

Le droit constitutionnel est-il un droit politique ?

Xavier Magnon, Ariane Vidal Naquet

► **To cite this version:**

Xavier Magnon, Ariane Vidal Naquet. Le droit constitutionnel est-il un droit politique ?. Les cahiers Portalis, Association de l'Institut Portalis (AIP), 2018. hal-01973191

HAL Id: hal-01973191

<https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-01973191>

Submitted on 8 Jan 2019

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.



LE DROIT CONSTITUTIONNEL EST-IL UN DROIT POLITIQUE ?

Xavier MAGNON et Ariane VIDAL-NAQUET

Agrégés des Facultés de droit

Professeurs de droit public à l'Université d'Aix-Marseille

Institut Louis Favoreu-GERJC¹

LE DROIT CONSTITUTIONNEL EST-IL UN DROIT POLITIQUE ? La formule sonne comme une évidence : produit par le politique, régissant la politique, à la fois expression et limite au pouvoir politique, le droit constitutionnel est, à l'évidence, un droit politique. Nul ne prétend que le droit constitutionnel serait un droit antipolitique, dépolitique ou, pourquoi pas, apolitique. La question mérite, néanmoins, un exposé plus rigoureux des termes en discussion qui permettra d'alimenter la discussion et de clarifier le débat.

Si le terme de droit constitutionnel désigne le droit formellement ou matériellement constitutionnel, selon la définition que l'on retient de la Constitution, et quelle que soit, d'ailleurs, la définition retenue, la question de savoir si le droit constitutionnel est un droit politique n'a, alors, pas de véritable pertinence. Le droit constitutionnel, en tant qu'objet, est doublement « politique ». Il encadre, d'une part, l'exercice du pouvoir politique ou, pour le dire de manière plus juridique, l'exercice des compétences dont dispose un organe. D'autre part, il est lui-même le résultat de choix politiques, l'expression de valeurs d'une société particulière à un moment donnée.

S'il y a débat, il est ailleurs. Il n'est pas du côté de l'objet « droit constitutionnel », mais bien de celui du discours sur cet objet, à savoir le

¹ Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.

discours doctrinal sur cet objet, notamment le discours des constitutionnalistes. La question est d'ordre disciplinaire : elle est celle de l'organisation du discours de la discipline « droit constitutionnel » sur l'objet « droit constitutionnel ». Depuis une dizaine d'années, en effet, se développe un nouveau discours constitutionnel qui entend jouer une autre « musique ² » sur le droit constitutionnel. Ce nouveau discours est porteur d'une revendication ainsi décrite : « le label de *droit politique* peut servir à décrire un projet qui vise également, quoiqu'avec de tout autres moyens, à permettre une critique des formes présentes du droit constitutionnel et à esquisser un nouvel horizon de compréhension ³ », qui entend « contribuer à ouvrir les yeux sur (sa) la dimension politique » du droit constitutionnel ou encore qui se présente comme une « entreprise de la science juridique, cherchant à renouer avec la dimension politique qui lui est consubstantielle ⁴ ». Après une période de domination doctrinale du « droit constitutionnel jurisprudentiel », le renouveau de la discipline passerait aujourd'hui par le « droit politique ⁵ ». Ce nouveau discours disciplinaire est porté par une école, même si le terme peut paraître impropre, comme en conviennent d'ailleurs les initiateurs du mouvement ⁶. Il

² Entretien avec A. LE DIVELLEC, « *Jus Politicum* : le droit ressaisi par la politique ? », disponible à l'adresse suivante : https://www.nonfiction.fr/articleprint-4108-jus_politicum_le_droit_ressaisi_par_la_politique_.htm.

³ D. BARANGER, « Politisation et dépolitisation du droit constitutionnel français », in X. MAGNON et S. MOUTON (dir.), *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui, pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain ?* Mare & Martin, Le sens de la science, à paraître, 2018.

⁴ A. LE DIVELLEC, « *Jus Politicum* : le droit ressaisi par la politique ? », art. cité.

⁵ A. Le Divellec : « D'une certaine manière, on peut, en effet, dire que *Jus Politicum* s'est créée en réaction à la tendance de la science constitutionnelle que l'on peut qualifier (pour faire court) de *contentieuse*, qui nous paraît intellectuellement stérilisante pour saisir les questions constitutionnelles » (A. LE DIVELLEC, « *Jus Politicum* : le droit ressaisi par la politique ? », art. cité.).

⁶ Ainsi, selon Denis Baranger, « comme le montre à titre d'échantillon la variété des articles publiés par exemple dans *Jus Politicum* [...] (le label de « droit politique ») recouvre des attitudes très diverses par rapport au même objet, et je ne tiens pas à exagérer l'homogénéité des approches qu'il recouvre » (D. BARANGER, « Politisation et dépolitisation du droit constitutionnel français », art. cité) ; selon A. Le Divellec, « 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. Nous ne sommes pas une secte scientifique ou des moines-soldats au service d'une seule conception du droit constitutionnel, d'un nouveau dogmatisme ! *A fortiori*, les auteurs publiés dans *Jus Politicum* ne partagent-ils pas forcément toutes les positions des fondateurs de la revue ».

s'appuie sur une revue, *Jus Politicum*, qui en assure la visibilité institutionnelle et doctrinale, dirigée et organisée autour de l'Institut Michel Villey⁷ et les auteurs qui y publient de manière régulière⁸. Toutefois, la diversité des approches de « droit politique » ne fait pas obstacle à une tentative de systématisation mettant en évidence des traits saillants qui caractérisent ce nouveau discours doctrinal.

Au préalable, il n'est d'ailleurs pas inutile de rappeler que l'expression de « droit politique » semble avoir été utilisée pour la première fois par Montesquieu⁹, qui désigne ainsi « les lois dans le rapport qu'ont ceux qui gouvernent avec ceux qui sont gouvernés¹⁰ ». Il est encore pertinent de rappeler ce qu'en dira Rousseau, l'ancien :

« Le droit politique est encore à naître, et il est à présumer qu'il ne naîtra jamais [...] Le seul moderne en état de créer cette grande et inutile science eut été l'illustre Montesquieu. Mais il n'eut garde de traiter des principes du droit politique ; il se contenta de traiter du droit positif des gouvernements établis ; et rien au monde n'est plus différent que ces deux études. Celui pourtant qui veut juger sainement des gouvernements tels qu'ils existent est obligé de les réunir toutes deux : il faut savoir ce qui doit être pour bien juger de ce qui est¹¹ ».

