de réduire le droit à l'enveloppe formelle du pouvoir. Les concepts qu'elle élabore afin de l'étudier ne peuvent donc être à leur tour que substantialisés, afin qu'ils remplissent leur double fonction, explicative – puisqu'ils prétendent rendre compte efficacement de la réalité juridique –, et démonstrative – ils sont aussi le moyen de prouver la pertinence des choix ontologiques opérés par le droit politique pour appréhender le droit constitutionnel. La construction de concepts substantiels semble, de fait, répondre adéquatement à cette double ambition.

679. Le recours à un appareil conceptuel constitue l'une des nécessités consacrées par une épistémologie constructiviste²²⁴⁹ ; il est le moyen indispensable pour que le savant puisse se saisir des faits et, ainsi, tenter de les objectiver. C'est notamment à l'aide des

²²⁴⁸ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, p. 120-121.

²²⁴⁹ Bachelard écrivait par exemple que « [...] la description réclame une technique qui va insensiblement nous ramener dans les voies traditionnelles du progrès scientifique. En effet, pour être utilisable, une description devra s'ordonner autour de centres d'intérêt qui, seuls, pourront être resserrés dans une rapide sténographie », G. Bachelard, *Essai sur la connaissance approchée*, Paris : Librairie philosophique J. Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 3^e éd., 1969, p. 11.

concepts que le juriste est susceptible de décider de ce qui relève de son champ d'investigation et de ce qui en est exclu. Cette méthode implique, certes, un minimum de concepts présumés, apposés aux données empiriques plutôt qu'issus de leur observation. Mais rien n'empêche ensuite que, par la réflexivité de l'objet sur le sujet, ces concepts soient affinés dans une perspective empiriste. Ce détour inévitable de la science par la construction théorique s'avère d'autant plus nécessaire en droit, où les phénomènes juridiques le plus souvent reconnus comme tels sont essentiellement discursifs. Or, dans une très large mesure, le langage juridique et judiciaire se réfère à la même base sémantique et conceptuelle que celle dont s'inspire la doctrine. Ce simple constat conduit Denis Baranger à s'interroger : « pourrions-nous vraiment nous passer de concepts en droit constitutionnel ? Il semble très difficile, en réalité, de démontrer que les raisonnements juridiques ne dépendent jamais du raisonnement analytique et de l'interprétation du sens des concepts juridiques »²²⁵⁰. La trame conceptuelle est donc au cœur du droit, entendu indifféremment comme objet ou comme science. De ce point de vue, « [...] en droit, les concepts sont directement liés au réel : ils servent à penser et à agir. Ce sont leurs fonctions qui importent »²²⁵¹.

680. L'importance des concepts est donc loin d'être une thèse minoritaire dans la doctrine juridique ; l'ambition de les substantialiser, en revanche, l'est davantage. La conceptualisation est en effet largement guidée par la conviction ontologique qui anime son auteur. Or, pour les tenants du droit politique, « [...] si l'on veut penser le droit constitutionnel, il faut remonter à un niveau plus profond, celui où s'élabore le droit en tant que droit – et non en tant qu'énoncés normatifs positifs et contingents »²²⁵². Mécaniquement, les concepts élaborés afin de systématiser des données non formalisées – ou pas seulement formalisées – traduiront eux-mêmes la substance politique détectée au cœur de la construction constitutionnelle²²⁵³. Cet aspect de la conceptualisation, alors concentrée sur la *matière* constitutionnelle, est le moyen, pour le droit politique, de prétendre à une meilleure compréhension de son objet. En effet, écrit Pierre Avril, « [...] l'intelligibilité de cet ordre [constitutionnel] autant que sa légitimité ne permettent pas de

²²⁵⁰ D. Baranger, « Un chantier qui ne prend jamais fin. Le juge, les révisions, et les autres formes de changement constitutionnel dans la France contemporaine », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017.

²²⁵¹ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Paris : PUF, coll. Thémis. Droit, 2^e éd., 2016, p. 43.

²²⁵² J.-M. Denquin, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits* n° 32, 2000, p. 46.

²²⁵³ À titre d'exemple, la systématisation du concept de responsabilité politique que propose Denis Baranger « [...] doit prendre acte de ce que le pouvoir exécutif est devenu une force incomparablement plus puissante qu'à l'époque des régimes les plus absolus [...] », D. Baranger, *Parlementarisme des origines : essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1999, p. 25.

l'isoler – par scrupule de pureté épistémologique – des principes qui l'inspirent et des valeurs qui le fondent »²²⁵⁴. Inscire la substance politique irréductible du droit constitutionnel dans les concepts chargés d'en rendre compte semble ainsi la voie suivie par les travaux *juspolitistes*, qui démontrent par là leur engagement à l'encontre des thèses de l'autonomie ontologique de leur objet²²⁵⁵. Ils adoptent ainsi le contre-pied d'un « réductionnisme positiviste » qui « [...] élimine des dimensions essentielles, psychologiques, sociales, politiques, du phénomène juridique. Ce faisant, il gagne en pureté, c'est-à-dire en cohérence et en extension. Mais dit-il encore quelque chose de son objet ? Parle-t-il encore du droit au sens usuel du terme ? Ou ne parle-t-il plus que de lui-même ? »²²⁵⁶. Une conceptualisation attachée à la substance du droit peut, de ce point de vue, apparaître comme la conséquence logique du rejet, ontologique puis méthodologique, du formalisme. Puisque les concepts sont mobilisés pour leur vertu explicative, voire pédagogique, ils ne sauraient taire ce que leurs auteurs considèrent comme une vérité ontologique : si « on ne comprend pas le droit constitutionnel sans le constitutionnalisme, c'est-à-dire sans prendre en compte sa composante politique » et s'« il n'est pas de droit constitutionnel en dehors du projet consistant à réaliser des finalités politiques à travers le recours à certaines formes juridiques »²²⁵⁷, la conceptualisation du droit constitutionnel ne peut faire l'économie d'une dimension substantielle.

681. Désireux de convaincre de la spécificité du droit constitutionnel, les auteurs du droit politique sont particulièrement attachés aux finalités que poursuit le droit positif et qui transparaissent dans ses manifestations. En effet, si le droit constitutionnel est politique, c'est aussi parce qu'il participe à soumettre le pouvoir « [...] à l'impératif de réalisation

²²⁵⁴ P. Avril, « Penser le droit politique (suite) », *Jus politicum* n° 20, décembre 2018.

²²⁵⁵ Pierre-Marie Raynal conclut ainsi l'un de ses arguments par la consécration de « [...] l'importance méthodologique de la prise en compte de la réalité politique afin de conceptualiser, pour ainsi dire dans son entier, la représentation en droit constitutionnel », P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 272. La théorie que Denis Baranger propose de la responsabilité politique illustre la même aspiration. L'auteur affirme en ce sens que « [...] la responsabilité politique [est] le résultat d'un processus entièrement dynamique : cette réalité est indissociable de l'histoire, ce qui signifie qu'une description purement juridique de la responsabilité politique – de même d'ailleurs qu'une pure narration d'histoire des faits politiques – manquerait dans une large mesure son objet », D. Baranger, *Parlementarisme des origines : essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1999, p. 250.

²²⁵⁶ J.-M. Denquin, « Repenser le droit constitutionnel », *Droits* n° 32, 2000, p. 5.

²²⁵⁷ D. Baranger, « Politisation et dépolitisation du droit constitutionnel français », in X. Magnon, S. Mouton (dir.), *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui, pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain ?*, Paris : Mare & Martin, coll. Le sens de la science, à paraître ; cité par X. Magnon, A. Vidal-Naquet, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p. 121-122.

du bien commun »²²⁵⁸. La prise en compte des fins du droit oblige tous ceux qui cherchent à le comprendre dans son intégrité à le projeter en dehors de lui-même, à le confronter à ses propres résultats, dans une sphère qui ne relève pas du droit en tant que tel. Jean-Marie Denquin écrit à cet égard que « le droit est au service d'un idéal politique au sens grec du terme : il vise à rendre possible la coexistence des hommes entre eux. Faire du droit sa propre fin équivaut au contraire à postuler que le droit est bon en lui-même et que, si d'aventure il ne l'est pas, il constitue la seule thérapeutique à ses propres imperfections »²²⁵⁹. Les concepts issus de telles réflexions ne peuvent donc qu'être le reflet des conclusions qu'elles nourrissent, associant rationnellement la structure et le contenu du droit à sa finalité politique²²⁶⁰. On comprendra, en ce sens, que le droit politique consacre, à travers notamment les concepts de souveraineté constituante ou de Constitution, une finalité politique indissociable de leur manifestation formelle et qui est, en l'occurrence, démocratique²²⁶¹. Il s'agit alors moins d'une perspective idéaliste qu'une démarche de philosophie juridique, selon François Ost²²⁶².

682. Il reste à noter que, méthodologiquement, cette substantialisation des concepts qui le caractérise encourage le droit politique à entretenir un certain amalgame entre concept et institution. L'État, la Fédération, la souveraineté, la responsabilité, la représentation tels qu'ils sont définis par les *juspolitistes*, sont bien des concepts en ce qu'ils participent d'une fonction de systématisation des données et de rationalisation du discours doctrinal²²⁶³. Ils sont cependant tout aussi bien envisagés par leurs auteurs comme des institutions, en ceci qu'ils ne relèvent pas exclusivement de la sphère du discours

²²⁵⁸ D. Baranger, *Le droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 7^e éd., 2017, p. 4.

²²⁵⁹ J.-M. Denquin, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

²²⁶⁰ Le droit politique affirme en effet qu'« il est impossible [...] de faire abstraction des fins du politique, [...] cette mise entre parenthèses, dernier avatar du positivisme, devient à proprement parler impraticable », J.-J. Sueur, *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, Québec : Presses universitaires de Laval, coll. Diké, 2011, p. 298. Dans une perspective similaire, Olivier Beaud estime que le concept de Fédération doit être compris eu égard à son *telos*, « [...] à l'importance de l'intention fédérale, c'est-à-dire [à] l'importance du but dans toute opération fédérale. Une Fédération résulte d'un pacte fédératif dans lequel des fins spécifiques sont énoncées » ; ce n'est donc qu'à leur lumière qu'elle peut se comprendre : O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2007, p. 274.

²²⁶¹ Voir en ce sens *supra*, Partie I, Titre II, Chap. 2, Section 2, §2, B, 2.

²²⁶² En effet, « [...] la philosophie du droit creuse la normativité même du droit dans la direction de sa visée : elle dit ce que, idéalement, le droit devrait être s'il était accordé à son propre horizon régulateur. Une telle approche échappe, nous semble-t-il, au reproche d'idéalisme si à aucun moment n'est suggérée l'idée que l'idéal est atteint », F. Ost, *Le temps du droit*, Paris : Odile Jacob, 1999, p. 18.

²²⁶³ C'est là la vocation habituellement reconnue aux concepts doctrinaux, qui sont des « [...] décisions intellectuelles en vue de la meilleure analyse possible [...] des systèmes politiques réels, ceux du présent et ceux du passé, en vue de la meilleure mise en ordre et intelligence possibles de la réalité politique [...] », C. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit* n° 11, 1966, p. 33.

doctrinal, mais qu'ils disposent d'une emprise sur la réalité juridique observée. Ce dernier élément révèle que les concepts sont pensés comme le reflet le plus fidèle possible de ce que l'expérience juridique donne à voir, et il justifie ce faisant à nouveau leur caractère substantiel : à l'institution entièrement déterminée par une « idée d'œuvre »²²⁶⁴ répond un concept construit autour de la finalité, éminemment politique, que poursuit l'objet étudié. Par ce biais, les concepts identifiés acquièrent la garantie d'une certaine *fonctionnalité* au sens de Jellinek, car, selon lui, « si le droit est fondé à réunir en un tout, en une individualité propre, les faits les plus différents, c'est en raison de leur *relation* ou de leur *destination* : à ce point de vue seulement, il arrive à les coordonner en une unité de conception »²²⁶⁵. La figure de l'institution semble particulièrement appropriée pour mettre en valeur ces aspects, relationnel et fonctionnel, qui acquièrent inévitablement, dans les travaux du droit politique, une dimension matérielle, politique. C'est également par cette assimilation entre concept et institution que se dessine le caractère inductif des instruments théoriques que développent les auteurs du droit politique. L'exigence empiriste que comprend la démarche constructiviste se traduit en effet par le relativisme des concepts ainsi érigés, leur inscription résolue dans un contexte déterminant.

B. L'instrument d'une conceptualisation relative

683. La part accordée à l'empirisme par les auteurs du droit politique transparait également dans le caractère *relatif* des concepts qu'ils élaborent. Leur pensée ne présente en effet aucune trace de l'ambition, topique d'un certain objectivisme²²⁶⁶, d'établir une théorie universelle du droit. Méthodologiquement, il est en ce sens possible de discerner dans les travaux *juspolitistes*, une préoccupation tenant à la prise en compte des faits, situés, déterminés socialement, politiquement et historiquement. Cette propension avérée à la conceptualisation par empirisme se manifeste notamment à travers l'adoption d'une méthode inductive (1) et d'un point de vue interne au système juridique considéré (2).

²²⁶⁴ Selon une célèbre formule en effet, « une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement, dans un milieu social », M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », in M. Touzeil-Divina (dir.), *Miscellanées Maurice Hauriou*, Le Mans : L'Épilogue, coll. Historique du droit, 2013, p. 152.

²²⁶⁵ G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, préf. O. Jouanjan, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, p. 87 ; nous soulignons.

²²⁶⁶ Voir en ce sens *supra*, Section 1, §2, B, 2.

1. Une méthode inductive

684. Comme nous l'avons déjà évoqué, l'induction fait partie des revendications méthodologiques qu'avait formulées Georg Jellinek²²⁶⁷ à l'encontre notamment d'un conceptualisme outrancier. Le juriste de Heidelberg écrivait ainsi que « la correcte formation d'un concept ne peut se produire que si l'ensemble des phénomènes qui lui sont subsumés sont minutieusement vérifiés et que leurs caractères communs sont comparés et unifiés. L'induction vaut tout autant pour l'établissement des concepts du droit que pour tout autre concept abstrait de l'expérience »²²⁶⁸. Dans cette hypothèse, la conceptualisation reste donc étroitement associée à l'empirisme, puisqu'elle ne peut être que le résultat de l'expérience. La recommandation de Jellinek en faveur d'une démarche inductive semble avoir été entendue par les auteurs du droit politique qui, s'ils ne font pas expressément état d'une telle allégeance méthodologique, s'empressent de la mettre en œuvre. La formulation de ce principe inductif par Olivier Jouanjan – lorsqu'il écrit que « [...] la conceptualisation juridique suppose [...] la composition d'un donné empirique et d'un construit intellectuel, la coopération de la réceptivité de l'intuition et de la spontanéité du concept »²²⁶⁹ – dénote par ailleurs la proximité épistémologique indéniable entre le propos de Jellinek et ce que nous nous proposons d'appeler le constructivisme.

685. Si l'induction paraît indispensable à la conceptualisation, c'est d'abord parce qu'elle est une garantie contre la spéculation, qui pourrait elle-même être dissimulée sous l'autorité de concepts présentés comme scientifiques²²⁷⁰. Dans l'hypothèse du droit politique, ce risque semble en effet tenu à distance par le soin avec lequel ses auteurs s'échinent à fonder empiriquement leurs démarches. En ce sens, les concepts qu'ils construisent font l'objet de longs développements, voire d'ouvrages entiers²²⁷¹, appuyés

²²⁶⁷ G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, préf. O. Jouanjan, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, p. 57 et ss. Voir également sur cette question, *supra*, Section 1, §2, B, 1.

²²⁶⁸ G. Jellinek, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, 1882 ; cité par O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 303.

²²⁶⁹ O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 303.

²²⁷⁰ Jellinek défendait en ce sens la construction de types empiriques, fondés sur l'induction, par opposition aux types idéaux, qui ne sont pas « [...] le résultat d'investigations poursuivies scientifiquement, mais le produit de la spéculation pure », G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, préf. O. Jouanjan, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, p. 55. L'auteur écrivait plus loin : « quelle que soit la valeur de ces types idéaux pour l'action, il n'en reste pas moins certain que leur valeur théorique est minime, et qu'ils n'ont qu'une faible portée scientifique », *ibid.* p. 56.

²²⁷¹ On peut citer à titre d'exemple le concept de souveraineté : O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, 512 p. ; celui de la responsabilité politique : D. Baranger, *Parlementarisme des*

sur une méthode essentiellement inductive. Cette dernière est en effet caractérisée par la mobilisation d'un grand nombre de matériaux discursifs – normatifs, jurisprudentiels, politiques, doctrinaux – qui font l'objet d'une synthèse par le recours à un concept unifié²²⁷² ; ce sont moins les faits que les discours qui font l'objet d'une conceptualisation²²⁷³.

686. Comme toute démarche inductive toutefois – notamment en matière juridique –, la méthode des *juspolitistes* connaît des limites dans sa capacité à systématiser le réel. En effet, l'induction ne dispose que d'une portée limitée. La complexité et la multiplicité des faits sociaux supposent d'abord que toute recherche empirique s'inscrive dans un champ d'investigation préalablement borné. Jellinek, bien conscient de cette limite, l'écartait grâce à une pirouette guère convaincante sur le fond : « sans doute un procédé purement inductif n'est guère possible en droit public ou international, pas plus qu'il ne l'est en aucune autre science, sans doute toutes les branches de la science de l'État doivent partir d'hypothèses premières sur la nature de l'État [...]. Cependant il en va des concepts spéculatifs de l'État de la même manière que pour toute spéculation. Si elle est davantage que le rejeton d'un cerveau désœuvré, elle n'est qu'une *induction intuitive*, ou plutôt une induction qui s'ignore »²²⁷⁴. L'induction ne saurait donc être, au mieux, qu'un principe méthodologique directeur, et non un impératif méthodique intransigeant.

687. Cette concession à la pure induction semble d'autant plus nécessaire que, en vertu de l'empirisme le plus strict, une telle astreinte méthodologique rendrait tout bonnement impossible la conceptualisation²²⁷⁵. À cet égard, il paraît donc plus juste de recourir à

origines : essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien), Paris : PUF, coll. Léviathan, 1999, 408 p. ; ou encore l'idée de gouvernement parlementaire : A. Le Divellec, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne : contribution à une théorie générale*, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2004, 594 p.

²²⁷² C'est par exemple la tâche que se donne Olivier Beaud : « si l'on veut construire un type idéal de Fédération capable de réconcilier les deux versants de la science juridique, la nécessité de théoriser et de systématiser et la fidélité au matériau existant, au droit positif, il faut donc reprendre le travail à la base : s'appuyer certes sur les grands juristes du passé, mais tout en inventant des voies nouvelles permettant de renouveler un ancien matériau, ou de découvrir un matériau non encore exploré, faute d'hypothèses pertinentes », O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2007, p. 22.

²²⁷³ Ce qui est logique, eu égard à l'absence de référent concret dont sont privés les concepts du droit politique. Ainsi en va-t-il par exemple de l'État, selon Michel Troper, « Préface. Sur la théorie juridique de l'État », in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 7.

²²⁷⁴ G. Jellinek, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, 1882 ; cité par O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 303 ; nous soulignons.

²²⁷⁵ Une stricte application des préceptes empiriques interdit en effet la formulation de lois de causalité générales voire universelles, à partir de la seule observation des faits, même lorsque ceux-ci se répètent structurellement. Ainsi, en vertu de l'empirisme sceptique de David Hume, « la raison ne peut jamais nous montrer la connexion d'un objet avec un autre, même aidée par l'expérience et par l'observation de leur conjonction constante dans tous les cas passés. Quand l'esprit, donc, passe de l'idée ou de l'impression d'un objet à l'idée d'un autre, ou croyance en cet autre, il n'est pas déterminé par la raison, mais par certains

l'idée d'« induction amplifiante »²²⁷⁶ pour qualifier la méthode employée dans le cadre du droit politique, dès lors que ce dernier procède nécessairement à un saut qualitatif entre l'observation des faits et la cristallisation conceptuelle de leur unité. Ce défaut dans l'application d'une stricte induction est partiellement compensé par l'affirmation subséquente de la relativité des concepts qui sont construits sur ce fondement ; au moins ne sont-ils pas dotés d'une portée universelle. Par ailleurs, l'imperfection irrémédiable de l'induction n'ôte rien à la vertu explicative de la conceptualisation ainsi opérée : si celle-ci repose bien sur une fiction – celle de l'unité discursive des concepts mis en lumière –, elle n'en réfléchit pas moins la réalité de façon à la rendre compréhensible. Ce paradoxe, qui consiste à s'éloigner du réel pour mieux le saisir²²⁷⁷, est exploité par les auteurs du droit politique. Olivier Beaud assume par exemple le recours à la fiction qui lui permet de penser l'unité du pouvoir constituant et de négliger la réalité des faits, celle d'une majorité de citoyens qui s'exprime en son nom²²⁷⁸.

688. L'imperfection concédée de l'induction ainsi mise en œuvre interroge logiquement l'opportunité d'y recourir originellement : si l'empirisme n'est qu'un idéal à raison de l'insaisissabilité des faits juridiques et de la nécessité de leur catégorisation, la méthode inductive ne présente aucun intérêt scientifique. Du moins en serait-il ainsi si l'induction ne permettait pas fondamentalement de circonscrire à un champ d'application déterminé l'usage des concepts établis. Ces derniers, parce qu'ils reposent sur le postulat

principes qui associent entre elles les idées de ces objets, et les unissent dans l'imagination. Si les idées n'avaient pas plus d'union dans la fantaisie que les objets semblent en avoir par rapport à l'entendement, nous ne pourrions jamais tirer aucune inférence des causes aux effets, ni faire reposer notre croyance sur aucune chose de fait. L'inférence dépend donc uniquement de l'union des idées », D. Hume, *Traité de la nature humaine*, 1739, Livre I, Partie III, VI ; trad. P. Folliot. À cet égard, « la dimension critique et sceptique apparaît dans l'œuvre de Hume comme le fondement concret des sciences expérimentales. Ainsi : corrélation n'est pas causalité. N'importe quoi est susceptible d'être pris pour une cause de n'importe quoi d'autre tant que la confrontation avec l'expérimentation n'a pas eu lieu. L'expérience élimine progressivement les causalités fallacieuses, mais un tel processus est sans fin », G. Delannoï, « David Hume, le plus grand philosophe des Lumières ? », *Commentaire* n° 142, 2013, p. 387.

²²⁷⁶ « L'induction amplifiante consiste en effet à énoncer une proposition générale dont la portée dépasse l'addition des propositions particulières ou des cas observés qui lui ont servi de point de départ. La généralisation opérée ne conduit pas à une conclusion certaine, mais seulement à une conclusion probable [...] », V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, p. 367.

²²⁷⁷ Ce paradoxe fut mis en valeur par Paul Ricœur qui, soulignant l'importance du recours au procédé métaphorique, écrivait que « [...] nous ne voyons des images que pour autant que d'abord nous les entendons », P. Ricœur, « L'imagination dans le discours et dans l'action », *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique II*, Paris : Seuil, coll. Points. Série Essais, 1998, p. 245. Plus largement, sur la valeur heuristique du recours à la fiction, voir : *ibid.* p. 245 et ss.

²²⁷⁸ De l'aveu même de l'auteur, « il y a [...] un élément représentatif dans toute démocratie, y compris la démocratie la plus directe qu'on puisse imaginer. De même, pour penser le rapport entre l'État et le peuple souverain, la fiction s'avère tout aussi inévitable qu'elle l'était lorsque le Monarque était souverain », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 298 ; nous soulignons.

ontologique de la relativité du droit²²⁷⁹ – postulat que participe à traduire l’adoption d’une méthode inductive – sont aussi appelés à connaître un usage théorique limité. Le modèle conceptuel qui se dégage des travaux du droit politique répond bien à ce constat, dans la mesure où il renvoie à un type de « [...] concept dégagé de l’expérience, mais qui ne comporte pas une prétention à la validité universelle inconditionnée, car il lui faut laisser l’espace de la variation individuelle [...] »²²⁸⁰. On peut à ce titre relever l’insistance des *juspolitistes* sur l’historicité des concepts²²⁸¹, première marque de la consécration de leur relativité²²⁸².

689. Plus largement, la trace d’une démarche inductive qui se détecte à la lecture des travaux du droit politique caractérise l’alternative méthodologique au normativisme que constitue cette théorie. Pierre-Marie Raynal a résumé les pans de cette opposition, en confrontant l’analyse kelsénienne à la pensée juridique de Jellinek : « d’un côté, la majeure du syllogisme constituant est une supposition qui se veut dénuée de toute assise empirique, s’apparentant à une légitimité fictive qui fonde de manière purement *transcendantale* la qualité juridique attachée à une réalité politique donnée. De l’autre côté, la majeure du syllogisme constituant est une supposition qui se veut munie des traits dominants d’une assise empirique, s’apparentant à une légitimité non pas effective – car on observe de multiples discours justificatifs – mais abstractive – en ce qu’elle recouvre uniquement le discours justificatif dominant –, qui fonde de manière plutôt *immanente* la qualité juridique attachée à une réalité politique donnée »²²⁸³. La confrontation de ces théories, construites toutes deux au nom de la science²²⁸⁴, met en valeur l’opposition méthodologique fondamentale qui les distingue. Considérée de façon manichéenne, cette opposition conduirait indiscutablement à associer le droit politique au second courant –

²²⁷⁹ Voir en ce sens *supra*, Partie I, Titre II, not. Chap. 2, Section 1, §2.

²²⁸⁰ O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 304.

²²⁸¹ C’est par exemple par l’histoire que se comprend le principe de majorité qui structure notamment les régimes démocratiques : « la majorité est d’abord – et surtout – une technique de décision prise au sein d’organes collectifs qui caractérise un certain état de développement des sociétés politiques. Pour le prouver, un détour par l’histoire politique et constitutionnelle s’impose », O. Beaud, « Le principe majoritaire dans la théorie constitutionnelle des formes politiques », *Jus politicum* n° 15, janvier 2016.

²²⁸² Voir sur ce point *infra*, Titre II, Chapitre 1, section 2, §2, A, 2. Le recours à l’historicité représente, déjà chez Savigny, un instrument contre l’universalisme ; aussi le juriste allemand écrivait-il que « sitôt que nous ne sommes plus conscients de notre relation individuelle avec la grande totalité du monde et de son histoire, nous ne pouvons nous empêcher de voir nos pensées dans une fallacieuse lumière d’universalité et d’originalité. Il n’y a que le sens historique qui nous préserve de cela, son application la plus difficile étant de le tourner contre nous-mêmes », F.C. von Savigny, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, trad. et préf. A. Dufour, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2006, p. 105.

²²⁸³ P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 90 ; nous soulignons.

²²⁸⁴ *Ibid.*

qui est aussi le premier historiquement –, celui de l'idéalisme subjectiviste de Jellinek²²⁸⁵. Comme ce dernier, les *juspolitistes* recourent à la conceptualisation par induction, tenant compte du fait que les faits sociaux ne sont jamais réductibles à leurs points communs²²⁸⁶. Comme Jellinek également, ils adoptent un point de vue interne à leur objet pour parfaire l'empirisme qu'ils se sont donné pour cadre. À cet égard toutefois, leurs travaux traduisent certaines divergences avec la pensée du maître de Heidelberg.

2. Un point de vue interne

690. La question étant tranchée de savoir *comment* sont construits les concepts du droit politique, il reste encore à étudier *quels* sont ces concepts sur lesquels les *juspolitistes* choisissent de bâtir leur théorie. En l'occurrence, il s'agit des concepts du droit positif lui-même, que les juristes reconstruisent à partir de données juridiques empiriques. Ce choix n'est pas anodin, mais répond au contraire, à la fois à la conception de la science juridique que suggère le droit politique, et à l'opérabilité des concepts qu'il vise. La déconstruction de la fiction de l'extériorité de la doctrine à l'égard de son objet justifie en effet, dans un premier temps, une certaine assimilation entre les notions du droit positif et les concepts élaborés par la doctrine juridique²²⁸⁷. Puisque les membres de cette dernière sont le plus souvent les sujets et les citoyens du système qu'ils cherchent à décrire, ils participent de fait à sa formation, en participant à sa formulation²²⁸⁸. Pierre Avril souligne par exemple à cet égard le rôle actif des juristes dans la définition de la Constitution, non seulement dans un sens doctrinal, mais également dans sa signification au sein de l'ordre juridique

²²⁸⁵ La qualification d'« idéaliste subjectiviste » est attribuée à Jellinek par Olivier Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 283 et ss.

²²⁸⁶ Le maître d'Heidelberg opposait ainsi science naturelle et science sociale : « en matière de faits naturels, l'intérêt scientifique est fixé sur leur identité ; en matière sociale, cet élément se trouve relégué au second plan : on n'y rencontre plus l'identique, mais l'analogue. Partant, la science naturelle a le droit d'ignorer les particularités de chaque être, pour s'en tenir aux manifestations identiques ; la science sociale, au contraire, ne peut jamais formuler de lois générales sur un fait particulier ; jamais elle n'y peut voir la pure manifestation d'un fait général ; cette conception serait fautive et insuffisante », G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, préf. O. Jouanjan, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, p. 47.

²²⁸⁷ Voir à ce titre, *supra*, Chapitre 1, section 2, §2, A, 1.

²²⁸⁸ « Autrement dit, les concepts juridiques sont à la fois un miroir de la réalité et un levier destiné à agir sur celle-ci », J.-J. Sueur, *Une introduction à la théorie du droit*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2001, p. 150.

positif²²⁸⁹. En éliminant toute possibilité d'extériorité doctrinale à l'égard de l'objet juridique, le droit politique désavoue également l'opportunité de recourir à des concepts prétendument externes, neutres et objectifs, alors qu'ils sont le fait d'un théoricien lui-même dépendant de son implication dans le système juridique ; il recommande en ce sens, par le truchement de Pierre-Marie Raynal, l'adoption d'un « point de vue interne prudent »²²⁹⁰.

691. En ce sens se comprend mieux la portée de la distinction que propose le même auteur entre deux recours à la fiction, comme instrument de connaissance d'une part ou comme instrument de gouvernement d'autre part, selon la fonction qu'elle exerce²²⁹¹. Pour Pierre-Marie Raynal, seules les fictions comme instruments de gouvernement, en ce qu'elles participent à la justification du pouvoir et, ainsi, à l'efficacité du droit²²⁹², sont dignes d'être considérées au titre du droit politique. Les fictions à vocation strictement scientifique reposent, quant à elles, sur une ambition principalement épistémologique, ce qui est susceptible de les discréditer au regard de leur prétention à la connaissance du réel²²⁹³. Du point de vue du droit politique, l'assimilation des fictions et des concepts est rendue possible dès lors que, comme le concept, la fiction « [...] est d'ordinaire conçue par les juristes à travers le prisme de l'idéal de systématisation du droit positif »²²⁹⁴. Et, inversement, on a vu comment le concept peut lui-même résulter d'un raisonnement empruntant à la fiction, c'est-à-dire à « un énoncé sciemment dépourvu de pertinence « réelle » et présenté comme tel à l'auditoire »²²⁹⁵. Le discrédit jeté sur les fictions comme instruments de connaissance et la valorisation des fictions comme instruments de

²²⁸⁹ La définition de référence de la Constitution est ainsi « [...] le texte tel qu'il est lu et compris par la communauté des juristes qui s'accorde sur sa signification », Pierre Avril, « Statut des normes constitutionnelles non écrites » in P. Avril, M. Verpeaux (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Droit public, 2000, p. 80.

²²⁹⁰ P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 266.

²²⁹¹ *Ibid.*, not. p. 46-48.

²²⁹² Dès lors que l'auteur entend définir le droit « non pas comme un ensemble d'énoncés prescriptifs *fictivement* justifiés, mais comme un ensemble d'énoncés prescriptifs *efficacement* justifiés. Cette seconde conception ne saurait être intelligible sans prise en compte de la dimension coercitive de l'efficacité certes, [...], mais aussi et surtout de sa dimension discursive », elle-même dépendante de fictions justificatives ; *ibid.*, p. 245-246.

²²⁹³ C'est notamment le cas de la neutralité axiologique dans la méthode positiviste : elle-même identifiée comme une fiction, la « [...] neutralité est la condition de la qualité objective, certainement vraie, subjectivement indiscutable, monologique, de l'interprétation *juspositiviste* de la réalité politique et spécialement de l'activité humaine qui s'y déroule et qu'elle qualifie de « juridique ». En bref, l'exigence de neutralité conditionne la crédibilité du savoir *juspositiviste* ». Le positivisme peut ainsi se concevoir comme impliquant « l'utilisation méthodique de la fiction », *ibid.*, p. 167.

²²⁹⁴ *Ibid.*, p. 32.

²²⁹⁵ *Ibid.*, p. 14.

gouvernement, tous deux formulés au titre d'une épistémologie *juspolitiste*²²⁹⁶, peuvent donc être entendus comme la traduction d'un choix méthodologique : celui de ne recourir, dans le cadre de leur travail de conceptualisation, qu'à des fictions elles-mêmes juridiques, au sens où elles sont consacrées, implicitement ou explicitement, par le droit lui-même et qu'elles permettent de le comprendre²²⁹⁷. Réserver la conceptualisation à l'étude des instruments de gouvernement permet alors de doter les concepts ainsi établis d'une emprise factuelle, interne au système juridique, conforme à l'ambition empirique qui anime le droit politique. Cela permet également de recentrer le discours doctrinal, non sur les « fictions » que décriait Jellinek, mais sur les « abstractions » qui constituent les nécessités d'un système juridique²²⁹⁸.

692. Ce travail de conceptualisation qui semble caractériser la démarche *juspolitiste*, répond, finalement, à une tentative de systématisation du langage juridique²²⁹⁹ : les termes employés dans les énoncés du droit positif renvoient à une unité notionnelle que la doctrine juridique a pour tâche de mettre au jour et qui lui permet en retour d'évaluer la cohérence des autorités normatives quant à l'usage de ces notions. Puisque la doctrine interagit avec son objet, elle peut prétendre agir sur lui et participer à la mise en cohérence de ses fictions fondatrices. Il en résulte, mécaniquement, une assimilation entre les notions et les concepts, les premières pouvant être regardées comme les termes inscrits dans le droit positif, les seconds comme l'expression d'une construction théorique

²²⁹⁶ Pierre-Marie Raynal identifie en effet « [...] deux principes susceptibles de composer une épistémologie de droit politique. Prenant acte du caractère politique du relativisme axiologique radical prôné par le normativisme, le premier principe invite à tenir compte et non à écarter l'étude de la légitimité en droit. Prenant acte de l'impossibilité pour la science du droit d'éviter l'influence justificative de son discours [...], le second principe recommande la prudence et non la neutralité », *ibid.*, p. 543.

²²⁹⁷ À titre d'exemple, on peut relever l'analyse que Jacky Hummel livre du principe monarchique dans le régime de la Confédération germanique entre 1815 et 1866 ; il s'agit selon l'auteur d'une *fiction politique*, sur le fondement de laquelle le pouvoir constituant peut être attribué au monarque, à partir de laquelle la Constitution est donc elle-même définie : J. Hummel, « La doctrine metternichienne et le contrôle confédéral des révisions constitutionnelles. Sur l'usage politique d'une fiction constitutionnelle », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017.

²²⁹⁸ « [Les règles du droit] n'existent que dans le monde des abstractions : elles constituent des idées et des impératifs qui règlent la vie pratique de l'homme », G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, préf. O. Jouanjan, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, p. 90. Voir également *supra*, A, 1.

²²⁹⁹ Selon Jean-Marie Denquin en effet, « l'usage reste donc le seul mécanisme susceptible de stabiliser, dans une certaine mesure, la portée des mots », J.-M. Denquin, « Que veut-on dire par « démocratie » ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus politicum* n° 2, mars 2009. On peut toutefois relever à cet égard que l'ambition du droit politique ne s'arrête pas au langage ; en tant que théorie, elle produit plus largement « une imagination, une représentation, une mise en scène, une mythologisation du *logos* juridique », O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 2.

strictement doctrinale²³⁰⁰. Cette indistinction entre notions et concepts, pour originale qu'elle soit²³⁰¹, se justifie en fait par l'opérabilité que l'on cherche à conférer au concept doctrinal. Si les juristes doivent expliquer leur objet alors que celui-ci prend toujours une forme discursive, ils doivent explorer les termes employés et les significations qu'ils revêtent alors, et ce d'un point de vue d'abord interne. Il en résulte une importance considérable reconnue au langage déployé par les autorités normatives, et à sa portée sémantique. En effet, « [...] le sentiment d'identité [...] est [...] pour ainsi dire cristallisé dans le mot, dont le singulier affirme simultanément l'unité du phénomène [...] et sa persistance malgré la discontinuité de ses éléments. Ce sentiment peut être dénoncé comme une illusion au nom d'un nominalisme hypercritique. Il n'en constitue pas moins une donnée de la réalité »²³⁰². L'étude de la sémantique interne au système juridique est ainsi, de ce point de vue, le seul moyen d'approcher la réalité du droit.

693. La conceptualisation *juspolitiste* doit donc conduire ses auteurs à proposer une représentation de la dialectique qui est à l'œuvre dans le droit. La doctrine remplit alors sa mission consistant à proposer des théories qui *réfléchissent* la réalité juridique, en tenant compte de sa forme discursive. L'idée du droit politique présente ici des accents villeyens, dans la mesure où le philosophe français défendait lui-même un droit politique conçu comme une « [...] articulation dialectique entre la relation sociale et le tribunal vivant de la raison »²³⁰³. La théorie du droit politique ici étudiée abandonne cependant l'horizon naturaliste qui sous-tendait la thèse de Michel Villey²³⁰⁴ : la représentation dialectique n'est pas le moyen de tendre à l'avènement d'un droit naturel, immanent et

²³⁰⁰ Selon une classification rapportée par Véronique Champeil-Desplats, « tandis que la notion désignerait certains termes du droit positif auxquels sont liées des conséquences, mais aussi des discours de la dogmatique en tant que celle-ci tend à reprendre le vocabulaire de son langage-objet [...], le concept serait propre aux discours de type théorique [...] », V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, p. 329.

²³⁰¹ L'opportunité de cette distinction est certes discutée en doctrine. Voir par exemple : X. Bioy, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction... », in G. Tusseau (dir.), *Les notions juridiques*, Paris : Economica, coll. Etudes juridiques, 2009, p. 21-56. Pour autant, elle répond à l'ambition du positivisme de distinguer soigneusement ce qui relève du langage-objet de ce qui n'appartient qu'au champ de la science juridique. En effet, le positiviste cherche à « [...] ordonner un langage qui *lui est extérieur*, qui ne peut être que celui du législateur ou du juge, celui dans lequel ils énoncent leurs prescriptions ou dans lequel ils les justifient. Selon cette conception [...], la science du droit ne peut être comprise que comme un métalangage et le droit seulement comme un langage-objet », M. Troper, « Le positivisme juridique », in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 40.

²³⁰² J.-M. Denquin, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits* n° 32, 2000, p. 43.

²³⁰³ A. Punzi, « Pour une philosophie réaliste du droit. Villey et les équivoques sur le droit naturel », *Droit et société* n° 71, 2009, p. 82.

²³⁰⁴ La dialectique est en effet, chez Villey, le moyen de tendre au droit naturel : « le juste est un *rapport* qui apparaît à chaque partie intéressée de façon partielle, unilatérale ; sur lequel n'existent au départ que des *opinions* divergentes, et le vœu de les réconcilier : les conditions mêmes de la dialectique, ou du moins un art qui ressemble à la dialectique des philosophes », M. Villey, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 207.

juste, mais, plus modestement, le moyen d'éclairer sur la teneur du droit positif et sur la réalité politique et sociale à partir de laquelle il est construit. Les tenants du droit politique répondent donc moins à la théorie villeyenne qu'à la pensée de Jellinek qui, plus désabusé peut-être quant au rôle de la doctrine, la traduisait en ces termes : « le juriste conscient de son rôle limité reste dans le monde subjectif qui est celui de la vie juridique ; son domaine, c'est le monde pratique qui produit des abstractions et des unités et les reconnaît sans se demander si elles ont une réalité au point de vue des sciences naturelles »²³⁰⁵. Le subjectivisme jellinekien éloigne ainsi avantageusement son auteur du terrain glissant que constitue une théorie réaliste au sens philosophique, voire essentialiste du droit comme celle de Villey.

694. Cette perspective que semblent adopter les auteurs *juspolitistes*, se justifie par un certain subjectivisme, en vertu duquel le droit gît dans les consciences, ou dans la majorité des consciences des sujets et des acteurs du droit. La science juridique n'ayant pas les moyens de synthétiser directement les phénomènes psychologiques alors à l'œuvre, « ce sont ses représentations et non les processus psychiques eux-mêmes qu'[elle] constitue en objets »²³⁰⁶. En ce sens, décrire le droit, contemporain ou historique, français ou étranger, suppose dans une certaine mesure de mettre en valeur la façon dont il est conçu par ses acteurs. C'est seulement par ce biais qu'il peut être *compris*, à la lumière de son contexte politique et culturel²³⁰⁷. Dès lors, l'objet de la doctrine est moins subjectif, qu'*intersubjectif* : les juristes dépassent la diversité des expressions individuelles pour dégager une signification sociale, collective, fictivement consensuelle, du droit, et lui conférer ainsi un semblant d'objectivité. Le postulat subjectiviste, prégnant dans la pensée de Georg Jellinek, est donc estompé dans les travaux *juspolitistes*, peut-être sous l'influence de l'essor des sciences sociales, dont le juriste allemand n'aura pu

²³⁰⁵ G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, préf. O. Jouanjan, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, p. 88.

²³⁰⁶ O. Jouanjan, « Préface. Georg Jellinek ou le juriste philosophe », in G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, 50.s

²³⁰⁷ Ainsi, le régime constitutionnel allemand au XIX^e siècle est-il conceptualisé par Jacky Hummel autour du principe de la souveraineté royale. Il ne s'agit alors pas, pour l'auteur, de jauger de l'opportunité d'un tel principe de légitimité à la lumière des valeurs libérales contemporaines, mais d'en restituer les ressorts, d'en expliquer les fondements et surtout les conséquences sur l'ordre constitutionnel qui en résulte. C'est la valeur politique que reconnaissaient à ce principe ses contemporains qui est ici déterminante, ce qui justifie que soit adopté un point de vue *interne*. C'est à ce prix que pourra être satisfait « [...] le souci de rendre compte, d'une part de la singularité de la réalité constitutionnelle allemande du XIX^e siècle et, d'autre part, du discours idéologique conservateur d'un constitutionnalisme dit *allemand* et opposé de ce fait à celui de l'Europe de l'Ouest [...] », J. Hummel, *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : le modèle allemand de la monarchie limitée*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2002, p. 13.

percevoir qu'un avant-goût²³⁰⁸. Le droit politique semble ainsi plus proche d'une épistémologie constructiviste du droit que ne l'a jamais été le juriste d'Heidelberg²³⁰⁹.

695. Par la démarche conceptuelle qu'ils empruntent, les *juspolitistes* mettent donc en valeur à la fois la dimension sociale et la dimension sémantique du droit²³¹⁰. S'ils construisent des concepts, c'est pour faciliter la compréhension du droit, en systématisant le langage qu'il emploie et les significations qu'il mobilise. Cette ambition justifie une méthode inductive conduite sur le plan interne à la culture juridique visée. Elle interroge toutefois sur ses implications une fois passé le stade de la conceptualisation. En d'autres termes, si l'empirisme que promeut le droit politique ne sert que de prétexte à l'élaboration de concepts substantiels avant d'être relégué au second plan, le risque est celui d'une méthode finalement idéaliste, qui n'aura eu d'autre fin que la construction d'arguments d'autorité conceptuels, au service d'une posture éminemment prescriptive.

²³⁰⁸ O. Jouanjan, « Préface. Georg Jellinek ou le juriste philosophe », in G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, p. 21. Sur la distinction entre sciences de l'esprit et les « sciences de la culture » qui avait cours à l'époque, voir : C. Colliot-Thélène, *La sociologie de Max Weber*, Paris : La Découverte, coll. Repères, 2014, p. 34-35.

²³⁰⁹ Gunther Teubner développe un argument frappant à cet égard : « cette épistémologie constructiviste du droit comme discours social n'est ni individualiste, ni collectiviste. Elle n'exige aucun retour aux acteurs individuels et à leurs intentions, mais elle ne présuppose pas non plus l'existence d'une entité collective supra-individuelle, d'un *Denkkollektiv*, d'une « conscience collective », [...] d'une conscience du droit, d'un esprit du monde. Le droit est communication, et communication seulement ! Cette résolution conceptuelle permet de surmonter les déficits de l'individualisme méthodologique. Celui-ci définit en effet le droit comme une série de règles restreignant l'agir individuel, et c'est pourquoi [...] il ne dispose pas d'instruments théoriques lui permettant d'analyser l'autonomie du social [...]. Cette conceptualité peut toutefois échapper du même coup aux pièges du collectivisme, qui considère le droit comme un sujet supra-individuel, mais qui ne peut expliquer qui agit au nom et pour le compte de l'esprit du monde », G. Teubner, « Pour une épistémologie constructiviste du droit », in *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, trad. N. Boucquet, G. Maier, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1996, p. 186. La rupture avec la pensée de Jellinek est ici consommée, dès lors que le juriste allemand avait adopté un « [...] individualisme de l'objet (les processus sociaux reposent sur des prestations individuelles) en même temps qu'un individualisme de méthode (l'activité scientifique consiste à synthétiser dans des catégories générales une multitude de phénomènes qu'il convient de se représenter comme des actes individuels) », O. Jouanjan, « Préface. Georg Jellinek ou le juriste philosophe », in G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, p. 54.

²³¹⁰ Ce qui est conforme aux exigences d'une épistémologie constructiviste. Ainsi, « le caractère auto-reproductif du droit comme processus social ne devient somme toute perceptible que lorsque l'on en prend pour éléments des communications. Comme système social autopoïétique, le droit se compose de communications, et non de règles ou de décideurs juridiques », G. Teubner, « Pour une épistémologie constructiviste du droit », in *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, trad. N. Boucquet, G. Maier, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1996, p. 187.

§2 : *Un empirisme dépassé par la conceptualisation*

696. Le constructivisme épistémologique à la lumière duquel nous avons jusqu'ici étudié la méthodologie du droit politique implique une exigence d'empiricité que semblent satisfaire les travaux *juspolitistes*. Elle ne saurait toutefois suffire à le définir, puisque le constructivisme repose justement sur le constat des limites de l'empirisme juridique. Ainsi, Vittorio Villa affirme-t-il clairement que, « [...] si l'on admet la thèse néopositiviste de l'identité entre empiricité et scientificité, avec pour conséquence la réduction de ce qui est scientifique à ce qui est empiriquement observable, alors la science juridique ne peut être, rigoureusement parlant, une science »²³¹¹. L'étude du droit suppose donc également le recours à une construction intellectuelle, à une analyse conceptuelle, seule susceptible de fonder un discours scientifique. La seule garantie qui distingue cette démarche constructiviste de l'idéalisme épistémologique repose donc dans l'équilibre ménagé entre la fonction d'observation et la construction conceptuelle que met en œuvre la doctrine juridique. Or, dans le cadre du droit politique, on est en droit de s'interroger sur la conciliation effective de ces deux aspects complémentaires. Bien que développés sur le fondement d'un raisonnement inductif, les concepts *juspolitistes* peuvent sembler, une fois synthétisés, revêtir une signification autonome et une autorité absolue. Le manque de recul à l'égard d'une théorie relativement récente en doctrine autorise, à ce titre, à adopter une posture prospective, largement spéculative, afin de mieux comprendre le risque qui guette le droit politique, celui de basculer dans une forme d'idéalisme méthodologique. Ce risque découle d'abord d'une possible essentialisation des concepts, qui contreviendrait fondamentalement aux présupposés jusque-là identifiés (A). Ce risque peut également être confirmé par une certaine dérive scientiste, quoique la critique alors encourue par le droit politique soit aisément généralisable à l'ensemble de la doctrine constitutionnelle contemporaine (B).

A. Le risque spécifique d'essentialisation des concepts

697. Une analyse théorique qui se fonde sur l'élaboration de concepts suppose que soit précisée la fonction qu'occupent ces concepts dans le discours qui les véhicule. Cette

²³¹¹ V. Villa, *La science du droit*, trad. O. et P. Nerhot, Bruxelles : Story-Scientia, Paris : LGDJ, coll. La Pensée juridique moderne, 1991, p. 86.

question peut se résumer autour d'une alternative que formule Véronique Champeil-Desplats : « chez les juristes, le concept a longtemps été conçu – et le reste parfois – comme un instrument intellectuel permettant d'effectuer un aller-retour entre la réalité juridique et l'essence des choses ou des idées. Il exprimerait des vérités ontologiques. [...] Certains juristes contemporains vont progressivement se détacher de cette approche essentialiste pour concevoir le concept comme un simple instrument d'abstraction et d'analyse d'une réalité fuyante, une construction artificielle et contingente de l'esprit, ou encore un outil à des fins de connaissance et de démonstration »²³¹². La conceptualisation oscille ainsi entre deux pendants, essentialiste et analytique²³¹³. La théorie du droit politique, si elle semble compatible avec le second puisqu'elle admet l'artificialisme et le relativisme des concepts, s'en distingue toutefois en assimilant les concepts aux notions, et en donnant le sentiment de leur conférer une certaine réalité. Mettre au jour la méthode du droit politique suppose de consentir un détour, éclairant quoique prospectif, sur l'usage et l'éventuelle essentialisation des concepts qu'il manipule²³¹⁴. En d'autres termes, il s'agit de déterminer dans quelle mesure les concepts deviennent indépendants à l'égard des faits qu'ils prétendent systématiser (1) et jusqu'à quel point ils peuvent conduire à une réification des valeurs à partir desquels ils sont construits (2).

1. L'autonomisation des concepts

698. Les concepts érigés par le droit politique semblent parfois être émancipés des faits discursifs, des données linguistiques et culturelles qui ont pourtant été rassemblés en vue de les bâtir ; autonomisés à leur égard, ils peuvent dès lors conduire à négliger voire à contredire les faits juridiques eux-mêmes. Les concepts du droit politique peuvent ainsi être utilisés pour critiquer la décision d'une autorité normative qui emploierait un terme au mépris de la signification que lui attribuent les *juspolitistes*. C'est par exemple le cas

²³¹² V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, p. 324-325.

²³¹³ On retrouve les traces d'une telle oscillation dans les travaux *juspolitistes* : « [...] les concepts juridiques, s'ils ne sont pas purement et simplement descriptifs, ne sont pas non plus des « essences » », écrit par exemple Jean-Jacques Sueur, *Une introduction à la théorie du droit*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2001, p. 149.

²³¹⁴ L'essentialisme du droit politique est en effet dénoncé par les tenants du normativisme. Otto Pfersmann écrit notamment que « le néo-essentialisme d'Olivier Beaud est [...] plutôt moderne. Il se heurte [...] à la difficulté de concilier ses très riches analyses d'entités juridiques intemporelles avec l'analyse d'un droit positif qui organise son propre changement », O. Pfersmann, « Après Michel Villey, la philosophie du droit aujourd'hui », *Cités* n° 58, 2014, p. 73. Il semble toutefois intéressant de discuter la portée d'une telle assertion dans une perspective qui ne serait pas de stricte obédience positiviste.

de la jurisprudence du Conseil constitutionnel à propos du Traité sur l'Union européenne de 1992, qui a été vilipendée par Olivier Beaud au nom d'un concept de souveraineté qu'il estime plus pertinent²³¹⁵. Construit à partir de l'histoire, de la théorie politique et de l'observation du droit positif, le concept de souveraineté est, dans cette hypothèse, utilisé comme modèle à l'aune duquel est évaluée la pertinence de la jurisprudence. La conceptualisation à laquelle procède le droit politique est ainsi le moyen par lequel peut être produit un discours critique sur le droit, mais elle suppose toutefois de se détacher des considérations juridiques strictement positives.

699. Cette perspective ne saurait toutefois être totalement portée à la charge du droit politique. Plus certainement, elle découle en réalité de toute entreprise conceptuelle : l'intérêt de celle-ci réside précisément dans le développement d'un prisme au travers duquel le juriste pourra adopter un regard critique sur son objet²³¹⁶, c'est-à-dire sur le langage du droit lui-même²³¹⁷. La problématique que constitue une telle contrariété entre concepts et faits juridiques n'est donc pas propre à la théorie du droit politique, mais interroge l'entreprise de conceptualisation dans son entier. Il est nécessaire alors, de déterminer plus précisément en quoi l'analyse *juspolitiste* pourrait être associée à un essentialisme, du fait d'une certaine réification des concepts qu'elle construit.

²³¹⁵ Sont spécifiquement en cause les trois décisions par lesquelles le Conseil constitutionnel précise les conditions de ratification du Traité de Maastricht : CC, Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, Rec. p. 55 ; CC, Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*, Rec. p. 76 ; CC, Décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du Traité sur l'Union européenne*, Rec. p. 94. Pour la critique que livre Olivier Beaud de cette jurisprudence, voir notamment : O. Beaud, « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht », *RFDA* n° 6, 1993 p. 1045-1068 ; *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 457-491. Pour résumer les termes de la controverse, Olivier Beaud estime que le concept de souveraineté impose que tout ce qui relève de la « matière constitutionnelle » – et notamment la souveraineté de l'État – fasse l'objet d'un référendum constituant. Cette dimension est occultée par le juge constitutionnel qui accepte de reconnaître la compétence du seul pouvoir de révision. Sur cette question, voir également *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre 2, section 1, §2, B, 2.

²³¹⁶ Régis Ponsard, en se fondant notamment sur les travaux de Gaston Bachelard, affirme que la propension critique d'une théorie scientifique dépend, parmi d'autres éléments, d'une rupture épistémologique. « Et cette rupture qui est une *conversion du regard* est indissociablement un travail de *problématisation* et de *conceptualisation* », R. Ponsard, « La possibilité d'une analyse du droit (constitutionnel) scientifiquement et juridiquement critique », *AJJC*, 2015, p. 57.

²³¹⁷ Le lien entre la considération sémantique et l'analyse conceptuelle du droit est mis en lumière par Mathieu Carpentier : « de manière très générale, l'analyse conceptuelle peut être approximativement décrite comme la méthode d'investigation des concepts visant à la compréhension de l'objet saisi par le concept : elle repose sur les intuitions du philosophe sur l'usage correct du concept tel qu'il est manifesté par l'usage quotidien des termes correspondants dans le langage courant. En tant que telle, bien qu'elle repose sur des données empiriques (les données linguistiques, par exemple) elle vise à fournir une connaissance *a priori* (au moins *prima facies*) du concept et des propriétés qui lui sont attachées », M. Carpentier, « Controverses sur la « nature » du droit : enjeux théoriques et méthodologiques », *Droit & Philosophie* vol. 9, 2018, p. 120.

700. L'autonomie des concepts *juspolitistes* à l'égard des faits bruts se traduit d'abord par un renoncement logique à leur falsifiabilité, ce qui est cependant cohérent avec la perspective constructiviste²³¹⁸. Rien de plus commun par ailleurs que ce renoncement, dès lors que le père de la théorie de la falsifiabilité, Karl Popper lui-même, réservait cette épreuve de la vérifiabilité à des énoncés, et non à des concepts, au nom du caractère justement généralisant de ces derniers²³¹⁹. Par ailleurs, la spécificité du droit entrave la faculté de recourir à la falsifiabilité, dont la stricte observation conduirait à un empirisme pur, et à la déconstruction de tous les concepts, de tous les énoncés à caractère général, y compris ceux du droit positif lui-même. Ainsi, « [...] on peut légitimement s'interroger sur le tribut qu'il faut payer pour recevoir le label de science juridique en tant que science produisant des énoncés falsifiables. Se modeler sur les exigences poppériennes conduit à des résultats qui décentrent l'analyse vers une espèce d'ailleurs du droit »²³²⁰.

701. À défaut d'être véritablement falsifiables, les concepts désireux de se conformer aux préceptes épistémologiques de Popper doivent à tout le moins être *révisables*²³²¹, susceptibles d'évoluer pour continuer à constituer des instruments de la connaissance. Cette alternative n'est pas elle-même dénuée de difficultés, puisque l'adaptabilité d'un concept aux faits considérés sous son empire suppose que soient déterminés les critères de cette mutabilité : un concept tel que celui de la souveraineté devrait-il être révisé pour inclure une décision contradictoire du Conseil constitutionnel ? Ou une conceptualisation peut-elle souffrir plusieurs démentis factuels avant de devoir être amendée ? Un concept devient-il inopérant si sa signification est abandonnée par le juge ? Ou faut-il que son abandon soit général et le fait de l'ensemble des autorités normatives ? Autant de questions pratiques restent en suspens et ne peuvent trouver qu'une réponse ponctuelle et

²³¹⁸ Gunther Teubner écrit à ce titre que, « si nous pouvons nous fier aux reconstructions constructivistes du processus scientifique, la fameuse expérience contrôlée n'est pas, contrairement à ce qu'elle prétend, le test d'une théorie interne dans la réalité externe, mais un pur test de cohérence interne, qui compare deux constructions produites en fonction d'exigences procédurales différentes : la logique de l'argumentation théorique et la logique du laboratoire », G. Teubner, « Pour une épistémologie constructiviste du droit », in *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, trad. N. Boucquet, G. Maier, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1996, p. 192.

²³¹⁹ Selon Popper en effet, on ne peut « [...] rendre compte du caractère falsifiable d'une théorie [que] par les relations logiques qui unissent cette dernière à la classe des énoncés de base », eux-mêmes falsifiables ; K. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, 1934, trad. N. Thyssen-Rutten, P. Devaux, préf. J. Monod, Paris : Payot, coll. Bibliothèque scientifique, 1989, p. 82-83.

²³²⁰ F. Rouvière, « Karl Popper chez les juristes : peut-on falsifier un concept juridique ? », *Revue de la Recherche Juridique. Droit prospectif* vol. 28, n° 5, 2014, p. 2217.

²³²¹ « En d'autres termes, le système doit être formulé avec assez de clarté et de précision pour qu'on puisse facilement y reconnaître ce que chaque nouvelle hypothèse y représente : une modification et une *révision* du système. C'est là, à mon avis, la raison pour laquelle on s'efforce de donner à un système une forme rigoureuse », K. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, 1934, trad. N. Thyssen-Rutten, P. Devaux, préf. J. Monod, Paris : Payot, coll. Bibliothèque scientifique, 1989, p. 69 ; nous soulignons.

subjective dans le principe directeur de toute analyse conceptuelle²³²², celui de la cohérence du propos scientifique, en lui-même et au regard de son objet²³²³. Toutefois, cette adaptabilité des concepts aux faits paraît d'autant plus nécessaire que les outils théoriques *juspolitistes* sont définis par référence à une certaine substance politique ; ce cas de figure implique, ainsi que le relève Michel Troper²³²⁴, une évolutivité accrue, dès lors que, dénués de vocation à l'universalité, les concepts doivent leur opérabilité à leur capacité à tenir compte de la contingence des faits qu'ils systématisent.

702. Les auteurs du droit politique admettent volontiers l'évolutivité des concepts²³²⁵, qui, souvent en matière constitutionnelle, sont « éminemment politiques et liés aux vicissitudes de l'histoire »²³²⁶. La souveraineté constitue à cet égard un exemple topique : construite par Olivier Beaud à partir de la théorie de Jean Bodin, elle est adaptée au paradigme constitutionnaliste et revêt alors une portée démocratique²³²⁷. Elle n'en est pas moins taxée d'un certain passéisme, dans sa définition²³²⁸ ou dans son opportunité même²³²⁹, par plusieurs auteurs qui la jugent définitivement dépassée au regard de l'évolution du droit positif. Même si les *juspolitistes* intègrent théoriquement l'exigence de mutabilité des concepts, ils l'évoquent sans la systématiser et, parfois, sans la mettre

²³²² Quant au caractère nécessairement subjectif des concepts et de l'épreuve de leur falsifiabilité, Gunther Teubner écrit que « chaque procédure de vérification, même lorsqu'elle prétend tester la validité de constructions internes dans le monde extérieur réel, n'est qu'une comparaison interne de constructions du monde conditionnées différemment », G. Teubner, « Pour une épistémologie constructiviste du droit », in *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, trad. N. Boucquet, G. Maier, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1996, p. 183.

²³²³ Popper écrivait en ce sens que « la condition de cohérence joue un rôle particulier parmi les diverses conditions auxquelles un système théorique, ou un système axiomatique, doit satisfaire. On peut la considérer comme la première des conditions auxquelles doit satisfaire *tout* système théorique, qu'il soit ou non empirique [...] On évaluera l'importance de la condition de cohérence si l'on réalise qu'un système incohérent ne nous fournit aucune information puisque nous pouvons en dériver toute conclusion qui nous satisfait », K. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, 1934, trad. N. Thyssen-Rutten, P. Devaux, préf. J. Monod, Paris : Payot, coll. Bibliothèque scientifique, 1989, p. 90.

²³²⁴ Il écrit ainsi qu'« on observe [...] aujourd'hui, y compris chez les positivistes, le développement de travaux sur les concepts, [...] qu'on emploie nécessairement pour déterminer le fond des règles. [...] Néanmoins, ces concepts, dits « matériels », évoluent et se transforment soit en fonction des changements technologiques, politiques ou économiques, soit pour des raisons liées à la forme et à la structure même du droit », M. Troper, *Philosophie du droit*, Paris : PUF, coll. Que sais-je, 4^e éd., 2015, p. 24.

²³²⁵ Par exemple celle du concept de démocratie : J.-M. Denquin, « Que veut-on dire par « démocratie » ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus politicum* n° 2, mars 2009.

²³²⁶ D. Baranger, « Un chantier qui ne prend jamais fin. Le juge, les révisions, et les autres formes de changement constitutionnel dans la France contemporaine », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017.

²³²⁷ En effet, « [...] l'étude de la constitution sous l'angle de l'acte de souveraineté par la comparaison avec la loi de Bodin permet de mieux comprendre la mutation de l'État effectuée par la révolution démocratique », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 218.

²³²⁸ Félicien Lemaire démontre ainsi comment le concept de souveraineté semble dépassé par le morcellement de la puissance politique : F. Lemaire, « Propos sur la notion de « souveraineté partagée » ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté », *RFDC* n° 92, 2012, p. 821-850.

²³²⁹ Monique Chemillier-Gendreau enjoint par exemple à « [...] regarder en face et sans regret, le fait que la notion de souveraineté n'a plus d'avenir [...] », M. Chemillier-Gendreau, « Le concept de souveraineté a-t-il encore un avenir ? », *RDP* n° 5, 2014, p. 1295.

en œuvre²³³⁰. Les arguments avancés en ce sens ne manquent pas de pertinence, mais ils interrogent sur le critère qui peut commander une telle évolution des concepts. La même difficulté méthodologique est induite par le postulat constructiviste : si l'objet considéré n'a pas d'autre objectivité que celle que lui confèrent les concepts construits par la subjectivité du savant, dans quelle mesure peut-il ou doit-il s'imposer à eux ? Cette problématique est encore étoffée par la complexité que constitue l'ontologie juridique entendue comme une réalité discursive et dialectique ; en tant que phénomène social, celle-ci est logiquement *évolutive*²³³¹, mais elle ne connaît jamais qu'une évolution arithmétique, partielle et imprévisible. Le recul nécessaire pour saisir cette transformation de la sémantique juridique appelle à la prudence doctrinale et donc, logiquement, à une adaptation différée des concepts aux faits²³³².

703. Alors que les concepts sont pensés comme l'émanation d'une appréhension inductive de la réalité juridique, leur usage par le droit politique, une fois leur construction achevée, laisse à penser qu'ils en sont autonomisés. Forgés à partir des faits linguistiques et sociaux qui caractérisent le droit, ils sont comme arrachés à ce terreau empirique pour en devenir l'étalon de mesure. Le concept semble ainsi extrait de la contingence autour de laquelle il s'est construit et, ce faisant, dépourvu de sa justification. En d'autres termes, les écrits du droit politique donnent parfois le sentiment que les concepts employés sont *réifiés*, et que les arguments qui ont mené à leur théorisation n'étaient que les étapes nécessaires à la découverte d'une vérité sous-jacente inaltérable. En suggérant, ou au moins en entretenant une certaine ambiguïté quant à une telle essentialisation des concepts²³³³, les travaux *juspolitistes* brouillent les pistes qu'ils ont

²³³⁰ Jean-Marie Denquin consacre par exemple de longs développements à l'idée de démocratie ; il explique comment le terme a connu plusieurs mutations dans sa signification, mais se refuse à admettre le sens nouveau que lui confère Dominique Rousseau : J.-M. Denquin, « Que veut-on dire par « démocratie » ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus politicum* n° 2, mars 2009.

²³³¹ On retrouve ici l'une des thèses soutenues par Michel Villey. Il écrivait ainsi « [...] que les règles ainsi constituées [par la dialectique] n'ont pas de vérité certaine, mais seulement une *autorité* toute relative et provisoire. Elles ne donneront jamais naissance à aucun système ni complet ni définitif. Leur sort est précaire, menacées d'être à nouveau mises en question, rediscutées dialectiquement », M. Villey, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, p. 213.

²³³² Le maniement des concepts suppose en effet de garder à l'esprit qu'« [...] il est bien évident que la représentation conceptuelle ne peut être utilisée qu'entre consciences ayant les mêmes expériences et qu'elle reste – par rapport à l'expérience concrète et déterminée, inadéquate, puisqu'abstraite et générale donc essentiellement indéterminée », J. Parain-Vial, « Note sur l'épistémologie des concepts juridiques », *Archives de philosophie du droit* n° 4, 1959, p. 131 note 1.

²³³³ Cette ambiguïté résulte plus certainement de la façon dont est reçu le droit politique comme théorie critique des fondements du positivisme que des auteurs *juspolitistes* eux-mêmes, qui se défendent de tout réalisme au sens philosophique. À propos du concept de démocratie, Jean-Marie Denquin écrit par exemple que « [...] les objets habituellement définis comme « démocratie » [...] *existent* comme configurations

eux-mêmes tracées, par exemple entre fictions comme instruments de connaissance et fictions comme instruments de gouvernement : originellement considérés au titre des secondes, les concepts pourraient en fait intégrer la catégorie des premières, dès lors que, comme celles-ci, ils peuvent être regardés comme « [...] ne ser[vant] pas tant à approfondir la connaissance des fondations de la réalité juridique qu'à préserver la reconnaissance du statut scientifique [...] »²³³⁴. Cette ambiguïté quant au statut des concepts dans la pensée du droit politique mérite donc d'être envisagée plus avant, pour tenter d'évaluer la part d'essentialisme qui étroit la pensée *juspolitiste* et que traduit l'autonomisation de ses concepts ; dans une large mesure, cette problématique renvoie à la question de savoir si les valeurs politiques qui y sont rattachées sont elles-mêmes réifiées.

2. La réification des valeurs

704. Ainsi que l'affirme Mathieu Carpentier, « l'analyse conceptuelle n'est par elle-même ni essentialiste ni anti-essentialiste : elle ne postule pas nécessairement l'existence d'une nature des choses, ni de propriétés *essentiels* des objets »²³³⁵. La question se pose toutefois avec acuité dans l'hypothèse du droit politique de savoir s'il verse effectivement dans l'essentialisme, dès lors notamment que les concepts qu'il propose revêtent une portée matérielle²³³⁶. À ce titre, une investigation plus élaborée suppose d'abord d'identifier les valeurs qui bénéficieraient éventuellement de ce carcan théorique dans les écrits du droit politique. Une lecture rapide des travaux concernés permet de discerner un engagement latent en faveur des principes libéraux et démocratiques. Sans même pousser l'analyse de la philosophie du droit politique plus avant, ces valeurs permettent d'éclairer

socio-politiques, actuelles ou potentielles, présentant un certain nombre de caractères et douées d'une stabilité relative qui rend possible leur description. Elles ont recours au langage dans leur fonctionnement interne – ni la politique ni le droit ne sont concevables sans langage – et ne peuvent être décrites qu'à l'aide du langage. *Elles en sont cependant indépendantes* en ce sens qu'elles peuvent exister sans être décrites : les régimes politiques qu'étudie Aristote existaient avant qu'il entreprît son enquête. Il en résulte que la description de ces objets parle des choses, alors que leur définition ne porte que sur l'emploi des mots », J.-M. Denquin, « Que veut-on dire par « démocratie » ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus politicum* n° 2, mars 2009 ; nous soulignons.

²³³⁴ P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 229.

²³³⁵ M. Carpentier, « Controverses sur la « nature » du droit : enjeux théoriques et méthodologiques », *Droit & Philosophie* vol. 9, 2018, p. 120.

²³³⁶ Voir en ce sens *supra* §1, A.

la démarche méthodologique suivie, ou au moins de mettre en évidence les points d'ombre qu'elle comporte. Par exemple, en étant en partie caractérisé par la forme démocratique de son objet²³³⁷, le concept de souveraineté constituante tel qu'il est pensé par les tenants du droit politique illustre la difficulté à distinguer ce qui relève, dans cette théorie, de l'analyse conceptuelle, constructive et prospective, de ce qui traduit un réalisme convaincu.

705. Cette problématique porte bien davantage sur l'utilisation des concepts, que sur leur élaboration en tant que telle. En effet, les auteurs *juspolitistes* ne posent pas eux-mêmes, au commencement de leurs démonstrations, des valeurs déterminées *a priori* ; Denis Baranger écrit par exemple en ouverture de son ouvrage, qu'« il est presque impossible de définir par avance ce qui fait le bon ou le mauvais gouvernement »²³³⁸. Autrement dit, le droit politique reconnaît la relativité des valeurs morales et politiques – la définition du « bien commun » sera éthiquement déterminée par les acteurs constituants et constitutionnels – et se garde donc bien d'en faire le point de départ de ses raisonnements. Méthodologiquement, l'association des concepts à certaines valeurs, telles la souveraineté et la démocratie, n'est pas le fait d'un présupposé axiologique irréfutable, mais le résultat d'une démonstration argumentée²³³⁹.

706. Rien n'indique donc définitivement que le cognitivisme éthique imprègne la pensée du droit politique. Pour autant, la prudence enjoint à ne pas s'arrêter à ce constat, dès lors que, si elles ne sont pas consacrées en tant que prémisses méthodologiques, les valeurs *juspolitistes* peuvent tout aussi bien représenter la véritable finalité des démonstrations poursuivies par leurs auteurs. Un regard particulièrement cynique pourrait ainsi estimer que l'attachement apparent du droit politique à la démarche inductive n'est que le moyen fallacieux de promouvoir des valeurs subjectivement et préalablement déterminées. Une telle accusation est cependant encourue par toutes les théories scientifiques qui se proposent de conduire une analyse conceptuelle, notamment si cette analyse tient compte de la matière du droit et des principes politiques qui l'irriguent²³⁴⁰. En d'autres termes,

²³³⁷ La seconde partie d'un ouvrage d'Olivier Beaud est ainsi consacrée au « pouvoir constituant, forme essentielle d'expression de la souveraineté du peuple. Depuis la révolution démocratique, la question de la souveraineté est devenue d'abord celle du pouvoir constituant », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 201.

²³³⁸ D. Baranger, *Le droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 7^e éd., 2017, p. 4.

²³³⁹ Par exemple : O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, 512 p.

²³⁴⁰ Alexandre Viala tient à cet égard un propos général, qui semble concerner aussi bien le droit politique que la plupart des théories juridiques : « [...] on s'aperçoit très vite, avec les soupçons de la philosophie contemporaine, que cette démarche rationaliste et artificialiste cache toujours derrière le noble rideau de la connaissance la trace d'une volonté qui en compromet l'objectivité. Forcément livrée aux

une théorie du droit fondée sur l'établissement de concepts interroge toujours sur leur possible essentialisation, sur le réalisme, au sens philosophique, que cela traduirait, et sur l'autorité politique qui serait ainsi conférée à des arguments doctrinaux²³⁴¹. Dans l'hypothèse du droit politique, cette série de problématiques comporte cependant une difficulté accrue, dès lors que la somme des travaux livrée à notre étude reste finalement laconique sur la question de la méthode employée.

707. Les thèses *juspolitistes* peuvent donc, à divers égards, être envisagées comme l'expression d'un essentialisme juridique avéré. D'abord, elles semblent imperméables aux arguments nominalistes en vertu desquels doivent être distingués le signifiant et le signifié d'un même terme²³⁴². Le vocabulaire employé est ainsi étroitement voire inextricablement associé aux concepts construits. Cela peut cependant s'expliquer très logiquement par l'ambition *juspolitiste* de se saisir de la signification que revêt un mot spécifique dans l'imaginaire juridique et social collectif²³⁴³. Pour autant, cela n'en représente pas moins un indice troublant en faveur d'un essentialisme latent, dès lors que l'usage du mot est lui-même réputé normatif²³⁴⁴. Par ailleurs, si les concepts semblent réifiés, ils cristallisent ce faisant les finalités du droit envisagées à ce titre. Or, « une telle fixation de buts ou de valeurs, c'est [...], abandonner le terrain d'une science construite sur une « base empirique » pour entrer dans le royaume obscur où se mêlent spéculations

impacts de la psychologie, de la sociologie ou de l'histoire du savant, cette volonté fragilise inéluctablement le statut de la théorie du droit dont elle est à l'origine », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 225.

²³⁴¹ C'est d'ailleurs en ce sens que nous comprenons la recommandation que Régis Ponsard adresse aux juristes, quant à la rupture épistémologique qu'ils doivent consacrer entre leur objet et leurs propres conclusions. Voir en ce sens : R. Ponsard, « La possibilité d'une analyse du droit (constitutionnel) scientifiquement et juridiquement critique », *AJJC*, 2015, p. 47 et ss.

²³⁴² Le père du nominalisme, Guillaume d'Occam, « partant d'une analyse rigoureuse de l'usage du langage, en bon logicien, [...] fait la distinction entre les choses et leurs signes. Autant la fonction du signe et de classer les choses, de les universaliser en les enfermant dans des catégories, autant les choses ne peuvent être par définition que « simples », isolées séparées, singulières, individuelles. De sorte que les choses universelles n'ont pas d'identité en dehors de notre esprit car c'est ce dernier qui les façonne par les mots », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 238. Ce présupposé nominaliste est resté vivace dans la théorie juridique contemporaine. Il fait par exemple l'objet d'un célèbre article d'Alf Ross, « Tû-Tû », 1957, in *Introduction à l'empirisme juridique : textes théoriques*, trad. E. Matzner, É. Millard, préf. É. Millard, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2004, p. 103-116. Il s'oppose au réalisme au sens philosophique, qui tend à prêter aux concepts une essence tangible.

²³⁴³ Par exemple : J.-M. Denquin, « Que veut-on dire par « démocratie » ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus politicum* n° 2, mars 2009.

²³⁴⁴ Denis Baranger écrit par exemple que « [...] les concepts du droit constitutionnel ne sont pas uniquement explicatifs. Plutôt, une telle force explicative est à l'origine de leur effet opératoire. [...] Cet effet opératoire de la représentation convaincante, de celle qui a un effet de persuasion, est bien sûr en un certain sens normatif », D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

philosophiques et préférences politiques »²³⁴⁵. L'essentialisation des concepts et des valeurs auxquelles ils font référence constitue donc un indice déterminant d'une méthodologie en réalité idéaliste parce que prescriptive.

708. Toutefois, les auteurs du droit politique eux-mêmes sont peu enclins à faire l'aveu de leur réalisme essentialiste et leurs écrits présentent, en creux, une voie pour les disculper d'une telle accusation épistémologique²³⁴⁶. Denis Baranger, sans dénier toute réalité au droit²³⁴⁷, semble ainsi la concevoir moins comme une vérité ontologique que comme une *nécessité méthodologique*, le présupposé indispensable à la connaissance du droit. C'est ce qui nous semble transparaître de cette formule : « [...] quand nous avons recours à des normes, nous ne le faisons pas sans mobiliser une certaine conception de la réalité objective. Cette réalité que nous présupposons dans notre activité normative est [alors] une réalité « interne » à notre raisonnement juridique : il n'y a absolument aucun besoin de présupposer l'existence de quoi que ce soit d'objectif à l'extérieur, dans le « monde réel », dans lequel nous ne trouvons pas trace de droit »²³⁴⁸. Sans sombrer dans le cognitivisme éthique par lequel serait consacrée l'existence de valeurs connaissables et immanentes, il serait donc pourtant possible de concevoir la nécessité, pour le savant juriste, de se donner une réalité juridique comme horizon ; de présupposer, par une fiction, que sa recherche vise la connaissance d'une certaine vérité, sans que celle-ci soit pour autant dotée d'une essence morale prédéterminée. En d'autres termes, le postulat d'une réalité accessible serait le soutien nécessaire à toute recherche juridique. Cette voie, certes étroite, permet subtilement de tempérer le sentiment d'un essentialisme *juspolitiste* par la dénégation des auteurs concernés : ils ne sont réalistes que par nécessité méthodologique et non par conviction politique.

²³⁴⁵ O. Jouanjan, « Préface. Georg Jellinek ou le juriste philosophe », in G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, p. 53.

²³⁴⁶ On trouve une trace de cette accusation sous la plume d'Eleonora Bottini : « la conception de ce qu'est la réalité de la constitution et de la politique apparaît pour le droit politique comme *essentiellement objectiviste*. Dans le cadre de cette conception, la doctrine se fait d'abord juge de ce qu'il faut entendre par « réalité », en partant du présupposé épistémologique qu'il est possible de connaître objectivement de telles données ; ensuite elle choisit l'approche adaptée en fonction de ce qui permet le mieux de comprendre cette réalité », E. Bottini, *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2016 p. 474-475.

²³⁴⁷ Il écrit certes que « la réalité factuelle ne lie pas le législateur ni aucune autre autorité habilitée à produire du droit. Affirmer le contraire impliquerait une définition faisant autorité de ce qu'est la réalité, une plongée dans le réalisme à laquelle la plupart d'entre nous se refuse parce que cela impliquerait qu'il existe un monde extérieur que nous pourrions connaître objectivement », D. Baranger, « Un chantier qui ne prend jamais fin. Le juge, les révisions, et les autres formes de changement constitutionnel dans la France contemporaine », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017. Mais il semble, ce faisant, s'extraire à cet égard de la majorité des juristes qu'il identifie ici.

²³⁴⁸ *Ibid.*

709. L'usage, par le droit politique, des concepts qu'il construit est donc ambigu, mais il ne saurait permettre de le ranger définitivement parmi les théories essentialistes du droit. Les quelques développements que nous y avons consacrés restent pour une grande part hypothétiques, dans la mesure où rien ne permet de trancher définitivement cette question. Une réponse supposerait finalement de déterminer quelle est la prétention – modeste ou immodeste²³⁴⁹ – qui guide l'entreprise du droit politique, ce qui, en l'absence d'affirmation claire sur ce sujet, renvoie à des considérations fondamentalement subjectives, portant sur la conviction intime des auteurs eux-mêmes. Le constructivisme épistémologique qui semble guider leurs pas leur dispense un certain secours en ce sens, puisqu'il justifie la grande latitude avec laquelle ils peuvent apprécier l'opérabilité et l'adaptabilité des concepts, dès lors qu'il présuppose l'absence d'objectivité innée du droit étudié. Comme c'est le cas de nombreuses autres théories juridiques, l'orientation axiologique du droit politique est alors sujette à une double caution, celle de la bonne foi de ses auteurs et de la réflexivité que peuvent susciter leurs travaux. La position éthique du droit politique reste donc indécidable en bien des points. Qu'elle guide ou non le travail de conceptualisation, elle peut être distinguée de la question de l'autorité conférée aux concepts alors construits, question qui menace l'opportunité de la démarche adoptée par d'autres voies.

B. Le risque ordinaire d'une dérive scientiste

710. Le scientisme désigne, en philosophie, un courant de pensée qui glorifie la méthode scientifique pour parvenir à une vérité inaltérable²³⁵⁰. Appliqué à la théorie juridique, ce

²³⁴⁹ S'appuyant sur les travaux du philosophe Frank Jackson, Mathieu Carpentier « [...] distingue entre une forme modeste et immodeste d'analyse conceptuelle. Une forme immodeste de l'analyse conceptuelle prétend tirer de celle-ci une idée de ce que le monde est. Par exemple une analyse immodeste prétendra tirer de l'analyse conceptuelle de « droit » des conclusions sur la nature et les propriétés réelles du droit. Une analyse modeste, en revanche, ne se fixe pas un objectif aussi ambitieux. Elle cherche à déterminer ce que, à partir d'une conception du monde formulée en termes plus fondamentaux, on peut dire à propos d'un objet décrit en termes moins fondamentaux. [...] Le but de l'analyse conceptuelle ainsi conçue est de déterminer la nature du monde *telle qu'elle est comprise par notre conception ordinaire* », M. Carpentier, « Controverses sur la « nature » du droit : enjeux théoriques et méthodologiques », *Droit & Philosophie* vol. 9, 2018, p. 129-130.

²³⁵⁰ Friedrich Hayek, détracteur du scientisme, a employé ce terme pour désigner « non [...] l'esprit général de la recherche désintéressée, mais [...] l'imitation servile de la méthode et du langage de la Science [...] ». En effet, « le point de vue scientiste, en tant qu'il se distingue du point de vue scientifique, n'est pas une optique sans préjugé ; c'est une optique très partisane qui, avant même de considérer son objet, prétend connaître le moyen le plus convenable de l'étudier », F. Hayek, *Scientisme et sciences*

terme a pu désigner des courants qui se proposaient de rendre compte d'un droit et de valeurs *réels*, à partir d'une stricte épistémologie et la forte conviction de son efficience²³⁵¹. L'évocation du scientisme à ce stade peut donc sembler paradoxale, tant les auteurs du droit politique sont eux-mêmes réfractaires à l'exhortation méthodologique et peu diserts sur la question d'une *science* juridique. Le scientisme pourrait, de manière bien plus évidente, constituer justement un argument du droit politique à l'encontre du positivisme juridique²³⁵². Pour autant, l'association trop rapide entre droit politique et idéalisme épistémologique que nous cherchons ici à nuancer semble pouvoir prendre la forme d'un scientisme au sens faible. Ce dernier serait alors entendu comme la prétention d'un discours à parler au nom d'une vérité sur son objet, vérité qu'il oppose à tous ses contradicteurs. En matière juridique, la revendication d'une telle autorité conduirait à promouvoir la fonction politique de la doctrine, à valoriser son action, quitte à lui reconnaître un monopole quant à la détermination de la vérité juridique. En ce sens, le discours des *juspolitistes* présente plusieurs caractères qui révèlent une tendance au scientisme. Nous aimerions toutefois démontrer que c'est là un risque largement partagé par la plus grande part de la doctrine constitutionnaliste. De fait, ni l'absence de relativisme appuyé quant aux conclusions rendues (1) ni le défaut de réserve à l'égard des débats politiques qui touchent à la Constitution (2) ne sont des manifestations rares en doctrine.

1. Un défaut paradoxal de relativisme doctrinal

711. La lecture des travaux du droit politique met sur la voie d'un certain scientisme par le ton parfois péremptoire avec lequel sont formulées diverses conclusions, comme si celles-ci disposaient d'une autorité absolue, en révélant une vérité incontestable, et ce

sociales : essai sur le mauvais usage de la raison, trad. R. Barre, Paris : Presses Pocket, coll. Agora, 1991, p. 12.

²³⁵¹ Le discours scientifique revêt alors une propension moraliste : J.-P. Terrenoire, « Sciences sociales », in M. Canto-Sperber (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, t. 2, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 4^e éd., 2004, p. 1751.

²³⁵² La démarche positiviste présente en effet des traits communs avec le scientisme juridique dès lors qu'« elle se veut scientifique dans l'approche qu'elle fait de son objet d'étude, positive, objective, sans égard aux fins, axiologiquement neutre. Elle se veut encore scientifique dans son mode d'observation des comportements. Elle se veut enfin scientifique dans les expérimentations auxquelles elle se livre, sur le corps social, quant à l'application des lois et au contrôle de leur effectivité », J.-R. Binet, *Droit et progrès scientifique. Science du droit, valeurs et biomédecine*, Paris : PUF, coll. Partage du savoir, 2002, p. 140-141.

bien que les auteurs concernés s'en défendent eux-mêmes²³⁵³. Pour autant, un indice aussi volatil ne saurait concerner que les écrits *juspolitistes*. Un tel constat est en réalité valable pour toutes les théories du droit qui se donnent à lire : indépendamment de leur posture méthodologique, les doctrines juridiques se présentent toutes comme les énonciatrices d'une forme de vérité. Cette dernière ne concerne pas toujours directement le droit lui-même et peut davantage porter sur la méthode²³⁵⁴, alors présentée comme la mieux, voire la seule, à même de le saisir. Le fait que l'enjeu de la démonstration soit alors transféré, de l'objet à la méthode, ne suffit pourtant pas à conjurer l'accusation de scientisme. La déconstruction de la « métaphore du « méta » »²³⁵⁵ à laquelle procèdent les *juspolitistes* permet en effet de considérer également le discours prescriptif, quel que soit le langage au niveau duquel il prétend se situer²³⁵⁶. En outre, exciper de la vérité en matière seulement méthodologique peut justement être perçu comme le moyen d'ancrer plus profondément la véracité alléguée du discours, en excluant les présupposés épistémologiques de la délibération doctrinale. Si le droit politique présente donc dans ses travaux, une certaine prétention à la vérité juridique au nom d'une démarche qu'il juge plus opérante²³⁵⁷, l'ensemble de la doctrine semble partager ce travers, bien naturel en somme²³⁵⁸.

²³⁵³ Armel Le Divellec affirme par exemple, au nom des auteurs *juspolitistes*, qu'« [...] aucun d'entre eux, sans doute n'est persuadé de détenir une quelconque vérité », A. Le Divellec, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p. 105.

²³⁵⁴ C'est notamment le cas dans le positivisme, particulièrement normativiste, dont les modalités sont ici rappelées par Michel Troper : « la doctrine de Hans Kelsen [...] comporte deux aspects ou deux branches : tout d'abord une théorie du droit, c'est-à-dire une description de la structure de l'ordre juridique ; d'autre part, une théorie de la science du droit, c'est-à-dire une métathéorie du droit. Si la première est descriptive, on a pu faire remarquer que la seconde est prescriptive : elle ne se contente pas d'analyser le comportement des juristes qui décrivent l'ordre juridique ; elle leur indique les conditions auxquelles devrait satisfaire ce comportement pour être « scientifique » ; elle leur prescrit de se borner à décrire », M. Troper, « Contribution à une critique de la conception kelsénienne de la science du droit », in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 45.

²³⁵⁵ Olivier Jouanjan décrit ainsi la mise en abîme qui caractérise le langage positiviste : « le métalangage qui formule la théorie de la vérité du langage-objet devient lui-même le langage-objet d'un métalangage qui en formule la théorie de la vérité et ainsi de suite à l'infini », O. Jouanjan, « Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918) : un essai d'explication », *Droits* n° 42, 2005, p. 154.

²³⁵⁶ P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 203 et ss.

²³⁵⁷ Le concept de Fédération tel qu'il est construit par Olivier Beaud repose ainsi sur le présupposé méthodologique selon lequel « la méthode finaliste est plus adéquate à son objet que la méthode formelle. En effet, l'analyse du *telos* peut éclairer non seulement les intentions politiques des auteurs d'une Fédération, mais aussi les institutions ou mécanismes juridiques qui en découlent. [...] Il existe une relation étroite entre les fins visées et les moyens employés, et cette rationalité instrumentale [...] caractérise largement la nature politique de la Fédération », O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2007, p. 274. C'est donc bien la prétention à la vérité qui fonde le choix méthodologique opéré, selon une rhétorique qu'on retrouve aisément dans les manifestes positivistes.

²³⁵⁸ Les rapports conflictuels des discours juridiques, fondés sur des prétentions contradictoires à l'énonciation de la vérité, sont le lot commun des communautés académiques ; cela justifie, partiellement au moins, que la doctrine soit appréhendée sous le prisme du jeu, au sein duquel chacun espère emporter la

712. Dans le cas du droit politique cependant, cette première manifestation d'autorité revendiquée est encore probablement accrue par le caractère vindicatif que revêtent certains arguments, dès lors qu'ils sont souvent présentés dans une perspective critique, à l'encontre du positivisme juridique au sens large²³⁵⁹. Ce défaut de relativisme attaché aux arguments *juspolitistes* nourrit ainsi le sentiment qu'ils peuvent donner, d'un certain essentialisme conceptuel, comme si le discours développé était paré des vertus de l'objectivité. Ce constat est d'autant plus gênant, dans l'hypothèse du droit politique, qu'il fait naître un paradoxe au regard d'un éventuel constructivisme épistémologique ; ce dernier impose en effet un questionnement constant de la vérité établie au titre de la connaissance. Gunther Teubner écrit à ce sujet que, « pour autant que le constructivisme épistémologique soit pourvu d'effet, il discrédite les prétentions des sciences modernes à posséder un accès privilégié à la réalité. [...] Pour un constructivisme radical, la science ne produit qu'une construction du monde parmi d'autres ; la validité de cette construction ne repose que sur les distinctions propres à la science, et non sur une vérification dans le monde en tant que tel ; c'est pourquoi la science ne peut revendiquer l'autorité de détenir l'unique et correct accès au monde réel, et de le communiquer aux autres »²³⁶⁰. Prétendre accéder à davantage qu'une représentation subjective du droit constituerait donc la preuve d'un constructivisme imparfait et l'aveu d'une méthodologie vacillante. Pourtant, dès lors que tout discours doctrinal s'apparente à une prise de position dans un débat à plusieurs voix, il est bien entendu que son propos ne peut qu'être incisif²³⁶¹. Le paradoxe est donc entier, celui qui suppose la conciliation d'une méthodologie intégrant la subjectivité du savant avec une propension démonstrative nécessairement impérieuse dans la forme²³⁶².

mise : M. van de Kerchove, F. Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 1992, p. 204-205.

²³⁵⁹ En critiquant la tendance positiviste qui consiste à isoler le droit des valeurs qui le fondent, Jean-Marie Denquin a par exemple cette formule pour le moins péremptoire : « le droit ne peut se penser qu'en relation avec autre chose que lui », J.-M. Denquin, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

²³⁶⁰ G. Teubner, « Pour une épistémologie constructiviste du droit », in *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, trad. N. Boucquet, G. Maier, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1996, p. 191-192.

²³⁶¹ C'est d'autant plus vrai dans l'hypothèse du droit politique que l'on a vu qu'il se construit justement par opposition à ce qu'il identifie comme la doctrine majoritaire. Voir en ce sens *supra*, Introduction, I, C.

²³⁶² Ce paradoxe naît pourtant justement de la subjectivité du savant, puisque c'est elle qui justifie qu'il défende comme vrai le pari que constitue la théorie qu'il présente. Ainsi, selon Guillaume Tusseau, « il semble possible d'affirmer que la valeur de la construction proposée se mesure au caractère « satisfaisant », c'est-à-dire intellectuellement ou pratiquement « payant », – chacun étant juge de ce qui lui agréé – du monde qu'elle permet de construire et de l'histoire qu'elle permet corrélativement de raconter. Aussi l'enquête scientifique, faite de paris conceptuels successifs qui sont tour à tour testés du point de vue de leurs conséquences pratiques pour celui qui les emploie, a-t-elle partie liée avec les *intérêts locaux* de celui

713. En tout état de cause, la posture démonstrative et véhémement des auteurs du droit politique, ne se distingue pas drastiquement de celle qu'adoptent la plupart des constitutionnalistes et théoriciens du droit : elle traduit une valorisation au moins implicite du rôle de la doctrine, des commentateurs, des analystes, des critiques du droit, dès lors que tous se reconnaissent compétents pour produire un discours *vrai* sur le droit positif²³⁶³. Eu égard au caractère politique que revêt le système juridique, la consécration de la légitimité de la doctrine à s'en saisir lui fraye un passage vers le monde, normalement hors d'atteinte, de la décision politique : « il y a une nécessaire interaction ou même, plus radicalement, un rapport qui n'est pas d'extériorité entre les montages imaginaires de ce qui se donne pour science du droit (articulée, explicitement ou tacitement, à une théorie de cette science comme à une théorie du droit) et ce qui se fait [en] tant que pratique du droit »²³⁶⁴. En balayant la frontière entre discours doctrinal et objet juridique²³⁶⁵, les tenants du droit politique reconnaissent à leurs propos une autorité non seulement théorique, mais également *positivement* juridique, normative, donc politique²³⁶⁶. Revendiquée même indirectement au nom de la science, cette autorité du discours ouvre une brèche vers le scientisme, c'est-à-dire vers la consécration de la nécessité et de l'opportunité de la fonction politique de la doctrine juridique. L'existence de cette brèche qu'ils ont eux-mêmes creusée ne signifie pourtant pas nécessairement que les auteurs du droit politique s'y engouffrent.

714. Rien ne confirme en effet que les *juspolitistes* défendent une telle préséance doctrinale. La comparaison avec d'autres auteurs eux-mêmes taxés de scientisme est à ce titre éclairante, en ce qu'elle relativise grandement l'opportunité d'accoler au droit politique une étiquette semblable. La pensée *juspolitiste* se distingue par exemple

qui la mène », G. Tusseau, « Sur le métalange de comparatiste. De la prétention à la neutralité à l'engagement pragmatiste », *Revus*, n° 21, 2013, p. 106.

²³⁶³ Stéphane Rials en fait d'ailleurs le reproche à deux représentants du positivisme : « Troper, comme Kelsen, ne semble pas considérer que ses textes théoriques sont des récits qui ont toute mais n'ont que la vérité propre des récits (cette vérité de tout ce qui advient au monde) », S. Rials, « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits* n° 37, 2003, p. 68.

²³⁶⁴ O. Jouanjan, « Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918) : un essai d'explication », *Droits* n° 42, 2005, p. 154.

²³⁶⁵ Voir *supra*, Chapitre 1, section 2, §2, A.

²³⁶⁶ Sans être doté d'une portée radicale, ce constat s'imposerait dans l'hypothèse du droit politique en raison de ses postulats ontologiques. Ainsi Olivier Beaud écrit-il, à propos de la théorie de René Capitant, que « [...] cette valorisation de la doctrine (politique ou constitutionnelle) est le pendant de la relativisation du texte constitutionnel. En effet, si le droit constitutionnel est surtout du droit non-écrit, il faut bien faire confiance à la doctrine pour le « découvrir », mais sans abuser de cette marge d'arbitraire qui résulte pour l'interprète, de sa relative libération à l'égard du carcan des textes. Le rôle de la doctrine est d'autant plus important que le droit écrit manque de fiabilité [...] », O. Beaud, « Découvrir un grand juriste : le « premier » René Capitant », *Droits* n° 35, 2002, p. 193.

nettement de l'École historique du droit pour laquelle « la corporation des juristes, parce que conçue dans un rapport organique avec le peuple, est [...], dans la société développée, cet organe interne du peuple qui active et réfléchit son droit comme élément de sa conscience »²³⁶⁷. Le droit politique ne reprend pas à son compte cette thèse de la doctrine entendue comme la « conscience juridique de soi d'un peuple »²³⁶⁸, non plus qu'il ne bascule vers un autre type de scientisme, celui du conceptualisme, qui repose sur la consécration de l'objectivisme du droit et de l'efficacité de la doctrine pour en connaître²³⁶⁹.

715. Ce défaut d'analogie peut être porté au bénéfice du droit politique, dont le silence relatif en la matière ne saurait seulement valoir à sa charge. À sa décharge donc, il est possible de se reporter sur ce qui a jusqu'ici constitué le fil conducteur de notre étude épistémologique, le constructivisme. Ce dernier offre en effet quelques garanties à cet égard, notamment en ce que, appliqué au domaine juridique, il impose de consacrer un objet éminemment discursif. Or, « le processus communicationnel du droit présuppose [...] des juristes et des profanes : il ne pourrait fonctionner sans leurs intentions, leurs stratégies et leurs actions »²³⁷⁰. Ces deux catégories, des « juristes » et des « profanes », ne sont pas séparables l'une de l'autre dans le processus de création ou de compréhension du droit, non plus d'ailleurs qu'elles peuvent, même ensemble, prétendre à établir une quelconque vérité à son propos²³⁷¹. En postulant à nouveau la pertinence du

²³⁶⁷ O. Jouanjan, « Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918) : un essai d'explication », *Droits* n° 42, 2005, p. 157.

²³⁶⁸ *Ibid.* Pour l'École historique en effet, « c'est ainsi la tâche de la science que de connaître les règles juridiques dans leur unité, en tant que se conditionnant mutuellement, découlant l'une de l'autre [...]. Par cette activité, sont portées à la conscience et mises à jour les règles de droit qui restent cachées dans l'esprit du droit national, qui ne sont ni manifestées par la conviction immédiate de membres du peuple et leurs pratiques, ni exprimées par le législateur, qui donc ne deviennent visibles qu'en tant que produits d'une *déduction scientifique* », G.F. Puchta, « Encyclopédie », trad. O. Jouanjan, in O. Jouanjan (dir.), *L'esprit de l'École histoire du droit*, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, coll. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 2004, p. 53-54 ; nous soulignons. Savigny exprimait la même idée, écrivant que « ce qui [...] doit rendre le droit commun et les droits locaux vraiment utilisables et irréprochables comme sources du droit est donc la *rigoureuse méthode historique de la science juridique* », F.C. von Savigny, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, trad. et préf. A. Dufour, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2006, p. 106 ; nous soulignons.

²³⁶⁹ Dans la perspective proposée par Gerber et Laband, « [...] la science juridique est un travail en un certain sens *productif*, droit de la science ou droit des juristes », O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 222 ; nous soulignons. Voir aussi : O. Jouanjan, « Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918) : un essai d'explication », *Droits* n° 42, 2005, p. 158. Sur l'opposition du droit politique à l'objectivisme conceptualiste sur laquelle nous ne revenons pas, voir *supra*, Section 1, § 2, B.

²³⁷⁰ G. Teubner, « Pour une épistémologie constructiviste du droit », in *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, trad. N. Boucquet, G. Maier, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1996, p. 187.

²³⁷¹ Gunther Teubner insiste en ce sens sur la dissociation nécessaire entre les représentations individuelles et la représentation sociale que constitue le droit. Ainsi, « [...] leurs intentions

constructivisme pour rendre compte de la démarche du droit politique – ce que rien ne semble contrecarrer –, il est donc possible de nuancer la prétention à la vérité que traduisent ses arguments et de tempérer les conséquences que peut emporter un tel constat, quant à son scientisme supposé.

2. Un défaut banal de réserve politique

716. L'analyse conceptuelle que livrent les travaux du droit politique accompagne une déconstruction du rôle strictement descriptif de la doctrine juridique²³⁷². Combinés, ces deux pendants méthodologiques peuvent conduire les auteurs *juspolitistes* à adopter une attitude relevant du scientisme, qui consisterait alors en la formulation de jugements politiques au nom de conclusions apparemment scientifiques. Figées en la forme conceptuelle, les thèses présentées peuvent en effet être érigées en étalons du droit positif et justifier la formulation de jugements éthiques et politiques. C'est par exemple sous cet angle que peuvent être considérées les controverses qu'ont nourries les tenants du droit politique à propos de la responsabilité des gouvernants : à partir d'une conceptualisation de la responsabilité politique, les différentes révisions constitutionnelles et la pratique qu'elles ont suscitée ont pu faire l'objet d'âpres critiques²³⁷³. L'analyse conceptuelle est alors le soutien d'une démarche de *politique juridique*, par laquelle les auteurs offrent une analyse et des recommandations fondées *en droit*, mais dont l'ambition est d'influer sur la politique normative²³⁷⁴. Armel Le Divillec décèle et justifie ainsi un tel engagement critique dans l'œuvre de Pierre Avril, portant sur le régime de la V^e République : « engagement au-delà de la stricte neutralité scientifique diront certains ? Peut-être, mais, outre que son attitude est toujours prudentielle, sa critique, jamais gratuite, s'appuie dans tous les cas sur un rappel des concepts et principes (responsabilité, représentation

(« subjectives », internes, psychiques) ne peuvent jamais rejoindre la communication (« objective », externe, sociale) du droit. Elles sont et restent des processus psychiques, qui « accompagnent » en synchronisation les processus sociaux du droit et coévaluent avec eux », *ibid.*, p. 187-188.

²³⁷² Voir en ce sens *supra*, Chapitre 1, section 2, §1.

²³⁷³ Sur ce sujet, voir *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre 2, section 1, § 2.

²³⁷⁴ On voit ici une nette distinction entre ce que promet le droit politique et la méthode que préconise Guillaume Tusseau. Ce dernier écrit notamment que les concepts établis par les savants « [...] doivent, à titre initial, viser une utilisation strictement descriptive et scientifique. [Ils] n'ont pas vocation à servir en tant que [tels] de prémisses à des raisonnements d'où pourraient être tirées des conséquences normatives », G. Tusseau, « Sur le métalangage du comparatiste. De la prétention à la neutralité à l'engagement pragmatiste », *Revus*, n° 21, 2013, p. 101.

notamment) qui sont inhérents à une saine vision de l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, où la légalité n'a pas de sens sans la légitimité »²³⁷⁵.

717. Cette perspective adoptée au sein du droit politique a pu être comprise par les commentateurs extérieurs comme le résultat d'une politisation intempestive de la science du droit, répondant elle-même à la politisation de son objet. Les professeurs Vidal-Naquet et Magnon écrivent en ce sens : « parce que le droit constitutionnel présente une dimension politique, le discours constitutionnel devrait être politique, ici entendu comme animé par un certain nombre de valeurs et de convictions. Il y a là une confusion entre l'objet et le discours, plus exactement, l'une des caractéristiques de l'objet est étendue, sans d'ailleurs guère de justification, au discours »²³⁷⁶. Cette dernière analyse semble toutefois résulter d'une certaine confusion entre les causes et les effets. La politisation du discours doctrinal n'apparaît pas, dans les travaux du droit politique, comme la conséquence de celle de l'objet juridique, tout au plus en est-elle une simple incidence : si le droit est politique, cela justifie de recourir à l'idée de *justification* pour l'appréhender, ce qui permet d'inclure le discours doctrinal dans sa définition²³⁷⁷. Celui-ci est dès lors *politique*, en ceci qu'il ne se contente pas de décrire le droit, mais qu'il participe à le faire advenir²³⁷⁸. Logiquement, la doctrine ne dispose donc d'aucune extériorité à l'égard de son objet, ce qui compromet inévitablement l'éventualité même de sa neutralité. Dans une telle perspective, puisque les jugements énoncés au nom de la science sont de toute façon inévitables, au moins vaut-il mieux qu'ils soient formulés sous le couvert de concepts, dont la pertinence est soumise à la réflexivité doctrinale et peut ainsi faire l'objet d'une déconstruction. Il n'en reste pas moins que les auteurs *juspolitistes* concourent alors à prêter à l'expression « droit politique » un sens finalement assez proche de celui que lui attribuait Jean-Jacques Rousseau, pour désigner un ensemble des principes idéaux qui doivent guider le législateur positif et à l'aune desquels sera jugée son action²³⁷⁹.

²³⁷⁵ A. Le Divellec, « Préface », in P. Avril, *Écrits de théorie constitutionnelle et de droit politique*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2010, p. 11.

²³⁷⁶ X. Magnon, A. Vidal-Naquet, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p. 122.

²³⁷⁷ Voir en ce sens *supra*, Chapitre 1, section 2, §2, A.

²³⁷⁸ Olivier Beaud montre ainsi comment la relativisation du formalisme juridique notamment, conduit à reconnaître à la science du droit une influence accrue : « la théorie de la Constitution de René Capitant le pousse à mettre au premier plan les idées politiques et constitutionnelles qui deviennent des facteurs explicatifs de l'histoire constitutionnelle. Indirectement, mais nécessairement, la doctrine sort grandie de cet éloge du droit non-écrit et de l'histoire, puisque c'est elle qui est le mieux à même de les décrypter », O. Beaud, « Découvrir un grand juriste : le « premier » René Capitant », *Droits* n° 35, 2002, p. 192.

²³⁷⁹ Le philosophe opposait en effet au droit positif en vigueur, le droit politique, entendu comme étalon de mesure de la légitimité du premier : J.-J. Rousseau, *Émile ou De l'éducation*, 1762, Livre V.

718. Cette forme de scientisme, par laquelle la doctrine juridique s'invite dans le champ de l'appréciation politique, n'est toutefois pas l'apanage du droit politique. Dans une large mesure, elle est au contraire l'une des conditions de la construction d'une théorie juridique, dès lors que celle-ci se doit d'être critique à l'égard de son objet²³⁸⁰. La doctrine d'inspiration positiviste, majoritaire aujourd'hui, ne fait pas exception, même si elle souffre d'une certaine contradiction dans ses aspirations méthodologiques. Certes, elle doit *a priori* observer une réserve politique que rien ne saurait menacer²³⁸¹. Pour autant, elle doit parvenir à ménager un espace critique, au risque de basculer dans la vacuité du descriptivisme. Même dans un cadre positiviste contentieux, « cette distance critique présuppose la construction autonome de concepts [...], à partir desquels il sera possible d'apprécier de manière critique les mêmes concepts, tels qu'ils sont utilisés par le juge dans la motivation des décisions »²³⁸². Comment construire ces concepts, quelle valeur, quelle précision leur conférer ? À quelles conditions une telle analyse conceptuelle échappe-t-elle à une démarche prescriptive, à quel moment bascule-t-elle dans le champ proprement *politique* ? Ces questions renvoient à de plus vastes problématiques épistémologiques que nous n'avons pu qu'effleurer au cours des développements précédents. Leur simple formulation permet toutefois de souligner la difficulté qu'il peut y avoir à isoler la théorie du droit politique parmi les doctrines constitutionnelles contemporaines car, si elle peut bien être convoquée sous la bannière du scientisme juridique, elle y rejoint la plupart des théories concurrentes.

719. La tendance au scientisme dont fait preuve le droit politique peut ainsi être plus simplement qualifiée de scientificité ou de *théoricité*, au sens d'un discours empreint d'une certaine autorité doctrinale, qui le conduit à évaluer son objet à l'aune des concepts qu'il a lui-même construits. Paradoxalement, cette démarche conduit ses auteurs à adopter une perspective inverse à celle d'un autre juriste ayant démontré une propension scientiste, Léon Duguit²³⁸³ ; là où la conviction du maître du sociologisme juridique le

²³⁸⁰ A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 225 et ss.

