

THEMES ET DEBATS AUTOUR DU CONSTITUTIONNALISME

PAR

Yves POIRMEUR

Professeur à l'Université de Bordeaux I

"Nous savons tous ici que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité".

J. Giraudoux, La Guerre de Troie n'aura pas lieu, Acte II, sc. V.

Le Droit constitutionnel est passé en quelques années de "l'insignifiance à un rôle apparemment central dans la vie politique française"², dont il deviendrait un élément explicatif primordial. Alors que Georges Burdeau constatait à la fin de la IV^{ème} République "le déclin de l'idée de constitution"³, que le Général de Gaulle n'hésitait pas au début de la V^{ème} République à prendre les plus grandes libertés avec la Constitution de 1958 dont il se voulait l'exclusif interprète, et qu'en 1975 encore Jean Gicquel et Patrice Gélard se demandaient si le droit constitutionnel était vraiment un droit⁴, un ensemble de

1. Je remercie vivement B. François, B. Mercuzot, D. Rousseau et M. Troper d'avoir accepté de participer à ce séminaire de formation doctorale.

2. Meny (Y.), *Le système politique français*, Montchrestien, 1991, p. 21 et 150. Cette centralité est bien sûr liée à celle du Conseil constitutionnel.

3. "Une survivance : la notion de constitution", in *L'évolution du droit public*, Etudes offertes à A. Mestre, Sirey, 1956.

4. In Hauriou (A.), Gicquel (J.) et Gélard (P.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 6^{ème} éd., Montchrestien, 1975, p. 21, "Le Droit constitutionnel est-il un vrai droit ?"; "En fait, c'est la mise en oeuvre éventuelle de la contrainte, l'intervention possible du juge et du gendarme qui permettent de distinguer les règles juridiques des préceptes de morale ou des usages mondains". "Sans doute les règles juridiques ont-elles par elles-mêmes une "efficacité

transformations politiques, idéologiques et juridiques ont en quelques années donné un nouvel éclat au droit constitutionnel qui saisisait désormais la Politique⁵, alors qu'il se déployait jusqu'à présent dans le monde des usages et de la coutume. Ce développement du constitutionnalisme⁶ apparaît comme le fruit de la "conjonction de séries causales indépendantes"⁷.

La première série est la transformation de la conjoncture idéologique et politique, et la transformation des rapports de forces dans le champ intellectuel, au cours des années soixante-dix. Avec Valéry Giscard d'Estaing, accèdent au pouvoir des libéraux dont les conceptions de la démocratie se démarquent assez nettement de la vision gaullienne⁸. Pour les tenants du "libéralisme politique"⁹, les procédures juridiques et les règles de droit sont la meilleure sauvegarde de la liberté¹⁰ : "Nous lui devons, explique Valéry Giscard d'Estaing, une part décisive de notre progrès", "le maintien de nos libertés politiques (...)". "Parce qu'il place l'individu au commencement et à

rationnelle ou intellectuelle" puisqu'il s'agit de faire régner l'ordre et la justice dans les relations sociales et que ces idéaux exercent sur l'esprit des hommes un ascendant certain" (...). "Cependant d'une façon générale, sont règles de droit celles qui sont obligatoires et qui peuvent le cas échéant être sanctionnées par le juge et la force publique. De ce point de vue, il n'est pas douteux qu'un problème se pose puisque les écarts que nous avons pu constater entre règles et pratiques aboutissent dans certains cas à des infractions qui ne sont pas sanctionnées...". Ils concluent cependant à l'idée que c'est bien un droit car "lorsqu'un gouvernant (...) refuse d'observer la constitution, il peut être ramené à l'obéissance par la pression des autres pouvoirs publics sous le contrôle de l'ensemble des citoyens ou, si l'on préfère de l'opinion publique". "En fait les règles constitutionnelles sont presque spontanément obéies. Mais ce qui est vrai, c'est que en cas de résistance, l'obéissance aux règles du droit constitutionnel est obtenue non pas par l'intermédiaire d'un gendarme : il n'y en a pas ; non pas même par celle du juge sauf très exceptionnellement (...) ; mais par l'action des pouvoirs publics les uns sur les autres, sous le contrôle de l'opinion publique".