L'on retrouve ici, en substance, l'opposition entre l'étude et la description du seul droit positif, ce que se serait contenté de faire Montesquieu, et la prise en compte d'exigences de droit naturel ou, pour le moins, la mise en évidence

⁷ Les fondateurs de la revue sont Armel Le Divellec, Denis Baranger, Olivier Beaud et Carlos-Miguel Pimentel.

⁸ La revendication d'un droit politique n'est toutefois pas exclusive à cette revue et à ses auteurs réguliers : voir, par exemple, avec un positionnement critique proche : J.-J. SUEUR, *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, Presses de l'Université de Laval, Collection Dikè, 2011, 331 p.

Voir également, sous un angle normativiste : 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 et S. MOUTON (dir.), *Questions sur la question (QsQ 3) : de nouveaux équilibres institutionnels ?* LGDJ-Lextenso, coll. Grands Colloques, 2014, p. 3-14.

⁹ Voir en ce sens : D. DE CASABIANCA, « Le droit politique dans les histoires de toutes les nations. Pourquoi « l'illustre Montesquieu » n'a pas pensé les fondements de la société politique », *Revue de Métaphysique et de Morale*, n° 1/2013, p. 36-37.

¹⁰ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, I.I.III, Flammarion, 2008, p. 66.

¹¹ J.-J. ROUSSEAU, *Émile ou de l'éducation. Livre V*.

de principes généraux qui doivent être respectés par le droit positif. Montesquieu défend une approche descriptive du droit positif, alors que Rousseau considère qu'il convient d'adopter une approche prescriptive, permettant de mettre en évidence ce que doit être le droit positif¹².

Si l'on identifie les traits caractéristiques du « droit politique » tel qu'il est défendu aujourd'hui, il faut d'abord le définir par la négative. Le droit politique est, d'abord, une réaction à une certaine manière de faire du droit constitutionnel. Ce n'est que dans un second temps, et de manière plus incertaine, qu'il pourrait être défini de manière positive comme un projet scientifique déterminé. Autrement dit, le droit politique se construit essentiellement en creux, en réaction, et c'est cette construction en négatif qui lui confère, pour l'essentiel, son unité.

Les tenants d'un droit politique contemporain se situent, en effet, dans une démarche critique, qui rejette l'approche jurisprudentielle du droit constitutionnel et le positivisme/normativiste défendu par Kelsen, incarnés par l'école aixoise de droit constitutionnel¹³.

¹² Il reste que la démarche de Montesquieu semble en réalité s'inscrire dans ce que Rousseau lui reproche précisément de ne pas faire, lorsque le premier met en évidence un rapport de convenance entre le droit positif et des principes de gouvernement qui s'imposent dans une société donnée. Voir en ce sens : D. DE CASABIANCA, « Le droit politique dans les histoires de toutes les nations... », art. cité., p. 41 et s. Selon cet auteur « le projet de l'Esprit des lois est de trouver (la) « règle-échelle » qui prenne la mesure des lois positives, sans tomber dans l'universalisme moral, incapable d'évaluer dans le détail la diversité humaine, et sans verser dans le particularisme, qui érige en règle les préjugés » (p. 43-44).

¹³ Le courant du droit constitutionnel jurisprudentiel est souvent assimilé à un courant normativiste, l'école aixoise et Hans Kelsen étant les cibles principales des tenants du « droit politique ». Voir : liant normativisme et école jurisprudentielle et critiquant Kelsen, D. BARANGER, « Politisation et dépolitisation du droit constitutionnel français », art. cité. (notamment : « le droit constitutionnel d'avant le tournant normativiste », ici le droit constitutionnel renvoie à la discipline ; « Le droit constitutionnel est désormais dominé par une approche normativiste et par l'étude du contentieux constitutionnel ») ; pour une critique de Kelsen : J.-M. DENQUIN, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum*, n° 1, *Le droit politique*, p. 6 et s. ; C.-M. PIMENTEL, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus Politicum*, n° 1, *Le droit politique*, p. 3. Cette assimilation est toutefois plus que discutable. S'il est vrai que l'école aixoise revendique une théorie du droit normativiste et kelsénienne, elle pourrait apparaître dans sa pratique dogmatique plus proche de l'école

Le mal de la doctrine constitutionnaliste contemporaine résiderait, en effet, dans le tournant contentieux, initié dans les années 80 par le Doyen Favoreu, qui n'est pas toujours visé de manière directe mais dont les choix épistémologiques et leur influence sur l'ensemble de la doctrine constitutionnaliste sont toujours critiqués¹⁴. Ce rejet de l'école aixoise s'accompagne d'un rejet du normativisme, supposé, de manière sans doute quelque peu hâtive, constituer le socle théorique de cette école et, plus particulièrement, d'un rejet de l'approche du droit défendue par Kelsen, qu'il s'agisse de la hiérarchie des normes et de la norme fondamentale¹⁵ ou de son choix de défendre une théorie *pure* du droit.

D'un point de vue théorique et épistémologique, ce rejet repose néanmoins sur une confusion entre le droit et le discours sur le droit, sans doute assumée, mais qui ne permet pas de saisir pleinement l'objet de la critique ; elle repose également sur une lecture du positivisme et du normativisme conçus comme une idéologie.

réaliste française. D'un point de vue théorique, le recours au discours du juge pour l'étude du droit positif participe plus de la logique réaliste que de celle normativiste. Sur ces ambiguïtés, voir : X. MAGNON, « Commentaire sous Le droit constitutionnel, Constitution du droit, droit de la Constitution de L. Favoreu », in W. MASTOR, J. BENETTI, P. ÉGEA, X. MAGNON (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, Dalloz, coll. Grands discours, 2017, p. 883-887.

¹⁴ Comparer l'intervention orale et la version écrite du texte de D. BARANGER, « Politisation et dépolitisation du droit constitutionnel français », art. cité.

¹⁵ Voir J.-M. DENQUIN, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », art. cité., p. 6 et s., non sans certaines ambiguïtés alors qu'il est affirmé que « la hiérarchie des normes a également subi une mutation fondamentale, bien que passée généralement inaperçue ». S'il s'agit du concept de hiérarchie des normes proposé par Kelsen, il ne saurait subir de mutation depuis le décès de son défenseur : le concept n'est pas forcément figé au décès de Kelsen, sauf à distinguer concept kelsénien et alterkelsénien. Par ailleurs, c'est moins ce concept qui est discuté, à l'exception de la question, tarte à la crème, de la norme fondamentale supposée, que les lieux communs doctrinaux de ce que serait la « hiérarchie des normes ». Voir également, pour une approche critique de « la norme fondamentale de Kelsen » : C.-M. PIMENTEL, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », art. cité, p. 3. Voir encore, sur les malentendus autour de l'œuvre de Kelsen, l'ouvrage collectif : T. HOCHMANN, X. MAGNON et R. PONSARD (dir.), *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, Mare & Martin, Le sens de la science, à paraître.