²³⁸¹ Michel Troper écrit en ce sens que « la philosophie du droit contemporaine d'inspiration positiviste [...] s'efforce non de contrôler si les solutions sont bien conformes aux principes évoqués, mais de dégager les présupposés philosophiques des solutions de fond et les contraintes qui [y] conduisent [...] », M. Troper, *Philosophie du droit*, Paris : PUF, coll. Que sais-je, 4^e éd., 2015, p. 25.

²³⁸² X. Magnon, A. Vidal-Naquet, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p. 126-127.

²³⁸³ Duguit se place en effet dans ce courant doctrinal qui, fort des leçons dispensées par Auguste Comte, a entendu « [...] placer [le droit] sous l'auréole triomphante de la pure objectivité scientifique : le droit applicable dans les sociétés humaines devrait faire l'objet, non pas de procédures arbitraires d'édiction, mais de découvertes scientifiques rigoureuses ; seule l'étude expérimentale de la réalité sociale permettrait de dégager le vrai droit effectivement et spontanément à l'œuvre derrière les phénomènes

conduisait finalement à arrêter sa critique aux portes du droit positif, voire à le cautionner²³⁸⁴, la conceptualisation établie par le droit politique est le moyen dont disposent ses auteurs pour le soumettre au feu de sa critique. Cette duplicité du scientisme s'explique très naturellement par la tension inhérente au travail de la doctrine juridique. En effet, en reprenant les termes employés par Xavier Magnon, il apparaît que, « lorsque l'on étudie le droit, l'on est ainsi à la fois défenseur du pouvoir et donc de l'État et gardien du respect du droit par le pouvoir et le droit. La tension naît de ce paradoxe, le juriste est à la fois défenseur du pouvoir et gardien du respect du droit par ce même pouvoir »²³⁸⁵. Si le droit politique peut être accusé de privilégier l'un de ces aspects de la fonction doctrinale sur l'autre, il ne fait ici preuve d'aucune originalité puisque c'est là un travers qui concerne l'ensemble des constitutionnalistes. Nombreux sont en effet les membres de la doctrine qui, au nom de leur propre conception du système juridique, interviennent directement dans le champ politique et ainsi, avisent, recommandent, jugent ou critiquent les décisions édictées par les autorités normatives²³⁸⁶.

sociaux observés ; la sociologie devrait ainsi être appelée à supplanter le pouvoir politique et ses méthodes archaïques d'élaboration des lois juridiques », P. Amselek, « Propos introductif », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 9.

²³⁸⁴ Alexandre Viala décrit à cet égard la « rhétorique lénifiante » qui conduit Duguit à présumer le droit positif conforme au droit objectif, face à l'impossibilité dans laquelle il se trouve de ménager un écart effectif entre ces deux dimensions de sa théorie : A. Viala, « La notion d'État de droit, l'histoire d'un défi à la science juridique », *REDP* n° 13, 2001, p. 686.

²³⁸⁵ X. Magnon, « Appréhender le droit constitutionnel jurisprudentiel sous un angle politique. D'une posture à la discussion de quelques orientations méthodologiques fondamentales », in X. Magnon, P. Esplugas, W. Mastor, S. Mouton (dir.), *Questions sur la question 3 (QsQ) : de nouveaux équilibres institutionnels ?*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Grands colloques, 2014, p. 5.

²³⁸⁶ Il n'est qu'à mentionner, récemment, le débat public et médiatique qui s'est tenu sur l'opportunité de l'instauration d'un référendum d'initiative citoyenne. Les juristes n'ont pas hésité à intervenir dans la controverse. Voir par exemple : D. Rousseau, « Le référendum d'initiative citoyenne n'est pas une idée nouvelle », *Le Monde*, 18 décembre 2018 ; D. de Béchillon, « Entretien », *Revue des deux mondes*, 4 janvier 2019 ; L. Blondiaux, M.-A. Cohendet, M. Fleury, B. François, J. Lang, J.-F. Laslier, T. Pech, Q. Sauzay, F. Sawicki, « Le référendum d'initiative citoyenne délibératif », *Terra-Nova*, 18 février 2019.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

720. À la lumière des développements qui précèdent, il apparaît donc que le droit politique semble se distinguer nettement des courants de pensée qui, en matière juridique, ont mérité d'être regardés comme l'expression d'un idéalisme épistémologique. L'ontologie *juspolitiste* éloigne en effet ses auteurs des théories jusnaturalistes, conceptualistes, sociologistes ou subjectivistes, toutes caractérisées par la consécration de l'autorité irréductible de certains arguments ou par la quête d'une vérité indissoluble du droit. *A priori* débarrassée de présupposés éthiques intangibles, la théorie du droit politique n'en présente pas moins une propension à la prescription, tout au moins à un discours évaluatif quant à l'objet juridique. Ce discours, par sa dimension critique assumée, peut sembler entraîner les auteurs concernés en dehors du terrain balisé de l'analyse juridique pour les conduire sur celui, plus escarpé, du débat politique. Cette tendance, décelée par une certaine projection du modèle méthodologique esquissé, ne saurait toutefois être réellement discriminatoire, tant il apparaît qu'il s'agit en fait là d'une dérive qu'aucune théorie du droit n'est jamais totalement en mesure de conjurer. Le droit politique ne peut donc être résolument envisagé comme l'émanation d'une épistémologie idéaliste et, puisqu'il rejette par ailleurs les fondements méthodologiques du positivisme, il mérite plus certainement d'être regardé comme l'expression d'une voie tierce. Son originalité à ce titre brise donc la stricte alternative, récurrente dans la doctrine juridique²³⁸⁷, entre positivisme et jusnaturalisme, puisque la critique du premier que le droit politique n'est pas fondée sur une considération morale qui le ferait intégrer le champ du second²³⁸⁸, mais sur une revendication doctrinale, quant à l'opérabilité supérieure de sa propre démarche²³⁸⁹.

²³⁸⁷ La dichotomie considérée souvent comme exhaustive entre positivisme et naturalisme est en effet limitée à une considération ontologique, selon que le juriste se contente d'étudier le droit dit positif ou s'il postule l'existence d'un droit idéal. Le choix de la première de ces hypothèses n'implique toutefois pas l'adoption du positivisme entendu comme méthode empirique. Voir en ce sens : É. Maulin, « Positivisme », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 1174. Le droit politique illustre donc bien l'interstice qu'il est possible de concevoir entre positivisme et jusnaturalisme. Même entendus tous deux dans un sens strictement méthodologique, ces courants présentent de toute façon une proximité trop souvent négligée. Voir par exemple en ce sens : P. Amselek, « Kelsen et les contradictions du positivisme juridique », *Archives de Philosophie du droit* n° 28, 1983, p. 271-282.

²³⁸⁸ C'est pourtant là l'un des arguments les plus habituellement brandis à l'encontre du positivisme. Voir en ce sens : T. Raptopoulos, « Le positivisme analytique », *Droit & Philosophie* vol. 6, 2014, p. 204 et ss.

²³⁸⁹ Olivier Beaud revendique par exemple expressément, contre une « démarche platement positiviste », l'importance de la théorie du droit constitutionnel pour chercher à dire une certaine vérité sur cet objet : O.

721. La prudence nécessaire qu’impliquerait une assimilation trop franche du droit politique à une méthodologie idéaliste permet également de nuancer, en dehors même de l’hypothèse *juspolitiste*, la dichotomie pourtant décisive en doctrine, entre descriptivisme et prescriptivisme. L’analyse de la théorie *juspolitiste* permet en effet de la relativiser en démontrant que, si la doctrine ne saurait être cantonnée à une tâche descriptive, elle n’en produit pas pour autant un discours prescriptif – ou seulement prescriptif – et partant, politique. L’exemple du droit politique montre assez, du moins nous semble-t-il, la nécessité d’envisager un plus vaste nuancier pour affiner l’appréhension de la fonction du langage doctrinal.

Beaud, « Duguit, l’État et la reconstruction du droit constitutionnel français », in F. Melleray (dir.), *Autour de Léon Duguit. Colloque commémoratif du 150^e anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit*, Bruxelles : Bruylant, 2011, p. 54-55.

CONCLUSION DU TITRE I

722. Recourir au constructivisme pour caractériser la méthode du droit politique présente l'avantage indéniable de cristalliser la spécificité épistémologique qu'elle semble traduire. À partir d'une grande diversité d'auteurs qui, dans différents domaines, ont entendu promouvoir et systématiser une telle option méthodologique, le constructivisme semble en effet constituer, au terme de notre démonstration, un repère utile pour éprouver l'originalité du droit politique, notamment au regard des deux options épistémologiques les plus connues en droit que sont l'empirisme et l'idéalisme. Le constructivisme appliqué au droit politique permet en effet de l'extraire de la dichotomie désormais classique entre positivisme et jusnaturalisme²³⁹⁰, et de clarifier, ce faisant, la considération qu'il est possible d'en retenir en tant que théorie constitutionnelle²³⁹¹.

723. Malgré les suspicions entretenues en doctrine quant à l'éventuel naturalisme du droit politique, il faut en effet conclure que cette théorie se distingue radicalement des thèses qui lui sont habituellement rattachées. D'abord, les auteurs *juspolitistes* eux-mêmes se défendent d'une telle accusation. En outre, quoique s'autorisant des détours prescriptifs, leurs travaux ne présentent pas des arguments orientés vers la démonstration d'une teneur naturelle du droit. Considérée comme constructiviste, la démarche adoptée ne vise pas d'autre fin que la production d'une certaine connaissance sur l'objet visé et ce, même si ce dernier inclut un grand nombre de valeurs. Le constat de cette spécificité méthodologique du droit politique permet également de le distinguer du positivisme juridique, entendu comme un choix méthodologique en faveur du descriptivisme. Cette divergence reste toutefois plus subtile que ne peut l'être celle qui oppose droit politique et droit naturel puisque, à bien des égards, le travail *juspolitiste* s'appuie sur des postulats concordants avec le positivisme, notamment l'artificialisme du droit et la seule

²³⁹⁰ Dichotomie dont les auteurs *juspolitistes* contestent eux-mêmes l'opportunité. Par exemple : O. Beaud, « Pour une autre lecture de Ronald Dworkin, théoricien de la pratique juridique. À propos de *Prendre les droits au sérieux* », *Droits* n° 25, 1997, p. 136.

²³⁹¹ Le droit politique fait en effet l'objet de classifications parfois paradoxales. Ainsi Eleonora Bottini écrit-elle que le droit naturel « [...] n'est bien évidemment pas le fondement de l'approche du droit politique, mais celui-ci peut en revanche être assimilé à une forme de jusnaturalisme dans laquelle la « nature » est le critère de validité, permettant de déterminer les normes de conduite et de les considérer comme juridiques. Il faut seulement substituer à la nature des *événements* ou les *faits politiques* pour reconnaître que la théorie du droit prônée par le droit politique est d'inspiration jusnaturaliste bien que sa théorie de la connaissance du droit reste [...] positiviste dans sa méthode », E. Bottini, *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2016, p. 477.

considération du droit dit positif²³⁹². Même envisagé sous le sceau du constructivisme, le droit politique présente donc des résultats au moins partiellement communs avec une approche positiviste. La différence majeure réside alors probablement dans la conception même du droit, selon qu'il est regardé comme un objet auto-constitué ou au contraire construit par le chercheur. Contrairement au positivisme, le droit politique semble ainsi répondre aux propos de Gaston Bachelard, selon lequel « la vérité scientifique est une prédiction, mieux, une prédication. Nous appelons les esprits à la convergence en annonçant la nouvelle scientifique, en transmettant du même coup une pensée et une expérience, liant la pensée à l'expérience dans une vérification : le *monde scientifique est donc notre vérification* »²³⁹³.

724. L'étude du droit politique sur un plan méthodologique appelle donc à concevoir cette théorie comme l'expression d'un dépassement des postulats positivistes, et non comme une complète renonciation à leur rencontre. C'est en ce sens que le droit politique peut finalement s'entendre comme un « positivisme au sens faible »²³⁹⁴ auquel dit aspirer Jean-Marie Denquin, ce qui présente le mérite non négligeable de le distinguer définitivement du droit naturel. Plus encore, il semble que l'expression de « post-positivisme » qu'emploie Vittorio Villa, avant de lui préférer le terme de « constructivisme »²³⁹⁵, décrit opportunément le mouvement fondateur du droit politique, dès lors que celui-ci est justement établi par l'élan que lui confère la critique adressée au positivisme, majoritaire dans la doctrine constitutionnelle contemporaine²³⁹⁶. L'accointance du droit politique avec le positivisme suppose toutefois d'être encore questionnée, dans la mesure où l'interdisciplinarité que revendiquent les auteurs *juspolitistes* contribue à sceller la rupture qu'il représente à son égard.

²³⁹² Dans la perspective positiviste en effet, « si la science du droit doit décrire un objet qui lui soit extérieur et qui ait une existence empirique, cet objet est le droit positif et ne peut être que le droit positif. D'où l'ambiguïté du mot « positivisme » qui désigne à la fois la méthode positiviste et l'attention accordée au seul droit positif », M. Troper, « Le positivisme juridique », in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 38.

²³⁹³ G. Bachelard, *Le nouvel esprit scientifique*, Paris : PUF, coll. Nouvelle encyclopédie philosophique, 10^e éd., 1968, p. 11.

²³⁹⁴ « Il faudrait construire, sans tomber dans le pur sociologisme qui supprime l'objet pour l'expliquer, un positivisme au sens faible. », J.-M. Denquin, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

²³⁹⁵ Ce dernier terme est choisi sur le tard, afin de préciser plus clairement l'originalité de l'épistémologie ainsi déployée : V. Villa, « Préface à l'édition française », in *La science du droit*, trad. O. et P. Nerhot, Bruxelles : Story-Scientia, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1990, p. 13.

²³⁹⁶ C'est là le paradoxe du post-positivisme que relève Michel Troper, puisque ce courant « [...] apparaît ainsi, non seulement comme le prolongement, mais aussi comme la négation du positivisme », M. Troper, « Science du droit », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 1394.

TITRE II : UNE MÉTHODOLOGIE SYNCRÉTIQUE

725. La démarche du droit politique est, comme son nom l'indique d'ailleurs en partie, imprégnée de la volonté d'intégrer l'étude juridique à l'ensemble plus vaste que constituent les sciences sociales : l'objet que se donnent les *juspolitistes*, appréhendé comme une donnée *culturelle*²³⁹⁷, implique que la méthode employée pour s'en saisir soit adaptée à ce postulat. Or, « [...] une approche contextuelle du droit implique inévitablement une étude interdisciplinaire »²³⁹⁸. Le droit politique marque alors à nouveau la distance qui le sépare du positivisme juridique, ce dernier se proposant de rendre compte du droit « sur le modèle des sciences empiriques »²³⁹⁹. Tournant le dos aux sciences dites naturelles, la théorie *juspolitiste* appuie au contraire sa revendication ontologique sur une méthodologie concurrente, forgée à partir d'une considération des sciences sociales annexes, et ouvrant donc la voie à un syncrétisme méthodologique²⁴⁰⁰, soit à une « conciliation » des méthodes²⁴⁰¹.

726. Ce syncrétisme n'est pas inédit dans l'histoire du droit constitutionnel²⁴⁰², mais il s'est raréfié du fait du succès grandissant que connaît en doctrine le positivisme

²³⁹⁷ Denis Baranger définit ainsi son objet : « cet ensemble composé d'actes de pensée et d'institutions est ce qu'on pourrait appeler une *culture*. [...] Lorsque je parlerai de droit politique, je ne désignerai ni un « droit » au sens d'un ensemble de solutions ou d'institutions existantes, ni une certaine « science du droit » qui se donnerait pour objet de décrire ces solutions ou ces institutions. Je viserai à proprement parler cette culture elle-même, car elle est le terreau à partir duquel germent les formes qui finiront par être appelées « constitution » et par faire l'objet d'un « droit constitutionnel ». Identifier une telle culture permet de rendre apparent l'arrière-plan sur lequel se dégagent les données du droit existant », D. Baranger, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2008, p. 6.

²³⁹⁸ M. Van Hoecke, « Le droit en contexte », *RIEJ* n° 70, 2013, p. 192.

²³⁹⁹ M. Troper, « Tout n'est pas perdu pour le positivisme », *Déviance et société* n° 11-2, 1987, p. 198.

²⁴⁰⁰ Cette idée est parfaitement cohérente avec le constructivisme épistémologique, qui se pense comme épistémologie de l'interdisciplinarité. Voir en ce sens : J.-L. Le Moigne, *Le constructivisme, T. 2 : Épistémologie de l'interdisciplinarité*, Paris : L'Harmattan, coll. Ingenium, 2002, 362 p. Ce syncrétisme a ainsi pu être l'argument d'une science juridique qui, sans s'inspirer des sciences de la nature, en constituerait au contraire un modèle méthodologique. Voir en ce sens : V. Villa, *La science du droit*, trad. O. et P. Nerhot, Bruxelles : Story-Scientia, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1990, p. 185 et ss.

²⁴⁰¹ Le syncrétisme méthodologique était ainsi défini par le doyen Vedel comme « [...] le refus d'une méthode purement normative ou factuelle, c'est une combinaison des deux méthodes, bien plus l'acceptation de la contradiction fondamentale qui existe entre les deux. Le syncrétisme méthodologique permet de ne pas sectionner l'objet de la connaissance en autant d'aspects qu'il existe de méthodes concevables. La vie sociale est prise comme un objet *global* », G. Vedel, « Le doyen Maurice Hauriou et la science politique », 1968, reprod. in *Pages de doctrine*, Paris : LGDJ, 1980, p. 48.

²⁴⁰² La période de l'après-guerre dans laquelle s'inscrit notamment l'œuvre de Georges Burdeau est décrite en ces termes par Jean-Marie Denquin : « au niveau du droit constitutionnel, la tendance est donc au syncrétisme, qui accroît les équivoques, mais accélère les échanges », J.-M. Denquin, « Préface », in G. Burdeau, *Ecrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2011, p. 11.

juridique²⁴⁰³, souvent caractérisé par un « monisme méthodologique »²⁴⁰⁴. Le droit politique, au contraire, semble plus préoccupé de la construction de son objet que de préserver l'autonomie de sa méthode, ce qui est logique si l'on considère que « [...] la méthode retenue est tributaire de la cause que l'on entend servir »²⁴⁰⁵. Dès lors, là où le positivisme « [...] exclut toute tentative d'articulation ou d'intégration de disciplines différentes par leurs méthodes et par leurs objets »²⁴⁰⁶, le droit politique ouvre le champ à une approche interdisciplinaire du droit, en vertu de laquelle « les hypothèses théoriques mobilisées en vue d'expliquer les phénomènes juridiques doivent nécessairement être empruntées à d'autres champs du savoir : l'histoire, l'économie, la psychologie ou la sociologie par exemple »²⁴⁰⁷. La reconnaissance d'un tel « pluralisme méthodologique »²⁴⁰⁸ n'est pas le moyen de noyer l'objet juridique en mettant en lumière sa banalité en tant que phénomène social ; elle peut au contraire être pensée comme le miroir de sa spécificité irréductible, puisqu'elle offre au droit le moyen de se comparer à d'autres objets sociaux et, ainsi, de s'en distinguer. Certes, les risques méthodologiques

²⁴⁰³ On peut en effet attacher le positivisme juridique contemporain, inspiré pour une certaine part du normativisme kelsénien, à cette préoccupation kantienne d'attacher à chaque objet une méthode spécifique. Andras Jakab écrit à ce titre que « [...] si l'on fait le choix d'adopter une méthode juridique unique, l'objet de connaissance doit lui aussi être revêtu de ce caractère. Kelsen n'aurait fait [...] qu'appliquer les principes de l'épistémologie néo-kantienne selon lesquels c'est la méthode qui produit son objet de connaissance », A. Jakab, « Problèmes de la *Stufenbaulehre*. L'échec de l'idée d'inférence et les perspectives de la théorie pure du droit », *Droit et société* n° 66, 2007, p. 427. On trouve un écho de cette préoccupation sous la plume de Michel Troper, lorsqu'il affirme que, « [...] à moins de considérer les phénomènes constitutionnels comme de purs reflets de phénomènes extra-juridiques comme les forces politiques ou les mouvements intellectuels, ils ne peuvent être compris qu'au moyen de méthodes proprement juridiques », M. Troper, « Les concepts de l'histoire constitutionnelle », in C. M. Herrera, A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris : Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2012, p. 76.

²⁴⁰⁴ « Le « monisme méthodologique » de la science du droit se fonde essentiellement sur l'objectif affiché par Kelsen d'éviter tout « syncrétisme des méthodes » », F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 452.

²⁴⁰⁵ F. Saint-Bonnet, « *Nemo auditur suam propriam methodum allegans* », in C. M. Herrera, A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris : Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2012, p. 107.

²⁴⁰⁶ M. Troper, « Tout n'est pas perdu pour le positivisme », *Déviante et société* n° 11-2, 1987, p. 200.

²⁴⁰⁷ F. Ost, M. van de Kerchove, « Comment concevoir aujourd'hui la science du droit ? », *Déviante et société* n° 11-2, 1987, p. 188. Les auteurs distinguent pour leur part, trois modèles épistémologiques par lesquels peuvent être associées diverses disciplines : la pluridisciplinarité, la transdisciplinarité et l'interdisciplinarité. Voir en ce sens : F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 467-468. Nous reviendrons sur la distinction entre ces trois modèles et leur adéquation respective à la méthode *juspolitiste*. Voir en ce sens *infra*, Chapitre 2, Section 2, § 2.

²⁴⁰⁸ L'expression est employée par Vittorio Villa, *La science du droit*, trad. O. et P. Nerhot, Bruxelles : Story-Scientia, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1990, p. 34. Elle est également développée par les professeurs Ost et van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 454 et ss.

d'une telle démarche ne sont pas mineurs²⁴⁰⁹ ; elle menace notamment l'autonomie de l'ontologie juridique, dont la spécificité risque toujours d'être sacrifiée sur l'autel de la complémentarité interdisciplinaire. Mais l'équilibre entre les disciplines peut également être rompu dans un sens opposé, lorsque ce sont les savoirs extra-juridiques qui sont subordonnés à la juridicité, ou tout bonnement dédaignés par les juristes. Du point de vue du droit politique, il apparaît que c'est cette seconde éventualité qui est la plus préoccupante, en ce qu'elle enferme le droit dans un isolement abstrait et théoriquement stérile²⁴¹⁰.

727. L'ambition qu'affichent les auteurs *juspolitistes* de recourir à un syncrétisme méthodologique mérite donc d'être explorée plus avant. Son originalité à cet égard doit cependant, d'emblée, être relativisée. Nombreux furent en effet les juristes qui se sont faits dans le passé les chantres de l'interdisciplinarité. On pense par exemple à Boris Mirkine-Guetzévitch, qui estimait déjà qu'« [...] une collaboration étroite entre juristes, historiens et spécialistes de la science politique est indispensable pour la compréhension, pour l'explication des origines, du fonctionnement et du rendement des institutions politiques. L'étude des régimes et celle des doctrines requièrent un effort commun destiné à abattre les cloisons qui séparent les méthodes et les recherches, les penseurs et les pensées »²⁴¹¹. Si l'idée ici formulée s'exprime moins abruptement dans les travaux du droit politique, ces derniers participent du même mouvement, qui cherche à rendre le juriste attentif au contexte qui entoure son objet. C'est en répondant à une telle préoccupation méthodologique que le droit politique offre à l'histoire expressément (Chapitre 1), et à la science politique plus précautionneusement (Chapitre 2), une place irréductible dans ses travaux.

²⁴⁰⁹ Véronique Champeil-Desplats écrit à cet égard que « sans une réflexion approfondie sur les usages des méthodes, des concepts ou des conclusions des savoirs sollicités, l'interdisciplinarité même sous ses formes les plus poussées, peut alors tourner au procédé rhétorique ou mondain, voire à l'argument d'autorité », V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, p. 347.

²⁴¹⁰ À propos de la Constitution anglaise, Denis Baranger écrit en ce sens qu'« écarter la pensée des juristes ou celle des penseurs politiques est de ce point de vue une erreur de méthode, et il en va de même de la tentation consistant à les faire vivre dans des sphères séparées. Des lois sévères, issues de la philosophie du positivisme juridique, sont venues contraindre ces sortes diverses de discours à une claire séparation de corps et d'âme. [...] C'est pourtant le sens d'une étude de droit politique que de restaurer, en tant que de besoin, les liens qui unissent tous ces discours », D. Baranger, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2008, p. 7-8.

²⁴¹¹ B. Mirkine-Guetzévitch, « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *RIDC* n° 4, vol. 1, 1949, p. 399.

CHAPITRE 1 : LE RECOURS SIGNIFICATIF À L'HISTOIRE

728. Méthodologiquement, le recours à l'histoire constitue sans nul doute l'un des traits saillants du droit politique. Cela s'explique notamment par l'ontologie qu'il choisit de consacrer, et dont la complexité est, au moins partiellement, la marque d'un rapport social au passé. C'est dans cette perspective que se comprend cette semonce de Denis Baranger en vertu de laquelle, « [...] la théorie n'a [...] rien à faire de plus urgent que de l'histoire »²⁴¹² : c'est en envisageant le passé et les origines du droit que ce dernier sera perceptible dans sa forme présente. L'originalité du droit politique – qui représente également une difficulté dans l'analyse de la pensée de ses auteurs – tient à la radicalité de son appel à l'histoire. Cette dernière peut, classiquement, être envisagée comme une discipline concurrente du droit au sein des sciences sociales²⁴¹³ ; elle peut également constituer une spécialisation au sein des études juridiques, spécialisation à l'occasion de laquelle seront examinées les formes passées du droit²⁴¹⁴. Les tenants du droit politique réservent à l'histoire une autre fonction, qui n'est alors pas extérieure ou subsidiaire, mais centrale dans l'étude juridique ; dans cette perspective, « [...] l'histoire constitutionnelle doit être le mode de la théorie constitutionnelle, car le pouvoir – en tant qu'agir politique –, qui est le propre du droit constitutionnel, ne peut être saisi qu'historiquement »²⁴¹⁵.

729. Cette conviction, quant à l'historicisme indépassable du droit de la Constitution, impose donc que soient interrogées les modalités méthodologiques par lesquelles histoire et droit peuvent être combinés. Il apparaît assez rapidement que, tel qu'il est conçu par les *juspolitistes*, le droit constitutionnel présente plusieurs caractéristiques communes avec l'histoire, ce qui rend leur collaboration, non seulement possible, mais encore fructueuse (Section 1). L'utilisation de l'histoire à des fins de théorie juridique questionne toutefois l'équilibre qui peut ainsi être ménagé, aussi bien entre les méthodes alors mises en œuvre qu'entre les conclusions qui en sont le fruit. Le risque le plus souvent mis en lumière est

²⁴¹² D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

²⁴¹³ On aura toutefois des difficultés à considérer l'histoire comme une science, dès lors que nombreux sont les historiens qui lui refusent eux-mêmes cette qualité. C'est notamment le cas de Paul Veyne, *Comment on écrit l'histoire ?*, Paris : Seuil, coll. Points. Histoire, 1996, p. 310.

²⁴¹⁴ Selon Jean-Louis Halpérin, « [...] l'histoire du droit s'interroge toujours sur son statut hybride qui en fait à la fois une branche de la science historique et une méthode de compréhension du droit », J.-L. Halpérin, « Histoire du droit », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 783.

²⁴¹⁵ C. M. Herrera, A. Le Pillouer, « Faire l'histoire constitutionnelle : questions et problèmes », in C. M. Herrera, A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris : Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2012, p. 13.

celui d'une dénaturation, d'une banalisation du droit qui ne parviendrait pas, du fait de la congruence méthodologique, à s'imposer comme objet scientifique propre²⁴¹⁶. Or, dans le cas du droit politique, il semble que le danger provienne davantage de la situation inverse, par laquelle l'histoire serait privée de son intégrité et ne servirait qu'une cause juridique contemporaine (Section 2).

²⁴¹⁶ Jean-Louis Halpérin souligne à ce titre que « l'histoire de la pensée juridique est un autre moyen de revenir à la dialectique de l'autonomie et de l'hétéronomie du droit », J.-L. Halpérin, « Histoire du droit », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 787.

Section 1 : Une compatibilité méthodologique avérée entre l'histoire et le droit politique

730. En recourant à l'histoire pour étayer ses thèses juridiques, le droit politique doit apporter, même implicitement, la preuve de la pertinence méthodologique de cette association. Or, l'histoire, comme le droit, est le champ d'âpres luttes doctrinales portant sur son objet, sa méthode, ses fins²⁴¹⁷. Le droit politique ne peut donc arguer de l'opportunité d'une approche historique du droit, qu'en préconisant au préalable une certaine manière de concevoir l'histoire. Il ne participe alors pas à la controverse historienne, mais privilégie une des méthodes qui en fait l'objet, de telle sorte qu'elle soit compatible avec la méthodologie juridique qu'il préconise : c'est à partir de leur appréhension spécifique de la science juridique que les auteurs *juspolitistes* identifient une méthode historique opératoire. Le raisonnement suivi, quoique largement instrumental, n'en est pas moins recevable, notamment parce que la conception de l'histoire ainsi consacrée correspond globalement à celle qu'en livrent nombre d'historiens et d'historiens du droit. Le droit politique s'accommode donc fort bien d'une méthode historique qui considère le rôle actif que joue la doctrine (§1) et dont les données empiriques s'apparentent étroitement à celles de la science juridique (§2).

§1 : Des postures doctrinales comparables

731. Quoiqu'ils se distinguent en poursuivant des connaissances différentes, l'histoire et le droit politique peuvent être associés au vu de la proximité qui caractérise les démarches doctrinales auxquelles ils répondent. Dans les deux hypothèses, le savant peut en effet être regardé comme un sujet *actif* sur son objet, et dont la subjectivité ne saurait jamais être tout à fait oblitérée. En ce sens, l'histoire apparaît, à l'instar du droit, comme un champ d'application possible du constructivisme épistémologique (A). Irréductiblement marquées de la subjectivité de leurs auteurs, les théories juridiques ou historiques ne constituent pourtant pas nécessairement l'instrument d'un exercice politique de la

²⁴¹⁷ Nous ne saurions prétendre prendre part au riche débat que suscite l'épistémologie historique depuis toujours ; il est bien trop nourri pour que nous puissions en rendre compte exhaustivement, ou même nous prononcer sur l'opportunité de telle ou telle méthode en la matière. Il s'agira plus simplement d'exposer quelle orientation, parmi cette multitude, semblent choisir les auteurs du droit politique et de quelle manière la conception de l'histoire qu'ils semblent retenir alors solidifie les fondements de leur théorie constitutionnelle.

science. Cette dernière reste principalement consacrée à la production d'un savoir, à la formulation d'une connaissance. Dans le cas du droit politique comme dans une certaine conception de l'histoire, cela implique de renoncer à toute appréhension finaliste de l'objet (B).

A. L'égalité d'opportunité d'une démarche constructiviste

732. La méthodologie constructiviste, que nous avons pu rattacher sans mal à la démarche suivie par le droit politique²⁴¹⁸, est également tout à fait pertinente pour proposer une conception de l'histoire, alors succinctement entendue comme la production d'un savoir sur des faits passés. Ce constat ne présente *a priori* rien d'étonnant dès lors que le constructivisme a justement vocation à compenser l'absence d'objectivité empirique des sciences sociales, par opposition aux sciences naturelles²⁴¹⁹. En tant que doctrine cherchant à systématiser des *faits* plutôt que des *choses*, l'histoire se prête donc très logiquement à une telle méthode. Elle se distingue toutefois, au sein même des sciences sociales, par l'insaisissabilité exacerbée de son objet (1), ce qui la rapproche plus spécifiquement des problématiques juridiques mises au jour par le droit politique. Partant, l'histoire doit, à l'instar des discours juridiques, être appréhendée de manière à tenir compte de la subjectivité irréductible de celui qui l'écrit (2).

1. L'inaccessible objectivité de l'histoire

733. L'histoire ne dispose pas d'un objet qui s'imposerait à elle, qui se livrerait lui-même à la seule observation du savant. Comme le juriste, l'historien doit constituer son objet et, pour cela, commencer par déterminer quels faits relèveront de son étude. Cependant, là où le premier recourt en ce sens à une définition stipulative du droit²⁴²⁰, le second doit circonscrire temporellement et matériellement le champ de son investigation, afin de déterminer la période et le type de faits qu'il retient au titre de son étude. Même

²⁴¹⁸ Voir en ce sens *supra*, Titre I.

²⁴¹⁹ Vittorio Villa, qui plaide en faveur du constructivisme, écrit par exemple que « [...] les techniques de contrôle empirique des théories juridiques pourraient difficilement atteindre le même degré de précision que possèdent celles pratiquées par les spécialistes des sciences naturelles », V. Villa, *La science du droit*, trad. O. et P. Nerhot, Bruxelles : Story-Scientia, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1990, p. 54.

²⁴²⁰ M. Troper, « Pour une définition stipulative du droit », *Droits* n° 10, 1989, p. 101-104.

avec un tel préalable, à partir duquel il est possible de conduire une démarche inductive, cette dernière restera nécessairement partielle, imparfaite ; l'historien est en effet soumis aux caprices du temps, qui favorisent la dilapidation et l'éparpillement des sources d'information potentielles. Cette limite mécanique à l'exhaustivité historique fut d'ailleurs relevée par Georg Jellinek en ces termes : « l'histoire, en effet, est et restera toujours un fragment. En mettant au début de toute connaissance scientifique cette condition *sine qua non* qu'elle embrasse tout le passé historique, on exige l'impossible [...] »²⁴²¹.

734. La définition de l'objet par le savant est donc toujours assujettie aux moyens limités dont il dispose pour accéder à la connaissance empirique de faits ancrés dans un temps révolu. Cette dimension irréductible de l'histoire exacerbe la propension constructiviste que comporte le travail doctrinal : celui-ci doit veiller à la pertinence de son objet, en se gardant notamment de l'extraire du contexte de son avènement et de tomber ainsi dans le piège du « présentisme »²⁴²². Si l'interprétation des faits est une étape indispensable à la production d'une connaissance historique, le savant doit spécifiquement se méfier d'un anachronisme méthodique, par lequel il analyserait le passé à l'aune de son présent²⁴²³. Dans le domaine plus restreint de l'histoire constitutionnelle, cette recommandation est d'autant plus valable que l'histoire peut être suspectée de ne valoir qu'au service d'une théorie juridique contemporaine ; loin de constituer la production d'un savoir autonome, elle ne serait au mieux qu'un argument d'autorité doctrinale. Ainsi que le souligne le professeur espagnol Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, « [...] le principal risque que doit éviter l'historien du constitutionnalisme est d'interpréter ces doctrines et concepts à partir du présent au lieu de l'époque où ces concepts apparurent. Pour faire bref, le principal risque est le « présentisme » encouru par de nombreux constitutionnalistes qui en

²⁴²¹ G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, préf. O. Jouanjan, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, p. 34.

²⁴²² Le présentisme est défini par l'historien François Hartog comme un « régime d'historicité » caractéristique de la période contemporaine, qui est aussi un « temps de prévalence du point de vue du présent » ; F. Hartog, *Régimes d'historicité : présentisme et expériences du temps*, Paris : Points, coll. Points Histoire, 2015, p. 150. Marie-Claire Ponthoreau estime pour sa part que l'écueil du présentisme renvoie à celui des « anachronismes des faits et/ou des concepts et des extrapolations », M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris : Economica, coll. Corpus. Droit public, 2010, p. 241.

²⁴²³ À propos de l'anachronisme en histoire du droit, Jean Gaudemet écrivait que le juriste est exposé à un « grave écueil » : « s'il veut servir le juriste moderne, il sera tenté de retracer l'histoire de concepts juridiques familiers à la pensée moderne. Ne risque-t-il pas de projeter dans le passé des notions autrefois inconnues et une erreur fondamentale de méthode ne vient-elle pas fausser la recherche historique à sa base ? », J. Gaudemet, « Etudes juridiques et culture historique », *Archives de philosophie du droit* n° 4, 1959, p. 18.

viennent à la réflexion sur le passé constitutionnel non tant pour le comprendre et l'expliquer que pour justifier leurs propres élaborations doctrinales »²⁴²⁴.

735. L'objectivité de l'histoire est par ailleurs entravée par la difficulté qu'elle rencontre à produire des propositions universalisables²⁴²⁵. Si la causalité constitue bien le cœur de son objet, dès lors qu'il s'agit pour l'historien de reconstruire le lien qui a pu exister entre certaines causes et leurs conséquences²⁴²⁶, rien ne lui permet en revanche d'affirmer que, de tout temps, les mêmes effets ont été produits par les mêmes causes²⁴²⁷. La prétention à l'universalité en histoire semble de fait incongrue car, si la causalité des faits qui constituent l'histoire peut bien être traitée, rapportée, systématisée, elle ne saurait jamais être dotée d'une portée absolue, au-delà du contexte circonscrit au sein duquel elle a été décelée. L'histoire est en effet conduite par le précepte selon lequel il est « impossible [...] de prévoir réellement ce que feront les fils en fonction de ce qu'ont fait les pères »²⁴²⁸.

736. Cette considération n'est évidemment pas propre à l'histoire, mais semble plus largement concerner l'ensemble des sciences sociales : dès lors que l'homme est au cœur de la recherche, la part même infime de libre arbitre qu'on lui reconnaît défie la prévisibilité systématique de ses actions²⁴²⁹. Le droit, tel du moins qu'il est conçu par le droit politique, n'échappe pas tout à fait à cette limite intrinsèque. En inscrivant la matière

²⁴²⁴ J. Varela Suanzes-Carpegna, « L'histoire constitutionnelle : quelques réflexions de méthode », *RFDC* n° 68, 2006, p. 686.

²⁴²⁵ En histoire, Quentin Skinner notamment « [...] défendra une perspective liée à la particularité et au caractère unique des faits historiques. Alors que [des] approches sociologiques et historiques insistent sur l'idée d'une totalité du devenir réglée par des structures globales, Skinner cherchera au contraire à faire contrepoids en insistant plutôt sur le singulier et la discontinuité historique », ce qui voue à l'échec toute perspective universalisante de l'histoire ; S. Marcotte-Chénard, « Le contextualisme de Quentin Skinner à l'épreuve du cas Machiavel », *Methodos. Savoirs et textes* n° 13, 2013 ; disponible en ligne : <https://journals.openedition.org/methodos/3168>

²⁴²⁶ L'historien Antoine Prost a écrit à ce titre que, « [...] s'il existe en histoire d'autres formes d'intelligibilité que la reconstitution de causalités, force est de constater que les historiens passent beaucoup de temps à rechercher les causes des événements qu'ils étudient et à déterminer les plus importantes », A. Prost, *Douze leçons sur l'histoire*, Paris : Seuil, coll. Points. Histoire, 2010, p. 170.

²⁴²⁷ Une telle leçon nous est par exemple dispensée par l'histoire constitutionnelle française. On a ainsi pu craindre en juin 1958, que l'histoire de juillet 1940 se répète, lorsque, l'intégrité du territoire étant menacée, un chef militaire s'est vu confier par le Parlement les pleins pouvoirs et le soin de rédiger une nouvelle Constitution. « Cependant, en dépit de certaines analogies, la démarche adoptée par le général de Gaulle en 1958 ne justifie pas les mêmes critiques » que le vote de la loi du 10 juillet 1940 ; F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, Lextenso, coll. Manuel, 38^e éd., 2017, p. 453. En tout état de cause, elles n'ont manifestement pas eu les mêmes conséquences.

²⁴²⁸ R. Girardet, « Autour de la notion de tradition politique. Essai de problématique », *Pouvoirs* n°42, 1987, p. 13.

²⁴²⁹ Si l'historien suggère des causalités, « sans doute répugne-t-il à formuler des lois. [...] Il les sait toujours vaines. Jamais les situations ne se reproduiront exactement à l'identique deux fois de suite. Toujours ces grains de sable que demeurent la volonté et l'intelligence humaines modifieront le jeu des prédictions », J. Gaudemet, « Etudes juridiques et culture historique », *Archives de philosophie du droit* n° 4, 1959, p. 17.

juridique dans un contexte culturel et social, ses auteurs insistent sur sa mutabilité et, ce faisant, sur sa relativité²⁴³⁰. Ils se trouvent ainsi confrontés à la même limite que celle qui entrave le travail théorique en histoire, celle que constitue la formulation de lois scientifiques, générales dans le temps et l'espace. Le droit politique, en défendant une perspective relativiste, valorise le rapprochement méthodologique avec l'histoire qu'il défend. Ou est-ce, à l'inverse, l'histoire qui, incluse dans sa conception du droit constitutionnel, marque le relativisme de son objet et incite ce faisant à la convergence méthodologique ? En tout état de cause, le droit politique présente avec l'histoire cette aspiration commune à démontrer la relativité logique de leurs objets respectifs ; Denis Baranger encourage ainsi à « [...] prendre en compte le fait que chaque système représentatif, à une époque donnée, s'interprète en fonction de son *ethos* propre »²⁴³¹.

737. L'objet de la science historique a enfin ceci de commun avec celui de la science juridique qu'il ne présente aucune *vérifiabilité* absolue : là où le droit est dans son ensemble trop évanescant pour être parfaitement tangible²⁴³², l'histoire, par définition révolue, échappe à toute tentative de falsifiabilité objective²⁴³³. Elle se distingue particulièrement des autres sciences sociales à cet égard, du fait de la distance temporelle infranchissable qui sépare nécessairement le savant de son objet. Toute la méthodologie historique, aussi rigoureuse soit-elle par ailleurs, ne saurait compenser le défaut de certitude absolue qui caractérise le travail de l'historien²⁴³⁴. Dans une certaine mesure, l'histoire se rapproche ainsi du droit, si l'on considère, comme nous y invitent les

²⁴³⁰ Ce qui justifie alors que l'on recoure à la méthode historique. Édouard de Laboulaye écrivait déjà au XIX^e siècle que, « dès qu'on a regardé la philosophie, la littérature ou le droit, non pas comme l'expression mathématique du vrai, du beau, du juste, mais *comme une part de la vie des peuples* ; dès qu'on a étudié comment chaque génération entendait et exprimait des principes universels dans le fond, mais toujours variés dans la forme, on a été conduit à réformer les anciennes méthodes. [...] Et comme on a moins de foi dans l'absolu des principes, [...] la méthode n'est plus *logique*, elle est *historique* », É. de Laboulaye, « De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir », *Revue historique de droit français et étranger* Tome 1, 1855, p. 2-3.

²⁴³¹ D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009. Dans une perspective similaire, Jacky Hummel invite à considérer l'influence décisive de la culture politique et idéologique sur le droit constitutionnel, en l'occurrence dans l'hypothèse de conflits constitutionnels : J. Hummel, « Introduction. Les conflits constitutionnels, définition(s) d'un objet d'étude », in J. Hummel (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique : actes de la journée d'études organisée à la faculté de droit et de science politique de Rennes le 28 novembre 2008*, Rennes : Presses universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2010, p. 18-20.

²⁴³² Voir *supra* Titre I, Chapitre 1, section 2, §1, A, 1.

²⁴³³ P. Veyne, *Comment on écrit l'histoire ?*, Paris : Seuil, coll. Points. Histoire, 1996, p. 313.

²⁴³⁴ Les faits qu'il étudie ne lui sont donc pas *donnés*, mais ils sont *construits* par ses soins : A. Prost, *Douze leçons sur l'histoire*, Paris : Seuil, coll. Points. Histoire, 2010, p. 170 et ss.

juspolitistes, que celui-ci n'est jamais tout à fait objectivement et immédiatement détectable²⁴³⁵.

738. L'objet de l'histoire, comme celui du droit politique, ne dispose donc pas d'une essence qui serait immédiatement tangible ; les faits passés, qu'ils soient ou non juridiques, sont à la merci du discours qui en rend compte. De cette similarité ontologique sous-jacente dans la pensée du droit politique découle logiquement une proximité méthodologique qui, placée sous la bannière du constructivisme, invite à envisager indistinctement les faits passés et le discours qui en rend compte. Ainsi, en droit comme en histoire, il est possible, voire opportun, de refuser d'ériger une frontière entre l'objet et le sujet, pour les regarder comme les parties indissociables d'un tout.

2. L'indépassable subjectivité de l'historien

739. En histoire sans doute davantage que dans n'importe quelle autre discipline académique, le discours doctrinal est très souvent conçu comme la *mise en récit* de faits révolus²⁴³⁶. C'est du moins ainsi qu'il est reçu par les auteurs du droit politique²⁴³⁷, qui témoignent ainsi d'une conception de l'histoire assez fidèle à ce qu'en propose par exemple Paul Veyne²⁴³⁸. À cet égard, « c'est un truisme d'affirmer qu'il y a autant d'histoires du droit que d'historiens du droit et même d'enquêtes liées à un terrain déterminé »²⁴³⁹ : les faits qui appartiennent au passé ne peuvent intégrer le présent que par le truchement d'un auteur qui ne peut jamais que proposer une probabilité historique, et non révéler la vérité historique. En histoire comme en droit, la subjectivité du savant est

²⁴³⁵ S'il l'est, du moins n'est-ce pas ce qui constitue le cœur de la recherche de droit politique qu'ils entendent mener ; l'événement qui se manifeste n'est jamais que le révélateur d'un infléchissement culturel et juridique plus profond. À propos de la Constitution anglaise, Denis Baranger écrit ainsi que « lorsqu'une institution apparaît, lorsqu'un principe est énoncé, ou qu'une règle est changée, c'est que le langage du droit politique a évolué pour rendre cette transformation possible », D. Baranger, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2008, p. 8.

²⁴³⁶ « L'histoire est un récit d'événements », écrit Paul Veyne, *Comment on écrit l'histoire ?*, Paris : Seuil, coll. Points. Histoire, 1996, p. 14.

²⁴³⁷ Jacky Hummel souligne par exemple la « singularité » de l'histoire, qui est « [...] mise tout particulièrement en évidence par la langue française qui nomme du même mot *histoire* le cours des événements et la discipline qui le raconte », J. Hummel, « Histoire et temporalité constitutionnelles », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

²⁴³⁸ Voir notamment P. Veyne, *Comment on écrit l'histoire ?*, Paris : Seuil, coll. Points. Histoire, 1996, 438 p.

²⁴³⁹ J.L Halpérin, « Le droit et ses histoires », *Droit et société* n° 75, 2010, p. 311.

donc une donnée irréductible de son discours, qui ne saurait être simplement conçu en termes d'objectivité²⁴⁴⁰.

740. Cette appréhension de l'histoire comme mise en récit est cohérente au regard de l'accessibilité nécessairement imparfaite dont souffre son objet et elle implique que soit exclu le principe de la neutralité axiologique du savant. Celui-ci, comme en matière juridique d'ailleurs, repose en effet sur une distinction entre jugements de fait et jugements de valeur²⁴⁴¹ difficilement opérable en histoire. Léo Strauss a par exemple procédé à une déconstruction de cette distinction dans ce domaine, estimant que le savant peut procéder à des *jugements de valeur objectifs*²⁴⁴². Cette posture, qui se prévaut du droit naturel, ne conduit toutefois qu'à déplacer la problématique de l'objectivité ontologique, de l'objet en tant que tel, aux valeurs qu'il peut traduire. Elle est donc difficilement compatible avec l'approche constructiviste qui nous occupe ici, celle du droit politique. Cette dernière résonne en revanche plus clairement dans le *contextualisme*, mouvement historiographique né au XX^e siècle qui met en valeur l'influence du contexte et de la subjectivité de l'historien dans l'écriture de l'histoire²⁴⁴³. Porté notamment par John Pocock et Quentin Skinner, ce courant adoube la conception de l'histoire comme mise en récit, en mettant alors en valeur la subjectivité incompressible de l'historien²⁴⁴⁴.

²⁴⁴⁰ « L'historien d'aujourd'hui sait bien qu'il ne peut échapper à son temps », écrivait déjà Jean Gaudemet en 1959 ; « il fait quelques réserves sur cette parfaite objectivité à laquelle les historiens de la fin du XIX^e siècle avaient cru atteindre. Si l'objectivité historique est celle d'une recherche sans idée préconçue, sans volonté de trouver dans l'histoire la confirmation d'une doctrine, sans arbitraire dans la recherche des documents, sans doute, l'historien doit et peut être objectif. Il ne peut cependant être une machine enregistreuse. Sa volonté choisit son champ d'enquête et on ne saurait lui faire grief de ne pas toujours le choisir en dehors des questions qui dominent son époque », J. Gaudemet, « Etudes juridiques et culture historique », *Archives de philosophie du droit* n° 4, 1959, p. 18-19.

²⁴⁴¹ Voir en ce sens *supra*, Titre I, Chapitre 1, section 1, §1 A, 1.

²⁴⁴² Dans cette perspective en effet, l'historien « [...] doit construire le modèle d'une action parfaitement rationnelle dans des circonstances données », modèle à partir duquel il pourra formuler des jugements de valeur objectifs ; L. Strauss, *Droit naturel et histoire*, trad. M. Nathan, É. de Dampierre, Paris : Flammarion, coll. Champs essais, 2008, p. 61.

²⁴⁴³ Pour une présentation des principales thèses du contextualisme historique porté par l'école de Cambridge, voir par exemple : A. Skornicki, J. Tournadre, « L'« école de Cambridge » et le contextualisme », in *La nouvelle histoire des idées politiques*, Paris : La Découverte, coll. Repères, 2015, p. 18-30.

²⁴⁴⁴ Le contextualisme de Cambridge consacre « [...] toute l'importance du rôle du sujet dans l'interprétation historiographique : comme toute opération herméneutique en effet, elle ne bannit pas la composante subjective (selon l'idée positiviste d'un observateur qui annule son individualité pour enregistrer les faits dans sa conformation objective), mais requiert la valorisation totale de l'interprète, qui comprend un texte (qui lui attribue un significat) en faisant recours à toutes les ressources de sa personnalité », P. Costa, « Histoire, théorie et histoire de théories », in C.M. Herrera, A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris : Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2012, p. 34.

741. Cette mise en récit n'est jamais que le moyen pour l'historien de répondre à la vocation *explicative* de son entreprise²⁴⁴⁵. Cette vocation de l'histoire justifie que les faits ne soient pas simplement relatés, mais qu'ils soient articulés selon une logique chronologique et éventuellement causale. En effet, « [...] un récit se prête facilement à une analyse causale puisqu'il implique la connexion entre deux événements de telle façon que le premier *conduit au* second. [...] Des récits typiques peuvent en fait souvent être transformés du mode temporel (« après », « ensuite ») au mode causal (« puisque », « étant donné que ») »²⁴⁴⁶. C'est dans l'agencement et l'articulation des faits alors restitués que se niche toute la subjectivité – au moins l'absence d'objectivité – du discours alors construit : à partir de faits établis²⁴⁴⁷, chaque historien propose un récit en tant que tel infalsifiable²⁴⁴⁸. Puisqu'il est lui-même plongé dans un certain contexte à partir duquel il cherche à en saisir un autre, plus ancien, il ne peut donc que prétendre à l'énonciation d'une vérité doublement relative. Pour préciser l'adage, attribué à Francis Bacon, qui affirme que « la vérité est la fille du temps », on peut donc estimer que la vérité est *fonction* du temps, du temps écoulé et du temps de l'écriture de l'histoire. La construction à l'œuvre dans cette perspective est ainsi manifeste puisque « c'est l'intrigue [...] qui alloue le sens du récit, qui accentue, met en valeur ce que l'historien juge important ou de premier plan. Un tel processus de reconstitution du passé, à partir de traces qui, forcément, ne disent pas tout, de sources partielles, avec des mots et des descriptions parfois obscurs, à l'interprétation incertaine aussi, donne une place d'importance à la capacité d'imagination de l'historien. Il doit boucher les trous, trouver

²⁴⁴⁵ Selon Paul Veyne, « [...] expliquer, de la part d'un historien, veut dire « montrer le déroulement de l'intrigue, le faire comprendre » », P. Veyne, *Comment on écrit l'histoire ?*, Paris : Seuil, coll. Points. Histoire, 1996, p. 124.

²⁴⁴⁶ M. Spranzi-Zuber, « Le récit comme forme d'explication : science et histoire », *Littérature* n° 109, 1998, p. 51-52.

²⁴⁴⁷ Quoique la preuve apportée à ces faits soit elle-même discutable ; elle découle le plus souvent de témoignages de contemporains qui restent soumis à caution. Emmanuel Cartier souligne par exemple que « la contestation du discours historique peut [...] porter soit sur l'existence matérielle de ces faits, en démontrant la fausseté du document qui en atteste ou en apportant par une autre documentation la preuve d'éléments contraires, soit sur les conclusions logiques et explications tirées de la corrélation entre ces éléments », E. Cartier, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *RFDC* n° 67, 2006, p. 510.

²⁴⁴⁸ La littérature offre à cet égard un exemple éclairant. Un auteur britannique, Josephine Tey, a ainsi mis en scène une réhabilitation du personnage de Richard III, personnage réputé sanguinaire et jugé coupable par la postérité, du meurtre de ses neveux héritiers du trône d'Angleterre. À partir de faits établis – la mystérieuse disparition des deux enfants prisonniers à la Tour de Londres –, et de témoignages des contemporains, le héros du roman bâtit un récit alternatif – et fort convaincant – au terme duquel Richard III se voit disculpé, au détriment de son successeur, Henry VII, qui serait le véritable instigateur du double assassinat ; J. Tey, *La fille du temps*, trad. M. Duchain, Paris : Julliard, coll. Grands détectives, 1969, 217 p. Rien ne permet de disqualifier *objectivement* cette interprétation alternative de l'histoire, pour lui préférer le récit antérieur, et ce même s'il a fait autorité pendant plusieurs siècles.

des articulations pertinentes, faire des liens qui ne s'imposent pas d'eux-mêmes »²⁴⁴⁹. Le constructivisme appliqué à l'histoire apparaît dès lors comme une option épistémologique indépassable, qui tend à souligner le caractère toujours relatif de l'autorité conférée aux thèses développées au sein de la discipline : « le processus causal lui-même ne peut jamais être entièrement reconstitué »²⁴⁵⁰.

742. Pareille conclusion, si elle sert l'argument de la compatibilité de l'approche *juspolitiste* avec la méthode historique, n'est pas sans poser problème sur le plan ontologique des deux disciplines. Il arrive en effet que la législation s'invite dans le champ de la recherche historique pour imposer une certaine interprétation du passé. C'est l'exemple topique que constitue le négationnisme, délit consistant en la négation de l'existence des camps d'extermination nazis²⁴⁵¹. L'autorité juridique ainsi conférée à une certaine histoire au détriment d'autres a pu être jugée « historicide »²⁴⁵², tant elle nie la liberté qui conduit normalement toute recherche scientifique. Comment concilier en effet l'existence d'une telle législation avec le postulat de la pluralité irréductible des récits historiques²⁴⁵³ et de la liberté du savant pour en connaître ? La loi se justifie en fait par différentes raisons qui n'ont que peu à voir avec l'histoire en tant que telle. D'abord, elle vise moins à restreindre le champ de la recherche qu'à empêcher que la liberté de l'historien soit le prétexte d'un discours haineux et souvent raciste²⁴⁵⁴. Ensuite, elle consacre moins une vérité historique qu'une vérité *judiciaire* : les crimes contre l'humanité qui ne peuvent pas faire l'objet d'une dénégation publique sont ceux qui ont été qualifiés ainsi par une juridiction française ou internationale²⁴⁵⁵. Enfin, elle consacre moins une vérité factuelle que le mensonge que constitue sa dénégation. En d'autres termes, elle n'entend pas promouvoir l'indiscutable existence d'un fait, mais l'absolue

²⁴⁴⁹ N. Offenstadt, *L'historiographie*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 2^e éd., 2017, p. 56.

²⁴⁵⁰ M. Spranzi-Zuber, « Le récit comme forme d'explication : science et histoire », *Littérature* n° 109, 1998, p. 57.

²⁴⁵¹ Il est intégré au droit français par la loi dite Gayssot, n° 90-615 du 13 juillet 1990.

²⁴⁵² Par exemple : E. Cartier, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *RFDC* n° 67, 2006, p. 526 et ss.

²⁴⁵³ Jean-Louis Halpérin écrit, à propos du droit, que « [...] le droit « a des histoires », qu'il est susceptible d'une pluralité de lectures prenant en compte l'inscription des phénomènes juridiques dans le temps et la diversité des tentatives pour « écrire l'histoire » de ces phénomènes passés », J.L Halpérin, « Le droit et ses histoires », *Droit et société* n° 75, 2010, p. 296.

²⁴⁵⁴ C'est ce que relève le Conseil constitutionnel lorsqu'il est amené à se prononcer sur la constitutionnalité de la loi Gayssot : CC, Décision n° 2015-512 QPC du 8 janvier 2016, *Vincent R.*, *JO* n° 0008 du 10 janvier 2016, texte n° 20. Pour un commentaire éclairant de cette décision, voir : T. Hochmann, « Négationnisme : le Conseil constitutionnel entre ange et démon », *RDLF* 2016, chron. n° 03.

²⁴⁵⁵ Article 9 de la loi Gayssot, inscrivant un article 24 bis dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Voir également : CC, Décision n° 2015-512 QPC du 8 janvier 2016, *Vincent R.*, *JO* n° 0008 du 10 janvier 2016, texte n° 20 ; cons. 7 et 8.

impossibilité qu'il n'ait pas eu lieu. Une telle législation n'endigé donc pas la thèse d'une pluralité d'histoires, mais réfrène seulement celle d'une infinité d'histoires également valables.

743. Cet exemple est en fait particulièrement fécond pour expliquer l'ambivalence que présente le travail historique : si celui-ci ne saurait jamais prétendre à la formulation exhaustive d'une vérité inaltérable, il n'est pas pour autant la manifestation d'une subjectivité livrée à ses propres errements et, en tant que telle, la seule expression d'une *opinion*. Certes, « le fait est indissociable de l'opinion et de l'interprétation : son existence résulte d'une « extraction » qui l'isole arbitrairement du devenir et en même temps l'inscrit dans une trame logique déterminée (le « récit » historique) [...] »²⁴⁵⁶. Toutefois, dès lors qu'il traduit une propension scientifique, le discours historique peut fait l'objet à la fois d'une déconstruction et « d'un accord ou d'un consensus entre les historiens »²⁴⁵⁷, qui confère à la démonstration la qualité, même temporaire, de vérité. Celle-ci est alors contingente, *intersubjective*, et ne représente qu'un pas timide vers la consécration d'une objectivité avérée. Elle permet cependant de disqualifier des discours qui seront jugés mensongers, du fait de leur incohérence radicale à l'égard des faits collectivement reconnus comme établis²⁴⁵⁸.

744. Ainsi conçue, l'histoire présente une accointance manifeste avec le droit tel qu'il est appréhendé par le prisme constructiviste : la réflexivité doctrinale, qui éprouve la cohésion du discours au regard des données acquises ou reconnues comme telles, constitue le moyen détourné dont dispose la communauté des savants pour tendre à une certaine objectivité, en conjurant la subjectivité des auteurs²⁴⁵⁹. Il est dès lors possible de considérer que « [...] l'épistémologie historique se rapproche de l'épistémologie juridique en cela qu'elles sont des épistémologies dialogiques »²⁴⁶⁰, qui ouvrent le champ à la concertation et à la contestation permanentes. Cette adéquation de la méthode proposée au titre du droit politique justifie donc que l'histoire soit intégrée aux préoccupations de ses auteurs.

²⁴⁵⁶ P. Rateau, « La vérité, le mensonge et la loi », *Les Temps Modernes* n^{os} 645-646, 2007, p. 34.

²⁴⁵⁷ *Ibid.*

²⁴⁵⁸ Paul Rateau estime ainsi que « la fragilité de la vérité de fait, qui tient à sa contingence irréductible et à son rapport à l'interprétation (dont elle est la matière), se trouve en quelque sorte compensée par la force de cette nécessité, qui impose de rejeter toute proposition incompatible avec elle, c'est-à-dire manifestement contradictoire avec notre monde », *ibid.*, p. 36.

²⁴⁵⁹ Voir en ce sens *supra*, Titre I, Chapitre 1, section 1, §2, B, 2.

²⁴⁶⁰ T. Carrère, « Sur le néo-républicanisme et la science de l'histoire constitutionnelle », *Jus politicum* n^o 14, juin 2015.

B. L'intérêt commun d'un renoncement au finalisme

745. Le droit politique justifie de recourir à la méthode historique en consacrant notamment l'impossibilité d'établir la fin de l'histoire. Tous les postulats *juspolitistes* jusque-là exposés empêchent en effet que soit soutenue une posture finaliste. Si ce renoncement s'impose dans le cadre du droit politique, il démontre alors derechef sa compatibilité avec un certain discours historique et l'opportunité d'y recourir pour mieux explorer le domaine juridique et constitutionnel. Droit politique et histoire apparaissent ainsi, sous la plume des auteurs concernés, logiquement incompatibles avec une conception finaliste. Ce constat s'éprouve d'abord au vu du défaut de reproductibilité parfaite qui entrave la formulation des lois scientifiques dans ces deux domaines (1). Il s'appuie également sur le refus de regarder l'histoire ou le droit comme les expressions, fondamentalement éthiques, d'un progrès irrémédiable (2).

1. L'impossibilité logique de la reproductibilité de l'histoire

746. Nous avons vu que, en tant que discours reconstruisant la causalité des faits passés, l'histoire peine, comme le droit envisagé par les *juspolitistes*, à tenir la promesse de la science empirique, reposant elle-même sur la propension à la formulation de lois universelles²⁴⁶¹. Quoiqu'il existe bien une causalité qui apparaisse dans le discours de l'historien, elle est l'expression de la mise en récit à laquelle il procède pour articuler entre eux les faits qu'il identifie dans le passé²⁴⁶². En tant que science sociale, l'histoire ne dispose que d'un accès relatif à la vérité ; il en résulte que la vocation scientifique est, dans ce domaine, nécessairement amputée de la prétention à la généralité voire à l'universalité, qui caractérise la formulation des lois scientifiques ayant trait à des objets

²⁴⁶¹ Cela tient notamment au fait que de telles lois ne sauraient jamais être totalement assujetties à l'épreuve de falsifiabilité. En matière juridique, « cela serait lié à ce que le « processus de vérification empirique » des propositions de la science du droit, et tout particulièrement de la théorie du droit, ne peut établir dans tous les cas des correspondances intégrales entre celles-ci et l'objet observé [...] », V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, p. 116.

²⁴⁶² C'est notamment la thèse défendue par Paul Veyne, qui estime que la causalité n'est que le résultat de l'intrigue autour de laquelle se construit le récit historique : P. Veyne, *Comment on écrit l'histoire ?*, Paris : Seuil, coll. Points. Histoire, 1996, p. 227.

naturels²⁴⁶³. Les propositions historiennes ne peuvent en effet jamais être tout à fait extraites du champ spatio-temporel qui les justifie. La subjectivité inaltérable qui sous-tend la formulation de lois de causalité s'ajoute à cet égard à l'absence de certitude absolue quant à l'exhaustivité des faits identifiés pour les construire : l'historien, par la distance inévitable qu'il entretient avec son objet, n'est jamais assuré de disposer de toutes les informations pertinentes quant aux causes réelles des événements étudiés²⁴⁶⁴. Pour toutes ces raisons, l'histoire se distingue des sciences naturelles par le *défaut de reproductibilité* des rapports de causalité établis en son nom²⁴⁶⁵ : leur pertinence doctrinale ne saurait être évaluée à l'aune de leur capacité à rendre compte de faits, d'une période ou d'un contexte différents²⁴⁶⁶. L'épreuve de la falsifiabilité se trouve donc réduite, dans ce cadre, à la cohérence du propos tenu par l'historien, voire à la logique qu'il prête aux intentions des acteurs qu'il étudie²⁴⁶⁷.

²⁴⁶³ C'est en ceci d'ailleurs que l'entreprise scientifique dépasse le stade préalable de l'expérimentation. Comme l'écrivait déjà un juriste à la fin du XIX^e siècle, « les vérités de fait peuvent servir de point de départ à la science. Elles n'en sont pas l'objet propre. On comprend aisément que le savoir humain, se réduisant à de simples constatations, n'aurait plus rien de scientifique. La science est essentiellement distincte de la connaissance empirique. Celle-ci a pour objet le particulier et le concret ; celle-là, le général et l'abstrait », J. Halleux, « L'Objet de la science sociale. Introduction générale à la sociologie », *Revue néo-scholastique*, n° 12, 1896, p. 342.

²⁴⁶⁴ Paul Veyne estime en ce sens que toute recherche de la vérité historique est vouée à l'inachèvement. Par exemple : « en aucun cas ce que les historiens appellent un événement n'est saisi directement et entièrement ; il l'est toujours incomplètement et latéralement [...] », P. Veyne, *Comment on écrit l'histoire ?*, Paris : Seuil, coll. Points. Histoire, 1996, p. 15.

²⁴⁶⁵ C'est l'argument que retenait Arthur Schopenhauer pour disqualifier l'histoire au nom de la science : « seule l'histoire – écrivait-il – ne peut vraiment pas prendre rang au milieu des autres sciences, car elle ne peut pas se prévaloir du même avantage que les autres : ce qui lui manque, en effet, c'est le caractère fondamental de la science, la subordination des faits connus dont elle ne peut nous offrir que la simple coordination. Il n'y a donc pas de système en histoire, comme dans toute autre science. L'histoire est une connaissance, sans être une science, car nulle part elle ne connaît le particulier par le moyen de l'universel, mais elle doit saisir immédiatement le fait individuel, et, pour ainsi dire, elle est condamnée à ramper sur le terrain de l'expérience », A. Schopenhauer, *Le monde comme volonté et comme représentation*, Livre III, 1819, trad. A. Burdeau, Paris : Librairie F Alcan, 6^e éd., 1912, p. 251. C'est également l'opinion de Paul Veyne, *Comment on écrit l'histoire ?*, Paris : Seuil, coll. Points. Histoire, 1996, not. p. 310 et ss.

²⁴⁶⁶ Au titre plus vaste des sciences sociales, Jean-Louis Le Moigne écrit que « toute proposition inférée à l'aide d'observations engendrées par quelque expérimentation sociale établie à telle période porte en elle-même son germe de destruction ; peut-on raisonnablement postuler qu'elle conduirait aux mêmes observations si elle était affectée lors d'une autre période ? », J.-L. Le Moigne, *Le constructivisme. T. I : Les enracinements*, Paris : L'Harmattan, coll. Ingenium, 2004, p. 261.

²⁴⁶⁷ Raymond Aron estimait en ce sens que « [...] la causalité effective ne se définit que par une confrontation avec les possibles. Tout historien, pour expliquer ce qui a été, se demande ce qui aurait pu être », R. Aron, *Introduction à la philosophie de l'histoire*, 1938 ; cité par A. Prost, *Douze leçons sur l'histoire*, Paris : Seuil, coll. Points. Histoire, 2010, p. 179. Il faut noter toutefois que certains historiens ont au contraire revendiqué l'opportunité d'appuyer leur travail sur la formulation de lois générales de causalité, à partir desquelles ils estiment alors possible de les falsifier. C'est ce que souligne Jacques Revel lorsqu'il fait l'inventaire des différents courants épistémologiques en histoire : J. Revel, « Les sciences historiques » in J.-M. Berthelot (dir.), *Épistémologie des sciences sociales*, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2012, p. 54.

747. Dénier aux propositions historiques leur reproductibilité n'ôte rien à l'intérêt de les formuler, et l'impossibilité de les universaliser n'empêche pas nécessairement que, en diverses occasions, des causes similaires aient conduit à des phénomènes semblables. On peut donc formuler certaines généralités en histoire, sans perdre de vue pour autant les limites inhérentes qu'elles présentent²⁴⁶⁸. En ce sens, la célèbre formule attribuée à Karl Marx selon laquelle « celui qui ne connaît pas l'histoire est condamné à la revivre » ne doit pas être trop vite privée de toute portée. Elle ne doit cependant pas être lue comme impliquant aussi la véracité de son corollaire négatif, par lequel on postulerait que la connaissance du passé permettrait d'empêcher sa réitération²⁴⁶⁹. Du fait de la contingence des faits identifiés au titre de l'histoire, celle-ci ne saurait soutenir une ambition prophétique, contrairement à ce que suggère le déterminisme marxiste²⁴⁷⁰. L'histoire ne peut être l'instrument d'un discours divinatoire, car ce serait renier le caractère social des événements qu'elle décrit et la volonté toujours fortuite que leurs acteurs mettent en œuvre²⁴⁷¹.

748. Un tel constat, auquel invite la considération de l'histoire à travers le prisme du constructivisme, conduit donc à discréditer toute velléité prophétique qui lui serait attachée. Il implique plus largement le renoncement à toute représentation cyclique du temps, par laquelle perdure l'argument d'une certaine reproductibilité de l'histoire. Dans le domaine du droit constitutionnel, c'est une problématique particulièrement intéressante, dès lors que cette matière, souffrant pendant longtemps en France d'une instabilité chronique, a pu trouver dans la théorie des cycles, l'instrument de sa

²⁴⁶⁸ « [...] De nombreux faits historiques sont presque de vrais jumeaux – écrit Paul Veyne ; ils se ressemblent comme deux gouttes d'eau ; ils n'en sont pas moins deux individus distincts et, quand l'historien fait le recensement, ils comptent pour deux », P. Veyne, *L'inventaire des différences : leçon inaugurale au Collège de France*, Paris : Seuil, 1976, p. 38.

²⁴⁶⁹ Leo Strauss a ainsi indirectement remis en cause la leçon marxiste en soulignant l'incomplétude de toute connaissance historique ; « « l'expérience » de l'histoire – écrivait-il – implique une compréhension totale qui naît de la connaissance historique, mais ne peut s'y réduire. Car cette connaissance est toujours extrêmement fragmentaire et souvent très incertaine, tandis que l'« expérience » en question est supposée globale et certaine », L. Strauss, *Droit naturel et histoire*, trad. M. Nathan, É. de Dampierre, Paris : Flammarion, coll. Champs essais, 2008, p. 32-33.

²⁴⁷⁰ Lui-même inspiré de l'historicisme hégélien. Pour un exposé nuancé de ce lien, voir : L. Althusser, « Le marxisme n'est pas un historicisme », in L. Althusser, É. Balibar, R. Establet, P. Macherey, J. Rancière (dir.), *Lire Le Capital*, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2014, p. 310-344.

²⁴⁷¹ Ainsi, pour un auteur, « [...] l'histoire des concepts [doit] se dégager de l'historicisme, véhiculé par différentes formes de déterminisme. En effet, si l'étude du contexte social, politique ou économique des œuvres est indispensable pour appréhender leur signification, celles-ci ne sauraient être interprétées, de façon mécaniste, comme un effet direct et simple de ces déterminations causales extérieures ; les intentions des auteurs ne peuvent être réduites à de telles déterminations qui, à supposer qu'elles fournissent des explications, ne permettent en aucun cas de les comprendre », M. Loisel, « L'histoire des concepts juridiques et la question du contexte », in *Sur la portée sociale du droit*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 2005, p. 33.

rationalisation. Plusieurs auteurs ont ainsi adopté cette perspective²⁴⁷², exprimant presque toujours « [...] la traditionnelle recherche d'une explication scientifique d'un déterminisme ou d'une dynamique politiques »²⁴⁷³. Étant resté le plus célèbre d'entre eux, Maurice Hauriou confère à sa théorie des cycles une portée spécifique, selon Jacky Hummel, parce qu'elle ne repose pas vraiment sur un « [...] effort de rationalisation. Il s'agit bien plus de mettre en évidence une durée propre à la temporalité constitutionnelle »²⁴⁷⁴. Le maître toulousain, par les cycles, aurait ainsi cherché à mettre en évidence le caractère institutionnel du droit constitutionnel, porté par une histoire qui dépasse celle de l'exercice du pouvoir constituant²⁴⁷⁵. Il n'en reste pas moins, dans la pensée d'Hauriou, les traces de la croyance que le parlementarisme représente la « fin de l'histoire »²⁴⁷⁶. Les auteurs *juspolitistes* s'inspirent à maints égards de l'institutionnalisme hauriousien et ils partagent cette ambition d'établir la spécificité temporelle du droit constitutionnel – ce qui justifie d'ailleurs leur engouement en faveur d'une approche historique²⁴⁷⁷. Leurs travaux ne présentent cependant pas une appropriation fidèle de la théorie des cycles du doyen de Toulouse²⁴⁷⁸. Au contraire traduisent-ils un certain

²⁴⁷² Cette perspective conduit ces auteurs à considérer souvent indistinctement l'histoire constitutionnelle et l'histoire politique. Par exemple : P.-J. Proudhon, *Contradictions politiques. Théorie du mouvement constitutionnel au XIX^e siècle (L'Empire parlementaire et l'Opposition légale)*, Paris : A. Lacroix, Verboeckhoven et Cie, 1870, 265 p. Une démarche similaire conduit Maurice Deslandres à substituer aux cycles, une théorie des « oscillations » : M. Deslandres, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, T. 1, Paris : A. Colin, Recueil Sirey, 1932, 784 p. ; cité par J. Hummel, « Histoire et temporalité constitutionnelles », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

²⁴⁷³ J. Hummel, « Histoire et temporalité constitutionnelles », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

²⁴⁷⁴ *Ibid.*

²⁴⁷⁵ Jacky Hummel explique en ce sens que, dans la théorie de Hauriou, « [...] écrire l'histoire de l'élaboration et du *devenir* des constitutions commande donc de ne pas observer et décrire ces dernières comme on le ferait d'objets exposés dans les vitrines d'un musée d'histoire naturelle, mais, bien plus, de mettre en évidence la légitimité véhiculée par une matière constitutionnelle dont les changements formels de constitution n'altèrent pas la quintessence », *ibid.*

²⁴⁷⁶ « Concernant la reconnaissance d'un terme de l'histoire constitutionnelle, le maître toulousain, sans s'abandonner à la vision téléologique d'un XIX^e siècle tendu vers l'avènement d'une forme républicaine pérenne, reconnaît, cependant, à partir de 1923, la stabilité du régime parlementaire. Cette constance plaide, à ses yeux, pour que ce régime, accomplissant une synthèse définitive entre le courant révolutionnaire et la réaction autoritaire, soit considéré comme une « fin de l'histoire » », *ibid.*

²⁴⁷⁷ C'est en s'appuyant sur la théorie de la fondation de Maurice Hauriou que Jacky Hummel affirme par exemple que « le moment constituant ne saurait donc être un commencement absolu [...]. Pour que la constitution puisse apparaître comme le témoignage d'un peuple qui se constitue sur les conditions fondamentales de son existence collective, elle doit reposer sur un consensus social historique », J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les Sens du droit, 2010, p. 68.

²⁴⁷⁸ Un auteur qui présente un fort lien doctrinal avec le droit politique, Jean Gicquel, emprunte toutefois à Hauriou, non seulement sa théorie des cycles qu'il transpose jusqu'à 1958, mais encore sa conviction que « [...] le régime parlementaire [...] depuis 1814 s'est posé en référence ou en résumé de l'identité institutionnelle de la France », J. Gicquel, J.-É. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Domat droit public, 31^e éd., 2017, p. 483.

scepticisme quant à l'opportunité d'appréhender l'histoire constitutionnelle comme une répétition infinie de mouvements successifs similaires²⁴⁷⁹.

749. Cette question reste néanmoins pertinente dès lors que la doctrine contemporaine compte encore des adeptes de l'explication cyclique de l'histoire constitutionnelle²⁴⁸⁰, qui vont parfois jusqu'à y puiser des arguments de politique constitutionnelle²⁴⁸¹. Le scepticisme avec lequel elle est reçue par le droit politique traduit donc son originalité au sein de la communauté académique. Plus spécifiquement, la position des auteurs *juspolitistes* à l'endroit de la théorie des cycles constitutionnels éclaire adéquatement la conception de l'histoire qu'ils retiennent, c'est-à-dire un écoulement du temps étranger à tout déterminisme absolu et à tout finalisme. Il est vain, de ce point de vue, de chercher une rationalité dans le passé qui permettrait d'anticiper le futur. Selon le constat formulé par Jacky Hummel en ce sens, « [...] la reconnaissance d'une signification de l'histoire constitutionnelle a généralement été formulée sous deux formes principales : d'une part, celle d'une histoire gouvernée par la loi de l'« éternel retour » selon laquelle les régimes se répéteraient au terme de « phases » ou de « cycles » successifs ; d'autre part, celle d'un progrès continu du droit constitutionnel vers une organisation de plus en plus parfaite des sociétés politiques »²⁴⁸². S'ils n'adhèrent donc pas visiblement à la première de ces thèses, les tenants du droit politique se montrent franchement hostiles à l'encontre de la seconde.

²⁴⁷⁹ L'intérêt de faire de l'histoire dans le cadre d'une analyse de droit politique repose précisément sur l'étude couplée des continuités et des changements constitutionnels. Le modèle des cycles semble, à cet égard, inopportun, puisqu'il tend à insister sur la répétition de l'histoire davantage que sur son actualisation permanente, qui constitue le cœur de la recherche *juspolitiste*. Tanguy Pasquier-Briand écrit à ce titre que « [...] le droit politique repose sur un questionnement portant sur l'articulation des manifestations du droit et de l'agir politique. Circulairement, il interroge la légitimité politique de la production juridique et la nature juridique des interventions politiques. En ce sens, il s'efforce d'analyser le contexte d'apparition des institutions politiques et d'étudier la tangibilité et la *durée* des phénomènes discursifs qui entourent ce contexte d'apparition », T. Pasquier-Briand, *La réception de la Constitution anglaise au XIX^e siècle. Une étude du droit politique français*, Bayonne : Institut Universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2017, p. 35 ; nous soulignons.

²⁴⁸⁰ Par exemple : O. Duhamel, *Droit constitutionnel et politique*, Paris : Seuil, coll. Science politique, 1994, p. 21-25.

²⁴⁸¹ C'est par exemple le cas de Marc Guillaume qui propose une théorie des cycles au nom de laquelle il recommande « une nouvelle lecture de la Constitution de 1958 » ; M. Guillaume, « Des cycles constitutionnels et de la VI^e République », *Pouvoirs* n° 65, 1993, p. 127.

²⁴⁸² J. Hummel, « Histoire et temporalité constitutionnelles », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

2. L'incohérence fondamentale du progrès de l'histoire

750. Si la thèse finaliste de l'histoire ne recueille pas l'assentiment des auteurs du droit politique, c'est parce qu'elle procède, de leur point de vue, d'une lecture téléologique des faits qui contrevient à leur propre conception de l'histoire²⁴⁸³, du moins telle qu'elle apparaît dans leur théorie de la Constitution. Le finalisme s'accompagne en effet de la conviction que la succession des faits est irrémédiablement conduite par la quête du progrès, soit, selon Marcel Gauchet, « [...] l'idée que l'humanité avance en lumière »²⁴⁸⁴. Les travaux du droit politique ne font pas état de la conviction de leurs auteurs en faveur d'un tel progrès irrémédiable des sociétés, et du droit plus spécifiquement. La position *juspolitiste* à cet égard doit cependant être examinée plus avant, notamment parce qu'elle éclaire la conception de l'histoire alors retenue. De fait, le progrès peut être regardé comme la traduction viciée de l'idée de *progression*, cette dernière, plus neutre, permettant de caractériser l'histoire elle-même. Le *progrès* traduit au contraire une portée appréciative supplémentaire, une dimension valorisante que ne comporte pas la simple notion de *progression*²⁴⁸⁵. En choisissant d'étudier la temporalité de l'objet constitutionnel, le droit politique consacre nettement l'idée de progression, en mettant en lumière l'évolution qui le caractérise²⁴⁸⁶. Cela ne signifie pas, toutefois, qu'il prétende y lire le gage d'une amélioration irréversible ou qu'il prête à l'écoulement du temps une vocation providentielle.

²⁴⁸³ Olivier Beaud invite ainsi les juristes « à se méfier de la nécessité et à cultiver l'art de saisir les contingences », O. Beaud, « Avant-propos », in R. Baumert, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique : les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres*, Clermont-Ferrand : Fondation Varenne, Paris : LGDJ, coll. des thèses, 2009, p. XX.

²⁴⁸⁴ M. Gauchet, *La condition historique : entretiens avec François Azouvi et Sylvain Piron*, Paris : Gallimard, coll. Folio. Essais, 2005, p. 307.

²⁴⁸⁵ En effet, « l'idée de progrès suppose que le temps soit considéré comme positif, créateur, vecteur de valeur. Elle suppose que la nouveauté n'apparaisse pas comme un dérangement ou une destruction de l'ordre de l'être, mais apporte au contraire un plus-être, un mieux-être. Intégrée dans une suite, préparée par le passé, elle prépare aussi l'avenir », A. Pons, « Progrès » in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3e éd., 2003, p. 581.

²⁴⁸⁶ À la notion de droit politique est ainsi attachée l'idée de l'« historicité du politique » par Jean-Jacques Sueur, *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, préf. M. van de Kerchove, Québec : Presses universitaires de Laval, coll. Diké, 2011, p. 27 et ss. Le même auteur écrit plus tard que « [...] l'État comme forme n'est pas stable, il évolue, il se cabre à l'occasion et dans certaines circonstances, cela s'appelle la crise et prive de toute valeur l'exercice assez stérile qui consiste à établir son acte de naissance ou, parallèlement, à prévoir sa mort prochaine », J.-J. Sueur, « Méthodologie de l'État », *Civitas Europa* n° 40, 2018, p. 49. L'évolution irrémédiable du droit constitutionnel est plus largement présentée, dans les travaux *juspolitistes*, comme la conséquence logique de son caractère institutionnel. Voir en ce sens *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre 2, section 2, §2, A, 2.

751. La progression du droit constitutionnel à travers le temps permet, dans l'hypothèse du droit politique, de justifier qu'en soit étudiée la généalogie ; la Constitution n'est en effet pas une donnée historiquement figée, mais le résultat d'une évolution plus ou moins longue et chaotique. Si les *juspolitistes* accordent dans leurs travaux un rôle crucial à l'histoire, c'est parce qu'ils relayent ce postulat de la construction *progressive* des principes structurants le droit constitutionnel contemporain. C'est ainsi que Denis Baranger s'appuie sur l'ensemble des événements politiques qui ont émaillé le XVIII^e siècle en Grande-Bretagne pour révéler ce que la responsabilité gouvernementale doit à l'histoire institutionnelle²⁴⁸⁷. La recherche généalogique n'est toutefois pas l'expression d'une conviction finaliste quant à l'objet en cause : il ne s'agit pas en l'occurrence de prêter aux faits étudiés un destin impérieux qu'ils n'auraient fait qu'accomplir car ce serait faire preuve d'anachronisme que de reconstruire rétrospectivement un dessein que les acteurs de l'époque ne pouvaient eux-mêmes avoir envisagé²⁴⁸⁸. L'idée de progression est donc profondément inscrite dans la pensée du droit politique, ce qui répond d'ailleurs à son institutionnalisme caractéristique²⁴⁸⁹, mais elle n'y est pas synonyme de finalisme constitutionnel²⁴⁹⁰.

752. Quoique prégnante dans la pensée du droit politique, la progression historique et la transformation permanente de son objet ne prennent jamais la forme d'un véritable *progrès*, au sens d'une lecture téléologique de l'histoire. C'est pourtant un point de vue qui se rencontre fréquemment, dans la doctrine historique comme dans la doctrine

²⁴⁸⁷ D. Baranger, *Parlementarisme des origines : essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1999, 408 p.

²⁴⁸⁸ Denis Baranger souligne par exemple l'inopportunité de considérer l'histoire de la responsabilité politique comme le fruit de décisions délibérées ; le développement de ce principe résulte en réalité d'un « [...] « choix » tardif sur la liste des instruments disponibles, une possibilité que peu de contemporains appréciaient réellement et entrant de manière flagrante en contradiction avec de nombreux principes issus de l'évolution antérieure du régime », D. Baranger, *Parlementarisme des origines : essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1999, p. 29. Bastien François a pour sa part eu l'occasion de dénoncer « [...] l'illusion rétrospective à mettre ce que nous savons du cours de l'Histoire dans la tête des gens qui ont fait cela » ; D. Maus, J.-L. Halpérin, B. François, M. Troper, « Écrire une constitution », *RFDC* n° 79, 2009, p. 559.

²⁴⁸⁹ S'appuyant sur les travaux de Maurice Hauriou, Jacky Hummel écrit en ce sens que « seule la transformation du pacte en une « institution », qui ne prend sens que par l'œuvre à réaliser dans un continuum temporel entendu comme *mouvement ordonné*, permet d'assurer sa pérennité [...] », J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les Sens du droit, 2010, p. 68.

²⁴⁹⁰ Aussi Denis Baranger affirme-t-il, à propos de l'histoire de la responsabilité politique, que « cette progression *n'était pas soumise à une loi historique*. Elle pouvait échouer, et à bien des égards elle a échoué à diverses reprises avant que le processus d'expérimentation ne donne le jour à certaines solutions plus opératoires que d'autres », D. Baranger, *Parlementarisme des origines : essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1999, p. 29 ; nous soulignons.

juridique. Ainsi est restée célèbre la thèse tour à tour défendue par Georg Hegel²⁴⁹¹, Alexandre Kojève²⁴⁹² et Francis Fukuyama²⁴⁹³, selon laquelle l'histoire est irrémédiablement vouée à s'achever, l'évolution politique et sociale à se stabiliser. En matière juridique, Jacky Hummel estime que la doctrine s'est inspirée de ces théories pour consacrer successivement des données inaltérables du droit constitutionnel français. Ainsi, « [...] la séparation des pouvoirs, la démocratie représentative, la reconnaissance de droits et libertés [...] sont devenues des points de référence constitutionnels, y compris pour la Constitution actuelle qui en serait le point d'aboutissement. Si une telle affirmation a assurément le mérite de reconnaître l'existence d'un dialogue transtemporel des constituants, elle présente l'inconvénient d'écrire une histoire linéaire caractérisée par l'immutabilité de certains principes (*présentés le plus souvent comme des principes conducteurs d'une ligne de progrès*) »²⁴⁹⁴. Une telle rhétorique du progrès s'épanouit aujourd'hui principalement dans la notion d'État de droit²⁴⁹⁵. Elle présente l'inconvénient, majeur dans le cadre d'une approche historique, de justifier une lecture finaliste de l'histoire politique, quitte à verser dans l'anachronisme²⁴⁹⁶. On a vu que le droit politique lui-même ne participe pas activement à la promotion de l'État de droit²⁴⁹⁷, qu'il semble

²⁴⁹¹ Voir notamment : G. W. F. Hegel, *Phénoménologie de l'Esprit*, 1807 ; et, du même auteur, *Leçons sur la philosophie de l'histoire*, 1837.

²⁴⁹² A. Kojève, *Introduction à la lecture de Hegel*, Paris : Gallimard, 1947.

²⁴⁹³ F. Fukuyama, *La Fin de l'histoire et le Dernier Homme*, trad. D.-A. Canal, Paris : Flammarion, 1992. Si ces trois auteurs partagent tous la conviction que l'histoire est vouée à finir, ils lui prêtent chacun une destinée différente : l'État pour Hegel, le marxisme et la suppression des classes pour Kojève, le libéralisme politique et économique pour F. Fukuyama.

²⁴⁹⁴ J. Hummel, « Histoire et temporalité constitutionnelles », *Jus politicum* n° 7, mai 2012 ; nous soulignons.

²⁴⁹⁵ Voir par exemple : L. Favoreu, « De la démocratie à l'État de droit », *Le Débat* n°64, 1991, p. 158-162 ; l'auteur évoque notamment le « perfectionnement » que constitue l'État de droit par rapport à la démocratie ; *ibid.*, p. 161.

²⁴⁹⁶ Il en va ainsi, nous semble-t-il, de la tendance qui consiste à dénicher dans les discours révolutionnaires les traces d'une lointaine ambition en faveur de l'État de droit, comme pour asseoir l'autorité de cette conception du pouvoir. Une telle perspective s'apparente toutefois à une tentative douteuse de faire parler les morts en faveur d'une notion dont ils ne pouvaient pas avoir idée, dès lors qu'elle ne se comprend que dans le contexte de son apparition dans le langage politique. Michel Troper déconstruit en ce sens le « mythe fondateur », politique et constitutionnel, par lequel Sieyès aurait en fait été l'inventeur de la justice constitutionnelle et, par là, le père de l'État de droit : M. Troper, « Sieyès et le jury constitutionnaire », in M. Ameller, P. Ardant, J.-C. Bécane, (dir.), *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris : Montchrestien, 2001, p. 265-282.

²⁴⁹⁷ Cette réserve traduit surtout un scepticisme quant au parachèvement effectif de l'État de droit que de nombreux constitutionnalistes français croient déceler dans le développement récent de la justice constitutionnelle. Ainsi Olivier Beaud écrit-il que, « si l'on examinait le régime constitutionnel de la V^e à partir de la « constitution normative », telle qu'elle est élaborée progressivement par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, on devrait plutôt parler de progrès, de consolidation, et non pas de crise. En effet, selon cette vue assez courante en doctrine, la V^e République aurait évolué dans le meilleur sens possible en réussissant à enraciner l'État de droit dans la pratique juridique française et donc à infléchir la pente initiale et autoritaire du régime dans un sens libéral grâce à l'assujettissement effectif des gouvernants au droit, et au droit constitutionnel devenu un droit des libertés publiques et des droits fondamentaux. Toutefois, on

envisager comme une rhétorique politique contemporaine davantage que comme une réalité juridique providentielle²⁴⁹⁸. Cette posture n'est pas anodine quant au rapport à l'histoire qu'elle traduit, dès lors que la valorisation de l'État de droit ou de toute autre forme politique qui marquerait un progrès de l'histoire induit de toute façon une conception méthodologiquement périlleuse de cette dernière, et ce à plusieurs titres.

753. D'abord, un discours envisageant la fin de l'histoire semble compromettre la survie de l'histoire elle-même, pensée comme mise en récit du passé²⁴⁹⁹. Marcel Gauchet estime en ce sens que « [...] le progrès n'est pas l'histoire. Il suppose une communauté humaine relativement fixée dans ses traits *hors du temps* »²⁵⁰⁰. La fin de l'histoire comme objet semble ainsi garantir la fin de l'histoire comme doctrine, puisque sa distinction avec les autres champs disciplinaires résulte précisément de ce qu'elle ne prétend pas établir autre chose que ce qui fut²⁵⁰¹. Prétendre établir des lois universelles sur le fondement de l'expérience passée contreviendrait, semble-t-il, à l'histoire elle-même, dont la fonction est seulement de la relater et de l'ordonner. En matière constitutionnelle, une telle démarche téléologique est tout aussi problématique puisqu'elle contrevient frontalement au principe de la contingence politique et sociale qui caractérise la matière et l'évolutivité juridiques. En d'autres termes, l'idée d'un aboutissement historique de la juridicité conduit paradoxalement à arracher le droit à son histoire²⁵⁰².

peut douter de la validité de cette « *success story* », du moins tant qu'on s'intéresse à la question de la V^e comme régime politique et constitutionnel », O. Beaud, « À la recherche de la légitimité de la Ve République », *Droits* n° 44, 2006, p. 89.

²⁴⁹⁸ Voir en ce sens *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre 1, section 2, §2, B.

²⁴⁹⁹ À propos de la chute du mur de Berlin, qui a suscité une résurgence de la rhétorique de la fin de l'histoire, un sociologue, Laurent Fleury, démontre le paradoxe auquel invite une telle « téléologisation » de l'écoulement du temps : « [la] résurgence inattendue de la nécessité historique a eu pour conséquence de transformer un *événement*, la chute du mur de Berlin, en *avènement*, celui de la fin des révolutions, coïncidant alors avec la « fin de l'histoire », celle de la thèse générale de Fukuyama ». Or, l'auteur écrit-il plus loin que « l'*avènement* d'un tel syntagme apparaît [...] comme un paradoxal *événement*, trahissant, en une figure proche du déni, l'existence même de ce qu'elle croyait pouvoir nier. En affirmant, en actes, la puissance de l'histoire, l'événement de la chute du mur de Berlin rappelle plutôt l'inanité d'une conception prétendant prophétiser l'avènement de sa « fin » », L. Fleury, « Le paradoxe de l'avènement d'un événement : la fin de l'histoire à l'épreuve de la chute du Mur », *Écrire l'histoire* n° 15, 2015, p. 83, p. 86.

²⁵⁰⁰ M. Gauchet, *La condition historique : entretiens avec François Azouvi et Sylvain Piron*, Paris : Gallimard, coll. Folio. Essais, 2005, p. 306 ; nous soulignons. Selon l'auteur, l'histoire est toutefois construite par la philosophie du XIX^e siècle sur le fondement de l'idée préalable du progrès.

²⁵⁰¹ Paul Veyne décrit ainsi ce qui distingue l'histoire de la science en général : « [...] la science ne consiste pas à décrire ce qui est, mais à découvrir des ressorts cachés qui, à la différence des objets sublunaires, fonctionnent en toute rigueur ; au-delà du vécu, elle cherche du formel [...]. Elle est un discours rigoureux auquel les faits obéissent formellement dans les limites de leur abstraction. [...] Or, les faits qui obéissent à un modèle ne seront jamais les mêmes que ceux qui intéressent l'historien [...] », P. Veyne, *Comment on écrit l'histoire ?*, Paris : Seuil, coll. Points. Histoire, 1996, p. 311-312.

²⁵⁰² Denis Baranger, critiquant l'indifférence du positivisme à l'égard de l'histoire, écrit en ce sens : « en somme, le cours de l'histoire [aurait] conduit à une normativité positive si parfaite que la question de ses relations avec le temps ne se pose[rait] plus », D. Baranger, « Temps et constitution », *Droits* n° 30, 2000, p. 60.

754. En outre, envisager l'histoire sous l'angle du progrès conduit à instrumentaliser les leçons formulées en son nom : le discours historique n'est dans ce cas jamais plus que l'outil d'un argument au service d'une cause politique. Cette hypothèse est couramment admise en histoire du droit, notamment constitutionnel ; François Saint-Bonnet affirme à ce propos qu'« il s'agit [alors] de saisir le présent en l'interprétant grâce au passé »²⁵⁰³. L'histoire peut ainsi constituer non pas une donnée en soi, mais le moyen d'asseoir une autorité politique quant au présent et à l'avenir. Elle est ainsi détournée de sa vocation première, au nom du précepte selon lequel le temps est le gage d'un progrès en faveur d'une plus grande justice politique. Surtout, elle est extraite du contexte dont elle découle initialement, pour revêtir une portée faussement universelle lorsque l'on prétend en dégager un modèle providentiel à l'aune duquel sera évaluée la pertinence politique des régimes contemporains. L'État de droit est à ce titre éclairant puisque, sous les traits d'une théorie juridique validée par l'expérience historique²⁵⁰⁴, il permet à ses partisans de professer des jugements apparemment juridiques sur le système constitutionnel mis en œuvre dans plusieurs pays. Ainsi, le tournant « illibéral » qu'ont récemment amorcé la Hongrie ou la Pologne suscite les critiques de juristes qui n'assument pas pour autant le caractère politique de leur engagement, mais préfèrent affirmer qu'ils s'expriment *au nom du droit*²⁵⁰⁵.

755. Si l'histoire a donc sa place dans la réflexion que conduisent les auteurs *juspolitistes* sur le droit constitutionnel, ce n'est pas n'importe quelle histoire dont il est question. La conception retenue à l'appui de leur démarche est profondément indifférente à l'idée d'un progrès qui l'animerait et plus largement, à une eschatologie qui guiderait l'évolution des

²⁵⁰³ F. Saint-Bonnet, « *Nemo auditur suam propriam methodum allegans* », in C. M. Herrera, A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris : Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2012, p. 107.

²⁵⁰⁴ La rhétorique de l'État de droit est, à ce titre, ambivalente ; elle mobilise aussi bien la légitimité que lui confère la mystification stratégique du passé que l'attrait d'une théorie qui présente, faussement, un caractère inédit. En réalité, « on ne saurait considérer l'utilisation du concept d'État de droit comme une nouveauté : il s'agit, tout au plus, du redéploiement d'un concept [apparu au XIX^e siècle] – plutôt simplifié et dans son histoire, et dans sa complexité – dans un nouveau contexte politique », C.M. Herrera, « Quelques remarques à propos de la notion d'État de droit », *L'homme et la société* n° 113, 1994, p. 103.

²⁵⁰⁵ Voir par exemple la critique à peine voilée que Dominique Rousseau adresse en ce sens aux démocraties devenues « illibérales » au nom de certaines valeurs qui seraient historiquement acquises aux citoyens : D. Rousseau, « Mon plaidoyer pour l'État de droit », *Libération*, 17 août 2016, disponible en ligne : https://www.liberation.fr/debats/2016/08/17/mon-plaidoyer-pour-l-etat-de-droit_1473037. On peut cependant envisager une critique de la « démocratie illibérale » au nom de l'État de droit qui se fonderait sur des considérations non plus éthiques, mais techniques. Olivier Jouanjan estime ainsi que le droit est le canal indispensable de l'expression démocratique et que la remise en cause des procédures juridiques conduit inmanquablement à l'étouffer : O. Jouanjan, « L'État de droit démocratique », *Jus politicum* n° 22, juillet 2019.

phénomènes politiques. Au contraire, le recours à l'histoire permet-il d'insister sur l'ontologie sociale qui caractérise la pensée du droit politique.

§2 : *Un objet d'étude similaire*

756. Les liens qu'entretient le droit politique avec l'histoire se précisent à la lumière de l'objet dont il se dote, et de la manière dont il l'appréhende ; il procède en effet à une sélection similaire des matériaux considérés au titre de son étude. Quoique ces matériaux soient différemment traités, selon que les auteurs qui s'en saisissent se disent juristes ou historiens, ils sont construits à partir de données appartenant au même champ, linguistique et social. Droit et histoire se présentent en effet comme des connaissances produites essentiellement à partir de l'étude de discours (A). Toutefois, le constat de cette similarité n'est pas sans soulever plusieurs questions, notamment celle de l'identité – au sens d'ipséité²⁵⁰⁶ – du droit dans l'hypothèse proposée par le droit politique. Si l'histoire partage avec lui une méthodologie comparable et un matériau brut similaire, comment le droit peut-il conquérir son autonomie (B) ?

A. Un matériau identique

757. La conception de l'histoire sur laquelle s'appuient les travaux du droit politique leur permet de dépasser l'obstacle que pourrait constituer la différence entre ces champs disciplinaires, dès lors que le matériau brut sur lequel se bâtit leur théorie se présente sous la même forme. Il s'agit en effet essentiellement de *discours*, qui adoptent le plus souvent une forme écrite (1) et qui sont regardés par les savants comme les plus à même de restituer ce que fut le droit dans l'histoire, le droit étant alors entendu comme un phénomène éminemment culturel (2).

²⁵⁰⁶ « On oppose généralement l'identité comme *ipséité* à l'identité comme *équivalence*. Sensiblement analogue à la notion de spécificité, la première peut signifier pour une personne d'être soi-même et non un autre », A. Viala, « Le concept d'identité constitutionnelle : approche théorique », in L. Burgorgue-Larsen (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris : A. Pedone, coll. Cahiers Européens, 2011, p. 9.

1. L'étude d'un discours

758. Le droit comme l'histoire sont des discours construits à partir d'autres discours. C'est d'abord le cas de la recherche historique, telle que la concevait du moins Reinhart Koselleck, dont la pensée constitue une source explicite du droit politique en matière historique²⁵⁰⁷. L'historien allemand a notamment écrit que, « anthropologiquement, toute « histoire » se constitue par la communication orale et écrite des générations coexistantes, qui se transmettent mutuellement leurs expériences respectives. Et c'est seulement quand l'espace de la mémoire orale tend à être restreint par l'extinction des vieilles générations que l'écrit devient le support privilégié de la transmission historique »²⁵⁰⁸. Il en résulte que la recherche en histoire se fonde principalement sur l'étude de textes, quoique cette dernière acception puisse être largement entendue²⁵⁰⁹ ; plus s'accroît la distance temporelle entre l'historien et la période qu'il étudie, plus le recours au texte devient nécessaire et exclusif. Parce que les faits que cherche à restituer l'historien s'inscrivent dans un temps désormais révolu, ils ne lui parviennent que par le biais indirect des témoignages qu'ils ont suscités. En histoire, le textualisme est ainsi « [...] fondé sur le fait que la connaissance du passé est inévitablement une connaissance indirecte et conjecturale, que l'historien ne peut pas entrer en contact avec la « réalité » car cette dernière est désormais passée, a disparu, et elle se manifeste seulement indirectement, à travers des signes résiduels, des textes [...] »²⁵¹⁰. Le texte est le truchement nécessaire pour accéder à la connaissance du passé.

759. Ce recours nécessaire à des témoignages formalisés s'accommode particulièrement bien de la posture adoptée par le droit politique. Celui-ci définit en effet essentiellement le droit comme un discours²⁵¹¹, un discours qui reçoit un traitement spécifique dès lors

²⁵⁰⁷ Voir notamment : O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

²⁵⁰⁸ R. Koselleck, « Histoire sociale et histoire des concepts », trad. D. Meur, in *L'expérience de l'histoire*, préf. M. Werner, Paris : Gallimard Seuil, coll. Points Histoire, 1997, p. 144.

²⁵⁰⁹ Un autre historien, Quentin Skinner écrit ainsi : « il me semble juste de dire que ce que nous étudions principalement, ce sont des textes. Je n'entends pas par là simplement des textes au sens évident où des romans – ou des journaux, des comptes-rendus d'audience, des discours au Parlement ou des traités philosophiques – sont des textes. Je m'intéresse aussi à l'acception plus large selon laquelle des tableaux, des édifices et des actions sociales peuvent également être interprétés comme des textes », Q. Skinner, *La vérité et l'historien*, trad. C. Hamel, Paris : Éditions EHESS, coll. Audiographie, 2012, p. 41.

²⁵¹⁰ P. Costa, « Histoire, théorie et histoire de théories », in C.M. Herrera, A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris : Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2012, p. 34.

²⁵¹¹ Denis Baranger définit ainsi le droit comme « [...] cette manière qu'ont inventée les hommes de nommer et contraindre la réalité matérielle au moyen du langage [...] », D. Baranger, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2008, p. 6. Le même auteur écrit par ailleurs : « ce sont les figures de langage et elles seules qui sont pour nous la donnée

qu'il est caractérisé par sa fonction prescriptive et par la reconnaissance dont il fait l'objet, mais un discours néanmoins. Ce choix ontologique se combine donc adéquatement avec la nécessité méthodologique de l'histoire de recourir au texte pour saisir son objet. L'approche textuelle transposée dans le domaine juridique rappelle toutefois, si elle est examinée trop rapidement, une perspective exégétique, qui concentre sur le texte la totalité de son attention et prétend obstinément y trouver la vérité du droit²⁵¹². Un tel amalgame ne résiste en fait pas à une comparaison approfondie entre les deux méthodes, puisqu'il existe une différence notable entre l'appréhension textuelle du droit dans l'histoire que suggèrent les auteurs *juspolitistes*, et le textualisme juridique, qu'ils dénoncent par ailleurs²⁵¹³ : l'investigation conduite par le droit politique est dépourvue du présupposé en vertu duquel le droit ne s'exprime que dans le texte qui s'y rattache expressément. Dans le présent comme dans l'histoire, les auteurs du droit politique chercheront autant dans la formulation de la loi que dans les discours politiques et philosophiques qui l'étreignent, des enseignements sur le droit d'une époque donnée²⁵¹⁴. Le textualisme est, dans une perspective historique, une contrainte méthodologique indépassable, mais il n'implique nullement de souscrire à une théorie juridique formaliste²⁵¹⁵.

observable et interprétable », D. Baranger, « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 263. Jacky Hummel affirme pour sa part que, « [...] de la même manière que pour tous les autres mondes, nous n'avons que les mots pour appréhender le monde juridique, et il importe donc de bien les choisir », J. Hummel, « L'introuvable vérité du droit public ou l'éclipse du politique dans le discours juridique », *Droits* n° 42, 2005, p. 198.

²⁵¹² Au sens faible, l'exégèse peut en effet se définir « en tant qu'explication littérale d'un texte suivi pas à pas » ; J.-L. Halpérin, « Exégèse (École de) », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 685.

²⁵¹³ Voir en ce sens *supra* Partie I, Titre I, Chapitre 1, section 1. Stéphane Rials affirme par exemple qu'« on fait tout de même assez vite le tour des richesses superficielles et purement verbales du constitutionnalisme formel et [...] que la « science » du droit constitutionnel formel n'est pas génératrice d'assez grands savoirs ni d'assez forts plaisirs à [s]es yeux », S. Rials, « Préface. À l'anglaise, comment filer l'histoire constitutionnelle ? », in D. Baranger, *Parlementarisme des origines : essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1999, p. 10.

²⁵¹⁴ On retrouve ici une perspective proposée par Peter Häberle, qui écrit que « les textes classiques sont des textes constitutionnels en un sens plus large, c'est-à-dire qu'en rapport avec le texte constitutionnel, nécessitant une interprétation, ils font l'effet d'un « contexte écrit », de la même manière que sont nécessaires d'autres outils de travail, par exemple des méthodes d'interprétation, des précompréhensions, des théories additionnelles ou d'autres contextes », P. Häberle, *L'État constitutionnel*, trad. M. Roffi, préf. C. Grewe, Paris : Economica, Aix-en-Provence : PUAM, coll. Droit public positif, 2004, p. 46.

²⁵¹⁵ En d'autres termes, « [...] le paradigme des strates textuelles ne conduit ni à surestimer ni à sous-estimer les textes constitutionnels », *ibid.*, p. 15.

760. Concentrer l'étude de l'histoire sur des textes suppose par ailleurs que ceux-ci soient interprétés, « déchiffrés »²⁵¹⁶, et la portée qui leur est alors conférée dépend largement de ce qu'y recherche l'historien. Ce dernier peut notamment envisager le texte comme l'expression indirecte d'un fait social dont il tente, à partir des mots, de reconstruire le fil ; il peut également s'arrêter à l'étude du texte lui-même, pour y chercher les clefs de compréhension de la sémantique et des concepts de l'époque considérée. Reinhart Koselleck lie pour sa part étroitement ces deux dimensions, sociale et conceptuelle, dans sa définition de l'histoire. Il écrit par exemple que, « sans les formations sociales et les concepts par lesquels – de manière réflexive ou autoréflexive – elles déterminent et cherchent à relever les défis qui leur sont lancés, l'histoire n'existe pas, elle ne peut être vécue ni interprétée, représentée ni racontée. Dans cette mesure, langage et société sont au nombre des préalables métahistoriques sans lesquels nulle histoire, nulle historiographie ne sont pensables »²⁵¹⁷.