5. Favoreu (L.), *La Politique saisie par le Droit*, Economica, 1988.

6. M. Guénaire a bien montré que le constitutionnalisme avait pour objectif de rationaliser la vie politique, in "Le constitutionnalisme, expression de la politique libérale", *R.R.J.*, n° 1, 1987, p. 106 et ss.

7. Bourdieu (P.), *Homo Academicus*, Ed. de Minuit, 1984, p. 227.

8. Voir Colliard (J.C.), *Les Républicains indépendants. Valéry Giscard d'Estaing*, PUF, 1971, p. 10-11 et p. 318-319 sur la distinction avec le gaullisme ; p. 316-317 sur le libéralisme politique.

9. Faut-il rappeler que ces idées sont développées par Guizot qui fonde la première chaire de droit constitutionnel en 1834, et qui souhaite par son enseignement contribuer à inventer des techniques qui restreignent les pouvoirs du monarque. Les libéraux qui soutiennent la charte adoptent d'ailleurs pendant cette période le nom de "Parti Constitutionnel". Le droit constitutionnel est donc conçu par eux comme un moyen de protéger les libertés. Sur ces questions, cf. Girard (L.), *Les libéraux français (1814-1875)*, Aubier, 1985, p. 59 et ss ; Rosanvallon (P.), *Le moment Guizot*, Gallimard, 1985, p. 285 et ss.

10. Avril (P.) dans "La Constitution : Lazare ou Janus ?", *R.D.P.*, 1990, n° 4, p. 951, souligne que c'est Giscard d'Estaing qui, dans une allocution du 8 novembre 1977 au Conseil Constitutionnel, réintroduit la notion d'Etat de droit : "la révision du 29 octobre 1974 a complété l'établissement d'un "Etat de droit" et renforcé la protection de nos libertés"...

*la fin de l'organisation sociale, il constitue le fondement de la démocratie sous sa forme la plus achevée*¹¹.

L'Etat pluraliste n'est pas un pouvoir arbitraire

“L'Etat a accompli de grandes choses en France, mais il n'a pas laissé que de bons souvenirs et a éveillé de ce fait, une méfiance instinctive et durable. L'Etat capricieux et peuplé de privilèges des temps monarchiques ; l'Etat autoritaire et sanglant de la fin de la Révolution et de l'Empire ; l'Etat froid et cruel par l'indifférence de la Monarchie et de la République bourgeoises ; l'Etat veule et abandonné de l'entre-deux guerres”.

“Pour se protéger de l'Etat, les Français ont peu à peu assujéti le pouvoir étatique au respect de la loi. Cet effort n'est jamais entièrement achevé. Le législateur vient d'être soumis à un contrôle plus actif du Conseil constitutionnel. Et le Conseil d'Etat, qui exerce son jugement sur le pouvoir exécutif de la base au sommet, doit recevoir les pouvoirs nécessaires, pour assurer, quoi qu'il arrive, l'exécution de ses arrêts”.

“Il est essentiel que l'Etat obéisse à la lettre de la loi” (...).

V. Giscard d'Estaing, *Démocratie Française*, 1976, p. 149.

Parallèlement, la dénonciation, après Soljenitsyne, du totalitarisme par une frange de plus en plus large de l'intelligentsia française¹² contribue à l'effritement de la mythologie construite autour de l'Union Soviétique, patrie du socialisme ; ceci alimente un processus de désaffection vis-à-vis de l'idéologie marxiste et nourrit une certaine méfiance vis-à-vis de toute recherche qui explore les réseaux de détermination structurant l'individu ou la société, ou

11. *Démocratie Française*, Fayard, 1976, p. 44. Au coeur du débat sur la réforme de la saisine du Conseil Constitutionnel, Alain Madelin pousse à ses conséquences ultimes cette idée : *“Pour les libéraux, la démocratie ce n'est pas la loi de la majorité, c'est le droit de la minorité, à commencer par la plus petite des minorités, la personne humaine. Dans toutes les langues européennes, le mot loi a deux sens : ce qui est juste et ce qui est légal. Or la règle de la majorité n'est pas suffisante pour déterminer ce qui est juste, et la pensée libérale est faite de cette conviction que le droit est antérieur et supérieur au pouvoir du législateur”*, in *“La victoire du Droit sur la Politique”*, Le Monde, 21 avril 1990.