La confusion est ainsi forte lorsqu'il est soutenu que « Kelsen affirme avec netteté le caractère infranchissable de la distinction entre droit et politique : la théorie pure qui a pour objet le droit "entend être science du droit, elle n'entend pas être politique juridique [...] elle n'essaye en aucune façon de dire comment le droit devrait être ou doit être ou être fait"¹⁶ ». Avec lui, cette distinction n'est pas seulement approfondie d'un point de vue analytique. Elle définit le droit précisément par opposition à ce qui est du ressort du politique. Ce qui est du domaine de l'un ne peut plus être du domaine de l'autre. Les deux domaines (droit et politique) sont définis de manière exclusive l'un de l'autre¹⁷ ». Ce n'est pourtant pas une définition du droit que propose Kelsen dans les premières lignes de la *Théorie pure du droit*, et ce n'est donc pas la défense d'un droit *pur*, épuré de la politique, mais la pureté de la science du droit, qui exclut un discours politique, c'est-à-dire un discours prescriptif vis-à-vis de son objet, qui viserait à soutenir comment il doit être au nom de certaines valeurs. Dans la formule citée, Kelsen ne distingue pas *droit* et *politique*, mais *science du droit* et *politique juridique*.

La confusion réside également dans l'objet de la critique, car le droit politique rejette moins le normativisme que le positivisme. En effet, la critique de Kelsen est essentiellement une critique du positivisme entendue comme une idéologie et en vertu de laquelle, selon les tenants du droit politique, « la constitution pourrait avoir n'importe quel contenu, du moment que le pouvoir constituant a approuvé valablement le contenu¹⁸ ». Il est paradoxal de qualifier la théorie kelsénienne de « théorie philosophique¹⁹ » et de lire la *Théorie pure du droit* de Kelsen, pourtant discours de connaissance du droit, qui entend identifier et décrire le droit en général, comme un discours idéologique. La défense du caractère scientifique d'un discours est ainsi considérée, chez les tenants du droit politique, comme une approche idéologique défendant comment le droit doit être et non pas comme une approche scientifique. Cette lecture repose, là encore, sur une confusion entre droit et discours sur le droit : prôner un discours sur le droit pur ne saurait signifier que le droit est pur, en termes de valeurs, mais seulement vouloir décrire le droit comme il *est* et non pas comme il *doit être*. Il ne s'agit aucunement d'un parti pris politique mais

¹⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Traduit par Charles Eisenmann, 2^e éd., 1962, Bruylant-LGDJ, La pensée juridique, 1999, p. 9.

¹⁷ D. BARANGER, « Politisation et dépolitisation du droit constitutionnel français », art. cité.

¹⁸ D. BARANGER, « Politisation et dépolitisation du droit constitutionnel français », art. cité.

¹⁹ J.-M. DENQUIN, « Situation présente du constitutionnalisme... », art. cité, p. 6.

seulement épistémologique, à moins de considérer que les questions épistémologiques sont des questions de politique. Cette lecture révèle ainsi peut-être, en creux, le présupposé selon lequel il ne saurait y avoir qu'une lecture partisane du droit, y compris lorsque les exigences défendues qui doivent peser sur le discours sur le droit sont des exigences scientifiques générales, communes à l'épistémologie générale des sciences.

En dehors de cette charge contre l'école aixoise, le normativisme et l'approche du droit défendue par Kelsen, le projet du droit politique, dans sa dimension positive, n'est pas toujours très clair.

De ce point de vue, il convient de souligner l'absence totale de définition du droit politique ou, plus exactement, du caractère ou de la nature « politique » du droit. De manière assez vague, il est question de « phénomène à caractère politique » ou de « phénomène politique », de « la politique », de « composante politique », de « finalités politiques », de « dimension politique », d'« analyse politique », de « droit non-politique », de lecture « non-politique », de « problèmes politiques », de « grille de lecture politique », de « valeurs morales et politiques humanistes en droit constitutionnel », « des capacités du droit à contrôler la politique²⁰ ». De manière commune, la politique est toujours opposée au droit, ce dernier terme n'étant pas lui-même défini. Ce constat n'apporte rien à la construction possible d'un concept de « politique », derrière lequel on peut voir :

- soit un *synonyme de pouvoir* : la politique est alors l'exercice de pouvoirs, entendus dans un sens plus large que celui de compétence, dans l'exercice d'une liberté d'agir ; dans cette hypothèse, le droit politique s'intéresserait à l'exercice des phénomènes politiques indépendamment de leur encadrement par le droit. Le droit serait ainsi politique par son objet d'étude ;
- soit, dans le prolongement de cette première approche, *une lecture politique des rapports de pouvoirs*, qui pourrait permettre de considérer, par exemple, que le juge constitutionnel est un pouvoir comme un autre, manifestant une force politique au sein des institutions. Le droit serait politique par la lecture des institutions qu'il propose ;

²⁰ Voir sur l'usage de toutes ces expressions : D. BARANGER, « Politisation et dépolitisation du droit constitutionnel français », art. cité.

- soit *les valeurs* à partir desquelles et sur le fondement desquelles se construit le droit positif constitutionnel en vue d'organiser une société déterminée. Le droit serait alors politique par les valeurs qui le sous-tendent ;
- soit *l'application du droit par les organes politiques et les sujets de droit*, au motif que les pratiques constituent la véritable chair et la consistance du droit²¹, les normes ne constituant, pour leur part, qu'un droit désincarné²². Le droit serait ainsi politique par son application.

Pour mieux éclairer leur objet, les tenants de *Jus Politicum* renvoient à l'approche allemande. Reposant sur la distinction entre le concept de « La politique » et « du Politique », le droit « politique » permettrait d'appréhender la question de la légitimation, celle du caractère obligatoire et, enfin, celle de la

²¹ Voir, refusant de faire du droit constitutionnel à partir de la seule lecture des textes de droit positif et de la jurisprudence : C.-M. PIMENTEL, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », art. cité, p. 4 ; J.-M. DENQUIN, « Situation présente du constitutionnalisme... », art. cité, p. 7-8 ; D. BARANGER, « Politisation et dépolitisation du droit constitutionnel français », art. cité.