761. La position des auteurs du droit politique sur cette question reste ambivalente : leur considération du langage est-elle auto-suffisante ou constitue-t-elle la trace d'une réalité sociale qu'ils espèrent, même partiellement, mettre au jour ? En d'autres termes, le droit apparaît-il, de leur point de vue, dans l'histoire comme un discours ou comme un fait social ? Il semble que les réponses qu'apportent les *juspolitistes* soient partagées. Face à la dichotomie entre histoire sociale et histoire conceptuelle que propose Koselleck, Olivier Beaud prend pour sa part expressément parti pour la seconde, refusant ainsi d'« utilise[r] [les textes] que comme prétexte pour en déduire des faits sociaux »²⁵¹⁸. Il privilégie donc une approche sémantique du droit dans l'histoire, ce qui explique par exemple qu'il date l'apparition de la souveraineté au moment où le mot qui la désigne est pour la première fois formulé²⁵¹⁹. Le texte semble alors constituer l'horizon indépassable du juriste qui n'a pas vocation à aller regarder au-delà. Outre le péril essentialiste que porte en creux cette posture²⁵²⁰, on peut légitimement douter que celle-ci fasse l'objet

²⁵¹⁶ P. Costa, « Histoire, théorie et histoire de théories », in C.M. Herrera, A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris : Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2012, p. 34.

²⁵¹⁷ R. Koselleck, « Histoire sociale et histoire des concepts », trad. D. Meur, in *L'expérience de l'histoire*, préf. M. Werner, Paris : Gallimard Seuil, coll. Points Histoire, 1997, p. 138-139.

²⁵¹⁸ O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

²⁵¹⁹ O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 35 et ss. Nous avons déjà abordé cette question ; voir *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre 1, section 1, §1, A, 1.

²⁵²⁰ Le formalisme peut en effet être l'instrument d'une posture essentialiste, ainsi que le démontre Alexandre Viala à propos du légicentrisme du XIX^e siècle : « [...] la Raison devint [...] l'instrument rhétorique d'un *nouvel essentialisme* consistant à faire passer pour vrai et justiciable d'une cognitive et rationnelle activité, la fonction législative [...]. Sous la bannière de la Raison [...], le positivisme juridique

d'un consensus au sein même du droit politique. Il nous semble ainsi que Denis Baranger affiche une conviction différente lorsqu'il affirme étudier « la Constitution pensée comme devenir »²⁵²¹ : en tant qu'elle ordonne la temporalité²⁵²², la Constitution intègre l'histoire sociale²⁵²³, même si elle se manifeste d'abord par le discours. Il en va de même sous la plume d'Armel Le Divellec qui écrit que « [...] l'approche de droit politique fait une large place aux discours et aux représentations intellectuelles qui préludent à l'édition des énoncés juridiques, à leur concrétisation, leur application et leur portée systémique, bref, à l'environnement qui les conditionne. Pour autant, elle ne croit pas que la seule mission de juristes-universitaires consiste à se limiter à l'analyse des discours, mais les confronte à la réalité effective des ordres constitutionnels pour, le cas échéant, constater la performativité, au moins occasionnelle, de ces discours »²⁵²⁴.

762. Le potentiel décalage entre les données discursives disponibles et la réalité sociale à laquelle elles renvoient ne doit alors pas être négligé. Ainsi que l'affirme Koselleck, « même si les actes langagiers et les actes effectifs restent entrelacés dans la synchronie [...], l'évolution diachronique [...] ne suit pas les mêmes rythmes ni la même chronologie dans l'histoire « réelle » que dans l'histoire des concepts. Il arrive que la réalité ait changé bien avant que son évolution ne soit conceptualisée, et il arrive aussi que des concepts aient été formés qui ont ouvert la voie à de nouvelles réalités »²⁵²⁵. Le problème d'une recherche concentrée sur le texte pour accéder à une forme de connaissance du social trouve cependant une solution en matière juridique, que propose Denis Baranger. Celui-ci choisit de recourir à la notion d'« apparition » pour réconcilier les termes d'un débat

traditionnel a fini par figer et réifier la loi qui n'est pourtant rien d'autre qu'un outil déontique marqué du sceau de la contingence et de l'impureté axiologique. Une telle dérive métaphysique [...] illustre ce qu'on appelle le légalisme qui, *derrière les apparences d'un strict formalisme* prétendant réduire le droit à la loi de l'État, cachait mal une inclination de type jusnaturaliste [...] », A. Viala, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *RIEJ* n° 67, 2011, p. 105 ; nous soulignons.

²⁵²¹ D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

²⁵²² Denis Baranger évoque « [...] une *mise en ordre intelligible* – notamment par et pour la narration – des catégories internes du temps : présent, passé, avenir », D. Baranger, « Temps et constitution », *Droits* n° 30, 2000, p. 57 ; nous soulignons.

²⁵²³ Denis Baranger affirme en ce sens que chercher à purifier le droit constitutionnel de ce qui relève de la politique ou de l'histoire sociale « [...] n'aurait pas tellement de sens », D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

²⁵²⁴ A. Le Divellec, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p.104.

²⁵²⁵ R. Koselleck, « Histoire sociale et histoire des concepts », trad. D. Meur, in *L'expérience de l'histoire*, préf. M. Werner, Paris : Gallimard Seuil, coll. Points Histoire, 1997, p. 156.

récurrent entre création et déclaration par le droit²⁵²⁶. Transposée à la question de la méthodologie historique, cette idée d'apparition permet de résoudre, par le recours au texte, la question insoluble de la préexistence du fait social sur le discours qui le formule, étant entendu que ce dernier ne vient pas de nulle part, mais traduit nécessairement un ancrage social et culturel fondamental. Dans cette hypothèse, le droit constitutionnel peut être conçu comme la manifestation d'une volonté – sanctifiée par un texte, formulée par des concepts – mais dont l'action est conduite par des considérations politiques et culturelles qui l'obligent, au moins partiellement²⁵²⁷. Sans dépasser les données discursives – qui sont de toute façon les seules disponibles en matière historique – le droit politique se donne ainsi les moyens de penser l'histoire sociale qu'elles traduisent²⁵²⁸, sans prétendre à une quelconque exhaustivité la concernant. Il satisfait ainsi à une recommandation de Reinhart Koselleck en vertu de laquelle « [...] il n'est pas d'histoire qui ne soit, d'une manière ou d'une autre, liée à des rapports humains, à des formes quelconques d'association, ou à des stratifications sociales [...]. Et il n'est pas d'histoire qui ne doive être conçue en tant que telle avant de se matérialiser en histoire. L'étude des concepts et de leur histoire langagière est une condition minimale de la connaissance historique, tout autant que de la définition de l'histoire comme étant liée aux sociétés humaines »²⁵²⁹.

763. Le droit, regardé comme un fait social qui prend la forme d'un discours, trouve donc dans l'histoire, un terrain d'investigation propice, dès lors qu'il s'accommode parfaitement des nécessités méthodologiques qu'elle induit. La congruence des données

²⁵²⁶ Il s'agit alors « [...] d'entrevoir des moyens de ne pas être enfermé dans l'opposition entre acte de connaissance et acte de volonté. Dans la déclaration touchant à la souveraineté, de même que dans la Déclaration des droits de l'homme, la volonté de celui qui déclare est exprimée et joue un rôle, mais elle n'est certainement pas une volonté arbitraire, qui pourrait avoir n'importe quel contenu. [...] Ce qui est évident n'est pas vrai au sens où il pourrait être faux, être falsifié. Il est vrai au sens où son apparition s'impose, fait autorité. Ce qui apparaît ainsi, c'est ce qui était caché et qui transparait maintenant dans ce qui était d'ores et déjà visible, mais qui maintenant se donne comme signe », D. Baranger, « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 304.

²⁵²⁷ En effet, « l'ébauche de cadre juridique qu'offre une constitution écrite [n'est] pas neutre, mais le produit de représentations, quelles qu'elles soient [...] », A. Le Divillec, « Le prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la présidence de la Ve République (simultanément une esquisse sur l'étude des rapports entre « droit de la Constitution » et système de gouvernement) », *Droits* n° 44, 2006, p. 110.

²⁵²⁸ Si ce constat vaut d'abord pour les énoncés juridiques eux-mêmes, il est également invoqué par le droit politique pour étudier les discours doctrinaux qui s'y rapportent. Ainsi Olivier Beaud livre-t-il par exemple une lecture « contextualisée » d'un ouvrage de Carl Schmitt : O. Beaud, « De *La Théorie de la Constitution* (1928) au *Gardien de la Constitution* (1931) : les derniers feux théoriques de Schmitt sous Weimar », in C. Schmitt, *Le Tribunal du Reich comme gardien de la Constitution*, trad. S. Schott, S. Roussel, préf. R. Baumert, Paris : Dalloz, coll. Droit politique. Textes fondamentaux, 2017, p. 49 et ss.

²⁵²⁹ R. Koselleck, « Histoire sociale et histoire des concepts », trad. D. Meur, in *L'expérience de l'histoire*, préf. M. Werner, Paris : Gallimard Seuil, coll. Points Histoire, 1997, p. 135-36.

historiques et juridiques, essentiellement discursives, n'est pas anodine à cet égard ; elle permet de souligner que, comme un certain courant historique, le droit politique place son objet sous le sceau de la culture, comme l'émanation et la manifestation d'une réalité politique plus vaste.

2. La recherche d'une culture

764. Même si le droit politique reçoit de l'histoire conceptuelle l'exigence de concentrer l'attention du chercheur sur des textes, il ne s'agit pas d'objectiver ces derniers isolément, mais de les utiliser pour identifier un discours, un ensemble de représentations ayant eu cours à une époque donnée²⁵³⁰. Cette ambition justifie de dépasser une appréhension monologique du droit pour reconstruire le processus dialectique qui fut à l'œuvre dans la communication politique et juridique. Cette préoccupation est couramment évoquée en histoire, où le texte apparaît « [...] comme une réalité stratifiée : unitaire, certes, mais en même temps un tissu de renvois innombrables (implicites et explicites) à d'autres textes. L'historien est donc contraint de passer de la lecture d'un texte à la reconstruction de toutes les connexions intertextuelles qui composent une formation discursive. Aucun texte ne « dit la vérité », ne communique sa « théorie » en parfaite solitude. Chaque texte existe et fonctionne en relation avec d'autres textes [...] »²⁵³¹. La démarche contextualiste, notamment développée par l'École de Cambridge, porte en histoire cette méthode de l'« intertextualité »²⁵³², par laquelle est établie une « relation entre les textes,

²⁵³⁰ Au titre du droit politique, Denis Baranger se propose par exemple de reconstruire « les liens qui unissent tous ces discours », juridiques et politiques ; D. Baranger, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2008, p. 8. Dans le même sens, Tanguy Pasquier-Briand estime que le droit politique « [...] présuppose d'envisager les discours, les représentations et les décisions relatives à ces institutions. *Approche culturelle*, le droit politique appelle un effort de compréhension des formes juridiques et politiques, qui déterminent la naissance des constitutions et du droit constitutionnel », T. Pasquier-Briand, *La réception de la Constitution anglaise au XIX^e siècle. Une étude du droit politique français*, Bayonne : Institut Universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2017, p. 35 ; nous soulignons.

²⁵³¹ P. Costa, « Histoire, théorie et histoire de théories », in C.M. Herrera, A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris : Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2012, p. 45.

²⁵³² L'intertextualité est, en histoire des idées politiques, une méthode par laquelle « il s'agit [...] de sortir du système de relations entre « grands » textes et, plus encore, de contourner les pièges du canon, ce corpus préconstitué, isolé et isolant, dont il ne faut jamais oublier qu'il est avant tout une construction historique marquée par des rapports de force », A. Skornicki, J. Tournadre, *La nouvelle histoire des idées politiques*, Paris : La Découverte, coll. Repères, 2015, p. 71.

les contextes et d'autres textes »²⁵³³ : le tissu sémantique est reconstruit ultérieurement par l'historien à partir de la lecture combinée, parfois contradictoire, de différents textes qui se rapportent à un objet similaire²⁵³⁴. Cette méthode répond symétriquement à l'ontologie retenue au titre du droit politique, puisqu'elle permet d'adopter une conception *intersubjective* de l'objet juridique²⁵³⁵ : en tant que discours, il est le résultat de l'agrégation de représentations et de formulations exprimées par une pluralité d'acteurs²⁵³⁶. Dans l'histoire, il peut donc être décelé par la reconstruction d'un dialogue à plusieurs voix.

765. Une telle recherche, spécifiquement orientée vers le discours, traduit la dimension culturelle de l'objet ainsi construit²⁵³⁷, que l'on adopte un point de vue d'historien ou un point de vue de juriste. On peut en effet entendre la culture comme l'« ensemble des phénomènes matériels et idéologiques qui caractérisent un groupe ethnique ou une nation, une civilisation, par opposition à un autre groupe ou à une autre nation »²⁵³⁸. Le discours constitue manifestement la première concrétisation de la culture, et notamment de la culture politique et juridique²⁵³⁹. Cette dernière prend en effet spécifiquement la forme de

²⁵³³ Q. Skinner, *La vérité et l'historien*, trad. C. Hamel, Paris : Éditions EHESS, coll. Audiographie, 2012, p. 55.

²⁵³⁴ Ainsi selon Quentin Skinner, un discours ne se comprend qu'à la lumière de son contexte, qu'à la lumière de la signification qu'il est susceptible de revêtir à l'époque de son énonciation : "*the appropriate context for understanding the point of such writers' utterances will always be whatever context enables us to appreciate the nature of the intervention constituted by their utterances*", Q. Skinner, *Visions of Politics. Vol. I. Regarding Method*, Cambridge : Cambridge University Press, 2002, p. 116. L'auteur ajoute plus loin : "*by paying as close attention as possible to the context of utterance, we can hope gradually to refine our sense of the precise nature of the intervention constituted by the utterance itself*", *ibid.*, p. 117.

²⁵³⁵ Est éloquent en ce sens ce propos de Quentin Skinner : "*acts are in turn texts: they embody intersubjective meanings that we can hope to read off*", *ibid.*, p. 120 ; nous soulignons.

²⁵³⁶ Armel Le Divellec écrit en ce sens que « l'écrit qui sert de substrat au droit (ou à une bonne partie du droit) repose inévitablement sur une pensée, même grossière et approximative, sur des schémas mentaux, des références conceptuelles – qu'il s'agisse de théories très élaborées ou bien plus simplement de principes d'importance inégale – sans lesquels l'agencement esquissé par les constitutions écrites serait non seulement incompréhensible, mais encore ne pourrait pas fonctionner pratiquement. Cohérents ou non, perçus de manière consciente ou non, faisant ou non consensus au moment de l'adoption de l'énoncé écrit, ces schémas sont sinon extérieurs, du moins détachables du texte. Ils sont néanmoins indispensables, mieux : inévitables », A. Le Divellec, « Le gouvernement, portion dirigeante du Parlement. Quelques aspects de la réception juridique hésitante du modèle de Westminster dans les États européens », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

²⁵³⁷ On peut ainsi, avec les professeurs Audren et Halpérin, définir succinctement la culture juridique « [...] comme un ensemble de valeurs, de savoirs et de savoir-faire qui orientent, donnent sens et cohérence aux activités des différents professionnels du droit », F. Audren, J.-L. Halpérin, *La culture juridique française : entre mythes et réalités, XIX^e-XX^e siècles*, Paris : CNRS éditions, 2013, p. 8.

²⁵³⁸ *Dictionnaire Larousse*.

²⁵³⁹ Les travaux du constitutionnaliste allemand Peter Häberle mettent en valeur le même lien entre texte juridique et culture : « prendre les textes constitutionnels positifs comme point de départ comparatif dans le passé comme dans le présent et y revenir constamment permet de relier les acquis inoubliables d'un « positivisme éclairé », lequel consiste à prendre au sérieux les textes juridiques, [...] la profondeur de la dimension historique dans laquelle une doctrine constitutionnelle travaillant de manière comparative et historique est capable, en tant que science culturelle, de pénétrer », P. Häberle, *L'État constitutionnel*, trad.

représentations qui n'ont d'autre moyen d'expression que sémantique²⁵⁴⁰. L'intertextualité que défend notamment Quentin Skinner est donc l'instrument d'une histoire culturelle, et elle n'est guère éloignée, à cet égard, de la méthode préconisée par Koselleck, dont les disciples ont insisté « [...] sur une histoire pragmatique et culturelle des concepts qui associe de plus en plus les sources iconographiques aux textes. [...] La dimension réflexive des concepts dans leur historicité même s'en trouve renforcée : il ne s'agit donc pas de construire une sémiologie du concept, mais d'en appréhender la vision que les contemporains en ont par leur conscience collective sur la base d'une combinaison d'éléments verbaux et iconiques »²⁵⁴¹. Cette dernière précision n'est pas sans évoquer l'adoption d'un point de vue interne à l'objet²⁵⁴², par ailleurs revendiqué par les auteurs du droit politique²⁵⁴³.

766. Si les *juspolitistes* se réfèrent plus expressément à la pensée de Koselleck qu'au contextualisme de Cambridge²⁵⁴⁴, on peut toutefois douter de la pertinence de tenir pour inconciliables ces deux courants dans la question qui nous préoccupe ici, celle de la méthodologie historique mise en œuvre au sein du droit politique. Ces théories, au-delà de leur commune opportunité en matière juridique²⁵⁴⁵, semblent également présenter des accointances quant à leur capacité à servir la cause *juspolitiste*. Elles préconisent en effet d'étudier les discours au regard de la portée qu'ont entendu leur conférer leurs auteurs et

M. Roffi, préf. C. Grewe, Paris : Economica, Aix-en-Provence : PUAM, coll. Droit public positif, 2004, p. 71.

²⁵⁴⁰ « Sans pouvoir pénétrer dans les consciences, les recherches sur les cultures juridiques ont pour but d'interpréter les pratiques et des discours qui accompagnent l'application et la transmission des règles de droit », F. Audren, J.-L. Halpérin, *La culture juridique française : entre mythes et réalités, XIX^e-XX^e siècles*, Paris : CNRS éditions, 2013, p. 8.

²⁵⁴¹ J. Guilhaumou, « De l'histoire des concepts à l'histoire linguistique des usages conceptuels », *Genèses* n° 38, 2000, p. 109.

²⁵⁴² On retrouve la même préoccupation sous la plume de Quentin Skinner lorsqu'il affirme être convaincu « [...] de l'idée selon laquelle la tâche de l'historien de la culture consiste à essayer de faire droit, autant que possible, à la *rationalité interne des mondes mentaux étrangers* [...] », Q. Skinner, *La vérité et l'historien*, trad. C. Hamel, Paris : Éditions EHESS, coll. Audiographie, 2012, p. 62 ; nous soulignons. L'adoption du point de vue interne n'est alors pas réservée à l'étude du droit normatif et de son application, ainsi que le suggérerait une approche positiviste du droit dans l'histoire. Jean-Louis Halpérin distingue à cet égard « une histoire externe des facteurs de production de la norme et une histoire interne de l'évolution des ordres juridiques », J.-L. Halpérin, « Histoire du droit et théorie du droit. Un essai de conciliation », *Archives de philosophie du droit* n° 51, 2008, p. 289. C'est plus largement un point de vue interne au contexte politique et social exprimé par le langage que préconise le contextualisme.

²⁵⁴³ Voir en ce sens *supra*, Titre I, Chapitre 1, section 2, §2, B, 1 et Chapitre 2, section 2, §1, B, 2.

²⁵⁴⁴ On note toutefois l'avant-propos de Denis Baranger à l'ouvrage de J.G.A. Pocock, *Vertu, commerce, histoire*, trad. H. Aji, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1998, p. 1-14. L'auteur évoque alors moins la méthode adoptée par l'historien que le fond de sa pensée républicaine.

²⁵⁴⁵ C'est ce que suggère Jean-Louis Halpérin lorsqu'il regrette que le débat méthodologique en histoire du droit soit trop laconique alors que la référence à des auteurs comme John Pocock, Quentin Skinner ou Reinhart Koselleck l'enrichirait certainement ; J.-L. Halpérin, « Pourquoi parler d'une histoire conceptuelle du droit ? », *Revue d'histoire des sciences humaines* n° 30, 2017, p. 32.

de celle qu'ils ont effectivement revêtue. C'est particulièrement clair dans les travaux de Quentin Skinner qui écrit par exemple que « [...] le travail d'interprétation doit se concentrer moins exclusivement sur ce que les individus disent et plus clairement *sur ce qu'ils font*, sur les objectifs sous-jacents qui ont pu être les leurs en disant ce qu'ils ont dit »²⁵⁴⁶. Cette perspective de recherche, tournée vers la « performativité des textes »²⁵⁴⁷, n'est pas tout à fait absente de la théorie de Koselleck – quoiqu'elle y soit sans doute moins centrale – puisque l'historien allemand a toujours associé à son approche sémantique une dimension pragmatique²⁵⁴⁸.

767. En tout état de cause, la démarche contextualiste résonne harmonieusement avec l'approche *juspolitiste* du droit, dans la mesure où cette dernière cherche justement à mettre en exergue la spécificité de la matière juridique, tout en la replongeant dans le contexte politique qui est le sien²⁵⁴⁹. Or, si le champ politique se caractérise par la controverse permanente et l'ambition d'agir sur le réel²⁵⁵⁰, les discours qui s'y inscrivent ne peuvent être compris en dehors de leur prétention à la performativité²⁵⁵¹. Si « les « faits » du passé avec lesquels l'historien entre concrètement en contact sont des textes qui n'ont toutefois pas été créés pour être des expressions verbales inoffensives, mais pour produire des effets, pour peser sur la dynamique intersubjective dans un contexte

²⁵⁴⁶ Q. Skinner, *La vérité et l'historien*, trad. C. Hamel, Paris : Éditions EHESS, coll. Audiographie, 2012, p. 53-54 ; nous soulignons. Quentin Skinner rejette ainsi la méthode de l'historiographie consistant à rechercher dans un texte la conviction exprimée par son auteur ; il préfère y déceler son *intention*. Ainsi, « [s]on idée est que le vocabulaire le plus approprié pour l'interprétation textuelle est celui que nous utilisons pour parler des actions, non des croyances [...] », *ibid.*, p. 53. Voir également sur ce point : Q. Skinner, *Visions of Politics. Vol. I. Regarding Method*, Cambridge : Cambridge University Press, 2002, p. 107-114.

²⁵⁴⁷ Q. Skinner, *La vérité et l'historien*, trad. C. Hamel, Paris : Éditions EHESS, coll. Audiographie, 2012, p. 54.

²⁵⁴⁸ C'est ce que démontre Alexandre Escudier, qui dénonce à cet égard, la lecture viciée des écrits de Koselleck à laquelle procèdent les auteurs de l'École de Cambridge, Quentin Skinner et John Pocock : A. Escudier, « « Temporalisation » et modernité politique : penser avec Koselleck », *Annales HSS* n° 6, 2009, p. 1279.

²⁵⁴⁹ C'est en ce sens que le droit politique fait de l'histoire au sens strict et ne se contente pas d'une analyse strictement juridique. « Car – ainsi que l'écrivait François Furet – de l'historien, l'ambition est plus vaste. Elle ne se borne pas à l'exégèse juridique d'un texte, mais cherche à intégrer cette exégèse juridique dans le contexte général de l'époque. Par contexte, j'entends le mouvement des idées, la situation politique et sociale, le rapport des forces et des partis, la présence ou l'absence de grands leaders d'opinion, etc. toutes choses qui ne dispensent pas d'une analyse proprement juridique, mais que l'analyse juridique ne peut pas non plus remplacer », F. Furet, « Concepts juridiques et conjoncture révolutionnaire », *Annales* n° 47-6, 1992, p. 1186.

²⁵⁵⁰ Jean-Marie Denquin inscrit ainsi le langage spécifiquement politique dans un cadre au sein duquel « [...] les enjeux sont trop importants, la compétition trop âpre pour que les adversaires laissent les choses aller leur train ». Il ajoute que, « dans le discours politique, [...] tout engage [...], rien ne peut être attribué à une cause efficiente : chaque détail a une cause finale, qui est l'effet cherché par l'auteur », J.-M. Denquin, *La politique et le langage*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2007, p. 92-93.

²⁵⁵¹ La prétention à la performativité est en quelque sorte réalisée par le langage juridique qui revêt une véritable portée « constituante » ; *ibid.*, p. 122. Où l'on voit que l'énonciation juridique constitue un aboutissement du langage politique.

spécifique »²⁵⁵², cette hypothèse s'impose avec d'autant plus de force en matière juridique où le droit se présente comme un discours prescriptif et justificatif²⁵⁵³. Il ne peut donc être compris que dans ce rapport qu'il entretient – ou au moins qu'il prétend entretenir – avec le réel²⁵⁵⁴. Dès lors, « [...] le texte est pris en considération dans sa dimension pragmatique, c'est la composante d'une dynamique interactive qui se développe et s'épuise dans un lieu et dans un temps déterminés »²⁵⁵⁵.

768. L'approche intertextuelle et contextualiste de l'histoire présente deux avantages théoriques d'importance pour légitimer la méthode employée au sein du droit politique. D'abord, et malgré le caractère inévitablement écrit des données transmises au juriste à travers l'histoire, elle éloigne du formalisme juridique en incitant à ne pas doter les textes juridiques étudiés d'une signification *en soi*, indépendante de la culture politique de leur époque. Au soutien de cette posture, Guillaume Glénard écrit par exemple que « [...] derrière les mots se cachent les notions, de sorte que ce n'est qu'à la condition de s'imprégner de la langue constitutionnelle de l'époque où le texte juridique étudié a été édicté, qu'il est possible de dévoiler le sens des termes qui en forment la substance »²⁵⁵⁶.

769. Ensuite, l'approche contextualiste met en valeur le lien étroit entre discours et culture que constitue le droit. En recourant à l'histoire, le droit politique reprend ainsi à son compte une intuition de Georg Jellinek – ici résumée par Olivier Jouanjan : « [...] le droit vit dans le « discours ». En vérité, il ne vit pas seulement dans le discours des spécialistes du droit, mais aussi et peut-être tout autant dans les discours sociaux de ceux qui, pratiquement ou théoriquement, ont à dire sur le « droit », qu'ils discutent sur *le* droit en général ou plus prosaïquement sur *leur* droit particulier. Le droit est pris dans un vaste et complexe système social d'échanges discursifs et c'est pourquoi l'histoire des *doctrines* comme l'histoire *sociale* ou *culturelle* ont à dire sur le droit non pas seulement quelque chose des *environnements* du « droit », mais quelque chose de son *intimité*

²⁵⁵² P. Costa, « Histoire, théorie et histoire de théories », in C.M. Herrera, A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris : Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2012, p. 33.

²⁵⁵³ On a vu que c'est là l'une des thèses développées au nom du droit politique. Voir en ce sens *supra*, Conclusion de la Partie I.

²⁵⁵⁴ C'est d'ailleurs par cette prétention à agir sur le réel que Denis Baranger envisage la Constitution, « pensée comme devenir » ; D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

²⁵⁵⁵ P. Costa, « Histoire, théorie et histoire de théories », in C.M. Herrera, A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris : Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2012, p. 33.

²⁵⁵⁶ G. Glénard, « Pour une analyse contextualiste du droit constitutionnel (l'exemple de la constitution de 1791) », *Droits* n° 32, 2000, p. 69.

propre »²⁵⁵⁷. En encourageant les juristes à faire de l'histoire, le droit politique incite donc à entreprendre une reconstruction des concepts juridiques *dans* l'histoire et à s'appuyer pour cela sur une lecture dialectique des textes, envisagés comme les ultimes vestiges d'un patrimoine culturel. À cet égard, il présente toutefois le risque de diluer l'objet juridique dans le champ plus vaste de l'histoire idéologique, de perdre de vue sa spécificité caractéristique.

B. Une autonomie à démontrer

770. Si droit politique et histoire présentent indiscutablement une compatibilité méthodologique, eu égard notamment à un matériau discursif comparable, ce constat interroge immédiatement sur l'existence effective de deux objets distincts et, dans cette hypothèse, sur la façon dont il est possible de les distinguer. Des considérations ontologiques similaires peuvent en effet constituer la trace d'une assimilation des deux disciplines, au détriment de leurs identités respectives. C'est là le risque inhérent à toute entreprise interdisciplinaire que de perdre de vue son propre objet²⁵⁵⁸, mais c'est un risque apparemment endigué par le droit politique (1). La question de l'autonomie se pose également, par symétrie, du point de vue de l'histoire, à laquelle n'est souvent reconnue, en matière juridique, qu'une portée accessoire, instrumentale (2).

1. Le problème de l'autonomie du droit dans l'histoire

771. Les auteurs du droit politique appellent sans réserve à associer l'histoire à l'étude du droit. On a vu que leur méthodologie à cet égard, épouse sans mal celle d'une histoire

²⁵⁵⁷ O. Jouanjan, « Justifier l'injustifiable », *Astérision. Philosophie, histoire des idées, pensée politique*, n° 4, 2006, p. 124-125.

²⁵⁵⁸ Xavier Magnon insiste en ce sens, sur le caractère nécessairement second, accessoire que doit revêtir, au regard du droit, toute connaissance extra-normative qui serait mobilisée au service d'une étude juridique : « [...] ce postulat [de l'interdisciplinarité] n'est valable que pour autant qu'il s'agit d'ajouter non seulement un objet à l'objet droit, mais également le regard d'une discipline tierce au regard du juriste, c'est-à-dire que si l'on demeure en premier lieu un juriste avec un objet et une méthode spécifique. Il est question d'une méthode *complémentaire et non pas première* », X. Magnon, « Appréhender le droit constitutionnel jurisprudentiel sous un angle politique. D'une posture à la discussion de quelques orientations méthodologiques fondamentales », in X. Magnon, P. Esplugas-Labatut, W. Mastor, S. Mouton (dir.), *Question sur la question 3 : de nouveaux équilibres institutionnels ? Actes du colloque organisé le 14 juin 2013 à l'Université de Toulouse 1 Capitole*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, coll. Grands colloques, 2014, p. 6 ; nous soulignons.

discursive, conceptuelle et sémantique. Ce constat impose cependant de déterminer comment il est possible alors de garantir l'autonomie de l'objet juridique lorsqu'il est envisagé au sein de l'ensemble plus vaste que constitue l'histoire sociale. Le risque de dilution de la matière juridique est en effet prégnant, comme dans toute entreprise empirique qui ne regarde le droit que comme un ensemble de faits sociaux²⁵⁵⁹. Si ce n'est donc pas là une question propre à la démarche historique – puisqu'elle concerne tout autant la construction d'un objet juridique spécifique dans l'étude de faits contemporains²⁵⁶⁰ – elle mérite d'être approfondie dans ce cadre, dès lors que la réponse qu'y apporte le droit politique y apparaît plus manifestement.

772. La question de l'autonomie du droit parmi les faits historiques n'est pas originale ; elle a été abordée par les historiens eux-mêmes qui, à l'instar de Koselleck, ont admis que la juridicité ne découlait pas d'un matériau textuel spécifique, mais de la lecture qu'il était possible d'en faire²⁵⁶¹. Bien qu'intéressante, cette analyse reste insuffisante à expliquer comment déterminer ce que constitue une lecture proprement juridique et ne fait donc que déplacer le problème de l'identification du droit dans l'histoire. Koselleck va cependant plus loin et suggère une piste pour identifier le droit. Selon lui, « [...] les innovations juridiques [...] ne peuvent acquérir une qualité juridique que si elles contribuent à la formation de structures répétables. C'est là qu'est contenue leur épreuve de justice »²⁵⁶². L'historien allemand propose donc une certaine idée de justice comme critère de la juridicité, idée de justice elle-même caractérisée par sa structure réitérative et l'« application répétée »²⁵⁶³ du discours qui la porte. C'est alors spécifiquement la temporalité du droit qui le caractérise et c'est l'histoire – répétée – de son discours qui lui confère sa juridicité. Le droit politique reçoit partiellement cette solution préconisée par Koselleck pour garantir une certaine autonomie à l'objet juridique. Olivier Beaud en retient ainsi que « le droit peut être donc un moyen de comprendre l'histoire politique et

²⁵⁵⁹ Ce risque est relevé par Pietro Costa : « c'est sur ces rapports [qui unissent l'historicité du droit à l'ensemble de la société] que le positivisme se concentre : il évite donc le formalisme [...], mais risque de manquer l'objectif en dissolvant le droit dans une bordée indistincte de « faits » sociaux », P. Costa, « Histoire, théorie et histoire de théories », in C.M. Herrera, A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris : Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2012, p. 31.

²⁵⁶⁰ Voir en ce sens *infra*, Chapitre 2, notamment section 1, §2, B.

²⁵⁶¹ L'historien allemand écrivait ainsi : « quoique dotés d'une portée juridique spécifique, certains textes peuvent être lus d'un point de vue économique, politique, social-historique, théologique, historico-linguistique ou même tout autrement, si tant est que je leur pose les questions adéquates », R. Koselleck, « Histoire, droit et justice », trad. A. Escudier, in *L'expérience de l'histoire*, préf. M. Werner, Paris : Gallimard Seuil, coll. Points Histoire, 1997, p. 232.

²⁵⁶² *Ibid.*, p. 233.

²⁵⁶³ « Aux défis lancés par une situation sociale contrastée, on a apporté une réponse spécifiquement juridique ; elle consistait à rechercher des règles juridiques qui, faisant leurs preuves par *application répétée*, pouvaient par là même constituer une forme de justice », *ibid.*, p. 234 ; nous soulignons.

sociale car il reflète, sous sa forme cristallisée par le langage, un certain état des choses »²⁵⁶⁴ ; la Constitution doit alors être envisagée dans sa « dimension structurelle »²⁵⁶⁵. Le rythme spécifique du langage semble toutefois insuffisant à isoler le droit des autres faits sociaux dans l'histoire, dont beaucoup peuvent présenter cette même caractéristique itérative²⁵⁶⁶.

773. Denis Baranger propose plus directement d'envisager le droit parmi les faits discursifs historiques, comme des « ensembles de représentations, de faits, de règles »²⁵⁶⁷. Considérées isolément, ces différentes composantes du droit dans l'histoire constituent moins des réponses que de nouvelles questions. À elle seule, l'idée de « règle » semble porter la même difficulté que celle de « droit », difficulté qu'il s'agit précisément de surmonter. Représentations, faits et règles doivent bien plutôt être appréhendés simultanément et les différents éléments combinés entre eux. L'histoire conceptuelle invite à étudier le discours comme un ensemble de représentations²⁵⁶⁸ et elle sera spécifiquement juridique si ces représentations, relayées par des faits concordants, ont trait à des règles, au droit en tant que tel²⁵⁶⁹. Dans le présent comme dans l'histoire, ces représentations « [...] sont le contexte indispensable du processus par lequel un sens [...] est donné » aux normes juridiques²⁵⁷⁰. Le droit dans l'histoire renvoie donc aux règles qui ont été *reconnues* comme telles à une époque donnée, du fait de représentations tenant elles-mêmes à une histoire sociale et politique ; c'est un ensemble de représentations sur

²⁵⁶⁴ O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

²⁵⁶⁵ *Ibid.*

²⁵⁶⁶ On sait que l'institution sociale durkheimienne est caractérisée par une telle durée. Voir par exemple : M. Lallement, « Penser l'institution : Durkheim et au-delà », *Idées économiques et sociales* n° 159, 2010, p. 18-24. C'est aussi le cas de la tradition politique. Un auteur écrit en ce sens que « [...] si les traditions installées sont constamment menacées par l'évolution, l'invention des traditions est peut-être un phénomène absolument nécessaire dès qu'une force politique a atteint une *durée de vie* suffisante », R. Huard, « La tradition politique : émergence, contenus, devenir », *Pouvoirs* n° 42, 1987, p. 29 ; nous soulignons.

²⁵⁶⁷ D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

²⁵⁶⁸ D'après l'historien Philippe Poirrier, il s'agit là d'un glissement caractéristique de l'historiographie moderne, puisque « [...] la prise en compte des représentations s'est imposée de plus en plus comme une évidence dans la compréhension des phénomènes et processus historiques. La résistance, plus ou moins ouverte, rarement explicitement déclarée, mais largement diffusée au sein de la communauté historienne, de l'histoire sociale vis-à-vis de l'affirmation de l'histoire culturelle est en passe d'appartenir au passé », P. Poirrier, « L'histoire culturelle en France. Une histoire sociale des représentations », in P. Poirrier (dir.), *L'Histoire culturelle : un « tournant mondial » dans l'historiographie ?*, Dijon : Éditions universitaires de Dijon, coll. Sociétés, 2008, p. 37.

²⁵⁶⁹ Nous entendons en effet ce terme de représentation dans le sens psychologique que lui attribue le *Dictionnaire Larousse*, celui d'une « perception, image mentale, etc., dont le contenu se rapporte à un objet, à une situation, à une scène, etc., du monde dans lequel vit le sujet ».

²⁵⁷⁰ D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

le droit et l'État, cristallisé dans le discours. Dans cette perspective, le droit ne tire pas son autonomie de la définition établie par le juriste historien, mais de la reconnaissance dont il a fait l'objet dans le discours de ses contemporains.

774. Cette piste de réflexion présente les avantages de ses inconvénients : elle permet certes de concevoir l'autonomie minimale du droit au regard des autres phénomènes sociaux inscrits dans l'histoire, en renvoyant au point de vue interne d'une époque donnée, c'est-à-dire en garantissant le relativisme et l'historicité de l'étude ainsi conduite. Elle ne peut cependant pas dépasser ce relativisme et proposer une définition du droit plus générale. Mais, en tout état de cause, il ne s'agit pas là d'une démarche foncièrement différente de celle que préconisent les juristes attachés à la nécessité de préserver l'autonomie de leur objet²⁵⁷¹. La démarche positiviste notamment, recommande, pour saisir le droit dans l'histoire, de recourir à des « métaconcepts »²⁵⁷² permettant de transposer la réflexion contemporaine dans les temps reculés du passé. C'est ainsi que Michel Troper, qui a consacré de nombreux travaux à cette question, identifie une démarche stipulative, par laquelle le matériau complexe de l'histoire est catégorisé pour qu'il soit possible d'y déceler ce qui relève spécifiquement du droit²⁵⁷³. C'est alors en appliquant un métaconcept de droit – une définition du droit construite dans un cadre temporel et géographique déterminé – que l'histoire se donne à voir sous un angle exclusivement juridique²⁵⁷⁴.

775. La difficulté propre au droit politique face à la question de l'autonomie de son objet réside dans son refus de consacrer un matériau spécifiquement juridique parmi la somme

²⁵⁷¹ Il ne s'agit d'ailleurs pas d'une préoccupation des seuls juristes ; Reinhart Koselleck a ainsi pu écrire que « mettre [...] au jour [l'application répétée des règles juridiques] est la tâche authentique de l'histoire du droit, laquelle ne doit pas se perdre dans l'histoire sociale générale, même si elle doit en discuter les interrogations », R. Koselleck, « Histoire, droit et justice », trad. A. Escudier, in *L'expérience de l'histoire*, préf. M. Werner, Paris : Gallimard Seuil, coll. Points Histoire, 1997, p. 234.

²⁵⁷² « [...] Pour l'analyse d'un système juridique passé, seuls peuvent être employés les métaconcepts de la théorie du droit », affirme notamment Michel Troper, « Les concepts juridiques et l'histoire », in *Le droit et la nécessité*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2011, p. 267.

²⁵⁷³ Michel Troper établit sa démonstration à partir de l'exemple du testament et du droit comparé : « la décision de considérer que, bien que les règles juridiques soient différentes, il y a, en Angleterre et en France, une institution appelée « testament », parce que dans les deux pays, il existe un procédé par lequel un individu peut exprimer sa volonté que certains biens dont il est propriétaire deviennent après sa mort la propriété de certaines personnes, cette décision ne peut être prise que d'un point de vue externe au système juridique. Le concept de testament ainsi produit *par stipulation* n'est pas un concept juridique, mais métajuridique », M. Troper, « Les concepts de l'histoire constitutionnelle », in C. M. Herrera, A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris : Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2012, p. 83 ; nous soulignons.

²⁵⁷⁴ Michel Troper démontre ainsi que l'appréhension du droit dans l'histoire résulte de présupposés, souvent implicites, quant à ce qu'il est possible de considérer au titre du droit positif. Il utilise en ce sens l'exemple du contrôle de constitutionnalité, métaconcept qui a pu être appliqué à la fonction des Parlements de l'Ancien régime : M. Troper, « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », in *Le droit et la nécessité*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2011, p. 270-273.

des ressources textuelles qu'offre l'histoire, ainsi que l'y inciterait par exemple un formalisme ontologique. Il refuse également de doter le droit d'une essence éthique sur laquelle il pourrait fonder la sélection des discours qui relèvent de son objet. Il manque donc d'un instrument méthodologique rigoureux qui constituerait son métaconcept de droit. Certes, on l'a vu, le droit politique, même sans le dire, ne plonge dans l'histoire qu'armé d'un certain présupposé quant à ce qu'est le droit ; il dispose ainsi d'un fil d'Ariane qui guide sa démarche prospective dans les couloirs du temps. Mais l'idée de métaconcept – par définition anhistorique²⁵⁷⁵ – s'accommode mal de la perspective *juspolitiste*, justement attachée à démontrer l'historicité du langage juridique. Le droit politique ne cherche en effet pas tant à décrire le système juridique d'une époque révolue et circonscrite dans le temps²⁵⁷⁶, qu'à éclairer les concepts structurants du droit constitutionnel contemporain, eux-mêmes tributaires de l'histoire²⁵⁷⁷.

776. Si les auteurs *juspolitistes* accordent à cette dernière discipline une importance fondamentale dans la compréhension de leur objet, ils sont historiens seulement par destination, ce n'est pas leur première vocation. Ils entendent toutefois conserver à l'histoire une place de choix dans leur réflexion doctrinale, sans assujettir la richesse des enseignements qu'elle dispense à une considération strictement normative. Le droit politique témoigne, à cet égard, d'une ambition véritablement interdisciplinaire.

2. Le problème de l'autonomie de l'histoire dans le droit

777. En prétendant mettre au jour la temporalité du droit constitutionnel, les auteurs *juspolitistes* entendent bien livrer une analyse proprement juridique, quoique nourrie de l'ancrage historique de son objet. Ils proposent donc une véritable *interdisciplinarité*,

²⁵⁷⁵ « La pertinence de ces [méta]concepts, créés d'un point de vue purement externe, est tout à fait indépendante de l'histoire, en ce sens qu'elle ne dépend ni du moment où ils ont été créés, ni des idées et des croyances des acteurs du système juridique qu'ils permettent de décrire », M. Troper, « Les concepts juridiques et l'histoire », in *Le droit et la nécessité*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2011, p. 265.

²⁵⁷⁶ Il ne fait donc pas de l'histoire au sens que lui attribue le positivisme. Michel Troper écrit en effet que l'histoire « [...] vise [...] à étudier les concepts dans l'histoire, c'est-à-dire à chercher à comprendre leurs particularités à un moment et dans un contexte donnés et à les expliquer par le rôle qu'ils y jouent », M. Troper, « Les concepts de l'histoire constitutionnelle », in C.M. Herrera, A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris : Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2012, p. 85.

²⁵⁷⁷ Denis Baranger, entreprenant une histoire intellectuelle de la loi, cherche ainsi à « [...] présenter la loi contemporaine comme le résultat de projets intellectuels passés qui persistent à porter sur nous leurs effets », D. Baranger, *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes*, Paris : Gallimard, coll. L'Esprit de la cité, 2018, p. 14.

justifiée notamment par Reinhart Koselleck qui recommande une « exégèse historico-juridique »²⁵⁷⁸ des sources. De fait, « toute histoire interprétative conflictuelle des principes du droit, fondés sur la durée, nous renvoie à des défis pré- et extrajuridiques auxquels il faut répondre [...]. Toute détermination de la différence existant entre l'être et le devoir suscite un questionnement sur les facteurs extra- ou préjuridiques qui conditionnent cette différence »²⁵⁷⁹. Dès lors, pour l'historien allemand, « [...] l'histoire du droit reste inscrite dans l'histoire générale, dans l'histoire politique et socio-économique et, depuis peu, dans l'histoire de la technique »²⁵⁸⁰. Fidèle à cette sentence de Koselleck, le droit politique refuse, dans l'histoire comme dans l'étude du droit contemporain, d'extirper son objet de l'environnement idéologique qui le sous-tend. S'il préconise un recours à l'histoire, celle-ci n'est donc pas un expédient seulement utile à l'étude du droit, elle en constitue une composante indispensable. Le droit politique témoigne à cet égard d'un usage consciencieux de l'histoire dans laquelle s'inscrivent les données juridiques. Il se distingue, ce faisant, de courants de pensée empreints de « juridisme »²⁵⁸¹, qui, bien qu'accordant une place significative à l'histoire dans leurs travaux, en assujettissent fondamentalement la portée à des considérations purement juridiques.

778. À ce titre, la théorie *juspolitiste* se démarque d'abord nettement d'un recours positiviste à l'histoire. Désireux de garantir avant tout l'autonomie de son objet, le positivisme ne retient en effet de l'histoire, que la succession saccadée de systèmes juridiques distincts. Il refuse d'envisager la *temporalité* du droit, notamment constitutionnel, et sa transformation continue envisagée sous un angle qui ne serait pas seulement formel²⁵⁸² ; il procède plutôt à une « réduction du temps constitutionnel à

²⁵⁷⁸ R. Koselleck, « Histoire, droit et justice », trad. A. Escudier, in *L'expérience de l'histoire*, préf. M. Werner, Paris : Gallimard Seuil, coll. Points Histoire, 1997, p. 233.

²⁵⁷⁹ *Ibid.*

²⁵⁸⁰ *Ibid.*

²⁵⁸¹ « Le juridisme est précisément cette croyance en la Constitution comme norme juridique supérieure, d'où se déduit tout le système juridique et politique d'un pays, où la réalité trouve son fondement et son principe d'évolution ; le juridisme est cette croyance en la Constitution, et plus généralement dans le droit, comme moteur de la vie politique, sinon de l'histoire », D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Domat droit public, 11^e éd., 2016, p. 793.

²⁵⁸² Jean-Louis Halpérin, qui revendique expressément une posture positiviste, se réfère à ce titre à une définition formelle du droit, ce qu'il explique notamment par son refus d'adhérer à la position radicalement opposée, celle d'une essentialisation du droit. Ainsi écrit-il : « face à des conceptions essentialistes, qui supposent des universaux ou des invariants dans le contenu des règles juridiques, nous affirmons que tout peut être changé dans un ordre juridique et que la possibilité d'un changement – *le fait que le changement soit en quelque sorte prévu d'avance et organisé par des règles procédurales* – est précisément un critère déterminant pour identifier la création d'ordres juridiques par rapport à d'autres ordres de contrainte », J.-L. Halpérin, « Le droit et ses histoires », *Droit et société* n° 75, 2010, p. 298 ; nous soulignons. De ce point de

l'événement historique »²⁵⁸³, soit à l'exercice du pouvoir constituant ou à celui du pouvoir de révision constitutionnelle²⁵⁸⁴. C'est là la pierre d'achoppement principale qui distingue le positivisme du droit politique dans leur rapport à l'histoire²⁵⁸⁵ : le droit est, dans la première hypothèse, arraché à des considérations temporelles, qui constituent pourtant le cœur de la méthode historique. Ainsi Denis Baranger dénonce-t-il le positivisme qui conduit à ce que « la norme constitutionnelle se trouve *hors du temps*, du moment qu'elle a été établie *comme il faut*. En somme, [de ce point de vue] le cours de l'histoire a conduit à une normativité positive si parfaite que la question de ses relations avec le temps ne se pose plus »²⁵⁸⁶. L'impératif absolu d'autonomie de son objet auquel répond le positivisme juridique le conduit donc à négliger l'histoire en tant que temporalité ; cette dernière ne semble dès lors pas pouvoir s'accommoder d'une conception strictement normative du droit.

779. Les nombreux travaux de Michel Troper sur la question des rapports entre droit et histoire démontrent par ailleurs que la posture positiviste sur ce point est autant guidée par une ontologie construite sur l'exclusion de ce qui n'est pas normatif²⁵⁸⁷, que par le souci de ménager l'extériorité de la science du droit à l'égard de son objet. L'opposition que propose Michel Troper entre concepts (du droit) et métaconcepts (de la science du droit) vise justement à distinguer entre les deux discours dès lors qu'« ils ne sont pas construits de la même manière, ils ne remplissent pas les mêmes fonctions et leur rapport aux faits est différent »²⁵⁸⁸. La rigueur de cette dichotomie s'appuie également sur un rapport différent à l'histoire : « ainsi – résume Michel Troper – les concepts juridiques

vue, le recours intermédiaire à la temporalité que préconisent les tenants du droit politique participe à la démonstration d'une épistémologie qui n'est ni celle du positivisme, ni celle de l'essentialisme.

²⁵⁸³ J. Hummel, « Histoire et temporalité constitutionnelles », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

²⁵⁸⁴ L'auteur précise en effet que, « en l'absence de toute interrogation sur le statut des normes constituantes ou pré-constituantes, une telle démarche est contrainte d'enregistrer une histoire constitutionnelle chaotique et syncopée, faite d'une succession de moments révolutionnaires entraînant, à chaque fois, la disparition momentanée du droit et de l'État », *ibid.*

²⁵⁸⁵ Olivier Beaud déplore par exemple que « les juristes spécialistes du droit constitutionnel [...], obsédés par la question de la valeur normative – sa suprématie au sein de la pyramide des normes – [...] oublient complètement sa dimension temporelle, et donc le phénomène fondamental de *la durée de la Constitution* », O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

²⁵⁸⁶ D. Baranger, « Temps et constitution », *Droits* n° 30, 2000, p. 60.

²⁵⁸⁷ Cette ambition fait d'ailleurs encourir à son auteur le risque de s'éloigner du réalisme en tant que tel dès lors que, comme l'a démontré Pierre Brunet, sa démarche « [...] substitue une « causalité scientifique » à une « causalité sublunaire », elle substitue la loi à des tendances, lesquelles comportent tant de variations que l'on doit toujours les envisager comme précaires – précarité que Michel Troper cherche à abolir au risque de camper sur des certitudes [...] », P. Brunet, « Michel Troper et la « théorie » générale de l'État. État général d'une théorie », *Droits* n° 37, 2003, p. 100.

²⁵⁸⁸ M. Troper, « Les concepts juridiques et l'histoire », in *Le droit et la nécessité*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2011, p. 258.

s'éclairent par leur fonction et par l'histoire de leur formation, mais c'est une histoire spécifique, tandis qu'ils ne sont d'aucun secours pour comprendre l'histoire, les métaconcepts juridiques ne doivent rien à l'histoire, mais permettent seuls de la comprendre »²⁵⁸⁹. Cette analyse positiviste ne trouve pas à s'appliquer dans le cadre du droit politique, dès lors que ce dernier affiche un scepticisme certain à l'égard de l'opportunité de distinguer aussi drastiquement discours juridique et discours doctrinal²⁵⁹⁰. Mais ce n'est pas là la seule critique que retiennent les auteurs *juspolitistes* à l'encontre de la différenciation tropérienne entre concepts et métaconcepts : celle-ci témoigne également d'une instrumentalisation de l'histoire par la théorie juridique, instrumentalisation jugée induite par le droit politique. Denis Baranger affirme ainsi, à propos de la thèse tropérienne : « ce n'est pas une histoire d'historien. C'est la froide lumière de la théorie se posant sur les objets du passé »²⁵⁹¹. Dans une large mesure, le positivisme intègre la catégorie des « modélisateurs » que vise François Saint-Bonnet lorsqu'il décrit une « [...] histoire constitutionnelle [qui] peut n'être guère une histoire : on ne recherche pas tant la vérité de l'histoire que la vérité du droit et la vérité du fonctionnement de telle institution : on cherche à créer un modèle qui fonctionnerait quand bien même les contingences historiques n'existeraient pas »²⁵⁹².

780. La théorie juridique présente une autre hypothèse dans laquelle l'articulation de l'histoire et du droit conduit à négliger la première au bénéfice du second ; celle de l'École historique du droit. Les auteurs allemands qui l'ont fondée ont certes tissé des liens inextricables entre droit et histoire²⁵⁹³. Savigny écrivit ainsi : « l'École historique admet que la matière du droit est donnée à travers le passé de la nation dans son ensemble et ce, non pas de façon arbitraire, de telle sorte que cette matière pourrait aussi bien être telle ou telle, mais en ce sens qu'elle provient de l'essence la plus intime de la nation même et de son histoire »²⁵⁹⁴. Mais, en définissant le droit comme le fruit d'une

²⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 268.

²⁵⁹⁰ Voir sur cette question *supra*, Titre I, Chapitre 1, section 2, §2.

²⁵⁹¹ D. Baranger, « Les constitutions de Michel Troper », *Droits* n° 37, 2003, p. 139.

²⁵⁹² F. Saint-Bonnet, « *Nemo auditur suam propriam methodum allegans* », in C. M. Herrera, A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris : Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2012, p. 111.

²⁵⁹³ Pietro Costa estime en ce sens que, « pour l'historicisme savignien, l'histoire est l'origine d'une forme juridique qui se reflète totalement dans la doctrine des juristes : le droit est histoire, mais en même temps l'histoire est droit ; entre histoire et droit, il y a une *correspondance biunivoque* », P. Costa, « Histoire, théorie et histoire de théories », in C.M. Herrera, A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris : Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2012, p. 29 ; nous soulignons.

²⁵⁹⁴ F. C. von Savigny, « Sur le but de la présente revue », trad. O. Jouanjan, in *L'esprit de l'École histoire du droit*, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, coll. Annales de la faculté de droit de Strasbourg, 2004, p. 27.

conscience collective, elle-même fondamentalement historique²⁵⁹⁵, l'École historique a conféré au droit et, par voie de conséquence, à l'histoire, une rationalité présumée. Olivier Jouanjan analyse ce phénomène en ces termes : « la rupture voulue par l'École *historique* se trouve précisément là : dans la consubstantialité du rationnel et de l'historique. [...] La raison est dans l'histoire et l'histoire dans la raison »²⁵⁹⁶. Il en résulte que, dans une perspective différente du positivisme, mais pareillement engagée en faveur de l'autonomie du droit²⁵⁹⁷, l'histoire n'est jamais considérée en elle-même, indépendamment de la problématique juridique. Paradoxalement, l'École historique conduit d'ailleurs à une conception *anhistorique* du droit²⁵⁹⁸, dès lors que l'histoire à laquelle celui-ci répond ne se conçoit pas comme l'enchaînement de faits imprévisibles et contingents, mais plutôt comme la progression cohérente – presque prédestinée – d'un esprit collectif²⁵⁹⁹. Dans cette hypothèse, « il n'y a pas de séparation possible entre aujourd'hui et hier ; aujourd'hui est la reprise réflexive et pensive d'hier et la dogmatique du droit actuel [...] ne peut autrement se faire que par cette réflexion de l'histoire et du passé, parce que « actuel » est encore et toujours dans l'histoire »²⁶⁰⁰. La démarche adoptée par l'École historique reste donc largement indifférente à l'histoire entendue comme temporalité, ce qui la conduit étrangement à atténuer la dimension historique de sa conception du droit, et à l'étouffer par la prévalence de sa dimension théorique :

²⁵⁹⁵ La lecture de Savigny enseigne ainsi que, pour lui, « une histoire du droit n'est [...] aucunement un récit édifiant, ni une explication causale, externe, des modifications du droit, mais histoire d'une conscience dont l'historien participe et qui est le siège même du droit, la conscience d'un peuple », O. Jouanjan, « Savigny et la lecture des classiques », *Annuaire de l'Institut Michel Villey* vol. 1, 2009, p. 146.

²⁵⁹⁶ O. Jouanjan, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales* vol. XLI, 2003, p. 131.

²⁵⁹⁷ Ce que le positivisme doit à la pensée d'auteurs comme Savigny et Putcha est ainsi résumé par Ernst-Wolfgang Böckenförde : « en tant que l'École historique, d'une part, prépara [...] la voie à une science juridique conceptualiste anhistorique, isolant complètement le droit de ses contextes sociaux et historiques, et que, d'autre part, elle conduisit à une pure histoire du droit, coupée de tout lien avec la situation contemporaine et consacrée à ce que en tant que tel est passé, elle fut elle-même l'expression et le moyen d'une rupture avec l'histoire qui demeure caractéristique du XIX^e siècle », E.-W. Böckenförde, « L'école historique du droit et le problème de l'historicité du droit », in *Le droit, l'État et la constitution démocratique : essai de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, trad. et préf. O. Jouanjan, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2000, p. 66.

²⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. 71.

²⁵⁹⁹ Savigny cherchait en ce sens à démontrer que « [...] le droit vit, tout comme la langue, dans la conscience du peuple », F.C. von Savigny, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, trad. et préf. A. Dufour, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2006, p. 53. Ce paradoxe apparent s'explique en ceci que l'École historique « [...] conçoit l'évolution comme l'application et le développement d'un principe immanent au peuple, si bien que l'Histoire n'est pas appréhendée comme mode de production de l'événement, mais seulement comme espace dans lequel s'effectue cette évolution », M. Troper, « Préface », in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 16.

²⁶⁰⁰ O. Jouanjan, « Savigny et la lecture des classiques », *Annuaire de l'Institut Michel Villey* vol. 1, 2009, p. 147.

« l'historicisme savignien ne liquide pas la théorie, mais au contraire la refonde et la renforce et il finit plutôt, paradoxalement, par rendre problématique la dimension de l'historicité. L'équilibre que Savigny s'efforçait de maintenir entre histoire et théorie ne tient pas longtemps [...] »²⁶⁰¹. Or, c'est précisément la problématique de la temporalité du droit que les tenants du droit politique cherchent à réintroduire dans l'approche juridique. Celle-ci ne peut apparaître qu'en mettant en relation le droit avec une histoire qui ne lui est pas intrinsèque, mais qui l'accompagne, éventuellement qui le détermine. La démonstration *juspolitiste* suppose donc que le droit soit susceptible d'être identifié dans l'histoire, mais aussi que cette dernière ne soit pas réduite à son expression juridique ; l'autonomie de ces deux objets est ainsi primordiale pour comprendre le recours méthodologique du droit politique à l'histoire, et pour mettre en valeur l'originalité de l'interdisciplinarité qu'il recommande à ce titre.

²⁶⁰¹ P. Costa, « Histoire, théorie et histoire de théories », in C.M. Herrera, A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris : Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2012, p. 28.

Section 2 : Une instrumentalisation théorique manifeste de l'histoire par le droit
politique

781. Si l'histoire telle qu'elle est envisagée par le droit politique ne subit pas l'hégémonie d'une appréhension exclusivement juridique, elle n'en revêt pas moins une place accessoire au sens strict dans les travaux *juspolitistes*. La vocation première de ces derniers reste principalement tournée vers une problématique *juridique*, et l'histoire ne tient finalement lieu que de ressource pour la traiter. Ainsi, quoiqu'elle dispose d'une autonomie indéniable dans les écrits du droit politique, elle n'en est pas l'enjeu principal ; bien plus certainement en est-elle l'instrument. L'histoire, dans l'hypothèse du droit politique, est donc, comme toute méthode, « [qui] n'existe pas en elle-même, [...] une stratégie au service d'une conviction comme en est une autre la rhétorique »²⁶⁰². L'histoire mise en œuvre par les auteurs *juspolitistes* peut en effet être envisagée comme l'expression d'une telle stratégie, en ceci que, considérée ontologiquement comme une véritable *composante* du droit constitutionnel, elle représente un panel d'arguments en faveur de deux de leurs thèses les plus topiques : la thèse ontologique tenant à la conception institutionnaliste de la Constitution (§1) et la thèse méthodologique tendant à l'approche sémantique des concepts juridiques (§2).

§1 : Un argument en faveur de la conception institutionnaliste du droit

782. L'institutionnalisme du droit politique, qui sous-tend l'ensemble de sa théorie, rencontre l'histoire²⁶⁰³ lorsqu'il lui emprunte les moyens de conceptualiser la *durée* de la Constitution. L'institution, en tant qu'épicentre de la pensée *juspolitiste*, se comprend en effet à la lumière de sa *temporalité*, c'est-à-dire à la fois de sa pérennité, de sa continuité et de sa transformation dans l'histoire. À ce titre, une question intéressante consisterait à se demander si le droit politique adopte une perspective historique pour mieux défendre

²⁶⁰² F. Saint-Bonnet, « *Nemo auditur suam propriam methodum allegans* », in C. M. Herrera, A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris : Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2012, p. 110.

²⁶⁰³ L'histoire est alors entendue comme objet et non comme discours doctrinal ; elle vise donc ici la chronologie, la temporalité et l'écoulement inéluctable du temps. De ce point de vue, l'histoire « [...] qui est réalité concrète et non plus seulement une discipline intellectuelle, intègre toutes les activités spécifiquement humaines et leurs effets. L'histoire inclut ainsi la religion, la technique, l'art, la philosophie, la science, bref, tout ce que l'on appelle aujourd'hui [...] la « culture » [...] », O. Sedeyn, « Présentation : le sens de l'histoire », in L. Strauss, *La philosophie politique et l'histoire. De l'utilité et des inconvénients de l'histoire pour la philosophie*, Paris : Librairie générale française, coll. Le Livre de poche, 2008, p. 14.

sa thèse institutionnaliste ou si c'est son goût pour l'histoire qui le conduit à défendre l'institution comme clef de compréhension du droit constitutionnel. En tout état de cause, face à l'impossibilité de trancher définitivement cette alternative, le rapport qu'entretiennent les auteurs *juspolitistes* avec l'histoire reste éclairant sur leur engagement institutionnaliste qui, en retour, renseigne sur la méthodologie historique mise en œuvre. Le concept d'institution permet d'abord de sélectionner, dans l'histoire, ce qui relève spécifiquement du droit constitutionnel et de construire ainsi un objet autonome dans le champ plus vaste des données historiques (A). Réciproquement, c'est le principe de la durée – caractéristique de l'histoire – qui fonde l'institution et, plus largement, le droit constitutionnel, par la contrainte structurelle qu'il met au jour (B).

A. Une temporalité constitutionnelle autonome

783. Affirmer l'autonomie de la temporalité constitutionnelle ne conduit pas nécessairement à l'isoler de l'histoire politique et sociale plus vaste, qui la justifie et l'influence ; elle doit donc être soigneusement distinguée d'une véritable indépendance, qui est parfois reconnue à la matière juridique²⁶⁰⁴. Si la temporalité constitutionnelle peut bien être considérée comme autonome, c'est uniquement parce que la Constitution entretient des rapports à l'histoire et *dans* l'histoire qui sont irréductibles à d'autres objets. L'étude de la Constitution que propose le droit politique en recourant à l'histoire repose donc sur la consécration de la spécificité de sa temporalité : le droit constitutionnel se détache dans l'histoire du fait du rythme qui le caractérise (1). Une telle démarcation reste cependant fragile et interroge l'efficacité des critères alors retenus (2).

²⁶⁰⁴ Il ne s'agit donc pas ici de remettre en cause la thèse de Jacky Hummel qui tient à « [...] souligner en creux l'absence de toute autonomie de l'histoire constitutionnelle. En effet, cette dernière n'est pas une histoire à part, elle s'inscrit dans l'histoire générale dont elle est consubstantielle. Profondément imbriquées dans le mouvement de l'histoire politique, les constitutions, tout à la fois, le ponctuent et en sont le résultat », J. Hummel, « Histoire et temporalité constitutionnelles », *Jus politicum* n° 7, mai 2012. Pour autant, le caractère juridique de la pensée que portent les travaux *juspolitistes* suppose une identification de l'objet qui le distingue de l'histoire au sens large ; si le droit constitutionnel n'est pas *hermétique* à l'égard de l'histoire sociale et politique, il peut donc disposer d'une certaine autonomie caractéristique.

1. Un rythme constitutionnel caractéristique

784. La théorie présentée par le droit politique se démarque dans la doctrine, en ceci qu'elle cherche à consacrer la spécificité du droit constitutionnel, là où la plupart des courants de pensée semblent au contraire chercher à le banaliser²⁶⁰⁵. L'argument de cette spécificité repose bien sûr sur le caractère *politique* du droit de la Constitution. La mixité irréductible du droit constitutionnel se manifeste toutefois elle-même sur le plan de sa temporalité, écartelée entre deux tendances extrêmes que sont la stabilisation formelle et la mobilité politique. L'institutionnalisme apparaît ici comme le moyen de mettre en valeur cette temporalité propre et, partant, d'identifier ce qui relève de la matière constitutionnelle.

785. Dans la pensée exprimée au titre du droit politique, la temporalité constitutionnelle se distingue d'abord de celle des faits politiques et sociaux²⁶⁰⁶, à raison de ce qui prend la forme d'un postulat. Jacky Hummel écrit en ce sens qu'« [...] il faut se garder de confondre le temps des constitutions avec le temps politique et social. Une trop grande historicisation sociale et politique de la norme constitutionnelle aurait pour effet de nier l'idée même d'une temporalité constitutionnelle propre à abriter certaines valeurs et certains principes »²⁶⁰⁷. Autrement dit, la définition substantielle de la Constitution retenue par le droit politique justifie qu'elle ne puisse être réduite à un fait social ordinaire, ce qui implique qu'elle s'inscrive dans un temps propre : la temporalité spécifique du droit constitutionnel constitue donc un présupposé. Sur son fondement, la temporalité constitutionnelle se distingue donc de celle de la politique, dont le rythme, plus fragmenté, s'avère trop précipité pour faire apparaître le temps long de la juridicité. Certes, le droit constitutionnel entretient des relations étroites avec le *tempo* politique, puisqu'il en est à la fois le métronome et le sujet. Il n'est pas rare que cette ambivalence soit relevée en doctrine, y compris dans l'hypothèse d'une appréhension normativiste du

²⁶⁰⁵ Armel Le Divillec affirme par exemple : « quoiqu'on en veuille, et malgré son apparente « normalisation » (au sens où il y a désormais un juge qui énonce au moins en partie ce droit), le droit constitutionnel n'est pas pour autant devenu un droit tout à fait comme les autres [...], et il conservera toujours (tant qu'il existe) quelque chose de spécifique [...] », A. Le Divillec, « La QPC, déclin de la pensée constitutionnelle ? », in D. Rousseau, P. Pasquino (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité : une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, Paris : Mare & Martin, 2018, p. 109.

²⁶⁰⁶ Reprenant la pensée de Koselleck, Olivier Beaud estime en ce sens que l'on peut opposer « [...] la constitution, en tant qu'elle est structure (c'est-à-dire une forme politique, répétitive), à l'événement, l'écoulement des faits, c'est-à-dire la naissance d'une constitution qui dépend des faits politiques », O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

²⁶⁰⁷ J. Hummel, « Histoire et temporalité constitutionnelles », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

droit. Dmitri Georges Lavroff a par exemple écrit que « [...] la Constitution comme ensemble de normes et de procédures, confrontée au Temps [interroge sur] les conditions dans lesquelles elle prétend, et parvient ou non, à le discipliner et [celles dans lesquelles] elle reçoit le choc du Temps en s'adaptant ou non, grâce à des moyens qui ne sont pas ceux, formellement définis, de la révision du texte »²⁶⁰⁸. Étroitement dépendant de la temporalité politique, le rythme constitutionnel s'en distingue donc en prétendant agir sur elle, et en subissant en retour son influence parfois décisive, quoiqu'elle n'altère pas systématiquement le texte constitutionnel lui-même.

786. C'est une autre présomption qui permet, dans la théorie du droit politique, de fonder l'autonomie de la temporalité constitutionnelle à l'égard du droit lui-même. Si la Constitution se distingue de la loi et autres réglementations, c'est du fait de son caractère politique et mécaniste – institutionnel en somme – qui contrarie toute tentative de lui apposer un prisme exclusivement formaliste²⁶⁰⁹. Considéré sous l'angle de l'histoire, cet argument n'apparaît qu'indirectement dans les travaux du droit politique ; il reste toutefois perceptible, par exemple dans la critique que Denis Baranger adresse aux courants positivistes, quant à l'indifférence qu'ils affichent à l'égard de la temporalité constitutionnelle. Il écrit ainsi que « le positivisme accomplit [...] la fermeture de la constitution écrite moderne par rapport au cours des choses, et notamment au risque de dégradation de l'acquis historique qu'elle représente pour le constitutionnalisme. Il la saisit dans l'histoire, et prétend la placer dans la sphère éthérée et inaccessible, anhistorique et atemporelle, du devoir-être »²⁶¹⁰. Cette critique vise certes à dénoncer l'exclusion de l'histoire à laquelle procède le normativisme au sens large ; elle peut toutefois également être comprise comme portant sur la banalisation du droit constitutionnel, réduit à la même atemporalité que l'ensemble de l'ordre juridique. Si le droit dans son entier mériterait sans doute d'être plongé dans son histoire, c'est, pour le droit politique, une préoccupation spécifiquement déterminante en matière

²⁶⁰⁸ D.G. Lavroff, « La Constitution et le Temps », in *Droit et politique à la croisée des cultures : Mélanges Philippe Ardant*, Paris : LGDJ, 1999, p. 207-208.

²⁶⁰⁹ Le droit constitutionnel britannique représente à ce titre une illustration précieuse, puisqu'il met en valeur une temporalité émancipée du rythme des textes. Stéphane Rials estime en ce sens que « [...] le paradoxe d'une constitution coutumière (ou conventionnelle) est qu'elle est le fruit d'une réinvention permanente de ses immuables, de ses antiques traits constitutifs, de ces traits qui sont les seuls conformes, disait-on autrefois, à l'honneur d'un peuple – même les plus stables en apparence, dont la signification change lors même que semble prévaloir une apparente immutabilité informellement formelle. Ce paradoxe [...] mine [...] les cultures du texte », S. Rials, « Préface. À l'anglaise, comment filer l'histoire constitutionnelle ? », in D. Baranger, *Parlementarisme des origines : essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1999, p. 12.

²⁶¹⁰ D. Baranger, « Temps et constitution », *Droits* n° 30, 2000, p. 60.

constitutionnelle, car cette dernière s'éclaire notamment à la lumière des rapports qu'elle entretient avec le temps²⁶¹¹.

787. La nature topiquement institutionnelle du droit de la Constitution explique que sa temporalité soit construite, dans la théorie *juspolitiste*, à partir de la même oscillation entre droit normatif et événement politique. C'est la conjonction de ces deux éléments qui caractérise le droit constitutionnel, c'est donc comme un intermédiaire entre ces deux temporalités distinctes que se présente le rythme qu'il adopte dans l'histoire²⁶¹² : il n'est ni celui, lent et tranché, de la forme constitutionnelle, ni celui, rapide et saccadé, de l'agir politique²⁶¹³. L'anti-formalisme du droit politique est à cet égard déterminant : en plaçant ses auteurs sur la voie de l'institutionnalisme, il les invite simultanément à renoncer à regarder l'histoire de la Constitution comme celle de sa forme. La mise au jour de l'autonomie de la temporalité constitutionnelle suppose en effet de ne pas la réduire à la succession des procédures constitutives ou de révision du texte de la Constitution²⁶¹⁴. L'institutionnalisme inspiré d'Hauriou conduit tout naturellement les *juspolitistes* à rechercher le mouvement derrière l'apparente stabilité du droit, et la continuité derrière l'apparence du changement²⁶¹⁵. Dans cette perspective, « il est [dès lors] erroné de réduire les régimes politiques aux seuls textes constitutionnels car ces derniers peuvent donner lieu à des pratiques fort divergentes [...] »²⁶¹⁶.

²⁶¹¹ Dans l'hypothèse défendue par le droit politique, le constitutionnalisme lui-même se caractérise en effet par une certaine relation à la temporalité, ce qui le distingue notamment du droit coutumier. L'histoire devient l'objet alors qu'elle était la justification du droit. : *ibid.*, p. 57. François Saint-Bonnet procède à une comparaison similaire lorsqu'il oppose la logique constitutionnelle à celle de l'exercice du pouvoir sous l'Ancien régime : F. Saint-Bonnet, « Remarques sur les arguments historiques dans les débats constitutionnels français (XVI^e – XVIII^e siècle) », *Droits* n° 38, 2003, p. 145-146.

²⁶¹² L'histoire est elle-même déterminante pour mesurer l'influence de chacun de ces rythmes. Ainsi, « si on laisse s'écouler un certain temps entre le moment de l'édiction constitutionnelle et celui de son interprétation, la marge de liberté interprétative augmente », D. Baranger, « Le dépérissement de la pensée institutionnelle sous la V^e République », *Droits* n° 44, 2006, p. 43.

²⁶¹³ Jacky Hummel estime ainsi que « [...] la loi fondamentale, éloignée des contingences et des alternances partisans, participe d'une lenteur qui dépasse le temps accéléré du politique. [...] Elle se refuse à toute accélération précipitée et désordonnée », J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les Sens du droit, 2010, p. 113.

²⁶¹⁴ Jacky Hummel écrit en ce sens que « bien qu'il soit cet acteur historique qui se place en rupture avec la réalité présente, le constituant originaire n'est pas le seul à faire rouler les dés de l'histoire constitutionnelle », J. Hummel, « Histoire et temporalité constitutionnelles », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

²⁶¹⁵ Le doyen de Toulouse mettait ainsi en exergue deux types de forces régulatrices de l'ordre social, les « forces de conservation » et les « forces de transformation ». Selon Hauriou, ces dernières « [...] triomphent [toujours] des forces de conservation de l'ordre social, sans même tenir compte des occasions favorables que les événements historiques heureux ou malheureux peuvent leur fournir. Elles en triomphent plus ou moins lentement ou plus ou moins brusquement. Tantôt il y a simple évolution, tantôt il y a révolution, mais toujours il y a changement », M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 70.

²⁶¹⁶ J. Hummel, « Histoire et temporalité constitutionnelles », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

788. L'effort de stabilisation qui est à l'œuvre dans l'entreprise constituante²⁶¹⁷ ne connaît cependant jamais un succès absolu, et la tension est donc perpétuelle entre la contrainte temporelle qu'entend imposer la Constitution et la propension du pouvoir politique à s'y soustraire : « la Constitution est une institution juridique qui veut se perpétuer dans son intégrité alors que la pratique politique, qui est l'expression du rapport du Temps avec le texte, peut introduire des innovations dans les normes constitutionnelles »²⁶¹⁸. La résorption de la tension entre ces deux dynamiques contradictoires n'étant jamais acquise, elle suppose de construire des concepts à même de la traduire en tant que telle. C'est ainsi que l'idée de coutume constitutionnelle a pu représenter un argument décisif pour penser l'articulation des deux pendants, formaliste et politique, de l'histoire constitutionnelle²⁶¹⁹. Nous avons vu, toutefois, comment la notion de coutume peine à se substituer à l'approche formaliste du droit constitutionnel, et en représente bien plus sûrement un concept accessoire²⁶²⁰. Le champ plus vaste de l'institutionnalisme permet cependant de consacrer l'idée d'une temporalité constitutionnelle spécifique, qui ne recoupe parfaitement ni l'histoire du texte ni celle de la politique, mais qui traduit le conflit permanent qui les articule. Réciproquement, c'est dans l'histoire que se mesure l'opportunité de recourir à l'institutionnalisme, puisque c'est là que « [...] s'éprouve la contradiction irrésolue entre la prétention constituante à une œuvre impérissable et le démenti que lui oppose obstinément le réel »²⁶²¹. Mais l'équilibre que ménage une telle appréhension du droit constitutionnel ne laisse pas

²⁶¹⁷ Philippe Ardant expliquait comment la Constitution vise à discipliner le pouvoir politique en l'insérant dans une temporalité qu'il ne maîtrise pas. Aussi écrivait-il que « l'aménagement du temps est l'une des ressources privilégiées de l'ingénierie constitutionnelle. Lorsqu'il met en place les mécanismes du pouvoir, le constituant joue avec les dates, les délais, les rythmes et les périodes, comme autant d'instruments au service de ses objectifs », P. Ardant, « Le temps dans les constitutions écrites », in M. Ameller, P. Ardant, J.-C. Bécane, (dir.), *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris : Montchrestien, 2001, p. 503.

²⁶¹⁸ L'auteur ajoutait : « la constatation n'a rien de bouleversant si on la prend comme réalité matérielle car tout le monde sait que la mise en œuvre d'un texte est forcément différente de la procédure prévue, mais elle est plus intéressante si l'on envisage que la pratique politique puisse être un facteur d'évolution du texte en fonction des nécessités du Temps », G. Lavroff, « La Constitution et le Temps », in *Droit et politique à la croisée des cultures : Mélanges Philippe Ardant*, Paris : LGDJ, 1999, p. 225.

²⁶¹⁹ « Il apparaît [...] que la coutume constitutionnelle, lorsqu'elle se fait révisionnelle, participe d'un système de régulation para-constitutionnelle seul à même de garantir une relative continuité depuis le texte fondateur. En d'autres termes et pour situer, conformément à notre démarche initiale, l'acte de révision sous le signe de la temporalité, la coutume constitutionnelle révisionnelle, bien mieux que la Constitution rigide elle-même, est à même d'accorder cette neutralisation du temps politique à l'œuvre dans le projet constitutionnel avec l'écoulement élémentaire du temps historique, tout aussi susceptible de le réduire à néant [...] », S. Pierré-Caps, « Les révisions de la Constitution : temps, conflits et stratégies », *RDP* n° 2, 1998, p. 430.

²⁶²⁰ Voir *supra*, Partie I, Titre I, Chap. 2, Section 2, §1, B, 2.

²⁶²¹ J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les Sens du droit, 2010, p. 16.

d'interroger sur la possibilité d'isoler effectivement sa temporalité dans l'histoire, et sur les critères retenus à cet égard.

2. Un rythme constitutionnel difficilement saisissable

789. Si le recours à la temporalité constitutionnelle permet au droit politique de fonder en théorie l'autonomie et la spécificité de son objet dans l'histoire, il interroge sur l'efficience d'une telle idée confrontée à une réalité concrète. C'est là une difficulté logique que rencontre la pensée *juspolitiste*, dès lors qu'elle cherche à s'affranchir de critères trop rigoureux, comme par exemple la forme écrite du droit. Comment peut-on, de fait, isoler à partir de sa temporalité spécifique, la matière constitutionnelle ? La difficulté ici relevée trouve dans la question déjà évoquée²⁶²² du précédent une illustration éclairante. Le précédent se définit à la fois par sa spontanéité, son unicité au moment où il se manifeste, et par la référence qu'il devient ensuite pour fonder des décisions ultérieures qui le reproduiront²⁶²³. Du point de vue de la temporalité, on peut considérer que l'émergence d'un précédent relève seulement du fait politique, mais qu'il peut être amené à acquérir une véritable portée constitutionnelle s'il s'intègre à la structure institutionnelle. Le droit serait alors identifiable dans l'histoire par une temporalité politique spécifiquement marquée par la récurrence et la répétition. On retrouve ici une façon de procéder très proche de celle que proposait Reinhart Koselleck, attentif à la nécessité de distinguer la temporalité juridique de l'histoire sociale au sens large. L'historien écrivait ainsi que « les préalables de la coutume, du contexte juridique et (éventuellement) de l'interprétation téléologique, toutes ces contraintes institutionnelles ne sont agissantes *in actu* que parce qu'elles se reproduisent d'un cas à l'autre. Et quand elles se modifient, c'est avec lenteur, et sans que leurs structures cycliques en soient détruites. Ce qu'on appelle la « longue durée » n'est historiquement agissant que parce que la temporalité unique des événements cache en elle des structures reproductibles,

²⁶²² Voir *supra*, Partie I, Titre I, Chapitre 2, section 2, §1, B, 2.

²⁶²³ « Le précédent est plus qu'un antécédent. Il suppose en effet une antériorité, mais en plus il suppose la confrontation avec un nouveau fait ou une nouvelle situation sur lesquels il aura une certaine influence », D. Tallon, « Précédent », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 1185.

dont l'évolution suit d'autres rythmes que les événements eux-mêmes »²⁶²⁴. Cette façon d'isoler le droit dans l'histoire n'est pas sans évoquer l'institutionnalisme, puisque c'est ce dernier qui « [...] se présente comme l'outil conceptuel qui [...] permet d'inscrire le droit politique dans une durée évolutive qui, sans cesse, engendre du nouveau »²⁶²⁵. Le caractère répétitif voire cyclique ne saurait cependant être l'apanage de l'histoire *juridique*, et certains auteurs ont d'ailleurs décrié le recours aux cycles constitutionnels pour leur préférer l'observation, plus opportune selon eux, des cycles politiques²⁶²⁶ ; la répétition d'un phénomène semble donc insuffisante à caractériser la temporalité constitutionnelle.

790. L'histoire politique, qui peut renvoyer aussi bien à la succession des actions, ponctuelles et immédiates, des gouvernants qu'à la tradition idéologique et culturelle d'une époque donnée, confère à la temporalité constitutionnelle un rythme plus soutenu que celui que connaît l'évolution du texte constitutionnel, puisque c'est elle qui permet de mettre en valeur le changement perpétuel derrière l'apparente immobilité de la forme²⁶²⁷. Mais cette considération ne permet pas à elle seule de déterminer comment et dans quelles limites la temporalité constitutionnelle est forgée par le rythme des faits politiques. Le concept d'institution ne semble en outre pas constituer un critère objectif suffisant pour déterminer au cas par cas, ce qui relève de l'histoire politique et ce qui s'attache plus spécifiquement à la temporalité constitutionnelle. Entretenant la tension entre continuité et changement, l'institutionnalisme peine en effet à placer un curseur entre ces deux tendances contradictoires, pour établir définitivement le rythme constitutionnel : jusqu'à quel point l'élément de continuité – « l'idée d'œuvre » institutionnelle²⁶²⁸ – reste-t-il égal à lui-même ? Dans quelles limites les changements

²⁶²⁴ R. Koselleck, « Histoire sociale et histoire des concepts », trad. D. Meur, in *L'expérience de l'histoire*, préf. M. Werner, Paris : Gallimard Seuil, coll. Points Histoire, 1997, p. 156-157.

²⁶²⁵ J. Hummel, « Histoire et temporalité constitutionnelles », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

²⁶²⁶ La portée de ce choix doit toutefois être relativisée dès lors qu'il repose souvent sur une acception très formaliste du droit constitutionnel. Ainsi a-t-il pu être justifié : « [...] les cycles politiques ont une existence réelle car ils sont inscrits dans le contexte politique français, mais cette existence ne s'accompagne pas toujours d'un cycle dans les textes constitutionnels », J. Soubeyrol, « Le problème des cycles politiques ou constitutionnels », in *Mélanges Séfériadès*, vol. I, Athènes : École des sciences politiques *Panteios*, 1961, p. 240.

²⁶²⁷ Denis Baranger écrit par exemple que « si les mouvements de la constitution d'Angleterre nous échappent, c'est bien souvent parce que nous la soumettons à une ontologie qui ne lui convient pas » ; à la définition formaliste, l'auteur substitue donc une approche consacrant les liens étroits que le droit entretient avec l'« agir politique » ; D. Baranger, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2008, p. 5 et ss.

²⁶²⁸ Selon Hauriou, c'est en effet l'idée d'œuvre qui assure la continuité institutionnelle à travers le temps. Ainsi écrivait-il : « les institutions corporatives, tant qu'elles vivent, et qu'elles assurent en elles et autour d'elles la continuité de leur idée directrice et de son action, tant d'une façon objective que d'une façon subjective, soutiennent et maintiennent autour d'elles, par leur pouvoir, toutes les situations juridiques

permanents sont-ils inoffensifs pour l'identité institutionnelle ? Ce sont là des écueils théoriques qui sont impossibles à trancher abstraitement, en dehors d'une analyse casuistique et rétrospective. Seule l'histoire elle-même fournit au droit politique les moyens de penser cet équilibre auquel appelle son institutionnalisme, en soulignant, à travers les époques, ce qui relève de la continuité et ce qui traduit la rupture.

791. L'identification de la matière constitutionnelle à partir de sa temporalité pose donc la question de l'influence qu'exerce à son encontre le rythme des faits politiques. La théorie *juspolitiste* interroge symétriquement sur la place que confèrent ses auteurs à la temporalité *formelle*. Certes, le droit politique est largement sceptique sur l'opportunité de déterminer le rythme constitutionnel à partir de l'histoire de sa forme. C'est notamment ce qu'affirme Denis Baranger dans l'hypothèse de la responsabilité politique : « on ne peut pas fixer à une date certaine son apparition, parce que celle-ci se présente comme le parachèvement de plusieurs acquis constitutionnels qui l'ont précédée ; et parce que le principe, comme les autres règles de la constitution coutumière, est toujours formulé dans un contexte politique, à l'appui de prétentions contradictoires. [...] Le paradigme se développe donc dans la contingence du combat politique, combat dont les armes sont essentiellement argumentatives. Ce qui se révèle à la faible lumière de cette première constatation, c'est que l'épanouissement du nouveau paradigme ne passe pas initialement par la naissance d'une norme entrant tout armée dans le droit politique »²⁶²⁹.

792. Le critère formaliste du droit, quoique largement relativisé, reste toutefois méthodologiquement déterminant pour guider les travaux du droit politique. Isoler la temporalité constitutionnelle de l'histoire de sa formalisation ne signifie en effet pas nécessairement négliger totalement cette dernière, mais, plus simplement, admettre que le langage cristallisé par le droit positif est lui-même l'expression d'un discours qui le dépasse²⁶³⁰. Denis Baranger affirme ainsi partir « [...] en quête d'une manière d'interroger la dogmatique juridique et en particulier [...] de reprendre l'interprétation des grands textes constitutionnels. Accepter d'emprunter cette voie suppose d'admettre

qui doivent durer », M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *4^e des Cahiers de la Nouvelle journée*, 1925, reprod. in M. Touzeil-Divina (dir.), *Miscellanées Maurice Hauriou*, Le Mans : L'Épitoge, coll. Historique du droit, 2013, p. 173.

²⁶²⁹ D. Baranger, *Parlementarisme des origines : essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1999, p. 291.

²⁶³⁰ « L'histoire constitutionnelle n'est donc pas seulement l'histoire en quelque sorte événementielle des textes constitutionnels, mais, au regard d'une dialectique historique qui dépasse ces textes, l'histoire des principes politiques et juridiques recueillis et consacrés par ces derniers », J. Hummel, « Histoire et temporalité constitutionnelles », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

que les figures de langage qu'on se propose de recenser et d'examiner sont porteuses d'une signification qui mérite d'être prise en compte »²⁶³¹. L'énoncé juridique représente alors la face immergée de l'iceberg, à partir duquel il est possible de parcourir l'histoire plus vaste du vocabulaire employé, afin de mettre au jour la signification qu'il revêt : « il s'agit là d'une étude qui, si elle était conduite de manière systématique, prendrait pour matériau les discours de tous ceux qui ont parlé [d'un concept juridique en particulier] et se proposerait d'y détecter des figures récurrentes »²⁶³². Le champ d'investigation est donc élargi puisqu'il s'étend, au-delà des seuls énoncés juridiques, à tous les discours employant les termes du droit formalisé. C'est le fait de partir de ce dernier qui place toute la recherche ainsi conduite, sous le sceau de la juridicité : parmi tous les matériaux discursifs dont dispose le juriste historien, le droit reste donc associé de façon privilégiée à son expression formalisée, mais dans une proportion qui reste à déterminer.

793. Pour imparfaite que soit donc la mise en pratique d'une temporalité constitutionnelle ainsi définie, cette notion n'en dispense pas moins d'opportuns enseignements quant à l'appréhension de l'histoire que propose le droit politique. Parce qu'elle renvoie à un équilibre entre histoire politique et histoire des textes, la considération de la temporalité constitutionnelle suppose en effet de ne pas succomber à une appréhension « archéologiste » du passé, par laquelle « on recherche la différence plus que la ressemblance, la particularité plus que la généralité, l'extrême diversité et la radicale complexité des causes plus que leur unité et leur rationalité. On renonce [dès lors] à penser qu'il y a de la logique ou de la lisibilité dans les faits constitutionnels »²⁶³³. Le droit politique envisage bien la *durée*, qui transcende la succession de faits politiques ponctuels et isolés. Ce faisant, il résiste également à la propension nihiliste de l'historicisme que dénonçait Léo Strauss : les faits historiques ne sont pas seulement analysés dans leur identité propre, à partir de causes qui n'ont elles-mêmes d'autre source que la liberté des individus²⁶³⁴. Le droit politique tente d'établir entre eux un rapport

²⁶³¹ D. Baranger, « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 260.

²⁶³² *Ibid.*, p. 261.

²⁶³³ F. Saint-Bonnet, « *Nemo auditur suam propriam methodum allegans* », in C. M. Herrera, A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris : Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2012, p. 112.

²⁶³⁴ « Le « cours de l'histoire » se déroule aux yeux de l'honnête historien comme une étoffe dont le dessin lui échappe et dans la trame de laquelle se liraient aussi bien les actes, le travail et les pensées des hommes que les effets d'un simple hasard [...]. Les critères historiques échafaudés par ce processus sans signification ne pouvaient plus espérer être consacrés par des puissances cachées qui seraient derrière ce processus. Les seuls qui demeurèrent furent les critères purement subjectifs, ceux qui n'avaient d'autre fondement que le libre choix de l'individu. [...] L'historicisme aboutissait au nihilisme. Les efforts

unificateur à travers le passé, de mettre au jour la tension permanente entre continuité et nouveauté qui caractérise la Constitution²⁶³⁵. Cela lui offre le moyen de penser le droit constitutionnel à travers l'histoire.

B. Une temporalité constitutionnelle contraignante

794. Si sa temporalité propre confère à la Constitution une certaine autonomie ontologique dans l'histoire, elle permet aussi de souligner à quel point le droit constitutionnel se trouve enserré dans l'histoire, et au moins partiellement contraint par elle. Le temps – celui de l'écriture et de la vie de la Constitution – joue un rôle sur la Constitution elle-même. Celle-ci apparaît ainsi non pas comme le fruit impromptu d'une décision volatile, mais comme le résultat d'une contrainte que porte l'histoire à son encontre. Le droit constitutionnel peut donc être caractérisé par sa temporalité, parce qu'il est largement déterminé par elle ; son influence se mesure notamment à l'égard de son premier auteur, le pouvoir constituant, dès lors qu'il est envisagé par un prisme institutionnel. L'historicisme n'est cependant pas l'apanage du constitutionnalisme écrit, il est bien plutôt inspiré de la réflexion portant sur le constitutionnalisme coutumier dont l'Angleterre représente une illustration évocatrice²⁶³⁶. Il apparaît dès lors que c'est le droit constitutionnel en général qui doit être regardé comme historique dans la pensée du droit politique. En ce sens, la Constitution ne peut jamais être que le résultat d'un processus

entrepris pour installer l'homme chez soi en ce monde finissaient par l'en exiler », L. Strauss, *Droit naturel et histoire*, trad. M. Nathan, É. de Dampierre, Paris : Flammarion, coll. Champs essais, 2008, p. 28-29.

²⁶³⁵ « Aussi l'histoire constitutionnelle est-elle *ambivalente* : l'origine, censée garantir sa pérennité, signale sa précarité. Il existe une tension interne, voir une contradiction virtuelle, entre le droit constitutionnel comme pratique sociale et l'histoire constitutionnelle comme activité scientifique. Il n'est pas sûr qu'elle puisse être dépassée, mais il est sûr qu'elle ne saurait l'être si elle n'est pas conceptualisée », J.-M. Denquin, « Remarques sur la situation du droit constitutionnel en France », *RDP* n° 6, 2014, p. 1473.

²⁶³⁶ C'est ainsi que Stéphane Rials souligne, en guise de préface à la thèse de Denis Baranger, l'enjeu que représente la transposition aux systèmes de Constitution écrite, de la méthode inspirée du constitutionnalisme non écrit : « [...] la Constitution écrite est le fruit, au fil des fluctuations des rapports de forces politiques ou moraux – idéologiques si l'on préfère –, d'une même récréation permanente que la constitution non écrite. C'est cette vie qu'il s'agit de mieux comprendre, non en déterminant ses éléments pertinents à partir de grands modèles ultérieurs [...], mais en faisant comme s'il était possible de s'immerger dans ce Gange immense et sans lit bien distinct où toutes eaux sont mêlées, eaux artificiellement trompeuses et trompeusement purifiées par des faits de doctrine, eaux toujours plus troublées dans leur lumière, mais plus nettes dans leur débit des faits d'action, etc. », S. Rials, « Préface. À l'anglaise, comment filer l'histoire constitutionnelle ? », in D. Baranger, *Parlementarisme des origines : essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1999, p. 12.

historique (1), dont le succès est lui-même foncièrement conditionné par le respect des enseignements de l'histoire (2).

1. Une volonté constituante déterminée par l'histoire

795. Dans l'hypothèse proposée au titre du droit politique, le pouvoir constituant adopte les formes d'une institution²⁶³⁷. C'est par ce prisme institutionnaliste que peut en effet être conçue la souveraineté constituante, dès lors qu'elle est caractérisée par une *volonté* dont l'expression ne se suffit pourtant pas à elle-même ; l'étude du pouvoir constituant implique également que soient examinées les conditions dans lesquelles se manifeste cette volonté, et les contraintes à la satisfaction desquelles elle est assujettie²⁶³⁸. L'idée de souveraineté constituante repose ainsi sur une double considération, celle du volontarisme alors mis en œuvre, et celle du cadre dans lequel ce volontarisme est amené à valoir comme droit pour le futur. Toute volonté n'est pas constituante du simple fait de l'ambition de son auteur, mais doit encore être *reconnue* comme telle, habilitée à agir effectivement²⁶³⁹. L'histoire enseigne sur ces deux composantes de la volonté constituante et elle permet aux auteurs *juspolitistes* de mettre au jour cette dualité entre un volontarisme pur et la contrainte institutionnelle qu'elle doit satisfaire.

796. Retenir une approche historique du droit constitutionnel conduit en effet à tempérer la conception volontariste du pouvoir constituant. Certes, dès lors qu'il est associé à l'exercice de la souveraineté, il ne peut être considéré autrement que comme l'expression d'une volonté²⁶⁴⁰. Pourtant, dans l'hypothèse défendue par le droit politique, il ne s'agit pas d'une volonté pure, qui vaudrait par elle-même ou par la seule qualité de son

²⁶³⁷ Voir en ce sens *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 2, §2, A.

²⁶³⁸ C'est en ce sens qu'Olivier Beaud se propose d'étudier la procédure constituante, ce qui est selon lui le moyen de « [mettre] au jour [...] la continuité constitutionnelle et [des] principes constitutionnels propres à la dogmatique ou à la technique juridique », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 264.

²⁶³⁹ L'exercice du pouvoir constituant est donc nécessairement précédé d'une « décision attributive du pouvoir constituant », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 265 et p. 271 et ss.

²⁶⁴⁰ C'est ce que suggère le principe de souveraineté hérité de Jean Bodin, qui « [...] marque le triomphe de l'idée du volontarisme juridique et de la positivité du droit », O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 60. Le légalisme ainsi justifié transparait dans le constitutionnalisme moderne puisque « la constitution écrite est une loi en ce sens, d'abord, qu'elle s'impose en tant que commandement. Un commandement établit une relation entre une personne qui énonce l'obligation et une autre personne qui est tenue de l'exécuter. Le commandement est « édicté » : cela signifie qu'il *est une proclamation de la volonté de son auteur* », D. Baranger, *Le droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 7^e éd., 2017, p. 19 ; nous soulignons.

auteur²⁶⁴¹. Elle est en effet tempérée d'un certain déterminisme, dans la mesure où elle n'est pas totalement libre d'instaurer le texte constitutionnel de son choix ; la teneur du régime alors mis en place se devra de répondre aux aspirations qui ont conduit à l'institutionnalisation du pouvoir constituant²⁶⁴². L'histoire politique et sociale représente à son encontre une contrainte incontournable. C'est ce qu'illustrent certains épisodes de la longue histoire constitutionnelle française : aurait-on pu ainsi envisager en 1848 une Constitution ne proclamant pas le suffrage universel, alors que cette revendication était au cœur de la Révolution qui a conduit à la proclamation de la République²⁶⁴³ ?

797. Quoique contrainte par l'histoire, la volonté constituante n'est pas pour autant déparée de toute liberté ; la théorie du droit politique n'adhère pas à un déterminisme radical, qui verrait dans l'action législative la simple ratification de normes préexistantes. Elle tient donc à distance la thèse de l'École historique du droit qui a banni de ses fondements le volontarisme subjectiviste hérité des Lumières²⁶⁴⁴. Si l'histoire s'invite nécessairement dans la compréhension du pouvoir constituant, elle n'en est pas, du point de vue du droit politique, l'unique instrument. Surtout, la divergence entre ces deux courants résulte de la définition de l'histoire qui est retenue à l'appui de la théorie du droit. Savigny, en effet, « [...] n'a jamais préconisé une étude historique des facteurs politiques ou sociologiques à l'origine des règles de droit »²⁶⁴⁵, précurseur qu'il fut de la thèse de leur autonomie ontologique²⁶⁴⁶. À l'inverse, les auteurs *juspolitistes* revendiquent

²⁶⁴¹ Nous avons déjà eu l'occasion de voir que cette question constitue le point d'achoppement majeur qui distingue la pensée *juspolitiste* de celle, décisionniste, de Carl Schmitt : voir *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 1, §2, A, 2.

²⁶⁴² C'est d'ailleurs tout l'objet du droit « pré-constitutionnel » que de décider des limites, formelles et matérielles, qui s'imposeront au pouvoir constituant lui-même : O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 271.

²⁶⁴³ Le suffrage universel était bien au centre des revendications des révolutionnaires de février 1848. Plus directement, on estime souvent que c'est l'interdiction des banquets, réunions publiques organisées illégalement, qui a été l'élément déclencheur du soulèvement populaire. On peut à cet égard estimer que l'article 8 de la Constitution du 4 novembre répond spécifiquement à cette question, en proclamant la liberté de réunion et d'expression. Marcel Morabito évoque de façon générale « le poids des événements » qui pèse sur les constituants de 1848 : M. Morabito, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Domat droit public, 14^e éd., 2016, p. 235.

²⁶⁴⁴ Olivier Jouanjan écrit en ce sens que, « [...] à première vue, pour [lui], la fermentation invisible du droit objectif dans l'esprit populaire telle qu'elle est décrite par l'école historique, chez Puchta comme chez Savigny, ce processus qui précède les formes *visibles* du droit (coutume, loi, science) relèverait plutôt de l'involontaire », O. Jouanjan, « La volonté dans la science juridique allemande du XIX^e siècle : itinéraires d'un concept, entre droit romain et droit politique », *Droits* n° 28, 1999, p. 56.

²⁶⁴⁵ J.-L. Halpérin, « Le recul de l'École historique du droit ou le déclin de la méthode savignicienne », *Annuaire de l'Institut Michel Villey* vol. 1, 2009, p. 111.

²⁶⁴⁶ « [...] On trouve[r]ait plusieurs impulsions dans les textes mêmes de Savigny et de Puchta qui autorisaient la génération suivante des juristes à penser que, malgré l'affirmation tonitruante de ce principe organique qui doit permettre de penser en même temps histoire et système, ce qui donne véritablement à la science du droit sa scientificité, c'est la *construction systématique* et non l'investigation historique », O.

pour eux-mêmes la possibilité d'une excursion dans l'histoire sociale et politique pour mieux mettre au jour la temporalité des éléments plus spécifiquement juridiques²⁶⁴⁷. La souveraineté constituante conserve ainsi une dimension volontariste que le recours à l'histoire ne peut tout à fait annihiler, mais qui est inconcevable indépendamment du contexte dans lequel elle est exprimée.

798. L'histoire revêt une portée fondamentale pour comprendre la volonté constituante, dès lors qu'elle explique non seulement les circonstances qui ont rendu nécessaire l'expression de cette souveraineté, mais également la teneur même de la volonté alors exprimée : c'est le passé plus ou moins lointain qui dicte ce que le pouvoir constituant peut et doit exprimer. Il s'agit là d'un paradoxe, si l'on considère que la convocation d'un pouvoir constituant traduit justement une volonté de rupture dans l'histoire, un détachement à l'égard du passé²⁶⁴⁸ ; c'est en ce sens d'ailleurs que le recours à l'écrit constitutionnel représente une alternative radicale au droit coutumier, qui avalise l'histoire sans chercher à en rompre le cours²⁶⁴⁹. Regarder la souveraineté constituante comme l'expression d'un héritage indépassable revient *a priori* à lui ôter sa portée caractéristique et, ainsi, à effacer les différences pourtant majeures qui existent entre ces deux types de constitutionnalisme, écrit et coutumier²⁶⁵⁰, dès lors que ce dernier se caractérise justement par l'absence de pouvoir constituant : « on peut bien analyser la loi fondamentale comme l'équivalent d'une norme suprême dans la mesure où elle s'impose au pouvoir législatif ; mais même dans ce cas, la constitution est une *norme sans auteur*. La loi fondamentale n'est pas le fruit de la *volonté* libre d'un auteur, mais le résultat de la

Jouanjan, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales* vol. XLI, 2003, p. 135.

²⁶⁴⁷ La thèse de Tanguy Pasquier-Briand est à ce titre évocatrice, qui se propose de reconstruire la culture juridique française du XIX^e siècle notamment pour mieux comprendre les fondements du droit constitutionnel contemporain : T. Pasquier-Briand, *La réception de la Constitution anglaise au XIX^e siècle. Une étude du droit politique français*, Bayonne : Institut Universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2017, p. 33.

²⁶⁴⁸ C'est en ce sens que l'exercice du pouvoir constituant au sens strict suit toujours un procédé « dé-constituant » ; O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 223 et ss.

²⁶⁴⁹ À propos des Lois fondamentales de l'Ancien régime, Carlos-Miguel Pimentel écrit ainsi que « si constitution il y a, c'est une constitution coutumière, qui reflète l'ordre social et politique de l'Ancien régime ; ce n'est en aucun cas un instrument de réforme, et encore moins de révolution », C.-M. Pimentel, « Du contrat social à la norme suprême : l'invention du pouvoir constituant », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

²⁶⁵⁰ Quant à la distinction entre ces deux modèles sur le fondement de la temporalité, Denis Baranger écrit que « [...] la constitution coutumière n'a pas de fondation enregistrée. La constitution écrite est fondée une fois pour toutes. [...] Ensuite, du point de vue d'un temps irréversible, on voit rapidement qu'elles n'ont pas la même orientation. La première semble prendre le passé pour fondement. C'est ce qu'évoque pour nous l'idée de coutume. La seconde semble au contraire plutôt tournée vers l'avenir », D. Baranger, « Temps et constitution », *Droits* n° 30, 2000, p. 57.

nécessité »²⁶⁵¹. Replonger le pouvoir constituant dans une histoire trop contraignante reviendrait donc à nier l'irréductible spécificité du constitutionnalisme écrit lui-même.

799. Le paradoxe ici évoqué n'est toutefois qu'apparent : le pouvoir constituant peut, davantage que toute Constitution coutumière, être l'expression d'une volonté, sans que celle-ci ne soit pour autant totalement arrachée à l'histoire politique. Si cette dernière n'est pas nécessairement *normative*, elle peut s'avérer *contraignante*, dès lors que le pouvoir constituant est sommé d'en tenir compte lorsqu'il remplit son office. Il peut donc bien être à la fois réformateur dans son expression et révolutionnaire dans sa portée. Mais si c'est là le but qu'il poursuit, il devra forcément se fonder sur le passé, ne serait-ce que pour prendre la mesure de sa propre dimension révolutionnaire. Si l'histoire est entendue comme « le rapport [des] hommes à [leur] passé »²⁶⁵², le pouvoir constituant est fondamentalement historique, puisqu'il naît de la prise de conscience d'un passé politique qu'on souhaite voir révolu. Il doit par ailleurs se fonder sur une alternative politique, un principe de légitimité nouveau qui le justifie dans l'histoire. Dans cette perspective, les constituants de 1791 font bien acte de volonté, mais celle-ci s'appuie sur la culture héritée des Lumières qui la justifie et lui confère les arguments de son autorité²⁶⁵³. Incapable de s'extraire de l'histoire, le pouvoir constituant apparaît ainsi comme un trait d'union entre le patrimoine dont il hérite, et la postérité qu'il entend léguer aux générations futures. Une telle conclusion rappelle une formule de Simone Goyard-Fabre selon laquelle « le legs du passé ne saurait être renié absolument ; sans donner lieu à la sédimentation ou à l'archivage des règles antérieures, il leur est incorporé tout en étant repris, révisé et réajusté en fonction de l'attention d'invention qu'implique la vie du droit. Pour novatrice qu'elle soit dans une perspective diachronique, une décision ou une institution nouvelle n'est pas déconnectée du droit antérieur »²⁶⁵⁴.

800. La volonté constituante, dont l'étude est si chère aux tenants du droit politique, doit donc être inscrite *dans* l'histoire, puisque c'est cette même histoire qui la fera advenir et

²⁶⁵¹ C.-M. Pimentel, « Du contrat social à la norme suprême : l'invention du pouvoir constituant », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

²⁶⁵² En effet, « [...] l'histoire est écrite par des hommes qui vivent *après*, et [...] elle est avant tout la science, non pas des choses passées, mais du rapport de ces hommes au passé, qui devient par là *leur* passé. Ce rapport est d'autant plus sainement établi qu'il met en jeu, de part et d'autre, quelque chose qui est vrai à la fois pour les hommes qui font l'histoire, et pour les hommes dont l'histoire est écrite. Du moins, des vérités qui peuvent se faire écho », D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

²⁶⁵³ C'est en effet la métaphore du Contrat social qui a nourri la culture révolutionnaire et lui a donné les moyens de penser le pouvoir constituant : C.-M. Pimentel, « Du contrat social à la norme suprême : l'invention du pouvoir constituant », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

²⁶⁵⁴ S. Goyard-Fabre, « L'innovation dans le champ juridique ou le passé recomposé », *Revue de métaphysique et de morale* n° 83, 2014, p. 321-322.

qui déterminera dans une large mesure sa teneur. En rejetant l'atemporalité constitutionnelle que retient le positivisme, les *juspolitistes* choisissent donc de se saisir de leur objet en le plongeant dans sa propre histoire, pour mieux mesurer ce qu'il doit au passé, et ce qu'il crée pour l'avenir.