²² Dans le prolongement de cette thèse, Carlos-Miguel Pimentel est sans aucun doute celui qui défend la position radicale, la plus claire et la plus aboutie : « 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 » (art. cité, p. 1) ; « aussi le droit politique s'intéressera moins à la décision du juge, prise en elle-même, ou au contenu normatif de la loi, qu'à leur reconnaissance par les organes politiques et les sujets de droits » (p. 4). Le regard du droit politique se porte donc sur l'application du droit par les organes politiques et les sujets de droits ; la pratique du droit, un élément d'ordre factuel est intégré à l'analyse du droit. Il en résulte que « le droit politique aura recours à bien d'autres sources que le seul contenu des textes ou des arrêts : l'histoire, les pratiques politiques, les discours parlementaires, la doctrine, les œuvres de philosophie politique, constitueront pour le droit politique des matériaux indispensables » (p. 5). L'originalité des matériaux est discutable et il convient surtout de retenir la place accordée à l'application du droit, à la pratique. L'effectivité devient alors un « élément éminemment juridique à l'échelle collective » et elle n'est pas « une simple question de fait » (p. 5). L'effectivité est ainsi intégrée à la normativité, ce qui n'est en l'occurrence pas absent de la théorie normativiste, même si cette condition semble devoir se poser pour chaque norme prise isolément pour le droit politique. Celui-ci entend se situer dans le réel, sans, pour autant, être réaliste au sens de Michel Troper (voir, pour un rejet explicite de celui-ci : J.-M. DENQUIN, « Situation présente du constitutionnalisme... », art. cité, p. 9-10).

constance²³. Reste que, en dehors de la question de la légitimation, qui apparaît de manière relativement évidente comme étant une question « politique » et non pas, du moins immédiatement, « juridique », celle du caractère obligatoire semble une question d'ordre juridique avant tout et celle, enfin, de la constance renvoie à la question de valeurs persistante dans un système donné, rattachant ainsi, à nouveau, le droit politique à la question axiologique ... de sorte que la notion même de « droit politique » demeure, pour le moins évanescence.

En l'absence d'une définition précise de ce qu'est le droit « politique », permettant d'identifier et de mesurer la spécificité de la revendication disciplinaire ainsi entretenue par *Jus Politicum*, il convient de reconstruire, à partir d'éléments implicites ou masqués, le projet scientifique du droit « politique ». Cette reconstruction, nécessaire pour établir, dans un premier temps, la revendication doctrinale forte d'un discours indéterminé de « droit politique » sur le droit constitutionnel (I), sera complétée par une proposition doctrinale. Une nouvelle approche du droit constitutionnel sera envisagée, passant par la défense doctrinale d'un discours rigoureux de droit politique (II).

²³ C. GUSY, « Considérations sur le « droit politique » », *Jus Politicum*, n° 1, p. 2 : « dans la discussion contemporaine en Allemagne, on distingue parfois entre le concept de « la politique » (*die Politik*) et celui « du Politique » (*das Politische*). Alors que la politique (ancienne) touche à l'État et au pouvoir, et envisage la communauté d'en haut, le Politique (nouveau) est appréhendé comme communication et n'englobe pas seulement la communication étatique et de domination, mais également des discours sur des questions « politiques ». Relèvent de ces dernières notamment :

- la question de la légitimation : est politique ce qui n'est pas laissé aux personnes directement concernées elles-mêmes, mais qui est ouvert à des tiers aux fins de coopération, codécision ou co-direction. La légitimation d'une telle coopération de tiers est en ce sens « politique ».
- la question du caractère obligatoire : est politique ce qui est obligatoire - ou du moins ce qui revendique cette obligatorité - au-delà du cercle des personnes directement concernées.
- la question de la constance (*Nachhaltigkeit*), autrement dit ce qui perdure : est politique ce qui vaut, produit de l'effet ou revendique de la validité au-delà d'un instant ; ce qui est en principe stabilisé et porte au-delà de sa simple existence. »

**I. – LA REVENDICATION DOCTRINALE
D’UN DISCOURS INDÉTERMINÉ DE « DROIT POLITIQUE »
SUR LE DROIT CONSTITUTIONNEL**

La revendication doctrinale du droit politique sur le droit constitutionnel demeure largement indéterminée. Elle peut toutefois être synthétisée autour de trois orientations générales au degré de précision variable, qui varient du dur au mou en passant par le flou. Le dur, le certain, le visible se caractérise par le rejet de l’approche jurisprudentielle et contentieuse du droit constitutionnel (A) ; le mou par la volonté de réinvestir le discours classique du droit constitutionnel (B) ; le flou par le désir de repolitiser le discours sur le droit constitutionnel (C).

**A. – Le dur : rejeter l’approche jurisprudentielle et contentieuse
du droit constitutionnel**

Le droit politique se présente, d’abord, comme un rejet, celui d’une approche jugée « monotone » et « sclérosante » du droit constitutionnel²⁴. Portée par l’école aixoise, cette vision « dogmatique » du droit constitutionnel aurait privilégié une approche purement normativiste et contentieuse. Elle aurait écarté le politique, assimilé au règne des valeurs et du droit naturel, et s’en tiendrait à l’étude de la seule mécanique pure des normes et n’aurait pour seul oracle que le Conseil constitutionnel.

Le droit politique rejette l’appréhension du droit constitutionnel par le prisme du juge constitutionnel : ne s’intéressant qu’à la jurisprudence, le discours majoritaire, largement influencé par l’école aixoise, ne conduirait qu’à un appauvrissement de la discipline constitutionnelle. Les termes retenus par les tenants du droit politique sont très forts : monotone, sclérosant, uniformisant, le droit constitutionnel jurisprudentiel doit être dépassé. La critique se déploie sous quatre plans : l’objet, le domaine, la méthode et l’approche.

Quant à la critique de l’objet lui-même, à savoir la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la charge est rude mais, finalement, assez convenue. La majorité de la doctrine s’accorde à reconnaître aujourd’hui que les décisions du Conseil constitutionnel sont globalement mal rédigées, en dépit du changement rédactionnel de 2016, mal justifiées, par une motivation standardisée et arc-

²⁴ A. LE DIVELLEC, « *Jus Politicum* : le droit ressaisi par la politique ? », art. cité.

boutée autour du précédent et par référence générique à des dispositions constitutionnelles générales et abstraites, mobilisant sans rigueur des concepts indéterminés (la séparation des pouvoirs par exemple), bref, que l'objet d'étude est pauvre. Mais ce constat rend d'autant plus nécessaire son étude scientifique rigoureuse.

Cette critique de l'objet que retient le droit constitutionnel jurisprudentiel se manifeste également d'une autre manière. Puisque le droit constitutionnel n'est vu que par le prisme de la jurisprudence constitutionnelle, il est focalisé sur ce dont parle le juge et occulte ainsi tout ce dont il ne parle pas. Le domaine du droit constitutionnel et donc de la doctrine constitutionnaliste se réduit aux seules questions qui ont fait l'objet d'une décision du Conseil constitutionnel, en écartant tout ce qui ne fait pas l'objet d'un contentieux. Par ricochet, et en raison de son faible encadrement contentieux, *le droit constitutionnel institutionnel* apparaît comme la première victime de ce choix.

Quant à la méthode, dite arrêteste²⁵, elle est également critiquable, en ce qu'elle se focalise sur les décisions qu'elle soumet à un examen attentif, qu'elle décortique et dépèce, devenant ainsi une forme de nouvelle « exégèse » d'un texte considéré comme sacré. Par la répétition, plus ou moins distanciée, du discours du juge, cette méthode conduirait à l'abandon de l'étude des concepts structurants et classiques du droit constitutionnel. Plus exactement, les concepts ne sont nourris que par le discours du juge, aboutissant à un appauvrissement des concepts, ainsi déracinés et extraits de la pensée juridique, politique, philosophique. Par ailleurs, la méthode arrêteste masque dans une grande mesure la dimension politique ou, plus exactement, de pouvoir du juge. Le manque de distance en général et de distance critique en particulier vis-à-vis du langage objet n'en est qu'une manifestation.

Quant à l'approche, purement contentieuse, elle occulte toute la dimension ante/para/post contentieux et ne permet, finalement, d'appréhender le droit constitutionnel qu'à travers ce qui n'est, en réalité, qu'une forme de pathologie. L'approche portée par l'école aixoise se veut purement « juridique », même s'il conviendrait de discuter du paradoxe

²⁵ Voir sur cette expression et sur son sens : A. VIALA, « Le droit constitutionnel à l'heure du tournant arrêteste. Questions de méthode », *RDP*, 2016, n° 4, p. 1137-1162.

consistant à défendre une approche normativiste²⁶, tout en retenant une approche jurisprudentielle du droit constitutionnel. Dans le prolongement est également dénoncée une approche strictement juridique du droit constitutionnel, écartant la pratique politique comme objet d'étude et les disciplines annexes comme regards complémentaires sur cet objet.

B. – Le mou : réinvestir le discours classique du droit constitutionnel

Le droit politique s'inscrit dans une dimension idéaliste et romantique d'un grand temps de la doctrine juridique, âge d'or qui aurait été réduit à néant par le droit constitutionnel jurisprudentiel. La pensée publiciste classique des grands auteurs semble devoir être mobilisée à plusieurs égards dans le droit politique, aussi bien en tant qu'étalon de ce que devrait faire la doctrine contemporaine, qu'en tant qu'objet d'étude pour cette dernière²⁷. Cette dimension n'est pas revendiquée de manière explicite par les tenants du droit politique, mais la prise en compte, dans leurs écrits, des grands auteurs témoigne du fait qu'ils constituent un objet mobilisable dans l'étude du droit. Il s'agira ici de mettre en évidence de manière constructive les présupposés sur lesquels repose cette mobilisation de la doctrine classique.

Comme le soulignent les tenants de *Jus Policitum*, la pensée publiciste classique est, d'abord, celle qui propose une vision générale du droit public, une lecture et une construction d'ensemble de celui-ci, et qui entend étudier tous les phénomènes de pouvoir en en proposant une lecture globale. Hauriou, Duguit, pour ne prendre qu'eux, ne font pas seulement du « droit administratif », ils font aussi du « droit constitutionnel » et proposent une approche générale de l'État et du droit. Chaque proposition d'analyse s'inscrit par ailleurs dans une certaine lecture du droit en général, une manière spécifique de voir le droit et, sans doute, une approche axiologique du droit. L'étude du droit dans la pensée classique n'est jamais très éloignée d'une lecture subjective et finaliste de ce qu'est et devrait être le droit.

²⁶ Voir sur cette question, X. MAGNON, « Commentaire sous *Le droit constitutionnel, Constitution du droit, droit de la Constitution de L. Favoren* », art. cité, p. 885-886.

²⁷ Voir également pour une position doctrinale visant à défendre une relecture critique des auteurs classiques afin d'enrichir la lecture du droit aujourd'hui, en dehors de *Jus Politicum* : S. MOUTON, « Quels enseignements des classiques du droit constitutionnel pour une approche moderne du droit constitutionnel ? Les possibilités d'une école toulousaine », in *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui, pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain ? op. cit.*

Cette pensée classique est également celle qui emprunte à d'autres disciplines pour enrichir son discours sur le droit. Duguit comme Hauriou intègrent, dans leur lecture du droit, l'apport d'une science naissante, la sociologie, pour nourrir leur discours. La dimension pluridisciplinaire est inhérente au discours classique. Elle est aussi celle qui intègre toutes les dimensions du droit, les dimensions politique, philosophique, sociétales... et qui ne s'en tient pas à la seule lecture des textes et du droit positif. Elle propose ainsi une approche globale du droit.

La doctrine classique est encore celle qui offre les grandes constructions doctrinales : elle est celle qui porte sur les grands sujets du droit public et construit les concepts, tous les concepts du droit public : qu'est-ce que l'État ? Le service public ? Le droit est lu à travers ses concepts structurants du droit public. En conséquence, la doctrine classique est encore un objet d'étude pertinent pour lire aujourd'hui le droit positif.

Pour le droit politique, le droit constitutionnel doit s'intéresser aux auteurs classiques, en raison de l'acuité et de l'actualité de leur pensée, qui irrigue le droit constitutionnel actuel et permet également de saisir l'évolution du droit constitutionnel. De là, les propositions s'étendent également à la nécessité de revenir aux concepts classiques, forgés par les grands auteurs, et qui demeurent des grilles d'analyse pertinentes pour le droit constitutionnel.

C. – Le flou : repolitiser le discours sur le droit constitutionnel

Revaloriser la dimension politique, affirmer une sensibilité politique, renouer avec l'approche politique... Sans doute, la « repolitisation » du droit constitutionnel, qui suppose, d'ailleurs, que ce dernier a été dépolitisé, est-elle la dimension la plus incertaine du droit politique ? Là encore, cette dernière dimension mérite d'être explicitée, car elle peut se lire du côté de l'objet droit constitutionnel ou de celui du discours sur cet objet.