2. Une volonté constituante conditionnée par l'histoire

801. Si elle induit bien l'expression d'une volonté, la souveraineté constituante rencontre toutefois l'histoire sous trois aspects que l'on peut tenter de décomposer : en tant qu'elle se pose en rupture à l'égard d'un régime antérieur, en ce qu'elle est porteuse d'un principe de légitimité²⁶⁵⁵, en tant que son efficacité dépend de la reconnaissance dont elle bénéficie²⁶⁵⁶. Chacun de ces éléments traduit un rapport à l'histoire, et c'est donc bien dans l'histoire que le droit politique puise les moyens de penser le pouvoir constituant, au travers du prisme institutionnaliste.

802. Nous avons vu que la volonté de rupture que manifeste l'exercice du pouvoir constituant ne peut être mesurée que dans l'histoire, par la comparaison entre un avant et un après, comparaison qui constitue l'instrument d'évaluation de la rupture effectivement opérée. L'histoire est également déterminante pour comprendre la souveraineté constituante sous l'angle du principe de légitimité qui la fonde²⁶⁵⁷. La question de la légitimité est en effet cruciale pour saisir l'influence du passé sur le pouvoir constituant, puisqu'elle est le résultat de traditions philosophiques et culturelles que le droit ne fait qu'enregistrer²⁶⁵⁸. D'abord, le principe de légitimité à l'œuvre déterminera l'identité

²⁶⁵⁵ É. Maulin, « Souveraineté », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 1434.

²⁶⁵⁶ Sur ce point, et le lien que nous avons établi entre souveraineté constituante et reconnaissance, voir *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 2, §1.

²⁶⁵⁷ Ces deux aspects sont traités ensemble par Jean-Jacques Sueur lorsqu'il écrit que « les constitutions, jusqu'aux plus anciennes, sont presque toujours l'expression d'une réaction, d'un mouvement d'opposition plus ou violente, la répudiation d'un passé. Mais ce processus de répudiation n'est pas simple : il va nécessairement de pair avec la recherche d'un nouveau type de légitimité qui lui-même a sa source dans l'histoire. Passé contre passé : c'est le lot habituel des constituants », J.-J. Sueur, *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, Québec : Presses Universitaires de Laval, coll. Diké, 2011, p. 319.

²⁶⁵⁸ C'est l'idée que défend Jacky Hummel lorsqu'il écrit à propos du moment constituant que « sa signification à la fois rationnelle et historique est d'être le moment de l'inscription normative de principes et de valeurs reconnus et intériorisés par une communauté d'individus », J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les Sens du droit, 2010, p. 68. C'est un constat que l'on retrouve également sous la plume de juristes ou de politistes. Bernard Lacroix écrit par exemple que la constitution est « [...] l'instrument de conservation des principes et des règles réputés acquis par accord passé et fondateurs de « légitimité » du régime », B. Lacroix, « Les fonctions symboliques des

même du détenteur du pouvoir constituant, monarque, assemblée ou peuple directement²⁶⁵⁹. Cette légitimité n'est donc pas décidée constitutionnellement, mais s'impose en amont de la procédure constituante. Son influence sera évidemment décisive sur le contenu même de la Constitution ainsi adoptée²⁶⁶⁰, mais son existence découle de l'histoire et non du droit lui-même, puisqu'elle le précède. C'est ce qui semble ressortir de l'ouvrage que Jacky Hummel consacre au régime constitutionnel allemand du XIX^e siècle : la prégnance du principe monarchique concurrence l'idée nouvelle de la représentation nationale et c'est autour de cette tension que se structure le système de la monarchie constitutionnelle²⁶⁶¹. Le souverain constituant apparaît, en ce sens, dépendant de l'histoire culturelle et idéologique, puisque c'est elle qui détermine son identité et influence par là le contenu même de la Constitution qu'il adoptera²⁶⁶². Le droit constitutionnel se trouve de fait plongé dans une histoire qui le dépasse et le nourrit. Ainsi que l'écrivait d'ailleurs le doyen Vedel, « il est évidemment plus facile de faire une révolution que j'appellerais « matérielle », une révolution « de mécanique », qu'une révolution mentale et morale. La continuité psychologique et sociale est généralement plus assurée que ne peuvent l'être les mécanismes par lesquels elle s'exprime »²⁶⁶³. L'histoire culturelle est une réalité dont le pouvoir constituant ne peut s'affranchir.

803. Si l'histoire s'impose au pouvoir constituant et lui permet d'asseoir son autorité, c'est aussi parce qu'elle est elle-même un réservoir d'arguments dotés de la force de l'antériorité et de la tradition. Le patrimoine culturel, juridique ou politique, emporte en effet une part de persuasion quant à son bien-fondé, du simple fait de la continuité qui le

constitutions : bilan et perspectives », in J.-L. Seurin (dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris : Economica, coll. Politique comparée, 1984, p. 199. Marc Verdussen affirme pour sa part que, « depuis longtemps, on sait que toute Constitution est le produit d'une culture politique modelée par un processus historique. Elle plonge ses racines dans un passé propre. Elle s'inscrit dans un contexte – politique, mais aussi social, économique et culturel – nécessairement unique. Chaque règle ou principe constitutionnel doit donc être situé dans la logique globale du système auquel il se rattache », M. Verdussen, « Regards comparatistes sur le rapport du comité Balladur », *RFDC HS* n° 2, 2008, p. 223.

²⁶⁵⁹ O. Beaud, « Souveraineté », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 740.

²⁶⁶⁰ Différents cas de figure permettent d'étayer cette idée. La Charte octroyée du 4 juin 1814, unilatéralement imposée par Louis XVIII, repose sur l'idée que « l'autorité tout entière résid[e] en France dans la personne du roi ». Dans un contexte tout à fait différent, ce sont les représentants des futurs États fédérés qui décident de la Constitution des États-Unis du 17 septembre 1787, ce qui se traduit logiquement par un texte consacrant le fédéralisme. Enfin, l'adoption référendaire des Constitutions du 27 octobre 1946 et du 4 octobre 1958 conduit à proclamer la souveraineté du peuple.

²⁶⁶¹ J. Hummel, *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : le modèle allemand de la monarchie limitée*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2002, p. 18 et ss.

²⁶⁶² C'est ce qui justifie que Denis Baranger affirme que, « comme tout acte de la volonté humaine, la constitution a une certaine prise sur l'histoire, mais rien de plus », D. Baranger, « Le dépérissement de la pensée institutionnelle sous la V^e République », *Droits* n° 44, 2006, p. 43.

²⁶⁶³ G. Vedel, « La continuité constitutionnelle de 1789 à 1989 », *RFDC* n° 1, 1990, p. 6.

caractérise. Max Weber identifiait d'ailleurs la légitimité traditionnelle dans « [...] l'autorité de l'« éternel hier », c'est-à-dire celle des coutumes sanctifiées par leur validité immémoriale et par l'habitude enracinée en l'homme de les respecter »²⁶⁶⁴. L'histoire est une source de légitimité, comme en témoigne d'ailleurs la puissance de la juridicité coutumière²⁶⁶⁵. La vocation révolutionnaire du pouvoir constituant se trouve ainsi malgré elle assujettie au respect de la tradition, dans certains de ses aspects. C'est ce qui ressort par exemple d'une analyse d'Armel Le Divillec à propos de la Constitution de 1958 : sa rédaction traduit selon lui des « [...] contraintes institutionnelles, essentiellement héritées de la tradition constitutionnelle française et auxquelles de Gaulle n'a pas pu [...] ou pas cru devoir renoncer, et qui ont trouvé place dans l'architecture formelle de la Constitution »²⁶⁶⁶. Le régime parlementaire, la responsabilité du gouvernement devant l'Assemblée nationale, le pouvoir exécutif bicéphale représentent autant de « [...] contraintes [qui] étaient de nature à altérer considérablement l'épanouissement de l'idéal constitutionnel gaullien »²⁶⁶⁷.

804. L'histoire n'est d'ailleurs pas seulement l'instrument de la légitimité constituante car le passé recèle d'instruments par lesquels sont justifiées des décisions politiques adoptées dans le présent, y compris en matière d'interprétation constitutionnelle. L'histoire peut ainsi être le prétexte fallacieux d'une transformation d'ampleur de l'équilibre institutionnel établi, lorsque l'argument de la continuité est paradoxalement mobilisé au service du changement opéré. C'est ce qui apparaît par exemple dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, dont l'office de plus en plus développé a suscité des doutes quant au maintien du principe de la loi comme expression de la volonté générale. Plutôt que de battre en brèche ce principe fondateur hérité de la Révolution – ce que semble pourtant induire le développement d'un contrôle de

²⁶⁶⁴ M. Weber, *Le savant et le politique*, trad. J. Freund, préf. R. Aron, Paris : Plon, Coll. Bibliothèques 10/18, 1963, p. 126.

²⁶⁶⁵ Aussi Thibault Guilluy estime-t-il que « [...] dans le cadre d'un constitutionnalisme britannique non écrit fondé encore partiellement aujourd'hui sur une *légitimation par l'histoire et la tradition*, les développements historiques deviennent des ressources juridiques à proprement parler », T. Guilluy, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution : recherches sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Thèses, 2018, p. 19 ; nous soulignons.

²⁶⁶⁶ A. Le Divillec, « Le prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la présidence de la Ve République (simultanément une esquisse sur l'étude des rapports entre « droit de la Constitution » et système de gouvernement) », *Droits* n° 44, 2006, p. 114.

²⁶⁶⁷ *Ibid.* p. 115. Le cas ici évoqué est certes particulier, dès lors que toutes ces contraintes sont formellement inscrites dans la loi constitutionnelle du 3 juin 1958. L'auteur semble toutefois considérer que les rédacteurs de la Constitution étaient moins assujettis à cette loi qu'à la tradition constitutionnelle et parlementaire française.

constitutionnalité des lois²⁶⁶⁸ –, le juge a justement excipé de ce principe²⁶⁶⁹ pour asseoir son autorité sur la tradition constitutionnelle française : « [...] prenant acte du changement de paradigme opéré par le développement de son contrôle, face à une tradition constitutionnelle profondément légicentriste, le Conseil a fait le choix [...] d'inscrire son office dans le prolongement d'un principe révolutionnaire situé au fondement du droit »²⁶⁷⁰. Dans la jurisprudence comme dans toute procédure décisionnelle, « l'histoire, source infiniment nourricière de toutes les légitimités »²⁶⁷¹ fournit un panel d'arguments renforçant l'autorité de celui qui s'en prévaut. Le pouvoir constituant n'échappe pas à cette règle, et s'inscrit lui-même dans un temps dont il n'a d'autre choix que de revendiquer l'héritage.

805. Parallèlement à cette aspiration caractéristique à la légitimité, toute souveraineté constituante doit également veiller à son efficacité, c'est-à-dire à sa *reconnaissance* par ceux à qui cette volonté est appelée à s'imposer²⁶⁷². Là encore, l'histoire politique, sémantique, philosophique, culturelle et sociale joue un rôle déterminant, dans la mesure où elle conditionne largement les capacités du souverain à se faire entendre, donc à se faire obéir. Certes, le droit constitutionnel peut lui-même être la source de nouveaux concepts, d'un nouveau langage ou de nouvelles institutions. Mais le seul fait que le pouvoir constituant s'exprime essentiellement par l'adoption d'un *texte* implique qu'il emprunte au passé les représentations qu'il véhicule²⁶⁷³. On retrouve dans les travaux de Koselleck un tel tempérament à l'impression de nouveauté absolue que peut manifester l'écrit juridique. L'historien allemand estimait ainsi qu'« un fait a beau être unique et

²⁶⁶⁸ Sur la rupture qu'il constitue à l'égard du légicentrisme antérieur, voir : P. Blachère, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale : « la loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »*, Paris : PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 2001, p. 33 et ss.

²⁶⁶⁹ CC, Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, Rec. p. 70 ; cons. 27.

²⁶⁷⁰ B. Lecoq, « Les fondements mythiques du droit constitutionnel français. À propos du mythe de la « volonté générale » », *Actes du Congrès de l'AFDC*, Lyon, 2014 ; disponible en ligne : http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLE/E-lecoq_T2.pdf. Philippe Blachère avait déjà démontré que, en 1985, « le Conseil constitutionnel se situe dans une certaine continuité avec l'article 6 de 1789 qui, décrypté avec la terminologie juridique contemporaine, proclame que *la Constitution est l'expression de la volonté générale* », P. Blachère, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale : « la loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »*, Paris : PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 2001, p. 66-67.

²⁶⁷¹ D. Baranger, « Temps et constitution », *Droits* n° 30, 2000, p. 67.

²⁶⁷² Pour un exposé sur les liens entre efficacité et reconnaissance, voir *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre 2, section 2, §1, B, 2.

²⁶⁷³ Ainsi que l'affirme François Brunet, « le langage humain convoque [...] les significations attachées, de manière institutionnelle et donc normative, aux signes langagiers. La signification n'est pas pure convention, au sens où sa détermination serait sujette à la liberté des hommes, au cas par cas [...] », F. Brunet, *La normativité en droit*, Paris : Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses. Droit public, 2012, p. 106.

nouveau, il n'est jamais si neuf qu'il n'ait été rendu possible par des déterminations sociales présumées à plus long terme. Un nouveau concept a beau être forgé, qui fait entrer dans le langage des expériences ou des attentes jamais vues auparavant, il ne peut jamais être si neuf qu'il n'ait été virtuellement constitué dans la langue déjà donnée et ne tire son sens d'un contexte linguistique hérité du passé »²⁶⁷⁴. Denis Baranger semble adhérer à un constat similaire, lorsqu'il démontre comment une pure innovation intellectuelle ne peut jamais apparaître comme telle, sous peine de ne pas être comprise²⁶⁷⁵.

806. Ce raisonnement est aisément transposable à l'hypothèse plus spécifique du pouvoir constituant : en tant qu'auteur d'un discours à vocation juridique, le souverain ne peut faire l'économie de cadres de pensée hérités du passé. Aussi révolutionnaire qu'il cherche à être, le langage par lequel il s'exprime emprunte nécessairement au passé des représentations forgées par le temps. Le concept de souveraineté lui-même, replacé dans le contexte révolutionnaire de la fin du XVIII^e siècle constitue à cet égard un exemple éclairant : si l'Assemblée nationale cherche, en 1789, à transférer la puissance absolue de la personne du roi vers l'ensemble que forment les citoyens, elle continue symboliquement à consacrer le principe de la souveraineté et en restitue toutes ses caractéristiques, au premier rang desquelles figure son unicité²⁶⁷⁶. Son nouveau titulaire doit donc satisfaire ces exigences d'indivisibilité, ce qui justifie d'élaborer un concept de *nation* lui-même fondé sur l'unité²⁶⁷⁷. L'ambition des constituants de 1789, révolutionnaire au sens strict, n'en reste donc pas moins contrainte par des considérations antérieures, tenant à la sémantique et aux représentations ayant cours à l'époque. Tout pouvoir constituant reste donc profondément enchâssé dans l'histoire²⁶⁷⁸.

²⁶⁷⁴ R. Koselleck, « Histoire sociale et histoire des concepts », trad. D. Meur, in *L'expérience de l'histoire*, préf. M. Werner, Paris : Gallimard Seuil, coll. Points Histoire, 1997, p. 149.

²⁶⁷⁵ D. Baranger, « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », *Annuaire de l'Institut Michel Villey* vol. 4, 2012, p. 261-262.

²⁶⁷⁶ La perspective révolutionnaire ne fait ainsi que renouveler un principe de souveraineté hérité de l'ancien régime ; « la souveraineté du monarque, du peuple, de la nation se présente [toujours] à la fois comme un droit naturel et la source du droit positif », É. Maulin, « Souveraineté », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 1435.

²⁶⁷⁷ La Révolution ne s'est certes pas contentée de transposer à la nation nouvellement constituée les prérogatives jusque-là attachées à la Couronne ; le concept de souveraineté a été substantiellement transformé. Voir sur ce point : P. Pasquino, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris : Odile Jacob, 1998, p. 54 et ss.

²⁶⁷⁸ De manière générale, « si donc le rajeunissement du droit est riche des promesses que réclament le présent et l'avenir, il trouve ses racines et ses semences dans le passé qu'il entend dépasser. La vie du droit obéit à une dialectique du pouvoir instituant et des forces instituées de la pensée. Elle situe l'innovation au carrefour de la raison et de la permanence », S. Goyard-Fabre, « L'innovation dans le champ juridique ou le passé recomposé », *Revue de métaphysique et de morale* n° 83, 2014, p. 317.

807. En relativisant la liberté du souverain lorsqu'il procède à l'instauration d'un nouveau régime constitutionnel, le droit politique pourrait être conduit à renier la définition qu'il retient lui-même du principe de la souveraineté. Il n'en est rien en vérité, dès lors que ce dernier est envisagé sous un angle institutionnel : si le pouvoir constituant est le résultat de l'institutionnalisation du souverain, il dispose certes d'un pouvoir absolu, mais celui-ci est ancré dans un temps qui le détermine, à défaut de le contraindre radicalement. Tout le raisonnement *juspolitiste* consistant à mettre au jour une temporalité constitutionnelle spécifique sert donc l'institutionnalisme de ses auteurs. Et réciproquement, leur institutionnalisme leur impose d'accorder à l'histoire constitutionnelle une considération fondamentale. Cette double posture justifie également leur appréhension du droit par le truchement du discours qui le structure.

§2 : *Un argument en faveur de l'approche sémantique du droit*

808. L'histoire représente pour le droit politique une ressource précieuse d'arguments pour fonder son appréhension sémantique du droit constitutionnel. L'analyse des processus discursifs à travers le temps permet en effet de mettre en valeur la continuité qui caractérise le langage juridique, aussi bien dans ses signifiants que dans ses représentations. Conçu essentiellement comme un discours, le droit constitutionnel s'appuie sur un langage qu'il emprunte en dehors de lui, quoiqu'il participe également à le définir. L'histoire révèle le phénomène de gradation qui conduit ce langage et permet d'y voir autre chose qu'une succession de significations déconnectées les unes des autres. En envisageant le discours juridique comme le résultat d'une sédimentation ancestrale de représentations sémantiques, le droit politique s'impose de rechercher toute la généalogie d'un concept pour prétendre saisir sa signification présente. Ses auteurs isolent donc dans l'histoire un langage guidé par un temps propre, à partir duquel se dessine la temporalité constitutionnelle : leur approche sémantique du droit, fondée sur l'histoire, devient alors un autre moyen de promouvoir leur institutionnalisme (A). Cette posture interroge toutefois la capacité de la théorie *juspolitiste* à penser le changement dans le droit. L'apparente continuité que suggère un vocabulaire constant ménage un champ très limité pour conceptualiser la rupture ; puisque c'est elle qu'il choisit toutefois de mettre en valeur, le droit politique encourt le risque d'être associé à un conservatisme politique (B).

A. Le langage comme manifestation de l'historicisme institutionnel

809. Quoiqu'institutionnalistes, les tenants du droit politique ne se saisissent jamais de leur objet qu'à travers la sémantique sur lequel se bâtit le discours constitutionnel. Ce sont les concepts dont ils construisent la signification qui leur permettent de penser l'agencement institutionnel qu'ils étudient. Ce détour méthodologique n'est pas anodin, et il permet d'enchaîner plus étroitement le droit à son histoire, de définir le droit même par son histoire. La méthode mise en œuvre par le droit politique implique en effet que la signification attribuée aux concepts du droit constitutionnel soit le fruit de l'histoire, le résultat d'une sédimentation continue et toujours inachevée (1). Le discours juridique est lui-même fondé sur ces concepts historiquement déterminés, et leur emprunte une autorité politique qui lui est indispensable. Dans une telle hypothèse, l'histoire apparaît comme une source directe de juridicité (2).

1. Un vocabulaire construit par l'histoire

810. Si le langage occupe, dans les travaux du droit politique, une place centrale, c'est parce qu'il traduit des unités de pensée, des notions qui, à la jonction des champs politique et juridique, articulent ces deux domaines. Conçues comme le résultat à la fois du droit énoncé comme tel et de la culture idéologique d'une époque déterminée, ces notions renvoient à des représentations collectives qui nourrissent les discours sociaux et imprègnent donc particulièrement l'un d'eux, le droit²⁶⁷⁹. À partir de ces notions, nous l'avons vu²⁶⁸⁰, le droit politique entreprend de construire des concepts²⁶⁸¹, en adoptant un point de vue interne sur la signification qu'ils peuvent recouvrir. Ce point de vue interne encourage également les auteurs qui choisissent cette méthode à considérer l'histoire

²⁶⁷⁹ Selon Thibault Guilluy, les recherches historiques « [...] produisent ainsi des concepts qui se cristallisent eux-mêmes en paradigmes institutionnels, permettant une compréhension du phénomène constitutionnel [...] analytique [...] », T. Guilluy, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution : recherches sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Thèses, 2018, p. 19.

²⁶⁸⁰ Voir *supra*, Titre I, Chapitre 2, Section 2, §1, B, 2.

²⁶⁸¹ Le concept désigne ici « [...] le résultat d'un double acte de généralisation et d'abstraction symbolisé par un mot, qui nous permet de penser les choses absentes soit par leur éloignement dans l'espace, soit par leur éloignement dans le temps », J. Parain-Vial, « Note sur l'épistémologie des concepts juridiques », *Archives de philosophie du droit* n° 4, 1959, p. 131, note 1.

sémantique, dans la mesure où les notions employées sont envisagées comme le résultat de sédimentations de significations, superposées et combinées à travers les âges²⁶⁸². Puisque, par ailleurs, ils ne sont pas distingués selon qu'ils relèveraient exclusivement du droit positif ou du discours doctrinal²⁶⁸³, les concepts du droit politique doivent à l'histoire leur existence même et ne peuvent jamais en être dissociés. Si elle est bien relativiste, dans la mesure où le droit est toujours le fruit d'un contexte politique et social particulier²⁶⁸⁴, la posture du droit politique ne relève donc pas d'un relativisme radical, qui enferme chaque ordre juridique dans un contexte étanche, en refusant d'envisager la continuité de l'histoire qui nourrit le présent²⁶⁸⁵. En d'autres termes, le rôle que le droit politique confère à l'histoire dans son étude conceptuelle démontre à nouveau son opposition méthodologique à l'encontre du positivisme²⁶⁸⁶.

²⁶⁸² On peut en effet considérer que le concept de droit constitutionnel est à ce titre appréhendé comme une institution par les *juspolitistes*. Celle-ci « [...] existe pour ainsi dire deux fois. Elle existe comme objet intellectuel décrit dans la Constitution [...]. Mais elle existe aussi actualisée dans des hommes, des locaux, une pratique effective qui entraîne des conséquences dans la réalité », J.-M. Denquin, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits* n° 32, 2000, p. 42. C'est l'articulation entre ces deux aspects complémentaires qui traduit les rapports complexes que le droit entretient avec sa propre histoire.

²⁶⁸³ L'étude des concepts du droit constitutionnel s'étend donc à tous les usages, juridiques, politiques, philosophiques, des termes employés. Denis Baranger affirme en ce sens s'appuyer sur un « [...] corpus construit de manière assez particulière. Il doit être aussi large que possible, à la fois dans le temps et du point de vue des types de littératures concernés. [À propos de la souveraineté,] on trouvera donc des références à des époques assez diverses de la pensée, de Bodin (par exemple) à des auteurs modernes comme Carré de Malberg. Il en ira de même pour les textes de droit positif. Il est également pertinent d'aller regarder ce que disent sur la souveraineté des auteurs dits « politiques », ne serait-ce que pour constater qu'ils emploient les mêmes figures de langage et qu'il est possible de les utiliser pour dégager les schèmes conceptuels qui nous intéressent. Il s'agit là d'une étude qui, si elle était conduite de manière systématique, prendrait pour matériau les discours de tous ceux qui ont parlé de la souveraineté, et se proposerait d'y détecter des figures récurrentes », D. Baranger, « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 261.

²⁶⁸⁴ On retrouve ici une préoccupation déjà ancienne en doctrine, et qui a justifié par le passé qu'une méthode historique soit adoptée dans le cadre juridique. Ainsi Édouard de Laboulaye écrivait-il que « toujours dans le droit, comme dans la vie, on sent que le présent a ses racines dans le passé. La vie de l'individu tient à celle de ses aïeux par mille liens visibles, et néanmoins elle a un caractère et une essence propres. Il en est de même du droit de chaque peuple et de chaque siècle », É. de Laboulaye, « De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir », *Revue historique de droit français et étranger* T. 1, 1855, p. 3.

²⁶⁸⁵ La pensée institutionnaliste de Maurice Hauriou présentait un recours comparable à l'histoire, qu'analyse notamment Julia Schmitz : « [...] l'analyse sociologique du droit opérée par la théorie institutionnelle constitue bien une recherche généalogique du phénomène juridique car elle consiste à établir des filiations entre les phénomènes sociaux et les phénomènes juridiques, par une remontée historique. Hauriou ne cherche pas le fondement premier, originaire du droit, mais vise seulement à dégager le processus historique et social de sa génération. Dans cette perspective, il parvient à éviter les apories du positivisme juridique classique, occultant la question des fondements, ainsi que le recours à l'idéalisme juridique, cherchant un fondement transcendant au droit. La théorie de l'institution permet d'expliquer l'apparition du phénomène juridique sans avoir recours à des notions *jusnaturalistes* ; elle envisage le droit dans sa positivité en tant que fait social », J. Schmitz, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2013 p. 136.

²⁶⁸⁶ Le positivisme anglais que représente Dicey est expressément hostile à l'insertion de l'histoire dans la méthodologie juridique, notamment parce qu'il refuse le tribut que doit le droit présent à celui du passé. Il écrivait ainsi : "let no one suppose that to say this is to deny the relation between history and law. It were

811. La méthodologie positiviste en histoire du droit a fait l'objet de nombreux développements livrés par Michel Troper. La profusion et la clarté de ses arguments permettent de mieux mettre en lumière l'inadéquation d'une telle démarche avec celle du droit politique. Le positivisme se caractérise d'abord, face à l'histoire, par l'attention qu'il prête à la distinction entre concepts et métaconcepts, distinction nécessaire pour satisfaire l'exigence méthodologique d'extériorité de la science du droit à l'égard de son objet²⁶⁸⁷. Il en résulte que l'histoire du droit se trouve compartimentée, entre les concepts juridiques figés dans une époque déterminée²⁶⁸⁸ et les métaconcepts qui, eux, permettent de survoler l'histoire dans son entier. Toutefois, fondamentalement anhistoriques, ces derniers ne revêtent qu'une portée strictement doctrinale²⁶⁸⁹. Dans une telle perspective, le droit est certes considéré comme le fruit d'une histoire, d'un certain contexte²⁶⁹⁰, mais il est aussi arraché à cette histoire, puisqu'il n'est pas considéré dans son rapport à elle. Michel Troper écrit ainsi que « [...] les concepts juridiques n'ont pas d'histoire, si l'on entend par histoire la transformation d'une chose, qui conserve malgré tout la même identité »²⁶⁹¹. L'histoire positiviste du droit consiste donc à observer dans l'histoire, la succession

*far better, as things now stand, to be charged with heresy, than to fall under the suspicion of lacking historical-mindedness, or of questioning the universal validity of the historical method. What one may assert without incurring the risk of such crushing imputations is, that the kind of constitutional history which consists in researches into the antiquities of English institutions, has no direct bearing on the rules of constitutional law in the sense in which these rules can become the subject of legal comment. [...] (But) let us remember that antiquarianism is not law, and that the function of a trained lawyer is not to know what the law of England was yesterday, still less what it was centuries ago, or what it ought to be tomorrow, but to know and be able to state what are the principles of law which actually and at the present day exist in England", A. V. Dicey, *Introduction of the study of the law of the constitution*, London : Macmillan and Co., 9th édition, 1945, p. 14-15. Philippe Lauvaux identifie là une « profession de strict positivisme » : P. Lauvaux, « Récurrences et paradoxes : une histoire contrapuntique », *Pouvoirs* n° 64, 1993, p. 6.*

²⁶⁸⁷ Par exemple : « l'un des principaux inconvénients de la thèse que les concepts de la science du droit ne font que refléter les concepts du droit lui-même est qu'il devient difficile de distinguer une critique de la théorie juridique d'une critique du droit lui-même ou du discours de ses acteurs », M. Troper, « Les concepts juridiques et l'histoire », in *Le droit et la nécessité*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2011, p. 256-257. Cette thèse de Michel Troper est, pour la même raison positiviste, défendue par Jean-Louis Halpérin, « Pourquoi parler d'une histoire conceptuelle du droit ? », *Revue d'histoire des sciences humaines* n° 30, 2017, p. 36.

²⁶⁸⁸ En effet, « l'étude historique des concepts ne peut donc pas être l'étude de leur évolution, mais seulement l'étude des conditions de leur apparition à un moment donné dans l'histoire », M. Troper, « L'histoire du droit, le droit comparé et la théorie générale du droit », *RIDC* n° 2, vol. 67, 2015, p. 335.

²⁶⁸⁹ Michel Troper écrit ainsi que « [leur] explication historique est sans incidence sur la question de la pertinence des concepts, c'est-à-dire de leur valeur opératoire », M. Troper, « Les concepts juridiques et l'histoire », in *Le droit et la nécessité*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2011, p. 265-266.

²⁶⁹⁰ « C'est une banalité de dire que le droit constitutionnel, comme d'ailleurs les autres branches du droit, est un produit de l'histoire », écrit ainsi Michel Troper, « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », in *Le droit et la nécessité*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2011, p. 274.

²⁶⁹¹ M. Troper, « Les concepts de l'histoire constitutionnelle », in C. M. Herrera, A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris : Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2012, p. 84.

d'ordres juridiques, de normes, qui cessent d'être dès que leur identité est altérée en vertu de mécanismes procéduraux adaptés²⁶⁹².

812. Au-delà de l'inopportunité, qu'ils dénoncent, d'entretenir la fiction de l'extériorité du discours doctrinal à l'égard de son objet, les tenants du droit politique ne peuvent que renier une méthodologie positiviste qui fait finalement peu de cas de l'histoire. Leur attachement à la temporalité constitutionnelle les exhorte au contraire à envisager la *continuité* qui caractérise la succession des normes juridiques, par-delà leurs formulations ponctuelles. Plutôt que d'étudier leur *existence*, ils cherchent à mettre au jour leur *évolution*, c'est-à-dire la perpétuelle transformation qui n'altère pas leur persévérance²⁶⁹³. Ce sont les concepts qui cristallisent cette unité par-delà le changement, même si ces concepts sont plus souvent considérés comme des institutions²⁶⁹⁴ : c'est à partir de ces unités de langage et de représentation que le droit constitutionnel peut être pensé historiquement, par-delà ses déclinaisons normatives. Les concepts juridiques sont donc bien regardés par le droit politique comme ayant une histoire, comme *étant* eux-mêmes histoire. Il fait alors fi des recommandations formulées au nom du positivisme, tenant à une limitation des rapports entre droit et histoire²⁶⁹⁵.

813. Si les concepts juridiques ont une histoire que le droit politique cherche à restituer, c'est qu'ils sont, sous la plume des auteurs *juspolitistes*, le résultat d'une sédimentation de significations, philosophiquement, socialement, politiquement construites. Les mots sont à la fois des réceptacles et des vecteurs des représentations autour desquels se cristallisent les concepts : le temps leur attribue une portée qui est potentiellement aussi changeante qu'elle est pérenne. C'est ce qu'illustre topiquement l'exemple britannique, « la continuité historique et institutionnelle » sur laquelle s'appuie Denis Baranger pour mettre en lumière la portée du principe de la responsabilité politique : « on ne passe pas

²⁶⁹² Cette thèse est particulièrement mise en valeur par Jean-Louis Halpérin, « Le droit et ses histoires », *Droit et société* n° 75, 2010, p. 305 et ss.

²⁶⁹³ On perçoit ici l'ombre d'Hauriou, lui-même influencé en ce domaine par la temporalité théorisée par le philosophe Henri Bergson ; le doyen de Toulouse s'est de fait inspiré de l'idée de « vitalisme social » qu'il a adaptée, ainsi que le relève par exemple Éric Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société* n°s 30-31, 1995, p. 399 et ss.

²⁶⁹⁴ Jean-Marie Denquin évoque en ce sens les institutions qui perdurent tout en se transformant : « [...] le sentiment d'identité repose sur le caractère graduel du changement, la fin commune et la sympathie des parties. Mais il est aussi pour ainsi dire cristallisé dans le mot, dont le singulier affirme simultanément l'unité du phénomène [...] et sa persistance malgré la discontinuité de ses éléments », J.-M. Denquin, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits* n° 32, 2000, p. 43.

²⁶⁹⁵ Pietro Costa écrit en ce sens que « pour le positivisme aussi, le droit est histoire, mais la réciproque n'est pas vraie : l'histoire ne se condense pas dans le droit, mais elle coïncide avec l'ensemble des faits économique-sociaux et avec leurs transformations », P. Costa, « Histoire, théorie et histoire de théories », in C.M. Herrera, A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris : Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2012, p. 29.

d'un modèle abstrait à un autre : c'est le même régime, et la même évolution historique particulière, qui incorporent, sans rupture, des évolutions déterminantes »²⁶⁹⁶. À la fois institutionnelle et culturelle²⁶⁹⁷, cette continuité se manifeste par une sémantique constante, tandis que son évolutivité permanente se traduit par l'infléchissement régulier des concepts constitutionnels.

814. On peut déceler, dans une telle perspective de recherche, une démarche voisine de celle qu'avait adoptée Reinhart Koselleck : concentré sur l'histoire conceptuelle, le penseur allemand tenait pour inévitable la considération commune de « [...] la synchronie, qui vise la présence actuelle des événements en cours, et de la diachronie, qui vise la profondeur temporelle également contenue dans tout événement actuel »²⁶⁹⁸. Les concepts – le langage employé socialement et les représentations qu'il véhicule – doivent en ce sens être envisagés aussi bien quant à leur dette à l'égard du passé que dans leur capacité à modeler le présent, voire à influencer le futur. Pour Koselleck en effet, « [...] ce qui caractérise l'histoire sociale et l'histoire des concepts, c'est que toutes deux – chacune à sa manière – présupposent théoriquement cette connexité. C'est la connexité qui est étudiée historiquement entre des événements synchroniques et des structures diachroniques. Et c'est la même connexité qui est thématifiée par l'histoire des concepts entre les discours tenus, synchroniquement, et l'action permanente d'une langue donnée diachroniquement »²⁶⁹⁹. La démarche de l'historien allemand illustre de manière idoine la perspective adoptée par les tenants du droit politique et justifie en premier lieu leur choix d'une appréhension généalogique des concepts²⁷⁰⁰. La force juridique de ces derniers découle de leur histoire, et apprécier leur portée dans le droit contemporain suppose de connaître celle qu'ils ont revêtue dans des systèmes désormais révolus.

815. La construction des concepts juridiques par référence à leur histoire soulève toutefois quelques questions méthodologiques, auxquelles les auteurs *juspolitistes* n'accordent qu'une considération limitée. D'abord, comme le relevait Koselleck lui-

²⁶⁹⁶ D. Baranger, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2008, p. 29-30.

²⁶⁹⁷ *Ibid.*, p. 30. L'histoire culturelle prend en l'occurrence la forme d'une « histoire nationale ».

²⁶⁹⁸ R. Koselleck, « Histoire sociale et histoire des concepts », trad. D. Meur, in *L'expérience de l'histoire*, préf. M. Werner, Paris : Gallimard Seuil, coll. Points Histoire, 1997, p. 148-149.

²⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 149.

²⁷⁰⁰ Denis Baranger invite ainsi à envisager le « processus de condensation » qui confère leur signification historique aux dénominations juridiques : D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009. Le principe de souveraineté tel qu'il est appréhendé par Olivier Beaud illustre clairement cette posture : à la signification originelle, étatiste, du concept s'est agrégée avec les Révolutions modernes, sa dimension constitutionnelle et démocratique : O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 25.

même, la distinction entre synchronie et diachronie dispose d'une portée essentiellement analytique, et reste peu maniable en pratique²⁷⁰¹. Il semble en effet difficile de distinguer par exemple ce que le terme de « Constitution » désigne actuellement, dans quelle mesure la représentation dont il dispose aujourd'hui est différente de celle dont il bénéficiait hier, il y a cinquante ans ou plus d'un siècle. Comment, dans ce cas, exploiter concrètement cette double dimension synchronique et diachronique pour déterminer à propos de chaque concept, ce qu'il doit à l'histoire et ce qu'il doit ponctuellement à celui qui le formule ? Ensuite, la question reste en suspens de savoir comment discerner, dans un discours donné, ce qui relève de la contingence unique d'un instant de ce qui garantit sa reproductibilité à travers les âges²⁷⁰². Enfin, l'histoire se présentant au juriste comme un panel infini de discours, il lui incombe la tâche délicate d'opérer parmi eux le tri susceptible de faire émerger des significations homogènes, à tout le moins cohérentes, pour un même concept²⁷⁰³. En étudiant un discours qu'il cherche à systématiser, l'historien reconstruit principalement un discours majoritaire, qui écarte méthodiquement les interprétations quantitativement marginales. C'est là une étape incontournable qui consiste à mettre au jour un « paradigme majoritaire » à l'aune duquel pourront être évalués les discours eux-mêmes, dans le contexte de leur formulation²⁷⁰⁴. Faire émerger des concepts dans l'histoire, *a fortiori* en matière juridique, suppose donc que soit identifié un « consensus disciplinaire »²⁷⁰⁵, synthèse de la pensée philosophique d'un moment.

²⁷⁰¹ R. Koselleck, « Histoire sociale et histoire des concepts », trad. D. Meur, in *L'expérience de l'histoire*, préf. M. Werner, Paris : Gallimard Seuil, coll. Points Histoire, 1997, p. 148.

²⁷⁰² C'est pourquoi il semble, dans la perspective *juspolitiste*, que le droit soit construit par rétrospection, par projection dans le passé davantage que par examen du présent. Denis Baranger l'affirme clairement dans l'hypothèse du droit coutumier britannique : « la constitution coutumière est avant tout une *réalité rétrospective* : c'est un état de perfection du régime, placé par les observateurs contemporains dans un passé plus ou moins ancien et mythique », D. Baranger, *Parlementarisme des origines : essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1999, p. 27 ; nous soulignons.

²⁷⁰³ Cette seule entreprise est déjà contrariée par ce constat établi par Denis Baranger : « le « concept », en droit constitutionnel, est loin d'avoir une parfaite homogénéité de signification, donc d'être éligible au statut de « concept » philosophique. [...] il est, au sens fort du terme, *pétri de contradictions* », D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

²⁷⁰⁴ L'expression elle-même n'est pas employée par l'auteur, mais celui-ci, avant une référence à Thomas Kuhn, encourage les historiens à « [...] essayer de faire droit, autant que possible, à la rationalité interne des mondes mentaux étrangers [...] », Q. Skinner, *La vérité et l'historien*, trad. C. Hamel, Paris : Éditions EHESS, coll. Audiographie, 2012, p. 62.

²⁷⁰⁵ Pietro Costa estime à cet égard que « le paradigme est une réalité à deux facettes : d'un côté, il permet la représentation de l'objet et porte la prétention à « dire la vérité » sur lui ; de l'autre, il repose sur le *consensus de la communauté disciplinaire*. [...] Étant donné que le paradigme renvoie à la communauté disciplinaire comme à son propre support déterminant, l'histoire des théories ne peut pas se résoudre en une *Ideengeschichte* désincarnée, mais elle est obligée de tenir compte de la configuration et de la dynamique

816. Finalement, par un certain paradoxe, c'est sans doute l'histoire elle-même qui explique la signification historique que le droit politique attribue aux concepts juridiques : parmi la masse diverse d'informations recueillies sur le passé, c'est l'idée d'une temporalité spécifiquement constitutionnelle qui fait émerger le rythme particulier des concepts et leur teneur elle-même. Réciproquement, c'est la portée de ces concepts qui bat la mesure de l'histoire constitutionnelle. Pour le droit politique comme chez Koselleck donc, « la référence à un temps propre devient un élément central de l'usage et de la signification des concepts. L'immanence du temps s'incarne alors dans une forme linguistique »²⁷⁰⁶.

2. Un vocabulaire normatif par l'histoire

817. Chaînon incompressibles de la rhétorique juridique, les notions établissent un lien entre leur source politique et culturelle et leur vocation à transformer le réel lorsqu'elles sont normativement utilisées. Dotées d'une signification qui se précise au fil de l'histoire, elles fondent également le discours du droit et disposent à cet égard d'une destinée spécifique. Ces notions apparaissent ainsi, dans les écrits du droit politique, comme de véritables concepts, des entités discursives établies en dehors du droit et sur lesquelles le droit fonde non seulement sa formulation, mais son autorité même. Institutions et concepts sont alors ces contraintes héritées de l'histoire, qui confèrent au droit sa portée caractéristique. Indirectement, c'est donc l'histoire elle-même qui fonde la juridicité, et l'étude du discours juridique est le moyen de s'en assurer.

818. Dans la perspective du droit politique, il apparaît en effet que les concepts du droit constitutionnel sont appréhendés comme des ensembles de représentations, le plus souvent associés à un signifiant identifié, qui revêt ce faisant une autorité spécifique. Denis Baranger écrit en ce sens que, « [...] à un certain égard, les dénominations du droit constitutionnel sont intrinsèquement normatives, puisqu'on n'a généralement pas le choix d'en employer une plutôt qu'une autre, et que de surcroît elles ont, par leur existence

du groupe social (la communauté disciplinaire) qui est la source d'un savoir déterminé et qui tire de ce savoir sa propre identité et sa fonction sociale », P. Costa, « Histoire, théorie et histoire de théories », in C.M. Herrera, A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris : Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2012, p. 47 ; nous soulignons.

²⁷⁰⁶ J. Guilhaumou, « De l'histoire des concepts à l'histoire linguistique des usages conceptuels », *Genèses* n° 38, 2000, p. 108.

même, un effet de contrainte sur les comportements »²⁷⁰⁷. L'emploi *a priori* anodin d'une certaine expression en matière constitutionnelle regorge en vérité de sous-entendus d'ordre prescriptif, par les représentations idéologiques auxquelles elle renvoie²⁷⁰⁸. On peut en ce sens considérer que le terme de Constitution contient lui-même déjà un certain nombre d'exigences qui s'imposent à celui qui prétend en rédiger une, si l'on considère, à la suite des auteurs *juspolitistes*, que ce terme renvoie en creux à une conception libérale – forgée par l'histoire – de l'exercice du pouvoir²⁷⁰⁹. *A contrario*, on peut concevoir que la connotation historique associée à un mot justifie qu'il soit banni du vocabulaire constitutionnel. Celui de « Parlement » nous semble constituer à ce titre un exemple topique. On peut en effet postuler que c'est une rancœur tenace à l'encontre des Cours de justice de l'Ancien régime qui a justifié le bannissement de ce terme des textes constitutionnels pendant plus d'un siècle. S'il réintègre le droit écrit en 1946, cela ne peut être qu'au terme d'une réconciliation avec l'histoire révolutionnaire²⁷¹⁰. Le temps, influant sur la signification du langage juridique, le dote d'une portée décisive, souvent contraignante²⁷¹¹, dont le législateur ne peut s'affranchir. Réciproquement, l'autorité de la loi au sens large découlera au moins partiellement de celle qu'elle empruntera à une rhétorique dont elle ne maîtrise pas complètement les instruments.

819. La juridicité s'exprime en effet par un langage essentiellement emprunté hors d'elle. S'il est juridique par destination, il n'est pas toujours seulement juridique²⁷¹². Peut-

²⁷⁰⁷ D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

²⁷⁰⁸ Denis Baranger illustre cet argument en se fondant sur l'idée de « séparation des pouvoirs » qui repose sur « [...] une terminologie assez pauvre, un ensemble réduit de termes apparemment descriptifs, mais en fait fortement connotés prescriptivement. Lorsque nous regardons de près ces dénominations, nous trouvons qu'elles condensent en elles des images, des représentations politiques, mais aussi des impératifs plus ou moins clairs, mais très forts. Bien souvent, on verra que ces dénominations sont aussi l'expression de pratiques fortement symbolisées et cristallisées », *ibid.*

²⁷⁰⁹ Voir notamment : O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

²⁷¹⁰ Le langage constitutionnel, caractérisé par une certaine technicité juridique, n'en est pas moins « historique, donc évolutif », selon Jean-Marie Denquin, *La politique et le langage*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2007, p. 25-27. Il est donc logiquement ancré dans un contexte politique qui le détermine au moins partiellement.

²⁷¹¹ Que l'on peut même qualifier de « normative », à l'instar de François Brunet qui précise toutefois : « il ne faudrait donc pas entendre par cette expression qu'une langue serait, dans la détermination des significations, définitivement fixée. [...] Que les significations attachées aux mots soient toujours plus ou moins fluctuantes ne suffit pas à récuser l'idée que ces significations sont normatives – qu'elles existent et s'imposent. [...] Les évolutions de la langue n'adviennent que lorsque, à l'échelle de la langue, ce qui était jusque-là une transgression devient un nouvel usage puis éventuellement une nouvelle norme », F. Brunet, *La normativité en droit*, Paris : Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses. Droit public, 2012, p. 107.

²⁷¹² Certes, le vocabulaire constitutionnel revêt une dimension largement technique qui le distingue du langage politique *stricto sensu* : J.-M. Denquin, *La politique et le langage*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2007, p. 25-27. Pour autant, un certain nombre de termes qu'il emploie relèvent tout

on comprendre la volonté générale inscrite dans le droit constitutionnel depuis la Révolution sans se référer à Jean-Jacques Rousseau, qui, le premier, l'a théorisée ? Peut-on entendre quoi que ce soit à la souveraineté sans un retour à Bodin ? Est-on en mesure d'appréhender la séparation des pouvoirs sans lire Montesquieu ? Les auteurs du droit politique répondent à toutes ces questions par une franche négation ; si le droit dit positif se réfère à ces principes séculaires, il mobilise les représentations philosophiques et politiques qui y sont associées depuis l'origine.

820. Celles-ci ne sont évidemment pas inaltérables et immuables, puisqu'elles sont elles-mêmes la proie du temps, donc du changement²⁷¹³. On voit d'ailleurs ici le fil ténu qui relie, dans la pensée du droit politique, le concept comme ensemble de représentations attaché à un terme, et l'institution : cette dernière dispose de la même longévité sociale qui lui permet parfois de survivre par-delà les changements de Constitution. Autant d'éléments pourraient être regardés comme frôlant l'essentialisme. Jean-Louis Halpérin a par exemple mis en garde contre la reconstruction jusnaturaliste de l'histoire, estimant que « la notion d'institutions, supposant que les relations juridiques réunies en un faisceau sous un certain nombre d'idées avaient une sorte de vie organique à travers les siècles, a aussi ancré dans l'esprit d'un grand nombre d'historiens cette illusion d'une ligne cohérente permettant de réunir des points apparemment isolés dans l'histoire »²⁷¹⁴. Quoiqu'elle leur permette d'insister sur la continuité qui caractérise le droit constitutionnel par-delà les changements de sa forme²⁷¹⁵, l'approche historique que retiennent les *juspolitistes* ne les empêche pourtant pas de concevoir le changement et l'évolution, ainsi que la contingence imprévisible qui rythme le droit institutionnel. Ils ne prétendent pas trouver dans l'histoire l'argument de leçons morales et politiques objectives²⁷¹⁶. Au contraire l'historicité des concepts qu'ils emploient peut-elle être regardée comme une garantie contre leur essentialisation²⁷¹⁷.

autant du vocabulaire politique ou philosophique : D. Baranger, « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 259-308.

²⁷¹³ D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

²⁷¹⁴ J.-L. Halpérin, « Le droit et ses histoires », *Droit et société* n° 75, 2010, p. 309.

²⁷¹⁵ Tanguy Pasquier-Briand démontre ainsi que la V^e République peut être appréhendée comme la lointaine héritière de la monarchie de Juillet : T. Pasquier-Briand, *La réception de la Constitution anglaise au XIX^e siècle. Une étude du droit politique français*, Bayonne : Institut Universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2017, p. 851. Dans le même sens, les professeurs Avril et Gicquel ont travaillé à prouver la continuité des trois Républiques qui se sont succédé depuis 1870 ; P. Avril, J. Gicquel, « La IV^e entre deux Républiques », *Pouvoirs* n° 76, 1996, p. 27-43.

²⁷¹⁶ Olivier Beaud écrit en ce sens que « [...] pour penser la possibilité de concepts *normatifs*, il faut découvrir l'élément d'objectivité inhérent à la constitution, sans pour autant tomber dans une définition purement éthique ou axiologique (droit naturel) relevant d'autres sphères du savoir. [...] Seule l'étude de

821. Finalement, le droit politique présente une théorie du droit constitutionnel rivetée sur l'histoire. Par le langage, historiquement déterminé, qu'il emploie, le droit de la Constitution assoit son autorité, sa juridicité même ; il est donc *essentiellement histoire*. La démarche *juspolitiste* se fait, sur ce point, l'écho d'un postulat de François Ost. Celui-ci a en effet « [...] soutenu qu'un lien puissant s'établit entre temporalisation sociale du temps et institution juridique de la société. Plus précisément : le droit affecte directement la temporalisation du temps, tandis que, en retour, le temps détermine la force instituante du droit. Plus précisément encore : le droit temporalise tandis que le temps institue. C'est donc une dialectique profonde et non des rapports superficiels qui se nouent entre le droit et le temps. Le temps ne demeure pas extérieur à la matière juridique, comme un simple cadre chronologique au sein duquel se déroulerait son action ; de même le droit ne se borne-t-il pas à imposer au calendrier quelques délais normatifs laissant pour le surplus le temps dérouler son fil. C'est bien plutôt de l'intérieur que droit et temps se travaillent mutuellement. Contre la vision positiviste qui n'a de cesse d'extérioriser le temps, nous montrerons qu'il n'est possible de « dire le droit » qu'en « donnant le temps » ; loin de se ramener à la mesure formelle de son déroulement chronologique, le temps est un des enjeux majeurs de la capacité instituante du droit »²⁷¹⁸. Dans une perspective similaire, les auteurs du droit politique tendent à étudier la juridicité comme expression d'une histoire et ce sont les concepts du droit constitutionnel qui sont les moyens par lesquels ils étayent l'une des thèses fondamentales de leurs travaux.

B. Le langage comme prétexte à un passéisme relatif

822. Fonder une analyse juridique sur une étude de concepts construits par l'histoire n'est pas sans risque ; c'est en effet une tâche qui peut conduire à enfermer le droit dans son passé sans pouvoir le jauger dans son présent, voire son avenir. Le positivisme, bien

l'histoire et de la vie politiques peut permettre de dégager cet élément d'objectivité qui permettrait d'échapper à la fois au « nihilisme constitutionnel » de la conception positiviste et à une sorte de « morale constitutionnelle », pour ne pas parler de la nostalgie d'un ordre ancien propre à la plupart des conceptions institutionnelles de la constitution », O. Beaud, « Constitution et constitutionnalisme », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 141.

²⁷¹⁷ O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX^e siècle*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 305.

²⁷¹⁸ F. Ost, *Le temps du droit*, Paris : Odile Jacob, 1999, p. 13.

conscient de ce péril, adopte une position tranchée qui lui permet de segmenter le temps juridique, de compartimenter différentes périodes de l'histoire du droit, quitte à négliger la continuité qui se noue entre elles. Dans une telle perspective, afin que le présent ne puisse être confondu avec le passé, il n'est que présent, jamais histoire. Or, le droit politique choisit pour sa part de regarder comme inévitable l'incidence d'hier sur aujourd'hui. L'hypothèse de l'historicité du droit, si elle permet de rompre avec le formalisme positiviste, prête ainsi le flanc à la critique, quant à la capacité de son travail de conceptualisation à tenir compte du changement d'une part (1), quant à l'apparent conservatisme qui semble alors imprégner la pensée *juspolitiste* d'autre part (2).

1. La difficulté avérée à concevoir le changement

823. La principale limite que rencontre le droit politique dans son appréhension historique des concepts juridiques repose dans la difficulté à concevoir le changement du droit. Celui-ci, dès lors qu'il n'est étudié qu'à partir du langage qu'il emploie, semble ancré dans l'histoire, à tel point que les concepts qu'il manie ne peuvent jamais être tout à fait novateurs. Partant, le droit ne pouvant qu'emprunter et adapter un discours produit en dehors de lui, il est, dans cette perspective, condamné à *acter* davantage qu'à *produire* de nouveaux concepts. Une telle hypothèse interroge sur la possibilité d'identifier une temporalité spécifiquement constitutionnelle, juridique, dans le champ plus vaste de la temporalité sémantique, qui relève elle-même plus largement de la culture politique²⁷¹⁹. Au moins justifie-t-elle que le rythme constitutionnel ne soit pas réduit à une histoire proprement juridique, extirpé de son terreau philosophique.

824. La posture des *juspolitistes* face à l'histoire, en comparaison avec des théories juridiques plus enclines au formalisme, se distingue par des thèses mettant en valeur la continuité des concepts juridiques, par-delà l'apparente rupture que connaît régulièrement

²⁷¹⁹ La dimension culturelle du langage constitutionnel souligne en effet l'imbrication étroite des cultures juridiques et politiques. À ce titre, Carlos Miguel Herrera écrit que, « si l'on se place d'un point de vue statique, on s'apercevra que la culture juridique est donc formée de plusieurs strates (philosophique, politique, historique, savante, professionnelle, etc.), et chacune d'elles peut être privilégiée, à condition ne pas perdre de vue les autres facettes les entourant ». Ce constat implique alors non « [...] seulement d'illustrer la composante politique de toute culture juridique, mais d'analyser aussi la portée que peut avoir une culture juridique dans l'espace politique. Il semble opportun, d'une manière générale, d'observer comment la culture juridique que l'on peut qualifier d'« interne », c'est-à-dire conçue comme un discours des juristes, se déploie et est utilisée à des visées qui ne sont pas uniquement « juridiques ». Surtout, que la réappropriation de ce discours à des fins politiques produit des effets spécifiques dans la propre culture juridique », C. M. Herrera, « Culture juridique et politique : une introduction », *Revue internationale de Sémiotique juridique* Vol. 29, 2016, p. 724-725.

le droit constitutionnel. Tanguy Pasquie-Briand adopte une telle démarche, qu'il caractérise ainsi : « ouverte, cette approche part du postulat que la rupture temporelle que le positivisme juridique entend consacrer, par la seule prise en compte de la production juridique à un moment donné, appauvrit la compréhension même de cette production juridique. Le droit politique s'intéresse donc aux continuités et discontinuités des représentations juridiques et à leur association avec des processus de volition politique »²⁷²⁰. L'analyse conduite par les auteurs *juspolitistes* permet donc de donner corps à la théorie institutionnelle qu'ils construisent, en estompant les césures constitutionnelles à travers le temps. La temporalité constitutionnelle qu'ils peuvent alors identifier, si elle fait parfois fi des changements formels de Constitution, n'est pas pour autant linéaire ou régulière. Jacky Hummel fait part de sa clairvoyance à cet égard lorsqu'il écrit que, « si une telle affirmation [de la continuité constitutionnelle] a assurément le mérite de reconnaître l'existence d'un dialogue transtemporel des constituants, elle présente l'inconvénient d'écrire une histoire linéaire caractérisée par l'immutabilité de certains principes (présentés le plus souvent comme des principes conducteurs d'une ligne de progrès) »²⁷²¹. Les auteurs du droit politique font ainsi preuve de mesure dans la démonstration de leur thèse de la continuité du droit constitutionnel et de ses concepts fondateurs. Ils n'excluent pas, par principe, l'idée du changement constitutionnel, ni celle du ralentissement ou de l'accélération de la temporalité constitutionnelle. Une telle posture n'est finalement que la conséquence logique du choix originel de faire du droit un produit de l'histoire : cette dernière se caractérise autant par des actions novatrices ponctuelles que par des stabilités conceptuelles sociales, l'un ou l'autre de ces deux aspects se conjuguant au gré de l'histoire politique pour forger la temporalité spécifiquement constitutionnelle.

825. La difficulté que présente cependant cette perspective réside d'abord dans la confusion que génère le recours à des concepts, censés traduire simultanément les traditions et les changements dont ils sont le résultat. Comment déceler l'évolution d'un signifié et de ses représentations malgré la pérennité de son signifiant ? Comment mesurer efficacement l'évolution juridique lorsque l'emploi constant de certains termes

²⁷²⁰ T. Pasquie-Briand, *La réception de la Constitution anglaise au XIX^e siècle. Une étude du droit politique français*, Bayonne : Institut Universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2017, p. 35.

²⁷²¹ J. Hummel, « Histoire et temporalité constitutionnelles », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

appelle au contraire à constater leur identité à travers le temps ?²⁷²² C'est donc une question fondamentalement méthodologique qui se pose à cet égard, et qui interroge la capacité de la doctrine du droit politique à intégrer l'histoire récente dans son processus de conceptualisation : à partir de quel moment les juristes disposent-ils du recul nécessaire pour déceler l'évolution par-delà l'apparence de la continuité ? Si le critère ultime de la signification juridique d'un concept réside dans l'usage qu'il recouvre au sein d'une collectivité d'individus, quels sont les instruments par lesquels les *juspolitistes* sont capables de percevoir son éventuel infléchissement ? Étudié sous leur plume à la lumière du passé lointain, le présent peine à tenir compte du passé composé, plus proche, et dont les effets tardent logiquement à s'imposer au travail doctrinal. Partant, la démarche du droit politique interroge sa capacité à penser le changement du droit, notamment à court terme.

826. D'emblée, la thèse de la continuité constitutionnelle que défend le droit politique semble par ailleurs ébranler l'idée de révolution qui est habituellement rattachée à l'exercice du pouvoir constituant²⁷²³ ; si l'histoire constitue une contrainte à l'encontre de ce dernier, il ne peut jamais être révolutionnaire, assujéti qu'il est au passé conceptuel. On retrouve là une thèse très tocquevillienne²⁷²⁴, en ceci qu'elle consiste à tempérer toute prétention au changement radical et brutal. Si des révolutions adviennent effectivement, elles sont culturelles et progressives plutôt que volontaristes et instantanées²⁷²⁵. Le rythme

²⁷²² John G.A. Pocock relève cette difficulté intrinsèque à l'étude du langage : « les langages évoluent dans la continuité : même lorsqu'ils sont modifiés par leur utilisation dans un contexte spécifique, ils survivent à ces contextes particuliers et imposent à des acteurs, placés dans des contextes postérieurs distincts, des contraintes auxquelles l'innovation et le changement sont les seules réponses, nécessaires, mais imprévisibles », J.G.A. Pocock, *Vertu, commerce, histoire*, trad. H. Aji, préf. D. Baranger, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1998, p. 21-22.

²⁷²³ C'est ce qu'implique l'étude de la révolution que propose Jean-Philippe Derosier, qui n'emploie toutefois jamais la notion de pouvoir constituant et lui préfère l'idée – plus conforme à sa posture normativiste – d'« adoption d'une nouvelle constitution » ; J.-P. Derosier, « Qu'est-ce qu'une révolution juridique ? Le point de vue de la théorie générale du droit », *RFDC* n° 102, 2015, p. 391-404. Dans une perspective moins catégoriquement circonscrite à l'étude du droit normatif, le caractère révolutionnaire du pouvoir constituant s'éprouve à double titre, non seulement par l'ordre politique nouveau qu'il instaure, mais également par la déconstruction qu'il opère de l'ordre politique antérieur ; R. Halévi, « La déconstitution de l'Ancien Régime. Le pouvoir constituant comme acte révolutionnaire », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

²⁷²⁴ Le philosophe français est en effet connu pour avoir soutenu que « quelque radicale qu'ait été la Révolution [de 1789], elle a cependant beaucoup moins innové qu'on ne le suppose généralement [...] », A. de Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution*, 1856, Livre I^{er}, Chapitre V. On peut, à partir de cet exemple, estimer que les Révolutions, aussi brutales qu'elles puissent paraître, ne sont jamais que le résultat précipité de profondes transformations culturelles amorcées en amont.

²⁷²⁵ François Ost affirme à ce titre que « le temps juridique arraché à l'éphémère n'est pas celui des improvisations passionnelles, ni celui des ruptures radicales avec le passé. Il est plutôt à comprendre sur le mode de la métamorphose : à la fois institué et instituant, il fait l'objet de mutations continues, d'adaptations permanentes, de remodelages constants. Il relève de l'expérience et de l'histoire, il procède par essais et erreur, tâtonnements et approximations ; il avance par glissements successifs ; il substitue

de la temporalité idéologique connaît ainsi des ralentissements ou des accélérations, des infléchissements et des hésitations, mais jamais de franches ruptures. Cette perspective justifie que les auteurs du droit politique se montrent réticents à consacrer l'idée d'un « big bang constitutionnel », que d'autres auteurs ont cru percevoir notamment dans l'histoire de la jurisprudence du Conseil constitutionnel²⁷²⁶ : rien n'est jamais, en matière constitutionnelle, tout à fait nouveau au point de surgir du néant. Dans l'hypothèse de la jurisprudence du Conseil justement, on peut ainsi estimer que la décision de 1971, qui consacre le contrôle des lois au regard des droits et libertés inscrits dans le préambule de la Constitution²⁷²⁷, est en fait préalablement amorcée, non seulement par une décision rendue l'année précédente,²⁷²⁸ mais également par une culture européenne propice au développement du contrôle matériel de constitutionnalité²⁷²⁹. C'est cet élargissement du contrôle qui justifie, à bien des égards, l'ouverture de la saisine parlementaire quelques années plus tard²⁷³⁰. De même, la « révolution »²⁷³¹ que traduit la mise en place de la Question prioritaire de constitutionnalité en 2008 n'avait pas manqué d'être préparée, voire annoncée, notamment par des recommandations doctrinales et politiques²⁷³². Dans le sillage de ces quelques exemples, aucune réforme constitutionnelle n'est susceptible

insensiblement des formes à d'autres, sans que jamais le fil qui les relie ne se rompe totalement », F. Ost, *Le temps du droit*, Paris : Odile Jacob, 1999, p. 184.

²⁷²⁶ D. Rousseau, « La réforme du 19 octobre 1974 vue en 1994 : le « big bang » de la démocratie constitutionnelle ? », in *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel : journée d'études du 16 mars 1994*, Aix-en-Provence : PUAM, Paris : Economica, 1995, p. 67-79 ; D. Rousseau, « La Question prioritaire de constitutionnalité : un big-bang juridictionnel », *RDJ* n° 3, 2009, p. 631-644 ; J.-B. de Montvalon, « Big bang chez les Sages », *Le Monde*, 22 février 2010.

²⁷²⁷ CC, Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, *Rec.* p. 29.

²⁷²⁸ CC, Décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les Communautés européennes et du traité instituant un conseil unique et une commission unique des Communautés européennes*, *Rec.* p. 15.

²⁷²⁹ Les professeurs Favoreu et Mastor expliquent ainsi la dynamique qui conduit à l'instauration des Cours constitutionnelles en Europe au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, par la volonté commune de défendre les valeurs démocratiques : L. Favoreu, W. Mastor, *Les cours constitutionnelles*, Paris : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2011, p. 15.

²⁷³⁰ On peut estimer, avec les professeurs Avril et Gicquel, que « [...] ce développement spectaculaire, qui faisait intervenir le juge de la constitutionnalité de manière permanente et non plus exceptionnelle dans le processus législatif, impliquait l'ouverture de sa saisine, que le cours nouveau de sa jurisprudence appelait à l'évidence », P. Avril, J. Gicquel, *Le Conseil constitutionnel*, Paris : Montchrestien-Lextenso éditions, coll. Clefs. Politique, 6^e éd., 2011, p. 42.

²⁷³¹ Par exemple : J. Bonnet, P.-Y. Gahdoun (dir.), *La QPC : une révolution inachevée ?*, Paris : Institut universitaire Varenne, coll. Colloques & essai, 2016, 156 p.

²⁷³² « Le long processus politico-juridique qui a conduit en 2008 à l'adoption de l'article 61-1 de la Constitution commence, comme chacun sait, le 14 juillet 1989 », à l'initiative de François Mitterrand, affirme Jean-Marie Denquin, « La QPC améliore-t-elle la démocratie ? », in J. Bonnet, P.-Y. Gahdoun (dir.), *La QPC : une révolution inachevée ?*, Paris : Institut universitaire Varenne, coll. Colloques & essai, 2016, p. 121.

d'apparaître, du point de vue du droit politique, comme une révolution philosophique totale.

827. Pour autant, les auteurs *juspolitistes* ne basculent pas dans l'excès inverse qui consisterait à nier la potentialité de tout changement drastique ou radical dans le système juridique lui-même. Ils échappent, ce faisant, à la critique des juristes historiens qui brandissent le concept de révolution comme un bouclier contre les représentations linéaires et providentielles de l'histoire du droit²⁷³³. Quoiqu'ils refusent de renoncer à la continuité constitutionnelle dans l'histoire, les tenants du droit politique ménagent ainsi la portée du principe de la souveraineté constituante qu'ils consacrent, en exploitant avantageusement leur institutionnalisme : si le pouvoir constituant peut, souverainement, bouleverser le droit établi pour lui substituer un ordre radicalement nouveau, il reste le fruit d'une institutionnalisation historique et culturelle qui le conditionne. Des récurrences sémantiques et une certaine continuité conceptuelle sont là pour en témoigner, bien que l'attention qui leur est portée puisse aisément être regardée comme la marque d'un conservatisme politique.

2. Le risque contourné du conservatisme

828. Le conservatisme renvoie, selon le *Dictionnaire Larousse*, à l'« attitude ou la tendance de quelqu'un, d'un groupe ou d'une société, définie par le refus du changement et la référence sécurisante à des valeurs ou des structures immuables ». Il s'agit donc d'une posture politique, qui regarde la continuité historique comme une exigence absolue, et par laquelle on confère à la tradition une portée normative. Là où l'anachronisme consisterait à apposer sur l'histoire un cadre d'analyse élaboré pour le présent, le conservatisme tend à juger politiquement le droit contemporain à l'aune du passé. Dans la doctrine juridique, une telle posture peut prendre les formes d'une conception naturaliste

²⁷³³ C'est le cas de Jean-Louis Halpérin qui écrit que « la notion de révolution juridique répond à un incontestable besoin pour l'histoire du droit. Si cette discipline a pour objet l'étude diachronique des processus de changement du droit, elle ne doit pas manquer de s'interroger sur les périodes de rupture caractérisées par des transformations profondes dans un ou plusieurs ordres juridiques. En s'éloignant des modèles évolutionnistes qui ont longtemps prévalu, sous prétexte de justifier le recours à l'histoire par l'idée que le droit d'aujourd'hui ne serait pas compréhensible sans être relié par une généalogie linéaire aux droits d'hier, il faut laisser une place aux révolutions qui peuvent faire table rase, sinon de la totalité d'un ordre juridique, du moins de règles jusque-là considérées comme fondamentales », J.-L. Halpérin, « La question prioritaire de constitutionnalité : une révolution dans l'histoire du droit français ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 28, juillet 2010, p. 31.

du droit, lorsque la pérennité politique est envisagée comme la preuve de sa conformité à l'ordre naturel des choses²⁷³⁴. Ont ainsi présenté une théorie conservatrice les auteurs contre-révolutionnaires qui arguaient de la stabilité de l'Ancien régime pour défendre son caractère intrinsèquement juste et pour vilipender l'entreprise constituante initiée en 1789²⁷³⁵. Le droit naturel n'épuise cependant pas toutes les formes de conservatisme et, si on a vu que les tenants du droit politique ne sauraient être regardés comme des jusnaturalistes²⁷³⁶, ils n'échappent pas automatiquement à l'accusation de leur conservatisme²⁷³⁷. Ils partagent en effet avec ceux qui brandissent le passé comme étalon de la justice contemporaine une appréhension de l'histoire comme source, indirecte et fondamentale, de normativité. Certes, cette normativité n'est jamais, dans les travaux du droit politique, que relative et vouée à évoluer. Mais l'attachement de leurs auteurs à des concepts que d'aucuns jugent dépassés²⁷³⁸, tels la souveraineté ou l'État, et la référence récurrente à l'institutionnalisme mauricien, lui-même communément associé au conservatisme²⁷³⁹, incite à interroger plus avant la position doctrinale des *juspolitistes*.

829. Une critique visant le conservatisme du droit politique pourrait d'abord se fonder sur le risque dirimant qu'il encourt, de présenter une certaine essentialisation du langage

²⁷³⁴ La naturalité du droit est en effet un « [...] concept [qui] fixe l'immutabilité, l'identité spatio-temporelle de certains éléments dont la forme de l'existence est universellement captée par l'esprit », J.-M. Trigeaud, « Droit. Droit naturel et droit positif », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 160.

²⁷³⁵ Le conservatisme peut en effet être entendu dans un sens restreint comme « [...] un mouvement intellectuel et politique de l'ère moderne qui naît avec elle puisque contre elle ; la doctrine conservatrice s'est constituée pour la défense de l'ordre politique et social traditionnel des nations européennes, [...] par opposition à la Révolution française, plus généralement au projet politique moderne », P. Bénéton, « Conservatisme », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 131. L'auteur ajoute plus loin : « [...] les conservateurs (Burke, Maistre, Bonald) ne condamnent pas seulement la pratique de la Révolution, ils récusent dès l'origine les principes dont elle se réclame, et qu'ils jugent contraires à la nature de l'homme social et moral », *ibid.*

²⁷³⁶ Voir en ce sens *supra*, Titre I, Chapitre 2, Section 1.

²⁷³⁷ Il faut toutefois noter que les tenants du droit politique sont eux-mêmes critiqués à l'encontre d'une posture conservatrice, ce qui, d'emblée, incite à les disculper de ce méfait. Armel Le Divellec écrit par exemple que « [...] le passé ne suffit pas à justifier une indulgence inconsidérée pour une démocratie enchantée, quelles qu'en soient les variantes », A. Le Divellec, « Réflexions sur l'avenir du système de gouvernement de la V^e République », *RDP* n° 1, 2002, p. 227.

²⁷³⁸ La critique que formule Dominique Rousseau à ce titre concerne manifestement les auteurs du droit politique : « aujourd'hui, à nouveau, – écrit-il – l'émergence d'un espace post-national, le développement des autorités publiques indépendantes, la montée en puissance de la figure des juges, la transformation des moyens de communication par l'Internet imposent de reconstruire les cadres conceptuels de la pensée constitutionnelle. Or, la doctrine contemporaine continue encore de penser à partir de ses schémas anciens et, naturellement, elle n'y trouve pas les instruments, les catégories, les outils pour se représenter le Conseil constitutionnel puisque ces schémas ont été construits avant son introduction dans le champ constitutionnel. Refusant ce *conservatisme doctrinal*, la « thèse » de la « démocratie continue » a pour ambition avouée de fournir des éléments pour un nouveau cadre conceptuel capable de penser un champ constitutionnel qui ne se limite plus à l'espace de l'État-Nation et aux rapports Exécutif/Législatif », D. Rousseau, « De quoi le Conseil constitutionnel est-il le nom ? », *Jus politicum* n° 7, mai 2012 ; nous soulignons.

²⁷³⁹ Et ce en vertu d'une revendication du doyen de Toulouse lui-même ; N. Foulquier, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », *Jus politicum* n° 2, mars 2009.

constitutionnel. Ce risque est perceptible dans la confusion, rendue presque nécessaire par une approche conceptuelle et historique, entre les mots et les concepts eux-mêmes²⁷⁴⁰. Ce sont en effet les *mots* du droit qui fondent initialement l'analyse *juspolitiste*, signifiants qui permettent de mettre au jour une continuité, par-delà les ruptures constitutionnelles manifestées dans l'histoire. Cet essentialisme apparent n'en est pas un en vérité, puisque, si le temps long des termes juridiques permet de mieux comprendre le rythme alangui du droit constitutionnel, ce n'est pas par l'octroi en soi d'une signification inaltérable à un certain nombre de mots, mais par la valeur que leur confère un usage généralisé et cohérent²⁷⁴¹.

830. La controverse que Jean-Marie Denquin entretient avec Dominique Rousseau sur la portée reconnue au concept de démocratie constituée à cet égard est une illustration éclairante. Le second auteur est en effet célèbre pour sa théorie de la « démocratie continue », qui entend désigner « l'introduction dans le champ politique de nouvelles formes organisées de la représentation de l'opinion qui battent en brèche le monopole jusque-là détenu par la forme parlementaire »²⁷⁴². Cette définition novatrice résulte d'un abandon de la signification traditionnellement reconnue à la démocratie – celle d'un régime fondé sur le suffrage libre et universel –, signification qui serait historiquement dépassée²⁷⁴³ et emprunte d'essentialisme²⁷⁴⁴. Dans la controverse qu'il entretient avec Dominique Rousseau, Jean-Marie Denquin, qui se fait en cette occasion l'avocat de la méthode *juspolitiste*, admet sans peine l'évolutivité des concepts juridiques, et la mutation qu'est susceptible de connaître leur signification ; il proteste, ce faisant, contre toute accusation

²⁷⁴⁰ Or, « [...] il est dangereux de masquer des mutations profondes derrière la permanence des mots », B. Mathieu, « Vers la fin de la démocratie ? », in J.-P. Derosier, G. Sacriste (dir.), *L'État, le Droit, le Politique. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*, Paris : Dalloz, 2014, p. 49.

²⁷⁴¹ Les auteurs *juspolitistes* l'affirment d'ailleurs expressément, lorsqu'ils défendent l'idée selon laquelle « [...] comprendre le « droit positif » nécessite un important travail en amont sur les concepts qui n'existent pas à l'état d'essences pures, mais sont d'abord des construits intellectuels, éminemment évolutifs, dont il importe de rechercher la généalogie et les avatars. L'analyse du droit politique est ainsi en grande partie aussi une histoire des représentations, de la façon de parler des institutions et des concepts juridiques », A. Le Divellec, « Le gouvernement, portion dirigeante du Parlement. Quelques aspects de la réception juridique hésitante du modèle de Westminster dans les États européens », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

²⁷⁴² D. Rousseau, « De la démocratie continue », in D. Rousseau (dir.), *La démocratie continue. Actes du colloque de Montpellier, 2-4 avril 1992*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, 1995, p. 10.

²⁷⁴³ « Ce temps des aménagements est révolu, le cycle de la démocratie représentative arrive à son terme », D. Rousseau, *Radicaliser la démocratie : propositions pour une refondation*, Paris : Seuil, 2015, p. 230.

²⁷⁴⁴ D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, 19 septembre 2008, en ligne : <http://www.laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html>

d'essentialisme²⁷⁴⁵. Les idées développées en ce sens mettent en valeur l'argument ultime par lequel le lien est solidement établi entre l'histoire d'un mot et la signification qu'il revêt dans le temps présent, celui que l'usage social, ancré par la tradition sémantique, lui confère. Ainsi Jean-Marie Denquin affirme-t-il que « [...] les régularités de fait qui caractérisent l'usage du langage – et sans lesquelles il serait, à l'évidence, difficile de communiquer quoi que ce soit – ont pour conséquence que, si toutes les définitions sont, absolument parlant, « stipulatives », elles n'apparaissent pas ainsi pour le sens commun. Pour celui-ci les mots ne désignent pas *n'importe quoi*. Ce sentiment, même illusoire, entraîne des conséquences. Le mot « démocratie » passe pour avoir un sens. Celui-ci est certes *arbitraire*, mais il n'en résulte pas qu'il soit *disponible*. Les plus subtiles spéculations doctrinales ne peuvent le modifier »²⁷⁴⁶. Autrement dit, l'association du mot à un concept résulte toujours d'une *décision* – elle n'est pas le fait d'une quelconque *essence* – mais la multiplicité de décisions convergentes entrave l'opportunité de recourir à une signification alternative. Dans cette perspective, l'argument de l'histoire peut alors être compris, non comme l'expression d'une essentialisation des concepts, mais comme le moyen d'une certaine empiricité sémantique²⁷⁴⁷. C'est ce que suggère Pierre Brunet, qui n'appartient pourtant pas lui-même à l'école du droit politique, lorsqu'il écrit que, « [...] parce qu'ils sont attentifs aux usages de certains noms et notamment de celui de démocratie, les critiques que raille en douceur Dominique Rousseau ne sont pas, du moins pas tous, des essentialistes égarés dans le monde moderne. Mieux, ils peuvent eux aussi se revendiquer de cet empirisme qui manque si souvent aux juristes »²⁷⁴⁸. À cet égard, dans la perspective du droit politique, les mots semblent moins dotés d'une *essence*, que d'un *sens*, historiquement déterminé.

831. Ainsi, même en appuyant leur démarche sur une conception culturelle du droit constitutionnel, les auteurs *juspolitistes* semblent réussir à tenir à distance le spectre

²⁷⁴⁵ J.-M. Denquin, « Que veut-on dire par « démocratie » ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus politicum* n° 2, mars 2009.

²⁷⁴⁶ *Ibid.*

²⁷⁴⁷ Il faut toutefois reconnaître que le propos tenu au titre du droit politique n'est pas toujours exempt d'ambiguïtés. On trouve par exemple, sous la plume de Jean-Jacques Sueur, la conclusion suivante : « le continu n'est pas l'« indérogeable », mais ce qui finit par s'imposer, par devenir une réalité, un donné non juridique qui finit par s'imposer à toute construction juridique. Pas exactement une valeur, mais plutôt quelque chose qui s'apparente à ce que les juristes révolutionnaires appelaient les droits naturels et imprescriptibles de l'homme et que d'autres plus tard nommeront le *droit naturel historique* : un « dépassement » du droit positif qui tout en prenant appui sur celui-ci, trouve les moyens de dire autre chose », J.-J. Sueur, *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, Québec : Presses Universitaires de Laval, coll. Diké, 2011, p. 297.

²⁷⁴⁸ P. Brunet, « La démocratie, entre essence et expérience. Réponse à Dominique Rousseau », *La vie des idées*, 9 octobre 2008, disponible en ligne : <https://laviedesidees.fr/La-democratie-entre-essence-et.html>.

naturaliste qui pourrait y être associé²⁷⁴⁹. Ils n'essentialisent pas effectivement les concepts qu'ils emploient, mais les bâtissent, dans l'histoire, à partir de leurs diverses occurrences, en présumant qu'elles présentent un minimum d'unité dans leurs significations, ce qui correspond à l'exigence minimale de la stipulation théorique²⁷⁵⁰. Les tenants du droit politique admettent d'ailleurs volontiers que ces significations sont susceptibles d'évoluer, d'un contexte à un autre. Carlos-Miguel Pimentel réactive par exemple une interprétation de la séparation des pouvoirs antérieure et différente de celle de Montesquieu pour mieux analyser le système constitutionnel contemporain²⁷⁵¹. Il paraît ainsi se conformer à la méthodologie contextualiste, qui force l'historien des idées à consacrer une certaine corrélation entre l'usage perpétué d'un mot et la constance de sa signification²⁷⁵².

832. Même s'ils parviennent à neutraliser les accusations quant à l'essentialisme qui imprènerait leurs travaux, les auteurs du droit politique n'échappent pas nécessairement à celles portant sur leur posture conservatrice. La conceptualisation historique du droit qu'ils défendent peut en effet être regardée comme l'expression d'un véritable obstacle épistémologique, celui du passéisme, entendu comme l'incapacité à penser le présent dans ce qu'il contient de nouveau. Dominique Rousseau dénonce ainsi « [...] la naturalisation d'une forme historique de démocratie qui empêche de penser le temps présent. La forme électorale de la démocratie, produit de l'histoire, est une forme dépassable de la démocratie [...] »²⁷⁵³, que les membres de la doctrine devraient donc être capables de dépasser. Cette critique ne saurait toutefois atteindre directement le droit

²⁷⁴⁹ Pour un exposé du lien entre droit naturel et conception culturelle du droit, voir : X. Bioy, « L'usage de l'idée de nature en droit constitutionnel », in D. Rousseau, A. Viala (dir.), *Le droit, de quelle nature ? Actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007*, Paris : Montchrestien, coll. Grands Colloques, 2010, p. 137.

²⁷⁵⁰ Ainsi, selon Véronique Champeil-Desplats, « le recours à la stipulation nécessite [...] de prendre *a minima* en considération les représentations dominantes du sens des mots et d'analyser les conditions dans lesquelles il est possible de jouer avec elles et jusqu'où », V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, p. 311.

²⁷⁵¹ L'auteur s'inspire alors de la conception de la séparation des pouvoirs développée en Angleterre lors de la Glorieuse Révolution, conception centrée sur une distinction fonctionnelle entre pouvoir législatif et pouvoir judiciaire : C.-M. Pimentel, « De l'État de droit à l'État de jurisprudence ? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs », in A. Pariente (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007, p. 10 et ss.

²⁷⁵² Quentin Skinner écrit à ce titre : *"it is hard to deny that the histories of different intellectual pursuits have always been marked by the employment of relatively stable and characteristic vocabularies. Even if we accept the loose-textured contention that it is only in virtue of certain family resemblances that we are able to define and distinguish such different activities, we are still committed to accepting some criteria and rules of usage such that certain performances can be correctly instanced, and others excluded, as examples of a given activity"*, Q. Skinner, *Visions of Politics. Vol. I. Regarding Method*, Cambridge : Cambridge University Press, 2002, p. 58.

²⁷⁵³ D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, 19 septembre 2008, disponible en ligne : <http://www.laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html>.

politique, dès lors que la signification reconnue aux mots à travers l'histoire ne dispose jamais d'une autorité absolue dans ses écrits. Ainsi Jean-Marie Denquin écrit-il à cet égard que « le soupçon serait fondé si les notions de quiddité ou d'extension faisaient référence à une normativité, une nécessité de droit qui devrait à son tour être fondée. *Mais la nécessité évoquée est une nécessité de fait.* Car, dès lors que l'on parle, l'extension (qu'elle reflète ou non une quiddité), est proprement incontournable [...] »²⁷⁵⁴. Le même auteur ajoute plus loin : « d'où il résulte que l'usage des mots est libre, mais qu'il n'est pas quelconque, car il crée leur(s) signification(s) »²⁷⁵⁵. L'histoire ne constitue donc pas, dans la théorie du droit politique, l'argument d'un conservatisme politique ou le prétexte fallacieux pour dévaloriser systématiquement tout changement conceptuel dans le droit constitutionnel ; elle n'est que le moyen choisi pour comprendre le présent et anticiper son évolution à la lumière du passé²⁷⁵⁶.

833. Finalement, il apparaît que, dans l'hypothèse du droit politique, c'est moins la doctrine que le droit lui-même qui est conservateur : le discours juridique contemporain – aussi bien positif que doctrinal – est le réceptacle d'une histoire conceptuelle dont il ne peut se défaire que progressivement. Quoique porté vers l'avenir, il est irrémédiablement enraciné dans son passé. Le droit positif offre à cet égard au droit politique un argument de poids car, à moins de considérer que les énoncés juridiques sont dénués de toute signification *a priori* et d'adopter alors une perspective strictement réaliste tendant au nihilisme, l'histoire représente un détour nécessaire pour doter les textes d'une portée un tant soit peu consensuelle. Il est criant, en ce sens, que les autorités politiques et juridictionnelles n'usent pas de concepts dans une acception qui leur serait historiquement étrangère²⁷⁵⁷. Il semble donc que la doctrine constitutionnelle, comme les discours qu'elle

²⁷⁵⁴ J.-M. Denquin, « Que veut-on dire par « démocratie » ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus politicum* n° 2, mars 2009 ; nous soulignons.

²⁷⁵⁵ *Ibid.*

²⁷⁵⁶ Ainsi est-il admis par exemple que l'État, qui occupe une place importante dans les travaux *juspolitistes*, n'est jamais qu'un « objet historique », à partir duquel peut être pensée l'évolution qu'il connaît à l'époque contemporaine ; J.-J. Sueur, *Une introduction à la théorie du droit*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2001, p. 67.

²⁷⁵⁷ Elles semblent en effet contraintes *a minima* de s'inspirer de la signification que l'histoire a attribuée à de nombreux termes juridiques. Denis Baranger, analysant la motivation du Conseil constitutionnel, estime ainsi que « le juriste va « puiser » dans un chaos de matériaux préexistants : les textes, les décisions passées, l'histoire... Un énoncé pouvant prétendre à être employé comme règle de droit est extrait du matériau disponible : on sait qu'il est là, quelque part, et qu'il peut présenter une utilité pour le raisonnement en cours. Rien n'exclut qu'il faille inventer, créer *ex nihilo* ce matériau, ces raisons. Mais dans ce cas, *il faudra le configurer pour le présenter comme quelque chose qui préexistait à la décision.* Ainsi, [...] les faits, disons par exemple des données historiques ou sociologiques pertinentes, ont un certain empire, une certaine force normative, sur le travail effectué. La motivation puise dans cet ensemble de raisons et les articule. Ainsi appréhendée, la motivation, *c'est l'ancrage dans ce qui pré-existe [...]* », D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques

érige en objet, reste prisonnière d'une rhétorique aux prises avec le temps, sans que cela ne soit assimilable à un conservatisme politique. Certes, le droit politique mobilise des concepts que d'aucuns jugent dépassés, désuets ou arriérés. Pourtant, le droit positif lui-même ne peut se passer des concepts d'État ou de souveraineté, ainsi que l'illustre notamment la jurisprudence constitutionnelle²⁷⁵⁸. S'il est possible qu'ils vivent leurs dernières heures dans une époque qui semble décidément marquée par l'abandon des schèmes de la modernité²⁷⁵⁹, ils n'en restent pas moins fondamentaux tant qu'ils n'auront pas été définitivement supplantés. Les travaux du droit politique sont d'ailleurs évocateurs à ce titre puisque leurs auteurs paraissent certes pessimistes quant à l'avenir des concepts de souveraineté et d'État, comme s'ils déploreraient leur avenir compromis²⁷⁶⁰, mais ils se montrent surtout inquiets de la capacité de la doctrine à bâtir de nouveaux concepts, susceptibles de tenir le rôle de ceux auxquels ils doivent se substituer²⁷⁶¹. Les *juspolitistes* paraissent ainsi comme tout à fait prêts à abandonner les concepts-clefs du droit constitutionnel lorsqu'ils auront cessé d'être opportuns, à

dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012 ; nous soulignons. Ce constat n'implique cependant pas que tous les concepts employés par le juge soient effectivement porteurs d'une signification historiquement déterminée. Jean-Marie Denquin critique ainsi la méthode du Conseil constitutionnel consistant à recourir « [...] à des notions vides, qui possèdent une signification, mais pas d'extension. Ces pseudo-concepts sont caractérisés par l'impossibilité de définir un principe de généralisation qui permette d'identifier, de manière intersubjectivement contrôlable, des objets qui en constitueraient l'extension », J.-M. Denquin, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *Jus politicum* n° 7, mai 2012. L'auteur cite alors en exemple l'« esprit de la Constitution » et l'« identité constitutionnelle de la France ».

²⁷⁵⁸ Ce qui n'implique pas que le juge constitutionnel en fasse un usage cohérent ou satisfaisant au regard de l'histoire. Voir par exemple, pour une critique *juspolitiste* de l'usage des concepts par le juge constitutionnel : O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel sur la souveraineté et ses approximations », *Jus politicum* n° 21, juillet 2018.

²⁷⁵⁹ J.-J. Sueur, *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, préf. M. van de Kerchove, Québec : Presses universitaires de Laval, coll. Diké, 2011, p. 131 et ss. Voir également : J. Chevallier, *L'État post-moderne*, Paris : Maison des Sciences de l'Homme, Issy-les-Moulineaux : LGDL-Lextenso, coll. Droit et société, 4^e éd., 2014, 265 p.

²⁷⁶⁰ Est éloquent à ce titre la conclusion que propose Denis Baranger : « il semble désormais que, tandis que d'autres dénominations et d'autres concepts prennent pied sur le terrain du droit politique, les concepts caractéristiques du « droit constitutionnel » soient en train de se retirer de la scène. Ce retrait prend la forme d'une perte progressive de sens. On emploie encore les mots. Mais on ne sait plus ce qu'on veut dire, non pas par manque d'intelligence, mais parce que le contexte ne le permet plus. [...] Historiquement, comme moyen de rendre l'État intelligible à l'usage de nos contemporains, la souveraineté ne me semble plus jouer son rôle opératoire », D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

²⁷⁶¹ Si les réponses apportées par la doctrine juridique sont susceptibles d'évoluer, au gré des mutations du droit positif, les questions qu'elle doit se poser, elles, subsistent : « à ceux qui trouveraient que je mets l'accent sur des questions dépassées, je répondrais que nombre d'entre elles continuent de se poser ici et maintenant, et qu'elles continueront de se poser partout là où existe un gouvernement d'hommes sur d'autres hommes, notamment là où le gouvernement des hommes est en train de se déplacer, par exemple dans les institutions européennes. Ces questions ne sont donc pas « datées » ; il faut poursuivre la réflexion même si le cadre du corps politique change », A. Le Divellec, « La QPC, déclin de la pensée constitutionnelle ? », in D. Rousseau, P. Pasquino (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité : une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, Paris : Mare & Martin, 2018, p. 106.

condition que les nouveaux concepts alors construits satisfassent leurs aspirations doctrinales.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

834. Le recours à l'histoire représente, dans la pensée du droit politique, un enjeu épistémologique qui est loin d'être accessoire. Denis Baranger voit d'ailleurs dans le renoncement à une lecture historique du droit le premier des « pièges » guettant le constitutionnaliste²⁷⁶². Le contact de l'histoire permet également d'affiner la compréhension de la méthodologie du droit politique : marquée par le pluralisme et l'interdisciplinarité, celle-ci rompt en effet avec un positivisme juridique qui, préoccupé de son autonomie méthodologique, ne fait que peu de cas de l'étude du passé²⁷⁶³. Si « [...] le préjugé positiviste occulte l'histoire »²⁷⁶⁴, le droit politique, en y recourant, lui, de façon systématique, affiche son désaccord épistémologique avec une doctrine qui fait souvent autorité lorsqu'il s'agit d'articuler les enseignements respectifs du droit et de l'histoire. Toute la réflexion qui anime les auteurs *juspolitistes* sur les conditions auxquelles ils sont conduits à faire de l'histoire contribue donc à souligner l'originalité de leur posture, face à un positivisme qui tend à assimiler la connaissance du passé à une démarche relevant au mieux de la sociologie du droit²⁷⁶⁵.

835. Il y a fort à parier, toutefois, que le droit politique ne renierait pas totalement une telle association. S'ils promeuvent une démarche théorique plutôt que sociologique, ses auteurs semblent aspirer à replonger leur objet dans le contexte politique qui est le sien et le recours à l'histoire peut presque apparaître à ce titre comme l'instrument de la mise en valeur de l'aspect politique du droit constitutionnel²⁷⁶⁶. Elle dispose cependant d'une place telle dans les travaux *juspolitistes* que l'histoire ne saurait être seulement envisagée comme l'instrument pratique de la politisation de la théorie constitutionnelle. Elle est plus largement le moyen d'ancrer méthodologiquement l'entreprise de dépassement que le

²⁷⁶² D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

²⁷⁶³ À propos de la méthode employée par Michel Troper pour appréhender le droit dans l'histoire, François Furet écrit ainsi qu'« on peut facilement montrer que le dispositif d'abstraction ainsi élaboré n'a rien à dire de l'histoire. Il la récuse à la fois comme le réservoir des causes, et comme le tribunal des effets », F. Furet, « Concepts juridiques et conjoncture révolutionnaire », *Annales* n° 47-6, 1992, p. 1193.

²⁷⁶⁴ J.-L. Seurin, « Des fonctions politiques des Constitutions. Pour une théorie politique des Constitutions », in J.-L. Seurin (dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris : Economica, coll. Politique comparée, 1984, p. 36.

²⁷⁶⁵ J.-L. Halpérin, « Histoire du droit et théorie du droit. Un essai de conciliation », *Archives de philosophie du droit* n° 51, 2008, p. 283 et ss.

²⁷⁶⁶ C'est ce que suggère Eleonora Bottini lorsqu'elle écrit qu'« il y a une certaine identification, par moments, dans les discours du droit politique, entre l'histoire et la politique, comme si l'analyse historique du droit constitutionnel revenait automatiquement à prendre en considération le contexte politique des différentes constitutions [...] », E. Bottini, *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2016, p. 441, note 399.

droit politique s'est donné pour ambition. Ainsi que l'écrit Jean-Marie Denquin, « [...] le détour par l'histoire a une portée bien plus grande, car il met en question la validité même du réductionnisme positiviste. Celui-ci élimine des dimensions essentielles, psychologiques, sociales, politiques, du phénomène juridique. Ce faisant, il gagne en pureté, c'est-à-dire en cohérence et en extension. Mais dit-il encore quelque chose de son objet ? »²⁷⁶⁷. Au contraire, revenir à l'histoire encourage-t-il à poser un regard pluriel sur le droit contemporain, enrichi par la connaissance du passé. Le recours à l'histoire est dès lors la première étape d'une appréhension plus vaste du droit, en ce qu'il encourage à envisager également sa dimension politique, sociologique ou philosophique. Ainsi que l'écrivait Édouard de Laboulaye il y a plus d'un siècle, « celui qui ne voit dans le droit qu'une règle absolue ne voit dans le changement qu'une erreur ou un caprice ; celui-là seul comprend les révolutions des choses, qui en connaît la cause et la nécessité. Étudier le passé n'est donc pas un travail qui émousse l'esprit et lui ôte toute portée philosophique ; au contraire, la véritable philosophie du droit, comme celle de l'histoire, est celle à qui ce qui s'est fait donne l'intelligence de ce qui doit se faire »²⁷⁶⁸. L'histoire, en ce qu'elle révèle la portée culturelle que revêt le droit constitutionnel, invite donc à adopter un syncrétisme plus divers encore et à interroger notamment ses rapports avec la science politique.

²⁷⁶⁷ J.M. Denquin, « Repenser le droit constitutionnel », *Droits* n° 32, 2000, p. 5.

²⁷⁶⁸ É. de Laboulaye, « De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir », *Revue historique de droit français et étranger* Tome 1, 1855, p. 22.

CHAPITRE 2 : LE RECOURS MESURÉ À LA SCIENCE POLITIQUE

836. L'étendard que se sont choisis les auteurs *juspolitistes* – l'expression *droit politique* – démontre assez l'attention que mérite, au stade de l'étude de leur épistémologie, la relation qu'entretient une telle théorie avec la science politique²⁷⁶⁹. La question est d'autant plus fondamentale que l'histoire de la doctrine constitutionnelle s'écrit à la mesure de sa plus ou moins grande autonomie à l'égard de cette discipline²⁷⁷⁰. Une recherche consacrée à l'étude du droit politique suppose donc d'interroger sa posture quant à la place qu'elle reconnaît, dans le champ juridique, à la science politique, et éventuellement d'évaluer son originalité à ce titre.

837. Il peut sembler curieux qu'une telle question ne soit abordée qu'au terme de longs développements consacrés au droit « politique », tant elle paraîtrait mériter la primeur de toute considération à ce sujet. Le choix de la reléguer ainsi à la fin de notre démonstration n'est toutefois pas irraisonné, et poursuit plusieurs objectifs didactiques. D'abord, la question des rapports entre le droit politique et la science politique apparaît aisément comme un aboutissement dans la recherche que nous avons entendu mener : ils s'éclairent de tout ce qui constitue le droit politique comme théorie constitutionnelle. Dans cette perspective, la question du recours à la science politique revêt donc logiquement une fonction presque conclusive. Par ailleurs, si la doctrine juridique entretient depuis toujours des relations caractéristiques – tantôt fusionnelles, tantôt séparatistes – avec la

²⁷⁶⁹ Il est difficile de proposer une définition précise de la science politique, tant peine à émerger un consensus à cet égard. Nous retiendrons donc une acception volontairement large de la science politique comme « science de l'univers politique », c'est-à-dire comme le discours tendant à rationaliser, analyser et conceptualiser les faits relevant de la politique ; J.-M. Denquin, *Science politique*, Paris : PUF, coll. Droit fondamental. Droit politique et théorique, 5^e éd., 1996, p. 113 et ss. Le choix de traiter de la science politique au singulier s'explique par la volonté d'embrasser par ce vocable l'ensemble des questions méthodologiques et ontologiques qui se rapportent à cette définition, générale à dessein. Il s'agit, ce faisant, de marquer la spécificité du droit politique à l'égard de toutes les disciplines composant les sciences dites politiques. Nous ne saurions bien entendu ignorer les controverses récurrentes qui ont parfois conduit à consacrer l'existence de plusieurs sciences politiques. Pour un exposé critique de deux conceptions antinomiques de la science politique, voir par exemple : J. Leca, « Les deux sciences politiques. En relisant Georges Burdeau », *RFSP* vol. 62, 2012, p. 637-664. Pour autant, nous suivrons dans les développements à venir, l'intuition de Pierre Favre selon lequel « le pluriel – les sciences politiques – valait renonciation, et sans doute renonciation excessive, à la spécificité de la discipline », P. Favre, « La question de l'objet de la science politique a-t-elle un sens ? », in *Mélanges dédiés à Robert Pelloux*, Lyon : L'Hermès, coll. Droit. Économie. Gestion, 1980, p. 130.

²⁷⁷⁰ Les facultés de droit et de science politique se construisent en effet historiquement autour d'une concurrence farouche. Voir en ce sens : C. Jamin, *La cuisine du droit. L'École de Droit de Sciences Po : une expérimentation française*, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. Forum, 2013, p. 34 et ss. Pour une histoire plus spécifique du droit constitutionnel face à la science politique, voir par exemple : P. Raynaud, « Le droit et la science politique », *Jus politicum* n° 2, mars 2009.

science politique, elle présente aujourd'hui une certaine méfiance à l'encontre de tout ce qui semble menacer son autonomie²⁷⁷¹. Son scepticisme peut la conduire à exclure du carcan de la science juridique, tout ce qui porte le sceau de la politique. La revendication doctrinale des *juspolitistes* pourrait ainsi finalement être disqualifiée dès lors qu'elle serait trop vite assimilée à une doctrine principalement politiste²⁷⁷². Or, le droit politique ne saurait être regardé comme tel, puisqu'il mobilise essentiellement une rhétorique *juridique*. N'aborder la question de ses rapports avec la science politique qu'au terme d'une démonstration consacrée au droit politique tend donc à relativiser la dilution de l'objet « droit » dans son contexte « politique » ; ce qui a jusque-là fait l'objet d'un traitement subsidiaire doit désormais être considéré à titre principal.

838. De fait, les rapports qu'entretient la théorie du droit politique avec la science politique ne sont pas caractérisés par la prévalence de l'adjectif sur le nom : il s'agit bien d'un *droit* politique, et non d'une *politique* juridique. Pour autant, le prédicat a une importance déterminante, dont le sujet – le droit – ne saurait s'émanciper. De ces considérations, il résulte que le droit politique présente un rapport alambiqué avec la science politique. Dans un premier temps, il assume d'entretenir avec elle des liens étroits, imposés par la coïncidence de leurs objets ; certes, ces liens différeront selon le champ disciplinaire qui s'en saisit et relèveront finalement d'ontologies distinctes. Il n'en reste pas moins que, en tant que droit essentiellement politique, le droit constitutionnel des *juspolitistes* jette un pont au-dessus de la stricte frontière entre deux domaines souvent opposés (Section 1). Ces traces de convergence – à défaut d'assimilation – ontologique n'impliquent nulle dilution de la discipline juridique dans les travaux du droit politique : leurs auteurs ne sont pas les nouveaux Duguit, préconisant l'intégration des Facultés de droit aux Facultés de sciences sociales²⁷⁷³. La méthodologie mise en œuvre par les *juspolitistes* reste au contraire marquée de sa propre spécificité. Si elle ne saurait

²⁷⁷¹ C'est ce qu'expose par exemple Jean-Marie Denquin, « Remarques sur la situation du droit constitutionnel en France », *RDJ* n° 6, 2014, p. 1479-1480.

²⁷⁷² Voire une doctrine *politisée*, en ceci qu'elle ne se contenterait plus de livrer une description de son objet, mais basculerait dans le prescriptivisme : X. Magnon, A. Vidal-Naquet, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p. 121.

²⁷⁷³ On trouve toutefois les traces d'une aspiration commune à la théorie *juspolitiste* dans cette formulation de Duguit : « [...] je tiens à affirmer que, si nos Facultés ont une mission professionnelle, que je suis loin de méconnaître, elles sont en même temps, comme les autres Facultés, des établissements de haute culture intellectuelle et de recherches scientifiques ; à elles seules doit appartenir l'enseignement complet des sciences sociales ; leur véritable nom devrait être : Facultés de sciences sociales ; or le droit constitutionnel est une des plus importantes de ces sciences », L. Duguit, « Le droit constitutionnel et la sociologie », *Revue internationale de l'enseignement*, 1889, p. 4.

être totalement indifférente aux controverses épistémologiques des disciplines avoisinantes, elle continue de s'en distinguer nettement (Section 2).

Section 1 : La coïncidence de l'objet

839. Le terme même de droit politique, envisagé comme l'effigie d'une théorie constitutionnelle en construction, porte assez clairement le message selon lequel la science juridique et la science politique se préoccupent simultanément d'un objet comparable : le droit constitutionnel est empreint de considérations politiques ou politistes, et en tenir compte est le seul moyen de le comprendre véritablement. C'est là l'une des thèses fondamentales portées par les auteurs *juspolitistes*, et elle exige dès lors d'interroger les modalités du syncrétisme ainsi suggéré. Jean-Marie Denquin écrit en ce sens que « [...] les disciplines en cause [la science politique et la science juridique] ne se bornent pas à entretenir des rapports de contiguïté ou d'entraide : en vérité elles traitent de la même chose, et leur distinction tient plus à une différence dans le regard qu'à une distinction d'objets. [...] il faut donc penser à la fois la différence et la similitude, ou quasi-similitude, des deux disciplines »²⁷⁷⁴. Au soutien de cette hypothèse, les tenants du droit politique définissent ainsi la matière constitutionnelle à partir d'une problématique politique, centrée sur la question du *pouvoir* politique. Il appartient dès lors communément aux juristes et aux politistes d'étudier les modalités de son exercice et les ressorts de sa légitimité (§1). Cette convergence ontologique assumée n'est toutefois pas absolue, en ceci qu'elle ne conduit pas les tenants du droit politique à dissoudre la juridicité dans le fait politique. Ils entretiennent au contraire l'ambition de saisir la spécificité de la matière juridique de leur objet. Leur institutionnalisme patent – décidément central dans leurs travaux – leur est ici d'un grand secours, puisqu'il justifie le maintien d'une certaine autonomie disciplinaire, tout en réconciliant théoriquement le droit et la politique (§2).

§1 : Un objet commun : le pouvoir

840. Le pouvoir est indubitablement un objet politique, dès lors que l'on entend « par le terme de politique, [...] toute forme d'action collective organisée »²⁷⁷⁵. Bertrand de Jouvenel, qui lui a consacré un ouvrage, rapportait l'essence du pouvoir à un rapport de

²⁷⁷⁴ J.-M. Denquin, « Préface », in G. Burdeau, *Ecrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2011, p. 12.

²⁷⁷⁵ C. Möllers, « Les Gardiennes d'une séparation : les constitutions comme instruments de protection des différences entre le droit et la politique », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

domination effectif²⁷⁷⁶, selon une conception somme toute commune²⁷⁷⁷. Le pouvoir n'est pourtant pas une notion relevant exclusivement du champ politique et on la rencontre également en matière juridique²⁷⁷⁸, quoiqu'elle y revête le plus souvent une considération accessoire. Au titre du droit politique, Denis Baranger estime notamment que « le pouvoir politique est une contrainte exercée pour le bien commun par certaines personnes et selon certaines formes »²⁷⁷⁹. Le droit constitutionnel est alors, dans cette hypothèse, l'une des formes par lesquelles le pouvoir est susceptible de se manifester (A). Défini par référence à ce dernier, le droit constitutionnel des *juspolitistes* dépasse donc l'association minimale entre droit et politique que concèdent du bout des lèvres la plupart des juristes, avant de se hâter d'en faire abstraction : il est fondé, construit et pensé à partir du pouvoir entendu comme composante de l'agir politique (B).

A. Le droit comme forme spécifique du pouvoir

841. Le droit est une manifestation formalisée du pouvoir politique. C'est là le constat unanime sur lequel reposent toutes les théories, juridiques ou politistes, qui s'en saisissent. Le droit politique, en l'affirmant également, ne se distingue donc aucunement à cet égard. C'est bien plutôt dans les conséquences ontologiques qu'il déduit de ce constat, que se situe son originalité doctrinale. Si l'autonomisation du droit caractérise la forme qu'adopte l'exercice du pouvoir moderne²⁷⁸⁰, cela n'implique pas nécessairement d'en retenir une définition essentiellement *formaliste*, fondée sur le critère classique de la

²⁷⁷⁶ Il écrivait par exemple, qu'« il n'est pas vrai que le Pouvoir s'évanouisse lorsqu'il renie la source du droit dont il est issu, lorsqu'il agit à l'encontre de la fonction qui lui est assignée. Il continue de commander et d'être obéi : ce qui est la condition nécessaire pour qu'il y ait Pouvoir ; et la condition suffisante », B. de Jouvenel, *Du Pouvoir. Histoire naturelle de sa croissance*, Paris : Hachette Littératures, coll. Pluriel, 2006, p. 171.

²⁷⁷⁷ Maurice Duverger a toutefois précisé cette première définition, estimant que le pouvoir se distingue de la simple domination ou supériorité d'une entité sur une autre : « en premier lieu, la supériorité n'est qu'un fait matériel, tandis que le pouvoir est aussi un phénomène de croyances. Le pouvoir est reconnu comme pouvoir ; son autorité est admise. [...] Au contraire, la supériorité est seulement subie [...] En second lieu, le pouvoir a un caractère organisé et structuré. Il est conçu comme l'ossature de la société, il appartient au « cadre » social (l'étude juridique du pouvoir dans l'État s'appelle « droit constitutionnel », ce qui exprime assez bien ce caractère). Au contraire, la domination résulte de conflits et de luttes à l'intérieur du cadre », M. Duverger, *Méthodes des sciences sociales*, Paris : PUF, coll. Thémis. Manuels juridiques, économiques et politiques, 3^e éd., 1964, p. 52.

²⁷⁷⁸ Par exemple sous la plume de Maurice Hauriou, qui écrivait que « le pouvoir est une libre énergie de la volonté qui assume l'entreprise du gouvernement d'un groupe humain par la création de l'ordre et du droit », M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 14.

²⁷⁷⁹ D. Baranger, *Le droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 7^e éd., 2017, p. 8.