Si repolitiser le droit constitutionnel consiste à considérer que le droit constitutionnel présente une dimension politique, c'est-à-dire de pouvoir, l'affirmation ne présente aucune difficulté. Le droit constitutionnel concerne le pouvoir et intéresse le pouvoir, c'est une évidence pour tous les constitutionnalistes, y compris aixois. Pour autant, ce constat emporte-t-il des conséquences sur la délimitation de l'objet étudié, sur sa définition ou sur sa spécificité ? Le droit politique permet-il de cerner la consistance du droit

constitutionnel ? À lire entre les lignes, on comprend que le droit politique entend se saisir d'objets nouveaux, qui seraient proprement politiques, en y intégrant le comportement des acteurs politiques et/ou des sujets de droit, les pratiques institutionnelles, les applications du droit, les relations susceptibles de s'instaurer entre les pouvoirs publics... De ce point de vue, la prétention n'est pas nouvelle. La pratique des acteurs du droit constitutionnel n'est-elle pas naturellement intégrée à l'étude du droit constitutionnel contemporain ? Quel constitutionnaliste aujourd'hui fait l'impasse sur la pratique par le Président de la République de la signature des ordonnances au moment de s'interroger sur la question de savoir si l'article 13 de la Constitution pose une obligation ou une faculté de signer ces ordonnances ? Tout est alors question de savoir ce qui relève du droit, proprement dit, et de la pratique, à moins qu'il s'agisse de confondre les deux.

Le droit politique permet-il de marquer la nature du droit constitutionnel ? Là encore, rien n'est moins sûr. Les tenants de *Jus Politicum* ne précisent pas en quoi le droit constitutionnel est un droit politique. Plus encore, comment concilier la nature politique de ce droit avec son caractère juridique ? S'ils revendiquent l'étude des pratiques, des acteurs, du droit en dehors de la norme, du pouvoir en dehors du droit, aucun concept de droit n'est mobilisé permettant de situer ces pratiques. Les pratiques constitutionnelles sont-elles du droit ? Les violations de la Constitution peuvent-elles donner naissance à du droit ? Les conventions de la Constitution sont-elles des normes juridiques ou simplement des règles politiquement respectées ? La nature « politique » du droit exclut-elle sa dimension juridique ? Autant de questions qui demeurent en suspens.

Le droit politique permet-il, enfin, de marquer la spécificité du droit constitutionnel ? Telle est l'ambition des tenants du droit politique : « le droit constitutionnel – le droit politique – n'est pas un droit comme les autres (c'est un droit fabriqué par ceux auxquels il s'applique, pour le dire comme Pierre Avril ²⁸) ». Pourtant, au-delà de l'affirmation de l'identité entre droit constitutionnel et droit politique et de sa spécificité par rapport aux autres droits, l'originalité du droit constitutionnel n'est guère explicitée. Si le droit politique entend se saisir de questions théoriques nouvelles (par exemple

²⁸ A. LE DIVELLEC, « *Jus Politicum* : le droit ressaisi par la politique ? », art. cité, précisant aussitôt « Cela étant dit, il n'y a pas, pour nous, une définition canonique du droit politique »

« qu'est-ce que gouverner ? », « comment gouverne-t-on²⁹ ? »), il n'est pas certain que ces dernières marquent véritablement l'identité et la spécificité du droit constitutionnel. Après tout, « comment gouverne-t-on ? » vaut pour toutes les questions relatives à la question des conduites humaines, sur un navire comme dans une entreprise ...

Si repolitiser le droit constitutionnel consiste à développer un discours politique sur le droit constitutionnel, la démarche est plus discutable. À rebours de la doctrine constitutionnelle contemporaine, retenant une approche descriptive du droit constitutionnel, marquée par la neutralité axiologique, il conviendrait de revaloriser la dimension axiologique du droit constitutionnel. Le droit politique s'inscrirait ainsi dans le courant néoconstitutionnaliste, considéré comme une troisième théorie du droit, entre naturalisme et positivisme, et dont l'une des thèses, telle que synthétisées par R. Guastini, consiste à soutenir que « la science juridique doit être [...] une science « pratique » et « normative », qui doit ainsi guider la jurisprudence et/ou la législation³⁰ ».

Le choix de développer un discours prescriptif sur le droit n'est pas absent des prétentions des défenseurs d'un « droit politique », même s'il n'est pas toujours directement assumé³¹. Ce discours prescriptif prend appui sur le choix d'une lecture du droit à partir de considérations politiques et, plus précisément, des valeurs politiques qui sont à l'origine ou qui entourent le droit : « on ne comprend pas le droit constitutionnel sans le constitutionnalisme, c'est-à-dire sans prendre en compte sa composante politique. Il n'est pas de droit constitutionnel en dehors du projet consistant à réaliser des finalités politiques

²⁹ Voir A. LE DIVELLEC, entretien précité.

³⁰ R. GUASTINI, « Sur le néoconstitutionnalisme », in *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, p. 257.

³¹ Voir notamment : J.-M. DENQUIN, « Situation présente du constitutionnalisme... », art. cité, p. 10.

Il l'est totalement par J.-J. Sueur, qui entend, dans son ouvrage, « prendre parti », « s'engager » : J.-J. SUEUR, *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, op. cit., préface, p. XII. Il l'a été également, du moins à l'oral, par O. Beaud et D. Baranger à propos de l'état d'urgence à l'occasion du colloque toulousain sur les écoles de droit constitutionnel. Le constitutionnaliste doit être, dans son discours sur cet objet, défenseur du libéralisme politique et défendre les libertés individuelles. Il se doit d'être un intellectuel.

à travers le recours à certaines formes juridiques³² ». Autrement dit, ce qui réduit considérablement l'originalité de l'approche, il convient d'éclairer le droit et son analyse à partir des finalités politiques qu'il concrétise.

La dimension politique du discours sur le droit n'est toutefois pas dénuée d'ambiguïté lorsqu'il s'agit de dénoncer le « parti-pris de neutralité politique du droit public français », ou le fait que, pour cette doctrine positiviste, « la constitution pourrait avoir n'importe quel contenu, du moment que le pouvoir constituant a approuvé valablement le contenu³³ ». Une telle présentation tend à signifier, dans le prolongement de droit politique défendu par Rousseau, l'ancien, même si les défenseurs du droit politique ne s'en revendiquent pas, que le discours sur le droit doit s'interroger sur ce que *doit être* le droit. Cette démarche de type naturaliste se combine, non sans un certain paradoxe, avec un rejet explicite de l'approche naturaliste³⁴.

La confusion entretenue entre le droit et le discours sur le droit semble rejaillir ici. Parce que le droit constitutionnel présente une dimension politique, le discours sur le droit 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. Doit-on nécessairement analyser un objet politique à l'aide d'un discours politique ? Quelle distance entre l'objet et le discours ? N'y-a-t-il pas ici une confusion entre l'adoption d'une posture critique vis-à-vis de l'objet d'étude et le caractère politique du discours ?