²⁷⁸⁰ Pour un exposé éclairant de la césure que représente à ce titre le passage à la modernité juridique, voir : A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 45-49.

normativité, celui d'un texte appliqué par un juge²⁷⁸¹. En insistant sur cette distinction – qui s'avère déterminante –, les *juspolitistes* se démarquent de la grande majorité de la doctrine juridique, au sein de laquelle prévaut une telle assimilation, conduisant *in fine* à masquer le phénomène du pouvoir à l'œuvre dans le droit (1). Ce faisant, ils ne rejoignent pas pour autant la confrérie des politistes, qui, comme les juristes, dispensent finalement pour leur part, une définition globalement formaliste du droit (2).

1. Un postulat oblitéré par la doctrine juridique

842. Dans sa grande majorité, la doctrine constitutionnaliste française reste convaincue aujourd'hui de la pertinence de définir le droit comme un ordre de contrainte, formalisé et sanctionné²⁷⁸². La fervente réception doctrinale qu'a connue le contrôle de constitutionnalité, réputé parfaire la normativité de la loi fondamentale²⁷⁸³, est à ce titre évocatrice, en ce qu'elle traduit la satisfaction des constitutionnalistes confrontés à un objet enfin conforme à leur conception du droit. Cette victoire de la juridicité semble *a priori* se faire au détriment du caractère politique de la Constitution qui, jusque-là débridé, serait désormais encastré dans un ordre de contraintes qui l'assujettit²⁷⁸⁴. Paradoxalement toutefois, la plupart des juristes admettent volontiers le caractère irréductiblement politique du droit, et son lien intrinsèque avec l'idée de pouvoir²⁷⁸⁵. Il reste alors à déterminer l'influence que peut revêtir un tel postulat sur l'ontologie juridique ainsi proposée.

²⁷⁸¹ C'est pourtant le destin du constitutionnalisme contemporain que de succomber à ce formalisme, selon le sociologue Jacques Commaille : « le constitutionnalisme paraît obéir à la même logique [de formalisation]. L'importance croissante du Conseil constitutionnel sur les pratiques politiques et, par conséquent, du « droit constitutionnel formel » sur la vie politique s'accompagne du développement d'une science du droit constitutionnel [...] » tentée par une certaine hégémonie sur le fait politique ; J. Commaille, « Droit et politique », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 479.

²⁷⁸² Eleonora Bottini évoque en ce sens un « très grand enthousiasme pour la justice constitutionnelle [et] la juridicisation qu'elle entraîne ». L'auteur relève toutefois que cet enthousiasme n'est pas unanime en doctrine, mais reste émaillé de critiques : E. Bottini, *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2016, p. 292 et ss.

²⁷⁸³ La Constitution devient en effet, sous l'impulsion de sa juridictionnalisation, « [...] une norme « en devenir » en ce qu'elle acquiert une force normative par le travail de construction de sens des énoncés constitutionnels », travail relevant essentiellement de l'office du juge constitutionnel ; D. Rousseau, « La QPC, redécouverte de la pensée constitutionnelle », in D. Rousseau, P. Pasquino (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité : une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, Paris : Mare & Martin, 2018, p. 127.

²⁷⁸⁴ On pense notamment à l'ouvrage de Louis Favoreu, au titre évocateur : *La politique saisie par le droit : alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris : Economica, 1988, 153 p.

²⁷⁸⁵ D. Rousseau, « La Constitution ou la politique autrement », *Le Débat* n° 64, 1991, p. 180 ; M. Troper, « Le droit, la raison et la politique », *Le Débat* n° 64, 1991, p. 181-186.

843. De fait, de tout temps, les juristes ont été nombreux à affirmer la nature politique et sociale du droit²⁷⁸⁶. Ce constat inclut d'ailleurs les auteurs que leurs présupposés incitent particulièrement à promouvoir l'autonomie méthodologique du droit. C'est notamment le cas de Hans Kelsen, qui affirmait clairement que « le droit ne peut être isolé de la politique dès lors qu'il en est l'instrument. Sa création aussi bien que son application sont politiques et cela implique des fonctions déterminées par des jugements de valeur »²⁷⁸⁷. Adoptant une perspective comparable, Michel Troper écrit par exemple qu'« [...] une théorie juridique permet de comprendre l'organisation et le fonctionnement réels du pouvoir dans l'État moderne »²⁷⁸⁸, cette dernière notion renvoyant alors à la structure juridique qu'adopte le pouvoir²⁷⁸⁹. Le plus strict positivisme, tourné, comme chez Kelsen, vers l'édification d'une autonomie disciplinaire, ne renie donc pas lui-même le lien étroit qui conjugue le pouvoir et le droit. Il ne se distingue pas, à cet égard, de la position du droit politique en vertu de laquelle « la conception du pouvoir propre au droit constitutionnel est le fruit d'un effort considérable de structuration de l'autorité, qui lui est antérieur, et dont le résultat est l'État »²⁷⁹⁰ : le constitutionnalisme, en tant qu'expression d'une volonté de limiter le pouvoir en l'organisant, apparaît ainsi comme l'aboutissement de l'État moderne, lui-même parangon du juridisme²⁷⁹¹. Dans l'hypothèse *juspolitiste* comme dans celle du positivisme, le droit est donc simultanément l'expression du pouvoir politique et le moyen de le circonscrire.

844. Néanmoins, alors que les tenants du droit politique semblent concentrer leurs efforts de recherche sur les moyens susceptibles d'articuler le droit au pouvoir dont il émane, la théorie positiviste, et spécifiquement le normativisme, ne paraissent concéder le caractère

²⁷⁸⁶ On trouve par exemple sous la plume d'Émile Giraud l'affirmation selon laquelle, « par leur nature droit et politique ne présentent pas de différence. La politique c'est la volonté de maintenir le droit existant ou de créer un droit nouveau. Le droit nouveau c'est la réalisation d'une idée, d'une aspiration politique », É. Giraud, « Le droit positif, ses rapports avec la philosophie et la politique », in *Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant*, Paris : A. Pédone, 1960, p. 236.

²⁷⁸⁷ H. Kelsen, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », 1953, in *Droit et société* n° 22, 1992, p. 559.

²⁷⁸⁸ M. Troper, « Théorie sociologique et théorie juridique de l'État », in *Le droit et la nécessité*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2011, p. 68.

²⁷⁸⁹ L'État correspond en effet à cette situation politique dans laquelle « le pouvoir est exercé dans la forme juridique, c'est-à-dire, non pas au moyen de commandements isolés, mais de règles qui sont créées et appliquées selon des procédures régulières et relativement stables, de telle manière que chaque commandement individuellement adressé à un sujet apparaît toujours comme l'application d'une règle générale antérieure », F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Manuel, 38^e éd., 2017, p. 89.

²⁷⁹⁰ D. Baranger, *Le droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 7^e éd., 2017, p. 5.

²⁷⁹¹ Un auteur estime à ce titre qu'« un des éléments centraux du constitutionnalisme est la légalisation [...] du pouvoir politique, le long processus historique par lequel les gouvernants politiques et les administrations publiques devinrent soumis aux règles qu'ils faisaient et contrôlés par des corps indépendants comme les cours », C. Möllers, « Les Gardiennes d'une séparation : les constitutions comme instruments de protection des différences entre le droit et la politique », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

politique du droit que pour le négliger aussitôt. Kelsen notamment, a certes protesté contre une telle propension de sa pensée à dépolitiser son objet,²⁷⁹² mais il n'en semble pas moins que c'est bien ce à quoi invite pourtant la théorie « pure » du droit. Il apparaît en effet que la définition du droit par référence exclusive à la *norme*²⁷⁹³, elle-même conçue comme un devoir-être absolument déconnecté de l'être en vertu de la loi logique exprimée par Kant²⁷⁹⁴, contribue à cristalliser le droit autour de considérations formelles, et à exclure ce faisant de sa sphère tout ce qui semble relever, par contraste, de la politique. Le formalisme, qui est l'un des moyens d'assurer l'autonomie de la science du droit, devient également le prétexte de l'autonomie de son objet²⁷⁹⁵, l'instrument de sa différenciation dans le milieu politique au sein duquel il évolue. Malgré la nature politique préalablement admise du droit, celui-ci n'est pas ontologiquement conçu comme tel ; au contraire est-il construit autour de l'idée de norme – de devoir-être –, envisagée essentiellement comme contrepoint de la politique, du fait, de l'être²⁷⁹⁶. La théorie normativiste, tout en admettant que tout droit est politique, s'empresse donc de démentir ce postulat aussitôt, en construisant un objet épuré ; le savant juriste doit se prémunir contre la contemplation directe du pouvoir qui, « hideuse face de Gorgone », ne pourrait au mieux que figer ses prétentions à étudier le droit²⁷⁹⁷.

845. Le courant réaliste français, qui tend pourtant à atténuer la distinction entre droit et politique, entre devoir-être et fait – en s'arc-boutant notamment sur le postulat de l'interprétation constructive des juges – n'échappe pas tout à fait à une critique similaire.

²⁷⁹² « La dépolitisation qu'exige la théorie pure du droit a trait à la science du droit et non à son objet, le droit », H. Kelsen, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », 1953, in *Droit et société* n° 22, 1992, p. 559.

²⁷⁹³ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 12.

²⁷⁹⁴ *Ibid.*, p. 14.

²⁷⁹⁵ Eleonora Bottini démontre en ce sens comment le formalisme kelsénien, inspiré d'une stricte obédience positiviste, conduit à exclure de l'objet juridique tout ce qui a trait à son contenu et qui relève, ou du droit naturel ou de la politique : E. Bottini, *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2016, p. 135 et ss.

²⁷⁹⁶ Michel Troper estime à cet égard qu'une partie de la doctrine constitutionnelle emboîte le pas à Hans Kelsen dans cette opposition induite. Il écrit que « la distinction du politique et du juridique, qui présuppose une opposition de la création et de l'application du droit et, en définitive, l'opposition de deux sphères de l'être et du devoir-être, ne peut être maintenue, au regard même de la doctrine qui en a donné l'expression la plus élaborée », M. Troper, « Le constitutionnalisme entre droit et politique », in *Droit et politique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 87.

²⁷⁹⁷ Kelsen écrivait en effet, dans une célèbre et éloquente métaphore : « [...] celui qui cherche la réponse [à la question de ce qui se cache derrière le droit positif] ne découvrira jamais, je le crains, ni la vérité absolue d'une métaphysique, ni la justice absolue d'un droit naturel. Celui qui soulève le voile et ne ferme pas les yeux, celui-là peut apercevoir la hideuse face de Gorgone du Pouvoir qui le fixe » Hans Kelsen, « Diskussionsrede zu den Berichten « Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des art. 109 der Reichsverfassung » », *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* n° 3, 1927 ; cité par C.M. Herrera, « Avant-propos », in C.M. Herrera (dir.), *Le droit, le politique: autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris : L'Harmattan, 1995, p. 8.

Certes, sous la plume de son plus illustre représentant, Michel Troper, la théorie réaliste enjoint à l'abandon de la distinction entre création et application de la norme²⁷⁹⁸, dans laquelle se niche habituellement l'opposition entre politique et droit²⁷⁹⁹. Pour autant, sa « déconstruction inachevée »²⁸⁰⁰ du kelsenisme le conduit à s'en réapproprier le schème exclusivement normatif : « tout se passe comme si l'opération n'avait consisté qu'à déplacer un peu le lieu de la production normative »²⁸⁰¹, du législateur vers le juge. Dans la perspective du réalisme interprétatif comme dans le normativisme de Kelsen, la juridicité est close sur elle-même, dans un cycle fermé²⁸⁰² qui exclut par là le pouvoir considéré en tant que tel.

846. Si le droit politique constitue donc une rupture à l'égard du positivisme, c'est précisément dans cette ambition qui est la sienne d'édifier une théorie du droit fondée non sur une définition contre-intuitive de la norme, mais sur une conception de la Constitution tenant compte de cette réalité admise selon laquelle le droit est et reste politique. C'est cette ambition qui justifie que soit abandonné le prisme normatif dans l'appréhension de la juridicité. La critique adressée au positivisme n'est donc pas une tentative de déconstruction de la juridicité ou du droit comme discipline académique autonome : elle invite bien plus à une redéfinition du droit qu'à un abandon de la réflexion juridique au profit d'une seule analyse politiste, finalement guère plus conciliante à cet égard.

²⁷⁹⁸ Voir par exemple : M. Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 304-305.

²⁷⁹⁹ « Le critère de la distinction du politique et du juridique est [...] toujours le même : est juridique ce qui est application d'une norme préexistante et échappe à la causalité ; est politique la décision qui relève de la causalité », M. Troper, « Le constitutionnalisme entre droit et politique », in *Droit et politique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 85.

²⁸⁰⁰ S. Rials, « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits* n° 37, 2003, p. 49-86. Pour une démonstration convergente, voir aussi : D. Baranger, « Les constitutions de Michel Troper », *Droits* n° 37, 2003, p. 123-147.

²⁸⁰¹ S. Rials, « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits* n° 37, 2003, p. 80.

²⁸⁰² Stéphane Rials écrit par exemple que « le souffle ravageur de l'interprétation s'exténue ainsi dans la référence jamais reniée à une interprétation « authentique » qui se mord la queue », *ibid.*

2. Un postulat exacerbé par la doctrine politiste

847. Paradoxalement peut-être, la science politique²⁸⁰³ retient traditionnellement du droit une définition assez proche de celle que privilégient habituellement les juristes, celle d'une formalisation de la domination politique qu'exercent les gouvernants sur les gouvernés²⁸⁰⁴. Il semble en effet que la science politique retienne globalement du droit une définition inspirée de ce que proposent les juristes eux-mêmes. Ainsi, le droit reste fondamentalement la formalisation de l'exercice du pouvoir politique, caractérisée par le respect de procédures et la sanction qui accompagne normalement son inexécution²⁸⁰⁵. Ce consensus transdisciplinaire n'est guère surprenant si l'on considère les relations étroites, mais conflictuelles qui ont présidé au développement de la science juridique et de la science politique²⁸⁰⁶ : retenir une même définition du droit permet aux deux disciplines de s'exclure mutuellement, en dessinant entre elles une frontière communément admise. Jacques Caillosse estime à cet égard qu'une grande part de la science politique « [...] s'entient, pour parler de droit, au positivisme de la doctrine régnante. En d'autres mots, la science politique ne se limite pas à constater le mouvement de clôture de la pensée

²⁸⁰³ Il est entendu que les développements consacrés à la « science politique » ne prétendent à aucune exhaustivité. Cette discipline est bien trop riche et plurielle pour que nous puissions en restituer tous les aspects. La mention de certains pans de cette science n'a vocation qu'à souligner, ponctuellement, tantôt l'écart, tantôt les relations qu'entretient à son égard la théorie du droit politique.

²⁸⁰⁴ Ainsi un éminent politiste postule-t-il, « [...] pour dégager la signification politique réelle des Constitutions [...] que l'existence même d'une organisation formelle – surtout lorsque celle-ci découle d'une mise en forme solennelle – est toujours significative, sous l'angle sociologique, des rapports de forces réels existant dans le système politique analysé », J.-L. Seurin, « Des fonctions politiques des Constitutions. Pour une théorie politique des Constitutions », in J.-L. Seurin (dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris : Economica, coll. Politique comparée, 1984, p. 40-41.

²⁸⁰⁵ On trouve l'expression d'une telle conviction sous la plume d'Émile Durkheim : « non seulement ces types de conduite ou de pensée sont extérieurs à l'individu, mais ils sont doués d'une puissance impérative et coercitive en vertu de laquelle ils s'imposent à lui, qu'il le veuille ou non. Sans doute, quand je m'y conforme de mon plein gré, cette coercition ne se fait pas ou se fait peu sentir, y étant inutile. Mais elle n'en est pas moins un caractère intrinsèque de ces faits, et la preuve, c'est qu'elle s'affirme dès que je tente de résister. Si j'essaie de violer les règles du droit, elles réagissent contre moi de manière à empêcher mon acte s'il en est temps, ou à l'annuler et à le rétablir sous sa forme normale s'il est accompli et réparable, ou à me le faire expier s'il ne peut être réparé autrement », É. Durkheim, *Les Règles de la méthode sociologique*, Paris : Éditions F. Alcan, 1919, p. 6-7. Durkheim est certes un sociologue, qui a d'ailleurs renoncé expressément, quoique de manière ambiguë, à traiter de la politique en tant que telle. Il n'en reste pas moins l'un des fondateurs français des sciences sociales et la science politique s'est elle-même construite en partie autour de ses travaux. Voir sur cette question : P. Favre, *Naissances de la science politique en France (1870-1914)*, Paris : Fayard, coll. L'espace du politique, 1989, not. p. 127-132.

²⁸⁰⁶ Bastien François écrit par exemple que, « science jeune, [...] c'est une science [la science politique] qui est née – l'histoire est pour partie mythologique, mais qu'importe – par un schisme ou, pour le dire autrement, qui vit sur une tradition négative : contre le droit et les juristes », B. François, « Préalables avant de prendre le droit comme objet. Notations en forme de plaidoyer pour un point de vue a-disciplinaire, mais néanmoins soucieux des impensés disciplinaires », in J. Commaille, L. Dumoulin, C. Robert (dir.), *La juridicisation du politique : leçons scientifiques*, Paris : LGDJ, coll. Droit et société. Recherche et travaux, 2000, p. 117.

juridique sur elle-même. Elle y prend part. En lui assignant des lieux d'où elle est sommée de ne pas s'extraire. Pour mieux conquérir ses propres libertés territoriales et découper ses objets »²⁸⁰⁷.

848. La concurrence entre les deux disciplines, fondée sur une définition commune du droit, justifie par ailleurs le discrédit mutuel qu'elles entretiennent. Du point de vue de la science politique notamment, le fait que le droit ne soit que la forme qu'épouse le pouvoir permet de recourir à son encontre à une critique d'inspiration marxiste, en vertu de laquelle le discours des juristes ne permet que de dissimuler la réalité de la domination politique à l'œuvre²⁸⁰⁸. Dans une telle perspective, Pierre Bourdieu écrivait par exemple que « le droit ne fait que consacrer symboliquement, par un enregistrement qui éternise et universalise, l'état du rapport de forces entre les groupes et les classes que produit et garantit pratiquement le fonctionnement [des] mécanismes [sociaux] »²⁸⁰⁹. La définition formaliste du droit devient ainsi le fondement d'une dévalorisation de la science qui prétend en rendre compte exclusivement : « quels que soient les lieux où se déploie le discours juridique, c'est toujours au nom du réel qu'il voit sa pertinence contestée par les politistes : les mots du droit feraient diversion, cachant les faits pour mieux nous en distraire. Soit que le « juridique » dresse un écran de normes entre l'observateur et la réalité, soit qu'il donne de cette dernière une représentation à ce point déformée qu'elle en devient méconnaissable »²⁸¹⁰. C'est au nom de la réalité du pouvoir que sera discréditée l'approche juridique, jugée trop émancipée des réalités politiques et sociales. C'est d'ailleurs en ce sens que l'on peut comprendre l'évolution doctrinale d'une personnalité comme Georges Burdeau : armé d'une définition normative du droit constitutionnel²⁸¹¹, il a déserté le terrain juridique pour s'établir sur celui de la science politique, au nom de la prétention réaliste autour de laquelle il a construit son étude du

²⁸⁰⁷ J. Caillosse, « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs », *Droit et société* 1994, p. 132.

²⁸⁰⁸ « [...] Du point de vue d'une sociologie marxiste, mais aussi du point de vue des doctrines jusnaturalistes, on peut soutenir et on a effectivement soutenu que les normes traduisent et masquent des rapports de force, si bien que la science du droit, qui présente un comportement comme légal, contribue à entretenir l'illusion », M. Troper, « Le constitutionnalisme entre droit et politique », in *Droit et politique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 91.

²⁸⁰⁹ P. Bourdieu, « Les modes de domination », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n^{os} 2-3, Vol. 2, 1976, p. 125.

²⁸¹⁰ J. Caillosse, « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs », *Droit et société* 1994, p. 133-134.

²⁸¹¹ Jean-Marie Denquin écrit à son propos qu'« [...] il semble que l'auteur du *Traité* entende par droit constitutionnel, comme nombre de ses contemporains, une discipline à la fois exégétique et normative. Exégétique car, comme toutes les disciplines juridiques, sa matière est le langage. Normative en ce que l'exégèse à laquelle elle procède se borne à expliciter ce qui *devrait être*, sans se soucier de l'écart entre l'idéal proclamé et la réalité constatable », J.-M. Denquin, « Préface », in G. Burdeau, *Ecrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2011, p. 12.

pouvoir²⁸¹². C'est ce qui apparaît notamment dans le célèbre article par lequel il estimait la Constitution en « survivance » : « [...] l'artifice cède devant l'élémentaire, le système est recouvert par les improvisations, des données jusque-là contenues dans le domaine méprisé du fait recouvrent de leur exubérance le jardin policé du droit. Ce qui compte, dès lors, ce ne sont plus les théories savantes des publicistes ni la subtilité des agencements de procédures constitutionnelles, c'est l'homme, sa psychologie, sa condition sociale et économique, ses rêves, ses colères et ses illusions, car c'est lui isolément ou intégré aux masses, qui détermine la figure du pouvoir, ses moyens et ses buts. Au regard de forces de cette nature, il apparaît bien que la notion de constitution est dépassée »²⁸¹³.

849. Pourtant, Burdeau²⁸¹⁴, comme d'autres politistes, a cherché à dépasser le clivage traditionnel qui oppose les disciplines juridique et politique. Cette tentative de dépassement se manifeste toutefois davantage sur un plan méthodologique que sur un plan ontologique. Plusieurs politistes contemporains invitent ainsi leurs confrères à considérer le droit comme une donnée utile à la compréhension du pouvoir en tant que phénomène social ; c'est notamment la force légitimante du droit qui mérite d'être prise en compte. « En effet, à travers les processus d'édiction normative sont effectués des choix entre des conceptions et rapports au monde distincts, concurrents voire contradictoires. Le discours juridique fonctionne alors comme un instrument de légitimation pour des valeurs sociales qui, du fait de leur reconnaissance par le droit, se chargent et se lestent de légitimité. Conformément au mode de domination légale-rationnelle formalisé par Max Weber, l'inscription dans la loi vaut non seulement légalité, mais aussi légitimation et légitimité »²⁸¹⁵. Même lorsque le droit est salué comme une

²⁸¹² Il écrivait par exemple, en avant-propos à la troisième édition de son imposant *Traité de science politique*, qu'il souhaitait « [...] réintroduire le Pouvoir dans la conception juridique de l'État. Non pas, sans doute, pour faire de l'État un instrument de la force, mais *pour montrer ce qu'il est en réalité* : la forme la plus achevée parce que la plus humaine du Pouvoir politique, d'un Pouvoir qui n'est jamais simple domination matérielle, mais énergie d'une idée de l'ordre social qu'il tend à faire prévaloir et dans laquelle il trouve à la fois sa fin et sa justification », G. Burdeau, « Avant-propos », in *Traité de science politique*, T. I. *Présentation de l'univers politique*, Vol. 1 : *Société, politique et droit*, Paris : LGDJ, 3^e éd., 1980, p. 11 ; nous soulignons.

²⁸¹³ G. Burdeau, « Une survivance : la notion de Constitution », 1956, in *Écrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, préf. J.-M. Denquin, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2011, p. 238.

²⁸¹⁴ À l'heure de dresser le bilan de sa propre carrière, Burdeau confessait avoir cherché à « [...] transcender l'opposition droit/politique en [se] référant à l'analyse de la dialectique de l'ordre et du mouvement dont toute société est le résultat provisoire », G. Burdeau, « Du droit à la science politique », 1984, in *Écrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, préf. J.-M. Denquin, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2011, p. 667.

²⁸¹⁵ L. Dumoulin, C. Robert, « Autour des enjeux d'une ouverture des sciences du politique au droit. Quelques réflexions en guise d'introduction », in J. Commaille, L. Dumoulin, C. Robert (dir.), *La*

donnée pertinente pour l'étude du pouvoir, il est donc toujours considéré dans une perspective formaliste.

850. L'appel à réinvestir le champ juridique est également professé dans une perspective sociologique du droit, alors entendu comme discipline savante. Plutôt que de considérer la matière juridique comme dotée d'une autonomie ontologique et académique donnée, Pierre Bourdieu a par exemple incité les sociologues à se saisir de cette autonomie elle-même, à « [...] poser la question des fondements sociaux de cette autonomie : c'est-à-dire, plus précisément, la question des conditions historiques qui doivent être remplies pour que puisse émerger, à la faveur des luttes au sein du champ du pouvoir, un univers social autonome, capable de produire et de reproduire, par la logique de son fonctionnement spécifique, un corpus juridique relativement indépendant des contraintes externes »²⁸¹⁶. Si cette posture invite à une certaine considération, voire à une certaine objectivation du champ juridique, elle ne semble pourtant pas inciter à une véritable interdisciplinarité dans la mesure où la réflexion préconisée ne porte pas immédiatement sur le droit lui-même, mais plus directement sur le discours de ceux qui prétendent le décrire. Surtout, elle ne suppose pas une définition du droit positif spécifique, et elle ne permet donc pas d'interroger la conception normative retenue par la majorité de la doctrine juridique. Ainsi, même lorsque la science politique cherche à s'émanciper de la conception du droit proposée par les juristes, ce n'est pas pour en proposer une alternative, mais pour s'autoriser à prendre la science juridique pour objet. Cela semble particulièrement clair à la lecture de cette conclusion de Bastien François : « [...] ils [les politistes] demeurent prisonniers de ce que les juristes disent du droit, éventuellement pour en contester le sens, prisonniers d'une approche substantialiste de la juridicité, sans jamais pouvoir analyser ce que *font* les juristes »²⁸¹⁷.

851. Ces quelques pérégrinations dans le champ de la science politique permettent de mesurer plus clairement la place que le droit politique accorde à l'interdisciplinarité ; il ne s'agit pas pour lui de franchir la frontière académique en abandonnant la sphère juridique. En relativisant le formalisme du droit, il invite plus radicalement à dépasser l'opposition

juridicisation du politique : leçons scientifiques, Paris : LGDJ, coll. Droit et société. Recherche et travaux, 2000, p. 15.

²⁸¹⁶ P. Bourdieu, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales* n° 1, vol. 64, 1986, p. 3.

²⁸¹⁷ B. François, « Préalables avant de prendre le droit comme objet. Notations en forme de plaidoyer pour un point de vue a-disciplinaire, mais néanmoins soucieux des impensés disciplinaires », in J. Commaille, L. Dumoulin, C. Robert (dir.), *La juridicisation du politique : leçons scientifiques*, Paris : LGDJ, coll. Droit et société. Recherche et travaux, 2000, p. 119.

ontologique autour de laquelle se sont construites les sciences juridique et politique ; il propose une redéfinition du droit, davantage qu'une théorie politiste. Les *juspolitistes* ne sont donc pas des politologues dissimulés, mais de véritables juristes, qui entendent intégrer la considération du pouvoir à leur conception du droit.

B. Le droit comme structure indissociable du pouvoir

852. En cherchant à intégrer le pouvoir dans leur définition du droit, les auteurs *juspolitistes* se démarquent d'un certain formalisme sur lequel est fondé le schisme disciplinaire entre droit et science politique ; ils ouvrent donc la voie à l'interdisciplinarité. Toutefois, si le droit est bien l'instrument du pouvoir, une difficulté apparaît dans l'hypothèse spécifique du constitutionnalisme, qui est simultanément censé garantir son encadrement²⁸¹⁸. Le champ juridique semble alors entraîné dans un cycle infini par lequel il limite le pouvoir qui le produit en retour, et s'enferme lui-même, avant de le transformer à nouveau, etc²⁸¹⁹. La problématique que cela soulève est celle de l'œuf et de la poule, qui suppose de déterminer quel élément précède l'autre. Là où le normativisme juridique enjoint d'exclure le pouvoir de cette boucle infinie – au profit d'une conception autopoïétique du droit –, le droit politique tend bien davantage à consacrer l'antériorité du phénomène politique (1), et ce dans une perspective qui ne se limite pas au stade de la création du droit (2).

1. L'antériorité décisive du pouvoir sur le droit

853. Admettre l'antériorité du pouvoir sur le droit constitutionnel implique de ne pas considérer ce dernier comme un objet donné à partir de lui-même, mais comme une structure progressivement établie, à la fois à partir du fait politique et à son encontre. Les conditions de sa formation et de son avènement intègrent donc d'office le giron juridique,

²⁸¹⁸ Le constitutionnalisme se caractérise en effet par le « [...] fait que la limitation du pouvoir politique qu'il poursuit est réalisée au moyen du *droit*, au moyen de la constitution conçue comme *juridique* », O. Beaud, « Constitution et constitutionnalisme », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 134.

²⁸¹⁹ Cette idée est par exemple développée par Pierre Avril, « Penser le droit politique (suite) », *Jus politicum* n° 20, décembre 2018. C'est cette acception du droit constitutionnel qui justifie en premier lieu qu'il soit considéré comme un « droit politique ».

même si cela suppose de ne pas regarder le droit comme un produit exclusivement juridique. En adoptant cette perspective, le droit politique bâtit donc une ontologie construite *autour* du postulat de l'antériorité du pouvoir et non pensée *contre* lui, dans une quête constante d'autonomie de l'objet juridique²⁸²⁰.

854. Il apparaît pourtant que c'est cette seconde démarche qui est le plus souvent conduite en doctrine. Déjà Georges Burdeau, se languissant d'une Constitution juridiquement efficace, estimait qu'elle se définit comme une réponse « [...] à l'intention de fixer au Pouvoir un statut qui ne dépende pas du Pouvoir lui-même »²⁸²¹, donc par sa capacité à *précéder* le pouvoir pour mieux le circonscrire²⁸²². Plus généralement, il semble que l'approche juridique traditionnelle invite à une conclusion nécessairement restrictive quant à la place du pouvoir dans l'appréhension du droit, pour des raisons qu'il est possible de rattacher au prisme positiviste dominant. Bastien François évoque ainsi une « *fiction du déjà-là agissant* » qui « [...] est produite par la double censure qui est au principe même de la construction juridique de la réalité ; [et] qui conduit non seulement à penser la dynamique du droit indépendamment de toute pesanteur sociale – comme l'illustre, de façon archétypale, la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen –, mais également à ce que le corps des juristes fasse silence sur son propre travail, c'est-à-dire dissimule la dimension « créatrice » de ce travail sous la posture du *lector* chargé d'appliquer un texte qui semble trouver en lui-même son autorité et sa force »²⁸²³. Cette conception du droit, fondée sur l'idée de son antériorité à l'égard du pouvoir, n'est

²⁸²⁰ C'est particulièrement net notamment dans la pensée de Hans Kelsen, qui forge l'autonomie de son objet à partir de considérations en apparence épistémologiques, mais qui traduisent en réalité « une ontologie à peine cachée », voire une « conception métaphysique inadmissible », selon Michel Troper, « Le constitutionnalisme entre droit et politique », in *Droit et politique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 85 et p. 86-87.

²⁸²¹ G. Burdeau, « Une survivance : la notion de Constitution », 1956, in *Écrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, préf. J.-M. Denquin, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2011, p. 242.

²⁸²² Cette idée est confirmée par d'autres fragments de la pensée de Burdeau qui écrivait par exemple : « dire par qui et comment sera exercé le Pouvoir c'est bien, mais encore faut-il savoir de quel Pouvoir il s'agit. Déterminer dans quelles conditions les décisions et les commandements devront être tenus pour réguliers c'est nécessaire sans doute à l'ordre public, mais il importe au moins autant de déterminer quelle pourra être la substance des ordres. Ces questions, c'est dans la constitution qu'elles trouvent leurs solutions. Et c'est pourquoi il importe de voir en elle, en même temps que le statut formel de l'autorité gouvernementale, le statut fondamental de l'institution étatique elle-même », G. Burdeau, *Traité de science politique*, T. IV. *Le statut du Pouvoir dans l'État*, Paris : LGDJ, 3^e éd., 1983, p. 97.

²⁸²³ B. François, « Préalables avant de prendre le droit comme objet. Notations en forme de plaidoyer pour un point de vue a-disciplinaire, mais néanmoins soucieux des impensés disciplinaires », in J. Commaille, L. Dumoulin, C. Robert (dir.), *La juridicisation du politique : leçons scientifiques*, Paris : LGDJ, coll. Droit et société. Recherche et travaux, 2000, p. 119.

d'ailleurs pas l'apanage des juristes, puisqu'il transparaît également dans une partie de la science politique²⁸²⁴.

855. C'est donc à la fois de la doctrine juridique et de la doctrine politiste que se distingue derechef le droit politique. Selon les auteurs qui s'en prévalent en effet, « le droit constitutionnel a été bâti dans des circonstances historiques précises autour d'un objet qui est le pouvoir, et non pas tel ou tel autre concept de l'agir politique »²⁸²⁵. Dès lors, « en renonçant à se donner le pouvoir comme objet, au profit des seules normes, le droit constitutionnel renonce à lui-même. Il se renferme dans le juridisme, c'est-à-dire dans l'étude-et-fabrication du droit pour le droit. Il devient donc ineffectif historiquement »²⁸²⁶. C'est une forme de « réalisme constitutionnel »²⁸²⁷ qui incite les *juspolitistes* à dépasser, par le recours au pouvoir, le normativisme comme carcan de la juridicité. Cécile Guérin-Bargues écrit en ce sens que « bien plus qu'à la définition abstraite de la norme, le droit politique s'intéresse aux manifestations réelles, concrètes du pouvoir. Or, celui-ci possède une autonomie irréductible et n'est pas toujours et nécessairement juridiquement conditionné : *le pouvoir est avant que la norme juridique soit* »²⁸²⁸.

856. Cette thèse, si elle est relativement peu partagée dans la doctrine contemporaine, n'est toutefois pas inédite au sein de la théorie constitutionnelle ; elle a participé à fonder certains des travaux les plus ambitieux en la matière. Elle animait par exemple la pensée de Maurice Hauriou²⁸²⁹, telle qu'elle est restituée ici par Julia Schmitz : « si l'on ne peut fonder le droit sur lui-même au risque de produire une science juridique abstraite, vide et tautologique, et si le droit apparaît comme un produit de la société, il devient alors

²⁸²⁴ Bastien François souligne en ce sens le paradoxe d'une science politique qui, témoignant d'un certain mépris à l'encontre de l'activité des juristes, s'appuie sur des considérations ontologiques analogues. Ainsi, « le droit serait soit un artifice, soit une force. Dans les deux cas, la science politique, dans l'étude des phénomènes juridiques, partage alors avec le droit un impensé central : la fiction d'un *déjà-là agissant* du droit. Fiction qui interdit non seulement d'interroger véritablement le droit comme *construction historique*, mais qui conduit, paradoxalement, la critique du juridisme à employer les mêmes schèmes d'évaluation des pratiques que celles des juristes, à savoir l'idée que les usages du droit peuvent être saisis dans leur « écart » au droit positif, dans leur conformation (ou pas) à la *doxa* juridique », *ibid.*, p. 118-119.

²⁸²⁵ D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

²⁸²⁶ *Ibid.*

²⁸²⁷ E. Bottini, *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2016, p. 474.

²⁸²⁸ C. Guérin-Bargues, « Le droit politique entre normativisme et *soft law* : à propos de l'ouvrage d'Eleonora Bottini, *La sanction constitutionnelle, étude d'un argument doctrinal* », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017 ; nous soulignons.

²⁸²⁹ Le doyen de Toulouse écrivait par exemple : « un pouvoir crée une institution qui devient coutumière et sur laquelle il s'appuie ensuite pour créer du droit au nom de l'institution, ainsi s'établit la filière », M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 4.

nécessaire de rechercher la fondation de la juridicité, l'état préjuridique du social, duquel émerge la règle juridique »²⁸³⁰. Une telle démarche est également celle de Léon Duguit, qui a proposé au fondement du droit, le fait que constitue la solidarité sociale²⁸³¹. Certes, ces deux auteurs proposent des théories que l'on pourrait qualifier avec Stéphane Rials de « néo-naturalistes »²⁸³², puisque, en abandonnant le prisme exclusivement normativiste, ils confèrent au droit une vocation axiologiquement déterminée. En effet, « à rebours de l'axiome relativiste du normativisme, il apparaît clair pour Hauriou comme pour Duguit qu'il est possible de constater l'*existence* de valeurs objectives au cœur du phénomène politique. Et ce sont précisément ces valeurs qui vont nourrir la grille d'analyse du constitutionnaliste d'un contenu éthico-politique que le doute radical de Kelsen se refuse à admettre. Ainsi, si l'« idée d'œuvre » du doyen de Toulouse et la « solidarité sociale » du doyen de Bordeaux partagent avec la norme fondamentale le même rôle de fondation du droit positif, ces deux majeures ultimes s'en distinguent radicalement parce qu'elles contiennent des valeurs particulières, et à ce titre conditionnent davantage la validité de l'acte révolutionnaire »²⁸³³.

857. Si nous avons vu que de telles considérations éthiques sont absentes de la pensée du droit politique²⁸³⁴, il lui revient toutefois la tâche ardue de penser l'articulation du droit et du pouvoir dans un rapport qui ne serait pas celui de l'assujettissement axiologique du législateur au sens large : il s'agit donc pour lui de concilier l'aspiration sociologique que traduit le postulat de l'antériorité du pouvoir à un relativisme éthique plus conforme aux recommandations du positivisme. L'enjeu d'un tel équilibre traduit à la fois la difficulté, pour la pensée *juspolitiste*, d'aboutir, et l'originalité qui la caractérise. Cet équilibre est par ailleurs spécifiquement menacé, dans la mesure où l'influence du fait politique sur le droit dépasse largement la seule hypothèse de sa création.

²⁸³⁰ J. Schmitz, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2013, p. 135.

²⁸³¹ L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, préf. F. Moderne, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 23 et ss.

²⁸³² S. Rials, « Une doctrine constitutionnelle française ? », *Pouvoirs* n° 50, 1989, p. 81.

²⁸³³ P.-M. Raynal, « Révolution et légitimité, la dimension politique de l'excursion sociologique du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

²⁸³⁴ Voir en ce sens *supra*, Titre I, Chapitre 2, section 1.

2. L'influence constante du pouvoir sur le droit

858. Le droit constitutionnel, même lorsqu'il est formalisé, ne peut échapper à l'influence qu'exerce constamment à son égard l'action politique de ceux-là mêmes qu'il institue. C'est ce présupposé irrémédiable qui est au fondement du droit politique comme théorie constitutionnelle²⁸³⁵. L'absence d'autonomie des prescriptions dites juridiques à l'égard de la volonté politique de ceux qui les créent ou les mettent en œuvre n'est certes pas originale en doctrine. Hans Kelsen par exemple, a régulièrement rappelé dans son œuvre que la création du droit ne peut jamais être que le fruit d'une volonté, par définition politique²⁸³⁶, et ce même si le juriste ne devrait en retenir que la « signification objective » que revêt un tel acte²⁸³⁷. Le maître autrichien a plus tard admis, selon un constat qui sera ensuite repris à bon compte par la théorie réaliste de l'interprétation²⁸³⁸, que l'application du droit fait également l'objet d'une *décision* émise par l'interprète authentique du texte juridique²⁸³⁹. La doctrine la plus positiviste consacre donc elle-même le lien inévitable qui associe le droit au pouvoir.

859. Le droit politique consacre toutefois une relation bien plus étroite entre ces deux entités qui restent distinguées par la doctrine positiviste. La définition du droit constitutionnel qu'il propose, en s'émancipant du formalisme, permet en effet d'envisager d'autres hypothèses de confusion des moments juridiques et politiques. De ce point de vue, l'« autonomie irréductible »²⁸⁴⁰ du pouvoir condamne en effet à l'échec l'ambition

²⁸³⁵ Pierre Avril écrit notamment à l'envi qu'« [...] il n'est pas inutile de se souvenir que le droit constitutionnel se distingue des autres branches du droit par ce qui fait sa singularité irréductible d'être un droit politique, c'est-à-dire un droit concernant ceux qui le produisent avant ses consommateurs », P. Avril, « Préface », in A. Le Divellec, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne. Contribution à une théorie générale*, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2004, p. III.

²⁸³⁶ Le lien apparaît par exemple dans H. Kelsen, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », 1953, in *Droit et société* n° 22, 1992, p. 567.

²⁸³⁷ « Il faut distinguer nettement – prévient Kelsen – cette « norme » de l'acte de volonté qui la pose : elle est bien la signification spécifique de cet acte qui vise, en intention, la conduite d'autrui ; elle est cependant autre chose que cet acte », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 14.

²⁸³⁸ C'est en ce sens que Michel Troper peut affirmer que « [...] tout juge, y compris le Conseil constitutionnel, dispose d'une marge d'appréciation et, pour tout dire, d'un pouvoir considérable, un pouvoir de nature politique », M. Troper, « Le droit, la raison et la politique », *Le Débat* n° 64, 1991, p. 184.

²⁸³⁹ Plus précisément, « [...] dans l'application du droit par un organe juridique, l'interprétation du droit à appliquer, par une opération de connaissance, s'unit à un acte de volonté par lequel l'organe applicateur de droit fait un choix entre les possibilités révélées par l'interprétation à base de connaissance », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 340.

²⁸⁴⁰ D. Baranger, « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels. À propos de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac », *Jus politicum* n° 11, décembre 2013.

de le dissocier efficacement du droit. Cette « intuition géniale »²⁸⁴¹ est d'abord celle qui conduit les travaux de Pierre Avril sur les conventions de la Constitution : toute son œuvre est vouée à démontrer que la recherche en droit constitutionnel doit dépasser le stade de l'application de la Constitution par le seul juge pour étudier également le traitement que lui réservent les institutions proprement politiques²⁸⁴². La formule est devenue célèbre, par laquelle l'auteur affirme que « le droit constitutionnel souffre d'hémiplégie s'il s'isole de la science politique »²⁸⁴³ : au-delà du texte brut doit donc être envisagée l'application de la Constitution par les pouvoirs constitués. Même si le travail sur les conventions que propose Pierre Avril peut sembler ne rompre que trop timidement avec les canons du normativisme²⁸⁴⁴, il a dessiné la voie dans laquelle s'engouffrent les *juspolitistes*, enclins à systématiser la relation étroite qu'entretiennent le droit et la politique : dans ses fondements²⁸⁴⁵, dans sa création, dans son application, et jusque dans sa décadence, la Constitution est aux prises du pouvoir, ce qui ne saurait être négligé. Ainsi, le droit politique ne se donne pas pour tâche de disqualifier au titre du droit, ce qui ne relèverait que du fait et, académiquement, de la science politique ; il enjoint à dépasser le normativisme au sens large, pour une définition du droit construite à partir de ce postulat ontologique. Céline Guérin-Bargues écrit en ce sens qu'« [...] on ne saurait considérer la question de la norme comme étant au cœur de la pensée de droit politique. Celle-ci tend en effet à appréhender le phénomène politique dans toute sa complexité, même et surtout s'il sort du cadre normatif. Or non seulement la politique s'affranchit allégrement des formes juridiques préétablies, mais elle produit de surcroît des réalités qui ne sauraient être réduites aux seules normes juridiques »²⁸⁴⁶.

²⁸⁴¹ O. Beaud, « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle - À propos d'un ouvrage récent », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 6, janvier 1999, p. 77.

²⁸⁴² Par exemple : P. Avril, « Une « survivance » : le droit constitutionnel non écrit ? », in *Droit et politique à la croisée des cultures : Mélanges Philippe Ardant*, Paris : LGDJ, 1999, p. 3-13.

²⁸⁴³ P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 13.

²⁸⁴⁴ Olivier Beaud affirme ainsi, en commentaire de l'ouvrage précité, que l'auteur « [...] est resté largement prisonnier de la conception kelsénienne du droit et donc d'une conception normative du droit constitutionnel », O. Beaud, « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle - À propos d'un ouvrage récent », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 6, janvier 1999, p. 74. Voir sur ce point, *supra*, Partie I, Titre I, Chapitre 2, section 2, §1, A, 1.

²⁸⁴⁵ On pense ici à la problématique de la légitimité, que le droit politique entend intégrer à l'étude du droit constitutionnel. Voir par exemple : O. Beaud, « À la recherche de la légitimité de la V^e République », *Droits* n° 44, 2006, p. 71-92.

²⁸⁴⁶ C. Guérin-Bargues, « Le droit politique entre normativisme et *soft law* : à propos de l'ouvrage d'Eleonora Bottini, *La sanction constitutionnelle, étude d'un argument doctrinal* », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017.

860. Cherchant à présenter une théorie aux confins de la science politique et de la science juridique classiques, le droit politique invite donc à un double dépassement de ces deux doctrines, qu'il juge de toute façon entravées par des lacunes communes. Il s'agit d'abord d'« [...] évit[er] le simplisme d'une certaine science politique qui se croit le plus souvent fondée à opposer, très schématiquement, la science juridique (dont l'objet est la norme) et la science politique (dont l'objet est le fait politique) pour mieux faire ressortir la supériorité de celle-ci, jugée plus réaliste que celle-là, accusée un peu trop vite de formalisme, de statisme, d'idéalisme, etc. »²⁸⁴⁷. Il s'agit également d'admettre que le droit constitutionnel ne saurait – aussi normatif qu'il puisse paraître – suffire à assujettir tout à fait le phénomène politique qu'il prétend encadrer. Cette idée bénéficie pourtant d'un certain succès en doctrine, soit que les auteurs la louent comme le perfectionnement ultime du droit constitutionnel²⁸⁴⁸, soit qu'ils la réprouvent²⁸⁴⁹. Une telle conception est fondamentalement contradictoire avec l'hypothèse originelle – extra-normative – du droit politique, qui présente à cet égard une certaine connivence avec une forme du néo-constitutionnalisme²⁸⁵⁰.

861. Tous ces éléments tendent donc à prouver que le droit politique – qui se pense bien comme une théorie *du droit* – repose *in fine* sur un syncrétisme d'abord ontologique : le droit doit être repensé comme l'une des facettes du pouvoir et non indépendamment de cet aspect primordial qui permet de le définir. La doctrine juridique peut dès lors

²⁸⁴⁷ O. Beaud, « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle - À propos d'un ouvrage récent », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 6, janvier 1999, p. 69.

²⁸⁴⁸ C'est bien sûr le cas topique du doyen Favoreu, connu pour avoir théorisé et salué la juridicisation achevée de la politique, à laquelle aurait conduit l'avènement d'une justice constitutionnelle en France. Voir par exemple : *La politique saisie par le droit : alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris : Economica, 1988, 153 p. ; « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC* n° 1, 1990, p. 71-89 ; « De la démocratie à l'État de droit », *Le Débat* n° 64, 1991, p. 158-162.

²⁸⁴⁹ Voir par exemple : M. Guénaire, « La Constitution ou la fin de la politique », *Le Débat* n° 64, 1991, p. 146-153.

²⁸⁵⁰ Dominique Rousseau estime en ce sens que « le succès de la Constitution est [...] toujours le résultat d'une transaction, d'une relation qui s'établit entre ce que la règle de droit offre en termes de formalisation, de neutralisation et d'objectivation des questions politiques et ce que les acteurs politiques demandent ou recherchent, à un moment donné, pour atteindre leurs propres objectifs », D. Rousseau, « La Constitution ou la politique autrement », *Le Débat* n° 64, 1991, p. 180. Si nous nous permettons d'assimiler les travaux de Dominique Rousseau au néo-constitutionnalisme, c'est parce que sa pensée semble participer au « travail d'élargissement de la validité du droit constitutionnel » qui caractérise ce courant, selon Bastien François, et qui s'inscrit dans deux tendances : « dans un premier temps [...], le droit constitutionnel va se présenter comme régissant tout ce qui concerne les libertés publiques et les droits de l'homme ; dans un second temps [...], il va prétendre pouvoir concerner *pratiquement* des individus ordinaires dans leurs rapports ordinaires au droit [...] », B. François, « Justice constitutionnelle et « démocratie constitutionnelle ». Critique du discours constitutionnaliste européen », in *Droit et politique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 55. On notera que la définition que retient Dominique Rousseau du droit, si elle ménage une certaine considération de la politique, n'en reste pas moins formaliste, voire normative, ce qui la distingue résolument des thèses du droit politique.

apparaître comme une composante de la *science de la politique*, si l'on admet que cette dernière est essentiellement une science plurielle, caractérisée par la diversité de ses objets et de ses méthodes²⁸⁵¹. Une telle affirmation du droit comme science sociale n'est pas nouvelle ; de nombreux auteurs du siècle dernier adhéraient à cette thèse bien avant que naisse le droit politique dont il est question ici²⁸⁵², et ce en raison du caractère social du droit lui-même²⁸⁵³. Elle rompt toutefois significativement avec l'ambition kelsénienne dès lors que le maître autrichien renvoyait dos à dos sciences sociales et sciences naturelles, pour mieux souligner la spécificité des « sciences normatives » auxquelles appartient le droit²⁸⁵⁴. Une telle différenciation, fondée sur l'opposition des principes de causalité et d'imputation, repose de fait sur la stricte séparation de l'être et du devoir-être²⁸⁵⁵, à laquelle refusent d'adhérer les tenants du droit politique²⁸⁵⁶. Ce refus est

²⁸⁵¹ Il s'agit là d'une définition *lato sensu* de la science politique, définition conforme à ce qu'en retenait par exemple Georges Burdeau. L'auteur acceptait en effet de la regarder comme une « science carrefour », mais « [...] à condition d'entendre le carrefour comme un centre vers lequel on converge et non comme un point d'où l'on se disperse. Or chacun vient au rendez-vous avec son bagage, avec ses curiosités et, à cet égard, c'est le juriste qui est le mieux pourvu parce que tous les problèmes que la science politique va lui poser, il a déjà eu l'occasion de les rencontrer », G. Burdeau, « Avant-propos », in *Traité de science politique*, T. I. *Présentation de l'univers politique*, Vol. 1 : *Société, politique et droit*, Paris : LGDJ, 3^e éd., 1980, p. 6-7.

²⁸⁵² On pense par exemple à Boris Mirkine-Guetzévitch qui envisage le droit parmi « toutes les disciplines sociales » ; B. Mirkine-Guetzévitch, « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *RIDC* n° 4, vol. 1, 1949, p. 397. À l'inverse, Maurice Duverger disqualifiait le droit en tant que science sociale, estimant que, consacrée à l'étude des règles et des valeurs et non des simples faits sociaux donnés à l'observation, l'analyse strictement juridique ne peut satisfaire les exigences de la scientificité : M. Duverger, *Méthodes des sciences sociales*, Paris : PUF, coll. Thémis. Manuels juridiques, économiques et politiques, 3^e éd., 1964, p. 34. Il a été également démontré que Duguit et Hauriou eux-mêmes « [...] inclin[ai]ent à rompre avec le strict positivisme juridique pour [...] tendre à *penser le droit comme une science sociale* », F. Audren, M. Milet, « Préface. Maurice Hauriou sociologue, entre sociologie catholique et physique sociale », in M. Hauriou, *Ecrits sociologiques*, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2009, p. IX.

²⁸⁵³ Maurice Hauriou admettait ainsi volontiers l'opportunité, pour les sociologues, de se saisir du droit comme objet : « [...] les phénomènes juridiques sont des faits sociaux au même titre que les phénomènes économiques ou les phénomènes politiques ; et la sociologie, quelle que soit sa définition précise, est une science qui doit tenir compte de tous les faits sociaux. Tous lui appartiennent », M. Hauriou, « Les facultés de droit et la sociologie », *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, tome XVII, 1893, p. 3.

²⁸⁵⁴ « [...] S'il existe [...] une différence entre les sciences sociales en question et les sciences de la nature – écrivait le juriste autrichien –, ce n'est au plus qu'une différence de degré, et non une différence de principe. Seules diffèrent essentiellement des sciences de la nature, les sciences sociales qui interprètent la conduite réciproque des hommes, non d'après le principe de causalité, mais d'après le principe d'imputation – sciences qui, elles, ne se proposent pas de décrire la façon dont la conduite humaine, déterminée par des lois causales, se déroule dans le domaine de la réalité naturelle, mais de décrire comment, déterminée par des lois positives, c'est-à-dire posées par des actes humains, elle doit se dérouler », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 94.

²⁸⁵⁵ Ce lien est efficacement mis en lumière par Michel Troper, « Le constitutionnalisme entre droit et politique », in *Droit et politique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 85-86.

²⁸⁵⁶ Ainsi, « [les] conceptions [du droit politique] n'ont en commun, bien souvent, que de ne pas s'estimer liées par [...] l'ontologie très rigoureuse [du normativisme]. Elles tendent à considérer que le devoir-être, tout en étant analytiquement distinct, ne peut exister qu'en étroit arrangement avec l'être. Elles s'autorisent, le cas échéant, à appréhender des « faits » qui sont en même temps porteurs de valeurs [...] »,

déterminant méthodologiquement s'il ne permet plus d'isoler la science juridique des autres sciences sociales, mais il comporte aussi un certain péril : les *juspolitistes* doivent parvenir à résister à la tentation de banaliser le droit parmi les sciences politiques afin d'en souligner la spécificité et de justifier ainsi l'intérêt qu'ils lui portent spécifiquement. Leur institutionnalisme leur est, à ce titre, d'un grand secours.

§2 : Un concept isolant : l'institution

862. En souhaitant dépasser l'opposition persistante entre droit et politique, les auteurs *juspolitistes* sont confrontés à la nécessité de redéfinir les champs respectifs des sciences qui s'en saisissent. Ils continuent en effet à adhérer à cette distinction disciplinaire²⁸⁵⁷, même s'ils invitent à en repenser la frontière : la spécificité du constitutionnalisme juridique réside justement, pour eux, dans son emprise politique. Le droit politique partage ainsi l'opinion exprimée par Christoph Möllers selon laquelle « le lieu du constitutionnalisme se trouve à l'intersection du droit et de la politique. Toute théorie du constitutionnalisme doit tenir compte de ces deux éléments et s'en servir de manière à ce que la variation institutionnelle demeure permise »²⁸⁵⁸. L'institution sert ce projet dans la mesure où, comme Hauriou avant eux, les *juspolitistes* en font la clef de compréhension de l'articulation entre droit et politique²⁸⁵⁹. Ils ne lui confèrent certes pas un rôle identique à celui que lui reconnaissait le doyen de Toulouse et, comme dans l'œuvre de ce dernier, l'institution présente à l'occasion des défaillances quant à son ambition de se substituer à une définition normative du droit. Pour autant, elle offre une lecture originale des relations entre science juridique et science politique, en ce qu'elle justifie d'associer étroitement le droit à la politique (A), tout en permettant, tant bien que mal, de les distinguer (B).

D. Baranger, « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels. À propos de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac », *Jus politicum* n° 11, décembre 2013.

²⁸⁵⁷ Armel Le Divillec précise en ce sens que « [...] la distanciation qu'[il] appelle de [ses] vœux à l'égard du contentieux ne signifie pas un retour à la science politique (pas davantage celle d'aujourd'hui [...] que celle d'hier) », A. Le Divillec, « La QPC, déclin de la pensée constitutionnelle ? », in D. Rousseau, P. Pasquino (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité : une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, Paris : Mare & Martin, 2018, p. 109.

²⁸⁵⁸ C. Möllers, « Les Gardiennes d'une séparation : les constitutions comme instruments de protection des différences entre le droit et la politique », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

²⁸⁵⁹ Voir en ce sens notamment *supra* Partie I, Titre I, Chapitre 2, section 1, §1.

A. Un concept fusionnant droit et politique

863. Employée dans le cadre constitutionnel, l'institution se présente au carrefour des affluences politiques et juridiques²⁸⁶⁰ ; elle traduit efficacement la dualité du constitutionnalisme, qui le distingue particulièrement des autres domaines du droit. Parce qu'elle n'est pas seulement normative, l'institution juridique met en valeur le substrat social et politique qui la fonde. Parce qu'elle repose aussi sur une formalisation technique, elle n'est pas exclusivement politique. Par l'institution, le droit politique se propose donc de construire une définition du droit qui ne repose pas sur son opposition à la politique, ce qui témoigne déjà d'une certaine originalité en doctrine (1). Il ménage ce faisant un véritable équilibre entre deux objets traditionnellement distincts (2).

1. Le dépassement d'une opposition classique

864. Le recours à l'institution, central dans les travaux du droit politique, représente d'abord, pour leurs auteurs, le moyen d'une définition de la Constitution qui articule le droit à la politique. Il est l'instrument du dépassement d'une confrontation traditionnelle jugée mortifère, au nom de laquelle deux disciplines se sont construites, symétriquement et de façon autonome, par opposition l'une à l'autre. Si la fracture disciplinaire entre le droit et la science politique continue aujourd'hui de prospérer, c'est en effet principalement au nom de la différenciation drastique que les savants revendiquent pour leurs objets respectifs. Jean-Marie Denquin a ainsi souligné la persévérance d'une concurrence féroce entre deux champs tenus à distance l'un de l'autre : « nous regardons aujourd'hui ces disciplines comme deux empires, contigus, mais séparés par une frontière clairement délimitée et bien gardée. La traverser est difficile [...]. Des conversions sont sans doute possibles, mais on ne saurait passer de l'autre côté en prétendant rester fidèle à ce que l'on quitte »²⁸⁶¹. Le droit constitutionnel notamment, dont on a longtemps admis qu'il était davantage un trait d'union entre le droit et la politique que tout autre domaine

²⁸⁶⁰ Elle invite ce faisant à l'interdisciplinarité : « l'intelligence des institutions politiques passe par la présentation des données juridiques, mais aussi historiques et politiques. Elle suppose la combinaison des analyses du constitutionnaliste avec celles du politologue », O. Duhamel, *Droit constitutionnel et politique*, Paris : Seuil, coll. Science politique, 1994, p. 11.

²⁸⁶¹ J.-M. Denquin, « Préface », in G. Burdeau, *Ecrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2011, p. 11.

du droit²⁸⁶², semble définitivement avoir basculé dans le giron juridique, sous l'impulsion notamment de sa juridictionnalisation²⁸⁶³. Il en résulte « [...] un abandon presque complet [...] de l'analyse *politique* des phénomènes institutionnels au profit du discours exclusif de la technique juridique »²⁸⁶⁴, ce qui appauvrit d'autant le discours constitutionnaliste dès lors que celui-ci renonce au caractère au moins partiellement politique de son objet²⁸⁶⁵.

865. La conception du droit comme antithèse de la politique est particulièrement justifiée par les théories juridiques objectivistes : le droit, ordre et structure, s'opposerait à la politique, volontariste et volatile, empreinte de subjectivités peu compatibles avec l'évidence juridique. Cette rhétorique, récurrente en doctrine²⁸⁶⁶, trouve sa plus pure expression dans l'opposition drastique construite par Hans Kelsen entre l'être et le devoir-être²⁸⁶⁷. L'autonomie absolue de ce dernier, inspirée de la philosophie kantienne, repose en effet sur l'objectivité qui le distingue définitivement de la politique²⁸⁶⁸. Cette

²⁸⁶² Déjà Maurice Duverger identifiait-il une « interpénétration du droit et de la sociologie [...], poussée au maximum dans le droit constitutionnel, où l'analyse proprement juridique reste à la surface des textes, dont le contenu politique est fondamental : en pratique, *il n'est pas possible à notre époque de faire sérieusement du droit constitutionnel en l'isolant de la science politique* », M. Duverger, *Méthodes des sciences sociales*, Paris : PUF, coll. Thémis. Manuels juridiques, économiques et politiques, 3^e éd., 1964, p. 56-57 ; nous soulignons.

²⁸⁶³ En France, le développement du Conseil constitutionnel a permis, selon Bastien François, de renforcer « [...] de façon circulaire, l'idée d'une *technicisation* du droit constitutionnel et celle de sa *conformation* aux canons de la science du droit », B. François, « Le Conseil constitutionnel et la Cinquième République. Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France », *RFSP* n^{os} 3-4, vol. 47, 1997, p. 379.

²⁸⁶⁴ *Ibid.*, p. 382.

²⁸⁶⁵ Il faut noter à cet égard que Bastien François, en déplorant la juridicisation excessive du constitutionnalisme, ne propose pas tant de la remettre en cause pour lui substituer une approche tempérée de politisme, mais suggère plus simplement d'objectiver le discours doctrinal juridique afin d'en comprendre les ressorts sociologiques. Il invite ainsi à « rompre avec le déjà-là agissant du droit », c'est-à-dire à « [...] se débarrasser de la fiction de l'*immaculée conception* de la parole juridique, fiction constitutive de sa légitimité et de son autorité sociale, en remplaçant le *travail* des juristes (et, d'abord, des savants), leurs croyances et leurs intérêts spécifiques, au cœur de l'analyse [...] », B. François, « Préalables avant de prendre le droit comme objet. Notations en forme de plaidoyer pour un point de vue a-disciplinaire, mais néanmoins soucieux des impensés disciplinaires », in J. Commaille, L. Dumoulin, C. Robert (dir.), *La juridicisation du politique : leçons scientifiques*, Paris : LGDJ, coll. Droit et société. Recherche et travaux, 2000, p. 120.

²⁸⁶⁶ Et ce, même lorsqu'il est admis sans coup férir que droit et politique doivent pouvoir être envisagés ensemble par le juriste averti. Voir par exemple : M.-A. Cohendet, « Le système de variables déterminantes », in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris : Montchrestien, 2008, p. 119-134.

²⁸⁶⁷ « La validité, au sens de la théorie pure du droit, est la signification objective d'une norme posée, en tant que l'existence de cette norme est formellement distincte – parce qu'irréductiblement marquée par le *Sollen* – de l'existence de l'acte de volonté qui la pose et qui relève lui de l'ordre du *Sein* », P. Coppens, « Introduction à l'article de H. Kelsen », *Droit et société* n^o 22, 1992, p. 537.

²⁸⁶⁸ Est à cet égard révélateur le processus de création d'une norme tel que le décrit Kelsen : un acte de volonté dispose d'une signification subjective, et n'acquerra valeur juridique qu'en étant objectivé en vertu d'une autre norme juridique. Voir par exemple : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 12. Ce faisant, « [...] l'apport objectiviste de l'épistémè kelsénien arrache le droit, sur le modèle de la dualité kantienne entre le monde

objectivité doit cependant pouvoir être décelée à partir de certains critères – eux-mêmes objectifs ; le formalisme constitue un argument décisif à cet égard. L'institutionnalisme du droit politique est au contraire un moyen pour lui de nuancer la prétention à l'objectivité conférée au droit par la doctrine²⁸⁶⁹. Si elle permet de dépasser la dissociation traditionnellement admise du droit et de la politique, l'institution apparaît donc logiquement comme un moyen de tempérer l'objectivité du premier et la subjectivité de la seconde. Désormais arraché à une définition qui le réduit à la signification *objective* d'un acte de volonté prescriptif²⁸⁷⁰, le droit constitutionnel peut s'épanouir dans un entre-deux qui, loin de le condamner au titre du droit, le caractériserait au contraire en tant que tel. L'institutionnalisme autorise en effet à considérer le fait, et notamment la volonté subjective des gouvernants – lorsqu'ils agissent au nom des institutions – et des gouvernés – lorsqu'ils consentent à ce que soit exercé un tel pouvoir à leur encontre²⁸⁷¹ – dans le cadre d'une étude juridique. L'institutionnalisme participe donc à subjectiver la définition du droit retenue, en le faisant davantage apparaître comme un « [...] phénomène psychologique, intérieur, qui détache le juridique des structures ontologiques fixes de l'objectivité [...] »²⁸⁷².

866. Une telle conclusion pourrait être jugée aberrante, au vu de l'institutionnalisme hauriousien que l'on a pu justement présenter comme une critique adressée au subjectivisme qui dominait la doctrine du XIX^e siècle²⁸⁷³ : l'institution serait davantage le moyen de s'en détacher qu'un instrument pour y revenir. L'œuvre du maître toulousain

des faits et celui des valeurs, au fait brut des volontés subjectives de ceux qui aspirent à orienter la conduite d'autrui [...] », A. Viala, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *RIEJ* n° 67, 2011, p. 107.

²⁸⁶⁹ Comme Hauriou l'utilisait déjà ; son *Précis de droit constitutionnel* s'ouvre ainsi par des développements consacrés en partie aux « erreurs des systèmes objectivistes » ; M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 2 et ss.

²⁸⁷⁰ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 10-11.

²⁸⁷¹ *Mutatis mutandis*, la pensée institutionnaliste d'Hauriou trouve un certain écho dans le subjectivisme de Jellinek ; le premier valorise le « consentement coutumier » dont bénéficient les institutions et qui conditionne leur pérennité, tandis que le second fait de l'État à la fois l'objet et l'acteur de la reconnaissance de ses sujets. Voir en ce sens : M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, not. p. 4 et p. 23 ; G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Deuxième partie. Théorie juridique de l'État*, trad. G. Fardis, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, p. 37-39 ; O. Jouanjan, « Préface. Georg Jellinek ou le juriste philosophe », in *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, p. 80-82.

²⁸⁷² C'est en l'occurrence le subjectivisme débridé de Georg Jellinek qui est décrit en ces termes : O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX^e siècle*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 300.

²⁸⁷³ J. Schmitz, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2013, p. 143 et ss.

participe en effet de la « contre-révolution objectiviste » du tournant du XX^e siècle²⁸⁷⁴. Pourtant, les travaux de Maurice Hauriou, indéniablement objectiviste par ailleurs²⁸⁷⁵, ne sont pas avares de critiques à l'encontre de l'objectivisme juridique. On y trouve par exemple l'affirmation selon laquelle « c'est la faute et l'erreur qu'ont commises les systèmes objectivistes [d'avoir] exagéré le rôle de l'ordre, ils ont réduit à rien l'autonomie du pouvoir et celle des libertés individuelles et ont ainsi détruit l'équilibre vivant du droit positif »²⁸⁷⁶. Déjà sous la plume d'Hauriou donc, l'institution procède d'un équilibre qu'il faut ménager entre la force brute du politique et l'ordre transcendant du juridique. Ainsi, alors que le sociologisme transparaisant dans l'institutionnalisme permettait à Hauriou de discréditer le subjectivisme radical, on peut considérer qu'il constitue aujourd'hui un argument symétriquement brandi par les *juspolitistes* à l'encontre du normativisme objectiviste. L'institution apparaît ainsi comme un appel à l'équilibre, entre subjectivisme et objectivisme²⁸⁷⁷.

867. Quoique ces deux doctrines, celle d'Hauriou et celle du droit politique, soient donc susceptibles d'être comparées dans leur critique commune de l'objectivisme et du subjectivisme exacerbés, il n'en résulte pas toutefois que la posture institutionnaliste qui en résulte est similaire. On trouve notamment chez Hauriou, des thèses objectivistes fondamentales qui n'emportent pas l'adhésion du droit politique, notamment celles ayant trait à la Constitution sociale et au droit naturel²⁸⁷⁸. Il en résulte que, en ne s'appropriant pas ces divers pans de la pensée hauriousienne, les tenants du droit politique présentent une théorie institutionnaliste résolument distincte de l'objectivisme juridique, ce qui justifie que nous l'ayons qualifiée d'*intersubjectiviste*²⁸⁷⁹. La juridicité n'est alors pas conçue comme une transcendance sociale, ni comme une immanence subjective, mais comme la rencontre entre une idée d'ordre et des représentations sociales. Elle se situe donc au carrefour de ce qui est habituellement entendu comme relevant du droit et de la

²⁸⁷⁴ A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 84 et ss.

²⁸⁷⁵ Ainsi que l'a démontré d'ailleurs son plus illustre contradicteur, Léon Duguit, « Les doctrines juridiques objectivistes », *RDJ* 1927, p. 537-573.

²⁸⁷⁶ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 6.

²⁸⁷⁷ Ce qu'on peut d'ailleurs déjà déceler dans la pensée d'Hauriou : J. Schmitz, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2013, p. 153 et ss. Voir également : É. Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société* n^{os} 30-31, 1995, p. 381-412.

²⁸⁷⁸ Sur ces deux aspects de la pensée de Hauriou, voir : M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 610 et ss. Et, du même auteur, « Le fondement du Droit. Les principes du droit naturel », in *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, 1933, Caen : Centre de philosophie politique et juridique, coll. Bibliothèque de philosophie politique et juridique, 1986, p. 11 et ss.

²⁸⁷⁹ Voir en ce sens *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre 2, section 2, §2, A.

politique. Les *juspolitistes* proposent ainsi une conception du droit constitutionnel qui, loin d'être érigée *contre* la politique ne peut être construite qu'avec elle, dans une perspective agrégeant le factuel au normatif.

2. L'articulation du factuel et du normatif

868. Si l'institutionnalisme imprègne aussi fortement la théorie du droit politique, c'est parce que ce dernier se pense d'abord comme une pensée constitutionnelle. En tant que loi fondamentale – au sens où elle se saisit directement du pouvoir lui-même –, la Constitution représente en effet un terrain de prédilection à l'analyse institutionnelle, et permet mieux que tout autre de mettre en évidence l'articulation qui est à l'œuvre entre faits politiques et technique juridique. Ainsi, pour Denis Baranger, « le droit constitutionnel moderne réalise cette idée simple [du pouvoir] en attribuant à des *institutions* le pouvoir d'édicter et de mettre en œuvre des *règles de droit* »²⁸⁸⁰. Dans cette perspective, « le recours au concept d'institutions a pour fonction essentielle de permettre l'élargissement du cadre d'analyse, en allant au-delà des institutions étatiques et des règles juridiques formelles [...] »²⁸⁸¹ : il s'agit de dépasser le juridisme strict²⁸⁸², concentré sur l'énonciation encadrée de prescriptions, pour prétendre à un véritable constitutionnalisme²⁸⁸³, qui se saisit de l'irréductible spécificité de son objet en même temps qu'il la construit²⁸⁸⁴.

²⁸⁸⁰ D. Baranger, *Le droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 7^e éd., 2017, p. 8.

²⁸⁸¹ J. Chevallier, « Droit constitutionnel et institutions politiques : les mésaventures d'un couple fusionnel », in M. Ameller, P. Ardant, J.-C. Bécane, (dir.), *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris : Montchrestien, 2001, p. 189.

²⁸⁸² Le juridisme peut alors être envisagé comme ce mouvement qui « [...] exclu[t] le réel de son analyse, le réel étant entendu comme la politique, et l'agir politique conçu en termes de pouvoir », E. Bottini, *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2016, p. 442.

²⁸⁸³ Olivier Beaud critique en ce sens « la conception anticonstitutionnaliste du positivisme constitutionnel », dans la mesure où la doctrine continue de « [...] se replier sur une appréhension purement juridique de la Constitution, ce qui l'a conduite à disjoindre la constitution du constitutionnalisme ». De fait, « l'idée constitutionnaliste est sacrifiée sur l'autel du droit, de la « norme juridique » », O. Beaud, « Constitution et constitutionnalisme », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 141.

²⁸⁸⁴ Michel Troper établit une distinction similaire entre science du droit et constitutionnalisme : « l'opposition de la science juridique et de la politique doit [...] être singulièrement relativisée [dans le cadre du constitutionnalisme]. Comme la science du droit, le constitutionnalisme a pour objet des normes ; comme elle, il est descriptif et non pas normatif ; mais comme la science politique, il ne se limite pas à dire ce qui, selon le droit en vigueur, doit être ; il dit ce qui, en raison du droit en vigueur, est », M. Troper, « Le constitutionnalisme entre droit et politique », in *Droit et politique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 91.

869. Le prisme institutionnel permet d'abord au droit politique de ne penser aucune autonomie de la norme au sein du cadre constitutionnel : créée, appliquée, transformée par des acteurs politiques, elle ne présente en elle-même qu'un intérêt limité, indépendamment de la structure politique dans laquelle elle s'inscrit. Si les *juspolitistes* admettent parfois la possibilité de concevoir un droit constitutionnel *normatif*, il n'est jamais l'objet exclusif, ni même premier, de leurs travaux²⁸⁸⁵. Ceux-ci se concentrent bien davantage sur l'aspect institutionnel, à partir duquel ils prétendent embrasser l'entièreté de leur objet. Ils ne peuvent ainsi que bannir de leur théorie la trichotomie, devenue classique, par laquelle le doyen Favoreu se proposait de résumer la teneur du droit constitutionnel²⁸⁸⁶. La possibilité de distinguer droit institutionnel et droit normatif est tout bonnement étrangère à la pensée *juspolitiste*²⁸⁸⁷, qui retient à ce titre la leçon professée en son temps par Maurice Hauriou : « les lois constitutionnelles ne signifient rien en tant que règles ; elles n'ont de signification qu'en tant que statuts organiques d'institutions. Les institutions constitutionnelles limitent le pouvoir, s'équilibrent les unes et les autres et évoluent selon les besoins »²⁸⁸⁸. Ce que l'on rattache le plus souvent au « droit » ne dispose donc, dans la théorie du droit politique, d'aucune autonomie à l'égard de l'institutionnalisme qu'elle revendique.

870. Pour autant, le droit constitutionnel du droit politique ne saurait être regardé que comme un agrégat de faits politiques dénués de structure ou de spécificité. Si l'institution permet d'inscrire dans le constitutionnalisme un certain nombre de faits, elle exerce à leur rencontre une forme de sélection, dans la mesure où seuls certains d'entre eux relèveront effectivement du droit constitutionnel. Ce n'est ainsi pas le fait politique qui est l'objet du droit politique en tant que tel, mais le fait *institutionnel*, celui qui s'est extrait de la

Il est probable que les auteurs *juspolitistes* ne reprendraient pas à leur compte une telle définition, qui ne satisfait pas leur anti-normativisme singulier. Pour autant, leur conception du droit constitutionnel les incite effectivement à décrire à la fois ce qui est – politiquement et juridiquement – et ce qui doit être.

²⁸⁸⁵ C'est le cas d'Armel Le Divillec qui refuse prudemment de disqualifier l'idée de norme constitutionnelle, sans pour autant lui accorder une attention privilégiée. Il écrit par exemple qu'« une constitution n'est pas ou bien « normative » ou bien « institutionnelle » ; elle est simultanément les deux », A. Le Divillec, « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus politicum* n° 4, juillet 2010.

²⁸⁸⁶ Le doyen distinguait ainsi les aspects institutionnel, normatif et substantiel du droit constitutionnel : L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC* n° 1, 1990, p. 73-76.

²⁸⁸⁷ La distinction apparaît certes, sous la plume des tenants du droit politique. Par exemple : O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 257-266. Il s'agit toutefois alors moins de distinguer plusieurs composantes du droit constitutionnel que d'opposer deux postures différentes à son endroit.

²⁸⁸⁸ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, p. 5.

contingence pour acquérir une stabilité qui lui confère ce statut. La théorie de Maurice Hauriou est à cet égard éclairante. Ce qui justifie l'institutionnalisme lui-même, c'est, selon le doyen de Toulouse, le fait que « la construction juridique du pouvoir de droit répugne au pouvoir personnel [...] »²⁸⁸⁹. L'institution est l'instrument de la modernité qui vise à dépersonnaliser le pouvoir, le principe du droit lui-même²⁸⁹⁰ ; les faits qui en relèvent sont donc logiquement le fruit d'une dépersonnalisation, dès lors qu'ils peuvent être rattachés à la structure institutionnelle et non pas seulement à la volonté contingente qu'ils expriment. Comme dans l'hypothèse du droit politique donc, « c'est grâce à cette notion d'institution que Hauriou réussit à rendre cohérente toute sa construction. Il parvenait à faire le lien entre le fait du pouvoir, d'une part, et le droit de l'autre, dès lors entre science politique et science juridique [...] »²⁸⁹¹.

871. L'enjeu primordial de l'institution repose donc dans cette relation étroite qu'elle tisse, entre droit et politique, entre technique juridique et fondement sociologique. C'est par elle que s'opère le passage du fait au droit et que se trouve figée la transition de l'un à l'autre, qui sont dès lors indissociables. Si le mouvement de création d'une institution peut certes être décomposé en différentes étapes, successivement factuelles et juridiques²⁸⁹², elle ne se conçoit qu'à partir du tout qu'elle constitue, comme le résultat de l'agrégation d'éléments politiques et juridiques qui conservent leur identité par-delà leur intégration à l'institution. Le droit politique, en appuyant sa théorie constitutionnelle sur une conception largement institutionnaliste, vise donc la réconciliation du droit et de la politique au sein de son objet. Il se fait ainsi l'écho de cette mise en garde d'un auteur allemand : « toute réduction de l'institution ou du processus au droit ou à la politique n'est pas satisfaisante. La première réduit le constitutionnalisme à la protection des droits. La seconde réduit ce dernier à l'organisation d'un organe législatif. Ces deux assimilations passent à côté du point intéressant du phénomène, à savoir la manière dont le droit et la politique peuvent ou devraient être simultanément couplés et différenciés. Nous pouvons tenter de définir la constitution comme une configuration institutionnelle

²⁸⁸⁹ *Ibid.*, p. 18.

²⁸⁹⁰ D. Baranger, *Le droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 7^e éd., 2017, p. 10 et ss.

²⁸⁹¹ N. Foulquier, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », *Jus politicum* n° 2, mars 2009.

²⁸⁹² Reprenant la pensée d'Hauriou, Pierre-Marie Raynal résume ainsi la création d'une institution : « 1^{ère} étape : le « pouvoir de fait » exercé par un groupe d'individus qui impose dans un milieu social donné des commandements justifiés par une interprétation particulière de l'« idée d'œuvre objective » ; 2nde étape : le « consentement coutumier » que manifeste le milieu social à l'« idée d'œuvre subjective » sur lequel le pouvoir de fait avait justifié son ordre ; 3^{ème} étape : « le pouvoir de droit » qui est exercé par un groupe d'individus au nom de l'« idée d'œuvre subjective consentie » – c'est-à-dire l'« État » –, et à ce titre revêt une qualité institutionnelle », P.-M. Raynal, « Révolution et légitimité, la dimension politique de l'excursion sociologique du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

qui garantit simultanément d'une part, la légitimité de l'ordre juridique par l'action politique et d'autre part, l'encadrement de la politique par des procédures formellement juridiques. Le cœur du problème de la théorie constitutionnelle réside dans le développement d'un modèle de relation entre les deux, qui soit satisfaisant »²⁸⁹³.

872. La difficulté première que soulève une telle perspective résulte précisément de ce qu'elle tend à prouver : si droit et politique se trouvent irrémédiablement associés par le prisme institutionnel, il reste à comprendre comment il est encore possible de les distinguer, au moins à titre analytique. Plus largement, il s'agit de comprendre pourquoi la conception du droit constitutionnel comme ensemble institutionnel mérite que lui soit dédiée une doctrine spécifique, si elle n'est jamais qu'un phénomène fondamentalement sociologique. L'institution est en effet un objet central de l'analyse sociale et politique ; en quoi le cadre constitutionnel justifie-t-il qu'il appartienne aux juristes de s'en saisir ? C'est à cette question délicate que le droit politique doit pouvoir répondre, pour justifier son travail doctrinal en même temps que son objet.

B. Un concept autonomisant le droit de la politique

873. Si l'institution est la pierre angulaire de la théorie du droit politique, c'est certes parce qu'elle permet d'envisager ensemble deux matières le plus souvent dissociées, mais c'est également en ceci qu'elle permet de penser – ou de repenser – le principe du droit lui-même. Grâce à cette hypothèse, les auteurs *juspolitistes* parviennent à déplacer le nœud du problème qu'ils identifient dans la stricte dichotomie du droit et de la politique, puisque ces deux éléments se trouvent indistinctement réunis sous une même bannière. Il ne s'agit dès lors plus d'identifier ce qui, dans l'institution, relèverait de l'une ou l'autre des deux disciplines antagonistes, mais de définir le droit *par référence* à l'institution. Cette dernière est ainsi construite autour d'un certain nombre de critères (1) et se caractérise fondamentalement par l'équilibre qu'elle ménage entre technique juridique et sociologisme politique (2).

²⁸⁹³ C. Möllers, « Les Gardiennes d'une séparation : les constitutions comme instruments de protection des différences entre le droit et la politique », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

1. Des critères indistincts

874. Admettre le caractère à la fois central et composite de l'institution semble exiger des auteurs qui l'utilisent qu'ils soient capables d'en décomposer analytiquement les différents éléments, afin de justifier qu'il y soit recouru : qu'est-ce qui, dans l'institution, relève de la politique ? Du droit ? Pourquoi un concept opérant une telle fusion est-il nécessaire ? En vérité, l'originalité du droit politique repose sur son refus de se saisir de telles questions. Paradoxalement, l'institutionnalisme est parfois une démarche qui accompagne une perspective juridiquement formaliste ; même dans une perspective ouverte à l'apport de la science politique sur l'objet juridique, les juristes ne sont jamais véritablement départis d'une conception formaliste du droit, épurée de la politique. C'est, semble-t-il, la position adoptée en son temps par Boris Mirkine-Guetzévitch qui, tout en faisant l'apologie d'un constitutionnalisme interdisciplinaire, estimait que « la science politique étudie la signification politique des institutions sociales [...], le juriste se préoccupe de *leur technique* »²⁸⁹⁴. Le droit politique utilise au contraire l'institutionnalisme comme une véritable alternative au formalisme, ce qui implique de trouver ailleurs les critères de la juridicité.

875. Les écrits *juspolitistes* ne sont pas dépourvus de critères permettant d'isoler le droit de la politique ; Pierre-Marie Raynal se réfère en ce sens à « l'*habilité* à commander et [au] *devoir* d'obéissance »²⁸⁹⁵. Mais ces notions sont elles-mêmes pétries de politique et peuvent sans mal être comprises comme des caractères de l'institution juridique davantage que comme des marqueurs du droit en son sein. La spécificité de la théorie *juspolitiste* apparaît donc dans un certain renoncement que manifestent ses auteurs, à l'utilité de distinguer la matière juridique du terreau institutionnel : au vu de la nature du droit constitutionnel, il est vain de chercher à en isoler ses composantes selon qu'elles seraient politiques ou juridiques. On trouve un écho de cette difficulté dans la pensée de Georges Burdeau, qui, après avoir tenté de distinguer le droit de la politique, affirmait pourtant que « [...] si le droit est du politique apaisé, cela ne signifie pas que la science politique doive s'arrêter au seuil de l'univers juridique. [...] Science du droit et science

²⁸⁹⁴ B. Mirkine-Guetzévitch, « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *RIDC* n° 4, vol. 1, 1949, p. 399 ; nous soulignons.

²⁸⁹⁵ Plus précisément, l'auteur écrit : « [...] il importe de [...] souligner, qu'une telle grille n'en resterait pas moins profondément juridique dans la mesure où cet approfondissement de l'observation des rapports de pouvoirs relatifs à la « chose publique » demeurerait déterminé par la question décisive de l'*habilité* à commander et du *devoir* d'obéissance », P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, p. 251.

politique ne peuvent être séparées par des frontières susceptibles de délimiter matériellement leur domaine »²⁸⁹⁶. Dans l'hypothèse défendue par le droit politique, c'est l'institution qui permet de porter à l'entendement cette ambivalence du droit constitutionnel pensé comme un droit politique ; c'est donc elle qu'il faut identifier pour saisir un objet proprement juridique.

876. Parmi les faits politiques qui cadencent l'exercice du pouvoir, le droit politique construit donc son objet en retenant ceux qui présentent un caractère institutionnel, au regard de leurs manifestations discursives. Puisque le droit constitutionnel est essentiellement pensé comme structure²⁸⁹⁷, le premier facteur de discrimination mis en œuvre renvoie logiquement à la question de la durée, de la stabilité des faits institutionnels ; où l'on voit que la mise en valeur de la nature politique du droit est intimement liée, dans la théorie *juspolitiste*, à une méthode historique²⁸⁹⁸. Bâti à partir des lacunes décelées dans le normativisme²⁸⁹⁹, ce critère de la durée permet de translater la conception du droit comme ensemble de règles prescriptives formalisées et sanctionnées par un juge, à un réseau de contraintes plus décisivement politiques²⁹⁰⁰. Cette appréciation reste toutefois relativement classique, dès lors que, dans une perspective sociologique, l'institution est de longue date rapportée à cette tension entre pérennité et mouvement, à un rythme en quelque sorte ralenti de l'action politique²⁹⁰¹.

877. Les faits susceptibles d'être institutionnels et d'intégrer à ce titre le droit constitutionnel sont, par ailleurs, dans l'hypothèse du droit politique, analysés au regard de leur substance et plus fondamentalement de leur convergence : la recherche de la structure institutionnelle est guidée par l'exigence d'une certaine cohérence, elle-même

²⁸⁹⁶ G. Burdeau, *Traité de science politique*, T. I. *Présentation de l'univers politique*, Vol. 1 : *Société, politique et droit*, Paris : LGDJ, 3^e éd., 1980, p. 38.

²⁸⁹⁷ À la fois comme structure du régime politique et comme structure de l'unité étatique : O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 262-265. Voir également *supra*, Partie I, Titre II.

²⁸⁹⁸ C'est ce que souligne notamment Eleonora Bottini, *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2016, p. 441, note 399.

²⁸⁹⁹ Olivier Beaud intervient en ce sens lors d'un séminaire de l'Institut Villey, estimant qu'« il y a un critère dont on ne parle plus du tout en doctrine, c'est le critère de la durée », disqualifié au nom du normativisme, mais dont la portée est pourtant déterminante. Voir en ce sens : « La Constitution est-elle une norme ? », Séminaire 1bis du 17 juin 2010, organisé dans le cadre de l'*Encyclopédie de droit politique* ; retranscription disponible en ligne : <http://droitpolitique.com/publications/seminaire/21/seminaire-1bis-la-constitution-est-elle-une-norme>

²⁹⁰⁰ Car la temporalité constitutionnelle ne correspond pas seulement au rythme qu'adopte la justice constitutionnelle ; D. Baranger, « Temps et constitution », *Droits* n° 30, 2000, p. 62 et ss.

²⁹⁰¹ Pour l'un des pères de la sociologie française, les institutions renvoient ainsi à « [...] ce qu'elles ont, à la fois, de nécessaire et de provisoire, leur force de résistance et leur infinie variabilité », É. Durkheim, *Les Règles de la méthode sociologique*, Paris : Éditions F. Alcan, 1919, p. 175.

cristallisée dans l'« idée d'œuvre » que lui reconnaissait Hauriou²⁹⁰². La dynamique politique, caractérisée par la multitude et la diversité, doit pouvoir être ramenée à l'unité autour de quelques principes, qui relèveront de la légitimité et des fondations du droit. Rétrospectivement, une pratique politique pourra donc être reconnue institutionnelle – donc juridique – si elle s'inscrit dans une dynamique concordante.

878. De tels indices semblent toutefois impuissants à distinguer l'institution juridique de l'institution sociale habituellement consacrée par la sociologie. Émile Durkheim notamment, appelait « [...] *institution*, toutes les croyances et tous les modes de conduite institués par la collectivité [...] »²⁹⁰³, ce qui n'est somme toute guère éloigné de ce que l'on retient de l'institutionnalisme juridique. Rien ne semble donc justifier *a priori* que la proposition des *juspolitistes* se distingue de la tradition sociologique²⁹⁰⁴. Si l'on se rapporte aux travaux de Maurice Hauriou cependant, il est possible de concevoir à la fois la proximité et la différenciation entre les perspectives sociologique et juridique. Dans les deux hypothèses méthodologiques en effet, l'institution est l'instrument de la systématisation de l'objet, mais, alors que la perspective sociologique tend *in fine* à expliquer le comportement des individus selon des contraintes dont le droit n'est jamais que l'une des manifestations, la démarche juridique se saisit de la contrainte que représente le droit en tant que tel, quitte à en explorer les fondations sociales. La sociologie part donc des faits sociaux, en recourant éventuellement au droit pour les expliquer, tandis que l'institutionnalisme juridique, concentré sur le droit, mobilise éventuellement certains faits sociaux, mais seulement pour mieux saisir les ressorts de son objet. Julia Schmitz décèle ainsi dans la théorie hauriousienne, « [...] la perspective propre à la théorie institutionnelle qui considère les fondements du droit comme des faits déjà juridiques, alors que la perspective sociologique générale en fait des faits étrangers au droit »²⁹⁰⁵. L'institution *juridicise* donc les faits sur lesquels elle étend son empire, ce qui implique que l'autonomie du droit soit préalablement postulée et construite.

879. L'institutionnalisme renoue ici avec un certain constructivisme juridique qui, à partir de données discursives dépareillées, cultive l'autonomie progressivement acquise

²⁹⁰² M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », 4^e des *Cahiers de la Nouvelle journée*, 1925, reprod. in M. Touzeil-Divina (dir.), *Miscellanées Maurice Hauriou*, Le Mans : L'Épitoge, coll. Historique du droit, 2013, p. 152 et ss.

²⁹⁰³ É. Durkheim, « Préface à la deuxième édition », *Les Règles de la méthode sociologique*, Paris : Éditions F. Alcan, 1919, p. XXIII.

²⁹⁰⁴ Durkheim définissait en effet la sociologie comme « la science des institutions, de leur genèse et de leur fonctionnement » ; *ibid.*

²⁹⁰⁵ J. Schmitz, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2013, p. 133.

par la rhétorique du droit. Gunther Teubner a ainsi estimé que le droit, qui est une modalité de la communication, est le fruit d'une « autopoïèse », par laquelle il s'isole des autres discours politiques²⁹⁰⁶. Une escapade vers le point de vue que la science politique porte sur le droit ne saurait que confirmer une telle intuition : les politologues ont assez montré que les juristes, spécifiquement les constitutionnalistes, participent eux-mêmes à forger l'autonomie de leur objet²⁹⁰⁷. Que cette autonomie ne soit pas donnée à la conscience savante, mais construite doctrinalement et politiquement ne suffit toutefois pas à en disqualifier la pertinence scientifique, à plus forte raison lorsqu'elle est relayée par un discours profane, politique et social, convergent.

880. Paradoxalement peut-être, le droit politique apparaît donc, en tant que théorie institutionnaliste, comme un promoteur de l'autonomie méthodologique du droit, dès lors qu'il est contraint de postuler la spécificité de son objet pour mieux s'en saisir. Si cela lui permet de se démarquer d'un sociologisme annihilant, cela n'ôte rien au syncrétisme qu'il met alors en œuvre. Le droit constitutionnel ne se définit certes que par référence à l'institution, mais celle-ci s'appréhende principalement par l'équilibre qu'elle ménage, entre convictions juridiques et aspirations sociologiques.

²⁹⁰⁶ L'auteur développe cette idée en ces termes : « le droit s'autonomise par rapport à la communication sociale en général. Il forme un réseau communicationnel fermé, qui ne produit pas seulement des actes juridiques comme éléments et des règles juridiques comme structures, mais aussi des constructions juridiques de la réalité. L'autonomie du droit moderne concerne en premier lieu ses opérations normatives, qui s'affranchissent de la normativité morale et politique. C'est en second lieu que l'autonomie concerne les opérations cognitives, qui doivent construire, sous la pression des opérations normatives, des images idiosyncratiques du monde, et les séparer toujours plus nettement des constructions du monde du quotidien et de celles du discours scientifique », G. Teubner, « Pour une épistémologie constructiviste du droit », *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, trad. N. Boucquet, G. Maier, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1996, p. 191.

²⁹⁰⁷ Selon Pierre Bourdieu, en ce sens, « loin d'être un simple masque idéologique, cette rhétorique de l'autonomie, de la neutralité et de l'universalité, qui peut être le principe d'une autonomie réelle des pensées et des pratiques, est l'expression même de tout le fonctionnement du champ juridique et, en particulier, du travail de rationalisation [...] auquel le système des normes juridiques est continuellement soumis, et cela depuis des siècles [...] », P. Bourdieu, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales* n° 1, vol. 64, 1986, p. 5. Cette hypothèse est également éprouvée par Bastien François. Voir par exemple : B. François, « Une revendication de juridiction. Compétence et justice dans le droit constitutionnel de la Ve République », *Politix* n° 10-11, 1990, p. 92-109.

2. Un équilibre caractéristique

881. Si, dans la théorie *juspolitiste*, l'idée de droit est construite autour de l'institution²⁹⁰⁸, celle-ci est caractérisée par un équilibre, entre droit et politique, entre forme et action, entre stabilité et mouvement²⁹⁰⁹. Cet équilibre se conçoit plus aisément négativement que positivement, par la démonstration des excès auxquels il résiste davantage que par les forces qui le lestent. Les institutions telles qu'elles sont établies par le droit politique, se démarquent d'abord de celles que forge un sociologisme exacerbé. Ce dernier implique en effet un retour systématique aux faits, par la déconstruction méthodique des fictions que constituent le droit et la symbolique politique. Dans cette perspective, l'institution n'est jamais que le voile stratégiquement apposé sur les rapports de force véritables afin que, rendus acceptables, ils suscitent l'adhésion. Maurice Duverger a succombé à un tel sociologisme lorsqu'il écrivait par exemple que les « [...] institutions politiques et constitutionnelles [...] sont, le plus souvent, au moins en partie, un moyen de dissimuler la domination de certains groupes sur d'autres et de la faire accepter par les membres de ces derniers »²⁹¹⁰. Le droit politique prête au contraire aux institutions une réalité qui dépasse la somme des faits qui les constituent ; sourd au chant des sirènes sociologiques²⁹¹¹, il trouve justement dans l'institutionnalisme un instrument de l'isolement du droit parmi les faits, en même temps qu'un outil de leur articulation. Là où le normativisme préfère les considérer en toute indépendance l'un de l'autre, là où le positivisme d'obédience sociologique navigue indifféremment de l'un à l'autre²⁹¹², l'institutionnalisme articule le droit et le fait en refusant de sacrifier le premier au profit exclusif de l'étude du second. Faisant référence à la théorie de Maurice Hauriou, Pierre-

²⁹⁰⁸ Jean-Marie Denquin, en cherchant à distinguer le droit de la science politique, écrit en ce sens que « [...] le droit, notamment dans ses branches les plus proches de la science politique, s'exprime [...] de manière privilégiée à travers des institutions, c'est-à-dire des constructions de l'esprit humain dépourvues de réalité matérielle, mais qui, en suscitant des valeurs et des comportements, acquièrent dans la pratique sociale une présence aussi réelle et efficace que les faits naturels », J.-M. Denquin, *Science politique*, Paris : PUF, coll. Droit fondamental. Droit politique et théorique, 5^e éd., 1996, p. 8.

²⁹⁰⁹ Selon Jean-Arnaud Mazères, « l'idée essentielle d'Hauriou ici est celle d'une articulation entre l'ordre et le mouvement [...] », articulation que permet justement l'institution ; J.-A. Mazères, « Réflexions sur une réédition : *Les Principes de droit public* de Maurice Hauriou », *Jus politicum* n° 6, décembre 2011.

²⁹¹⁰ M. Duverger, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, vol. 1, Paris : PUF, 4^e éd., 1959, p. 7.

²⁹¹¹ Aussi Jean-Marie Denquin écrit-il que le droit « [...] ne s'épuise pas dans le réel et ne se limite pas à lui. Il relève pour une part de l'imaginaire, mais d'un imaginaire qui, à travers la médiation des comportements humains, produit le réel », J.-M. Denquin, *Science politique*, Paris : PUF, coll. Droit fondamental. Droit politique et théorique, 5^e éd., 1996, p. 8. La dimension au moins partiellement idéaliste du droit est donc essentiellement préservée par l'approche du droit politique.

²⁹¹² On pense notamment à Duguit, qui fonde tout le droit positif sur la règle de *fait* que constitue la solidarité sociale ; L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, préf. F. Moderne, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 16 et ss.

Marie Raynal estime en ce sens qu'« [...] il s'agit d'inviter la sociologie à ne pas réduire le phénomène juridique à un fait social qui se caractériserait empiriquement par le seul règne de l'efficacité »²⁹¹³. Certes construites socialement, les institutions constitutionnelles relèvent donc toutefois d'une catégorie disciplinaire spécifique²⁹¹⁴.

882. L'institution ne saurait par ailleurs être réduite au corollaire juridique de la factualité sociologique, à savoir un normativisme coupé de tout substrat politique. On retrouve une posture hauriousienne dans la constante remise en cause du « [...] postulat de l'autonomie du juridique par rapport au social qui conduit à enfermer son étude dans un formalisme exacerbé »²⁹¹⁵. L'institution juridique procède d'une rationalisation et d'une systématisation de la contrainte ; elle ne constitue donc à première vue qu'une alternative conceptuelle modeste à la norme juridique²⁹¹⁶. Pourtant, son absence d'autonomie à l'égard de la politique se manifeste par sa prétention perpétuelle à l'inachèvement : cadre du pouvoir, elle ne pourra jamais parvenir à l'assujettir totalement²⁹¹⁷. L'institutionnalisme présente dès lors l'avantage sur le formalisme d'assumer expressément l'ineffectivité partielle qui caractérise le droit constitutionnel²⁹¹⁸. Le recours conceptuel à l'institution pare ainsi l'une des critiques que la science politique a pu adresser au juridisme²⁹¹⁹, ce qui tend à prouver l'influence de l'interdisciplinarité sur le choix du droit politique d'opter pour une théorie institutionnelle. Il tempère en effet la dimension normative du droit d'une certaine aspiration au *réalisme*, selon le constat opéré

²⁹¹³ P.-M. Raynal, « Révolution et légitimité, la dimension politique de l'excursion sociologique du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

²⁹¹⁴ Ainsi, « les constitutions sont plus exactement décrites comme institutions politiques et juridiques que comme des parties de l'économie ou de toute autre sphère de la société », C. Möllers, « Les Gardiennes d'une séparation : les constitutions comme instruments de protection des différences entre le droit et la politique », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

²⁹¹⁵ J. Schmitz, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2013 p. 134.

²⁹¹⁶ La norme juridique au sens kelsénien procède en effet justement de la centralisation de la contrainte que traduit l'unité de l'ordre juridique : É. Millard, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 21, janvier 2007, p. 59-62.

²⁹¹⁷ Ce qui contrevient à une conception du droit normativiste au sens large, en vertu de laquelle, selon des termes exprimés ici par Georges Burdeau, « [...] la règle disparaît, faute de sujet qu'elle oblige » ; G. Burdeau, « Une survivance : la notion de Constitution », 1956, in *Écrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, préf. J.-M. Denquin, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2011, p. 242.

²⁹¹⁸ L'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac consacré aux changements constitutionnels informels s'avère instructif à cet égard. L'auteur démontre que le prisme institutionnaliste – qui est indéniablement la marque du droit politique – présente l'avantage sur les doctrines formalistes, de proposer une théorie en adéquation avec les faits constatés : M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne : Institution universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2013, p. 287 et ss.

²⁹¹⁹ C'est ce qui ressort par exemple d'un propos de Jacques Caillosse : « [...] à l'impuissance des normes à encadrer et contenir vraiment des pratiques politiques qui fuient de partout l'espace que le droit leur destine, s'ajoute l'inaptitude des juristes à saisir dans leurs catégories et procédures de classement l'expérience sociale qu'ils se donnent pourtant pour fonction d'ordonner et de connaître », J. Caillosse, « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs », *Droit et société* 1994, p. 132.

par Cécile Guérin-Bargues : « le droit politique bouleverse [...] l'ordre des préséances posé par le normativisme kelsénien en considérant que le réel (l'exercice du pouvoir, la production de valeurs, de faits à valeurs normatives, d'institutions) précède le droit. Ce faisant, il dispose sans doute d'une capacité à appréhender les évolutions du droit constitutionnel, au moins leur dimension institutionnelle, supérieure à celle du normativisme »²⁹²⁰.

883. Devenue le filtre indispensable pour penser le passage du fait à la juridicité, l'institution est donc d'abord un choix ontologique qui se traduit par la nécessité de conjuguer le droit à la politique. Cette prémisse ouvre cependant une brèche conséquente dans la question méthodologique de l'autonomie disciplinaire du droit. Cette dernière, au cœur de l'ambition normativiste²⁹²¹, représente en effet la première justification d'une approche formaliste du droit : « se référer à l'idée de norme permet [...] de constituer un objet spécifique (c'est là tout l'enjeu de la théorie pure du droit), qui s'attache à la description de prescriptions « spécifiques » (les normes « juridiques ») : de constituer donc une science juridique autonome (des autres sciences sociales notamment, et particulièrement des sciences politiques) »²⁹²². Le fait qu'il préfère à la norme le modèle de l'institution interroge donc les capacités du droit politique à construire l'autonomie de la pensée juridique qu'il se propose de déployer : n'est-il, finalement, pas plus politique que droit ? L'examen croisé de sa méthode et de celle des sciences politiques est donc nécessaire, afin d'y déceler les convergences et les points d'achoppement, plus nombreux sans doute qu'il n'y paraît au premier abord.

²⁹²⁰ C. Guérin-Bargues, « Le droit politique entre normativisme et *soft law* : à propos de l'ouvrage d'Eleonora Bottini, *La sanction constitutionnelle, étude d'un argument doctrinal* », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017.

²⁹²¹ C'est l'ambition qu'affiche Kelsen dès les premières lignes de son maître-ouvrage : H. Kelsen, « Préface à la première édition », in *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 3.

²⁹²² É. Millard, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 21, janvier 2007, p. 60.

Section 2 : L'autonomie de la méthode

884. Envisagé par les tenants du droit politique comme une manifestation du pouvoir, le droit constitutionnel peine logiquement à forger son autonomie ontologique à l'égard de la science politique²⁹²³. Il n'en est pourtant pas moins susceptible de présenter une certaine autonomie *methodologique*, dès lors que les auteurs qui cherchent à s'en saisir le font dans une perspective relativement inédite. Or, on peut considérer que c'est justement ce plan méthodologique qui est déterminant pour dissocier le droit de la science politique. En ce sens, selon Boris Mirkine-Guetzévitch, « [...] la science politique est beaucoup plus *méthode* que *sujet*, qu'elle n'a pas d'objet propre, qu'elle est *science* non pas par la nature des phénomènes qu'elle observe, mais par l'application des méthodes spéciales de l'observation des phénomènes appartenant aux autres disciplines »²⁹²⁴. L'auteur reste lui-même relativement vague sur les méthodes qui peuvent spécifiquement caractériser la science politique, mais au moins fournit-il un critère sur lequel fonder la propension fondamentalement juridique du droit politique : celui de sa méthode.

885. La question de la méthodologie *juspolitiste* n'est pas sans soulever des difficultés, eu égard au laconisme des auteurs en la matière ; ils restent particulièrement concis quant aux rapports qu'ils entendent entretenir avec la science politique. C'est donc à force de comparaisons et de tâtonnements que l'on peut tenter de définir les relations disciplinaires qui associent le droit politique à la science politique entendue largement. Méthodologiquement, il apparaît alors sans peine que les travaux *juspolitistes* ne sont pas politistes, en ceci qu'ils ne se fondent pas sur les méthodes les plus communément empruntées par les politologues, même lorsque ces derniers se saisissent du droit (§1). Pour autant, la proximité ontologique qui constitue le fer de lance de leurs travaux empêche les auteurs du droit politique de s'extraire radicalement de la méthodologie des sciences sociales ; ils entretiennent donc une certaine promiscuité méthodologique, en même temps qu'ils ouvrent la voie à une véritable interdisciplinarité (§2).

²⁹²³ Duverger définissait en effet la science politique comme la science qui se donne le pouvoir pour objet. Il écrivait que « le mot « pouvoir » désigne à la fois le groupe des gouvernants et la fonction qu'ils exercent. La science politique apparaît ainsi comme la science des gouvernants, des chefs : elle étudie leur origine, leur structure, leurs prérogatives, l'étendue et les fondements de l'obéissance qu'on leur accorde », M. Duverger, *Méthodes des sciences sociales*, Paris : PUF, coll. Thémis. Manuels juridiques, économiques et politiques, 3^e éd., 1964, p. 52.

²⁹²⁴ B. Mirkine-Guetzévitch, « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *RIDC* n° 4, vol. 1, 1949, p. 398.

§1 : Une méthode distincte

886. Apporter la preuve de l'autonomie méthodologique du droit politique à l'égard de la science politique n'est pas chose aisée pour deux raisons principales : la présentation de la méthode *juspolitiste* reste, au mieux, lapidaire, et la science politique elle-même se caractérise par une pluralité méthodologique difficile à ramener à l'unité²⁹²⁵. Sur le premier point, la meilleure façon de se saisir de ce qu'est le droit politique consiste d'abord à mettre en valeur ce qu'il n'est manifestement pas. Quant à la seconde difficulté, il nous semble possible de résumer la méthode politiste à l'égard du droit autour de deux options, collectiviste ou individualiste²⁹²⁶. Schématiquement, les deux branches de cette alternative renvoient à ce que nous appellerons le sociologisme et le pragmatisme. Or, le recours à un certain sociologisme autorise les politistes au sens large, à dénier au droit une consistance sociale spécifique, ce contre quoi se dressent les tenants du droit politique (A). La mise en œuvre d'un pragmatisme consistant à isoler des données comportementales – méthode plus caractéristique de la science politique – emporte pour sa part la critique des *juspolitistes* par la dilution de la matière juridique qu'elle opère (B).

A. L'absence de sociologisme expérimental

887. La science politique s'est construite académiquement dans le même mouvement qui a vu naître la plupart des sciences sociales à la fin du XIX^e siècle²⁹²⁷ ; elle s'est inspirée à cette fin des méthodes de l'histoire, de la sociologie et du droit qui avaient cours, pour les appliquer aux faits spécifiquement politiques, c'est-à-dire « relatif[s] au gouvernement de l'État »²⁹²⁸. Quoiqu'elle dispose désormais d'une autonomie accrue parmi les sciences

²⁹²⁵ Burdeau estimait ainsi le pluralisme de la science politique inévitable : « si la stratégie de la connaissance n'incitait pas à cette apparente dispersion, elle s'imposerait en fait à raison de la diversité d'origine et de formation des chercheurs », G. Burdeau, *Traité de science politique*, T. I. *Présentation de l'univers politique*, Vol. 1 : *Société, politique et droit*, Paris : LGDJ, 3^e éd., 1980, p. 26.

²⁹²⁶ Cette dichotomie est relativement classique. Ainsi, « en sociologie, sur le plan méthodologique, certains privilégient l'individualisme méthodologique en partant des individus et de leurs interactions pour expliquer les phénomènes sociaux ou collectifs, tandis que d'autres s'inscrivent dans une méthodologie holiste qui, au contraire, part du collectif pour expliquer l'individuel », V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, p. 345.

²⁹²⁷ P. Favre, *Naissances de la science politique en France (1870-1914)*, Paris : Fayard, coll. L'espace du politique, 1989, p. 7.