La revendication de *Jus Politicum* s'inscrit ainsi 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. Sur ces trois aspects, la revendication du droit politique mérite d'être entendue. Elle doit encore s'inscrire dans une démarche constructive, pour permettre une approche renouvelée du droit constitutionnel.

³² D. BARANGER, « Politisation et dépolitisation du droit constitutionnel français », art. cité.

³³ *Loc. cit.*

³⁴ J.-M. DENQUIN, art. cité., p. 10.

II. – LA DÉFENSE D’UN DISCOURS RIGOUREUX DE « DROIT POLITIQUE » POUR UNE MEILLEURE APPROCHE DU DROIT CONSTITUTIONNEL

Risquons-nous, non sans une certaine provocation, à poser les principes méthodologiques de base d’un discours de droit politique, à même de permettre une meilleure connaissance du droit constitutionnel positif. Le premier d’entre eux impose de réinvestir le champ conceptuel du droit constitutionnel, dans toutes les dimensions que celui-ci revêt : institutionnel, normatif et substantiel (A). Le deuxième consiste à proposer une lecture du droit constitutionnel positif nourri des disciplines annexes, afin de mieux connaître l’objet « droit constitutionnel positif », selon des modalités qu’il convient de préciser (B). Le dernier impose, sans renoncer à l’objet « droit constitutionnel jurisprudentiel », d’en proposer une lecture critique à même de le situer à sa juste place (C).

A. – Conceptualiser le droit constitutionnel dans toutes ses dimensions

Il s’agit, dans un premier temps, de proposer un discours de droit constitutionnel indépendant et critique vis-à-vis de son objet, qu’il soit de droit constitutionnel formel ou de droit constitutionnel jurisprudentiel. Alimenté par les discours classiques sur le droit constitutionnel, ce discours doit également s’en affranchir : indépendant de ces discours, il doit être un discours constructif, qui propose des concepts permettant de décrire les différents objets saisis par le droit constitutionnel positif.

La conceptualisation est, à l’évidence, nécessaire à la connaissance du droit constitutionnel. Pour construire des concepts qui s’éloignent le plus possible des lieux communs, le discours doit avoir pour ambition la connaissance en mettant à distance les objets décrits. Il ne doit pas se contenter des concepts existants, mais doit les interroger et interroger leur pertinence et leur utilité (le concept de « pouvoir exécutif », par exemple), quand bien même ils seraient des concepts fondateurs et structurants du droit constitutionnel classique, voire proposer de nouveaux concepts permettant de mieux décrire, de mieux ordonner la réalité qu’ils prétendent appréhender.

Cette conceptualisation doit donc porter, de manière large, sur tous les concepts mobilisés par le droit en général (droit, validité, régularité, concrétisation, application, interprétation, centralisation/décentralisation...), par le droit public (État, service public, ordre public, intérêt général...) et par

le droit constitutionnel en particulier (séparation des pouvoirs, justice constitutionnelle, droits fondamentaux...). Une telle approche élargit les objets conceptuels dans le prolongement de la doctrine publiciste classique. Autrement dit, la doctrine classique apparaît comme un point de départ permettant au droit constitutionnel positif de se déployer et de s'enrichir.

Cette conceptualisation doit concerner les différentes dimensions du droit constitutionnel, institutionnel, normatif et substantiel³⁵. Rien ne justifie que l'une quelconque de ces dimensions ne soit abandonnée ou privilégiée. Sous cet angle, il est évident que l'existence ou l'absence de jurisprudence sur une question de droit constitutionnel, quel que soit le domaine concerné, et l'on pense évidemment au droit constitutionnel institutionnel, n'empêche pas d'étudier cette question. Les autorités d'application de la Constitution, tous les organes d'application de la Constitution, développent une interprétation des dispositions constitutionnelles. De plus, la doctrine peut évidemment dire le droit constitutionnel sans le juge, à partir des dispositions constitutionnelles écrites. L'existence d'une décision du Conseil constitutionnel ne saurait conditionner le domaine d'étude de la doctrine constitutionnelle.

Pour autant, l'étude du droit constitutionnel ne saurait se passer du juge constitutionnel et donc de la dimension contentieuse de celui-ci. Seulement, l'interprétation du juge constitutionnel ne doit pas clore le champ et limiter les possibles des interprétations constitutionnelles. Surtout, les interprétations du juge constitutionnel méritent un regard critique, portant, notamment, sur la régularité de l'interprétation au regard des dispositions constitutionnelles dispositionnelles. Cette dimension contentieuse peut même constituer, aujourd'hui, un domaine d'étude du droit constitutionnel institutionnel. Ainsi, le Conseil constitutionnel lui-même mérite d'être un objet d'étude de ce droit constitutionnel institutionnel, comme étant l'un des acteurs du droit constitutionnel positif, s'inscrivant, à l'instar d'autres acteurs institutionnels, dans des enjeux de pouvoir et de stratégies de domination/légitimation.

³⁵ Voir A. VIDAL-NAQUET, « Les domaines du droit constitutionnel. Quels équilibres entre les droits constitutionnels institutionnel, normatif et substantiel ? », in *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui, pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain ?*, *op. cit.*

B. – Défendre une approche du droit constitutionnel nourrie des disciplines annexes

Au-delà du lieu commun institutionnel, imposé aujourd'hui pour tout projet de recherche digne de ce nom, la dimension pluridisciplinaire de l'approche du droit mérite d'être questionnée et, surtout, explicitée³⁶.

Il faut préciser ici que le recours à d'autres disciplines que le droit n'a de pertinence que s'il s'agit de nourrir le discours sur le droit. Il n'est point question, pour le juriste, de faire de la sociologie pour faire de la sociologie, de la philosophie pour faire de la philosophie (à moins, mais sans doute sont-ils peu nombreux, d'être en mesure de produire un discours scientifique pertinent dans plusieurs disciplines), mais, plutôt, d'emprunter les résultats de ces disciplines annexes pour nourrir le discours sur le droit. Pour un discours de droit politique, la sociologie et la science politique, sans doute, la seconde empruntant d'ailleurs aujourd'hui les méthodes de la première, sont-elles les disciplines annexes les plus utiles. Si le droit est un phénomène de pouvoir, l'application du droit mobilise des rapports de force, ce sont la sociologie et la science politique qui sont les disciplines des sciences sociales les plus adaptées pour étudier et fournir une analyse pertinente de ces phénomènes factuels. Le droit politique serait alors un discours qui entend rendre compte de la dimension factuelle du fonctionnement du droit, en tant que lieu de pouvoir, et qui a donc recours aux disciplines des sciences sociales qui sont le mieux à même de décrire et de connaître ces phénomènes.