²⁹²⁸ *Ibid.*, p. 51. L'auteur évoque à cet égard une « science-carrefour » ; *ibid.* p. 45.

sociales²⁹²⁹, elle continue à manifester les traces de cette diversité originelle. De la sociologie triomphante du XIX^e siècle notamment, elle a ainsi hérité une certaine propension à l'expérimentation²⁹³⁰ qui ne s'est pas démentie, quoiqu'elle ait dû être amendée du fait de la spécificité de son objet²⁹³¹. Dans le prolongement de la sociologie, la science politique qui se saisirait du droit par ce biais ne pourrait donc le considérer que comme l'expression de *faits*, collectifs et par là objectivés, ce qui n'emporte pas la conviction du droit politique (1), ce dernier préférant manifestement retenir du droit une conception davantage teintée d'idéalisme, au sens ontologique du terme (2).

1. La critique implicite de l'objectivité sociale du droit

888. La méthode sociologique expérimentale consiste en premier lieu en l'identification d'un objet, qui s'appréhende comme un ensemble de « faits sociaux »²⁹³². Ce travail d'objectivation constitue l'étape préalable indispensable au sociologisme méthodologique ; dans ce cadre, selon Durkheim, « la première règle et la plus fondamentale est de *considérer les faits sociaux comme des choses* »²⁹³³. Une telle méthode trouve donc éventuellement à s'appliquer au droit, dès lors que celui-ci est considéré comme un ensemble de faits sociaux, mais à condition toutefois qu'il soit objectivé en tant que tel, c'est-à-dire doté d'une réalité tangible que l'observateur est susceptible de percevoir. Léon Duguit, éminent représentant du positivisme sociologique, a écrit à ce titre que « [...] le sociologue [...] se borne à constater les faits sensibles »²⁹³⁴.

²⁹²⁹ Davantage que par son autonomie, la science politique se caractériserait comme une spécialisation de la sociologie, selon Pierre Favre, à tel point que « [...] la sociologie politique [...] serait la vraie dénomination disciplinaire de la science politique », P. Favre, « Retour à la question de l'objet. Ou faut-il disqualifier la notion de discipline ? », *Politix* n° 29, vol. 8, 1995, p. 157.

²⁹³⁰ La sociologie s'est en effet développée comme « [...] une « physique sociale » appliquant à l'étude des sociétés humaines les méthodes éprouvées de la science expérimentale [...] », J. Coenen-Huther, « La sociologie des sciences entre positivisme et sociologisme », *Revue européenne des sciences sociales* vol. XL, 2002, p. 223.

²⁹³¹ C'est ce que souligne Philippe Braud qui relève le succès limité que connaît l'expérimentation dans les études politistes françaises : P. Braud, *La science politique*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 12^e éd., 2017, p. 22-23.

²⁹³² À la définition desquels Durkheim consacrait le premier chapitre de son ouvrage, *Les Règles de la méthode sociologique*, Paris : Éditions F. Alcan, 1919, p. 5-19. Le sociologue y écrit notamment qu'« un fait social se reconnaît au pouvoir de coercition externe qu'il exerce ou est susceptible d'exercer sur les individus ; et la présence de ce pouvoir se reconnaît à son tour soit à l'existence de quelque sanction déterminée, soit à la résistance que le fait oppose à toute entreprise individuelle qui tend à lui faire violence », *ibid.* p. 15-16.

²⁹³³ *Ibid.*, p. 20.

²⁹³⁴ L. Duguit, « Le droit constitutionnel et la sociologie », *Revue internationale de l'enseignement*, 1889, p. 12.

Si c'est une prétention à la scientificité qui est ainsi défendue²⁹³⁵, elle s'accommode assez mal du droit lui-même, qui échappe par définition à l'expérimentation exhaustive.

889. La méthodologie sociologique appliquée au droit rencontre en effet divers obstacles qui justifient que le droit politique, qui se pense lui-même comme une théorie juridique, ne s'y réfère pas. Elle implique en effet en premier lieu un recours exclusif à l'induction et à l'expérimentation, quoique cette dernière ne soit pas toujours disponible directement²⁹³⁶. Pareille méthode se décline en diverses techniques que les sociologues et les politologues énumèrent à l'envi : enquêtes d'opinion, interviews, tests, échantillonnage, statistiques, etc.²⁹³⁷ Si ces instruments ne sont manifestement pas ceux du droit politique, ils méritent d'être questionnés quant à leur aptitude à traiter de la matière juridique. Même lorsque cette dernière est simplement conçue comme un système de contraintes, elle semble de fait encourir le risque de sa propre banalisation comme fait social. Si, en effet, elle n'est que la cristallisation apparente de contraintes sociales objectives et intériorisées par les membres d'une société, son étude ne présente d'autre intérêt que de révéler des rapports de force sous-jacents : le droit n'est donc pas lui-même l'objet de la recherche sociologique, au mieux en est-il un outil, voire un accessoire. Émile Durkheim écrivait en ce sens : « en dehors des actes individuels qu'elles suscitent, les habitudes collectives s'expriment sous des formes définies, règles juridiques, morales, dictons populaires, faits de structure sociale, etc. Comme ces formes existent d'une manière permanente, qu'elles ne changent pas avec les diverses applications qui en sont faites, elles constituent un objet fixe, un étalon constant qui est toujours à la portée de l'observateur et qui ne laisse pas de place aux impressions subjectives et aux observations personnelles. Une règle du droit est ce qu'elle est et il n'y a pas deux manières de la percevoir. Puisque, d'un autre côté, *ces pratiques ne sont que de la vie sociale consolidée,*

²⁹³⁵ « N'admettre comme vraie qu'une chose prouvée par l'observation des faits : telle est la première règle de la méthode scientifique », *ibid.* Pareille doctrine a connu un véritable succès en matière juridique, jusque dans les années 1960 pendant lesquels « [...] le point de vue sociologique fut présenté comme un vecteur efficace de lucidité scientifique », notamment par Maurice Duverger ; A. Viala, « L'autonomie du droit : un fantasme de juristes ? », in J.-L. Autin, L. Weil (dir.), *Le droit figure du politique : études offertes au professeur Michel Miaille*, Montpellier : Faculté de droit de Montpellier, coll. Mélanges, 2008, p. 480-481.

²⁹³⁶ Ainsi Durkheim expliquait-il que, « quand [les faits] peuvent être artificiellement produits au gré de l'observateur, la méthode est l'expérimentation proprement dite. Quand, au contraire, la production des faits n'est pas à notre disposition et que nous ne pouvons que les rapprocher tels qu'ils se sont spontanément produits, la méthode que l'on emploie est celle de l'expérimentation indirecte ou méthode comparative », É. Durkheim, *Les Règles de la méthode sociologique*, Paris : Éditions F. Alcan, 1919, p. 153.

²⁹³⁷ Un ouvrage de Maurice Duverger comporte par exemple la liste et la définition des techniques qu'il recommande au titre de la science politique ; M. Duverger, *Méthodes des sciences sociales*, Paris : PUF, coll. Thémis. Manuels juridiques, économiques et politiques, 3^e éd., 1964, 501 p.

il est légitime, sauf indication contraire *d'étudier celle-ci à travers celles-là* »²⁹³⁸. Sous cette posture se dessine déjà la perspective qu'adopteront au XX^e siècle la plupart des politologues à l'égard du droit²⁹³⁹, celle d'une « [...] sociologie dominée [...] par le « matérialisme des forces » qui a trouvé son expression la plus parfaite dans l'œuvre de Pierre Bourdieu [...] »²⁹⁴⁰ : le droit n'est alors jamais que l'expression formalisée de faits sociaux plus profonds, moins immédiatement perceptibles, mais bien plus cruciaux parce que socialement fondamentaux.

890. L'application scrupuleuse de la méthodologie expérimentale, qui cherche à établir les lois de causalité articulant les faits sociaux observés, semble donc faire peu de cas du droit et lui refuser toute autarcie ontologique. L'œuvre de Léon Duguit constitue en ce sens une anomalie, puisque le professeur bordelais a tenté de combiner la méthode sociologique à la consécration du droit comme discipline autonome. C'est ce qui apparaît notamment lorsqu'il résume la méthode que doit adopter, selon lui, un cours de droit constitutionnel : « [...] rejeter tous principes *a priori*, observer les phénomènes sociaux, étudier les institutions politiques des divers pays, convaincu qu'aucune d'elles n'est bonne ou mauvaise en elle-même, *mais que toutes sont de simples faits*, dérivant des faits qui les précèdent et déterminant ceux qui les suivent et les accompagnent ; essayer de formuler les rapports de ces faits, c'est-à-dire les lois qui régissent leur succession et leur coexistence ; tenter enfin, à l'aide de ces lois, de prévoir l'avenir politique des sociétés contemporaines »²⁹⁴¹. Si un tel programme résume effectivement les préceptes de la méthode sociologique, on peine à y déceler ce qui distingue le droit à proprement parler de l'activité politique des pouvoirs publics institutionnels. C'est plus tôt dans l'article de Duguit, qu'il faut chercher une définition du droit parmi les faits sociaux : il serait « [...] une série de phénomènes relatifs au maintien de la cohésion des différentes parties et à la direction de l'ensemble ; [...] [d]es phénomènes qui se rapportent à la conservation du corps social »²⁹⁴².

²⁹³⁸ É. Durkheim, *Les Règles de la méthode sociologique*, Paris : Éditions F. Alcan, 1919, p. 56-57 ; nous soulignons.

²⁹³⁹ Un auteur démontre toutefois que Durkheim ne semblait pas lui-même tendre à une subordination de la science juridique à la science sociale en général, contrairement à certains de ses disciples plus radicaux ; P. Ansart, « Durkheim : la sociologie et la science politique », in *Droit et politique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 262-268.

²⁹⁴⁰ P. Raynaud, « Le droit et la science politique », *Jus politicum* n° 2, mars 2009. Pierre Bourdieu défendait en effet une définition du droit héritée de la pensée marxiste. Voir par exemple : P. Bourdieu, « Les modes de domination », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°s 2-3, Vol. 2, 1976, p. 125.

²⁹⁴¹ L. Duguit, « Le droit constitutionnel et la sociologie », *Revue internationale de l'enseignement*, 1889, p. 24 ; nous soulignons.

²⁹⁴² *Ibid.*, p. 18.

891. Si le droit est susceptible d'être isolé au sein de la masse des faits sociaux, c'est donc à raison de la fonction spécifique qu'il exerce au cœur de la société. Mais Duguit va plus loin, puisqu'il cherche à ancrer objectivement l'obligatorité qui caractérise le droit, et ce en recourant à la prémisse ultime de sa démonstration, la solidarité sociale²⁹⁴³. Puisque le maître bordelais a banni de sa méthode tout recours à une abstraction fictionnelle au profit exclusif des faits tangibles²⁹⁴⁴, il ne peut simplement postuler cette solidarité, il doit lui conférer une *réalité*. Cet argument n'est toutefois guère convaincant – et il emporte, en tombant, toute la démonstration qu'il fonde – car il met en valeur « [...] la profonde difficulté de prouver uniquement par l'argument du constat empirique l'existence d'un droit objectif gouvernant l'ensemble des unités physiques évoluant sur tel espace pendant tel temps »²⁹⁴⁵. Or, si la méthode expérimentale faillit à prouver la réalité de la solidarité sociale comme loi ultime, celle-ci ne peut être que postulée. Ce constat invite dès lors à considérer que Duguit, en façonnant l'autonomie du droit parmi les faits sociaux, a renoncé à l'application scrupuleuse de la méthodologie sociologique.

892. Le sociologisme semble donc conduire à une impasse lorsqu'il est mobilisé dans une perspective juridique : soit le droit est réduit à une modalité évanescence de la sociologie, soit la méthode elle-même est sacrifiée dans l'entreprise visant à conférer à l'objet juridique une réelle autonomie. Par le refus implicite qu'ils opposent aux politistes, qui invitent les juristes à davantage d'empirisme, les tenants du droit politique sauvegardent donc leur propre aptitude à faire du droit l'objet central d'une discipline distincte. Si le champ juridique ne saurait être isolé de son terreau social dans les écrits *juspolitistes*, il s'en détache toutefois par le soupçon d'idéalisme qui lui est attaché.

2. La valorisation d'une idéalisation du droit

893. Du point de vue du droit politique, le droit s'appréhende méthodiquement comme un discours, davantage que comme les faits sociaux que ce discours traduit²⁹⁴⁶. C'est ce

²⁹⁴³ L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, préf. F. Moderne, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 23 et ss.

²⁹⁴⁴ Dans la droite lignée de Durkheim : V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, p. 232.

²⁹⁴⁵ P.-M. Raynal, « Révolution et légitimité, la dimension politique de l'excursion sociologique du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

²⁹⁴⁶ Quoique les auteurs entendent bien sûr rester conscients du lien que le discours entretient avec les phénomènes politiques et sociaux. Voir par exemple : O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en

qui justifie que, sans qu'elle emprunte les techniques d'investigation prônées par un sociologisme assidu, la méthode *juspolitiste* soit analysée comme un travail au moins partiellement inductif²⁹⁴⁷. En tant que discours, le droit se distingue fondamentalement du fait social, dès lors qu'il conserve par-devers lui l'intentionnalité de son auteur et de ses interlocuteurs ; il résiste ce faisant à l'objectivation drastique que lui apposent les sociologues, qui rejettent toute idéalité dans la définition du droit. Durkheim par exemple, déniait à la morale comme au droit, une réalité qui ne serait pas objective, émancipée du ressenti trompeur de la perception individuelle : « [...] ce sont ces règles et non la vue sommaire que nous en avons, qui forment la matière de la science, de même que la physique a pour objet les corps tels qu'ils existent, non l'idée que s'en fait le vulgaire. Il en résulte qu'on prend pour base de la morale ce qui n'en est que le sommet, à savoir la manière dont elle se prolonge dans les consciences individuelles et y retentit »²⁹⁴⁸. À rebours de ce sociologisme jugé asséchant, les tenants du droit politique présentent une théorie teintée de subjectivisme, en ceci qu'ils affirment la puissance idéale du droit, constitué de représentations concordantes²⁹⁴⁹. Ce choix ontologique premier s'avère déterminant quant à la méthode choisie pour l'éprouver.

894. Puisque le droit ne réside pas – ou pas uniquement – dans des faits empiriquement et sociologiquement saisissables²⁹⁵⁰, les *juspolitistes* s'engagent notamment à renoncer à une démarche absolument inductive. Leur théorie implique en effet que leur vocation à l'empirisme soit conjuguée à une conceptualisation relevant davantage de la déduction²⁹⁵¹ ; c'est là une concession nécessaire pour opérer un tri parmi les discours

France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

²⁹⁴⁷ Voir en ce sens *supra* Titre I, Chapitre 2, Section 2, §1, B, 1.

²⁹⁴⁸ É. Durkheim, *Les Règles de la méthode sociologique*, Paris : Éditions F. Alcan, 1919, p. 30-31.

²⁹⁴⁹ Denis Baranger estime en ce sens que le droit constitutionnel renvoie à un « [...] monde de compréhension que les hommes créent à leur propre intention, et dans ce monde, il est axiomatique de poser que ce qui est représenté doit être considéré comme réel. En un mot : il ne faut pas rechercher pour ces représentations un référent extérieur à la sphère où elles opèrent. Il est vain de leur reprocher de n'être pas les représentations de quelque chose qui serait représenté par elles dans un quelconque « monde réel » », D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009. Olivier Beaud décline le même argument dans l'hypothèse plus spécifique de la souveraineté : « [...] la tendance à dissocier la souveraineté du pouvoir et à la discréditer au nom de la légitimité ou de la réalité sociale ne rend pas véritablement compte de la richesse et de la densité d'une notion de souveraineté qui peut encore rendre de signalés services à la pensée politique », O. Beaud, « Souveraineté », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 735.

²⁹⁵⁰ Ainsi, selon Jean-Marie Denquin au contraire, « l'univers politique est spontanément idéaliste : la pensée y détermine le réel », J.-M. Denquin, « Justice constitutionnelle et justice politique », in C. Gewe, O. Jouanjan, E. Maulin et P. Wachsmann (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 83.

²⁹⁵¹ Voir *supra* Titre I, Chapitre 2, Section 2, §1, B, 1.

politiques à la disposition des auteurs *juspolitistes*, discours qui, ensemble, constituent un matériau brut trop volatil. Le droit politique, en entretenant certains postulats sur son objet, préserve ce faisant son autonomie. La matière juridique peut ainsi être ontologiquement distinguée de la masse des faits sociaux, ce à quoi ne parvient que difficilement une approche plus foncièrement expérimentale. Dans l'opposition méthodologique qui caractérise traditionnellement les relations entre science juridique et science politique – l'une étant essentiellement déductive, et l'autre inductive²⁹⁵² –, le droit politique s'inscrit ainsi résolument sous la bannière de la première. Il encourt à ce titre la critique sociologiste, en vertu de laquelle « il faut [...] que le phénomène social soit méthodiquement épuré du principe transcendantal et de toutes ses abstractions fantaisistes, afin que le constitutionnaliste puisse, à l'instar des sciences empiriques classiques, constater par observation et induction l'existence des lois qui le déterminent »²⁹⁵³.

895. À cet égard, la posture du droit politique n'est pas dénuée de paradoxe : alors qu'elle aspire à un certain réalisme juridique et défend l'importance d'une forme de clairvoyance quant au pouvoir qui est à l'œuvre dans tout édifice juridique, elle n'en préconise pas moins un recours à l'idéalisme ontologique. Or, ce dernier a justement été associé, par les tenants du sociologisme juridique, à l'ambition d'étouffer la réalité sévère du pouvoir derrière le masque harmonieux de la Raison. C'est ce qu'exprime notamment Julia Schmitz, rapportant alors la pensée de Maurice Hauriou : « [...] depuis Hobbes notamment, la pensée politique moderne a substitué à la notion réaliste et anthropologique du pouvoir, la notion juridique de la souveraineté. Celle-ci permet de masquer les rapports de force existant au sein de la société en concentrant le pouvoir dans l'entité souveraineté que constitue l'État. [...] L'enquête généalogique menée sur le pouvoir consiste à révéler que l'organisation juridique et politique de l'État n'est qu'un résultat de surface, véhiculant une idéologie et dissimulant des rapports de force véritables. C'est en se saisissant de ce phénomène du pouvoir, banni des juristes et pourtant omniprésent, qu'Hauriou parvient à remettre en cause le modèle juridique

²⁹⁵² Jacques Chevallier écrit en ce sens que « [d]es stratégies de démarcation mutuelle entraîneront [...] l'opposition des méthodes : pour les juristes, une méthode déductible partant de la norme ; pour les politistes une méthode inductive fondée sur l'observation du réel », J. Chevallier, « Science du droit et science du politique : de l'opposition à la complémentarité », in *Droit et politique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 257.

²⁹⁵³ P.-M. Raynal, « Révolution et légitimité, la dimension politique de l'excursion sociologique du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012 ; l'auteur rapporte ici le point de vue de Léon Duguit.

subjectiviste qui occulte la véritable fondation du droit »²⁹⁵⁴. Le droit politique, contrairement à Hauriou dont il s'inspire pourtant largement par ailleurs, présente les vestiges d'une pensée subjectiviste, qui peut sembler au premier abord contrecarrer son aspiration à un certain réalisme politique. Il reste toutefois possible d'envisager que ces deux aspects, *a priori* contradictoires, soient en vérité conciliables, si la *réalité* du droit n'est plus associée à son caractère socialement objectif, mais est également, en partie au moins, placée dans la conscience de ses sujets²⁹⁵⁵.

896. Le droit politique semble donc résulter d'un équilibre ménagé entre réalisme et idéalisme, entre objectivisme et subjectivisme, de telle sorte que le droit ne soit plus seulement, au terme du raisonnement suivi, un ensemble de faits sociaux indistincts, mais qu'il conserve une part irréductible d'idéalité, reconnue notamment du fait de sa portée symbolique²⁹⁵⁶. Les auteurs *juspolitistes* paraissent ainsi se prémunir « [...] contre les dangers auxquels peut nous exposer toute démarche sociologique qui ne s'en tiendrait qu'à la dimension purement politique, c'est-à-dire du visible, du phénomène juridique »²⁹⁵⁷. La pensée du droit politique oscille alors entre l'aspiration à une hétéronomie ontologique – que valorise la méthode sociologique – et la consécration renouvelée de son autonomie disciplinaire, qui explique que la méthodologie mise en œuvre lui soit propre²⁹⁵⁸. Cet équilibre, s'il n'est certes pas garanti en pratique, témoigne au moins de la volonté des auteurs *juspolitistes* de ne pas ancrer leurs travaux dans une perspective qui exclurait nécessairement le droit comme discipline académique spécifique. La même ambition les enjoint à ne pas céder à une méthode pragmatique.

²⁹⁵⁴ J. Schmitz, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2013, p. 142.

²⁹⁵⁵ Nous nous permettons ici de nous éloigner des conclusions d'Eleonora Bottini qui estime que le droit politique est « essentiellement objectiviste » ; E. Bottini, *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2016, p. 475.

²⁹⁵⁶ On retrouve ici l'un des aspects de la pensée hauriousienne, telle qu'elle est du moins appréhendée par Georges Vedel ; la méthode qui consacre « la liaison dialectique entre la multiplicité concrète des faits et l'unité idéale des concepts » ; G. Vedel, « Le doyen Maurice Hauriou et la science politique », 1968, *reprod. in Pages de doctrine*, Paris : LGDJ, 1980, p. 52.

²⁹⁵⁷ A. Viala, « L'autonomie du droit : un fantasme de juristes ? », in J.-L. Autin, L. Weil (dir.), *Le droit figure du politique : études offertes au professeur Michel Miaille*, Montpellier : Faculté de droit de Montpellier, coll. Mélanges, 2008, p. 499.

²⁹⁵⁸ L'histoire de la théorie juridique démontre en ce sens que, alors que l'emploi d'une méthode sociologique conduit presque irrémédiablement à diluer toute l'autonomie de l'objet juridique, l'indépendance d'une discipline se construit par des préceptes méthodologiques propres. Voir en ce sens : J. Chevallier, « Science du droit et science du politique : de l'opposition à la complémentarité », in *Droit et politique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 254 et p. 256-257.

B. La critique du pragmatisme radical

897. Si la science politique peut adopter, pour traiter des problématiques qui lui sont propres, des méthodes héritées de la sociologie, elle peut également emprunter une voie plus spécifiquement politique, en raison d'un objet plus ramassé que l'ensemble des faits sociaux. C'est cette méthode, fondée sur « l'observation des faits politiques »²⁹⁵⁹, que nous qualifions ici de pragmatique, à la suite d'Olivier Beaud lorsqu'il étudie la pensée de Joseph Barthélemy²⁹⁶⁰. Comme le démontre abruptement l'article en question, les auteurs du droit politique restent étrangers et surtout critiques, à l'égard de cette méthode : appliquée au droit, elle aurait pour effet de fragmenter indûment la représentation de l'objet (1), là où une perspective théorique permettrait au contraire de lui conférer une certaine unité et, ce faisant, une véritable spécificité ontologique (2).

1. La critique de la fragmentation méthodique du droit

898. Le pragmatisme méthodologique pourrait être défini comme la technique consistant à n'étudier, isolément et ponctuellement, que les faits, politiques par leurs effets²⁹⁶¹. Ces faits ne sont donc pas tout à fait des faits sociaux, en ceci qu'ils ne présentent pas le caractère collectif par lequel Durkheim définissait ces derniers : le fait social « [...] est un état du groupe, qui se répète chez les individus parce qu'il s'impose à eux. Il est dans chaque partie parce qu'il est dans le tout, loin qu'il soit dans le tout parce qu'il est dans les parties »²⁹⁶². Ce caractère immanent du fait social est par définition étranger au fait politique, dont l'intérêt académique repose justement dans l'aléa minimal auquel il répond, le principe de la politique impliquant l'exercice d'un *choix*. Si ce dernier n'est jamais totalement libre, il n'en reste pas moins le résultat d'une appréciation au moins

²⁹⁵⁹ O. Beaud, « Joseph Barthélemy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits* n° 32, 2000, p. 100.

²⁹⁶⁰ *Ibid.*

²⁹⁶¹ Duguit proposait du pragmatisme juridique une définition sur laquelle il fondait sa critique virulente de ce courant de pensée : « le pragmatisme est une attitude intermédiaire entre l'intellectualisme et le phénoménisme positiviste » ; il repose sur le principe selon lequel « tout concept répond à une réalité dans la mesure, et seulement dans la mesure où il a une efficacité morale et sociale [...] » ; L. Duguit, *Le pragmatisme juridique. Conférences prononcées à Madrid, Lisbonne et Coïmbre*, 1923, préf. S. Gilbert, Paris : La Mémoire du Droit, 2008, p. 234-235.

²⁹⁶² É. Durkheim, *Les Règles de la méthode sociologique*, Paris : Éditions F. Alcan, 1919, p. 14.

partiellement discrétionnaire²⁹⁶³. Alors que la sociologie recherche donc la répétition de certains schèmes sociaux pour construire son objet, le pragmatisme incite à consacrer l'unicité dans le temps des comportements étudiés²⁹⁶⁴. En outre, alors que la sociologie traditionnelle repose sur un postulat déterministe²⁹⁶⁵, le pragmatisme invite essentiellement à consacrer le principe de la liberté des individus agissant dans le cadre de la politique. Le pragmatisme constitue donc, par rapport au sociologisme originel, un abandon du prisme holiste des comportements étudiés. Nous verrons toutefois que, du point de vue du droit politique, il présente des lacunes comparables et également dirimantes.

899. Si le pragmatisme peut être appréhendé comme une méthodologie politiste, il ne dit rien de son objet et n'exclut donc pas le droit comme cadre de sa mise en œuvre. De fait, beaucoup de juristes ont succombé au réalisme accru que semble garantir cette méthode, et ce notamment dans une hypothèse constitutionnaliste, à une époque où la juridictionnalisation de la matière n'était, au mieux, qu'un espoir. On retrouve parmi eux Joseph Barthélemy, Boris Mirkine-Guetzévitch, Georges Burdeau ou encore Maurice Duverger²⁹⁶⁶. Ces auteurs ont progressivement, au cours de leurs carrières respectives, abandonné le formalisme juridique pour lui préférer une « [...] approche du phénomène de pouvoir par le prisme de la science politique »²⁹⁶⁷. Il en résulte une appréhension du droit constitutionnel par le biais presque exclusif de la pratique politique : ce sont les décisions ponctuelles des hommes et des structures politiques qui retiendront leur

²⁹⁶³ Plus précisément, « le domaine légitime de la politique est celui de choix qui ne peuvent être effectués sans une part d'arbitraire. L'arbitraire est au confluent de deux notions, celle d'indécidable et celle de préférence », J.-M. Denquin, *Science politique*, Paris : PUF, coll. Droit fondamental. Droit politique et théorique, 5^e éd., 1996, p. 41.

²⁹⁶⁴ Cette dichotomie nous semble correspondre peu ou prou à la distinction que Boris Mirkine-Guetzévitch établissait entre causalité historique et causalité sociologique. « L'historique – écrivait-il – est par définition l'unique, qui ne se répète pas et logiquement ne peut se répéter. Dès que nous sommes en présence d'un phénomène qui peut ou qui doit se reproduire, la causalité d'une telle série de phénomènes n'est plus seulement historique, mais sociologique. En histoire constitutionnelle comparée la causalité historique est plus fréquente que la causalité sociologique : mais sans cette dernière, l'histoire constitutionnelle comparée ne pourrait étudier ni comprendre le *fonctionnement* des institutions et le devenir politique du monde moderne », B. Mirkine-Guetzévitch, « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *RIDC* n° 4, vol. 1, 1949, p. 401. Le choix qu'opère l'auteur de considérer que le droit constitutionnel repose principalement sur une causalité historique, confirme d'ailleurs le pragmatisme qu'il semble préconiser en ce domaine.

²⁹⁶⁵ M. Grawitz, *Méthodes des sciences sociales*, Paris : Dalloz, coll. Précis Dalloz, 11^e éd., 2000, p. 50.

²⁹⁶⁶ À cette liste, Stéphane Pinon ajoute les noms de Georges Vedel, François Goguel et Émile Giraud : S. Pinon, « Le nouveau droit constitutionnel à travers les âges », in K. Mavrias, F. Mélin-Soucramanien (dir.), *50^{ème} anniversaire de la Constitution de 1958 : Constitution, enseignement et doctrine*, Athènes : Sakkoulas, Bruxelles : Bruylant, 2010, p. 10.

²⁹⁶⁷ S. Pinon « Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel », *Droits* n° 46, 2007, p. 194.

attention, bien davantage que le droit auquel ils sont censés se rapporter²⁹⁶⁸. Dans cette perspective, le droit constitutionnel est négligé, voire disqualifié, à raison de son ineffectivité chronique, ce qui conduit les auteurs concernés à en décréter la déchéance²⁹⁶⁹. Ce n'est, de ce point de vue, que par le comportement réel des instances gouvernantes que s'étudie l'exercice du pouvoir.

900. *Mutatis mutandis*, une telle méthode n'est pas sans évoquer une certaine tendance à la casuistique que propagent par exemple les courants du réalisme juridique²⁹⁷⁰. Certes, ces derniers ne prétendent pas abandonner le droit comme objet, mais cherchent au contraire à lui restituer sa véritable teneur : le droit n'est pas un ensemble de textes qu'il suffirait aux pouvoirs politiques de respecter, il est ailleurs, notamment dans les décisions que les juges rendent en son nom²⁹⁷¹. Pour autant, ce choix ontologique conduit les juristes réalistes à une certaine dilution de la matière juridique²⁹⁷², fragmentée en de multiples décisions ponctuelles dont l'unité, si tant est qu'elle puisse être reconstruite, ne l'est jamais qu'*a posteriori*, par la doctrine. On peut en ce sens estimer que, à titre d'exemple, ce qui distingue finalement la posture d'un Joseph Barthélemy de celle de Michel Troper, c'est principalement l'opportunité dont dispose le second d'appuyer sa thèse sur une juridictionnalisation de l'exercice du pouvoir politique. Mais la méthode employée, si elle ne porte pas le même nom, est foncièrement marquée de la même dynamique : il s'agit de réduire l'exercice du pouvoir à une multiplicité de décisions rhapsodiques, qui ne présentent une cohérence globale que par les contraintes structurelles qui pèsent sur leurs auteurs et par la reconstruction doctrinale qui en est

²⁹⁶⁸ « On a [en effet] admis à [une] époque que, puisque la science du droit constitutionnel ne donnait pas accès à une connaissance de la politique, il fallait compléter l'exposé des règles par la description du fonctionnement réel », F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, Lextenso, coll. Manuel, 38^e éd., 2017, p. 48.

²⁹⁶⁹ On pense évidemment à la sentence désabusée de Georges Burdeau, « Une survivance : la notion de Constitution », 1956, in *Écrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, préf. J.-M. Denquin, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2011, p. 235-243.

²⁹⁷⁰ Les liens ont d'ailleurs été expressément mentionnés entre le pragmatisme juridique et le réalisme juridique d'outre-Atlantique. Voir en ce sens : S. Gilbert, « Présentation », in L. Duguit, *Le pragmatisme juridique. Conférences prononcées à Madrid, Lisbonne et Coïmbre*, 1923, préf. S. Gilbert, Paris : La Mémoire du Droit, 2008, p. 51.

²⁹⁷¹ Selon Xavier Magnon, « [...] le réalisme retient un objet d'observation spécifique. Celui-ci n'est plus, comme dans le normativisme, la norme juridique, mais son interprétation. Le « réalisme », dans un sens large, se tourne ainsi du côté de l'interprète pour identifier son objet d'étude, c'est-à-dire le droit. Parmi les différents interprètes, il attribue au juge une place privilégiée. C'est avant tout l'interprétation réalisée par le juge qui représente l'objet d'étude du « réalisme » », X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Paris : Ellipses, coll. Universités – Droit, 2008, p. 125.

²⁹⁷² C'est là un argument au cœur de la critique qu'adresse Otto Pfersmann à la théorie réaliste de l'interprétation défendue notamment par Michel Troper : O. Pfersmann, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *RFDC* n° 52, 2002, p. 759-788.

proposée. Pour les juristes réalistes comme pour les juristes devenus politistes, c'est la décision politique qui constitue l'épicentre de la recherche alors conduite²⁹⁷³.

901. Paradoxalement, une telle méthode semble conduire à un résultat comparable quoique symétriquement opposé à celui du sociologisme, puisqu'à l'objectivisme radical de ce dernier répond le subjectivisme exacerbé du pragmatisme. En tout état de cause, la juridicité se trouve diluée dans le fait politique – si tant est que la décision judiciaire puisse globalement intégrer cette catégorie. Si l'idée de droit n'est manifestement pas abandonnée par les tenants du réalisme de l'interprétation, c'est à raison du postulat qu'ils ont eux-mêmes formulé : est du droit ce qui est réellement appliqué comme tel, notamment par le juge s'exprimant en dernier ressort. La théorie réaliste de l'interprétation offre à cet égard une illustration éclairante lorsqu'elle est couplée à la théorie des contraintes juridiques : l'interprétation livrée par le juge étant du droit, seront aussi juridiques les contraintes dont on peut estimer rétrospectivement qu'elles l'ont amené à cette décision²⁹⁷⁴. Il n'y aurait donc pas de droit par nature, mais seulement par destination, c'est-à-dire tout ce qui a conduit le juge à se prononcer dans un sens spécifique. Toute la démonstration aboutit donc à une forme de truisme par lequel on estime que le juge crée du droit et que celui-ci est donc ce qui est pris en considération par le juge²⁹⁷⁵. Finalement – et c'est là que le réalisme juridique démontre qu'il entretient des liens moins absurdes qu'il n'y paraît de prime abord avec le pragmatisme des politistes – l'objet étudié se résume à sa propre effectivité. Ainsi, si Mirkine-Guetzévitch invitait à se saisir du « rendement des institutions politiques »²⁹⁷⁶, la théorie réaliste de

²⁹⁷³ On peut noter à ce titre que les deux courants présentent d'ailleurs un même scepticisme à l'égard du formalisme constitutionnel. C'est ce que relève, dans l'hypothèse de Joseph Barthélemy, Olivier Beaud ; « Joseph Barthélemy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits* n° 32, 2000, p. 106-107.

²⁹⁷⁴ Une contrainte considérée comme juridique est donc celle qui, dans « [...] l'argumentation, se présente expressément comme juridique, soit qu'elle figure dans la motivation d'une décision, soit que l'auteur affirme invoquer un argument de droit, comme de Gaulle avec l'interprétation littérale de l'expression « pouvoirs publics » [en 1962] », M. Troper, « Argumentation et explication », *Droits* n° 54, 2011, p. 25. Voir également : V. Champeil-Desplats, M. Troper, « Introduction », in M. Troper, V. Champeil-Desplats, C. Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2005, p. 2.

²⁹⁷⁵ C'est peu ou prou la conclusion d'Otto Pfersmann, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC* n° 52, 2002, p. 789-836. C'est également un point soulevé par Olivier Jouanjan, « La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes », *Droits* n° 54, 2011, p. 30-35.

²⁹⁷⁶ La formule est récurrente sous sa plume, et constitue le premier argument de l'intérêt de la science politique pour l'étude du droit : B. Mirkine-Guetzévitch, « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *RIDC* n° 4, vol. 1, 1949, p. 397-417.

l'interprétation incite à considérer comme droit tout ce qui est *effectivement* créé comme tel par les cours²⁹⁷⁷.

902. Cette méthodologie pragmatiste conduit donc à définir le droit comme un commandement contraignant *effectif*, ce qui s'avère constituer l'une des ornières qui obstruent traditionnellement les études politistes sur le droit. En effet, « lorsqu'il est introduit dans les analyses [de science politique], le droit est appréhendé principalement à travers la question de son effectivité, de son efficacité ou de son efficience. Ce questionnement de départ induit une approche restreinte et une vision spécifique du droit : il est généralement vu soit comme une contrainte qui détermine et enferme le jeu de l'acteur, soit comme un principe inefficace constamment mis en échec par les pratiques sociales, qui fonctionne alors comme un masque occultant la réalité des rapports sociaux »²⁹⁷⁸. Même dans une perspective strictement juridique, il est à craindre qu'un même empirisme pragmatique conduise ceux qui en empruntent la voie à un résultat identique, celui d'une certaine réduction de la juridicité à des faits dépourvus en tant que tels d'une spécificité ontologique²⁹⁷⁹. C'est contre cette banalisation que se dressent les auteurs du droit politique, qui veillent en ce sens à s'arracher à une approche trop asséchante de leur objet²⁹⁸⁰. Ils semblent à cet égard partager le sentiment qu'exprime Philippe Raynaud lorsqu'il écrit que « [...] nous aurions tout intérêt, s'agissant des rapports possibles entre le droit et la science politique, à nous intéresser à la manière dont le droit dessine le cadre de ce qui est pensable dans la longue durée, plus encore qu'à l'efficac[ité] directe des textes et des décisions »²⁹⁸¹. C'est bien ce qu'entreprennent les *juspolitistes* lorsqu'ils revendiquent une approche *théorique* du droit.

²⁹⁷⁷ C. Mincke, « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *RIEJ* n° 40, 1999, 115-151.

²⁹⁷⁸ L. Dumoulin, C. Robert, « Autour des enjeux d'une ouverture des sciences du politique au droit. Quelques réflexions en guise d'introduction », in J. Commaille, L. Dumoulin, C. Robert (dir.), *La juridicisation du politique : leçons scientifiques*, Paris : LGDJ, coll. Droit et société. Recherche et travaux, 2000, p. 13.

²⁹⁷⁹ Olivier Jouanjan évoque en ce sens « [...] un tournant pragmatique, politologique, la transformation du droit constitutionnel en « institutions politiques », mais sans théorie de l'institution, des « institutions politiques » envisagées du point de vue très « positif » d'un empirisme naïf, d'un point de vue qui serait un peu la dégradation même du sociologisme durkheimien, ou une sorte de vulgate comtienne », O. Jouanjan, « Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'État ? Point de vue français », *RUDH* vol. 15, 2003, p. 103. L'auteur conclut ainsi que, dans cette perspective, « le « droit constitutionnel » n'[est] plus une science normative de l'État, mais une science empirique du pouvoir », *ibid.*

²⁹⁸⁰ Ils s'attachent ainsi à démontrer que « [...] le fait de se contenter d'une doctrine sommaire, platement positive, débouche intellectuellement sur un empirisme *sans relief* et politiquement sur un opportunisme sans principes », J.-M. Denquin, « Repenser le droit constitutionnel », *Droits* n° 32, 2000, p. 5 ; nous soulignons.

²⁹⁸¹ P. Raynaud, « Le droit et la science politique », *Jus politicum* n° 2, mars 2009.

2. Le choix d'une approche théorique du droit

903. Si le sociologisme conduit à une perspective réifiante qui dépouille le droit de son identité propre, le pragmatisme mène à sa dilution dans un océan de faits individualisés, et n'en occulte pas moins sa spécificité. C'est la double critique que semblent traduire les travaux du droit politique, qui témoignent ainsi du refus de leurs auteurs de s'adonner à ces méthodologies politistes. Les arguments qu'ils soulèvent à ce titre ne sont cependant pas construits dans la perspective immédiate de discuter l'approche politiste du droit ; ils restent confinés dans une controverse interne à la discipline juridique. S'ils démontrent que le droit politique ne se présente pas comme une doctrine de la science politique, c'est donc surtout incidemment.

904. C'est en effet en premier lieu contre les juristes eux-mêmes que les *juspolitistes* dévalorisent le recours au pragmatisme empirique, cette méthode conduisant selon eux à une conception du droit manquant singulièrement de relief²⁹⁸². C'est dans l'entreprise de théorisation qu'ils entendent trouver la consistance ontologique qui devrait, selon eux, caractériser la matière juridique²⁹⁸³. En tout état de cause, cette critique générale n'implique pas que la perspective du droit politique soit indifférente aux faits, aux données pratiques, politiques et juridiques, qui restent sujets à l'observation du savant juriste²⁹⁸⁴. Comme la plupart des constitutionnalistes pragmatiques, les *juspolitistes* reconnaissent, on l'a vu²⁹⁸⁵, que, le droit n'étant pas réductible à un énoncé textualisé, il ne saurait être appréhendé indépendamment de son application par les institutions politiques²⁹⁸⁶. Comme eux, ils admettent volontiers que « le droit » n'est pas exclusif de

²⁹⁸² Armel Le Divillec constate par exemple que « [...] la science constitutionnelle souffre, dans l'ensemble [...] d'une grande faiblesse sur le plan théorique et conceptuel », A. Le Divillec, « La QPC, déclin de la pensée constitutionnelle ? », in D. Rousseau, P. Pasquino (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité : une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, Paris : Mare & Martin, 2018, p. 105.

²⁹⁸³ « La vocation de cette science [constitutionnelle] est d'être conceptuelle, inventive, de proposer des constructions théoriques permettant de penser le réel », *ibid.*, p. 104.

²⁹⁸⁴ Armel Le Divillec précise en ce sens qu'il « [...] croi[t] à la nécessité de réfléchir en juriste à tous les problèmes d'un ordre constitutionnel [...]. Mais aussi et surtout (c'est même le préalable) à la matière constitutionnelle elle-même : pour [l'auteur], les normes de droit positif [...] ne résument pas tout l'ordre constitutionnel », *ibid.*, p. 109.

²⁹⁸⁵ Voir *supra*, Partie I, Titre I, not. Chapitre 1, section 1.

²⁹⁸⁶ « [...] L'approche de droit politique se préoccupe de la manière concrète dont les règles juridiques formelles sont fabriquées ; en particulier elle tend à relativiser l'idée que les normes juridiques seraient données par la seule émission d'un texte, alors que, bien souvent, la règle n'émerge qu'*a posteriori*, au terme d'opérations de concrétisation », A. Le Divillec, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p. 103.

« la politique » et de la façon dont il en est l'instrument. Pour autant, à partir de prémisses semblables, la méthodologie du droit politique se construit par-delà l'horizon pragmatique, qui ne constitue au mieux que la première étape de leur cheminement intellectuel : il s'agit pour ses auteurs de reconstruire la *théorie* du droit constitutionnel, c'est-à-dire de donner corps à des concepts qu'une simple approche empirique ne suffit pas à construire. Le juriste ne peut se contenter de la réalité des faits ; il doit lui apporter un « supplément d'âme »²⁹⁸⁷ qui est le propre de la théorie²⁹⁸⁸. C'est en ce sens que nous comprenons cette sentence d'Armel Le Divellec : « [...] au final, cette collection de normes continuera d'avoir besoin d'un système d'explication global, de la mise en cohérence générale – laquelle requiert une certaine distanciation à l'égard du droit positif. Elle devra être rapportée à quelque chose qui dépasse les différentes normes (ponctuelles) du droit de la constitution »²⁹⁸⁹.

905. La critique que le droit politique adresse aux juristes politistes du XX^e siècle embrasse plus largement ceux qu'on peut identifier comme leurs héritiers et qui ont trouvé dans la justice constitutionnelle, l'argument tant attendu de la juridicité de leur objet²⁹⁹⁰. En se concentrant sur les décisions juridictionnelles, les constitutionnalistes contemporains ne feraient en effet que prolonger, sans en conjurer les dérives, un postulat établi bien avant l'âge d'or de la justice constitutionnelle, celui en vertu duquel le droit gît dans les décisions ponctuelles adoptées en son nom²⁹⁹¹. Un tel lien est mis en lumière par Olivier Beaud qui écrit à cet égard que « si le processus d'inféodation de la discipline du droit constitutionnel au contentieux constitutionnel, a récemment pu avoir lieu, c'est parce que l'édifice de la science du droit constitutionnel « classique » (disons du droit institutionnel) était devenu fragile en raison de sa liaison rapprochée avec la science

²⁹⁸⁷ Selon une fameuse formule de Henri Bergson, *Les Deux Sources de la morale et de la religion*, 1932, Paris : Éditions F. Alcan, 20^e éd., 1937, p. 335 : « ne nous bornons donc pas à dire, comme nous le faisons plus haut, que la mystique appelle la mécanique. Ajoutons que le corps agrandi attend un supplément d'âme, et que la mécanique exigerait une mystique ».

²⁹⁸⁸ « [...] Il s'agit toujours de rechercher, par le biais théorique, ce qu'une approche strictement sensorielle ne permet pas de voir dans les choses. La théorie s'intéresse toujours à la réalité cachée. Elle témoigne d'une insatisfaction devant ce que les sens procurent et demeure, de ce point de vue, foncièrement étrangère à toute approche empiriste de la connaissance », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 191.

²⁹⁸⁹ A. Le Divellec, « La QPC, déclin de la pensée constitutionnelle ? », in D. Rousseau, P. Pasquino (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité : une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, Paris : Mare & Martin, 2018, p. 109.

²⁹⁹⁰ Par exemple : D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP* n° 1, 1990, p. 5-22.

²⁹⁹¹ On retrouve ici l'expression d'une culture *juridique* française – si tant est que le terme convienne – développée à partir du début du XIX^e siècle. Voir sur cet aspect : F. Audren, J.-L. Halpérin, *La culture juridique française : entre mythes et réalités, XIX^e-XX^e siècles*, Paris : CNRS éditions, 2013, p. 68 et ss.

politique », ladite liaison étant inaugurée dans la doctrine française par Joseph Barthélemy²⁹⁹². D'abord « polémique » en ce qu'elle visait alors à « discréditer l'étude des doctrines, juridiques ou politiques, à laquelle la doctrine constitutionnelle classique aurait accordé trop d'importance »²⁹⁹³, cette posture serait devenue classique, consensuelle, adaptée par un positivisme lui-même aiguisé par l'essor de la justice constitutionnelle²⁹⁹⁴. Le droit politique, en revendiquant une propension théorique, se place en porte-à-faux à l'encontre de cette méthode, estimant que la doctrine qui l'emploie omet de dire ce qu'est véritablement le droit, ce en quoi il consiste *en tant que tel*²⁹⁹⁵. La fragmentation de la matière juridique en de multiples décisions, résultat d'un pragmatisme méthodologique, apparaît comme la première entrave à une telle entreprise théorique. En somme, « [...] la science politique empirique, quoique nécessaire pour décrire le comportement des acteurs politiques, ne peut suffire à appréhender la dimension normative des choix institutionnels »²⁹⁹⁶.

906. La reconstruction des données empiriques, qui représente, pour le droit politique, le véritable enjeu de la doctrine juridique, implique dès lors de dépasser le catalogue de l'anecdotique pour envisager le général²⁹⁹⁷. En se concentrant exclusivement sur le

²⁹⁹² O. Beaud, « Joseph Barthélemy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits* n° 32, 2000, p. 89.

²⁹⁹³ *Ibid.*, p. 100.

²⁹⁹⁴ En effet, « [...] les tenants de la conception normative de la Constitution n'ont fait que prolonger, et surtout *accentuer* le mouvement impulsé par Barthélemy/Duez, de sorte qu'aujourd'hui, les développements de l'État sont perçus par la majorité des constitutionnalistes comme d'ennuyeux prolégomènes, ou plutôt comme un inutile fardeau [...] », O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 293.

²⁹⁹⁵ C'est en ce sens que Jean-Jacques Sueur estime que « la question n'est pas de savoir quelles sont les propositions qui sont normatives et celles qui ne le sont pas, mais plutôt de quelle manière elles le sont », J.-J. Sueur, *Une introduction à la théorie du droit*, préf. G. Farjat, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2001, p. 129. Dans la même perspective, Olivier Beaud s'interroge sur « [...] la raison pour laquelle l'investigation théorique a déserté le champ des libertés publiques. La raison [...] paraît assez simple : on a réduit le droit des libertés publiques au droit de la *protection* des libertés publiques. Tout se passe comme si l'accent mis sur la technique de protection des libertés avait pris le pas sur la réflexion portant sur la nature de ces libertés » ; O. Beaud, « Remarques introductives sur l'absence d'une théorie des libertés publiques dans la doctrine publiciste. Ouverture d'un colloque de l'Institut Villey », *Jus politicum* n° 5, décembre 2010.

²⁹⁹⁶ T. Carrère, « Le droit constitutionnel au secours de la politique ? À propos d'un ouvrage de Jeremy Waldron », *Jus politicum* n° 19, janvier 2018.

²⁹⁹⁷ Cette recommandation a été formulée par René Capitant qui opposait ainsi le travail théorique de Raymond Carré de Malberg à la méthode pragmatique, assimilée à la doctrine anglaise : « cette constitution [...], Carré de Malberg en a construit la théorie juridique, et c'est là que réside l'originalité de son œuvre. C'est dire qu'il n'en a pas fait et qu'il n'a pas entendu en faire une description politique. Il se place donc à un point de vue complètement opposé à celui de ces auteurs anglais qui décrivent les régimes dans leurs mœurs, dans leurs pratiques, en notant les faits, et de préférence les plus pittoresques, en rapportant des anecdotes, en peignant les hommes et les choses plutôt que les institutions, *suivant une méthode essentiellement empirique* qui ne leur permet d'évoquer les principes que dans ces réflexions pleines d'humour et de saveur dont ils savent entrecouper leurs descriptions. Certains constitutionnalistes français

premier, le constitutionnaliste ne peut livrer qu'un aperçu tronqué de ce en quoi consiste effectivement son objet²⁹⁹⁸. Si, toutefois, il cherche à s'en affranchir radicalement, il sombre dans une métaphysique qui ne dit plus rien de la réalité²⁹⁹⁹. C'est donc dans l'équilibre ménagé entre ces deux pendants que peut prospérer une véritable entreprise de théorisation ; cette dernière « [...] est donc un va-et-vient constant entre le droit en vigueur et la réflexion sur ce droit par le juriste qui l'observe et le pense », selon Olivier Beaud³⁰⁰⁰, dans une perspective très voisine de ce que recommandait Georges Burdeau dans le cadre de la science politique³⁰⁰¹. On retrouve à cet égard une manifestation méthodologique du constructivisme : les faits seront appréhendés par le prisme d'une question que formule le savant, question qui doit en l'occurrence porter sur le principe même du droit³⁰⁰². Il s'agit là d'une condition fondamentale pour que la prise en compte des faits politiques et sociaux ne dérive pas vers une théorie politique ou sociologique, mais reste pertinente au seul titre du droit³⁰⁰³.

907. C'est donc aussi méthodologiquement que se dévoile l'allégeance que le droit politique a déclarée à la théorie constitutionnelle classique du début du siècle dernier. Se faisant les hérauts de préceptes souvent oubliés, les auteurs *juspolitistes* entendent

se sont, depuis, mis à cette école. Carré de Malberg a pratiqué une toute autre méthode. Il a systématiquement négligé, sinon méprisé, l'observation directe des faits. [...] Il est volontairement *resté théoricien* », R. Capitant, « L'œuvre juridique de Raymond Carré de Malberg », in *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, préf. O. Beaud, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2004, p. 264-265 ; nous soulignons.

²⁹⁹⁸ Ainsi, selon Denis Baranger, « ce mouvement vers les explications positivistes du droit constitutionnel, a eu [...] un coût élevé en termes de capacité à décrire le phénomène constitutionnel dans son ensemble », D. Baranger, « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels. À propos de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac », *Jus politicum* n° 11, décembre 2013.

²⁹⁹⁹ C'est là le pendant juridique de la critique adressée par le droit politique à la science politique ; elle vise cette fois le positivisme normativiste, qui conduit à « [...] isoler radicalement les deux domaines du droit et de la politique », O. Beaud, « Constitution et constitutionnalisme », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 141.

³⁰⁰⁰ O. Beaud, « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *Jus politicum* n° 11, décembre 2013.

³⁰⁰¹ Burdeau écrivait notamment que « [...] dans le moment même où le politicologue s'attache à l'observation des faits, il lui faut, par réflexion, effectuer un va-et-vient constant entre l'univers concret, qui lui est offert et l'hypothèse que lui suggère une théorie du Pouvoir. Dans toute science l'hypothèse éclaire le fait ; en science politique elle va plus loin : elle le qualifie », G. Burdeau, « L'acquis de la science politique française », *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle* n°s 25-26, 1957, p. 51.

³⁰⁰² C'est ce que soutient, nous semble-t-il, Denis Baranger lorsqu'il admet que, s'il existe plusieurs façons d'envisager le phénomène du pouvoir, la Constitution comme objet mérite d'être interrogée sous l'angle spécifique de la juridicité ; cela n'interdit pas pour autant de tenir compte des représentations issues de l'histoire ou de la philosophie politique : D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

³⁰⁰³ Olivier Beaud souligne par exemple qu'un postulat sociologique trop radical dans l'appréhension de l'État conduit à une méthodologie qui ne l'est pas moins et qui risque de conduire à une dilution du droit dans la science politique ; il évoque à ce titre l'exemple de la théorie de l'État proposée en 1933 par Hermann Heller : « Heller propose [...] d'ouvrir la théorie générale de l'État à la sociologie au risque toutefois de la transformer en science politique », O. Beaud, « Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg », *Jus politicum* n° 8, septembre 2012.

ressusciter une ambition doctrinale dont ils déplorent la disparition³⁰⁰⁴. Si la théorie qu'ils construisent à cet égard n'est évidemment pas identique à celles des grands maîtres d'antan, elle se fonde, comme ces dernières, sur une aspiration que ne saurait satisfaire le pragmatisme méthodique. Le droit politique marque donc une spécificité épistémologique qui le distingue définitivement de la science politique académique et confirme son statut de doctrine juridique³⁰⁰⁵. Cela n'en fait pas moins de lui un courant fondamentalement interdisciplinaire.

§2 : Une méthode interdisciplinaire

908. Si l'étude des travaux du droit politique permet de révéler son originalité méthodologique, notamment à l'égard de la science politique, elle témoigne aussi de son ouverture à l'interdisciplinarité ; tout en conservant son identité de doctrine *juridique*, le droit politique invite à investir un champ de recherche où se rencontrent les disciplines. C'est d'ailleurs l'un des enjeux affichés par les fondateurs de la revue *Jus politicum*³⁰⁰⁶. Cette orientation pluraliste recoupe sans peine ce que les professeurs van de Kerchove et Ost désignent sous le terme d'interdisciplinarité, c'est-à-dire « [...] une forme de dialogue entre les disciplines en présence qui, tout en n'abolissant pas leurs différences respectives, établit une communication réelle entre elles »³⁰⁰⁷. Cette interdisciplinarité procède

³⁰⁰⁴ Concluant son propos sur la pensée de Joseph Barthélemy, Olivier Beaud avoue ainsi qu'« [...] on préférera à cette image du juriste-politique, l'image du juriste-savant (ou juriste-théoricien), celle qu'incarnent à l'époque, par exemple, Maurice Hauriou ou Raymond Carré de Malberg », O. Beaud, « Joseph Barthélemy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits* n° 32, 2000, p. 108.

³⁰⁰⁵ Il est intéressant à ce titre de relever que l'un des maîtres précurseurs de la théorie contemporaine du droit politique, Pierre Avril, exprimait déjà, en 1978, une pareille critique des postures politistes – qu'elles soient sociologiques ou pragmatiques – quant à leur aptitude à expliquer la naissance de la V^e République, en faisant abstraction d'un point de vue juridique : P. Avril, « Signification de la V^e République », *Pouvoirs* n° 4, 1978, p. 91-105.

³⁰⁰⁶ Elle est notamment justifiée en ces termes : « les juristes qui en prennent l'initiative ne doutent pas que la scission sciemment opérée par le passé entre, d'une part, ce qu'on appelle aujourd'hui – sans trop y réfléchir – les normes juridiques et, d'autre part, les phénomènes politiques porte des fruits néfastes de part et d'autre du barbelé désormais érigé entre les disciplines académiques. [...] Saisir ce qu'on appelle le « droit constitutionnel » ne devrait pas interdire le recours à l'étude de l'histoire, des pratiques, et des œuvres de réflexion allant de la littérature d'intervention politique jusqu'à la philosophie la plus spéculative. Notre ambition est de permettre aux études portant sur ces questions de trouver un lectorat et de susciter, *de manière pluraliste et sans sectarisme*, la discussion qu'elles méritent » ; « Présentation de la Revue », *Jus politicum* n° 1, juin 2008 ; nous soulignons.

³⁰⁰⁷ M. van de Kerchove, F. Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 1992, p. 199.

toutefois d'une entreprise délicate qui doit parvenir à ménager à la fois une certaine convergence des disciplines (A) et un équilibre entre elles (B).

A. La convergence des disciplines

909. Bien qu'il mette en œuvre une méthode qui lui est propre, le droit politique ne s'interdit pas des excursions parmi des disciplines attenantes, dont les travaux nourrissent sa propre réflexion sur le droit constitutionnel. Parce que ses auteurs estiment pouvoir ainsi apprendre sur leur objet, cela implique une compatibilité minimale, ontologique et méthodologique, entre leur propre approche et celle des travaux qu'ils utilisent. C'est donc sur la complémentarité qui les caractérise que le droit politique fonde en premier lieu son aspiration à l'interdisciplinarité (1). Cette dernière comporte cependant certains risques, et notamment celui d'une instrumentalisation imprudente de données collectées dans le giron de disciplines connexes (2).

1. Une complémentarité assumée

910. En reconnaissant partager avec d'autres domaines académiques un objet commun, le pouvoir, le droit politique assume la complémentarité disciplinaire, notamment avec la science politique au sens large³⁰⁰⁸. Chaque science est susceptible d'en livrer une analyse spécifique, en fonction de ce sur quoi elle l'interrogera, de ce à partir de quoi elle le concevra. Dans cette hypothèse, un même objet politique mérite un traitement scientifique multiple, selon les diverses facettes – juridique, politique, historique, philosophique – qu'il revêt simultanément. Si les différentes doctrines qui s'en saisissent sont donc, seules, incapables de produire une analyse exhaustive de leur objet³⁰⁰⁹, elles

³⁰⁰⁸ À titre d'exemple, Denis Baranger affirme que la théorie politique est un outil pertinent pour rendre compte du principe de majorité : « on aborde désormais le principe de majorité à partir de ce que la théorie politique est devenue, et spécialement à partir de sa composante « empirique » la plus active, à savoir une sorte de sociologie politique utilisant les apports de méthodes de raisonnement telles que la théorie des jeux. Cette théorie politique contemporaine pourrait avoir à apporter une réelle contribution au droit constitutionnel », D. Baranger, « Théorie et pratique du principe de majorité dans les droits constitutionnels européens », *Jus politicum* n° 15, janvier 2016.

³⁰⁰⁹ On retrouve ici une thèse défendue notamment par Georg Jellinek : « [...] le juriste qui aurait la prétention de saisir, avec sa méthode seule, toute la matière de l'État, dans ses aspects multiples, n'aboutirait à rien : nous l'avons montré, il est nécessaire qu'il ait recours aux disciplines qui étudient l'État », G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, préf. O. Jouanjan, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, p. 91.

présentent entre elles une complémentarité susceptible d'encourager une convergence méthodologique.

911. Cette conclusion elle-même ne suffit pas à caractériser l'interdisciplinarité à laquelle se voue le droit politique. Elle n'est en effet pas rare en doctrine et ne conduit souvent qu'à une forme de *pluridisciplinarité*, c'est-à-dire une perspective attachée à une stricte hétérogénéité des méthodes pourtant apposées sur un même objet³⁰¹⁰. Cette approche épistémologique a été par exemple celle de Georg Jellinek, qui, bien que soulignant le caractère pluridisciplinaire de l'État³⁰¹¹, préconisait une nette frontière méthodologique, notamment entre le droit et la politique³⁰¹². Cette épistémologie néo-kantienne³⁰¹³, qui autonomise fondamentalement les diverses méthodologies les unes des autres³⁰¹⁴, prospère encore aujourd'hui dans la doctrine juridique, qui se fait ainsi l'héritière lointaine de la pensée jellinekienne. Véronique Champeil-Desplats écrit à ce titre que « [la] perspective [pluridisciplinaire] a parfois été promue et explicitée par certains théoriciens positivistes qui, tout en étant convaincus de l'intérêt intellectuel que peut apporter une pluralité de savoirs sur un objet, entendent préserver la rigueur des méthodes et des concepts propres à chaque discipline, et éviter tout syncrétisme méthodologique »³⁰¹⁵.

912. Le droit politique, en renonçant au positivisme, abandonne également le postulat méthodologique de l'autonomie disciplinaire radicale. À une tendance timide à la pluridisciplinarité, il préfère un engagement plus franc en faveur de l'interdisciplinarité, plus propice à des aménagements méthodologiques réciproques³⁰¹⁶. Si cette

³⁰¹⁰ « La pluridisciplinarité ou multidisciplinarité consiste à juxtaposer, à propos d'un objet d'étude censé commun, un ensemble de disciplines différentes développant leurs points de vue spécifiques. De cette *juxtaposition* de savoirs ressortent évidemment autant d'objets différents que de perspectives mises en œuvre », F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 467.

³⁰¹¹ G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, préf. O. Jouanjan, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, p. 21 et ss.

³⁰¹² Selon lui, « il est entendu que la politique a un but et une méthode tout différents de ceux de la doctrine sociale et de la doctrine juridique de l'État, et qu'il faut, en conséquence l'étudier à part. Mais il ne faut pas oublier que toutes les branches d'une science se tiennent », *ibid.*, p. 21.

³⁰¹³ Voir l'analyse d'Olivier Jouanjan, « Préface. Georg Jellinek ou le juriste philosophe », in G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, p. 19.

³⁰¹⁴ Selon Olivier Jouanjan, Jellinek recherche ainsi la « pureté du regard et non la pureté de l'objet », *ibid.*, p. 46. Voir également : O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, p. 310.

³⁰¹⁵ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, p. 343.

³⁰¹⁶ « Dans le modèle de l'interdisciplinarité [...], la recherche s'opère à partir du champ théorique d'une des disciplines en présence qui développe des problématiques recoupant partiellement celles

interdisciplinarité ne menace pas la doctrine juridique elle-même, c'est toutefois parce que le droit politique ne lui confère pas une portée radicale. On peut considérer qu'il se contente de « [...] prendre appui sur une autre discipline de manière à porter un regard différent sur les objets juridiques, sur les impensés de sa discipline »³⁰¹⁷. Si les auteurs *juspolitistes* sont des lecteurs assidus des œuvres politiques, philosophiques et historiques³⁰¹⁸, ils ne sacrifient pas leur identité de juristes sur l'autel du pluralisme disciplinaire.

913. L'attachement à l'interdisciplinarité se dévoile d'abord, dans les travaux du droit politique, négativement, par ce qu'ils ne traduisent pas : une construction ontologique et méthodologique par opposition aux autres sciences sociales en général, à la science politique en particulier. Ce faisant, ils rompent manifestement avec une tradition juridique aussi vieille que la discipline elle-même et avec une culture politiste pas moins enracinée académiquement. L'histoire des deux disciplines est en effet celle d'un effort symétrique en faveur de leurs autonomies méthodologiques respectives³⁰¹⁹, malgré des objets indubitablement conjoints. Le divorce est d'autant plus perceptible dans une perspective constitutionnelle que la frontière ontologique est plus floue encore. Dans ce domaine, la juridictionnalisation de la matière a offert un argument supplémentaire dans l'entreprise de dissociation académique entamée trente ans plus tôt³⁰²⁰. En effet, selon Jean-Marie Denquin, « par un étrange parallélisme, le droit constitutionnel a connu ainsi le même processus de promotion-banalisation que la science politique par rapport à la sociologie. La symétrie des deux phénomènes est frappante, à ceci près que [la seconde] procède par inclusion – tout ce qui est social relève de la sociologie, or la politique est du social, donc la science politique est de la sociologie – alors que [le premier] procède par exclusion – seul relève du droit constitutionnel ce qui est du droit (au sens de système de normes appliquées par un juge), donc ce qui, en droit constitutionnel, n'est pas du droit en ce sens

qu'élabore, de son côté, une autre discipline. Il s'agit dans ce cas d'une véritable *articulation* de savoirs, qui entraîne, par approches successives, comme dans un dialogue, des réorganisations partielles des champs théoriques en présence », F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 468.

³⁰¹⁷ M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris : Economica, coll. Corpus. Droit public, 2010, p. 227.

³⁰¹⁸ Par exemple : J. Hummel, « Guizot, théoricien de la légitimité », *RDP* n° 4, 2006, p. 903-914.

³⁰¹⁹ Après toutefois les quelques hésitations qui ont entouré la création de la science politique comme discipline académique. Voir en ce sens : P. Favre, *Naissances de la science politique en France (1870-1914)*, Paris : Fayard, coll. L'espace du politique, 1989, p. 91-102.

³⁰²⁰ On pense notamment à la réforme de 1954 qui « cristallise » un conflit déjà ancien en instituant des cadres universitaires distincts : C. Jamin, *La cuisine du droit. L'École de Droit de Sciences Po : une expérimentation française*, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. Forum, 2013, p. 64 et ss.

n'est pas du droit constitutionnel. Mais dans les deux cas le prix à payer est le même : la rupture avec l'autre, qui s'est changé d'allié secourable en traître à la cause, juridique dans un cas, sociologique dans l'autre. Ainsi l'on est passé de la fusion des territoires à la dérive des continents »³⁰²¹. Par le titre même qu'il s'est attribué, le droit politique renonce à cette dispute séculaire, lui qui ne fait de toute façon, de prime abord du moins, pas grand cas de la controverse épistémologique.

914. Renoncer à une séparation disciplinaire étanche ne signifie pas pour autant que le droit politique abandonne toute velléité d'autonomie. Nulle part il n'encourage en effet à une dilution de la multitude doctrinale en un seul bloc académique qui aurait, globalement, le pouvoir pour objet. Il n'invite pas, ce faisant, à une « transdisciplinarité »³⁰²². Même si « le divorce entre le droit et la science politique [...] n'interdit pas un dialogue permanent, qui va très au-delà de l'échange d'informations ou de la division du travail entre disciplines complémentaires [...] »³⁰²³, sa remise en cause par la théorie du droit politique ne s'accompagne pas d'une volonté de fondre les champs disciplinaires. Elle entretient plutôt l'idée que, la méthode étant conduite par la détermination de l'objet, et l'objet par le problème dont se saisit le savant juriste, il doit persister autant de méthodes et autant de disciplines que de problèmes soulevés à l'égard d'un objet³⁰²⁴. Tant que les questionnements juridiques ne recouperont pas parfaitement les problématiques qui retiennent l'attention des politistes, la confusion restera logiquement empêchée. Quoiqu'ils regardent favorablement une interdisciplinarité fondée sur la cohérence méthodologique, les *juspolitistes* ne sont donc pas les apôtres d'une indistinction disciplinaire ; ils ne disent rien d'une éventuelle « universalisation des méthodes » que d'autres auteurs croient pouvoir prédire³⁰²⁵. À tout le moins une certaine

³⁰²¹ J.-M. Denquin, « Préface », in G. Burdeau, *Ecrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2011, p. 14.

³⁰²² Celle-ci, en effet, « [...] implique que toutes les disciplines en présence abandonnent leur point de vue particulier pour produire un savoir autonome d'où résultent de nouveaux objets et de nouvelles méthodes. Il s'agit cette fois d'une *intégration* de disciplines », F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 468.

³⁰²³ P. Raynaud, « Le droit et la science politique », *Jus politicum* n° 2, mars 2009.

³⁰²⁴ François Saint-Bonnet affirme en ce sens que « [...] la méthode retenue est tributaire de la cause que l'on entend servir », F. Saint-Bonnet, « *Nemo auditur suam propriam methodum allegans* », in C. M. Herrera, A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris : Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2012, p. 107.

³⁰²⁵ Jacques Chevallier a ainsi écrit que « ce cloisonnement apparaît pourtant épistémologiquement discutabile dès l'instant où la science du droit constitutionnel, comme la science du droit en général, quittant les ornières de la dogmatique constitutionnelle, se revendique comme une science sociale à part entière. On sait en effet que le découpage entre les sciences sociales est purement contingent, que leur périmètre est nécessairement sécant et que *leurs méthodes ont tendance à s'universaliser* », J. Chevallier, « Droit constitutionnel et institutions politiques : les mésaventures d'un couple fusionnel », in M. Ameller, P.

convergence méthodologique semble-t-elle nécessaire pour permettre que les conclusions d'une discipline soient exploitées au titre d'une autre.

2. Une instrumentalisation périlleuse

915. En consacrant la complémentarité des disciplines dédiées à l'étude du pouvoir, les auteurs du droit politique s'autorisent à appuyer leurs démonstrations sur des données ne relevant pas immédiatement de leur expertise de juristes ; la théorie constitutionnelle qu'ils développent s'adosse donc parfois à des analyses politistes, sociologiques, sémantiques, dont les conclusions n'ont pas fait l'objet d'une démonstration *juspolitiste* à proprement parler. Une telle démarche n'a rien d'absurde au regard de l'ambition doctrinale que porte le droit politique ; comme l'explique clairement Pierre-Marie Raynal, « [...] lorsque le constitutionnaliste porte son regard au-delà du droit positif pour appréhender un phénomène politique, les « sciences humaines et sociales » qu'il inclut dans sa grille d'analyse sont susceptibles de jouer un rôle légitimant »³⁰²⁶. Pareil usage comporte pourtant de nombreux risques, lorsque sont bafouées les précautions qu'exige un recours prudent à l'interdisciplinarité.

916. L'interdisciplinarité comporte en effet un certain nombre de périls que mettent en valeur ceux qui en condamnent l'usage, et au premier rang desquels on trouve le risque d'instrumentalisation d'une science par une autre. Ce risque est une menace pour l'interdisciplinarité elle-même, dans la mesure où il peut entraver la coexistence autonome des différentes disciplines en cause, par-delà leur collaboration. Si le droit politique n'est pas comptable de toutes les dérives concernées, le silence de ses auteurs pourrait parfois s'apparenter à une indifférence suspecte. Sa tendance au syncrétisme ne s'appuyant pas sur une réflexion approfondie de l'interdisciplinarité elle-même, présente de fait le risque d'une instrumentalisation induite des données établies dans d'autres domaines, si elle ne s'accompagne pas d'une certaine conversion méthodologique. C'est le sens de la mise en garde de Xavier Magnon, qui affirme à ce titre que « toute recherche est située par son point de vue, son appartenance à une école de pensée, sa méthodologie

Ardant, J.-C. Bécane, (dir.), *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris : Montchrestien, 2001, p. 198 ; nous soulignons.

³⁰²⁶ P.-M. Raynal, « Révolution et légitimité, la dimension politique de l'excursion sociologique du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

particulière et les résultats d'une recherche se doivent d'être situés par rapport à tous ses éléments. Lorsque l'on est extérieur à la discipline, il peut être difficile de se situer »³⁰²⁷. Le premier risque d'une instrumentalisation trop hasardeuse repose en effet dans le fait que les disciplines académiques utilisées par la doctrine juridique ne le soient qu'une fois amputées des controverses internes qui les constituent. Or, « les disciplines investies ne sont homogènes ni conceptuellement, ni méthodologiquement. La sociologie ou les sciences économiques par exemple sont traversées par de multiples courants et écoles qui se font concurrence de façon parfois rude »³⁰²⁸. C'est aussi bien sûr le cas de l'histoire ou de la philosophie politique, qui nourrissent particulièrement la théorie du droit politique. Dans ce cadre toutefois, la réflexion méthodologique est conduite sur un modèle lui-même inspiré de ces deux disciplines³⁰²⁹, ce qui traduit un syncrétisme méthodologique fondamental au sens strict, et ce qui assortit, ce faisant, le recours à l'interdisciplinarité de certaines garanties³⁰³⁰.

917. Il n'en reste pas moins que « l'utilisation des résultats d'une recherche dans une discipline particulière suppose un minimum de connaissance de la situation scientifique de cette discipline. Une telle connaissance n'est certes pas toujours nécessaire, mais elle est indubitablement utile pour pouvoir situer les résultats obtenus et utiliser de manière scientifiquement pertinente les résultats d'autres disciplines »³⁰³¹. En somme, l'interdisciplinarité pourrait conduire les auteurs du droit politique à utiliser des conclusions livrées par d'autres disciplines, en les dissociant totalement des méthodes qui ont permis de les formuler, ce qui en fausserait la portée. Il est toutefois difficile de constater qu'un tel risque se concrétise dans les travaux *juspolitistes*. Certes, leurs auteurs mobilisent des données issues de la science politique au sens large, de la philosophie et de l'histoire ; mais ils sont le plus souvent eux-mêmes les architectes de l'analyse qu'ils

³⁰²⁷ X. Magnon, « Appréhender le droit constitutionnel jurisprudentiel sous un angle politique. D'une posture à la discussion de quelques orientations méthodologiques fondamentales », in X. Magnon, P. Esplugas, W. Mastor, S. Mouton (dir.), *Questions sur la question (QSQ 3) : de nouveaux équilibres institutionnels ?*, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. Grands colloques, 2014, p. 13.

³⁰²⁸ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, p. 345.

³⁰²⁹ C'est notamment ce que nous avons pu établir dans le cas de l'histoire : voir *supra*, Chapitre 1, section 1, §1.

³⁰³⁰ L'interdisciplinarité ne doit en effet pas seulement constituer une façade méthodologique utile ; on lui reproche souvent, à ce titre, « [...] de ne jamais complètement se plier aux exigences méthodologiques des sciences sollicitées. L'interdisciplinarité qui en résulte resterait en surface », V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, p. 347.

³⁰³¹ X. Magnon, « Appréhender le droit constitutionnel jurisprudentiel sous un angle politique. D'une posture à la discussion de quelques orientations méthodologiques fondamentales », in X. Magnon, P. Esplugas, W. Mastor, S. Mouton (dir.), *Questions sur la question (QSQ 3) : de nouveaux équilibres institutionnels ?*, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. Grands colloques, 2014, p. 13.

conduisent en ces domaines. À titre d'exemple, Pierre Avril livre de la V^e République une analyse juridique fondée sur une étude approfondie des partis politiques³⁰³² ; il est toutefois lui-même l'auteur d'une pointilleuse étude politiste de ces derniers³⁰³³. Il ne saurait donc être accusé d'ignorance quant à la méthodologie employée à ce titre³⁰³⁴.

918. Certes, on trouve également sous la plume des *juspolitistes* plusieurs renvois à des données sociologiques ou politiques qu'ils n'ont pas eux-mêmes éprouvées. Les auteurs en font la confession implicite, par exemple lorsqu'ils associent au principe juridique de majorité le « fond sociologique de sa validité »³⁰³⁵, ou lorsqu'ils fondent sur l'« usage » ou le « sens commun » la signification du concept de démocratie³⁰³⁶. Cet écueil semble néanmoins compensé par le recours assumé à la fiction, recours qui est au cœur de l'analyse du droit politique³⁰³⁷ : l'État, la souveraineté constituante, la reconnaissance, sont autant de concepts pour lesquels le procédé fictionnel est non seulement nécessaire, mais encore assumé. Les auteurs *juspolitistes* ne prétendent donc pas s'appuyer sur des données sociologiques incontestables, mais rendre compte des abstractions sur lesquelles repose le système juridique. Ils ne sombrent donc pas dans la même dérive que les théories fondant leurs arguments sur des données apparemment établies scientifiquement³⁰³⁸. Pour autant, le recours à la fiction ne peut permettre tout à fait de négliger la réalité sociale qu'elle reconstruit, car les concepts du droit politique, pour être fondés sur des abstractions, n'en prétendent pas moins à une certaine existence concrète. On peut donc douter de l'opportunité de postuler l'existence de réalités sociales au lieu de

³⁰³² Par exemple : P. Avril, « Signification de la V^e République », *Pouvoirs* n° 4, 1978, p. 91-105.

³⁰³³ On pense notamment à son ouvrage : P. Avril, *Essai sur les partis*, Paris : LGDJ, 1986, 213 p.

³⁰³⁴ On note la même tendance à analyser l'action des partis politiques en même temps que le régime constitutionnel dans les travaux d'Armel Le Divellec, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne : contribution à une théorie générale*, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2004, 594 p.

³⁰³⁵ D. Baranger, « Théorie et pratique du principe de majorité dans les droits constitutionnels européens », *Jus politicum* n° 15, janvier 2016.

³⁰³⁶ Au terme d'un argumentaire déployé en ce sens, Jean-Marie Denquin conclut que « seule la pratique décide donc en dernière analyse du sens. Le maintien d'un lien ténu entre le droit et le citoyen quelconque est d'ailleurs à ce prix », J.-M. Denquin, « Que veut-on dire par « démocratie » ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus politicum* n° 2, mars 2009. Pour autant, la démonstration établissant la réalité sociologique d'un tel usage reste à faire ; elle est largement présumée.

³⁰³⁷ Voir par exemple : J.-J. Sueur, *Une introduction à la théorie du droit*, préf. G. Farjat, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2001, p. 155-157.

³⁰³⁸ On pense ici notamment à l'usage qui peut être fait, dans la doctrine juridique, de la notion d'opinion publique. Elle laisse entendre qu'il existe une méthode permettant de lui donner corps, mais elle ne semble jamais devoir être justifiée sociologiquement, par exemple par des scrutins, des statistiques ou des sondages d'opinion. Ainsi, Louis Favoreu faisait-il de l'opinion publique l'argument ultime de la légitimité du juge constitutionnel : L. Favoreu « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC* n° 2, vol. 46, 1994, p. 581.

chercher à les démontrer. Il s'agit cependant d'une question portant moins sur l'interdisciplinarité du droit politique que sur son éventuel défaut d'empiricité.

919. Si l'instrumentalisation de données extra-disciplinaires peut être fallacieuse, c'est aussi en ce qu'elle peut tendre subrepticement à un certain assujettissement de la discipline investie par la discipline originelle³⁰³⁹. L'utilisation imprudente de conclusions érigées en dehors du cadre juridique conduirait ainsi à une forme d'asservissement de la première à l'égard de la seconde. C'est ce que, dans une très faible mesure, l'on croit pouvoir déceler dans divers travaux de Pierre Avril lorsque, comparant parfois les analyses politistes et les explications juridiques sur un même point constitutionnel, il hiérarchise presque les conclusions respectivement livrées³⁰⁴⁰. Cette hypothèse reste toutefois marginale au sein de la somme des travaux *juspolitistes*, dont les auteurs semblent plus simplement portés à reconnaître la complémentarité entre les disciplines³⁰⁴¹. Leur posture ne s'avère donc pas incompatible avec l'équilibre qu'exige l'interdisciplinarité.

B. L'équilibre des disciplines

920. L'interdisciplinarité du droit politique s'éprouve à la lumière de l'équilibre qu'il ménage entre les disciplines qu'il invite dans son champ d'études et son propre territoire académique. En ne témoignant pas d'une démarche « transdisciplinaire », qui tendrait à

³⁰³⁹ C'est ce que relève Bastien François dans l'hypothèse de l'utilisation de la science politique par les juristes : « l'appel à la science politique fonctionne [parfois] pour les constitutionnalistes, comme le recours à la sociologie pour les grands théoriciens du droit administratif, à la manière d'un supplément d'âme qui permet de préserver la continuité entre la pratique et sa mise en forme savante, de modérer le risque de déphasage du droit pur, toujours coûteux en terme de légitimité, mais constitue aussi un ensemble de ressources savantes supplémentaires, et parfois alternatives », B. François, « Une revendication de juridiction. Compétence et justice dans le droit constitutionnel de la Ve République », *Politix* n^{os} 10-11, 1990, p. 96.

³⁰⁴⁰ Par exemple : « la science politique explique que c'est parce que le Président de la République est élu au suffrage universel qu'il peut invoquer une « légitimité » justifiant ces pratiques, mais, historiquement, l'explication est inverse : c'est à cause de ces pratiques que le Président est élu au suffrage universel, l'élection populaire ayant été instituée en 1962 pour incorporer définitivement à la Constitution la convention qui les inspirait », P. Avril, « Une revanche du droit constitutionnel ? », *Pouvoirs* n^o 49, 1989, p. 9.

³⁰⁴¹ Olivier Beaud en appelle par exemple à « [...] la nécessité pour le juriste de penser l'ouverture de l'État à la société, de le penser aussi dans ses interactions avec les acteurs sociaux », O. Beaud, « Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg », *Jus politicum* n^o 8, septembre 2012.

fondre les différents pans méthodologiques en un seul³⁰⁴², le droit politique interroge sur sa capacité à ne pas faire prévaloir son propre discours sur celui émanant de disciplines que d'aucuns jugeraient concurrentes. Loin de souligner une telle compétition, les *juspolitistes* ont davantage tendance à en atténuer les manifestations, rompant en ceci avec une longue tradition doctrinale (1). Cela ne les dissuade pas, cependant, de soutenir l'opportunité spécifique du droit politique comme mode d'appréhension du pouvoir (2).

1. La concurrence étouffée entre droit et science politique

921. La relation entre science du droit et science de la politique est traditionnellement bâtie à partir d'une concurrence féroce, qui se traduit sur le plan ontologique comme sur le plan méthodologique. En s'extrayant de ce conflit, quoiqu'il en porte la trace indélébile, le droit politique renonce à un débat centenaire et s'autorise à n'entretenir, à l'égard de la science politique au sens strict, qu'un rapport cordial, fondé sur une indifférence quant à la prétendue compétition qui articulerait les deux discours savants. Il rompt, ce faisant, avec une culture doctrinale séculaire qui menace tour à tour chacune des disciplines concernées ; la façon dont il se distingue ainsi permet par ailleurs de préciser la relation qu'il entretient avec la science politique.

922. La science politique et le droit se doivent mutuellement leur autonomie ; ils ont été forgés chacun par réaction à l'autre, dans un rapport constant d'affirmation concurrente d'une identité académique. En effet, « [...] la rupture avec le droit a été l'un des principes fondateurs qui a permis la constitution de la science politique comme science autonome »³⁰⁴³, et réciproquement³⁰⁴⁴. Au sein de la doctrine juridique, le champ constitutionnel a rencontré une difficulté caractéristique pour gagner les galons de la juridicité, face à une science politique jugée envahissante dans l'attente d'une juridictionnalisation décisive de la matière. Lorsque cette dernière intervient en France, au tournant des années 1970, le constitutionnalisme impatient se résout enfin à rejoindre les rangs de la science juridique. Yves Poirmeur, professeur de science politique, écrit

³⁰⁴² F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 468.

³⁰⁴³ J. Chevallier, « Science du droit et science du politique : de l'opposition à la complémentarité », in *Droit et politique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 255.

³⁰⁴⁴ S. Laghmani, « Droit constitutionnel et Science politique. Essentiellement à partir du cas français », in M. Troper, D. Chagnollaude (dir.), *Traité international de droit constitutionnel, T. I, Théorie de la Constitution*, Paris : Dalloz, coll. Traités Dalloz, 2012, p. 157-159.

ainsi, à propos des premiers développements de la justice constitutionnelle, que « l'intérêt pour le droit, y compris celui des constitutionnalistes, qui avaient tendance à se tourner vers la science politique et l'étude des institutions, trouve une conjoncture idéologique et intellectuelle favorable à sa résurgence et à son développement. D'autant que des facteurs politico-institutionnels provoquent des mutations sensibles dans la nature et la structure du droit constitutionnel, mutations accompagnées et mises en scène par la doctrine qui s'en fait le chantre intéressé en réalisant la problématisation »³⁰⁴⁵. Si le débat entre les disciplines s'est apaisé³⁰⁴⁶, par la force de l'habitude que confèrent des arguments désormais éculés, il imprègne toujours les champs qu'il a contribué à construire. Jacques Caillousse estime en ce sens que « l'ajuridisme, voire l'antijuridisme, demeure la marque d'une certaine science politique, de même que reste vif chez nombre de juristes le souci de protéger leur territoire de toute contamination politique. À la certitude des premiers qu'il n'est de science politique digne de ce nom qu'émancipée des dernières présuppositions juridiques, répond la croyance des seconds en une science juridique pure, lavée de tout soupçon politique »³⁰⁴⁷.

923. Cette césure originelle et fondatrice de la science juridique et de la science politique n'est pas anodine ; elle conduit les discours à une mise en concurrence³⁰⁴⁸ qui exclut par définition tout recours à l'interdisciplinarité. Du point de vue de la doctrine juridique, cette concurrence est entretenue par ce que les politologues perçoivent comme une confiscation de la prétention savante à penser l'objet constitutionnel. La redéfinition contentieuse du droit conduit, en effet, selon Bastien François, à « [...] poser le langage de la technique juridique comme *unique* mode d'entendement du contentieux constitutionnel, et plus largement consolider le droit comme la langue « naturelle » pour

³⁰⁴⁵ Y. Poirmeur, « Thèmes et débats autour du constitutionnalisme », in *Droit et politique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 16-17.

³⁰⁴⁶ Il y a quelques années, Jacques Chevallier estimait que la guerre fondatrice entre les disciplines avait pris la forme d'une trêve menaçante : « [...] la science du droit et la science du politique se sont constituées autour d'un *principe de démarcation mutuelle*, aboutissant à la formation de champs cloisonnés, mais dont la coexistence reste conflictuelle – une sorte de « paix armée » présidant à leurs relations », J. Chevallier, « Science du droit et science du politique : de l'opposition à la complémentarité », in *Droit et politique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 252.

³⁰⁴⁷ J. Caillousse, « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs », *Droit et société* 1994 p. 130.

³⁰⁴⁸ « Des raisons historiques et sociales, institutionnelles et intellectuelles permettent d'éclairer ce traitement spécifique du droit par la science politique. La filiation originelle entre science du juridique et science du politique, la constitution de la science politique par émancipation du droit, la tendance du droit à se positionner comme science du politique, le divorce des fondements épistémologiques des deux disciplines peuvent expliquer des relations complexes construites autour de la *concurrence*, de la *méfiance* voire du *mépris réciproques* », L. Dumoulin, C. Robert, « Autour des enjeux d'une ouverture des sciences du politique au droit. Quelques réflexions en guise d'introduction », in J. Commaille, L. Dumoulin, C. Robert (dir.), *La juridicisation du politique : leçons scientifiques*, Paris : LGDJ, coll. Droit et société. Recherche et travaux, 2000, p. 13 ; nous soulignons.

rendre compte du fonctionnement des institutions ; c'est pouvoir revendiquer également un élargissement du domaine des pratiques politiques saisies par ce langage »³⁰⁴⁹. En somme, le droit se caractériserait à l'égard de la science politique par sa tendance à l'impérialisme doctrinal³⁰⁵⁰.

924. Aux prémices du droit politique comme école de pensée, on trouve les traces d'une semblable compétition entre juristes et politiques ; Pierre Avril, au nom des premiers, dispute ainsi aux seconds la compétence exclusive pour appréhender la naissance de la V^e République, et les régimes politiques en général³⁰⁵¹. Sans s'appuyer directement sur l'argument contentieux, ce père fondateur du droit politique consacre tout à la fois l'imbrication inextricable du droit et de la politique comme objets, et la dissociation rigoureuse du droit et de la science politique comme méthodes³⁰⁵². Ce choix semble comporter peu de risques que la compétition dégénère en lutte académique acharnée, au vu du goût prononcé de son auteur pour l'analyse politique. Il démontre toutefois la prégnance d'une concurrence continue qui demeure le principal critère de la dissociation du droit et de la science politique.

925. Une telle concurrence, dont les politologues attribueraient volontiers la responsabilité originelle aux juristes, n'est pourtant pas le fait exclusif de ces derniers. La science politique, en se défendant des velléités d'asservissement qu'elle croit deviner dans le discours des juristes³⁰⁵³, proclame sans cesse son autonomie en entretenant à l'égard du droit, une distance d'abord ontologique³⁰⁵⁴. À rebours de ce premier instinct,

³⁰⁴⁹ B. François, « La constitution du droit ? La doctrine constitutionnelle à la recherche d'une légitimité juridique et d'un horizon pratique », in *La doctrine juridique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 211.

³⁰⁵⁰ J. Commaille, « Le juridique dans le politique. De la relation entre « sciences » à l'évidence de l'objet », in *Droit et politique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 271.

³⁰⁵¹ P. Avril, « Une revanche du droit constitutionnel ? », *Pouvoirs* n° 49, 1989, p. 5-13. L'auteur y affirme que la V^e République n'est pas seulement le produit de théories politistes, elle se comprend plus clairement à la lumière de théories juridiques, en l'occurrence celle de Carré de Malberg. Sa thèse est ainsi résumée : « [...] la cause est-elle si complètement entendue que le droit constitutionnel ne puisse faire appel du procès en paternité gagné par la science politique en première instance, afin qu'il soit reconnu que l'enfant était aussi le sien ? », *ibid.* p. 7.

³⁰⁵² Ce paradoxe est résolu par le concept de « conventions de la Constitution » : Pierre Avril construit un objet politique reconnu – une pratique institutionnelle acceptée par les autres institutions – qu'il traite juridiquement, en le considérant comme un ensemble de « normes politiques », définies à partir d'un critère – négatif – de justiciabilité. Voir en ce sens : P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, not. p. 152-155.

³⁰⁵³ « Ainsi la nature particulière du droit exigerait une « Science » dotée d'un statut épistémologique exceptionnel et déterminerait un rapport aux autres « Sciences » – dont logiquement la « Science politique » – qui ne pourrait être que de dépendance, ancillaire, instrumentalisée », J. Commaille, « Le juridique dans le politique. De la relation entre « sciences » à l'évidence de l'objet », in *Droit et politique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 272.

³⁰⁵⁴ De l'aveu même d'un politiste, « [...] une vision distanciée du juridique en référence au politique, comme celle que propose parfois la science politique, peut être moins fondée sur un choix de connaissance que sur une stratégie institutionnelle d'autonomie », J. Commaille, « De la « sociologie juridique » à une

elle se tourne ensuite moins vers le droit que vers la science du droit pour l'objectiver³⁰⁵⁵ et, en révélant son dogmatisme, en souligner sa naïveté. Si de nombreux politistes tournent désormais vers le droit lui-même et la doctrine juridique un regard plus curieux et bienveillant³⁰⁵⁶, le mouvement est symétriquement initié par les juristes³⁰⁵⁷ qui, à l'instar des tenants du droit politique, aspirent à un dépassement des vieilles querelles au profit de nouvelles problématiques communes. Les *juspolitistes* n'entendent donc pas faire perdurer une concurrence qui s'avère finalement infructueuse entre deux disciplines dont la relation tumultueuse tient justement à leur proximité ontologique. C'est au contraire parce qu'elles sont si proches que science du droit et science de la politique disposent d'une voix égale au chapitre académique. Un tel postulat, ouvert à l'interdisciplinarité, n'exclut cependant ni l'autonomie du droit politique comme théorie juridique, ni une controverse méthodologique avec la science politique, qui continue d'ailleurs d'être entretenue.

2. La prévalence relative de la théorie du droit

926. La pensée du droit politique pourrait sembler, au premier abord, entretenir un discours suspect quant à sa propre prévalence, ontologique et méthodologique. Chaque doctrine, chaque théorie, en se construisant avec et contre d'autres, ne peut toutefois jamais se départir complètement d'une prétention à la prééminence intellectuelle. À quoi bon défendre un point de vue si l'on ne considère pas que c'est le plus juste, ou le plus

sociologie politique du droit », in J. Commaille, L. Dumoulin, C. Robert (dir.), *La juridicisation du politique : leçons scientifiques*, Paris : LGDJ, coll. Droit et société. Recherche et travaux, 2000, p. 29.

³⁰⁵⁵ Voir notamment : P. Bourdieu, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales* n° 1, vol. 64, 1986, p. 3-19 ; B. François, B. François, « Préalables avant de prendre le droit comme objet. Notations en forme de plaidoyer pour un point de vue a-disciplinaire, mais néanmoins soucieux des impensés disciplinaires », in J. Commaille, L. Dumoulin, C. Robert (dir.), *La juridicisation du politique : leçons scientifiques*, Paris : LGDJ, coll. Droit et société. Recherche et travaux, 2000, p. 115-121.

³⁰⁵⁶ Par exemple : J. Commaille, L. Dumoulin, C. Robert (dir.), *La juridicisation du politique : leçons scientifiques*, Paris : LGDJ, coll. Droit et société. Recherche et travaux, 2000, 254 p.

³⁰⁵⁷ On pense notamment aux travaux de Jacques Chevallier qui aspire manifestement à instiller une partie de la méthodologie politiste dans l'étude du droit : J. Chevallier, « Science du droit et science du politique : de l'opposition à la complémentarité », in *Droit et politique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 251-261 ; « Droit constitutionnel et institutions politiques : les mésaventures d'un couple fusionnel », in M. Ameller, P. Ardant, J.-C. Bécane, (dir.), *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris : Montchrestien, 2001, p. 183-199 ; « Pour une sociologie du droit constitutionnel », in D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats, E. Millard (dir.), *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris : Economica, 2006, p. 281-297.

efficace, le plus clair, le plus cohérent ? Plus que cette manifestation raisonnablement commune en matière scientifique, c'est l'identité de ceux à l'encontre desquels les *juspolitistes* justifient leur théorie qui est révélatrice : leur conception du droit constitutionnel n'est point une critique adressée à une science politique envahissante, mais au sein de la doctrine juridique elle-même, à un descriptivisme jugé asséchant. Sur ce plan d'ailleurs, les arguments *juspolitistes* font écho à ceux présentés au nom de la science politique : le positivisme enfermerait la doctrine dans un formalisme réducteur et un dogmatisme naïf³⁰⁵⁸, dressant une frontière arbitraire et inopportune – sauf à vider la science juridique de sa substance – entre ce qui relève du droit et de la politique³⁰⁵⁹. Le droit politique a donc moins maille à partir avec la science politique qu'avec les doctrines juridiques elles-mêmes, quant à la méthode par laquelle elles traitent de leur objet³⁰⁶⁰.

927. Nonobstant cette absence de controverse directement entretenue avec les politologues, le droit politique n'est pas prêt à céder le pas à la science politique, en épousant la méthode. Il défend vigoureusement l'opportunité de faire du droit le prisme privilégié d'étude du constitutionnalisme. La Constitution, qui est au cœur de la recherche *juspolitiste*, adopte sa signification actuelle en accédant à la normativité³⁰⁶¹ ; c'est donc un aspect qui ne saurait être négligé par celui qui prétend en rendre compte. Si ce postulat n'exclut pas des excursions dans la sphère politiste, c'est bien la juridicité qui reste l'objet de la théorie du droit politique. Quoique ses auteurs n'en soufflent mot, ils ne procèdent dès lors pas tant à une abolition de la frontière académique entre droit et politique qu'à une redistribution des champs respectivement investis – ou qui devraient l'être – par leurs disciplines. En effet, la théorie constitutionnelle qu'ils se proposent de substituer à un

³⁰⁵⁸ Jacques Chevallier, promoteur notamment d'une sociologie du droit, estime conjointement que « [le] positivisme entraîne souvent le retour à la dogmatique juridique traditionnelle, par l'exclusion de tout point de vue distancié et critique par rapport à l'ordre juridique en vigueur » et que « [...] le juriste ne peut se désintéresser des processus sociaux et politiques de production et d'application du droit, sauf à sombrer dans un *formalisme desséchant*, ignorant tout des enjeux dont la norme juridique est porteuse », J. Chevallier, « Science du droit et science du politique : de l'opposition à la complémentarité », in *Droit et politique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 255 et p. 258.

³⁰⁵⁹ Cet argument se décline par exemple sous la plume d'Olivier Beaud, à propos de la notion de libertés publiques : « on voit bien le tournant positiviste d'une telle définition qui a pour effet de reléguer les droits de l'homme au rang des droits naturels et donc dans le domaine de la philosophie », O. Beaud, « Remarques introductives sur l'absence d'une théorie des libertés publiques dans la doctrine publiciste. Ouverture d'un colloque de l'Institut Villey », *Jus politicum* n° 5, décembre 2010.

³⁰⁶⁰ Une remarque de Stéphane Rials illustre clairement cette idée lorsque, dénonçant « un politisme sans doctrine [qui] se fait envahissant », il précise immédiatement : « nous ne visons pas la science politique, mais le *soft* droit constitutionnel » ; S. Rials, « Une doctrine constitutionnelle française ? », *Pouvoirs* n° 50, 1989, p. 81. La controverse porte donc sur la définition de la juridicité davantage que sur la méthode pour s'en saisir.

³⁰⁶¹ O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

droit constitutionnel formaliste suppose, on l'a vu, d'apporter aux constats établis par la science politique une part de conceptualisation spécifiquement juridique : ils arrachent le droit à la stricte expérimentation³⁰⁶².

928. En défendant l'irréductible juridicité de son objet, le droit politique s'érige en un champ disciplinaire théorique autonome, quelque part à mi-chemin entre une dogmatique juridique emprisonnée dans la sphère du devoir-être et une science politique attentive à renoncer, au nom de son empirisme, à tout idéalisme, à tout artificialisme doctrinal³⁰⁶³. C'est donc principalement sur le plan méthodologique que le droit politique marque à la fois son originalité au sein de la discipline juridique, et sa distance à l'égard de la science politique. Partant, il se distingue aussi d'un grand nombre d'auteurs qui encouragent les juristes à faire de la sociologie du droit³⁰⁶⁴. Cette dernière consiste foncièrement à appliquer une méthode politiste, empirique et statistique, au droit³⁰⁶⁵. Mais celui-ci est alors toujours défini selon des critères globalement formalistes et normativistes *lato sensu*³⁰⁶⁶. Ontologiquement, le droit est donc inchangé, seule l'appréhension qui en est faite est transformée, élargie à des considérations sociologiques. Or, le droit politique porte sur le droit une revendication d'abord ontologique, qui se traduit ensuite, incidemment, sur le plan méthodologique. Le recours à la méthode sociologique ou politique pour traiter d'un objet formaliste ne suffirait donc pas à répondre à ses aspirations. À titre d'exemple, là où la sociologie du droit conduit les auteurs qui s'en prévalent à étudier les stratégies institutionnelles déployées par le juge constitutionnel et

³⁰⁶² Voir *supra*, §1, B, 2 ; voir également Titre I, Chapitre 2, section 2, §1, B, 1.

³⁰⁶³ « Selon la tradition constitutionnelle française, il existe une relation intime entre la Constitution et le pouvoir politique, c'est-à-dire entre la Constitution et l'État, l'entité politique qu'elle a vocation à régir. Mais loin d'être purement abstraite, cette conception-là du droit constitutionnel ne perd pas de vue la visée empirique et concrète du droit », O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 262. Cet équilibre, caractéristique de la doctrine constitutionnelle classique, semble avoir été repris à bon compte par la pensée du droit politique.

³⁰⁶⁴ Les auteurs *juspolitistes* n'en présentent pas moins des liens étroits avec elle, par exemple lorsque l'un d'eux admet que « le droit politique n'est pas une sociologie du droit, mais le juriste de droit politique [...] se pose les mêmes questions que le sociologue et il est conduit, comme lui, à forger des hypothèses lui permettant de mieux décoder la réalité sociale (la même dans les deux cas) », J.-J. Sueur, *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, Québec : Presses Universitaires de Laval, coll. Diké, 2011, p. 328.

³⁰⁶⁵ Jacques Commaille propose par exemple « une sociologie politique du droit [...] consacrée à l'analyse de l'économie des relations entre le juridique et le politique, de la place du juridique dans la construction du politique, du rôle du juridique comme révélateur du politique, ceci dans le cadre de démarches de recherche où le travail empirique est indissociable de l'investissement théorique », J. Commaille, « De la « sociologie juridique » à une sociologie politique du droit », in J. Commaille, L. Dumoulin, C. Robert (dir.), *La juridicisation du politique : leçons scientifiques*, Paris : LGDJ, coll. Droit et société. Recherche et travaux, 2000, p. 36.

³⁰⁶⁶ Par exemple : J. Chevallier, « Pour une sociologie du droit constitutionnel », in D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats, E. Millard (dir.), *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris : Economica, 2006, p. 281-297.

l'influence sociale de son pouvoir³⁰⁶⁷, le droit politique est quant à lui plus attentif au contenu de ses interprétations et à ce qu'elles disent de l'ordre constitutionnel positif ; s'il est bien entendu que la dimension stratégique de l'action du Conseil constitutionnel n'échappe pas à l'analyse *juspolitiste*, elle n'en constitue pas la préoccupation principale.

929. L'aspiration à l'autonomie disciplinaire du droit politique se manifeste donc, en même temps qu'elle se justifie, par sa démarcation à l'égard de la science politique. Nulle concurrence toutefois ne semble envenimer les relations qu'il entend entretenir avec elle, dès lors que « la science du droit et la science politique se sont constituées, comme toutes sciences, en fonction d'un point de vue spécifique sur la réalité sociale ; toute science construit son objet à partir de la « problématique » qui est la sienne et autour de laquelle va se cristalliser progressivement un champ scientifique »³⁰⁶⁸. C'est, au fond, un retour au constructivisme qui permet *in fine* de comprendre la différenciation disciplinaire qui perdure malgré un objet comparable : la science n'est jamais que la réponse qu'un savant apporte à une question qu'il a lui-même formulée³⁰⁶⁹. On retrouve ici une proposition formulée par Jean-Marie Denquin à propos de la doctrine juridique : « celle-ci, aux prises avec l'effort immense qu'implique la compréhension de cet univers élargi, ne pourra se priver du secours d'autres sciences : l'histoire, la sociologie, la philosophie seront sollicitées. Mais elle ne se dissoudra pas dans cet océan de savoir : car, si chaque science apporte des éléments de réponse, c'est elle qui pose les questions »³⁰⁷⁰.

930. L'autonomie disciplinaire du droit politique est donc construite dans une dynamique non pas concurrentielle, mais tout au plus dissociative, à l'égard de la science politique. La pacification esquissée des rapports interdisciplinaires n'emporte toutefois évidemment aucune garantie quant à sa réception potentielle par la doctrine politiste. Si le droit politique partage avec elle un même regard dépréciatif à l'encontre du positivisme dominant en matière juridique, il n'en présente pas moins des traits méthodologiques susceptibles d'attirer à lui la critique politiste. On peut ainsi supposer que son aspiration à

³⁰⁶⁷ Est significative à ce titre l'étude que livre Jacques Chevallier de l'interprétation en droit, dont il cherche à « dévoiler les enjeux » d'un point de vue sociologique ; J. Chevallier, « Les interprètes du droit », in *La doctrine juridique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 260.

³⁰⁶⁸ J. Chevallier, « Science du droit et science du politique : de l'opposition à la complémentarité », in *Droit et politique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 259.

³⁰⁶⁹ Selon les conclusions auxquelles invite le constructivisme épistémologique. Au titre de la science politique, Pierre Favre démontre le lien structurant qui associe une problématique – et donc celui qui la formule – à un objet : P. Favre, « Retour à la question de l'objet. Ou faut-il disqualifier la notion de discipline ? », *Politix* n° 29, vol. 8, 1995, p. 149-151.

³⁰⁷⁰ J.-M. Denquin, « Préface », in G. Burdeau, *Ecrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2011, p. 13. L'auteur restitue par ces mots la pensée de Burdeau à l'égard de la science politique ; ils trouvent toutefois à s'appliquer à la théorie du droit politique.

théoriser le droit constitutionnel le place sous le joug de la critique de deux auteurs dénonçant les « points aveugles du constitutionnalisme »³⁰⁷¹. C'est là sans doute une concession à laquelle doit consentir le droit politique, pour s'affirmer définitivement comme une théorie juridique.

³⁰⁷¹ Y. Poirmeur, D. Rosenberg, « La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français », *in Les usages sociaux du droit*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1989, p. 239.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

931. Sans décevoir l'attente nourrie par l'expression « droit politique », les auteurs *juspolitistes* proposent donc une appréhension *juridique* du droit constitutionnel, éclairée de données politiques qu'ils estiment irrémédiablement associées à leur objet. L'étude de la méthode mise en œuvre pour s'en saisir permet de souligner l'autonomie et la spécificité de ce droit politique dont on pourrait douter à première vue. Cet objet reste en effet un *droit*, affirmé comme tel, et qui commande une méthode particulière qui ne soit ni celle du positivisme juridique, ni celle de la science politique. La méthode élaborée à ce titre semble parfois bricolée, tant elle est en fait assujettie à des considérations d'abord ontologiques. L'exposé de la démarche adoptée par les *juspolitistes* sert toutefois la thèse de la spécificité irréductible de leur objet, puisqu'elle lui confère notamment son autonomie ; c'est à partir d'un tel exposé que peut être définitivement consommée la rupture avec la science politique.

932. La question des rapports entre droit et science politique est loin d'être inédite ; elle a longtemps conduit les tenants de ces deux disciplines à une forme d'exclusion réciproque et systématique. La première originalité du droit politique repose donc sur le choix qui est le sien de remettre en cause une frontière ontologique depuis trop longtemps érigée entre eux. C'est l'occasion pour lui de porter le coup de grâce à une dichotomie fragile, du fait même de sa rigueur. Le droit politique ne fait pas en ce sens figure d'exception, dans un paysage doctrinal désormais plus enclin à l'interdisciplinarité. Il se démarque en revanche davantage par la façon dont il propose une articulation entre des champs de la connaissance traditionnellement hermétiques : plutôt que de suggérer – à l'instar des partisans de la sociologie du droit – un prisme transdisciplinaire susceptible de mieux saisir le droit formellement défini, les *juspolitistes* construisent une méthode nouvelle à partir d'un objet mixte. C'est donc d'abord fondamentalement sur le plan ontologique que s'opère la révolution du droit politique, quoique celle-ci rejaillisse nécessairement sur la méthode alors mise en œuvre. Il en résulte que « le droit et la science politique sont [...] clairement séparés sur le plan intellectuel même s'ils sont complémentaires dans l'analyse des situations concrètes »³⁰⁷². La porosité ontologique du droit et de la politique n'est donc pas le signe d'une aspiration de la science

³⁰⁷² J.-M. Denquin, *Science politique*, Paris : PUF, coll. Droit fondamental. Droit politique et théorique, 5^e éd., 1996, p. 8.

constitutionnelle par la science politique ; elle scelle au contraire le destin du droit politique comme théorie *juridique* de la Constitution.

CONCLUSION DU TITRE II

933. À la recherche d'une méthodologie susceptible de traduire ses aspirations ontologiques, le droit politique puise dans l'histoire et la science politique les moyens d'affirmer à la fois la singularité de son objet et l'autonomie de sa méthode. L'histoire conceptuelle et les faits politiques et sociaux constituent les instruments privilégiés par les auteurs *juspolitistes* pour mettre en valeur l'ubiquité de la Constitution. Ils sont aussi le moyen pour eux d'élaborer – par absorption dans le cas de l'histoire, par répulsion dans le cas de la science politique – une méthode susceptible de les amener à la construction d'une *théorie* de la Constitution.

934. Le syncrétisme auquel adhère le droit politique n'est cependant pas total ; il ne vise pas à la production d'un savoir unique, transdisciplinaire, qui ferait autorité sur toutes les disciplines académiques traitant du pouvoir. Il reste mesuré, et constitue à ce titre un argument épistémologique décisif. Ainsi que l'affirme Marie-Claire Ponthoreau, « le syncrétisme méthodologique [...] ne consiste pas à opposer, mais au contraire à concilier les méthodes puisque l'objectif poursuivi est une connaissance en profondeur du droit qui s'intéresse aussi bien à la partie visible du système juridique (avant tout, les éléments structurels que sont les concepts et institutions) qu'à la partie invisible ou, en tout cas, difficilement perceptible (les éléments culturels que sont la manière de concevoir le droit et de raisonner en droit) »³⁰⁷³. Au pluralisme ontologique auquel s'attache le droit politique répond donc une méthode non pas elle-même plurielle, mais inspirée des disciplines savantes avoisinantes.

935. Le syncrétisme reste toutefois suspecté, en doctrine, de conduire à la double dilution, de l'objet et de la méthode, au détriment de toute entreprise de connaissance un tant soit peu rigoureuse. Ce risque n'est pas absent de la perspective *juspolitiste*. Arnaud Le Pillouer affirme en ce sens que « le « droit politique » [...] semble avoir pour ambition de construire une approche qui tiennent les deux bouts – c'est-à-dire qui fasse place à la dimension politique de la constitution tout en restant « du droit » (l'idée d'« ordre-cadre » avancée par Arnel Le Divellec me semble être une autre manière d'afficher cette ambition). Le danger est évidemment de perdre la spécificité (qui est une richesse) d'une approche strictement juridique de ces phénomènes. Bref, à vouloir trop embrasser, on

³⁰⁷³ M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris : Economica, coll. Corpus. Droit public, 2010, p. 225.

risque de mal étreindre »³⁰⁷⁴. Les dangers de la démarche syncrétique qu'il conduit ne sont pas étrangers à la pensée du droit politique ; Olivier Beaud écrit par exemple qu'il faut « [...] indiquer l'un des dangers qui guettent le juriste pénétrant sur les terres de la légitimité. Il marche alors, tel un funambule, sur un fil d'où il peut, à tout moment, basculer dans le domaine de la science politique. C'est un risque qu'il faut savoir prendre si l'on ne veut pas que cette discipline perde tout contact avec son objet politique et qu'elle se dessèche, oubliant le poids de facteurs aussi importants dans la vie constitutionnelle que les partis politiques, le poids de l'histoire, de la psychologie politique »³⁰⁷⁵. Le péril de l'interdisciplinarité est donc reconnu par les tenants du droit politique ; il n'en est pas moins accepté comme le prix qu'exige une connaissance effective de la Constitution.

³⁰⁷⁴ A. Le Pillouer, « La Constitution est-elle une norme ? Le droit constitutionnel non écrit », *Encyclopédie de droit politique*, disponible en ligne : http://droitpolitique.com/files/Colloque_virtuel_Le_Pillouer.pdf.

³⁰⁷⁵ O. Beaud, « À la recherche de la légitimité de la V^e République », *Droits* n° 44, 2006, p. 76-77.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

936. L'analyse approfondie de la méthodologie mise en œuvre par les auteurs se réclamant du droit politique révèle en premier lieu l'absence de réflexion épistémologique au sens strict : les *juspolitistes* ne proposent pas de réflexion sur la connaissance juridique en tant que telle, ils ne défendent pas une théorie de la science. Les auteurs du droit politique semblent en effet cultiver une certaine indifférence à ce sujet, ce qui justifie paradoxalement que soient recherchées les traces de ce qui pourrait constituer leur conception de la science juridique. D'ailleurs, une analyse approfondie de leurs travaux fait apparaître des pistes méthodologiques susceptibles d'être systématisées et justifiées dans un contexte épistémologique favorable au constructivisme et, incidemment, au syncrétisme. Dans cette perspective, le droit politique apparaît comme une théorie méthodologiquement originale, qui conteste la mainmise du positivisme sur un territoire qui lui semble à première vue acquis, sans toutefois sombrer dans la nostalgie d'un naturalisme désuet. L'épistémologie du droit politique constitue finalement une invitation à la consécration d'une troisième voie méthodologique, dont la possibilité même est trop souvent négligée par la doctrine juridique.

937. L'enjeu de la théorie du droit politique est donc également épistémologique et, à l'heure où la réflexion épistémologique semble avoir déserté le champ juridique³⁰⁷⁶, l'étude d'une proposition dissidente renouvelle un débat trop rare en doctrine. La pensée *juspolitiste* interroge en effet le paradigme doctrinal dominant dans le cercle des constitutionnalistes, celui du positivisme normativiste, qui privilégie le monisme disciplinaire au nom de l'empirisme méthodologique. Or, dans l'hypothèse défendue par les auteurs *juspolitistes*, ce dernier est voué à l'échec en matière constitutionnelle, et il ne saurait donc représenter le gage ultime de la scientificité des discours doctrinaux. Celle-ci peut en revanche être établie sur le fondement d'un critère alternatif, par exemple celui de

³⁰⁷⁶ Olivier Jouanjan estime à ce titre que, « si l'on donne le nom de science à un discours savant articulé à un métadiscours réflexif et constitutif, on peut dire, je crois, que la « science » du droit devient une denrée rare car, d'une part, les méta-discours épistémologiques ont peu de succès du point de vue de leur capacité à faire produire des discours juridiques méthodologiquement assumés en raison de la dispersion et de la crise permanente des modèles de scientificité pour le droit et, d'autre part, un nombre considérable de discours juridiques sont produits sans considération de méthode ni de préoccupation épistémologique. Ils fonctionnent, pour reprendre une expression kantienne, de manière rhapsodique », O. Jouanjan, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales* vol. XLI, 2003, p. 142.

la cohérence des propos tenus sur le droit³⁰⁷⁷. De ce point de vue, le droit politique doit être reconnu comme une véritable théorie constitutionnelle, dont les postulats méthodologiques présentent une certaine unité, celle que leur confère notamment le constructivisme, sans faillir aux règles les plus élémentaires de la logique. Ce n'est pas là le moindre des enjeux que revêt une étude de la doctrine *juspolitiste*, que de démontrer l'existence de solides alternatives à un positivisme méthodologique triomphant. Ainsi, même sans conduire directement une réflexion épistémologique, le droit politique incite à interroger les présupposés sur lesquels repose la science du droit constitutionnel.

938. Les travaux *juspolitistes* exhortent, dans le même mouvement, à abandonner le carcan monodisciplinaire dans lequel le positivisme semble avoir enserré la doctrine juridique³⁰⁷⁸. Il est permis, à ce titre, de s'interroger sur la postérité que cette dernière donnera à l'intuition poursuivie par le droit politique : est-elle vouée à rester dans l'ombre de la dissidence ? Est-elle au contraire destinée à prospérer et à emporter avec elle les derniers sursauts du positivisme juridique, dans un mouvement similaire à celui qu'ont connu les autres sciences sociales ? Après tout, et comme l'écrivait un juriste en d'autres temps, « le droit a toujours fait sa révolution après les autres sciences ; c'est le contre-coup de la religion, de la philosophie, de l'opinion qui, en renouvelant les institutions, renouvelle aussi leur étude ; et il n'est pas douteux qu'aujourd'hui les mêmes causes amèneront l'effet qu'elles ont toujours produit »³⁰⁷⁹. Même si l'avenir de la méthodologie *juspolitiste* ne devait pas être aussi radieux, elle n'en présenterait pas moins le mérite de réactiver un débat épistémologique parfois moribond.

³⁰⁷⁷ Du point de vue du droit politique lui-même, « la question n'est pas de savoir s'il faut adopter ou non une démarche théorique, mais plutôt celle de savoir si la théorie utilisée (implicitement ou explicitement) repose sur des prémisses cohérentes et plausibles, et si elle garde un contact permanent avec la réalité qu'elle est censée éclairer », O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2007, p. 42-43.

³⁰⁷⁸ Sur les liens entre positivisme et refus de l'interdisciplinarité, voir par exemple : M. Troper, « Tout n'est pas perdu pour le positivisme », *Déviance et société* n° 11-2, 1987, p. 201.

³⁰⁷⁹ É. de Laboulaye, « De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir », *Revue historique de droit français et étranger* Tome 1, 1855, p. 4.

CONCLUSION GÉNÉRALE

939. Le droit politique se conçoit fondamentalement comme une manière spécifique d'envisager la Constitution, une théorie donc, qui, tout étant profondément *juridique*, cherche toutefois à consacrer l'irréductible principe *politique* à l'œuvre dans l'ensemble de la matière constitutionnelle. Pierre Avril l'affirme clairement : « [...] la qualification *politique* [ne] désigne pas seulement le domaine régi comme dans les autres branches du droit, mais participe de la nature même de l'ordre constitutionnel »³⁰⁸⁰. Juridique, la théorie proposée n'en doit donc pas moins tenir compte de ce simple fait selon lequel le droit constitutionnel n'est tout bonnement pas « un droit comme les autres »³⁰⁸¹. Il en résulte un grand nombre de propositions qui, principalement ontologiques, laissent deviner une solide structure méthodologique.

940. Appréhender le droit politique en tant que théorie constitutionnelle n'est toutefois pas exempt de difficultés ; le constituer en objet suppose en effet d'unifier ce qui apparaît au premier abord comme un amas de propositions personnelles et distinctes. Quoique nous ayons à dessein veillé à en réduire le nombre, la pluralité des auteurs concernés constitue le premier obstacle à l'entreprise de systématisation entreprise dans cette thèse. Les données institutionnelles – l'appartenance à l'Institut Michel Villey, la participation aux publications de la revue *Jus politicum* – et la recherche constante de la cohérence globale nous ont néanmoins permis, nous semble-t-il, de déceler l'unité doctrinale qui se dégage indiscutablement de la pensée de ces différents auteurs, se réclamant expressément du « droit politique ». Il en résulte inexorablement un large panel de domaines qui sont traités par ses auteurs au titre du droit constitutionnel : les institutions, l'État, la légitimité, le pouvoir politique... Les *juspolitistes* n'accordent pas tous la même importance à ces divers sujets dans leurs écrits et leurs propositions présentent marginalement des positions divergentes à leur égard. Leurs travaux n'en présentent pas moins une unité évidente ; le droit politique est ainsi susceptible d'être systématisé et sa pensée homogénéisée, autour de quelques présupposés communs.

941. Il apparaît en effet – et ce fut le point de départ de notre travail – que le droit politique se construit en tant qu'école autour de l'idée de *dépassement*, dépassement notamment de la doctrine contentieuse du droit constitutionnel, qui fait de la justice

³⁰⁸⁰ P. Avril, « Penser le droit politique », *Jus politicum* n° 20, novembre 2018.

³⁰⁸¹ J.-M. Denquin, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits* n° 32, 2000, p. 35.

constitutionnelle l'*alpha* et l'*omega* de la théorie juridique de la Constitution. Or, ce dépassement, lorsqu'il est analysé, révèle qu'« une philosophie politique non détachée de la pratique juridique, l'histoire (notamment intellectuelle et discursive) du droit constitutionnel, l'étude des modes d'exercice et de légitimation du pouvoir, l'analyse du consentement rationnel à l'obéissance, etc., ne sont pas invalidées par le perfectionnement de la justice constitutionnelle, mais deviennent d'autant plus indispensables »³⁰⁸². En éprouvant cette hypothèse préalable, il est vite apparu que ce dépassement concerne également – et sans doute en vérité principalement – la méthodologie d'inspiration positiviste qui s'est cristallisée, à l'époque contemporaine, autour de la consécration du contentieux comme épicycle du droit constitutionnel ; la critique dressée au nom du droit politique est autant ontologique que méthodologique et revêt dès lors une importance considérable, qu'il semble inopportun de disqualifier trop promptement.

942. Réduire le champ du droit politique à une posture critique à l'encontre de la doctrine constitutionnelle majoritaire ne semble toutefois pas devoir rendre justice à la complexité et la richesse de la théorie qu'il construit. La rhétorique *juspolitiste* du dépassement nous est apparue comme une invitation à chercher ce qui constitue positivement sa pensée, et pas seulement ce à quoi elle s'oppose. Le pari s'est avéré fructueux, puisqu'il a permis, nous semble-t-il, d'opérer une véritable systématisation de cette doctrine, largement méconnue ou négligée par le reste de la communauté des juristes. Sur le plan ontologique d'abord, il est ainsi apparu que les postulats les plus fréquemment assimilés au droit politique – la critique du tournant contentieux, la prise en compte du droit constitutionnel non écrit, la nécessité de considérer l'État – ne représentent que quelques-unes des propositions multiples qu'il formule effectivement : il ne s'agit pas de lubies ponctuelles et isolées qui n'ont d'autre vocation que critique, puisqu'elles peuvent au contraire s'articuler harmonieusement et servir de révélateurs à une théorie construite, cohérente dans ses fondements, logique dans ses manifestations. Ainsi nos développements démontrent-ils la prégnance récurrente de l'idée institutionnaliste dans la théorie *juspolitiste*, outil nécessaire à l'inclusion du phénomène politique, historique et social dans l'étude du droit constitutionnel ; c'est par ce biais que le champ juridique se trouve investi de questions annexes que sont la démocratie, la légitimité constitutionnelle, la responsabilité politique, la reconnaissance sociale, etc. Il est donc apparu que l'ontologie proposée au titre du droit politique, loin d'être constituée

³⁰⁸² G. Tusseau, « La fin d'une exception française ? », *Pouvoirs* n° 137, 2011, p. 16.

d'arguments sporadiques et décousus, présente au contraire une unité qui valorise son efficacité à produire un discours explicatif sur le droit constitutionnel.

943. La démonstration de l'homogénéité théorique du droit politique s'est trouvée relativement facilitée sur le plan ontologique, du fait de la profusion remarquable des travaux concernés. La multiplicité des discours fait certes naître des obstacles sur la route de celui qui entreprend d'en synthétiser la portée, mais ils sont presque négligeables en comparaison avec la difficulté que nourrit le laconisme des mêmes auteurs sur les questions méthodologiques. Il semble toutefois que la définition du droit politique comme théorie de la Constitution ne pouvait faire l'économie d'une réflexion épistémologique, susceptible de démontrer la cohérence méthodologique qui anime les différents travaux *juspolitistes*. Cette étape était d'autant plus nécessaire que le droit politique produit une critique récurrente des principaux jalons méthodologiques qui émaillent la doctrine constitutionnelle contemporaine, ceux du positivisme. Il semblait donc nécessaire de caractériser la démarche adoptée par les tenants du droit politique, afin de confirmer son originalité théorique. Le constructivisme juridique, que plusieurs auteurs ont spécifiquement distingué du positivisme méthodologique³⁰⁸³, nous est apparu comme le concept le plus apte à qualifier l'entreprise *juspolitiste*, et le plus compatible avec son aspiration au syncrétisme. Les auteurs concernés, malgré leur goût prononcé pour l'histoire et leur inclination pour la science politique, ne se présentent pas eux-mêmes comme des penseurs de l'interdisciplinarité, et ne disent rien du constructivisme méthodologique auquel nous les avons associés. Les développements qui y sont consacrés semblent à ce titre d'autant plus nécessaires qu'ils ne sont pas produits par le droit politique lui-même.

944. Le pari de la clarification qui a inauguré ce travail doctoral s'est donc avéré payant : le droit politique se prête sans mal à la systématisation. En tentant de restituer les différentes propositions théoriques qui en structurent le discours, nous visions à établir une plus grande lisibilité de cette école, trop souvent réduite par la plupart des membres de la doctrine constitutionnelle à quelques épithètes dirimantes : idéaliste³⁰⁸⁴, politiste³⁰⁸⁵,

³⁰⁸³ V. Villa, *La science du droit*, trad. O. et P. Nerhot, Bruxelles : Story-Scientia, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1990, p. 21-58 ; J.-L. Le Moigne, *Les épistémologies constructivistes*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 4^e éd., 2012, p. 13-38 ; C. Sintez, *Le constructivisme juridique. Essai sur l'épistémologie des juristes, t. 1. Les origines romaines*, Paris : Mare & Martin, coll. Libre Droit, 2014, 211 p.

³⁰⁸⁴ S. Van Ouwkerk, *Penser les formes d'État. Un état de la pensée publiciste française*, thèse dact., Toulouse, 2019, p. 134 et ss.

essentialiste³⁰⁸⁶, naturaliste³⁰⁸⁷, les qualificatifs ne manquent pas pour jeter le discrédit sur une pensée qui entretient la dissidence doctrinale. Or, à la lumière d'une lecture systématique du droit politique, tous ces adjectifs doivent être, si ce n'est disqualifiés, au moins grandement relativisés : les travaux concernés ne souffrent notamment la qualification de naturaliste ou d'essentialiste qu'à raison d'une perspective drastiquement positiviste, que l'on peut juger exagérée³⁰⁸⁸. Paradoxalement, c'est probablement dans cette critique assidue que gît la preuve de l'intérêt du droit politique comme théorie de la Constitution ; en tant qu'alternative originale à la pensée majoritaire, il nourrit la controverse au sein de la doctrine, qui y gagne dynamisme et efficacité ; à condition toutefois que l'on ne s'abuse pas sur la portée qu'il revêt effectivement. Une fois clarifiée, en outre, la pensée du droit politique révèle toute la richesse pédagogique de son enseignement : construite à partir de la restitution de théories anciennes, souvent oubliées, mais dont l'intérêt ne semble pas démenti par les évolutions actuelles du système juridique, la doctrine *juspolitiste* redonne vie à des débats dont la vivacité s'est amoindrie, sans que leur opportunité ait disparu³⁰⁸⁹. Même en tant que doctrine éminemment contemporaine, le droit politique est ainsi l'instrument d'une plongée dans l'histoire de la pensée constitutionnelle, dont il rappelle la richesse sans jamais cesser de s'en démarquer.

³⁰⁸⁵ Plus sobrement, Eleonora Bottini envisage le droit politique comme une « conception *politisée* du droit constitutionnel », E. Bottini, *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2016, p. 419 ; nous soulignons.

³⁰⁸⁶ O. Pfersmann, « Après Michel Villey, la philosophie du droit aujourd'hui », *Cités* n° 58, 2014, p. 72-73.

³⁰⁸⁷ X. Magnon, A. Vidal-Naquet, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p. 121.

³⁰⁸⁸ Eleonora Bottini écrit par exemple que le droit naturel « [...] n'est bien évidemment pas le fondement de l'approche du droit politique, mais celui-ci peut en revanche être assimilé à une forme de jusnaturalisme dans laquelle la « nature » est le critère de validité, permettant de déterminer les normes de conduite et de les considérer comme juridiques. Il faut seulement substituer à la nature les *événements* ou les *faits politiques* pour reconnaître que la théorie du droit prônée par le droit politique est d'inspiration jusnaturaliste [...] », E. Bottini, *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2016, p. 477. Cette assimilation nous semble toutefois hasardeuse, dès lors que les faits politiques effectivement considérés au titre du droit politique, s'ils sont par définition exclus d'une appréhension normativiste du droit, n'en présentent pas pour autant l'intangibilité et l'impérativité des arguments fondés sur le droit naturel.

³⁰⁸⁹ Armel Le Divillec estime en ce sens que « la science constitutionnelle française n'a pas résolu des questions classiques graves. [...] À ceux qui trouveraient que je mets l'accent sur des questions dépassées, je répondrais que nombre d'entre elles continuent de se poser ici et maintenant, et qu'elles continueront à se poser partout là où existe un gouvernement d'hommes sur d'autres hommes, notamment là où le gouvernement des hommes est en train de se déplacer, par exemple dans les institutions européennes. Ces questions ne sont pas « datées » ; il faut poursuivre la réflexion quand bien même le cadre du corps politique change », A. Le Divillec, « La QPC, déclin de la pensée constitutionnelle ? », in D. Rousseau, P. Pasquino (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité : une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, Paris : Mare & Martin, 2018, p. 106.

Tout le scepticisme que peuvent susciter les travaux *juspolitistes* par ailleurs ne peut venir à bout de la portée théorique et didactique qu'ils revêtent.

945. Une réflexion sur le droit politique et sur les conditions auxquelles il peut prétendre à constituer une théorie juridique interroge plus généralement sur la définition de la science du droit. D'aucuns pourraient en effet estimer qu'en rejetant l'idée d'empiricité et celle d'objectivité du droit, les auteurs *juspolitistes* s'exposent aux périls de la dogmatique³⁰⁹⁰ et privent eux-mêmes leur propos des garanties inestimables de la scientificité³⁰⁹¹. Le positivisme juridique invite en effet à réserver la qualité de science aux doctrines qui limitent leur étude aux seules normes juridiques³⁰⁹², et exclut ainsi de son champ disciplinaire tout ce qui a trait aux valeurs. Même dans le plus strict respect des prescriptions épistémologiques du positivisme pourtant, on peut douter de la capacité de la doctrine juridique à jamais satisfaire les canons de la scientificité³⁰⁹³. Le droit politique admet lui-même les limites que comporte à cet égard tout discours sur le droit, dès lors qu'il échoue nécessairement à formuler des lois généralement et abstraitement valables ; Denis Baranger écrit en ce sens que rien ne permet d'« [...] arracher le droit à la pratique et à l'élever définitivement au rang de science »³⁰⁹⁴. Si la science consiste en une rationalisation systématique et prédictive des données juridiques³⁰⁹⁵, elle ne peut triompher face à la mutabilité inexorable du droit positif, qui frappe ses conclusions de caducité avant qu'elles n'aient pu être opératoires. Les auteurs du droit politique sont donc pour cette raison réticents à défendre la scientificité de la théorie juridique ; ils lui préfèrent l'idée d'« art » constitutionnel³⁰⁹⁶, qui serait plus fidèle à l'incertitude

³⁰⁹⁰ Sur la tendance du droit politique à la dogmatique, voir : S. Van Ouwkerk, *Penser les formes d'État. Un état de la pensée publiciste française*, thèse dact., Toulouse, 2019, p. 141-143.

³⁰⁹¹ Leur démarche entraînerait en effet les auteurs du droit politique sur une voie qui, n'étant pas seulement descriptiviste, ne saurait être scientifique ; c'est ce qui ressort par exemple de l'analyse que livrent du droit politique les professeurs Magnon et Vidal-Naquet, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p. 107-128.

³⁰⁹² Ainsi que le relevait notamment Michel Villey : « notre définition présente du droit comme ensemble de règles [...] est un produit du scientisme moderne, de l'impérialisme des sciences », M. Villey, *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Paris : Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1969, p. 222.

³⁰⁹³ C'est ce que démontre notamment Paul Amssek, « La part de science dans les activités des juristes », *D.* 1997, 39^e cahier, p. 337-342 ; « Propos introductif », in P. Amssek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 7-12.

³⁰⁹⁴ D. Baranger, « Dire son droit à la société maîtresse d'elle-même », *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique* n° 1, 2005, p. 256.

³⁰⁹⁵ Selon Alexandre Viala, la scientificité permet en ce sens de caractériser « un type d'énoncés capables de systématiser le produit de l'observation des énoncés normatifs d'un ordre juridique quelconque et dont la structure est animée par un principe qui ne figure pas dans l'objet « droit » », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 187.

³⁰⁹⁶ Est bien sûr évocateur à cet égard le titre de l'ouvrage de Jacky Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les Sens du droit, 2010, 171 p.

permanente dans laquelle est plongé leur objet³⁰⁹⁷. On retrouvait la même opposition entre art juridique et science dans la pensée d'un autre droit politique, celui de Michel Villey, qui écrivait que « [...] le droit du juriste n'est pas situé dans un passé (lointain ou proche), mais dans l'avenir : il n'est pas *fait*, il est à *faire*, point matière à description, mais *objet idéal d'un art*. L'être de ce droit est devoir être. Il est pour chaque espèce nouvelle la solution la meilleure ; et cette solution la meilleure, objet du travail des juristes [...] nulle science positive des faits et qui par principe s'interdit toute inquiétude des valeurs, ne saurait nous la garantir »³⁰⁹⁸. Le droit politique se pense donc lui-même davantage comme un art constitutionnel que comme une science, ce qui justifie que ce soit en tant que *théorie* de la Constitution qu'il ait été traité ici : il assume ce faisant moins de contraintes liées à l'objectivité des discours doctrinaux et à la neutralité de leurs auteurs, qui sont habituellement reconnus comme les gages de la scientificité.

946. Pourtant, en vérité, l'analyse que nous avons proposée du droit politique encourage à interroger cette présomption selon laquelle l'art constitutionnel ne saurait jamais atteindre la complétude propre à la scientificité. Certes, il ne fait aucun doute que les critères retenus à ce titre dans le champ des sciences naturelles – celui de l'empiricité notamment – sont inopportuns en matière juridique. Une conception optimiste pourrait toutefois conduire à une redéfinition de la scientificité susceptible de concerner les discours produits sur le droit³⁰⁹⁹. *A minima* pourrait-elle ainsi être rapportée à une triple

³⁰⁹⁷ Car « dans la vie du droit, la pratique suscite en permanence des formes nouvelles : *l'art prend toujours de l'avance* », D. Baranger, « Dire son droit à la société maîtresse d'elle-même », *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique* n° 1, 2005, p. 256 ; nous soulignons. C'est là une dernière manifestation de la volonté des *juspolitistes* de considérer la politique dans leur objet, celle-ci étant « l'art du possible », J. Gicquel, J.-É. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Domat droit public, 31^e éd., 2017, p. 24. De ce fait, le droit politique entretient l'idée que « l'observateur ne pourra jamais tirer de l'analyse du texte constitutionnel (fût-il complété par des conventions) des conclusions absolues ; celles-ci ne peuvent être que relatives, car les acteurs peuvent toujours « subvertir » *de facto* une constitution », A. Le Divellec, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne : contribution à une théorie générale*, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2004, p. 565.

³⁰⁹⁸ M. Villey, *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Paris : Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1969, p. 224.

³⁰⁹⁹ Cet optimisme porte d'ailleurs le sceau du constructivisme lorsqu'il guide la plume de Vittorio Villa ; le juriste italien propose en effet un modèle de scientificité non pas emprunté aux disciplines portant sur des objets naturels, mais construit à partir du champ juridique lui-même. Il suggère en ce sens que « [...] l'expérience juridique, dans certains de ses aspects les *plus typiques et familiers* fait fonction, dans certains cas, de *modèle* pour les théories des sciences naturelles. Du monde du droit [...] émergent quelques modèles [...] qui sont utilisés par la métascience naturelle afin de chercher à comprendre de manière plus précise certains problèmes relatifs à la reconstruction de l'activité des philosophes des sciences naturelles », V. Villa, *La science du droit*, trad. O. et P. Nerhot, Bruxelles : Story-Scientia, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1990, p. 186.

exigence de « précision, rigueur et cohérence »³¹⁰⁰. Il nous semble que ce sont là trois qualités que présentent indiscutablement les travaux du droit politique, qui méritent donc d'accéder à la scientificité dès lors que l'on accepte de se défaire du prisme positiviste concurrent : « [...] la qualité (ou la rigueur) d'un raisonnement n'est pas dépendante *a priori* des modèles sur lesquels il s'exerce ; elle se fonde sur sa propre cohérence et donc sur sa reproductibilité [...] »³¹⁰¹. La synthèse des arguments *juspolitistes* permet justement de mettre en valeur cette cohérence, qui apparaît à la lumière de l'unité ontologique qu'ils construisent et de la cohérence épistémologique qu'ils laissent deviner.

947. Il n'en reste pas moins que le droit politique ne dispose jamais que d'une aura très limitée dans la doctrine constitutionnelle ; il semble destiné à conserver une place minoritaire au sein d'une communauté apparemment acquise à l'appréhension contentieuse de son objet. Une conception exagérément optimiste des travaux *juspolitistes* pourrait sans doute conduire à prédire le succès imminent de la théorie qu'ils portent, en les envisageant comme la marque d'une nouvelle ère dans l'enseignement du droit constitutionnel : après la politisation de la matière qui a caractérisé la discipline dans les années d'après-guerre, et en réaction au tournant contentieux qu'elle a connu dans les années 1980³¹⁰², le droit politique inaugurerait une nouvelle phase, opérant une réconciliation entre les deux tendances antérieures, dans une perspective inspirée de ce qu'était le droit constitutionnel sous la III^e République³¹⁰³.

948. Tel ne semble pourtant pas devoir être le destin du droit politique. Ceux qui s'en réclament en font eux-mêmes le constat, qui nourrit leur pessimisme lancinant quant à

³¹⁰⁰ C'est ce que suggère Uberto Scarpelli, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, trad. C. Clavreul, préf. L. Gianformaggio, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1996, p. 29.

³¹⁰¹ J.-L. Le Moigne, *Le constructivisme. T. I : Les enracinements*, Paris : L'Harmattan, coll. Ingenium, 2004, p. 235.

³¹⁰² Olivier Jouanjan écrit à ce propos que « là où il s'est produit, le développement de la justice constitutionnelle a largement centré l'activité des constitutionnalistes sur l'analyse des décisions juridictionnelles. Un positivisme de la jurisprudence s'est progressivement imposé. [...] Ce faisant était supplantée une manière plus « pragmatique » et empiriciste, institutionnelle et politologue d'étudier les constitutions, manière à laquelle est attaché le nom de Maurice Duverger (né en 1917), qui domina en France après la Seconde Guerre mondiale, mais qui fut préparée dès la fin des années 1920 par le *Traité de droit constitutionnel* de Barthélemy et Duez », O. Jouanjan, « Histoire de la science du droit constitutionnel », in M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel, T. I, Théorie de la Constitution*, Paris : Dalloz, coll. Traités Dalloz, 2012, p. 107.

³¹⁰³ À partir de la fin du XIX^e siècle se développe en effet en doctrine une critique systématique du positivisme jusque-là dominant. Ce mouvement évoque clairement le droit politique lorsqu'il est décrit par Olivier Jouanjan en ces termes : « entre 1900 et 1930, l'on constate de puissantes réactions contre le modèle établi, celui-ci étant jugé trop « formaliste » et insuffisant à expliquer les réalités juridiques, le fonctionnement des systèmes constitutionnels ou le processus de la décision juridictionnelle. Cette réaction touche l'ensemble des branches du droit, et spécialement le droit constitutionnel : son contenu immédiatement *politique* interdirait l'approche « purificatrice » qui constitue le paradigme positiviste », *ibid.*, p. 94.

l'avenir du droit constitutionnel : la tendance sans cesse exacerbée à fragmenter la matière constitutionnelle sur le fondement d'une approche normativiste et formaliste du droit se conforte progressivement, et condamne mécaniquement toute alternative doctrinale à rester dans l'ombre. C'est du moins la conclusion à laquelle invite par exemple Olivier Jouanjan : « il n'est pas impossible que la science actuelle du droit constitutionnel, de même que la science juridique dans son ensemble, soit prise, en Occident, dans une tension plus forte que jamais auparavant entre une manière ordinaire, « normale », d'un positivisme généralement naïf ou même *hypernaïf*, centré sur la jurisprudence (constitutionnelle), et une radicalité critique, *déconstructive*, [...] qui, probablement, affecte peu et seulement marginalement la « science normale », d'ailleurs prépondérante au sein des Cours »³¹⁰⁴. Le droit politique semble donc avoir un rôle fondamental à jouer dans la controverse doctrinale qui se noue, mais sa prévalence académique paraît définitivement compromise. Si c'est là le destin pressenti du droit politique, c'est plus largement le cas de toute autre entreprise théorique, concurrencée par l'approche pragmatique de la discipline. Pierre Avril confesse ainsi son pessimisme sur la question du développement futur du droit politique en doctrine : « ce retour [de l'affirmation du droit constitutionnel comme droit politique] ne peut être que minoritaire compte tenu de la tendance forte à la professionnalisation. Par rapport à l'ensemble de l'enseignement, le public auquel ce retour s'adresse n'ira pas en s'accroissant »³¹⁰⁵. Plutôt que de traduire la défaite du droit politique en tant que théorie de la Constitution, ce mouvement, s'il se confirme, ne scelle-t-il pas en réalité le sort de la théorie constitutionnelle elle-même ?

³¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 110.

³¹⁰⁵ P. Avril, « Table ronde : la situation actuelle du droit constitutionnel et de son enseignement », *RDP* n° 6, 2014, p. 1467.

BIBLIOGRAPHIE

DICTIONNAIRES ET LEXIQUES

ALLAND Denis, RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, 1649 p.

ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : LGDJ, 2^e éd., 1993, 758 p.

AVRIL Pierre, GICQUEL Jean, *Lexique de droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 5^e éd., 2016, 126 p.

BATTISTELLA Dario, PETITEVILLE Franck, SMOUTS Marie-Claude, VENNESSON Pascal (dir.), *Dictionnaire des relations internationales : approches, concepts, doctrines*, Paris : Dalloz, 3^e éd., 2012, 572 p.

CANTO-SPERBER Monique (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, 2 vol., Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 4^e éd., 2004, 2199 p.

CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 12^e éd., 2018, 1101 p.

TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *Dictionnaire de droit public interne*, Paris : LexisNexis, 2017, 579 p.

PUIGELIER Catherine, *Dictionnaire juridique*, Bruxelles : Bruylant, coll. Paradigme. Vocabulaire, 2^e éd., 2017, 1136 p.

RAYNAUD Philippe, RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, 892 p.

OUVRAGES GÉNÉRAUX

ARDANT Philippe, MATHIEU Bertrand, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Manuel, 31^e éd., 2019, 630 p.

ATIAS Christian, *Épistémologie juridique*, Paris : Dalloz, coll. Précis Dalloz. Série droit privé, 2002, 230 p.

AVRIL Pierre, GICQUEL Jean, *Le Conseil constitutionnel*, Paris : Montchrestien-Lextenso éditions, coll. Clefs. Politique, 6^e éd., 2011, 160 p.

- AVRIL Pierre, GICQUEL Jean, GICQUEL Jean-Éric, *Droit parlementaire*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Domat droit public, 5^e éd., 2014, 398 p.
- BARANGER Denis, *Le droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 7^e éd., 2017, 126 p.
- BARTHÉLEMY Joseph, *Précis de droit public*, préf. B. Pacteau, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2006, 327 p.
- BARTHÉLEMY Joseph, DUEZ Paul, *Traité de droit constitutionnel*, 1933, Paris : Ed. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2004, 955 p.
- BÉCHILLON Denys (de), *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Paris : Odile Jacob, 1997, 302 p.
- BERGEL Jean-Louis, *Méthodologie juridique*, Paris : PUF, coll. Thémis. Droit, 2^e éd., 2016, 453 p.
- BIDÉGARAY Christian, EMERI Claude, *La responsabilité politique*, Paris : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1998, 137 p.
- BON Pierre, MAUS Didier (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Paris : Dalloz, coll. Grands arrêts, 2008, 808 p.
- BOUDON Raymond, *Le relativisme*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 2^e éd., 2010, 127 p.
- BRAUD Philippe, *La science politique*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 12^e éd., 2017, 126 p.
- BURDEAU Georges, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris : LGDJ, 19^e éd., 1980, 672 p.
- BURDEAU Georges, *Traité de science politique, T. I. : Présentation de l'univers politique, Vol. 1 : Société, politique et droit*, Paris : LGDJ, 3^e éd., 1980, 483 p.
- BURDEAU Georges, *Traité de science politique, T. IV. Le statut du Pouvoir dans l'État*, Paris : LGDJ, 3^e éd., 1983, 648 p.
- BURDEAU Georges, *Traité de science politique, T. V : Les régimes politiques*, Paris : LGDJ, 3^e éd., 1985, 608 p.
- BURDEAU Georges, *L'État*, préf. P. Braud, Paris : Seuil, coll. Points. Série Essais, 2009, 204 p.
- CARBONNIER Jean, *Droit civil. Vol. 1 : Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, Paris : PUF, coll. Quadrige Manuel, 2004, 1496 p.
- CARCASSONNE Guy, GUILLAUME Marc, *La Constitution*, Paris : Ed. Points, coll. Série Essais, 13^e éd., 2016, 479 p.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, 440 p.

CHANTEBOUT Bernard, *Droit constitutionnel*, Paris : Sirey, coll. Sirey université. Série droit public, 32^e éd., 2015, 636 p.

CHEVALLIER Jacques, *L'État*, Paris : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2^e éd., 2011, 121 p.

CHEVALLIER Jacques, *Science administrative*, Paris : PUF ; coll. Thémis, 5^e éd., 2013, 610 p.

CHEVALLIER Jacques, *L'État post-moderne*, Paris : Maison des Sciences de l'Homme, Issy-les-Moulineaux : LGDL-Lextenso, coll. Droit et société, 4^e éd., 2014, 265 p.

CHEVALLIER Jacques, *L'État de droit*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Clefs. Politique, 6^e éd., 2017, 158 p.

COHENDET Marie-Anne, *Le président de la République*, Paris : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2^e éd., 2012, 187 p.

COMBACAU Jean, SUR Serge, *Droit international public*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Domat droit public, 12^e éd., 2016, 832 p.

DE WAELE Jean-Michel, MAGNETTE Paul *Les démocraties européennes : approches comparées des systèmes politiques nationaux*, Paris : A. Colin, coll. U. Sciences politiques, 2^e éd., 2010, 461 p.

DELPÉRIÉE Francis (dir.), *La constitution fédérale du 5 mai 1993*, Bruxelles : Bruylant, coll. Centre d'études constitutionnelles et administratives, 1993, 292 p.

DENQUIN Jean-Marie, *Les droits politiques. Libertés et droits fondamentaux*, Paris : Montchrestien, coll. Préparation au CRFPA, 1996, 215 p.

DICEY Albert Venn, *Introduction of the study of the law of the constitution*, London : Macmillan and Co., 9th edition, 1945, 682 p.

DRAGO Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, Paris : PUF, coll. Thémis. Droit, 4^e éd., 2016, 792 p.

DENQUIN Jean-Marie, *Science politique*, Paris : PUF, coll. Droit fondamental. Droit politique et théorique, 5^e éd., 1996, 491 p.

DUGUIT Léon, *Manuel de droit constitutionnel*, préf. D. Chagnollaud, Paris : Ed. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2007, 605 p.

DUHAMEL Olivier, *Droit constitutionnel et politique*, Paris : Seuil, coll. Science politique, 1994, 896 p.

DURKHEIM Émile, *Les Règles de la méthode sociologique*, Paris : Éditions F. Alcan, 1919, 179 p.

DUVERGER Maurice, *Méthodes des sciences sociales*, Paris : PUF, coll. Thémis. Manuels juridiques, économiques et politiques, 3^e éd., 1964, 501 p.

DUVERGER Maurice, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, vol. 1, Paris : PUF, 4^e éd., 1959, p.

DUVERGER Maurice, *Institutions politiques et droit constitutionnel, T. 1 : Les grands systèmes politiques*, Paris : PUF, coll. Thémis. Science politique, 17^e éd., 1988, 603 p.

DUVERGER Maurice, *Le système politique français*, Paris : PUF, coll. Thémis. Science politique, 21^e éd., 1996, 608 p.

EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, Tome II, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, Sceaux : Institut d'études de droit public, coll. Anthologie du droit, 2014, 908 p.

FABRE-MAGNAN Muriel, BRUNET François, *Introduction générale au droit*, Paris : PUF, coll. Thémis, 2017, 418 p.

FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, OLIVA Éric, ROUX André, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, préf. M. Waline, Paris : Dalloz, coll. Grands arrêts, 18^e éd., 2016, 930 p.

FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André, SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, coll. Précis Dalloz, 21^e éd., 2018, 1135 p.

FAVOREU Louis, MASTOR Wanda, *Les cours constitutionnelles*, Paris : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2011, 161 p.

FRANÇOIS Bastien, *Le régime politique de la V^e République*, Paris : La Découverte, coll. Repères, 5^e éd., 2010, 125 p.

GICQUEL Jean, GICQUEL Jean-Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Domat droit public, 31^e éd., 2017, 914 p.

GRAWITZ Madeleine, *Méthodes des sciences sociales*, Paris : Dalloz, coll. Précis Dalloz, 11^e éd., 2001, 1019 p.

GRZEGORCZYK Christophe, MICHAUT François, TROPER Michel (dir.), *Le positivisme juridique*, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1993, 535 p.

HÄBERLE Peter, *L'État constitutionnel*, trad. M. Roffi, préf. C. Grewe, Paris : Economica, Aix-en-Provence : PUAM, coll. Droit public positif, 2004, 268 p.

HAMON Francis, TROPER Michel, *Droit constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, Lextenso, coll. Manuel, 38^e éd., 2017, 878 p.

HART Herbert L. A., *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles : Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, 344 p.

HAURIOU Maurice, *Principes de droit public*, préf. O. Beaud, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2010, 734 p.

HAURIOU Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, préf. J. Hummel, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2015, 759 p.

JELLINEK Georg, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, préf. O. Jouanjan, Paris : Ed. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, 574 p.

JELLINEK Georg, *L'État moderne et son droit. Deuxième partie. Théorie juridique de l'État*, trad. G. Fardis, Paris : Ed. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005, 593 p.

JESTAZ Philippe, JAMIN Christophe, *La doctrine*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004, 314 p.

JOUVENEL Bertrand (de), *Du Pouvoir. Histoire naturelle de sa croissance*, Paris : Hachette Littératures, coll. Pluriel, 2006, 607 p.

KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, 367 p.

KELSEN Hans, *Théorie générale du droit et de l'État ; suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2010, 517 p.

KLEIN Claude, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 1996, 217 p.

LAUVAUX Philippe, LE DIVELLEC Armel, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris : PUF, coll. Droit fondamental. Classiques, 4^e éd., 2015, 1070 p.

LE MOIGNE Jean-Louis, *Le constructivisme, T. 1 : Les enracinements*, Paris : L'Harmattan, coll. Ingenium, 2004, 298 p.

LE MOIGNE Jean-Louis, *Le constructivisme, T. 2 : Épistémologie de l'interdisciplinarité*, Paris : L'Harmattan, coll. Ingenium, 2002, 362 p.

LE MOIGNE Jean-Louis, *Les épistémologies constructivistes*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 4^e éd., 2012, 127 p.

LOCHAK Danièle, *Les droits de l'homme*, Paris : La Découverte, coll. Repères, 2018, 127 p.

MAGNON Xavier, *Théorie(s) du droit*, Paris : Ellipses, coll. Universités – Droit, 2008, 167 p.

MILLARD Éric, *Théorie générale du droit*, Paris : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2006, 136 p.

MORABITO Marcel, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Domat droit public, 14^e éd., 2016, 558 p.

MÜLLER Friedrich, *Discours de la méthode juridique*, trad. et préf. O. Jouanjan, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1996, 438 p.

OFFENSTADT Nicolas, *L'historiographie*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 2^e éd., 2017, 127 p.

OST François, *Le temps du droit*, Paris : Odile Jacob, 1999, 376 p.

PACTET Pierre, MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Droit constitutionnel*, Paris : Sirey-Dalloz, coll. Sirey université. Série Droit public, 37^e éd., 2019, 673 p.

PINON Stéphane, *Les systèmes constitutionnels dans l'Union européenne : Allemagne, Espagne, Italie et Portugal*, Bruxelles : Larcier, coll. Europe. Manuels Larcier, 2015, 446 p.

PONTHOREAU Marie-Claire, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris : Economica, coll. Corpus. Droit public, 2010, 401 p.

RIALS Stéphane, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris : Hachette, coll. Pluriel, 1988, 771 p.

ROMI Raphaël, *Droit de l'environnement*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Domat droit public, 9^e éd., 2016, 668 p.

ROUSSEAU Dominique, VIALA Alexandre, *Droit constitutionnel*, Paris : Montchrestien, coll. Pages d'amphi, 2004, 480 p.

ROUSSEAU Dominique, GAHDOUN Pierre-Yves, BONNET Julien, *Droit du contentieux constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Domat droit public, 11^e éd., 2016, 870 p.

ROUVILLOIS Frédéric, *Droit constitutionnel, 1. Fondements et pratiques*, Paris : Flammarion, coll. Champs Université, 2015, 363 p.

SCARPELLI Uberto, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, trad. C. Clavreul, préf. L. Gianformaggio, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1996, 107 p.

SCHMITT Carl, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, préf. O. Beaud, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, 576 p.

- SÉGUR Philippe, *La responsabilité politique*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 1998, 127 p.
- SKORNICKI Arnaud, TOURNADRE Jérôme, *La nouvelle histoire des idées politiques*, Paris : La Découverte, coll. Repères, 2015, 123 p.
- TROPER Michel, *Philosophie du droit*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 4^e éd., 2015, 126 p.
- VIALA Alexandre, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, 240 p.
- VILLA Vittorio, *La science du droit*, trad. O. et P. Nerhot, Bruxelles : Story-Scientia, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1990, 209 p.
- VILLEY Michel, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001, 339 p.
- ZOLLER Élisabeth, *Droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Droit fondamental. Droit politique et théorique, 2^e éd., 1999, 642 p.

OUVRAGES SPÉCIALISÉS

- ACKERMAN Bruce, *Au nom du Peuple. Les fondements de la démocratie américaine*, trad. J.-F. Spitz, préf. P. Weil, Paris : Calmann-Lévy, coll. Liberté de l'esprit, 1998, 434 p.
- AMSELEK Paul, GRZEGORCZYK Christophe (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris : PUF, coll. Questions, 1989, 228 p.
- AUDREN Frédéric, HALPÉRIN Jean-Louis, *La culture juridique française : entre mythes et réalités, XIX^e-XX^e siècles*, Paris : CNRS éditions, 2013, 330 p.
- AUSTIN John Langshaw, *Quand dire c'est faire*, trad. G. Lane, Paris : Seuil, coll. Points. Série Essais, 1991, 202 p.
- AVRIL Pierre, *Essai sur les partis*, Paris : LGDJ, 1986, 213 p.
- AVRIL Pierre, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, 202 p.
- AVRIL Pierre, *Écrits de théorie constitutionnelle et de droit politique*, préf. A. Le Divellec, Paris : Ed. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2010, 319 p.

BACHELARD Gaston, *Le nouvel esprit scientifique*, Paris : PUF, coll. Nouvelle encyclopédie philosophique, 10^e éd., 1968, 181 p.

BACHELARD Gaston, *Essai sur la connaissance approchée*, Paris : Librairie philosophique J. Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 3^e éd., 1969, 310 p.

BACHELARD Gaston, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Paris : Librairie philosophique J. Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 13^e éd., 1986, 256 p.

BACHELARD Gaston, *La philosophie du non. Essai d'une philosophie du nouvel esprit scientifique*, Paris : PUF, coll. Quadrige, 7^e éd., 2012, 164 p.

BARANGER Denis, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2008, 315 p.

BARANGER Denis, *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes*, Paris : Gallimard, coll. L'Esprit de la cité, 2018, 339 p.

BAUZON Stéphane, *Le métier de juriste : du droit politique selon Michel Villey*, préf. F. Terré, Sainte-Foy (Québec) : Presses universitaires de Laval, coll. Diké, 2003, 226 p.

BEAUD Olivier, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, 512 p.

BEAUD Olivier, *Les derniers jours de Weimar : Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*, Paris : Descartes & Cie, coll. Droit, 1997, 253 p.

BEAUD Olivier, *Le sang contaminé. Essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, Paris : PUF, coll. Béhémoth, 1999, 172 p.

BEAUD Olivier, *Théorie de la Fédération*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2007, 446 p.

BEAUD Olivier, PASQUINO Pasquale (dir.), *La controverse sur le « gardien de la constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris : Ed. Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2007, 212 p.

BEAUD Olivier, GUÉRIN-BARGUES Cécile, *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique et critique*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Systèmes, 2^e éd., 2018, 200 p.

BECK Ulrich, GRANDE Edgar, *Pour un empire européen*, trad. A. Duthoo, Paris : Flammarion, 2007, 412 p.

BINET Jean-René, *Droit et progrès scientifique. Science du droit, valeurs et biomédecine*, Paris : PUF, coll. Partage du savoir, 2002, 298 p.

BOBBIO Norberto, *Libéralisme et démocratie*, trad. N. Giovannini, Paris : Les Éditions du Cerf, coll. Humanités, 1996, 123 p.

BOBBIO Norberto, *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret et C. Agostini, préf. R. Guastini, Louvain : Bruylant, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique, 1998, 286 p.

BOBBIO Norberto, *L'État et la démocratie internationale : de l'histoire des idées à la science politique*, trad. N. Giovannini, P. Magnette, J. Vogel, Bruxelles : Ed. Complexe, coll. Études européennes, 2001, 277 p.

BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, *Le droit, l'État et la constitution démocratique : essai de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, trad. et préf. O. Jouanjan, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2000, 318 p.

BONNET Julien, GAHDOUN Pierre-Yves (dir.), *La QPC : une révolution inachevée ?*, Paris : Institut universitaire Varenne, coll. Colloques & essai, 2016, 156 p.

BOURDIEU Pierre, *Langage et pouvoir symbolique*, Paris : Seuil, coll. Points. Série Essais, 2001, 423 p.

BOURDIEU Pierre, *Sur l'État. Cours au Collège de France 1989-1992*, Paris : Raisons d'agir, Seuil, coll. Cours et travaux, 2012, 656 p.

BRAUD Philippe, *Penser l'État*, Paris : Seuil, coll. Points. Série Essais, 2004, 248 p.

BURDEAU Georges, *Écrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, préf. J.-M. Denquin, Paris : Ed. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2011, 673 p.

BURLAMAQUI Jean-Jacques, *Principes du droit politique*, 2 vol., 1751, Caen : Centre de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, coll. Bibliothèque de philosophie politique et juridique, 1983, 303 p., 220 p.

CAPITANT René, *Démocratie et participation politique : dans les institutions françaises de 1875 à nos jours*, Paris, Bruxelles, Montréal : Bordas, coll. Études supérieures, 1972, 184 p.

CAPITANT René, *Écrits constitutionnels*, Paris : CNRS, 1982, 485 p.

CAPITANT René, *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, préf. O. Beaud, Paris : Ed. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2004, 580 p.

CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à la Théorie générale de l'État. Spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, 2 tomes, préf. É. Maulin, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, 1525 p.

COHEN-TANUGI Laurent, *Le droit sans l'État. Sur la démocratie en France et en Amérique*, préf. S. Hoffmann, Paris : PUF, coll. Quadrige. Essais, débats, 2^e éd., 2007, 273 p.

COLLIOT-THÉLÈNE Catherine, *La démocratie sans « demos »*, Paris : PUF, coll. Pratiques théoriques, 2011, 213 p.

COLLIOT-THÉLÈNE Catherine, *La sociologie de Max Weber*, Paris : La Découverte, coll. Repères, 2014, 125 p.

CONSTANT Benjamin, *Réactions politiques*, 1796.

CONSTANT Benjamin, *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, 1810, Paris : Aubier, coll. Bibliothèque philosophique, 1991, 506 p.

CONSTANT Benjamin, *Principes de politique : applicables à tous les gouvernements (version de 1806-1810)*, préf. T. Todorov, Paris : Hachette littératures, coll. Pluriel, 2006, 447 p.

CONSTANT Benjamin, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à Constitution actuelle de la France*, 1815, in *Écrits politiques*, prés. M. Gauchet, Paris : Gallimard, coll. Folio / Essais, 2010, p. 305-506.

DENQUIN Jean-Marie, *La politique et le langage*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2007, 147 p.

DUGUIT Léon, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, préf. F. Moderne, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, 636 p.

DUGUIT Léon, *Le pragmatisme juridique. Conférences prononcées à Madrid, Lisbonne et Coïmbre*, 1923, préf. S. Gilbert, Paris : La Mémoire du Droit, 2008, 252 p.

EISENMANN Charles, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, préf. C. Leben, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Droit public, 2002, 668 p.

FAVOREU Louis, *La politique saisie par le droit : alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris : Economica, 1988, 153 p.

FAVRE Pierre, *Naissances de la science politique en France (1870-1914)*, Paris : Fayard, coll. L'espace du politique, 1989, 331 p.

FREUND Julien, *L'essence du politique*, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, 867 p.

GAUCHET Marcel, *La condition historique : entretiens avec François Azouvi et Sylvain Piron*, Paris : Gallimard, coll. Folio. Essais, 2005, 482 p.

GOYARD-FABRE Simone, *Le droit et la loi dans la philosophie de Thomas Hobbes*, Paris : C. Klincksieck, 1975, 253 p.

GOYARD-FABRE Simone, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris : PUF, coll. L'interrogation philosophique, 1992, 416 p.

GOYARD-FABRE Simone, *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, Paris : PUF, coll. Thémis, 1997, 425 p.

GOYARD-FABRE Simone, *L'État, figure moderne de la politique*, Paris : A. Colin, coll. Cursus. Série Philosophie, 1999, 186 p.

GOYARD-FABRE Simone (dir.), *L'État moderne : regards sur la pensée politique de l'Europe occidentale entre 1715 et 1848*, Paris : J. Vrin, coll. Histoire des idées et des doctrines, 2000, 318 p.

GRAU Eros Roberto, *Pourquoi j'ai peur des juges : l'interprétation du droit et les principes juridiques*, Paris : Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2014, 199 p.

HACK Pierre, *La philosophie de Kelsen. Épistémologie de la Théorie pure du droit*, Genève : Helbing & Lichtenhahn, 2003, 209 p.

HARTOG François, *Régimes d'historicité : présentisme et expériences du temps*, Paris : Éd. Points, coll. Points Histoire, 2015, 321 p.

HAURIOU Maurice, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, 1933, Caen : Centre de philosophie politique et juridique, coll. Bibliothèque de philosophie politique et juridique. Textes et documents, 1986, 191 p.

HAURIOU Maurice, *Écrits sociologiques*, préf. F. Audren, M. Milet, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2009.

HAYEK Friedrich von, *Scientisme et sciences sociales : essai sur le mauvais usage de la raison*, trad. R. Barre, Paris : Presses Pocket, coll. Agora, 1991, 181 p.

HERRERA Carlos Miguel, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Québec : Presses universitaires de Laval, coll. Diké, 2004, 100 p.

HERRERA Carlos Miguel, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris : Éditions Kimé, coll. Philosophie politique, 1997, 331 p.

HOBBS Thomas, *Éléments de droit naturel et politique*, 1640, prés. D. Thivet, Paris : J. Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 2010, 254 p.

HOBBS Thomas, *Léviathan*, 1668, trad. F. Tricaud, M. Pécharman, Paris : Librairie philosophique J. Vrin, Dalloz, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 2004, 559 p.

HUME David, *Traité sur la nature humaine, Livre III : La morale*, 1739, trad. P. Saltel, Paris : Flammarion, coll. G.F., 1993, 282 p.

HUMMEL Jacky, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les Sens du droit, 2010, 171 p.

HUMMEL Jacky (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique : actes de la journée d'études organisée à la faculté de droit et de science politique de Rennes le 28 novembre 2008*, Rennes : Presses universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2010, 178 p.

JAMIN Christophe, *La cuisine du droit. L'École de Droit de Sciences Po : une expérimentation française*, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. Forum, 2013, 277 p.

JELLINEK Georg, *Révision et mutation constitutionnelles*, trad. M. A. Roy, préf. O. Jouanjan, Paris : Dalloz, coll. Droit politique. Textes fondamentaux, 2018, 97 p.

JOUANJAN Olivier, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX^e siècle*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2005, 364 p.

KANTOROWICZ Ernst Hartwig, *Les deux corps du roi : essai sur la théologie politique au Moyen âge*, trad. J.-P. et N. Genêt, Paris : Gallimard, coll. Bibliothèque des histoires, 1989, 638 p.

KELSEN Hans, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, trad. C. Eisenmann, préf. P. Raynaud, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2004, 121 p.

KELSEN Hans, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, trad. S. Baume, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2006, 138 p.

KELSEN Hans, *Qu'est-ce que la justice ?*, trad. P. Le More, J. Plourde, suivi de *Droit et morale*, trad. C. Eisenmann, préf. V. Lasserre, Genève : Markus Haller, coll. Inférences, 2012, 144 p.

KERCHOVE Michel (van de), OST François, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 1988, 254 p.

KERCHOVE Michel (van de), OST François, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 1992, 268 p.

KERVÉGAN Jean-François, *Crise et pensée de la crise en droit : Weimar, sa république et ses juristes*, Lyon : ENS éditions, coll. Theoria, 2002, 231 p.

KOSELLECK Reinhart, *L'expérience de l'histoire*, trad. M. Werner, A. Escudier, D. Meur, M.-C. Hooek-Demarle, J. Hooek, Paris : Gallimard. Seuil, coll. Points. Histoire, 1997, 247 p.

KRAMER Larry D., *The people themselves : popular constitutionalism and judicial review*, New York : Oxford University Press, 2004, 363 p.

KRIEGEL Blandine, *Les chemins de l'État*, Paris : Calmann-Lévy, coll. Histoire, 1986, 310 p.

LOUGHLIN Martin, *Public Law and Political Theory*, Oxford : Oxford University Press, 1992, 304 p.

MACCORMICK Neil, WEINBERGER Ota, *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, trad. O. Nerhot, P. Coppens, Bruxelles : Story-Scientia, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1992, 236 p.

MODERNE Franck, BON Pierre, *Les autonomies régionales dans la Constitution espagnole*, Paris : Economica, coll. Études juridiques comparatives, 1981, 169 p.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, 2 vol., prés. V. Goldschmidt, Paris : Flammarion, coll. GF, 1979, 507 p., 638 p.

MORNET David, *Les origines intellectuelles de la Révolution française 1715-1787*, 1933, Lyon : La Manufacture, 1989, 632 p.

OLIVECRONA Karl, *De la loi et de l'État. Une contribution de l'école scandinave à la théorie réaliste du droit*, trad. P. B.-G. Jonason, Paris : Dalloz, coll. Rivages du droit, 2011, 188 p.

OST François, KERCHOVE Michel (van de), *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Travaux et recherches, 1987, 602 p.

OST François, KERCHOVE Michel (van de), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 p.

PASQUINO Pasquale, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris : Odile Jacob, 1998, 262 p.

PERELMAN Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 1999, 193 p.

PIERRÉ-CAPS Stéphane, *La Multination, L'avenir des minorités en Europe centrale et orientale*, Paris : Odile Jacob, 1995, 337 p.

PINTON Michel, *L'Europe de Bruxelles ou la tentation impériale*, Paris : Éd. F.-X. de Guibert, 1994, 203 p.

POCOCK John G.A., *Vertu, commerce, histoire*, trad. H. Aji, préf. D. Baranger, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1998, 410 p.

POPPER Karl, *La logique de la découverte scientifique*, 1934, trad. N. Thyssen-Rutten, P. Devaux, préf. J. Monod, Paris : Payot, coll. Bibliothèque scientifique, 1989, 480 p.

POPPER Karl, *La quête inachevée : autobiographie intellectuelle*, 1976, trad. R. Bouveresse, Paris : Presses pocket, coll. Agora, 1989, 350 p.

PROST Antoine, *Douze leçons sur l'histoire*, Paris : Seuil, coll. Points. Histoire, 2010, 370 p.

PROUDHON Pierre-Joseph, *Contradictions politiques. Théorie du mouvement constitutionnel au XIX^e siècle (L'Empire parlementaire et l'Opposition légale)*, Paris : A. Lacroix, Verboeckhoven et Cie, 1870, 265 p.

RABAULT Hugues, *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1997, 371 p.

RAYNAUD Philippe, *Le juge et le philosophe. Essai sur le nouvel âge du droit*, Paris : A. Colin, coll. Le temps des idées, 2010, 288 p.

REUTER Paul, *La communauté européenne du Charbon et de l'Acier*, Paris : LGDJ, 1953, 320 p.

RIALS Stéphane, *Villey et les idoles : petite introduction à la philosophie du droit de Michel Villey*, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2000, 95 p.

RICŒUR Paul, *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique II*, Paris : Seuil, coll. Points. Série Essais, 1998, 452 p.

ROSS Alf, *Introduction à l'empirisme juridique : textes théoriques*, trad. E. Matzner, É. Millard, préf. É. Millard, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2004, 231 p.

ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social, Écrits politiques. Œuvres complètes III*, prés. B. Gagnebin, M. Raymond, Paris : Gallimard, coll. Bibliothèque de La Pléiade, 1964, 1978 p.

ROUSSEAU Dominique, *Sur le Conseil constitutionnel : la doctrine Badinter et la démocratie*, Paris : Descartes & Cie, coll. Droit, 1997, 194 p.

ROUSSEAU Dominique, *La V^e République se meurt, vive la démocratie*, Paris : Odile Jacob, 2007, 334 p.

ROUSSEAU Dominique, *Radicaliser la démocratie : propositions pour une refondation*, Paris : Seuil, 2015, 230 p.

SAVIGNY Friedrich Carl von, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, trad. et prés. A. Dufour, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2006, p. 218.

SCHMITT Carl, *Théologie politique*, trad. J.-L. Schlegel, Paris : Gallimard, coll. Bibliothèque des sciences humaines, 1988, 182 p.

SCHMITT Carl, *La Notion de politique ; suivi de Théorie du partisan*, Paris : Calmann-Levy, coll. Liberté de l'esprit, 1989, 329 p.

SCHMITT Carl, *Le Tribunal du Reich comme gardien de la Constitution*, trad. S. Roussel, S. Schott, préf. R. Baumert, O. Beaud, Paris : Dalloz, coll. Droit politique. Textes fondamentaux, 2017, 116 p.

SCHNAPPER Dominique, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris : Gallimard, coll. NRF Essais, 2010, 452 p.

- SCHOPENHAUER Arthur, *Le monde comme volonté et comme représentation*, Tome I, 1819, trad. A. Burdeau, Paris : Libraire F. Alcan, 6^e éd., 1912, 431 p.
- SÉGUR Philippe (dir.), *Gouvernants : quelle responsabilité ?*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques politiques, 2001, 314 p.
- SIEYÈS Emmanuel-Joseph, *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*, 1789, Paris : Société de l'histoire de la Révolution française, 1888, 93 p.
- SINTEZ Cyril, *Le constructivisme juridique. Essai sur l'épistémologie des juristes, t. 1. Les origines romaines*, Paris : Mare & Martin, coll. Libre Droit, 2014, 211 p.
- SKINNER Quentin, *Visions of Politics. Vol. I. Regarding Method*, Cambridge : Cambridge University Press, 2002, 209 p.
- SKINNER Quentin, *La vérité et l'historien*, trad. C. Hamel, Paris : Éditions EHESS, coll. Audiographie, 2012, 67 p.
- SPINOZA Baruch, *Ethique. Œuvres III*, Paris : Flammarion, coll. G.F., 2007, 378 p.
- STRAUSS Leo, *Droit naturel et histoire*, trad. M. Nathan, É. de Dampierre, Paris : Flammarion, coll. Champs essais, 2008, 323 p.
- STRAUSS Leo, *La philosophie politique et l'histoire. De l'utilité et des inconvénients de l'histoire pour la philosophie*, trad. et préf. O. Sedeyn, Paris : Librairie générale française, coll. Le Livre de poche, 2008, 413 p.
- SUEUR Jean-Jacques, *Une introduction à la théorie du droit*, préf. G. Farjat, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2001, 206 p.
- SUEUR Jean-Jacques, *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, préf. M. van de Kerchove, Québec : Presses universitaires de Laval, coll. Diké, 2011, 348 p.
- TEUBNER Gunther, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, trad. N. Boucquet, G. Maier, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1996, 393 p.
- TOCQUEVILLE Alexis (de), *L'Ancien Régime et la Révolution*, 1856, prés. J.-P. Mayer, Paris : Gallimard, coll. Folio / Histoire, 1967, 378 p.
- TOCQUEVILLE Alexis (de), *Œuvres II*, prés. A. Jardin, Paris : Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, 1992, p. 1191.
- TROPER Michel, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, 358 p.
- TROPER Michel, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2001, 334 p.
- TROPER Michel, *Le droit et la nécessité*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2011, 294 p.

TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, GRZEGORCZYK Christophe (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2005, 203 p.

TROPER Michel, JAUME Lucien (dir.), *1789 et l'invention de la constitution. Actes du colloque de Paris organisé par l'Association française de Science Politique : 2, 3 et 4 mars 1989*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, 1994, 302 p.

VEYNE Paul, *L'inventaire des différences : leçon inaugurale au Collège de France*, Paris : Seuil, 1976, 61 p.

VEYNE Paul, *Comment on écrit l'histoire ?*, Paris : Seuil, coll. Points. Histoire, 1996, 438 p.

VILLEY Michel, *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Paris : Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1969, 370 p.

VILLEY Michel, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, préf. R. Sève, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2002, 318 p.

VILLEY Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, préf. S. Rials, Paris : PUF, coll. Quadrige. Manuel, 2006, 624 p.

WALINE Marcel, *L'individualisme et le droit*, Paris : Domat Montchrestien, 1945, 426 p.

WEBER Max, *Le savant et le politique*, trad. J. Freund, préf. R. Aron, Paris : Plon, coll. Bibliothèques 10/18, 1963, 221 p.

WEBER Max, *Essais sur la théorie de la science*, trad. J. Freund, Paris : Presses pocket, coll. Agora, 1992, 478 p.

ZOLLER Élisabeth, *Histoire du gouvernement présidentiel américain*, Paris : Dalloz, 2011, 345 p.

THÈSES

ALTWEGG-BOUSSAC Manon, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne : Institution universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2013, 627 p.

ARLETTAZ Jordane, *L'État-nation à l'épreuve de la constitutionnalisation des langues régionales. Étude comparée : Belgique, Espagne, Italie, Suisse*, Paris : Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses. Droit public, 2014, 582 p.

ARNAUD Charlotte, *L'effet corroboratif de la jurisprudence*, Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses de l'institut fédératif de recherche « Mutation des normes juridiques », 2016, 595 p.

BARANGER Denis, *Parlementarisme des origines : essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1999, 408 p.

BASSET Antoine, *Pour en finir avec l'interprétation. Usages des techniques d'interprétation dans les jurisprudences constitutionnelles française et allemande*, Bayonne : Institut universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2015, 527 p.

BAUMERT Renaud, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique : les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres*, Clermont-Ferrand : Fondation Varenne, Paris : LGDJ, coll. des thèses, 2009, 612 p.

BEHRENDT Christian, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif : une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, 2006, 537 p.

BLACHÈRE Philippe, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale : « la loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »*, Paris : PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 2001, 246 p.

BLIGH Grégory, *Les bases philosophiques du positivisme juridique de H.L.A. Hart*, Bayonne : Institution universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2017, 870 p.

BOTTINI Eleonora, *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2016, 699 p.

BOUCOBZA Isabelle, *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2005, 449 p.

BRUNET François, *La normativité en droit*, Paris : Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses. Droit public, 2012, 678 p.

CATTA Jean-Régis, *Le cabinet ministériel. Essai d'analyse constitutionnelle*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2012, 400 p.

CARRÈRE Thibault, *La démocratie constitutionnelle à l'épreuve du républicanisme. Sur la dualité philosophique du constitutionnalisme moderne*, thèse dact., Montpellier, 2017, 1038 p.

CHARENTENAY (de) Simon, *Origines et développement de la loi de Hume dans la pensée juridique*, thèse dact., Montpellier I, 2008, 539 p.

DENQUIN Jean-Marie, *Référendum et plébiscite : essai de théorie générale*, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1976, 350 p.

EISENMANN Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris : Economica, Aix-en-Provence : PUAM, coll. Droit public positif, 1986, 383 p.

FELDMAN Jean-Philippe, *La bataille américaine du fédéralisme : John C. Calhoun et l'annulation (1823-1833)*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2004, 294 p.

FOURMONT Alexis, *L'opposition parlementaire en droit constitutionnel allemand et français*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2016, 837 p.

GUILLEY Thibault, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution : recherches sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Thèses, 2018, 460 p.

HEUSCHLING Luc, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, 739 p.

HUMMEL Jacky, *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : le modèle allemand de la monarchie limitée*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2002, 351 p.

LE DIVELLEC Armel, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne : contribution à une théorie générale*, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2004, 594 p.

LE FUR Louis, *État fédéral et confédération d'États*, préf. C. Leben, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2000, 839 p.

MALHIÈRE Fanny, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation) : contribution à l'étude des représentations de la justice*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2013, 665 p.

MAULIN Éric, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2003, 344 p.

MONGOIN David, *Le pari de la liberté : étude sur « Le fédéraliste »*, Paris : Classiques Garnier, coll. Politiques, 2007, 665 p.

NDIAYE Moustapha, *La construction constitutionnelle du politique en Afrique subsaharienne francophone*, thèse dact., Montpellier, 2016, 662 p.

PAPATOLIAS Apostolos, *Conception mécaniste et conception normative de la Constitution*, Athènes : Ant. N. Sakkoulas, Bruxelles : Bruylant, coll. Bibliothèque européenne. Droit constitutionnel. Science politique, 2000, 528 p.

PASQUIET-BRIAND Tanguy, *La réception de la Constitution anglaise au XIX^e siècle. Une étude du droit politique français*, Bayonne : Institut Universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2017, 984 p.

PIMENTEL Carlos-Miguel, *La main invisible du juge : l'origine des trois pouvoirs et la théorie des régimes politiques*, thèse dact., Paris, Panthéon-Assas, 2000, 700 p.

RAYNAL Pierre-Marie, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, thèse dact., Paris Panthéon-Assas, 2014, 593 p.

REDOR Marie-Joëlle, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris : Economica, Aix-en-Provence : PUAM, coll. Droit public positif, 1992, 389 p.

RICHAUD Coralie, *Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Bayonne : Institut universitaire Varenne, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2016, 484 p.

RICHIR Isabelle, *Le Président de la République et le Conseil constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1998, 395 p.

SALLES Sylvie, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2016, 779 p.

SAVONITTO Florian, *Les discours constitutionnels sur la « violation de la Constitution » sous la V^e République*, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2013, 581 p.

SCHMITZ Julia, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2013, 523 p.

TUSSEAU Guillaume, *Les normes d'habilitation*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des Thèses, 2006, 813 p.

VAN OUWERKERK Sebastiaan, *Penser les formes d'État. Un état de la pensée publiciste française*, thèse dact., Toulouse, 2019, 469 p.

VIALA Alexandre, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1999, 318 p.

ARTICLES DE REVUES

ACCETTI Carlo Invernizzi, « L'idée d'ordre dynamique et la théorie de la *Grundnorm*. Une interprétation du fondement de la validité du droit chez Hans Kelsen », *Droit et société* n° 92, 2016, p. 181-199.

AGOSTINI Christophe, « Science du droit, jugement de validité et évaluation », *Droit et société* n° 36-37, 1997, p. 460-465.

AGUILA Yann, « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *RFDC*, n° 21, 1995, p. 9-46.

AMSELEK Paul, « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *RDP* 1978, p. 5-19.

AMSELEK Paul, « Kelsen et les contradictions du positivisme juridique », *Archives de philosophie du droit* n° 28, 1983, p. 271-282.

AMSELEK Paul, « Le rôle de la pratique dans la formation du droit. Aperçus à propos de l'exemple du droit public français », *RDP* n° 6, 1983, p. 1471-1508.

AMSELEK Paul, « La part de science dans les activités des juristes », *D.* 1997, 39^e cahier, p. 337-342.

AMSELEK Paul, « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen », *Revue juridique Thémis* n° 33, 1999, p. 185-223.

ARANJO (de) Christophe, « Sur le constitutionnalisme européen », *RDP* n° 6, 2006, p. 1545-1568.

ARDANT Philippe, « Le contenu des Constitutions : variables et constantes », *Pouvoirs* n° 50, 1989, p. 31-42.

ARDANT Philippe, « Responsabilité politique et pénale des chefs d'État, des chefs de gouvernement et des ministres », *RIDC* n° 2, vol. 54, 2002, p. 465-485.

ARLETTAZ Jordane, « La constitutionnalisation des langues régionales, élément nouveau de légitimation de la souveraineté étatique. À propos de la France, l'Espagne et l'Italie », *Politeia* n° 7, 2005, p. 407-423.

ARNAUD André-Jean, « La valeur heuristique de la distinction interne/externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit : éléments d'une démystification », *Droit et société* n° 2, 1986, p. 139-141.

AVRIL Pierre, « Signification de la V^e République », *Pouvoirs* n° 4, 1978, p. 91-105.

AVRIL Pierre, « Une revanche du droit constitutionnel ? », *Pouvoirs* n° 49, 1989, p. 5-13.

AVRIL Pierre, « La Constitution : Lazare ou Janus ? », *RDP* n° 4, 1990, p. 949-960.

- AVRIL Pierre, « Les « conventions de la Constitution » », *RFDC* n° 14, 1993, p. 327-340.
- AVRIL Pierre, « La majorité parlementaire ? », *Pouvoirs* n° 68, 1994, p. 45-53.
- AVRIL Pierre, « Trois remarques à propos des réquisitions du ministère public dans l'affaire du sang contaminé », *RDP* n° 2, 1999, p. 395-400.
- AVRIL Pierre, « Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international. À propos de l'interprétation littérale de l'article 68 de la Constitution », *RFDA* n° 5, 1999, p. 715-716.
- AVRIL Pierre, « Le cadre et le tableau », *RFDC* n° 43, 2000, p. 501-504.
- AVRIL Pierre, « Des conventions à la révision de la Constitution », *RFDC HS* n° 2, 2008, p. 49-53.
- AVRIL Pierre, « Penser le droit politique », *Jus politicum* n° 20, novembre 2018.
- AVRIL Pierre, « Penser le droit politique (suite) », *Jus politicum* n° 20, décembre 2018.
- AVRIL Pierre, GICQUEL Jean, « La IV^e entre deux Républiques », *Pouvoirs* n° 76, 1996, p. 27-43.
- BANCAUD Alain, « Considérations sur une « pieuse hypocrisie » : la forme des arrêts de la Cour de cassation », *Droit et société* n° 1, vol. 7, 1987, p. 373-387.
- BARANGER Denis, « Une tragédie de la responsabilité. Remarques autour du livre d'Olivier Beaud : *Le sang contaminé* », *RDP* n° 1, 1999, p. 27-36.
- BARANGER Denis, « Temps et constitution », *Droits* n° 30, 2000, p. 45-70.
- BARANGER Denis, « La fin de la morale constitutionnelle (de la « constitution coutumière » aux conventions de la constitution) », *Droits* n° 32, 2000, p. 47-68.
- BARANGER Denis, « Les constitutions de Michel Troper », *Droits* n° 37, 2003, p. 123-147.
- BARANGER Denis, « Dire son droit à la société maîtresse d'elle-même », *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique* n° 1, 2005, p. 249-256.
- BARANGER Denis, « Le dépérissement de la pensée institutionnelle sous la V^e République », *Droits* n° 44, 2006, p. 33-50.
- BARANGER Denis, « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.
- BARANGER Denis, « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 259-308.

BARANGER Denis, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

BARANGER Denis, « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels. À propos de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac », *Jus politicum* n° 11, décembre 2013.

BARANGER Denis, « Théorie et pratique du principe de majorité dans les droits constitutionnels européens », *Jus politicum* n° 15, janvier 2016.

BARANGER Denis, « Un chantier qui ne prend jamais fin. Le juge, les révisions, et les autres formes de changement constitutionnel dans la France contemporaine », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017.

BARANGER Denis, « Comprendre le « bloc de constitutionnalité », *Jus politicum* n°s 20-21, juillet 2018.

BARANGER Denis, « Brexit as a Constitutional Decision: An interpretation » *Jus politicum* n°s 20-21, juillet 2018.

BARROCHE Julien, « Maurice Hauriou, juriste catholique ou libéral ? », *RFHIP* n° 28, 2008, p. 307-335.

BASTIT Michel, « Villey et Perelman : argumentation avec ou sans ontologie ? », *Droit & Philosophie* vol. 8, 2016, p. 75-88.

BATEMAN Simone, « La neutralité axiologique face à une pratique moralement controversée », *Travail, genre et sociétés* n° 15, 2006, p. 169-175.

BAUME Sandrine, « De l'usage des pouvoirs neutres », *Pouvoirs* n° 143, 2012, p. 17-27.

BAUMERT Renaud, « Carl Schmitt contre le parlementarisme weimarien », *RFSP*, vol. 58, 2008, p. 5-37.

BEAUD Olivier, « Les conventions de la Constitution », *Droits* n° 3, 1986, p. 125-135.

BEAUD Olivier, « Hauriou et le droit naturel », *Revue d'histoire des facultés de droit et de science juridique* n° 6, 1988, p. 123-138.

BEAUD Olivier, « La notion d'État », *Archives de philosophie du droit* n° 35, 1990, p. 119-141.

BEAUD Olivier, « L'honneur perdu de l'État ? », *Droits* n° 15, 1992, p. 3-10.

BEAUD Olivier, « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht », *RFDA* n° 6, 1993 p. 1045-1068.

BEAUD Olivier, « Le Souverain », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 33-45.

BEAUD Olivier, « La souveraineté dans la « Contribution à la théorie générale de l'État » de Carré de Malberg », *RDP* n° 5, 1994, p. 1251-1301.

BEAUD Olivier, « Pour une autre lecture de Ronald Dworkin, théoricien de la pratique juridique. À propos de *Prendre les droits au sérieux* », *Droits* n° 25, 1997, p. 135-161.

BEAUD Olivier, « Le traitement constitutionnel de l'affaire du sang contaminé. Réflexions critiques sur la criminalisation de la responsabilité et la criminalisation du droit constitutionnel », *RDP* n° 4, 1997, p. 995-1022.

BEAUD Olivier, « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *RDP* n° 1, 1998, p. 83-122.

BEAUD Olivier, « La contribution de l'irresponsabilité présidentielle au développement de l'irresponsabilité politique sous la V^e République », *RDP* n^{os} 5-6, 1998, p. 1541-1561.

BEAUD Olivier, « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle - À propos d'un ouvrage récent », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 6, janvier 1999, p. 68-77.

BEAUD Olivier, « Du double écueil de la criminalisation de la responsabilité et de la justice politique », *RDP* n° 2, 1999, p. 419-456.

BEAUD Olivier, « À propos de la démission de M. Strauss-Kahn et d'une prétendue « jurisprudence Bérégovoy-Balladur » », *RDP* n° 6, 1999, p. 1585-1598.

BEAUD Olivier, « La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants », *Pouvoirs* n° 92, 2000, p. 17-30.

BEAUD Olivier, « Joseph Barthélemy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits* n° 32, 2000, p. 89-108.

BEAUD Olivier, « Les mutations de la V^e République ou comment se modifie une Constitution écrite », *Pouvoirs* n° 99, 2001, p. 19-31.

BEAUD Olivier, « La controverse doctrinale autour de la responsabilité pénale du Président de la République. Pour une autre interprétation de l'article 68 de la Constitution », *RFDA* n° 6, 2001, p. 1187-1203.

BEAUD Olivier, « Découvrir un grand juriste : le « premier » René Capitant », *Droits* n° 35, 2002, p. 163-194.

BEAUD Olivier, « Carl Schmitt, juriste nazi ou juriste qui fut nazi ? », *Droits* n° 40, 2004, p. 215-216.

BEAUD Olivier, « La question de l'homogénéité dans une Fédération », *Lignes* n° 13, 2004, p. 110-129.

BEAUD Olivier, « Quelques remarques sur une histoire subjective de la pensée juridique allemande », *Droits* n° 42, 2005, p. 163-176.

BEAUD Olivier, « À la recherche de la légitimité de la V^e République », *Droits* n° 44, 2006, p. 71-92.

BEAUD Olivier, « L'Europe vue sous l'angle de la Fédération. Le regard paradoxal de Paul Reuter », *Droits* n° 45, 2007, p. 47-72.

BEAUD Olivier, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

BEAUD Olivier, « Un plaidoyer modéré en faveur d'un tel contrôle » [à propos du contrôle des lois de révision constitutionnelle], *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 27, janvier 2010, p. 43-45.

BEAUD Olivier, « Remarques introductives sur l'absence d'une théorie des libertés publiques dans la doctrine publiciste. Ouverture d'un colloque de l'Institut Villey », *Jus politicum* n° 5, décembre 2010.

BEAUD Olivier, « La part de la doctrine dans la création du droit public. Propos introductifs », *Revue de droit d'Assas* n° 4, 2011, p. 30.

BEAUD Olivier, « Quand un juriste explique et déconstruit l'État », *Critique* n° 780, 2012, p. 401-410.

BEAUD Olivier, « Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg. Ou comment articuler le citoyen, l'État et la démocratie », *Jus politicum* n° 8, septembre 2012.

BEAUD Olivier, « La multiplication des pouvoirs », *Pouvoirs* n° 143, 2012, p. 47-59.

BEAUD Olivier, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle (à propos de la décision du 9 août 2012) », *Jus politicum* n° 9, juillet 2013.

BEAUD Olivier, « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *Jus politicum* n° 11, décembre 2013.

BEAUD Olivier, « Une question négligée dans le droit de la nationalité : la question de la nationalité dans une Fédération », *Jus politicum* n° 12, juillet 2014.

BEAUD Olivier, « Nationalisations et souveraineté de l'État », *Histoire@Politique. Politique, culture, société*, n° 24, 2014 ; https://www.histoire-politique.fr/documents/24/dossier/pdf/HP24_Dossier_Olivier_Beaud_def.pdf.

BEAUD Olivier, « Propos introductifs », *Jus politicum* n° 14, juin 2015.

BEAUD Olivier, « Le principe majoritaire dans la théorie constitutionnelle des formes politiques », *Jus politicum* n° 15, janvier 2016.

BEAUD Olivier, « Le cas français : l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017.

BEAUD Olivier, « Le Conseil constitutionnel sur la souveraineté et ses approximations », *Jus politicum* n° 21, juillet 2018.

BEAUD Olivier, BLANQUER Jean-Michel, « Le principe d'irresponsabilité. La crise de la responsabilité politique sous la V^e République », *Le Débat* n° 108, 2000, p. 32-44.

BEAUD Olivier, WACHSMANN Patrick, « Ouverture », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

BELLOUBET Nicole, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel : modifier et réformer », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n°^{os} 55-56, 2017, p. 5-21.

BENETTI Julie, « La saisine parlementaire (au titre de l'article 61 de la Constitution) », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 38, janvier 2013, p. 85-98.

BERLIA Georges, « De la compétence des assemblées constituantes », *RDP* 1945, p. 353-365

BIDÉGARAY Christian, « Pierre Avril à la recherche des « Conventions de la Constitution » », *RFSP* vol. 48, 1998, p. 664-672.

BIDÉGARAY Christian, « Le principe de responsabilité fondement de la démocratie. Petite promenade dans les allées du « jardin des délices démocratiques » », *Pouvoirs* n° 92, 2000, p. 5-16.

BIGAUT Christian, CHANTEBOUT Bernard, « De l'irresponsabilité prétendue des ministres sous la V^e République », *Pouvoirs* n° 92 2000, p. 77-90.

BLANQUER Jean-Michel, « La Ve République et la souveraineté. Débat entre Bertrand Badie et Stéphane Pierré-Caps », *L'Europe en formation* n° 368, 2013 p. 21-32.

BLECKMANN Albert, « L'État de droit dans la Constitution de la République fédérale d'Allemagne », *Pouvoirs* n° 22, 1982, p. 5-28.

BON Pierre, « Le Conseil constitutionnel français et le modèle des Cours constitutionnelles européennes », *Revista Española de Derecho constitucional* n° 32, 1991, p. 45-72.

BOTTINI Fabien, « La promulgation des lois parlementaires » *RFDC* n° 76, 2008, p. 761-784.

BOUCOBZA Isabelle, « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire », *Pouvoirs* n° 43, 2012, p. 73-87.

BOUMARD Patrick, « Autour du mot « institution » », *Recherche et formation* n° 23, 1996, p. 151-161.

BOURDIEU Pierre, « Les modes de domination », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n^{os} 2-3, vol. 2, 1976, p. 122-132.

BOURDIEU Pierre, « Les rites comme actes d'institution », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 43, juin 1982, p. 58-63.

BOURDIEU Pierre, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales* n° 1, vol. 64, 1986, p. 3-19.

BOURDIEU Pierre, « Habitus, code et codification », *Actes de la recherche en sciences sociales* n° 1, vol. 64, 1986, p. 40-44.

BOURMAUD Daniel, « Les V^{es} Républiques. Monarchie, dyarchie, polyarchie. Variations autour du pouvoir sous la V^e République », *Pouvoirs* n° 99, 2001 p. 7-17.

BRUNET François, « La justice sans le juriste ? L'épistémologie juridique d'après Kelsen », *RIEJ* n° 71, 2013, p. 191-211.

BRUNET Pierre, « Alf Ross et la conception référentielle de la signification en droit », *Droit et société* n° 50, 2002, p. 19-29.

BRUNET Pierre, « Michel Troper et la « théorie » générale de l'État. État général d'une théorie », *Droits* n° 37, 2003, p. 87-110.

BRUNET Pierre, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits* n° 39, 2004, p. 197-217.

BRUNET Pierre, « Le droit est-il obligatoire ? La réponse positiviste à travers une analyse critique du « néoconstitutionnalisme » », *Le Genre humain* n° 44, 2005, p. 245-260.

BRUNET Pierre, « La démocratie, entre essence et expérience. Réponse à Dominique Rousseau », *La vie des idées*, 9 octobre 2008 ; <https://laviedesidees.fr/La-democratie-entre-essence-et.html>.

BRUNET Pierre, « La part de la doctrine dans la création du droit constitutionnel », *Revue de droit d'Assas* n° 4, 2011 p. 39-45.

BRUNET Pierre, « Introduction : la hiérarchie des normes, fétiche ou nécessité ? », *Revus* n° 21, 2013, p. 5-10.

BRUNET Pierre, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, MILLARD Éric, « Mariage pour tous : les juristes peuvent-ils parler « au nom du Droit » ? », *D.* 2013, p. 784-785.

BURDEAU Georges, « L'acquis de la science politique française », *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle* n^{os} 25-26, 1957, p. 50-56.

BURDEAU Georges, « L'État entre le consensus et le conflit », *Pouvoirs* n^o 5, 1978, p. 65-74.

CAILLOSSE Jacques, « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs », *Droit et société* 1994 p. 127-154.

CAMY Olivier, « Le retour au décisionnisme : l'exemple de l'interprétation des pratiques constitutionnelles par la doctrine française », *RDP* n^o 4, 1996, p. 1019-1067.

CANDIDE Lucie (pseudonyme), « Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gazette du Palais* n^o 278, 4 octobre 2012, p. 7.

CARCASSONNE Guy, « Immuable Ve République », *Pouvoirs* n^o 126, 2008, p. 27-35.

CARCASSONNE Guy, « Un plaidoyer résolu en faveur d'un tel contrôle sagement circonscrit [à propos du contrôle des lois de révision constitutionnelle] », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n^o 27, janvier 2010, p. 46-47.

CARPENTIER Mathieu, « Controverses sur la « nature » du droit. Enjeux théoriques et méthodologiques », *Droit & Philosophie* vol. 9-2, 2018, p. 97-153.

CARRÈRE Thibault, « Sur le néo-républicanisme et la science de l'histoire constitutionnelle », *Jus politicum* n^o 14, juin 2015.

CARRÈRE Thibault, « Le droit constitutionnel au secours de la politique ? À propos d'un ouvrage de Jeremy Waldron », *Jus politicum* n^o 19, janvier 2018.

CARTIER Emmanuel, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *RFDC* n^o 67, 2006, p. 509-534.

CAYLA Olivier, « « Si la volonté générale peut errer ». À propos de « l'erreur manifeste d'appréciation » du législateur », *Le temps des savoirs. Revue interdisciplinaire* n^o 2, 2000, p. 61-90.

CAYLA Olivier (dir.), « Débat autour de la décision du Conseil constitutionnel n^o 2010-613 DC du 7 octobre 2010 », *D.* 2011, p. 1166-1170.

CHALTIEL Florence, « Le pouvoir constituant, marque contemporaine de souveraineté. À propos du refus présidentiel de révision constitutionnelle », *D.* 2000, p. 225-228.

CHALTIEL Florence, « La souveraineté du pouvoir constituant dérivé : développements récents », *Petites affiches* n^o 123, 20 juin 2006, p. 7-9.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Alf Ross : droit et logique », *Droit et société* n° 50, 2002, p. 29-42.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « La théorie générale de l'État est aussi une théorie des libertés fondamentales », *Jus politicum* n° 8, septembre 2012.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Kelsen et Bobbio, deux regards positivistes sur les droits de l'Homme », *Droit & Philosophie* vol. 8, 2016, p. 171-193.

CHAZAL Jean-Pascal, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Archives de philosophie du droit* n° 45, 2001, p. 303-333.

CHEMILLIER-GENDREAU Monique, « Le concept de souveraineté a-t-il encore un avenir ? », *RDP* n° 5, 2014, p. 1283-1309.

CHEVALLIER Jacques, « La coutume et le droit constitutionnel français », *RDP* n° 6, 1970, p. 1375-1416.

CHEVALLIER Jacques, « L'État-nation », *RDP* n° 5, 1980, p. 1273-1302.

CHEVALLIER Jacques, « La fin des écoles ? », *RDP* n° 2, 1997, p. 679-700.

CHEVALLIER Jacques, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société* n° 50, 2002, p. 103-119.

CHEVALLIER Jacques, « Le regard de Jacques Chevallier [à propos du droit en contexte] », *RIEJ* n° 70, 2013, p. 60-61.

CHRESTIA Philippe, « Responsabilité politique et responsabilité pénale entre fléau de la balance et fléau de société », *RDP* n° 3, 2000, p. 739-778.

CITOT Vincent, « L'idée d'humanité, par-delà l'universalisme métaphysique et le relativisme nihiliste », *Le Philosophoïre* n° 31, 2009, p. 89-112.

COENEN-HUTHER Jacques, « La sociologie des sciences entre positivisme et sociologisme », *Revue européenne des sciences sociales* vol. XL, 2002, p. 219-231.

COHEN-TANUGI Laurent, « Qui a peur du Conseil constitutionnel ? », *Le Débat* n° 43, 1987, p. 53-68.

COLLIOT-THÉLÈNE Catherine, « La fin du monopole de la violence légitime ? », *Revue d'études comparatives Est-Ouest* vol. 34, 2003, p. 5-31.

COLLIOT-THÉLÈNE Catherine, « Après la souveraineté : que reste-t-il des droits subjectifs ? », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

CONSTANTINESCO Vlad, « Le fédéralisme : d'un anti-étatisme à un a-étatisme ? », *L'Europe en formation* n° 355, 2010, p. 41-52.

CONSTANTINESCO Vlad, « La souveraineté est-elle soluble dans l'Union européenne ? », *L'Europe en formation* n° 368, 2013, p. 119-135.

CONTE Philippe, « Brèves remarques d'un pénaliste », *RDP* n° 2, 1999, p. 401-408.

COPPENS Philippe, « Introduction à l'article de H. Kelsen », *Droit et société* n° 22, 1992, p. 533-550.

CORCUFF Philippe, « Le savant et le politique », *SociologieS* 2011 : <http://journals.openedition.org/sociologies/3533>.

DAUGERON Bruno, « Jacky Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris, Michel Houdiard éditeur, 2010, 171 p. », *Jus politicum* n° 9, juillet 2013.

DAUGERON Bruno, « Le Conseil constitutionnel a-t-il une théorie de la représentation ? », *Jus politicum* n° 21, juillet 2018.

DAUGERON Bruno, « Brèves réflexions sur le rapport entre le droit constitutionnel non écrit et le droit politique », *Encyclopédie de droit politique*, en ligne : <http://droitpolitique.com/publications/article/344/breves-reflexions-sur-le-rapport-entre-le-droit-constitutionnel-non-ecrit-et-le-droit-politique>.

DAUGERON Bruno, LE POURHIET Anne-Marie, ROUX Jérôme, STOFFEL-MUNCK Philippe, « Mariage pour tous, silence pour quelques-uns...*Tu patere legem quam ipse fecisti* », *D.* 2013, p. 933-934.

DELANNOI Gil, « David Hume, le plus grand philosophe des Lumières ? », *Commentaire* n° 142, 2013, p. 386-388.

DELCAMP Alain, « Après le triomphe du « droit constitutionnel jurisprudentiel », peut-on encore « penser » les institutions ? », *RFDC* n° 100, 2014, p. 865-877.

DELPÉRIÉE Francis, « Le renouveau du droit constitutionnel », *RFDC* n° 74, 2008, p. 227-237.

DENQUIN Jean-Marie, « Recherche sur la notion de majorité sous la V^e République », *RDP* n° 4, 1993, p. 949-1015.

DENQUIN Jean-Marie, « Le déclin du référendum sous la V^e République », *RDP* n° 5-6, 1998, p. 1582-1610.

DENQUIN Jean-Marie, « Repenser le droit constitutionnel », *Droits* n° 32, 2000, p. 3-6.

DENQUIN Jean-Marie, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits* n° 32, 2000, p. 33-46.

DENQUIN Jean-Marie, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

DENQUIN Jean-Marie, « Que veut-on dire par « démocratie » ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus politicum* n° 2, mars 2009.

DENQUIN Jean-Marie, « Pour en finir avec la crise de la représentation », *Jus politicum* n° 4, juillet 2010.

DENQUIN Jean-Marie, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

DENQUIN Jean-Marie, « Remarques sur la situation du droit constitutionnel en France », *RDP* n° 6, 2014, p. 1472-1482.

DENQUIN Jean-Marie, « Trois remarques sur le droit constitutionnel non écrit », *Encyclopédie de droit politique*, en ligne : <http://droitpolitique.com/publications/article/343/trois-remarques-sur-le-droit-constitutionnel-non-ecrit>.

DEROSIER Jean-Philippe, « Qu'est-ce qu'une révolution juridique ? Le point de vue de la théorie générale du droit », *RFDC* n° 102, 2015, p. 391-404.

DESMONS Éric, « Le normativisme est une scolastique (Brèves considérations sur l'avènement de la démocratie spéculaire présentée comme un progrès) », *Droits* n° 32, 2000, p. 21-32.

DESMONS Éric, « Peut-on encore critiquer la politique des droits de l'homme ? », *RDLF* 2019, chron. n° 26.

DISANT Mathieu, « Les effets dans le temps des décisions QPC. Le Conseil constitutionnel, « maître du temps » ? Le législateur, bouche du Conseil constitutionnel ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 40, juin 2013, p. 63-82.

DORAY Marc, « Le (néo)normativisme, constructivisme inachevé », *IX^e Congrès de l'AFDC*, Atelier E, Lyon, juin 2014, http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLE/E-doray_T2.pdf.

DORD Olivier, « La QPC et le Parlement : une bienveillance réciproque », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 38, janvier 2013, p. 23-36.

DRAGO Guillaume, « L'influence de la QPC sur le Parlement ou la loi sous la dictée du Conseil constitutionnel », *Jus politicum* n° 6, octobre 2011.

DRAGO Guillaume, « La qualité de l'argumentation constitutionnelle », *RFDC* n° 102, 2015, p. 335-352.

DUBOUT Édouard, « « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC* n° 83, 2010, p. 451-482.

DUFFY-MEUNIER Aurélie, « La Cour suprême au Royaume-Uni après le *Constitutional Reform Act* 2005 : une juridiction hors norme », *Jus politicum* n° 9, juillet 2013.

DUGUIT Léon, « Le droit constitutionnel et la sociologie », *Revue internationale de l'enseignement*, 1889, p. 3-24.

DUGUIT Léon, « Les doctrines juridiques objectivistes », *RDP* 1927, p. 537-573.

DUVERGER Maurice, LUCHAIRE François, GICQUEL Jean, DUHAMEL Olivier, CHARLOT Jean, COLLIARD Jean-Claude, LANCELOT Alain, PARODI Jean-Luc, CHAUDET Jean-Pierre, LECLERCQ Claude, HAMON Léo, « La V^e République : primauté présidentielle ou fait majoritaire ? », *Pouvoirs* n° 4, 1978, p. 123-131.

DWORKIN Ronald, « Controverse constitutionnelle », *Pouvoirs* n° 59, 1991, p. 5-16.

DYÈVRE Arthur, « Comprendre et analyser l'activité décisionnelle des cours et des tribunaux : l'intérêt de la distinction entre interprétation et concrétisation », *Jus politicum* n° 4, juillet 2010.

EISENMANN Charles, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit* n° 11, 1966, p. 25-43.

EMERI Claude, « De l'irresponsabilité présidentielle », *Pouvoirs* n° 41, 1987, p. 133-150.

ESCUDIER Alexandre, « « Temporalisation » et modernité politique : penser avec Koselleck », *Annales HSS* n° 6, 2009, p. 1269-1301.

FALQUE-PIERROTIN Isabelle, « La Constitution et l'Internet », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 36, juin 2012, p. 31-44.

FARIA Paulo, « Sur la règle de reconnaissance », *Cahiers de Fontenay* n°^{os} 67-68, 1992, p. 161-188.

FAVOREU Louis, « Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », *RDP* n° 2, 1982, p. 377-420.

FAVOREU Louis, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC* n° 1, 1990, p. 71-89.

FAVOREU Louis, « De la démocratie à l'État de droit », *Le Débat* n°64, 1991, p. 158-162.

FAVOREU Louis, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC* n° 2, vol. 46, 1994, p. 557-581.

FAVOREU Louis, « Légalité et constitutionnalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 3, novembre 1997, p. 73-81.

FAVRE Pierre, « Retour à la question de l'objet. Ou faut-il disqualifier la notion de discipline ? », *Politix* n° 29, vol. 8, 1995, p. 141-157.

FELDMAN Jean-Philippe, « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *RFDC* n° 83, 2010, p. 483-496.

FLEURY Laurent, « Le paradoxe de l'avènement d'un événement : la fin de l'histoire à l'épreuve de la chute du Mur », *Écrire l'histoire* n° 15, 2015, p. 79-87.

FOULQUIER Norbert, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », *Jus politicum* n° 2, mars 2009.

FOYER Jean, « Pour la suppression du Conseil constitutionnel », *Revue administrative* n° 301, 1999, p. 97-101.

FRANÇOIS Bastien, « Le juge, le droit et la politique : éléments d'une analyse politiste », *RFDC* n° 1, 1990, p. 49-69.

FRANÇOIS Bastien, « Une revendication de juridiction. Compétence et justice dans le droit constitutionnel de la Ve République », *Politix* n° 10-11, 1990, p. 92-109.

FRANÇOIS Bastien, « Le Conseil constitutionnel et la Cinquième République. Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France », *RFSP* n° 3-4, vol. 47, 1997, p. 377-404.

FRANÇOIS Bastien, « Maurice Duverger, la gloire avant l'oubli (en France) », *Revue internationale de politique comparée* vol. 17, 2010, p. 23-38.

FURET François, « Concepts juridiques et conjoncture révolutionnaire », *Annales* n° 47-6, 1992, p. 1185-1194.

GAUCHET Marcel, « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Le Débat* n° 110, 2003, p. 258-288.

GAUDEMET Jean, « Études juridiques et culture historique », *Archives de philosophie du droit* n° 4, 1959, p. 11-21.

GAUDEMET Paul-Marie, « La séparation des pouvoirs, mythe et réalités », *D.* 1961, chron. XXIII, p. 121-150.

GÉRARD Philippe, « L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes », *RIEJ* n° 65, 2010, p. 65-83.

GIRARDET Raoul, « Autour de la notion de tradition politique. Essai de problématique », *Pouvoirs* n° 42, 1987, p. 5-14.

GLÉNARD Guillaume, « Pour une analyse contextualiste du droit constitutionnel (l'exemple de la constitution de 1791) », *Droits* n° 32, 2000, p. 67-87.

GOUTTES Régis (de), « Conclusions sur l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 10 octobre 2001 », *RFDC* n° 49, 2002, p. 51-78.

GOYARD-FABRE Simone, « De quelques ambiguïtés du positivisme juridique », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n° 13, 1988, p. 23-44.

GOYARD-FABRE Simone, « L'innovation dans le champ juridique ou le passé recomposé », *Revue de métaphysique et de morale* n° 83, 2014, p. 311-326.

GUASTINI Riccardo, « Le réalisme juridique redéfini » *Revus* n° 19, 2013, p. 113-129.

GUÉNAIRE Michel, « La Constitution ou la fin de la politique », *Le Débat* n° 64, 1991, p. 146-153.

GUÉRIN-BARGUES Cécile, « Le droit politique entre normativisme et *soft law* : à propos de l'ouvrage d'Eleonora Bottini, *La sanction constitutionnelle, étude d'un argument doctrinal* », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017.

GUILHAUMOU Jacques, « De l'histoire des concepts à l'histoire linguistique des usages conceptuels », *Genèses* n° 38, 2000, p. 105-118.

GUILLAUME Marc, « Des cycles constitutionnels et de la VI^e République », *Pouvoirs* n° 65, 1993, p. 111-128.

GUILLAUME Marc, « L'autorité des décisions du Conseil : vers de nouveaux équilibres ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 30, janvier 2011, p. 49-75.

GUILLAUME Marc, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel », *AJJC* n° 28, 2012, p. 49-51.

GUILLUY Thibault, « Les juges britanniques face au Brexit : Une revanche posthume du droit de l'Union européenne », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017.

GUSY Christoph, « Considérations sur le droit politique », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

HALÉVI Ran, « La déconstitution de l'Ancien Régime. Le pouvoir constituant comme acte révolutionnaire », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

HALPÉRIN Jean-Louis, « Histoire du droit et théorie du droit. Un essai de conciliation », *Archives de philosophie du droit* n° 51, 2008, p. 281-296.

HALPÉRIN Jean-Louis, « Le recul de l'École historique du droit ou le déclin de la méthode savignicienne », *Annuaire de l'Institut Michel Villey* vol. 1, 2009, p. 101-116.

HALPÉRIN Jean-Louis, « La question prioritaire de constitutionnalité : une révolution dans l'histoire du droit français ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 28, juillet 2010, p. 31-34.

HALPÉRIN Jean-Louis, « Le droit et ses histoires », *Droit et société* n° 75, 2010, p. 295-313.

HALPÉRIN Jean-Louis, « Pourquoi parler d'une histoire conceptuelle du droit ? », *Revue d'histoire des sciences humaines* n° 30, 2017, p. 31-48.

HALLEUX Jean, « L'Objet de la science sociale. Introduction générale à la sociologie », *Revue néo-scolastique*, n° 12, 1896, p. 341-357.

HAURIOU Maurice, « Les facultés de droit et la sociologie », *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, tome XVII, 1893, p. 3-8.

HEINICH Nathalie, « La sociologie à l'épreuve des valeurs », *Cahiers internationaux de sociologie* n° 121, 2006, p. 287-315.

HERRERA Carlos Miguel, « Quelques remarques à propos de la notion d'État de droit », *L'homme et la société* n° 113, 1994, p. 89-103.

HERRERA Carlos Miguel, « Culture juridique et politique : une introduction », *Revue internationale de Sémiotique juridique* vol. 29, 2016, p. 721-727.

HEUSCHLING Luc, « De l'intérêt de la théorie, de la théorie générale de l'État, de la théorie constitutionnelle. À propos d'un livre récent de Matthias Jestaedt », *Jus politicum* n° 5, décembre 2010.

HEUSCHLING Luc, « Le relativisme des valeurs, la science du droit et la légitimité. Retour sur l'épistémologie de Max Weber », *Jus politicum* n° 8, septembre 2012.

HOCHMANN Thomas, « Négationnisme : le Conseil constitutionnel entre ange et démon », *RDLF* 2016, chron. n° 03.

HOCHMANN Thomas, « Hans Kelsen et le constitutionnalisme global : Théorie pure du droit et projet politique », *Jus politicum* n° 19, janvier 2018.

HOWES David, « De l'oralité et de la lettre de la loi », *Droit et société* n° 32, 1996, p. 27-49.

HUARD Raymond, « La tradition politique : émergence, contenus, devenir », *Pouvoirs* n° 42, 1987, p. 15-29.

HUMMEL Jacky, « La volonté dans la pensée juridique de Jhering », *Droits* n° 28, 1999, p. 71-81.

HUMMEL Jacky, « État et ordre juridique dans la doctrine publiciste allemande au XIX^e siècle », *Droits* n° 35, 2002, p. 25-40.

HUMMEL Jacky, « L'introuvable vérité du droit public ou l'éclipse du politique dans le discours juridique », *Droits* n° 42, 2005, p. 183-198.

HUMMEL Jacky, « Guizot, théoricien de la légitimité », *RDP* n° 4, 2006, p. 903-914.

HUMMEL Jacky, « L'autonomie illusoire de la volonté. Sur la « théorie pure du droit » de Schopenhauer », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 207-229.

HUMMEL Jacky, « Histoire et temporalité constitutionnelles », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

HUMMEL Jacky, « La doctrine metternichienne et le contrôle confédéral des révisions constitutionnelles. Sur l'usage politique d'une fiction constitutionnelle », *Jus politicum* n° 18, juillet 2017.

JAKAB András, « La doctrine kelsénienne du droit international : entre l'épistémologie et la politique », *Droits* n° 45, 2007, p. 209-222.

JAKAB András, « Problèmes de la *Stufenbaulehre*. L'échec de l'idée d'inférence et les perspectives de la théorie pure du droit », *Droit et société* n° 66, 2007, p. 411-447.

JAN Pascal, « Loi sur le renseignement : la saisine présidentielle doit-elle être motivée ? », *D.* 2015, p. 1047-1048.

JAUME Lucien, TROPER Michel, « Le projet de Constitution européenne et la question du pouvoir constituant », *Cités* n° 13, 2003, p. 101-111.

JAVARY Baptiste, « Le rôle préconstituant des comités d'experts », *Jurisdoctoria* n° 10, 2013, p. 177-200.

JECA Jean, « Faut-il revisiter Georges Burdeau ? Retour sur une conception (« dépassée »?) de la science politique d'un « constitutionnaliste » déçu et nostalgique », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

JOUANJAN Olivier, « La suspension de la Constitution de 1793 », *Droits* n° 17, 1993, p. 125-138.

JOUANJAN Olivier, « Justice constitutionnelle et révision de la Constitution », *AIJC*, 1994, p. 229-244.

JOUANJAN Olivier, « La doctrine juridique allemande. « Rénovation du droit » et positivisme dans la doctrine du III^e Reich », *Le Genre humain* n^{os} 30-31, 1996, p. 463-496.

JOUANJAN Olivier, « La volonté dans la science juridique allemande du XIX^e siècle : itinéraires d'un concept, entre droit romain et droit politique », *Droits* n° 28, 1999, p. 47-69.

JOUANJAN Olivier, « Ce que « donner une constitution à l'Europe » veut dire », *Cités* n° 13, 2003, p. 21-35.

JOUANJAN Olivier, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales* vol. XLI, 2003, p. 129-144.

JOUANJAN Olivier, « Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'État ? Point de vue français », *RUDH* vol. 15, 2003, p. 99-107.

JOUANJAN Olivier, « Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918) : un essai d'explication », *Droits* n° 42, 2005, p. 153-162.

JOUANJAN Olivier, « Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? », *Droits* n° 43, 2006, p. 73-90.