Plus largement, d'autres sciences peuvent également être mobilisées pour éclairer l'appréhension du droit : la philosophie, lorsqu'il s'agit d'éclairer ses finalités, la linguistique, lorsqu'il est question d'interpréter les énoncés normatifs, l'économie, pour apporter une dimension économique au droit, les mathématiques, pour formaliser, sous la forme mathématique, la systématisation du droit positif, la psychologie, pour éclairer les processus cognitifs des acteurs du droit ou d'autres encore. Dans chaque cas, il s'agit d'user d'autres disciplines pour mieux connaître son objet d'étude, à savoir le droit.

³⁶ Voir, défendant une approche pluridimensionnelle du droit intégrant les disciplines annexes : R. PONSARD, *Les catégories juridiques et le Conseil constitutionnel. Contribution à l'analyse du droit et du contentieux constitutionnel*, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 8 décembre 2011, Thèse dactyl., 606 p.

Reste à déterminer comment l'on peut recourir à ces disciplines. Plusieurs modalités sont, en effet, envisageables, qui varient dans leur apport et dans leur portée pour le discours juridique. En amateur, il peut s'agir de lire des travaux existants dans ces disciplines, pour en tirer des éléments d'analyse pertinents, avec le risque de mal apprécier leur place et leur pertinence dans le milieu disciplinaire dans lequel elles se déploient, le risque d'être captif des méthodes utilisées et la difficulté d'apprécier la rigueur de la démarche retenue. Il est également possible de suivre plusieurs formations, d'acquérir plusieurs doctorats et de disposer ainsi des compétences pour produire un discours scientifique dans plusieurs disciplines, même si l'objectif demeure de produire un discours juridique alimenté par les autres sciences. Il est enfin possible de diriger des travaux avec des chercheurs d'autres disciplines pour orienter leurs travaux autour des questionnements propres à la science juridique.

Dans les trois hypothèses évoquées, ce sont bien des questionnements juridiques qui sont à l'origine de la réflexion, en premier lieu, nourrie de disciplines annexes, en second lieu, mais dans les deux premières situations, c'est le juriste qui mobilise ces disciplines, en amateur ou en scientifique, dans la troisième, il recourt à d'autres chercheurs. Dans tous les cas, il convient que le juriste pilote le recours aux autres disciplines, la pluridisciplinarité demeurant au service de la discipline juridique, rendant, au passage, encore plus nécessaire la définition de ce qu'est le droit, y compris politique.

C. – Adopter une lecture critique du discours du juge

Les deux objectifs précédemment évoqués n'impliquent pas que soit abandonné le droit constitutionnel dans sa dimension jurisprudentielle mais, seulement, que cette dimension soit appréhendée de manière critique. Cette lecture critique n'est pas seulement une critique interne, qui porterait uniquement sur les décisions et leur mode de production, mais aussi une critique externe, qui intègre la réception du discours jurisprudentiel, la façon dont ce dernier est interprété et perçu.

La critique interne peut porter tant sur la forme que sur le contenu : la cohérence, la logique, la qualité de l'argumentation, le style... Plus particulièrement, la dimension critique peut porter sur le discours « conceptuel » ou, plus exactement, de l'usage de concepts par le juge (par exemple, service public, autorité judiciaire, hiérarchie, souveraineté...). Cette distance critique présuppose la construction autonome de concepts, déjà évoquée, 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. Cette dimension implique également une distance critique avec la façon dont ces concepts sont utilisés et instrumentalisés par le juge, comment ils sont insérés non seulement dans la motivation de la décision, mais également dans l'argumentation juridique.

La critique doit également porter sur la concrétisation des normes et donc sur la manière dont le juge applique et interprète les normes, qu'il s'agisse de la loi ou de la Constitution. En particulier, l'interprétation des normes constitutionnelles proposée par le juge constitutionnel doit être appréciée dans sa régularité vis-à-vis des énoncés constitutionnels dispositionnels eux-mêmes. Une telle démarche présuppose qu'il est possible de connaître le sens des énoncés constitutionnels avant qu'ils ne soient appliqués ou interprétés par le juge. Un tel présupposé théorique impose le recours à des méthodes d'interprétation de type génétique et sémiotique³⁷, interprétations *a priori* restrictives, qui privilégient la volonté de l'auteur de la norme. Ainsi, cette démarche implique d'apprécier la régularité des interprétations des normes constitutionnelles par le juge à l'aune de l'interprétation que l'on peut identifier à partir des auteurs de la norme.

La critique externe invite à resituer le discours jurisprudentiel dans son contexte. Cette dimension vise à repositionner le discours du juge et, ainsi, à le relativiser. Le juge n'est qu'un des interprètes de la Constitution et ne propose donc qu'une interprétation parmi d'autres, même si ses décisions s'imposent avec l'autorité visée par l'article 62 C. Pour le dire autrement, il n'y a pas de prévalence ou de préséance de l'interprétation du juge constitutionnel, par rapport à celles des autres organes d'application de la Constitution, par exemple du Président de la République ou des parlementaires. Il existe donc un réel pluralisme dans l'interprétation des dispositions constitutionnelles. La dimension critique ne doit pas occulter ce pluralisme mais, au contraire, s'en saisir pour mieux le comprendre, le décrire, l'ordonnancer si besoin. Ce pluralisme n'épuise pas les interprétations possibles. Il est nécessaire de mettre en évidence, à côté des interprétations organiques, des interprétations doctrinales possibles des énoncés normatifs.

³⁷ Voir sur ces interprétations : M. TROPER, « Interprétation », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.) *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003.

La critique externe invite encore à mesurer l'apport du discours jurisprudentiel, sa cohérence, son importance. Toutefois, adopter une lecture critique du discours n'implique pas forcément de produire un discours juridique orienté contre le Conseil constitutionnel et contre sa jurisprudence, en le présentant comme un pouvoir dangereux, anti démocratique voire anti-libéral. Elle ne saurait d'ailleurs être ni une lecture favorable ni une lecture défavorable au juge constitutionnel, mais simplement une lecture scientifique³⁸. Elle implique, en conséquence et en particulier, une mise à distance de l'objet étudié, ici le Conseil constitutionnel et sa jurisprudence.

Le droit politique invite incontestablement à un renouvellement de la réflexion sur la manière de faire du droit constitutionnel. Les prémisses du projet ont été synthétisées, la suite, en quelques lignes, esquissée, poursuivons la discussion et l'échange, afin de permettre un discours renouvelé du droit constitutionnel.

³⁸ Voir : X. MAGNON (études rassemblées par), *De la possibilité d'un discours constitutionnel critique*, avec les contributions de B. LAHIRE et R. PONSARD, *AIJC*, 2015, p. 11-90.