JOUANJAN Olivier, « Justifier l'injustifiable », *Astérion. Philosophie, histoire des idées, pensée politique*, n° 4, 2006, p. 123-156.

JOUANJAN Olivier, « Christian Behrendt – *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif* [compte-rendu] », *RIDC* n° 4, vol. 49, 2007, p. 433-437.

JOUANJAN Olivier, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus politicum* n° 2, mars 2009.

JOUANJAN Olivier, « Savigny et la lecture des classiques », *Annuaire de l'Institut Michel Villey* vol. 1, 2009, p. 141-154.

JOUANJAN Olivier, « Les aventures du sujet dans la narration villeyenne de l'histoire de la pensée juridique », *Droit et société* n° 71, 2009, p. 27-45.

JOUANJAN Olivier, « La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes », *Droits* n° 54, 2011, p. 27-48.

JOUANJAN Olivier, « Et si l'on ne faisait rien de Carl Schmitt ? », *Philosophiques* n° 39, 2012, p. 475-482.

JOUANJAN Olivier, « Un « coup d'État de droit » ? », *Le Débat* n° 196, 2017, p. 114-119.

KELSEN Hans, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Recueil des Cours* IV, 1926, p. 231-329.

KELSEN Hans, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, p. 197-257.

KELSEN Hans, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », 1953, *Droit et société* n° 22, 1992, p. 551-568.

KERVÉGAN Jean-François, « Une défense du positivisme juridique », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 2, 2010, p. 247-261.

KRAMER Larry, « Au nom du peuple. Qui a le dernier mot en matière constitutionnelle ? », *RDP* n° 4, 2005, p. 1027-1046.

LABOULAYE Édouard (de), « De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir », *Revue historique de droit français et étranger* Tome 1, 1855, p. 1-23.

LACHARRIÈRE René (de), « Opinion dissidente », *Pouvoirs* n° 13, 991, p. 141-159.

LAFaix Jean-François, « A quoi sert la philosophie du droit ? Recension de l'ouvrage d'Alexandre Viala, *Philosophie du droit* », *Annuaire de l'Institut Michel Villey* vol. 4, 2012, p. 309-346.

LAFFAILLE Franck, « La notion de *constitution au sens matériel* chez Costantino Mortati. La « zone grise » du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

LALLEMENT Michel, « Penser l'institution : Durkheim et au-delà », *Idées économiques et sociales* n° 159, 2010, p. 18-24.

LAMBERT Yves, « Vers un « monothéisme des valeurs » ? », *Le Débat* n° 59, 1990, p. 88-102.

LATOUCHE Serge, « Éthique et esprit scientifique », *L'homme et la société* n° 84, 1987, p. 7-16.

LAUVAUX Philippe, « Récurrences et paradoxes : une histoire contrapuntique », *Pouvoirs* n° 64, 1993, p. 5-22.

LAVROFF Dmitri Georges, « De l'abus des réformes : réflexions sur le révisionnisme constitutionnel », *RFDC HS* n° 2, 2008, p. 55-71.

LE COUSTUMER Jean-Christophe, « La norme et l'exception. Réflexions sur les rapports du droit avec la réalité », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* n° 6, 2007, p. 19-28.

LE DIVELLEC Armel, « Réflexions sur l'avenir du système de gouvernement de la V^e République », *RDP* n° 1, 2002, p. 215-233.

LE DIVELLEC Armel, « Le prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la présidence de la V^e République (simultanément une esquisse sur l'étude des rapports entre « droit de la constitution » et système de gouvernement) », *Droits* n° 44, 2006, p. 101-197.

LE DIVELLEC Armel, « Le gouvernement, portion dirigeante du Parlement. Quelques aspects de la réception juridique hésitante du modèle de Westminster dans les États européens », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

LE DIVELLEC Armel, « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus politicum* n° 4, juillet 2010.

LE DIVELLEC Armel, « Un tournant de la culture constitutionnelle britannique : le *Fixed-Term Parliaments Act* 2011 et l'amorce inédite de rationalisation du système parlementaire de gouvernement au Royaume-Uni », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

LE DIVELLEC Armel, « Le style des constitutions écrites dans l'histoire moderne. Une esquisse sur les trois types de l'écriture constitutionnelle (XVII^e – XX^e siècles) », *Jus politicum* n° 10, mars 2014.

LE DIVELLEC Armel, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p. 91-105.

LE PILLOUER Arnaud, « La notion de « régime d'assemblée » et les origines de la classification des régimes politiques », *RFDC* n° 58, 2004, p. 305-333.

LE PILLOUER Arnaud, « Indétermination du langage et indétermination du droit », *Droit & Philosophie* vol. 9-1, 2017, p. 19-43.

LE PILLOUER Arnaud, « La Constitution est-elle une norme ? Le droit constitutionnel non écrit », *Encyclopédie de droit politique*, en ligne : http://droitpolitique.com/files/Colloque_virtuel_Le_Pillouer.pdf.

LE POURHIET Anne-Marie, « Définir la démocratie », *RFDC* n° 87, 2011, p. 453-464.

LE POURHIET Anne-Marie, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala », *RDLF* 2013, chron. n° 5.

LEBEN Charles, « Troper et Kelsen », *Droits* n° 37, 2003, p. 13-30.

LECA Jean, « Faut-il revisiter Georges Burdeau ? Retour sur une conception (« dépassée » ?) de la science politique d'un « constitutionnaliste » déçu et nostalgique », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

LECA Jean, « Les deux sciences politiques. En relisant Georges Burdeau », *RFSP* vol. 62, 2012, p. 637-664.

LECOQ Benjamin, « Les fondements mythiques du droit constitutionnel français. À propos du mythe de la « volonté générale » », *Actes du Congrès de l'AFDC*, Lyon, 2014 ; http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLE/E-lecoq_T2.pdf.

LEMAIRE Félicien, « Propos sur la notion de « souveraineté partagée » ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté », *RFDC* n° 92, 2012, p. 821-850.

LEPSIUS Oliver, « Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'État ? Point de vue allemand : de la théorie de l'État à la théorie des formes de domination », *RUDH* vol. 15, 2003, p. 86-98.

LEPSIUS Oliver, « Le contrôle par la Cour constitutionnelle des lois de révision constitutionnelle dans la République fédérale d'Allemagne », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 27, janvier 2010, p. 13-21.

LEROY Yann, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société* n° 79, 2011, p. 715-732.

LIÉBER Sophie-Justine, BOTTEGHI Damien, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun », *AJDA* 2010, p. 1355-1365.

- LOUGHLIN Martin, « Droit politique », *Jus politicum* n° 17, janvier 2017.
- LUCHAIRE François, « De la méthode en droit constitutionnel », *RDP* n° 2, 1981, p. 275-329.
- LUCHAIRE François, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? « Contre » : le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 8, juillet 2000, p. 111-112.
- LUISIN Bernard, « Le mythe de l'État de droit. L'État de droit rétrospectivement », *Civitas Europa* n° 37, 2016, p. 155-182.
- MACHEREY Pierre, « Une nouvelle problématique du droit : Sieyès », *Futur antérieur* n° 4, 1990, p. 29-50.
- MAGNON Xavier, « La composition de la commission Balladur : brèves réflexions sur l'expertise en matière constitutionnelle », *RFDC HS* n°2, 2008, p. 39-47.
- MAGNON Xavier, « En quoi le positivisme – normativisme – est-il diabolique ? », *VII^e Congrès de l'AFDC*, Paris, septembre 2008 ; *RTD Civ.* n° 2, 2009, p. 269-280.
- MAGNON Xavier, « La doctrine, la QPC et le Conseil constitutionnel : quelle distance ? Quelle expertise ? », *RDP* n° 1, 2013, p. 135-154.
- MAGNON Xavier, « Sur un pont-aux-ânes ? L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, pour une distinction entre « autorité » et « force » de chose jugée », *RFDA* n° 4, 2013, p. 859-867.
- MAGNON Xavier, « Pour un moment épistémologique du droit – constitutionnel », *AJJC*, 2015, p. 13-25.
- MAGNON Xavier, VIDAL-NAQUET Ariane, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis* n° 6, 2018, p. 107-128.
- MARCOTTE-CHÉNARD Sophie, « Le contextualisme de Quentin Skinner à l'épreuve du cas Machiavel », *Methodos. Savoirs et textes* n° 13, 2013, p. 2-23.
- MASTOR Wanda, « Point de vue scientifique sur les opinions séparées des juges constitutionnels », *D.* 2010, p. 714-715.
- MATHIEU Bertrand, « Pour une reconnaissance de l'« autorité de la chose interprétée » par le Conseil constitutionnel », *D.*, 2003, p. 1507-1509.
- MATHIEU Bertrand, « Les rôles du juge et du législateur dans la détermination de l'intérêt général », *Archives de philosophie du droit* n° 50, 2007, p. 41-48.
- MATHIEU Bertrand, « Le juge constitutionnel « législateur positif » ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l'exercice de la fonction législative », *RIDC* n° 2, vol. 62, 2010, p. 507-531.

MAULIN Éric, « Le principe du contrôle de la constitutionnalité des lois dans la pensée de R. Carré de Malberg », *RFDC* n° 21, 1995, p. 79-105.

MAULIN Éric, « Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française », *Annales historiques de la Révolution française* n° 328, 2002, p. 5-25.

MAULIN Éric, « Le pouvoir constituant dans l'Union européenne », *Droits* n° 45, 2007, p. 73-88.

MAUS Didier, « Louis Favoreu, un missionnaire du droit constitutionnel », *RFDC* n° 59, 2004, p. 461-463.

MAUS Didier, HALPÉRIN Jean-Louis, FRANÇOIS Bastien, TROPER Michel, « Écrire une constitution », *RFDC* n° 79, 2009, p. 557-574.

MAZÈRES Jean-Arnaud, « Réflexions sur une réédition : *Les Principes de droit public* de Maurice Hauriou », *Jus politicum* n° 6, décembre 2011.

MAZIAU Nicolas, « Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité. Retour sur l'expérience italienne et possibilités d'évolution en France », *D.* 2011, p. 529-535.

MESTRE Jean-Louis, « J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris, Michel Houdiard, collection « Les sens du droit », 2010, 174 p. », *RFDC* n° 90, 2012, p. 461-462.

MIAILLE Michel, « Le droit constitutionnel et les sciences sociales », *RDP* n° 2, 1984, p. 276-297.

MILLARD Éric, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société* n°^{os} 30-31, 1995, p. 381-412.

MILLARD Éric, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 21, janvier 2007, p. 59-62.

MILLARD Éric, « La hiérarchie des normes. Une critique sur un fondement empiriste », *Revus* n° 21, 2013, p. 163-199.

MINCKE Christophe, « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *RIEJ* n° 40, 1999, 115-151.

MIRKINE-GUETZÉVITCH Boris, « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *RIDC* n° 4, vol. 1, 1949, p. 397-417.

MÖLLERS Christoph, « Les Gardiennes d'une séparation : les constitutions comme instruments de protection des différences entre le droit et la politique », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

MONNOYER Laurence, « La légitimation par la science : un défi pour la démocratie », *Hermès* n° 21, 1997, p. 157-169.

MOUZET Pierre, « Quelle V^e République ? », *RDP* n° 6, 2005, p. 1513-1518.

MOUZET Pierre, « La désuétude en droit constitutionnel (Quelques cas tirés du droit français) », *RDP* n° 5, 2009, p. 1381-1399.

OBERDORFF Henri, « L'apport de la doctrine au droit des libertés fondamentales », *Revue de droit d'Assas* n° 4, 2011, p. 34-38.

OST François, VAN DE KERCHOVE Michel, « Comment concevoir aujourd'hui la science du droit ? », *Déviante et société* n° 11-2, 1987, p. 183-193.

PACTET Pierre, « Réflexions sur le droit constitutionnel et son enseignement », *RDP* n° 1, 2010, p. 155-169.

PARAIN-VIAL Jeanne, « Note sur l'épistémologie des concepts juridiques », *Archives de philosophie du droit* n° 4, 1959, p. 131-135.

PEZANT Jean-Louis, « De la situation de nécessité. Réflexions sur les avatars du raisonnement juridique dans la matière constitutionnelle », *RFDC* n° 42, 2000, p. 271-294.

PFERSMANN Otto, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC* n° 2, vol. 53, 2001, p. 275-288.

PFERSMANN Otto, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *RFDC* n° 52, 2002, p. 759-788.

PFERSMANN Otto, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC* n° 52, 2002, p. 789-836.

PFERSMANN Otto, « Après Michel Villey, la philosophie du droit aujourd'hui », *Cités* n° 58, 2014, p. 61-73.

PICARD Étienne, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, p. 6-42.

PICARD Étienne, « Le droit comparé est-il du droit ? », *Annuaire de l'Institut Michel Villey* vol. 1, 2009, p. 173-251.

PIERRÉ-CAPS Stéphane, « Les révisions de la Constitution : temps, conflits et stratégies », *RDP* n° 2, 1998, p. 409-431.

PIERRÉ-CAPS Stéphane, « Une révision constitutionnelle en trompe-l'œil ou la constitutionnalisation du présidentielisme majoritaire », *Politeia* n° 15, 2009, p. 305-320.

PIMENTEL Carlos-Miguel, « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », *Pouvoirs* n° 102, 2002, p. 119-131.

PIMENTEL Carlos-Miguel, « L'opposition, ou le procès symbolique du pouvoir », *Pouvoirs* n° 108, 2004, p. 45-62.

PIMENTEL Carlos-Miguel, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

PIMENTEL Carlos-Miguel, « Du contrat social à la norme suprême : l'invention du pouvoir constituant », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

PIMENTEL Carlos-Miguel, « Reconnaissance et désaveu (I) : l'avènement de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être », *Jus politicum* n° 5, décembre 2010.

PIMENTEL Carlos-Miguel, « Les conventions de la constitution, ou le conflit surmonté », *Encyclopédie de droit politique*, <http://droitpolitique.com/spip.php?article367>.

PINON Stéphane, « Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel », *Droits* n° 46, 2007, p. 183-212.

PINON Stéphane, « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », *RIEJ* n° 67, 2011, p. 69-93.

POLLMANN Christopher, RABAULT Hughes, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre individu et collectif », *Droit et société* n° 50, 2002, p. 121-153.

PONSARD Régis, « La possibilité d'une analyse du droit (constitutionnel) scientifiquement et juridiquement critique », *AJJC*, 2015, p. 37-63.

PONTHOREAU Marie-Claire, « L'opposition comme garantie constitutionnelle », *RDP* n° 4, 2002, p. 1128-1162.

PORTELLI Hugues, « La V^e République et les partis », *Pouvoirs* n° 126, 2008, p. 61-70.

PUNZI Antonio, « Pour une philosophie réaliste du droit. Villey et les équivoques sur le droit naturel », *Droit et société* n° 71, 2009, p. 69-92.

QUERMONNE Jean-Louis, « Le traité constitutionnel européen est-il un acte fondateur ? », *Politique étrangère* n° 2, 2005, p. 243-256.

RAPTOPOULOS Themistoklis, « Le positivisme analytique », *Droit & Philosophie* vol. 6, 2014, p. 199-252.

RATEAU Paul, « La vérité, le mensonge et la loi », *Les Temps Modernes* n° 645-646, 2007, p. 28-58.

RAYNAL Pierre-Marie, « Révolution et légitimité, la dimension politique de l'excursion sociologique du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

RAYNAL Pierre-Marie, « L'État de droit comme forme de gouvernement. Essai de classification », *Civitas Europa* n° 37, 2016, p. 27-46.

RAYNAUD Philippe, « Le judiciaire américain, l'interprétation et le temps. Deux points de vue », *Droits* n° 30, 1999, p. 114-126.

RAYNAUD Philippe, « Philosophie de Michel Troper », *Droits* n° 37, 2003, p. 3-12.

RAYNAUD Philippe, « Le droit et la science politique », *Jus politicum* n° 2, mars 2009.

RIALS Stéphane, « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle. À propos du dixième anniversaire du référendum de 1969 », *La Revue administrative* n° 89, 1979, p. 265-273.

RIALS Stéphane, « Régime « congressionnel » ou régime « présidentiel » ? Les leçons de l'histoire américaine », *Pouvoirs* n° 29, 1984, p. 35-47.

RIALS Stéphane, « Supraconstitutionnalité et systématisme du droit », *Archives de philosophie du droit* n° 31, 1986, p. 57-76.

RIALS Stéphane, « Une doctrine constitutionnelle française ? », *Pouvoirs* n° 50, 1989, p. 81-95.

RIALS Stéphane, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *Le Débat* n° 64, 1991, p. 159-175.

RIALS Stéphane, « *Veritas Juris*, La vérité du droit écrit. Critique philologique humaniste et culture juridique moderne de la forme », *Droits* n° 26, 1998, p. 101-182.

RIALS Stéphane, « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits* n° 37, 2003, p. 49-86.

RICCI Roland, « Le statut épistémologique des théories juridiques : essai de définition d'une pratique scientifique juridique », *Droit et société* n° 50, 2002, p. 151-184.

RIGAUDIÈRE Albert, « L'apparition de la souveraineté », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 5-21.

RIVERO Jean, « Consensus et légitimité », *Pouvoirs* n° 5, 1978, p. 57-64.

ROBERT Jacques, « Une ténébreuse affaire », *RDP* n° 2, 1999, p. 381-393.

ROBLOT-TROIZIER Agnès, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n°40, juin 2013, p. 49-61.

ROLLAND Patrice, « Comment préserver les institutions politiques ? La théorie du pouvoir neutre chez B. Constant », *RFHIP* n° 27, 2008, p. 43-73.

ROMI Raphaël, « Le Président de la République, interprète de la Constitution », *RDP* n° 5, 1987 p. 1265-1295.

ROUSSEAU Dominique, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP* n° 1, 1990, p. 5-22.

ROUSSEAU Dominique, « La Constitution ou la politique autrement », *Le Débat* n° 64, 1991, p. 176-180.

ROUSSEAU Dominique, « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », *Le Débat* n° 96, 1997, p. 73-88.

ROUSSEAU Dominique, « Pour ou contre la limitation du pouvoir du juge constitutionnel ? », *Revue administrative* n° 301, 1999, p. 197-204.

ROUSSEAU Dominique, « « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? « Pour » : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 8, juillet 2000, p. 113-114.

ROUSSEAU Dominique, « Pour une Cour constitutionnelle ? », *RDP* n°^{os} 1-2, 2002, p. 363-375.

ROUSSEAU Dominique, « Les constitutions possibles pour l'Europe », *Cités* n° 13, 2003, p. 13-20.

ROUSSEAU Dominique, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, 19 septembre 2008, <http://www.laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html>.

ROUSSEAU Dominique, « La Question prioritaire de constitutionnalité : un big-bang juridictionnel », *RDP* n° 3, 2009, p. 631-644.

ROUSSEAU Dominique, « De quoi le Conseil constitutionnel est-il le nom ? », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

ROUSSEAU Dominique, « L'objet de la Constitution, ce n'est pas l'État mais la société », *Critique* n° 780, 2012, p. 428-442.

ROUSSEAU Dominique, « Le « mariage pour tous » relève bien de la compétence du législateur ordinaire », *Gazette du Palais*, 13 décembre 2012, p. 5.

ROUSSEAU Dominique, AVRIL Pierre, BENETTI Julie, GAHDOUN Pierre-Yves, « Table ronde : la situation actuelle du droit constitutionnel et de son enseignement », *RDP* n° 6, 2014, p. 1456-1471.

ROUSSILLON Henry, « Limiter à deux le nombre de mandats présidentiels : une révision inutile », *Petites affiches* n° 97, 14 mai 2008, p. 12-13.

ROUVIÈRE Frédéric, « Les règles de la méthode sociologique d'Émile Durkheim : des leçons méthodologiques pour la recherche juridique », *Jurisprudence. Revue critique* n° 2, 2011, p. 325-336.

ROUVIÈRE Frédéric, « Karl Popper chez les juristes : peut-on falsifier un concept juridique ? », *Revue de la Recherche Juridique. Droit prospectif* vol. 28, n° 5, 2014, p. 2213-2230.

ROUVILLOIS Frédéric, « Point de vue critique. Destins de l'utopie fédéraliste », *Cités* n° 13, 2003, p. 87-97.

ROUX Jérôme, « Le « mariage pour tous » et la Constitution : la méthode et le fond », *RDLF* 2013, chron. n° 6.

SAINT-BONNET François, « Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel ? », *Droits* n° 32, 2000, p. 7-20.

SAINT-BONNET François, « Remarques sur les arguments historiques dans les débats constitutionnels français (XVI^e – XVIII^e siècle) », *Droits* n° 38, 2003, p. 135-146.

SAINT-BONNET François, « Regards critiques sur la méthodologie en histoire constitutionnelle. Les destinations téléologiques des options épistémologiques », *Jus politicum* n° 2, mars 2009.

SAINT JAMES Virginie, « Les décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État de ne pas transmettre une QPC : la place des cours souveraines en question ? », *RDP* n° 3, 2012, p. 607-637.

SCOFFONI Guy, « Le Congrès des États-Unis et la remise en cause des interprétations constitutionnelles de la Cour suprême. Sur la conciliation entre justice constitutionnelle et théorie démocratique », *RFDC* n° 16, 1994, p. 675-706.

SCOFFONI Guy, « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *RIDC* n° 2, vol. 51, 1999, p. 243-280.

SEARLE John Rogers, « What is an institution? », *Journal of Institutional Economics* 2005, vol. 1, p. 1-22.

SÉGUR Philippe, « Qu'est-ce que la responsabilité politique ? », *RDP* n° 6, 1999, p. 1598-1623.

SERVERIN Évelyne, « Quels faits sociaux pour une science empirique du droit ? », *Droit et société* n° 50, 2002, p. 59-69.

SEUROT Laurent, « Faut-il constitutionnaliser le mode de scrutin aux élections législatives ? », *RFDC* n° 103, 2015, p. 657-678.

SOMMERER Erwan, « Le contractualisme révolutionnaire de Sieyès. Formation de la nation et prédétermination du pouvoir constituant », *Revue française d'histoire des idées politiques* n° 33, 2011, p. 5-25.

SPRANZI-ZUBER Marta, « Le récit comme forme d'explication : science et histoire », *Littérature* n° 109, 1998, p. 46-58.

STONE SWEET Alec, « Le Conseil constitutionnel et la transformation de la République », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 25, octobre 2008, p. 65-69.

SUEUR Jean-Jacques, « Méthodologie de l'État », *Civitas Europa* n° 40, 2018, p. 37-51.

TOURME JOUANNET Emmanuelle, « La disparition du concept d'Empire », *Jus politicum* n° 14, juin 2015.

TRAVERS DE FAULTRIER Sandra, « Le « comme si » à l'ère du soupçon », *Raisons politiques* n° 27, 2007, p. 107-117.

TREVES Renato, PERRIN Jean-François, « Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantiennes », *Droit et société* n° 7, 1987, p. 327-335.

TROIANIELLO Antonino, « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ? », *Le Débat* n° 124, 2003, p. 58-72.

TROPER Michel, « La Constitution et ses représentations sous la V^e République », *Pouvoirs* n° 4, 1978, p. 61-72.

TROPER Michel, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs* n° 16, 1981, p. 5-15.

TROPER Michel, « Tout n'est pas perdu pour le positivisme », *Déviance et société* n° 11-2, 1987, p. 195-204.

TROPER Michel « La signature des ordonnances. Fonctions d'une controverse », *Pouvoirs* n° 41, 1987, p. 75-91.

TROPER Michel, « Pour une définition stipulative du droit », *Droits* n° 10, 1989, p. 101-104.

TROPER Michel, « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC* n°1, 1990, p. 31-48.

TROPER Michel, « Le droit, la raison et la politique », *Le Débat* n° 64, 1991, p. 181-186.

TROPER Michel, « Le concept d'État de droit », *Droits* n° 15, 1992, p. 51-63.

TROPER Michel, « Le monopole de la contrainte légitime (légitimité et légalité dans l'État moderne) », *Lignes* n° 25, 1995, p. 34-47.

TROPER Michel, « Ross, Kelsen et la validité », *Droit et société* n° 50, 2002, p. 43-57.

TROPER Michel, « Argumentation et explication », *Droits* n° 54, 2011, p. 3-26.

TROPER Michel, « L'histoire du droit, le droit comparé et la théorie générale du droit », *RIDC* n° 2, vol. 67, 2015, p. 331-340.

TROPER Michel, JAUME Lucien, « Le projet de Constitution européenne et la question du pouvoir constituant », *Cités* n° 13, 2003, p. 101-111.

TUSSEAU Guillaume, « Critique d'une métonymie fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle » », *RFDA* n° 4, 2009, p. 641-656.

TUSSEAU Guillaume, « La fin d'une exception française ? », *Pouvoirs* n° 137, 2011, p. 5-17.

TUSSEAU Guillaume, « Le gouvernement [contraint] des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques – ou l'art partagé de ne pas pouvoir avoir toujours raison », *Droits* n° 55, 2012, p. 41-83.

TUSSEAU Guillaume, « Sur le métalangage du comparatiste. De la prétention à la neutralité à l'engagement pragmatiste », *Revus*, n° 21, 2013, p. 91-115.

VAN HOECKE Mark, « Le droit en contexte », *RIEJ* n° 70, 2013, p. 189-193.

VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín, « L'histoire constitutionnelle : quelques réflexions de méthode », *RFDC* n° 68, 2006, p. 675-689.

VAYSSIÈRE Bertrand, « Europe et souveraineté. La notion d'État, des penseurs classiques aux réalités actuelles », *Vingtième siècle. Revue d'histoire* n° 95, 2007, p. 151-166.

VEDEL Georges, « La continuité constitutionnelle de 1789 à 1989 », *RFDC* n° 1, 1990, p. 5-15.

VEDEL Georges, « Schengen et Maastricht (À propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *RFDA* n° 8, 1992, p. 173-184.

VEDEL Georges, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 79-97.

VEDEL Georges, « La responsabilité pénale du Président. Réponse à deux questions », *Pouvoirs* n° 92, 2000, p. 72-75.

VERDUSSEN Marc, « Regards comparatistes sur le rapport du comité Balladur », *RFDC HS* n° 2, 2008, p. 223-242.

VIALA Alexandre, « L'interprétation du juge dans la hiérarchie des normes et des organes », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 6, janvier 1999, p. 87-93.

VIALA Alexandre, « De la dualité du *sein* et du *sollen* pour mieux comprendre l'autorité de la chose interprétée », *RDP* n° 3, 2001, p. 777-809.

VIALA Alexandre, « La notion d'État de droit, l'histoire d'un défi à la science juridique », *REDP* n° 13, 2001, p. 673-691.

VIALA Alexandre, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *RIEJ* n° 67, 2011, p. 95-117.

VIALA Alexandre, « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP* n° 4, 2011, p. 965-996.

VIALA Alexandre, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *RDLF* 2013, chron. n° 4.

VIALA Alexandre, « Jean-Jacques Sueur, Pour un droit politique. Contribution à un débat Presses de l'Université Laval, collection Dikè, 2011, 331 p. », *Jus politicum* n° 12, juillet 2014.

VIALA Alexandre, « Limitation du pouvoir constituant. La vision du constitutionnaliste », *Civitas Europa* n° 32, 2014, p. 81-91.

VIALA Alexandre, « Le pessimisme de la théorie réaliste de l'interprétation : une lecture schopenhauérienne du positivisme juridique », *Droit & Philosophie* vol. 8, 2016, p. 195-230.

VIALA Alexandre, « Le droit constitutionnel à l'heure du tournant arrêteste. Questions de méthode », *RDP* n° 4, 2016, p. 1137-1162.

VIALA Alexandre, PASQUINO Pasquale, TROPER Michel, « Table ronde », *RDP* n° 4, 2014, p. 863-889.

VIDAL-NAQUET Ariane, « F. Savonitto, Les discours constitutionnels sur la « violation de la Constitution » sous la V^e République, Paris, LGDJ, 2013 », *Jus politicum* n° 16, juillet 2016.

WACHSMANN Patrick, « Naturalisme et volontarisme dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 », *Droits*, n° 2, 1985, p. 13-22.

WACHSMANN Patrick, « Commentaire relatif au livre de Pierre Avril, Les conventions de la Constitution », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 4, avril 1998, p.136-138.

WACHSMANN Patrick, « La volonté de l'interprète », *Droits* n° 28, 1999, p. 29-45.

WACHSMANN Patrick, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus politicum* n° 5, décembre 2010.

WEBER Max, « Les trois types de la domination légitime », trad. E. Kauffmann, *Sociologie* vol. 5, 2014, p. 291-302.

ZANON Nicolo, « La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle », *AJJC*, 1989, p. 177-189.

ZARKA Jean-Claude, « La réforme du statut pénal du chef de l'État », *Petites affiches* n° 39, 22 février 2007, p. 3-6.

ZOUBEIDI-DEFERT Yanis, « La responsabilité du chef de l'État : la révision constitutionnelle du 23 février 2007 », *Pouvoirs* n° 122, 2007, p. 155-162.

CONTRIBUTIONS D'OUVRAGES

ACKERMAN Bruce, « La démocratie dualiste », in M. Troper, L. Jaume (dir.), *1789 et l'invention de la Constitution. Actes du colloque de Paris organisé par l'Association française de Science Politique : 2, 3 et 4 mars 1989*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, 1994, p. 191-204.

ALTHUSSER Louis, « Le marxisme n'est pas un historicisme », in L. Althusser, É. Balibar, R. Establet, P. Macherey, J. Rancière (dir.), *Lire Le Capital*, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2014, p. 310-344.

ALTWEGG-BOUSSAC Manon, « Le constitutionnalisme écrit face au changement : approches doctrinales », in *Les mutations constitutionnelles. Actes de la journée d'étude du 5 avril 2013*, Paris : Société de législation comparée, coll. Colloques, 2013, p.47-62.

AMSELEK Paul, « Le droit dans les esprits », in P. Amselek et C. Grzegorzczak (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris : PUF, coll. Questions, 1989, p. 27-49.

AMSELEK Paul, « Propos introductif », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 7-12.

AMSELEK Paul, « L'interprétation dans la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen », in *Interpretatio non cessat. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville (Québec) : Ed. Yvon Blais, 2011, p. 39-56.

ANSART Pierre, « Durkheim : la sociologie et la science politique », in *Droit et politique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 262-268.

ARDANT Philippe, « Le temps dans les constitutions écrites », in M. Ameller, P. Ardant, J.-C. Bécane, (dir.), *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris : Montchrestien, 2001, p. 503-515.

AVRIL Pierre, « Application de la notion de convention de la Constitution à quelques problèmes constitutionnels français », in *Présence du droit public et des droits de l'homme : mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles : Bruylant, coll. de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, 1992, p. 283-295.

AVRIL Pierre, « Responsabilité et *accountability* », in O. Beaud, J.-M. Blanquer (dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes & Cie, coll. Droit, 1999, p. 85-93.

AVRIL Pierre, « Une « survivance » : le droit constitutionnel non écrit ? », in *Droit et politique à la croisée des cultures : Mélanges Philippe Ardant*, Paris : LGDJ, 1999, p. 3-13.

AVRIL Pierre, « Statut des normes constitutionnelles non écrites » in P. Avril, M. Verpeaux (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Droit public, 2000, p. 79-85.

AVRIL Pierre, « La séparation des pouvoirs et la V^e République : le paradoxe de 1958 », in A. Pariente (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007, p. 79-84.

AVRIL Pierre, « Les conventions de la Constitution. Une « jurisprudence organique » », in *En hommage à Francis Delpérée : itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 2007, p. 129-138.

BARANGER Denis, « Responsabilité politique », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003 p. 1356-1360.

BARANGER Denis, « Les clauses d'*impeachment* et les différents sens du mot « Constitution » aux États-Unis », in *La responsabilité du chef de l'État*, Paris : Société de législation comparée, coll. Colloques, 2009, p. 23-54.

BARANGER Denis, « Quand et pourquoi peut-on raisonner en terme de conflit constitutionnel ? », in J. Hummel (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique : actes de la journée d'études organisée à la faculté de droit et de science politique de Rennes le 28 novembre 2008*, Rennes : Presses universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2010, p. 167-175.

BARANGER Denis, LE DIVELLEC Armel, « Régime parlementaire », in M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel, T. II, Distribution des pouvoirs*, Paris : Dalloz, coll. Traités Dalloz, 2012, p. 159-193.

BAUMERT Renaud, « *Audiatur et altera pars* : justice constitutionnelle et décision démocratique dans la pensée de Hans Kelsen », in O. Beaud, P. Pasquino (dir.), *La controverse sur le « gardien de la constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris : Ed. Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2007, p. 127-152.

BEAUD Olivier, « L'art d'écrire chez un juriste : Carl Schmitt », in C.M. Herrera (dir.), *Le droit, le politique: autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris : L'Harmattan, 1995, p. 15-36.

BEAUD Olivier, « La Fédération entre l'État et l'Empire » in B. Théret (dir.), *L'État, la finance, le social*, Paris : La Découverte, 1995, p. 282-304.

BEAUD Olivier, « Carré de Malberg, juriste alsacien. La biographie comme élément d'explication d'une doctrine constitutionnelle », in O. Beaud, P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918 : actes du colloque organisé à la Faculté de droit de Strasbourg les 8 et 9 décembre 1995*, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, coll. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 1997, p. 219-253.

BEAUD Olivier, « La responsabilité pénale du Président de la République : pour une autre interprétation de l'article 68 de la constitution », in C. Poncelet (dir.), *Vers de*

nouvelles normes en droit de la responsabilité politique ? Actes du colloque organisé les 11 et 12 mai 2001, Paris : Sénat, coll. Les colloques du Sénat, 2001, p. 189-224.

BEAUD Olivier, « Hans Kelsen, théoricien constitutionnel de la Fédération », in C.M. Herrera (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique, 2001, p. 47-84.

BEAUD Olivier, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 257-266.

BEAUD Olivier, « Doctrine », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 384-388.

BEAUD Olivier, « Constitution et constitutionnalisme », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 133-142.

BEAUD Olivier, « Souveraineté », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 735-742.

BEAUD Olivier, « Kelsen contre Schmitt : un dialogue de sourds ? », in O. Beaud, P. Pasquino (dir.), *La controverse sur le « gardien de la constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris : Ed. Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2007, p. 197-207.

BEAUD Olivier, « La mise en œuvre de la responsabilité politique du Président de la République française peut-elle être paralysée par l'absence de la loi organique prévue par l'article 68 ? », in *La responsabilité du chef de l'État*, Paris : Société de législation comparée, coll. Colloques, 2009, p. 149-184.

BEAUD Olivier, « Duguit, l'État et la reconstruction du droit constitutionnel français », in F. Melleray (dir.), *Autour de Léon Duguit. Colloque commémoratif du 150^e anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit*, Bruxelles : Bruylant, 2011, p. 29-55.

BEAUD Olivier, BLANQUER Jean-Michel, « Comment réintroduire une responsabilité des gouvernants sous la V^e République ? », in O. Beaud, J.-M. Blanquer (dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes & Cie, coll. Droit, 1999, p. 7-14.

BÉCHILLON Denys (de), « Huit manières de se demander si l'interprète est libre », in F. Mélin-Soucramanien (dir.), *L'interprétation constitutionnelle : actes de la table ronde de l'Association internationale de droit constitutionnel, Bordeaux, 15 et 16 octobre 2004*, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 27-32.

BÉNÉTON Philippe, « Conservatisme », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 130-133.

BENETTI Julie, « Existe-il deux gardiens de la Constitution ? Les fonctions d'arbitre du président de la République et du juge constitutionnel », in S. Mouton (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle : actes du colloque organisé les 9 et 10 octobre 2014*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, coll. Grands colloques, p. 137-149.

BIOY Xavier, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction... », in G. Tusseau (dir.), *Les notions juridiques*, Paris : Economica, coll. Études juridiques, 2009, p. 21-56.

BIOY Xavier, « L'usage de l'idée de nature en droit constitutionnel », in D. Rousseau, A. Viala (dir.), *Le droit, de quelle nature ? Actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007*, Paris : Montchrestien, coll. Grands Colloques, 2010, p. 99-138.

BLACKBURN Simon, « Subjectivisme moral », in M. Canto-Sperber (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale, t. 2*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 4^e éd., 2004, p. 1880-1889.

BOURDIEU Pierre, « Pour un savoir engagé », *Contre-feux 2 : Pour un mouvement social européen*, Paris : Raisons d'agir, 2001, p. 33-41.

BOYER Alain, « Rationalisme critique », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 619-623.

BRUNET Pierre, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », in C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin et P. Wachsmann (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 115-135.

BRUNET Pierre, « Norberto Bobbio et le positivisme juridique », in P. Comanducci et R. Guastini (dir.), *Analisi & Diritto*, Turin : Giappichelli, 2005, p. 159-170.

CARRINO Agostino, « Max Weber et Hans Kelsen » in C.M. Herrera (dir.), *Le droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris : L'Harmattan, 1995, p. 185-203.

CAYLA Olivier, « Les juristes à l'épreuve du tournant pragmatique », in D. Rousseau (dir.), *Le droit dérobé : actes du colloque de Montpellier, Faculté de droit, 10 et 11 avril 2003*, Paris : Montchrestien, coll. Grands colloques, 2007, p. 37-46.

CHEVALLIER Jacques, « Les interprètes du droit », in *La doctrine juridique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 259-282.

CHEVALLIER Jacques, « Science du droit et science du politique : de l'opposition à la complémentarité », in *Droit et politique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 251-261.

CHEVALLIER Jacques, « La mondialisation de l'État de droit », in *Droit et politique à la croisée des cultures : Mélanges Philippe Ardant*, Paris : LGDJ, 1999, p. 325-337.

CHEVALLIER Jacques, « Droit constitutionnel et institutions politiques : les mésaventures d'un couple fusionnel », in M. Ameller, P. Ardant, J.-C. Bécane, (dir.), *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris : Montchrestien, 2001, p. 183-199.

CHEVALLIER Jacques, « Pour une sociologie du droit constitutionnel », in D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats, E. Millard (dir.), *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris : Economica, 2006, p. 281-297.

CHEVALLIER Jacques, « Le Conseil constitutionnel et l'effet Becket », in *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris : Dalloz, 2007, p. 83-94.

CHEVALLIER Jacques, « Conclusion / État des droits versus État de droit ? » in P.-Y. Baudot, A. Revillard (dir.), *L'État des droits. Politique des droits et pratique des institutions*, Presses universitaires de Science Po, coll. Académique, 2015, p. 245-255.

CHEVALLIER Jean-Jacques, « De la distinction établie par Montesquieu entre la faculté de statuer et la faculté d'empêcher », in *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris : Sirey, 1929, p. 137-158.

COHENDET Marie-Anne, « Légitimité, effectivité et validité », in M. Ameller, P. Ardant, J.-C. Bécane, (dir.), *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris : Montchrestien, 2001, p. 201-234.

COHENDET Marie-Anne, « La classification des régimes, un outil pertinent dans une conception instrumentale du droit constitutionnel », in D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats, E. Millard (dir.), *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris : Economica, 2006, p. 299-314.

COHENDET Marie-Anne, « Le système de variables déterminantes », in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris : Montchrestien, 2008, p. 119-134.

COICAUD Jean-Marc, « Légitimité et responsabilité des gouvernants. Réflexion sur l'évolution de la culture démocratique », in O. Beaud, J.-M. Blanquer (dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes & Cie, coll. Droit, 1999, p. 95-117.

COMMAILLE Jacques, « Le juridique dans le politique. De la relation entre « sciences » à l'évidence de l'objet », in *Droit et politique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 269-281.

COMMAILLE Jacques, « De la « sociologie juridique » à une sociologie politique du droit », in J. Commaille, L. Dumoulin, C. Robert (dir.), *La juridicisation du politique : leçons scientifiques*, Paris : LGDJ, coll. Droit et société. Recherche et travaux, 2000, p. 29-46.

COMMAILLE Jacques, « Droit et politique », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 477-481.

COSTA Pietro, « Histoire, théorie et histoire de théories », in C.M. Herrera, A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris : Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2012, p. 19-56.

DARCY Gilles, « Le théoricien et le rêveur (Réflexions sur les revirements de jurisprudence) », in D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats, E. Millard (dir.), *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris : Economica, 2006, p. 329-357.

DEGUERGUE Maryse, « Doctrine universitaire et doctrine organique », in *La doctrine en droit administratif : actes du colloque organisé à la Faculté de droit de Montpellier par l'Association française pour la recherche en droit administratif*, Paris : Litec, coll. Colloques & débats, 2010, p. 41-57.

DENQUIN Jean-Marie, « Citoyenneté », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 198-200.

DENQUIN Jean-Marie, « Justice constitutionnelle et justice politique », in C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin et P. Wachsmann (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 75-84.

DENQUIN Jean-Marie, « Réflexions sur le syllogisme judiciaire », in D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats, E. Millard (dir.), *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris : Economica, 2006, p. 373-385.

DENQUIN Jean-Marie, « Sur le « respect de la Constitution » », in D. Chagnollaude (dir.), *Les 50 ans de la Constitution : 1958-2008*, Paris : Litec LexisNexis, 2008, p. 113-123.

DENQUIN Jean-Marie, « L'objet du droit constitutionnel : État, Constitution, Démocratie ? », in M. Troper, D. Chagnollaude (dir.), *Traité international de droit constitutionnel, T. I, Théorie de la Constitution*, Paris : Dalloz, coll. Traités Dalloz, 2012, p. 39-65.

DENQUIN Jean-Marie, « Présentation de l'article : « Le pouvoir, l'ordre, la liberté & les erreurs des systèmes objectivistes » », in M. Touzeil-Divina (dir.), *Miscellanées Maurice Hauriou*, Le Mans : L'Épilogue, coll. Historique du droit, 2013, p. 135-146.

DENQUIN Jean-Marie, « La QPC améliore-t-elle la démocratie ? », in J. Bonnet, P-Y. Gahdoun (dir.), *La QPC : une révolution inachevée ?*, Paris : Institut universitaire Varenne, coll. Colloques & essai, 2016, p. 121-131.

DEZALAY Yves, « La production doctrinale comme objet et terrain de luttes politiques et professionnelles », in *La doctrine juridique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 230-239.

DUMOULIN Laurence, ROBERT Cécile, « Autour des enjeux d'une ouverture des sciences du politique au droit. Quelques réflexions en guise d'introduction », in J. Commaille, L. Dumoulin, C. Robert (dir.), *La juridicisation du politique : leçons scientifiques*, Paris : LGDJ, coll. Droit et société. Recherche et travaux, 2000, p. 11-25.

DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier, « L'autorité de l'interprétation constitutionnelle », in F. Mélin-Soucramanien (dir.), *L'interprétation constitutionnelle : actes de la table ronde de l'Association internationale de droit constitutionnel, Bordeaux, 15 et 16 octobre 2004*, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 193-204.

EISENMANN Charles, « L'« Esprit des lois » et la séparation des pouvoirs », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris : Sirey, 1933, p. 163-192.

FAVOREU Louis, « Propos d'un « néo-constitutionnaliste » », in J.-L. Seurin (dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris : Economica, coll. Politique comparée, 1984, p. 23-27.

FAVOREU Louis, « Les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des Cours constitutionnelles », in *Au carrefour des droits : mélanges Louis Dubouis*, Paris : Dalloz, 2002, p. 35-45.

FAVRE Pierre, « La question de l'objet de la science politique a-t-elle un sens? », in *Mélanges dédiés à Robert Pelloux, Lyon : L'Hermès, coll. Droit. Économie. Gestion, 1980*, p. 123-141.

FRANÇOIS Bastien, « Justice constitutionnelle et « démocratie constitutionnelle ». Critique du discours constitutionnaliste européen », in *Droit et politique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 53-64.

FRANÇOIS Bastien, « La constitution du droit ? La doctrine constitutionnelle à la recherche d'une légitimité juridique et d'un horizon pratique », in *La doctrine juridique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 210-229.

FRANÇOIS Bastien, « Préalables avant de prendre le droit comme objet. Notations en forme de plaidoyer pour un point de vue a-disciplinaire mais néanmoins soucieux des impensés disciplinaires », in J. Commaille, L. Dumoulin, C. Robert (dir.), *La juridicisation du politique : leçons scientifiques*, Paris : LGDJ, coll. Droit et société. Recherche et travaux, 2000, p. 115-121.

FRANÇOIS Bastien, « La question de la majorité parlementaire sous la V^e République », in M. Ameller, P. Ardant, J.-C. Bécane, (dir.), *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris : Montchrestien, 2001, p. 319-328.

GAXIE Daniel, « Jeux croisés. Droit et politique dans polémique sur le refus de signature des ordonnances par le Président de la République », in *Droit et politique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 209-229.

GESLIN Albane, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », in B. Sergues (dir.), *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, coll. Actes de colloques, 2015, p. 79-130.

GIRAUD Émile, « Le droit positif, ses rapports avec la philosophie et la politique », in *Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant*, Paris : A. Pédone, 1960, p. 210-236.

HALPÉRIN Jean-Louis, « Exégèse (École de) », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 681-685.

HALPÉRIN Jean-Louis, « Histoire du droit », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 783-787.

HAMON Francis, « *Vox imperatoris, vox populi* ? Réflexions sur la place du référendum dans un État de droit », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris : Dalloz, 1996, p. 389-402.

HERMET Guy, « La gouvernance serait-elle le nom de l'après-démocratie ? L'inlassable quête du pluralisme limité », in G. Hermet, A. Kazancigil, J.-F. Prud'homme, *La gouvernance : un concept et ses applications*, Paris : Ed. Karthala, coll. Recherches internationales, 2005, p. 17-47.

HERRERA Carlos Miguel, « Avant-propos », in C.M. Herrera (dir.), *Le droit, le politique: autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris : L'Harmattan, 1995, p. 7-11.

HERRERA Carlos Miguel, « Kelsen et le libéralisme » » in C.M. Herrera (dir.), *Le droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris : L'Harmattan, 1995, p. 37-68.

HERRERA Carlos Miguel, « Duguit et Kelsen : la théorie juridique, de l'épistémologie au politique », in O. Beaud, P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918 : actes du colloque organisé à la Faculté de droit de Strasbourg les 8 et 9 décembre 1995*, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, coll. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 1997, p. 325-345.

HERRERA Carlos Miguel, LE PILLOUER Arnaud, « Faire l'histoire constitutionnelle : questions et problèmes », in C.M. Herrera, A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris : Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2012, p. 7-18.

HEUSCHLING Luc, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Épistémologie d'une distinction théorique », in C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin et P. Wachsmann (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 85-112.

HUMMEL Jacky, « Les conflits constitutionnels, définition(s) d'un objet d'étude », in J. Hummel (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique : actes de la journée d'études organisée à la faculté de droit et de science politique de Rennes le 28 novembre 2008*, Rennes : Presses universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2010, p. 9-30.

HUMMEL Jacky, « Le conflit constitutionnel prussien de 1862-1866 et la crise du Seize-Mai. Regards croisés », in J. Hummel (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique : actes de la journée d'études organisée à la faculté de droit et de science politique de Rennes le 28 novembre 2008*, Rennes : Presses universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2010, p. 59-77.

ISIDORO Cécile, « Le pouvoir constituant peut-il tout faire ? », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs : Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris : Dalloz, 2003, p. 237-252.

JAUME Lucien, « Citoyenneté », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 96-99.

JOUANJAN Olivier, « État de droit », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 649-653.

JOUANJAN Olivier, « Présentation », in O. Jouanjan (dir.), *L'esprit de l'École histoire du droit*, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, coll. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 2004, p. 9-23.

JOUANJAN Olivier, « « Pensée de l'ordre concret » et ordre du discours « juridique » nazi : sur Carl Schmitt », in Y.-C. Zarka (dir.), *Carl Schmitt ou le mythe du politique*, Paris : PUF, coll. Débats philosophiques, 2009, p. 71-119.

JOUANJAN Olivier, « Une alternative à l'opposition positivisme/jusnaturalisme ? Sur l'école historique du droit », in D. Rousseau, A. Viala (dir.), *Le droit, de quelle nature ? Actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007*, Paris : Montchrestien, coll. Grands Colloques, 2010, p. 3-22.

JOUANJAN Olivier, « Histoire de la science du droit constitutionnel », in M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel, T. I, Théorie de la Constitution*, Paris : Dalloz, coll. Traités Dalloz, 2012, p. 69-111.

KELSEN Hans, « Une Théorie « réaliste » et la Théorie pure du droit. Remarques sur *On Law and Justice* d'Alf Ross », 1959, trad. française par G. Sommerregger et E. Millard, in O. Jouanjan (dir.), *Théories réalistes du droit*, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, coll. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 2000, p. 15-42.

KLEIN Claude, « Pourquoi écrit-on une constitution ? », in M. Troper, L. Jaume (dir.), *1789 et l'invention de la constitution. Actes du colloque de Paris organisé par*

l'Association française de Science Politique : 2, 3 et 4 mars 1989, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, 1994, p. 89-99.

LACROIX Bernard, « Les fonctions symboliques des constitutions : bilan et perspectives », in J.-L. Seurin (dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris : Economica, coll. Politique comparée, 1984, p. 186-199.

LAGHMANI Slim « Droit constitutionnel et Science politique. Essentiellement à partir du cas français », in M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel, T. I, Théorie de la Constitution*, Paris : Dalloz, coll. Traités Dalloz, 2012, p. 145-179.

LAUVAUX Philippe, PIMENTEL Carlos-Miguel, « Régimes non parlementaires », in M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel, T. II, Distribution des pouvoirs*, Paris : Dalloz, coll. Traités Dalloz, 2012, p. 195-220.

LAVROFF Dmitri Georges, « Le Conseil constitutionnel et la norme constitutionnelle », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser : droit public*, Grenoble : Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 347-362.

LAVROFF Dmitri Georges, « La Constitution et le Temps », in *Droit et politique à la croisée des cultures : Mélanges Philippe Ardant*, Paris : LGDJ, 1999, p. 207-227.

LE DIVELLEC Armel, « La responsabilité politique dans le parlementarisme majoritaire : quelques remarques autour du cas allemand », in O. Beaud, J.-M. Blanquer (dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes & Cie, coll. Droit, 1999, p. 189-199.

LE DIVELLEC Armel, « La chauve-souris. Quelques aspects du parlementarisme sous la V^e République », in M. Ameller, P. Ardant, J.-C. Bécane, (dir.), *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris : Montchrestien, 2001, p. 349-362.

LE DIVELLEC Armel, « Le gardien de la Constitution de Carl Schmitt ? Éléments sur les paradoxes d'une « théorie » constitutionnelle douteuse », in O. Beaud, P. Pasquino (dir.), *La controverse sur le « gardien de la constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris : Ed. Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2007, p. 33-79.

LE DIVELLEC Armel, « Un ordre constitutionnel confus. Indicibilité et incertitudes de la Constitution française », in D. Chagnollaud (dir.), *Les 50 ans de la Constitution : 1958-2008*, Paris : Litec LexisNexis, 2008, p. 147-158.

LE DIVELLEC Armel, « À la recherche du (ou d'un) concept de mutation constitutionnelle ou : les mystères de la notion de constitution », in *Les mutations constitutionnelles. Actes de la journée d'étude du 5 avril 2013*, Paris : Société de législation comparée, coll. Colloques, 2013, p. 17-46.

LE DIVELLEC Armel, « La QPC, déclin de la pensée constitutionnelle ? », in D. Rousseau, P. Pasquino (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité : une mutation*

réelle de la démocratie constitutionnelle française ?, Paris : Mare & Martin, 2018, p. 93-111.

LEISNER Walter, « L'État de droit – une contradiction ? » in M. Waline (dir.), *Recueil d'études en l'honneur de Charles Eisenmann*, Paris : Éditions Cujas, 1975, p. 65-79.

LÉVY Daniel, « Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans l'élaboration du droit constitutionnel », in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, Paris : LGDJ, 1974, p. 39-46.

LÉVY Daniel, « De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction », in M. Waline (dir.), *Recueil d'études en hommage de Charles Eisenmann*, Paris : Éditions Cujas, 1975, p. 81-90.

LOCHAK Danièle, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1989, p. 252-285.

LOCHAK Danièle, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? Une neutralité impossible », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 293-309.

LOCHAK Danièle, « Entre l'éthique du savant et les convictions du citoyen : le juriste face à ses dilemmes », in D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats, E. Millard (dir.), *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris : Economica, 2006, p. 639-649.

LOISELLE Marc, « L'analyse du discours de la doctrine juridique. L'articulation des perspectives interne et externe », in M. Bachir (dir.), *Les méthodes au concret. Démarches, formes de l'expérience et terrains d'investigation en science politique*, Paris : PUF, coll. Publication de l'Université, 2000, p. 187-209.

LOISELLE Marc, « L'histoire des concepts juridiques et la question du contexte », in *Sur la portée sociale du droit*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 2005, p. 29-41.

MACCORMICK Neil, « Analytique (approche du droit) », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : LGDJ, 2^e éd., 1993, p. 24-26.

MAGNON Xavier, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexion et tentative de reconstruction », in *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris : Dalloz, 2007, p. 233-254.

MAGNON Xavier, « Appréhender le droit constitutionnel jurisprudentiel sous un angle politique. D'une posture à la discussion de quelques orientations méthodologiques fondamentales », in X. Magnon, P. Esplugas, W. Mastor, S. Mouton (dir.), *Questions sur la question 3 (QsQ) : de nouveaux équilibres institutionnels ?*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Grands colloques, 2014, p. 3-14.

MANNINO Armando, « Les conventions constitutionnelles en Italie », in P. Avril, M. Verpeaux (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Droit public, 2000, p. 117-130.

MATHIEU Bertrand, « Vers la fin de la démocratie ? », in J.-P. Derosier, G. Sacriste (dir.), *L'État, le Droit, le Politique. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*, Paris : Dalloz, 2014, p. 45-49.

MAULIN Éric, « Positivisme », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 1171-1177.

MAULIN Éric, « Souveraineté », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 1434-1439.

MESTRE Jean-Louis, « Le contrôle par la Cour de cassation et le Conseil d'État : perspectives historiques », in M. Fatin-Rouge Stéfanini, C. Severino (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC ?*, Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2017, p. 27-48.

MEUNIER Jacques, « Le Conseil constitutionnel et l'autorité de ses décisions », in D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats, E. Millard (dir.), *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris : Economica, 2006, p. 693-703.

MILET Marc, « L. Duguit et M. Hauriou, quarante ans de controverse juridico-politique (1889-1929). Essai d'analyse socio-rhétorique », in C.M. Herrera (dir.), *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la III^e République*, Paris : Éditions Kimé, coll. Philosophie politique, 2003, p. 85-121.

MILLARD Éric, « L'État de droit, idéologie contemporaine de la démocratie », in J.-M. Février, P. Cabanel (dir.), *Question de démocratie*, Toulouse : Presses universitaires du Mirail, coll. Amphi 7, 2001, p. 415-443.

MILLARD Éric, « Réalisme », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 1297-1299.

MILLARD Éric, « Quelques remarques sur la signification politique de la théorie de l'interprétation », in D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats, E. Millard (dir.), *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris : Economica, 2006, p. 725-734.

MILLARD Éric, « Ce que « doctrine » veut dire », in *La doctrine en droit administratif : actes du colloque organisé à la Faculté de droit de Montpellier par l'Association française pour la recherche en droit administratif*, Paris : Litec, coll. Colloques & débats, 2010, p. 3-12.

MILLARD Éric, « État de Droit, Droits de l'Homme, Démocratie : une conjugaison problématique », in C. Gonzales Palacios, T. Rensmann, M. Tirard (dir.), *Démocratie et État de droit*, Lima : Ambassade de France, 2013, p. 35-46.

OST François, « Science du droit », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : LGDJ, 2^e éd., 1993, p. 540-544.

PACTET Pierre, « Le Conseil constitutionnel et l'œuvre constituante », in *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris : Dalloz, 2007, p. 1373-1386.

PAILLET Michel, « Responsabilité administrative et responsabilité politique », in J.-J. Sueur (dir.), *Juger les politiques. Nouvelles réflexions sur la responsabilité des dirigeants politiques*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques politiques, 2001, p. 121-146.

PARDINI Jean-Jacques, « L'opération de qualification des faits dans le contrôle de constitutionnalité des lois », in *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris : Dalloz, 2007, p. 335-359.

PASQUINO Pasquale, « Gardien de la Constitution ou justice constitutionnelle ? Carl Schmitt et Hans Kelsen », in M. Troper, L. Jaume (dir.), *1789 et l'invention de la constitution. Actes du colloque de Paris organisé par l'Association française de Science Politique : 2, 3 et 4 mars 1989*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, 1994, p. 143-152.

PAULSON Stanley L., « Arguments « conceptuels » de Schmitt à l'encontre du contrôle de constitutionnalité et réponses de Kelsen. Un aspect de l'affrontement entre Schmitt et Kelsen sur le « gardien de la constitution » », in C.M. Herrera (dir.), *Le droit, le politique : autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris : L'Harmattan, 1995, p. 243-259.

PETEV Valentin, « Hans Kelsen et le Cercle de Vienne. À quel point la théorie du droit est-elle scientifique ? », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 233-247.

PEZANT Jean-Louis, « Parlementarisme rationalisé et système majoritaire », in M. Ameller, P. Ardant, J.-C. Bécane, (dir.), *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris : Montchrestien, 2001, p. 465-479.

PFERSMANN Otto, « De l'impossibilité du changement de sens de la constitution », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs : Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris : Dalloz, 2003, p. 353-374.

PICARD Étienne, « « Science du droit » et « doctrine juridique » », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris : Economica, 1996, p. 119-171.

PICARD Étienne, « Droits fondamentaux », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 544-549.

PICARD Étienne, « Le ou les jusnaturalismes ? », in D. Rousseau, A. Viala (dir.), *Le droit, de quelle nature ? Actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007*, Paris : Montchrestien, coll. Grands Colloques, 2010, p. 23-80.

PIERRÉ-CAPS Stéphane, « Les figures constitutionnelles de l'État-nation », in *Les mutations de l'État-nation à l'aube du XXI^e siècle, Actes du séminaire Unidem, Nancy, 6-8 novembre 1997*, Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe, 1998, p. 19-42.

PIERRÉ-CAPS Stéphane, « L'esprit des Constitutions », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs : Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris : Dalloz, 2003, p. 375-390.

PIMENTEL Carlos-Miguel, « Responsabilité et typologie des régimes politiques », in O. Beaud, J.-M. Blanquer (dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes & Cie, coll. Droit, 1999, p. 57-84.

PIMENTEL Carlos-Miguel, « De l'État de droit à l'État de jurisprudence ? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs », in A. Pariente (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007, p. 9-29.

PINON Stéphane, « Le nouveau droit constitutionnel à travers les âges », in K. Mavrias, F. Mélin-Soucramanien (dir.), *50^e anniversaire de la Constitution de 1958 : Constitution, enseignement et doctrine*, Athènes : Sakkoulas, Bruxelles : Bruylant, 2010, p. 1-15.

PINON Stéphane, « La participation populaire directe au pouvoir constituant. Regards sur le droit étranger », in F. Balaguer Callejón, S. Pinon et A. Viala (dir.), *Le pouvoir constituant au XX^e siècle*, Paris : Institut universitaire Varenne, LGDJ-Lextenso, coll. Colloques & essais, 2017, p. 183-214.

PISIER Evelyne, « Léon Duguit et le contrôle de constitutionnalité des lois : paradoxes pour paradoxes... », in D. Colas, C. Emeri (dir.), *Droit, institutions et systèmes politiques : mélanges en hommage à Maurice Duverger*, Paris : PUF, 1988, p. 189-202.

PLESSIX Benoît, « Les silences du préambule », in Y. Gaudemet (dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946. Actes du colloque du 1^{er} juin 2007 à Paris*, Paris : Ed. Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2008, p. 75-91.

POIRAT Florence, « État », in D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 642-648.

POIRMEUR Yves, « Thèmes et débats autour du constitutionnalisme », in *Droit et politique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 13-39.

POIRMEUR Yves, « La réception du préambule de la Constitution de 1946 par la doctrine juridique. La construction de la juridicité du préambule par ses premiers commentateurs », in *Le préambule de la Constitution de 1946 : antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1996, p. 99-127.

POIRMEUR Yves, ROSENBERG Dominique, « La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français », in *Les usages sociaux du droit*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1989, p. 230-251.

POIRRIER Philippe, « L'histoire culturelle en France. Une histoire sociale des représentations », in P. Poirrier (dir.), *L'Histoire culturelle : un « tournant mondial » dans l'historiographie ?*, Dijon : Éditions universitaires de Dijon, coll. Sociétés, 2008, p. 27-39.

PONS Alain, « Progrès » in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 580-584.

PONSARD Régis, « Questions de principe sur l'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel : normativité et pragmatisme », in B. Mathieu, M. Verpeaux (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Paris : Dalloz, coll. Les cahiers constitutionnels de Paris I, 2010, p. 29-55.

PONTHOREAU Marie-Claire, « Pour une réforme de la responsabilité politique du président de la République française », in O. Beaud, J.-M. Blanquer (dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes & Cie, coll. Droit, 1999, p. 301-321.

PONTHOREAU Marie-Claire, « L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique », in P. Legrand (dir.) *Comparer les droits résolument*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 2009, p. 537-560.

PUCHTA Georg Friedrich, « Encyclopédie », trad. O. Jouanjan, in O. Jouanjan (dir.), *L'esprit de l'École histoire du droit*, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, coll. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 2004, p. 33-74.

RAYNAUD Philippe, « Constitutionnalisme », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 266-271.

REVEL Jacques, « Les sciences historiques » in J.-M. Berthelot (dir.), *Épistémologie des sciences sociales*, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2012, p. 19-76.

RIVERO Jean, « Sanction juridictionnelle et règle de Droit », in *Études offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris : Dalloz, 1974, p. 457-469.

RIVERO Jean, « Apologie pour les « faiseurs de systèmes » », 1951, reprod. in *Pages de doctrine*, Paris : LGDJ, 1980, p. 3-10.

ROSSETTO Jean, « L'évolution de la responsabilité pénale des ministres sous la V^e République », O. Beaud, J.-M. Blanquer (dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes & Cie, coll. Droit, 1999, p. 267-277.

ROSSETTO Jean, « À propos de la responsabilité pénale des membres de l'exécutif sous la V^e République : l'indispensable responsabilité politique », in M. Ameller, P. Ardant, J.-C. Bécane, (dir.), *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris : Montchrestien, 2001, p. 401-415.

ROUSSEAU Dominique, « De la démocratie continue », in D. Rousseau (dir.), *La démocratie continue. Actes du colloque de Montpellier, 2-4 avril 1992*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, 1995, p. 5-25.

ROUSSEAU Dominique, « La réforme du 19 octobre 1974 vue en 1994 : le « big bang » de la démocratie constitutionnelle ? », in *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel : journée d'études du 16 mars 1994*, Aix-en-Provence : PUAM, Paris : Economica, 1995, p. 67-79

ROUSSEAU Dominique, « La QPC, redécouverte de la pensée constitutionnelle », in D. Rousseau, P. Pasquino (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité : une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, Paris : Mare & Martin, 2018, p. 123-142.

ROUSSEAU Dominique, VIALA Alexandre, « Avant-propos », in D. Rousseau, A. Viala (dir.), *Le droit, de quelle nature ? Actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007*, Paris : Montchrestien, coll. Grands Colloques, 2010, p. VII-XIII.

ROUSSILLON Henry, « Rigidité des constitutions et justice constitutionnelle : réflexions sur un paradoxe », in *Droit et politique à la croisée des cultures : Mélanges Philippe Ardant*, Paris : LGDJ, 1999, p. 251-264.

SAINT-BONNET François, « *Nemo auditur suam propriam methodum allegans* », in C.M. Herrera, A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris : Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2012, p. 95-115.

SAINT-BONNET François, « La QPC et la canalisation de la puissance », in X. Magnon, P. Esplugas, W. Mastor, S. Mouton (dir.), *Questions sur la question 3 (QsQ) : de nouveaux équilibres institutionnels ?*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Grands colloques, 2014, p. 27-37.

SAVIGNY Friedrich Carl (von), « Sur le but de la présente revue », trad. O. Jouanjan, in O. Jouanjan (dir.), *L'esprit de l'École histoire du droit*, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, coll. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 2004, p. 25-32.

SCHMITZ Julia, « Présentation de l'article « La théorie de l'institution & de la Fondation (essai de Vitalisme social) », in M. Touzeil-Divina (dir.), *Miscellanées Maurice Hauriou*, Le Mans : L'Épitoge, coll. Historique du droit, 2013, p. 175-180.

SEURIN Jean-Louis, « Des fonctions politiques des Constitutions. Pour une théorie politique des Constitutions », in J.-L. Seurin (dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris : Economica, coll. Politique comparée, 1984, p. 35-42.

SFEZ Lucien, « Politique symbolique », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 1169-1171.

SOUBEYROL Jacques, « Le problème des cycles politiques ou constitutionnels », in *Mélanges Séfériadès*, vol. I, Athènes : École des sciences politiques *Panteios*, 1961, p. 237-249.

STONE SWEET Alec, « La politique constitutionnelle », in G. Drago, B. François, N. Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel : colloque de Rennes, 20 et 21 septembre 1996*, Paris : Economica, coll. Études juridiques, 1999, p. 117-140.

SUEUR Jean-Jacques, « Transgresser, interpréter, traduire », in J.-J. Sueur, P. Richard (dir.), *La transgression : Actes du colloque international des 24 et 25 octobre 2011*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 1-17.

TALLON Denis, « Précédent », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 1185-1187.

TERRENOIRE Jean-Paul, « Sciences sociales », in M. Canto-Sperber (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale, t. 2*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 4^e éd., 2004, p. 1751-1753.

TIMSIT Gérard, « Système », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 1462-1465.

TRIGEAUD Jean-Marc, « Droit. Droit naturel et droit positif », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 159-169.

TROPER Michel, « Nécessité fait loi. Réflexions sur la coutume constitutionnelle », in *Service public et libertés : mélanges offerts au professeur Robert-Édouard Charlier*, Paris : Éd. de l'Université et de l'Enseignement moderne, 1981, p. 309-323.

TROPER Michel, « La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak) », in *Les usages sociaux du droit*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1989, p. 286-292.

TROPER Michel, « Le constitutionnalisme entre droit et politique », in *Droit et politique*, Paris : PUF, coll. CURAPP, 1993, p. 82-94.

TROPER Michel, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 310-325.

TROPER Michel, « « La souveraineté nationale appartient au peuple ». L'article 3 de la constitution de 1958 », in M. Troper, L. Jaume (dir.), *1789 et l'invention de la constitution. Actes du colloque de Paris organisé par l'Association française de Science Politique : 2, 3 et 4 mars 1989*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, 1994, p. 249-262.

TROPER Michel, « Démocratie continue et justice constitutionnelle », in D. Rousseau (dir.), *La démocratie continue. Actes du colloque de Montpellier, 2-4 avril 1992*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, 1995, p. 125-136.

TROPER Michel, « Remarques à propos de l'analyse de Dominique Rousseau », in G. Drago, B. François, N. Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel : colloque de Rennes, 20 et 21 septembre 1996*, Paris : Economica, coll. Études juridiques, 1999, p. 377-380.

TROPER Michel, « Kelsen et l'idéologie des constitutionnalistes français », in C.M. Herrera (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Paris : LGDJ, coll. La pensée juridique, 2001, p. 29-45.

TROPER Michel, « Sieyès et le jury constitutionnaire », in M. Ameller, P. Ardant, J.-C. Bécane, (dir.), *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris : Montchrestien, 2001, p. 265-282.

TROPER Michel, « Interprétation », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p.843-847.

TROPER Michel, « Normativisme », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 1074-1079.

TROPER Michel, « Science du droit », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 1391-1394.

TROPER Michel, « Kelsen et la Cour constitutionnelle », in O. Beaud, P. Pasquino (dir.), *La controverse sur le « gardien de la constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris : Ed. Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2007, p. 83-101.

TROPER Michel, « Les concepts de l'histoire constitutionnelle », in C. M. Herrera, A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris : Éditions Kimé, coll. Nomos & normes, 2012, p. 75-94.

TUSSEAU Guillaume, « Un oublié du constitutionnalisme contemporain : le contrôle politique de constitutionnalité », in F. Mélin-Soucramanien (dir.), *Espaces du service public : mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, Tome 1, Pessac : Presses universitaires de Bordeaux, coll. Université Montesquieu Bordeaux IV, 2013, p. 711-750.

VAN HOECKE Mark, « Théorie générale du droit », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : LGDJ, 2^e éd., 1993, p. 610-613.

VEDEL Georges, « Le doyen Maurice Hauriou et la science politique », 1968, reprod. in *Pages de doctrine*, Paris : LGDJ, 1980, p. 43-58.

VEDEL Georges, « La place de la Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité » », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la*

jurisprudence. Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, Paris : PUF, 1989, p. 35-64.

VERDUSSEN Marc, « Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel dans une perspective comparative », in F. Delpérée (dir.), *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, Bruxelles : Bruylant, Paris : Economica, coll. Droit public positif, 1991, p. 153-196.

VIALA Alexandre, « L'esprit des constitutions par-delà les changements », in A. Viala (dir.), *La Constitution et le temps : Ve séminaire franco-japonais de droit public du 4 au 10 septembre 2002*, Lyon : L'Hermès, coll. Bibliothèque de droit, 2003, p. 27-36.

VIALA Alexandre, « Aux sources de la controverse juridique : la force des mots », in J.-J. Sueur (dir.), *Interpréter et traduire : Actes du colloque international des 25 et 26 novembre 2005 de la Faculté de Droit de Toulon*, Bruxelles : Bruylant, 2007, p. 189-215.

VIALA Alexandre, « De la promotion d'une règle à la normalisation d'une discipline », in B. Mathieu (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris : Dalloz, 2008, p. 519-526.

VIALA Alexandre, « L'autonomie du droit : un fantasme de juristes ? », in J.-L. Autin, L. Weil (dir.), *Le droit figure du politique : études offertes au professeur Michel Miaille*, Montpellier : Faculté de droit de Montpellier, coll. Mélanges, 2008, p. 479-500.

VIALA Alexandre, « Le concept d'identité constitutionnelle : approche théorique », in L. Burgogue-Larsen (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris : A. Pedone, coll. Cahiers Européens, 2011, p. 7-24.

VIALA Alexandre, « Conditions et objet de la transgression : ce que l'étymologie nous enseigne », in J.-J. Sueur, P. Richard (dir.), *La transgression : Actes du colloque international des 24 et 25 octobre 2011*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 347-364.

VIALA Alexandre, « La modernité juridique ou l'histoire d'une objective complicité entre puissance étatique et garantie des droits », in S. Mouton (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Grands colloques, 2016, p. 229-239.

VILLA Vittorio, « Métathéorie », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : LGDJ, 2^e éd., 1993, p. 370-372.

VILLA Vittorio, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 281-291.

VOCANSON Claire, « Le texte », in P. Deumier (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2013, p.11-32.

WALINE Jean, « Existe-t-il un gouvernement du juge constitutionnel en France ? », in *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris : Dalloz, 2007, p. 487-510.

ZOLLER Élisabeth, « La question des règles non écrites aux États-Unis », in P. Avril, M. Verpeaux (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris : Éd. Panthéon-Assas, coll. Droit public, 2000, p. 143-151.

ARTICLES DE PRESSE

BÉCHILLON Denys (de), « Entretien », *Revue des deux mondes*, 4 janvier 2019.

BLONDIAUX Loïc, COHENDET Marie-Anne, FLEURY Marine, FRANÇOIS Bastien, LANG Jérôme, LASLIER Jean-François, PECH Thierry, SAUZAY Quentin, SAWICKI Frédéric, « Le référendum d'initiative citoyenne délibératif », *Terra-Nova*, 18 février 2019.

BOURDIEU Pierre, « Pour un savoir engagé », *Le Monde diplomatique*, février 2002, p. 3.

DEBRÉ Jean-Louis, « Un progrès pour l'État de droit dans notre pays », *Le Figaro*, 25 mai 2010.

DELVOLVÉ Pierre, « Mariage : un homme, une femme », *Le Figaro*, 8 novembre 2012.

FOYER Jean et TERRE François, « Le peuple, juge constitutionnel », *Le Figaro*, 30 juillet 1996.

MONNERVILLE Gaston, *Le Monde*, 8 novembre 1962.

MONTVALON Jean-Baptiste, « Big bang chez les Sages », *Le Monde*, 22 février 2010.

ROUSSEAU Dominique, « Mon plaidoyer pour l'État de droit », *Libération*, 17 août 2016.

ROUSSEAU Dominique, « Le référendum d'initiative citoyenne n'est pas une idée nouvelle », *Le Monde*, 18 décembre 2018.

VEDEL Georges, « Le droit par la coutume », *Le Monde*, 22 décembre 1968.

Blog de *Jus politicum*

BARANGER Denis, « L'affaire Benalla et la Constitution : le Sénat, organe de contrôle politique de l'exécutif », *JP blog*, 23 septembre 2018.

BARANGER Denis, « Une bataille mais pas la guerre ? Les victoires du parlement de Westminster contre Boris Johnson », *JP blog*, 9 septembre 2019.

BEAUD Olivier, « Une présidence “à la dérive” ? », *JP blog*, 17 octobre 2016.

BEAUD Olivier, « Remarques sur le référendum d'initiative parlementaire et sur les arguments de ceux qui ont voulu en bloquer la procédure », *JP blog*, 23 mai 2019.

CARPENTIER Mathieu, « Comment j'ai appris à ne plus m'en faire et à (presque) aimer le recours à l'article 11 pour réviser la Constitution », *JP blog*, 21 février 2018.

GUÉRIN-BARGUES Cécile, « Brexit : au mépris du Parlement ? Theresa May, entre “contempt of Parliament” et fragile soutien de sa majorité », *JP blog*, 18 décembre 2018.

COMMUNICATIONS ORALES**Colloques et séminaires**

Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain ?, Colloque organisé à l'Université Toulouse-Capitole les 29 et 30 septembre 2016, organisé par Xavier Magnon et Stéphane Mouton.

Les équivoques de l'institution : normes, individu et pouvoir, Colloque organisé à l'Institut Michel Villey le 30 mai et le 1^{er} juin 2018, organisé par Olivier Beaud, Élodie Djordjevic, Sabina Tortorella et Mathilde Unger.

Séminaires de l'Encyclopédie de Droit politique : <http://droitpolitique.com/seminaires>

Déclarations et conférences

DEBRÉ Jean-Louis, « Discours de clôture », *La QPC, une question pour la démocratie*, Colloque de l'Assemblée nationale du 5 avril 2013.

GAULLE Charles (de), Conférence de presse du 31 janvier 1964.

GISCARD D'ESTAING Valéry, *Allocution prononcée au Conseil constitutionnel*, 8 novembre 1977.

MITTERRAND François, Interview du 14 juillet 1986 conduite par Y. Mourousi.

SAUVÉ Jean-Marc, « Introduction », *Théorie et pratiques du référendum*. Colloque organisé par la Société de législation comparée le 4 novembre 2011.

SIEYÈS Emmanuel-Joseph, « Discours du 7 septembre 1789 », *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, Librairie administrative de Paul Dupont, 1875, p. 594-595.

JURISPRUDENCE

Conseil constitutionnel

CC, Décision n° 62-18 L du 16 janvier 1962, *Nature juridique des dispositions de l'article 31 (alinéa 2) de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole*, Rec. p. 31.

CC, Décision n° 20-62 DC du 6 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.

CC, Décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les Communautés européennes et du traité instituant un conseil unique et une commission unique des Communautés européennes*, Rec. p. 15.

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

CC, Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, Rec. p. 19.

CC, Décision 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 1er juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement*, Rec. p. 42.

CC, Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, Rec. p. 70.

CC, Décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, Rec. p. 61.

CC, Décision n° 86-225 DC du 23 janvier 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, *Rec.* p. 13.

CC, Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, *Rec.* p. 50.

CC, Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, *Rec.* p. 55.

CC, Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*, *Rec.* p. 76.

CC, Décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du Traité sur l'Union européenne*, *Rec.* p. 94.

CC, Décision 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.

CC, Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, *Rec.* p. 71.

CC, Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, *Rec.* p. 293.

CC, Décision n° 2007-561 DC du 17 janvier 2008, *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail*, *Rec.* p. 41,

CC, Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, *Rec.* p. 107.

CC, Décision n° 2009-395 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, *Rec.* p. 206.

CC, Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, *Rec.* p. 276.

CC, Décision n° 2012-654 DC du 9 août 2012, *Loi de finances rectificative pour 2012 (II)*, *Rec.* p. 461.

CC, Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*, *JO* n° 0171 du 26 juillet 2015, p. 12751, texte n° 4.

CC, Décision n° 2015-512 QPC du 8 janvier 2016, *Vincent R.*, *JO* n° 0008 du 10 janvier 2016, texte n° 20.

Cours constitutionnelles étrangères

Tribunal constitutionnel d'Espagne

Décision 31/2010 du 28 juin 2010, *Statut d'autonomie de la Catalogne*.

Décision 42/2014, 25 mars 2014, *Résolution du Parlement catalan du 23 janvier 2013*.

Cour suprême du Royaume-Uni

R. (HS2 Action Alliance Ltd) v. Secretary of State for Transport [2014], UKSC 3.

Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne

BVerfGE, 3, 225 (231) [égalité des sexes], 18 décembre 1953.

Cour constitutionnelle d'Italie

Décision n° 118/2015 du 25 juin 2015, *Loi de la Région de Vénétie du 19 juin 2014 n° 16, relative à l'organisation d'un référendum d'indépendance de la Vénétie*.

Cour suprême du Canada

Requête n° 25506, 20 août 1998, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*.

INDEX

(les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

- BACHELARD G.** : 44, 510, 521, 558, 559, 565, 569, 577, 614, 659, 668, 679, 723
- BARTHÉLEMY J.** : 26, 383, 397, 405, 897, 899, 900, 905, 907, 947
- Begriffsjurisprudenz** : 652, 654-658, 660, 661, 663-666, 672, 684, 714
- BOBBIO N.** : 37, 94, 300, 384, 484, 506, 511, 517, 519, 527, 532, 547, 553, 576, 582, 583, 614, 634, 677
- BÖCKENFÖRDE E.-W.** : 100, 170, 172, 270, 484, 485, 490, 789
- BURDEAU G.** : 21, 57, 60, 119, 175, 179, 313, 315, 363, 446, 459, 467, 475, 476, 607, 726, 848, 849, 854, 861, 875, 882, 886, 899, 906, 929
- CAPITANT R.** : 57, 119, 140, 189, 208, 237-241, 245, 246, 267, 440, 489, 639, 906
- CARRÉ DE MALBERG R.** : 289, 292, 293, 303, 305, 306, 319, 335, 357, 359-368, 370, 410, 634, 906
- CONSTANT B.** : 80, 123-127, 207
- Constitution**
- **écrite / coutumière** : 83, 229, 395, 428, 429, 786, 794, 798, 815
 - **normative / institutionnelle** : 25, 32, 46, 168, 176, 182, 232, 267, 270, 271, 280, 322, 490, 495, 850
- Constitutionnalisme** : 84, 86, 155, 182, 227, 256, 403, 406, 628, 680, 844, 852, 862
- **néo-constitutionnalisme** : 26, 143, 382, 383, 426, 860
- Contentieux constitutionnel** : 3, 26, 27, 31, 32, 41, 42, 48, 64, 119-121, 164, 169, 172, 275, 601, 718, 905, 923, 924, 941, 942, 947
- Contextualisme (École de Cambridge)** : 735, 740, 764-769, 831
- Conventions de la Constitution** : 14, 230, 235, 237-247, 253, 254, 257, 264, 265, 460, 473, 480, 859, 924
- Coutume** : 57, 65, 235, 237-247, 253, 254, 265, 428, 788, 798
- Démocratie** : 86, 145-147, 380-384, 449, 470, 483-486, 488, 489, 554, 830, 832
- DICEY A.V.** : 230, 235, 810
- DUGUIT L.** : 290, 335, 336, 518, 642, 643, 647, 648, 650-654, 719, 856, 888, 890, 891
- DUVERGER M.** : 21, 191, 446, 840, 861, 864, 881, 884, 889, 899
- École historique du droit** : 648, 688, 714, 780, 797

État

- **État de droit** : 147, 330-385, 752, 754
- **et Fédération** : 297, 298, 302, 307-310, 322-324, 666, 682
- **forme politique** : 373, 385, 493, 622
- **institution** : 313-320, 325, 465
- **et souveraineté** : 289-300, 302, 303, 305, 332, 333, 335, 337, 342, 355, 365-367, 674

FAVOREU L. : 3, 11, 26, 31, 48, 64, 108, 119, 142, 144, 182, 228, 229, 232, 234, 264, 374, 382, 395, 397, 752, 860, 869

Fiction : 313-316, 373-375, 417, 462, 481, 486-489, 672, 687, 691, 692, 703, 708, 918

HART H.L.A. : 440-445, 461, 469, 510, 631

HAURIOU M. : 71, 173, 175-177, 179, 180, 183, 188, 189, 197, 198, 205, 251, 257, 271, 272, 314-320, 356, 364, 369, 411, 430, 431, 435, 445, 465-471, 473, 478, 481, 496, 518, 630, 640, 642, 748, 787, 856, 862, 865-867, 869, 870, 877, 878, 881, 882, 895

Histoire

- **discours doctrinal** : 604, 728-769
- **temporalité** : 498, 728, 729, 770-835, 933

HOBBS T. : 1, 59, 624, 626, 627

Idéalisme

- **méthodologique** : 508, 509, 613-619, 627-632, 638, 639, 641, 643, 650, 651, 653-655, 657, 658, 667, 668, 677, 695, 696, 707, 710, 720-722
- **ontologique** : 485, 536, 538, 541, 543, 544, 613, 634, 648, 656, 660, 689, 893-896, 928

Institution

- **idée d'œuvre** : 251, 252, 430, 431, 467, 468, 491, 682, 790, 856 877, 871
- **mutabilité** : 256, 394, 429, 465, 471-477, 789, 790, 813

Intersubjectivisme : 464, 465, 469, 478, 649, 667, 694, 764, 767, 867

JELLINEK G. : 112, 237, 287, 289, 293, 300, 314, 328, 337, 360, 361, 365-367, 369, 464, 637, 639, 640, 659, 666, 672-675, 682, 684-686, 689, 691, 693, 694, 733, 769, 911

Juge constitutionnel

- **institution politique** : 108, 123, 129-133, 136, 187, 195, 345, 347, 352
- **interprète de la Constitution** : 65, 89, 90, 96, 97, 108, 116, 119-172, 304, 348-350, 352

Jusnaturalisme : 334, 335, 341, 351, 405, 436-438, 464, 471, 480, 487, 490, 506, 508, 510, 615, 616, 619, 624-630, 634, 641, 648, 693, 720, 722-724, 740, 820, 828, 867, 944

KELSEN H. : 46, 47, 71-74, 87, 94, 123, 125, 126, 128, 132, 136, 228, 233, 234, 264, 278, 279, 283, 334, 341, 363, 390, 399, 400, 442, 443, 446, 460, 512, 516-518, 521, 524, 532, 536, 538-545, 547-549, 568, 575, 577, 594, 623, 634, 643, 655-658, 660, 661, 664-666, 674, 675, 689, 843-845, 854, 856, 858, 861, 865

KOSELLECK R. : 758, 760-762, 765, 766, 772, 774, 777, 789, 805, 814-816

Légitimité

- **démocratique** : 145-147, 218, 305, 343, 374, 380-384, 450, 483-486, 494, 674

- **et institutions** : 181, 187, 251-253, 313, 314, 378, 422, 438, 447, 449, 467, 468, 474, 491, 492, 496, 674, 802

- **du juge constitutionnel** : 90, 96, 134-139, 142-147, 162, 163, 252

- **personnelle** : 187, 210, 218, 474

MIRKINE-GUETZÉVITCH B. : 191, 727, 861, 874, 884, 898, 901

MONTESQUIEU : 1, 129, 405, 410, 411, 454, 588, 608, 819

Normativisme : 46-48, 51, 52, 54, 55, 58, 72, 74, 93, 228, 229, 233-235, 268, 283, 327, 328, 341, 342, 388, 391, 397, 399, 400, 441-443, 445, 512, 536, 541, 544, 546, 549, 572, 626, 634, 655-658,

664, 785, 786, 844, 845, 855, 856, 859, 881-883, 937, 948

Objectivisme : 483-489, 634, 635, 637, 642-650, 653-659, 662, 663, 666, 667, 865-867, 708, 901

Positivisme

- **par opposition au droit naturel** : 334, 335, 337, 341, 343, 344, 464, 505, 508, 518, 620, 624, 631, 634, 648, 720, 722, 723, 627

- **étatique** : 283, 299, 319, 337

- **comme idéologie** : 384, 551-555

Pouvoir constituant

- **acte révolutionnaire** : 83, 415, 428, 471, 487, 798, 799, 801-803, 806, 826, 827

- **acte de souveraineté** : 147, 292, 317, 351, 399, 403, 407, 416-419, 423, 437-438, 445, 471, 476, 477, 483, 487, 492, 623, 640, 641, 704, 795-798, 801, 802, 805, 827

- **comme fondation** : 400, 415-419, 428, 429, 445, 465, 468, 471, 473, 476, 788, 792, 793

- **comme institution** : 420-425, 430, 431, 434, 435, 466-471, 794-796, 799, 801, 807, 827

Réalisme

- **au sens philosophique** : 592, 655, 657, 695, 706, 708, 896, 899

- **comme théorie du droit** : 68, 265, 455, 462, 547, 568, 576, 833, 882, 900
- Reconnaissance**
 - **et légitimité** : 446-451, 461, 468, 472, 801, 805
 - **règle de reconnaissance** : 440, 442-444, 461, 462
- Représentation** : 179, 184, 185, 186, 203, 317, 319, 365
- Responsabilité politique** : 190, 198-222, 234, 236, 256-258, 475, 674, 716, 791, 813
- ROSS A.** : 547, 568, 576
- ROUSSEAU J.-J.** : 1, 454, 608, 717, 819
- Sanction** : 212, 213, 216, 232-236, 256, 259, 460, 626, 842, 847
- SCARPELLI U.** : 452, 460, 532, 555, 556, 576, 611, 623, 946
- SCHMITT C.** : 114-117, 123, 125-128, 297, 309, 414-423, 425, 427, 475, 485, 493, 641
- Séparation des pouvoirs** : 205, 219, 220, 373, 407, 410-413, 588, 608, 818, 819, 831
- SIEYÈS E.-J.** : 59, 185, 255, 399, 401, 415-419, 480, 484, 486, 487, 588, 752
- Sociologisme** : 290, 315, 318, 335, 452-455, 462, 644, 647, 650-652, 665, 719, 835, 866, 878, 880, 881, 886, 888-895, 898, 901, 903, 928
- Souveraineté**
 - **acte constituant** : *voir* **Pouvoir constituant**
 - **de l'État** : *voir* **État**
 - **indivisible** : 297, 308, 365, 417, 806
- STRAUSS L.** : 518, 740, 747, 793
- Subjectivisme** : 59, 340, 362, 465, 480-482, 487, 621-627, 634, 635, 637, 639-644, 646, 649, 668, 693, 694, 797, 866, 867, 893, 895, 896, 901
- Supraconstitutionnalité** : 388, 403, 404, 436, 616, 628
- Théorie réaliste de l'interprétation** : 66-71, 74-77, 83, 87, 91-93, 95-99, 101, 106, 110-112, 171, 227, 235, 247, 276, 394, 427, 544, 571, 634, 845, 859, 900, 901
 - **Théorie des contraintes juridiques** : 75, 95, 247, 255, 277, 901
- Union européenne** : 298, 322-324, 328, 347, 494
- VILLEY M.** : 1, 59, 227, 303, 541, 557, 616, 624, 626, 627, 629, 636, 637, 646, 647, 649, 693, 945

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	5
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	7
SOMMAIRE.....	11
INTRODUCTION GÉNÉRALE	13
I. L'objet de l'étude : une théorie constitutionnelle contemporaine	17
A. Une théorie du droit.....	18
1. Un postulat : une doctrine du droit politique	18
2. Un constat : une école du droit politique	20
3. Un résultat : une théorie du droit politique	25
B. Une théorie constitutionnelle.....	27
1. Une théorie juridique.....	27
2. Une théorie articulée autour de la Constitution.....	29
C. Une théorie contemporaine.....	31
II. La méthode de l'étude : une démarche métathéorique prospective	35
A. Une démarche stipulative	35
B. Une démarche inducto-déductive	38
C. Une démarche analytique	40
III. L'intérêt de l'étude : la mise au jour d'une théorie méconnue	42
A. Un enjeu immédiat : une théorie nourrissant la controverse constitutionnelle.....	43
B. Un enjeu différé : une théorie renouvelant les présupposés doctrinaux	46

PREMIÈRE PARTIE : UNE COHÉRENCE ONTOLOGIQUE OPÉRANTE	55
.....	
TITRE I: LE DÉPASSEMENT DU TEXTE : LA CONSTITUTION COMME CADRE DE LA POLITIQUE	61
<i>Chapitre 1 : Le refus du formalisme</i>	65
Section 1 : La relativisation classique de l'autorité juridique du texte constitutionnel.....	68
§1 : Une approche réaliste du texte	68
A. La signification relativisée du langage constitutionnel	69
1. Une relativisation devenue classique	69
2. Une relativisation accentuée au niveau constitutionnel	73
B. La signification préservée du texte constitutionnel	76
1. Un symbole de l'acte constituant	77
2. Une contrainte argumentative	80
§2 : Une définition politique de l'interprétation	83
A. Le caractère politique de l'interprétation	83
1. Le volontarisme de l'interprète	84
2. L'indétermination de la méthode herméneutique	88
B. L'effet politique de l'interprétation	94
1. La définition matérielle du droit constitutionnel.....	95
2. La définition structurelle du droit constitutionnel.....	98
Section 2 : La relativisation symptomatique du monopole herméneutique du juge constitutionnel.....	104
§1 : Une critique fondée en théorie	105
A. La déconstruction de la neutralité politique du juge	106
1. Une neutralité organique discutable.....	107
2. Une neutralité fonctionnelle introuvable.....	112
B. La relativisation de la légitimité démocratique du juge	117

1. L'argument limité de l'habilitation constitutionnelle	118
2. L'argument insuffisant de la représentativité du juge constitutionnel.....	124
§2 : Une critique justifiée en pratique	128
A. Une jurisprudence matériellement limitée	129
1. Une interprétation juridictionnelle limitée	129
2. Une interprétation juridictionnelle concurrencée.....	133
B. Une jurisprudence matériellement décevante.....	138
1. La faiblesse argumentative de la jurisprudence	139
2. La faiblesse conceptuelle de la jurisprudence	142
<i>CONCLUSION DU CHAPITRE 1</i>	<i>149</i>
 <i>Chapitre 2 : Le choix de l'institutionnalisme.....</i>	<i>151</i>
Section 1 : La consécration primordiale de l'autonomie des institutions politiques.....	153
§1 : Une approche inspirée de la théorie institutionnaliste classique.....	153
A. Des institutions politiques fondées par le texte constitutionnel	155
1. Une exigence fonctionnelle.....	155
2. Une exigence démocratique	159
B. Des institutions politiques émancipées du texte constitutionnel ...	162
1. Un soutien nécessaire	162
2. Une transformation irrémédiable	166
§2 : Une approche appliquée à la pratique institutionnelle contemporaine	172
A. La disparition problématique de la responsabilité politique	173
1. Une responsabilité banalisée	174
2. Une responsabilité déplacée	178
B. La judiciarisation impossible de la responsabilité politique.....	183

1. Un droit commun inapplicable.....	184
2. Une procédure adaptée.....	189
Section 2 : La consécration inachevée de la juridicité de la pratique politique	195
§1 : Un débat doctrinal en suspens.....	196
A. Une pratique politique disqualifiée	197
1. L'argument inopérant d'un monopole du droit écrit.....	197
2. L'argument inadapté de la sanction juridictionnelle.....	201
B. Une pratique politique inqualifiable.....	206
1. Une distinction discutable entre coutume constitutionnelle et convention de la Constitution	207
2. L'utilité limitée des notions de coutume constitutionnelle et de convention de la Constitution	212
§2 : Des perspectives esquissées	217
A. L'actualisation nécessaire de la notion de morale constitutionnelle	217
1. Un principe institutionnel.....	218
2. Une garantie institutionnelle	223
B. Le développement opportun de la notion de système de gouvernement.....	227
1. L'abandon logique des critères formels du droit constitutionnel	228
2. La consécration inachevée du droit constitutionnel comme cadre politique	232
<i>CONCLUSION DU CHAPITRE 2</i>	239
CONCLUSION DU TITRE I.....	241
 TITRE II : LE DÉPASSEMENT DE LA NORME : LA CONSTITUTION COMME STRUCTURE DE LA POLITIQUE	243
<i>Chapitre 1 : Une théorie de l'État</i>	249

Section 1 : Une théorie juridique de l'État nécessaire	251
§1 : Un objet étudié à travers le droit constitutionnel positif	252
A. La considération primordiale de la souveraineté.....	252
1. Un critère absolu de définition de l'État	253
2. Un critère négatif d'identification de modèles concurrents à l'État	257
B. La considération subsidiaire de la citoyenneté.....	262
1. Une théorie indirecte des droits subjectifs	262
2. Une théorie inachevée de la nationalité	266
§2 : Un objet étudié par-delà le droit constitutionnel positif.....	271
A. Une théorie générale de l'État.....	272
1. Une fiction au fondement du droit	272
2. Une fiction institutionnalisée par le droit.....	275
B. Une théorie prospective de l'État	279
1. L'étude de nouveaux objets	279
2. L'étude d'objets transformés.....	283
Section 2 : Une théorie juridique de l'État de droit inachevée	286
§1 : Le refus cohérent des thèses de l'hétérolimitation de l'État	287
A. Une définition étatique du droit	288
1. Une définition étatique du droit	288
2. Une définition politique des droits.....	293
B. Une conception élargie des organes de l'État.....	297
1. L'impossible extériorité du juge	297
2. L'impossible extériorité des citoyens.....	302
§2 : La réception critique de la thèse de l'autolimitation de l'État	305
A. L'inopérance de la théorie juridique	306
1. Une limite juridique incohérente.....	306

2. Une limite juridique aléatoire.....	311
B. La logique de la théorie politique	315
1. L'État de droit fiction de gouvernement	315
2. L'État de droit fossoyeur de la démocratie	320
<i>CONCLUSION DU CHAPITRE 1</i>	325
 <i>Chapitre 2 : Une théorie de la légitimité</i>	327
Section 1 : La légitimité au fondement de la Constitution.....	329
§1 : L'abandon de la notion de validité.....	330
A. La neutralisation des critères formels.....	330
1. Une rigidité introuvable	331
2. Une suprématie fondée politiquement	335
B. La relativisation des critères matériels	338
1. Des prescriptions infondées	339
2. Des prescriptions imprécises.....	343
§2 : Le choix d'une théorie de l'acte constituant	349
A. Le pouvoir constituant comme fondation.....	350
1. Un acte de souveraineté	351
2. Un acte institutionnel	354
B. Le texte constitutionnel comme symbole	359
1. L'instrument décisif de la souveraineté constituante	359
2. Le sanctuaire fragile de la souveraineté constituante.....	363
Section 2 : La légitimité comme résultat de la Constitution	368
§1 : Une théorie de la reconnaissance	369
A. Un concept résolument extra-normatif.....	370
1. Le renoncement logique au normativisme	370
2. La consécration insolite de la légitimité.....	375

B. Un concept sociologique inabouti	380
1. Un concept opérant	380
2. Une définition éprouvée par l'effectivité du droit.....	384
§2 : Une théorie de l'intersubjectivité.....	389
A. Une théorie parachevant l'institutionnalisme.....	390
1. Une doctrine consacrant le pouvoir constituant comme institution	391
2. Une doctrine concédant le changement constitutionnel.....	395
B. Une théorie renouvelant le contractualisme	399
1. Le subjectivisme du pouvoir constituant.....	399
2. L'objectivation du peuple souverain.....	402
<i>CONCLUSION DU CHAPITRE 2</i>	409
CONCLUSION DU TITRE II	411
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	413
SECONDE PARTIE : UNE COHÉRENCE MÉTHODOLOGIQUE SOUS- JACENTE	417
TITRE I : UNE ÉPISTÉMOLOGIE CONSTRUCTIVISTE	423
<i>Chapitre 1 : La critique de l'empirisme méthodologique</i>	427
Section 1 : La déconstruction épistémologique de la neutralité axiologique	430
§1 : Un postulat positiviste inapplicable	431
A. Une objectivité interne compromise	431
1. Le difficile renoncement aux présupposés éthiques.....	432
2. Le renoncement illusoire à la politique juridique	436
B. Une objectivité externe inaccessible	441
1. L'autorité politique incontrôlable des conclusions scientifiques	441
2. L'autorité politique irrémédiable des doctrines juridiques	445

§2 : Un postulat positiviste périlleux	448
A. Le risque de l'autonomisation du droit	448
1. Un objet épistémologiquement circonscrit.....	449
2. Un objet dénué d'empiricité.....	454
B. Le risque de la légitimation du droit.....	459
1. La compromission idéologique de la description du droit	459
2. L'épreuve alternative de la sincérité du savant	465
Section 2 : La déconstruction pragmatique de la fonction de la science du droit.....	469
§1 : Le dépassement assumé de la fonction descriptive de la science du droit.....	469
A. La nécessaire construction d'un objet	470
1. Le défaut constaté d'objectivité du droit.....	471
2. L'utilité préservée de la science juridique	475
B. La nécessaire explication de l'objet	479
1. La rationalisation mécanique du droit.....	480
2. La justification assumée du droit	483
§2 : Le renoncement excessif à la distinction entre droit et science du droit	488
A. La porosité logique des discours juridiques et doctrinaux	488
1. Des fonctions discursives complémentaires.....	489
2. Une influence réciproque	493
B. La porosité relative des discours juridiques et doctrinaux	497
1. La vocation critique du discours doctrinal sur le droit.....	498
2. L'influence limitée du discours doctrinal sur le droit	502
<i>CONCLUSION DU CHAPITRE 1</i>	507

<i>Chapitre 2 : Le renoncement à l'idéalisme méthodologique</i>	509
Section 1 : Des présupposés dénués de propension éthique.....	513
§1 : Une conception artificialiste du droit.....	514
A. Une conception moniste du droit	515
1. Une théorie moderne	515
2. Une théorie axiologiquement indéterminée	519
B. Une réception limitée du volontarisme juridique	524
1. Une critique indirecte du positivisme	525
2. Une critique implicite du subjectivisme radical	529
§2 : Une conception relativiste du droit	532
A. Une théorie distincte de l'objectivisme sociologique	533
1. Le refus de déconstruire le sujet de droit	534
2. Le refus de déconstruire les concepts juridiques.....	539
B. Une théorie méfiante à l'égard de l'objectivisme logiciste	543
1. La critique des théories dogmatiques	544
2. La critique des théories universalistes.....	550
Section 2 : Des concepts dotés d'une fonction critique	555
§1 : Un empirisme limité à la conceptualisation.....	556
A. L'instrument d'une conceptualisation substantielle.....	556
1. Une substantialisation prudente	557
2. Une substantialisation cohérente.....	562
B. L'instrument d'une conceptualisation relative	566
1. Une méthode inductive	567
2. Un point de vue interne	571
§2 : Un empirisme dépassé par la conceptualisation.....	577
A. Le risque spécifique d'essentialisation des concepts	577
1. L'autonomisation des concepts	578

2. La réification des valeurs	583
B. Le risque ordinaire d'une dérive scientifique.....	587
1. Un défaut paradoxal de relativisme doctrinal	588
2. Un défaut banal de réserve politique.....	593
<i>CONCLUSION DU CHAPITRE 2</i>	597
CONCLUSION DU TITRE I.....	599
TITRE II : UNE MÉTHODOLOGIE SYNCRÉTIQUE.....	603
<i>Chapitre 1 : Le recours significatif à l'histoire</i>	607
Section 1 : Une compatibilité méthodologique avérée entre l'histoire et le droit politique.....	609
§1 : Des postures doctrinales comparables	609
A. L'égalité d'opportunité d'une démarche constructiviste	610
1. L'inaccessible objectivité de l'histoire.....	610
2. L'indépassable subjectivité de l'historien.....	614
B. L'intérêt commun d'un renoncement au finalisme.....	619
1. L'impossibilité logique de la reproductibilité de l'histoire.....	619
2. L'incohérence fondamentale du progrès de l'histoire.....	624
§2 : Un objet d'étude similaire.....	629
A. Un matériau identique	629
1. L'étude d'un discours.....	630
2. La recherche d'une culture.....	635
B. Une autonomie à démontrer	640
1. Le problème de l'autonomie du droit dans l'histoire	640
2. Le problème de l'autonomie de l'histoire dans le droit	644
Section 2 : Une instrumentalisation théorique manifeste de l'histoire par le droit politique.....	650
§1 : Un argument en faveur de la conception institutionnaliste du droit	650

A. Une temporalité constitutionnelle autonome.....	651
1. Un rythme constitutionnel caractéristique	652
2. Un rythme constitutionnel difficilement saisissable	656
B. Une temporalité constitutionnelle contraignante	660
1. Une volonté constituante déterminée par l’histoire	661
2. Une volonté constituante conditionnée par l’histoire.....	665
§2 : Un argument en faveur de l’approche sémantique du droit	670
A. Le langage comme manifestation de l’historicisme institutionnel.	671
1. Un vocabulaire construit par l’histoire.....	671
2. Un vocabulaire normatif par l’histoire	677
B. Le langage comme prétexte à un passéisme relatif	680
1. La difficulté avérée à concevoir le changement.....	681
2. Le risque contourné du conservatisme	685
<i>CONCLUSION DU CHAPITRE 1</i>	693
<i>Chapitre 2 : Le recours mesuré à la science politique</i>	695
Section 1 : La coïncidence de l’objet	698
§1 : Un objet commun : le pouvoir	698
A. Le droit comme forme spécifique du pouvoir	699
1. Un postulat oblitéré par la doctrine juridique.....	700
2. Un postulat exacerbé par la doctrine politiste	704
B. Le droit comme structure indissociable du pouvoir	708
1. L’antériorité décisive du pouvoir sur le droit.....	708
2. L’influence constante du pouvoir sur le droit	712
§2 : Un concept isolant : l’institution	716
A. Un concept fusionnant droit et politique	717
1. Le dépassement d’une opposition classique	717

2. L'articulation du factuel et du normatif	721
B. Un concept autonomisant le droit de la politique	724
1. Des critères indistincts	725
2. Un équilibre caractéristique	729
Section 2 : L'autonomie de la méthode.....	732
§1 : Une méthode distincte.....	733
A. L'absence de sociologisme expérimental.....	733
1. La critique implicite de l'objectivité sociale du droit	734
2. La valorisation d'une idéalisation du droit.....	737
B. La critique du pragmatisme radical	741
1. La critique de la fragmentation méthodique du droit.....	741
2. Le choix d'une approche théorique du droit	746
§2 : Une méthode interdisciplinaire	750
A. La convergence des disciplines	751
1. Une complémentarité assumée.....	751
2. Une instrumentalisation périlleuse	755
B. L'équilibre des disciplines.....	758
1. La concurrence étouffée entre droit et science politique	759
2. La prévalence relative de la théorie du droit	762
<i>CONCLUSION DU CHAPITRE 2</i>	767
CONCLUSION DU TITRE II	769
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	771
CONCLUSION GÉNÉRALE	773
BIBLIOGRAPHIE	781
INDEX	853
TABLE DES MATIÈRES	857

Résumé :

Le droit politique est aujourd'hui un mystère. L'expression, qui désignait ce que l'on a désormais l'habitude d'appeler le droit constitutionnel, a déserté les manuels et n'est plus guère employée que pour décrire un temps révolu. Plusieurs auteurs français font toutefois exception et revendiquent au contraire le droit politique comme une façon renouvelée de traiter de la matière constitutionnelle. Ces auteurs se distinguent notamment au sein de la doctrine française par le scepticisme avec lequel ils accueillent le traitement privilégié voire exclusif dont bénéficie actuellement le contentieux constitutionnel. Sans nier le bouleversement que représente l'avènement de la justice constitutionnelle, les auteurs du droit politique valorisent une conception institutionnelle, historique et politique du droit constitutionnel. C'est le moyen par lequel ils cherchent à construire une théorie de la Constitution. Le droit politique ne fait cependant pas toujours l'objet d'une définition claire et globale de la part des auteurs qui s'en réclament. Il est certes possible de déceler une cohérence dans l'ensemble des travaux concernés, mais la pensée qu'ils traduisent mérite d'être systématisée, pour mieux faire apparaître l'enjeu doctrinal que revêt l'émergence d'une théorie du droit politique. La cohérence du droit politique s'éprouve d'abord sur le plan ontologique, puisqu'elle propose une définition de la Constitution qui, appuyée sur l'étude du droit positif, en livre une analyse efficace. Les travaux du droit politique portent également en creux une réflexion épistémologique, qui n'offre pas moins de cohérence que d'originalité.

***Droit politique* as constitutional theory. Proposition for a systematization**

Droit politique is today a mystery. That utterance, which once referred to what is now usually called constitutional law, has disappeared from textbooks and is henceforth only used to describe a bygone age. Several french lawyers make however exception, by claiming that *droit politique* is a new way of dealing with constitutional matters. These authors distinguish themselves by showing their scepticism about the development of constitutional litigation. If they don't deny that the constitutional jurisdiction has deeply transformed political systems, they prefer to value an institutional, historical and political definition of constitutional law. According to these lawyers, this is the way to build a constitutional theory. *Droit politique* is yet not always clearly or globally defined. Still it is possible to detect some consistency into the many ideas it suggests, but those need to be systematized, in order to emphasize the contribution of *droit politique* to doctrinal dispute. The *droit politique's* consistency can first be proven regarding its ontology, which offers a relevant analysis of positive law. *Droit politique's* consistency is also methodological. Although implicit, its methodology appears as coherent as it is original.

Discipline : Droit public

Mots-clés : Constitution - Constitutionnalisme - Théorie constitutionnelle - Institutionnalisme - Théorie de l'État - Constructivisme - Science du droit - Contentieux constitutionnel - Justice constitutionnelle - Pouvoir politique - Formalisme - Positivisme - Idéalisme - Histoire - Science politique - Doctrine juridique