12. Voir les ouvrages de Glucksman (A.), *La cuisinière et le mangeur d'hommes*, Le Seuil, 1975 ; *Les maîtres penseurs*, Grasset, 1977. On voit la critique du totalitarisme occuper de longs développements dans les programmes de certains partis, qui réhabilitent en contrepoint les Droits de l'Homme, voir par exemple, *Propositions pour la France*, RPR, Stock, 1977, p. 145-149.

s'aventure sur les terres obscures de l'inconscient social et collectif¹³. Ce déclin du marxisme, qui tenait le droit pour un simple élément de la superstructure ne jouant qu'un rôle marginal dans la libération de l'homme et la compréhension des rapports sociaux¹⁴, permet sa revalorisation. Il fait "sauter un verrou intellectuel et politique à la prise au sérieux des problématiques juridiques"¹⁵. L'effacement du "paradigme social"¹⁶ dans les sciences humaines autorise le développement d'entreprises intellectuelles nouvelles, faisant retour à la philosophie politique, et valorisant les thématiques des droits de l'homme et de l'Etat de droit^{17 18}. L'intérêt pour le droit, y compris celui des constitutionnalistes, qui avaient tendance à se tourner vers la science

13. Cette méfiance est renforcée et exploitée par une véritable entreprise intellectuelle de disqualification qui exalte le "retour au sujet" libre et rationnel ; sa thématique centrale est l'adéquation de l'anti-humanisme que ces entrepreneurs intellectuels traquent chez Foucault, Derrida, Bourdieu, Lacan, réunis dans une même opprobre. Voir par exemple Ferry (L.) et Renaut (A.), *La pensée 68, Essai sur l'anti-humanisme contemporain*, Gallimard, 1985. Seule une sociologie interactionniste, qui permettrait de codifier les règles du jeu social entre individus, semble en mesure de trouver grâce aux yeux de ces philosophes. Le travail de construction de ces entreprises intellectuelles nouvelles, à la charnière de la philosophie, de la science politique et du droit, ne peut se comprendre sans une analyse sociologique des rapports de forces dans chacun de ces champs et leur transformation sous l'effet de facteurs combinés (déclin, ou disparition des chefs de file, modification des rapports de forces universitaires, stratégies de reconversion et d'invention de nouvelles positions de pouvoir...) dont il faudrait reconstituer la trame.

14. Dans le système soviétique, la forme juridique connaît une véritable dégénérescence : résidu de l'individualisme bourgeois, simple expression des rapports sociaux dans le système capitaliste, elle n'est plus dans la légalité socialiste qu'une technique pour imposer la dictature du prolétariat, qu'un instrument au service du pouvoir ayant perdu toute dimension protectrice. Voir Poirmeur (Y.), "Changement social et changement politique en URSS", in *Regards sur le changement en Union Soviétique*, PUF, 1990, p. 144

15. Voir l'excellente analyse de Bouretz (P.), "La force du droit", in *La force du droit, panorama des débats contemporains*, Ed. Esprit, 1991, p. 14.

16. Voir Kriegel (B.), "Entretien", *Le Monde* 16 juin 1992.

17. B. Kriegel se présente comme "l'annonciatrice du retour à l'idée d'Etat de droit et de celles qui lui sont connexes" avec son livre *l'Etat et les esclaves*, publié en 1979. La renaissance de la philosophie politique correspondrait donc à un changement d'époque. On observera que cette "annonciatrice" est bien à la traîne des "politiques" qui emploient le concept avant elle. On peut penser que cela est lié à une moindre admissibilité à cette époque du thème dans le champ intellectuel et à un travail d'élaboration plus sophistiqué dans le champ philosophique, où il suppose un discours sur les origines (trouver les "bons" fondateurs) et une mise en forme spécifique. Voir sur les mises en formes dans le champ philosophique des idéologies politiques, Bourdieu (P.), *L'ontologie politique de Martin Heidegger*, Ed. de Minuit, 1988, spécialement p. 83 et s. : "censures et mises en forme". Ainsi, même si le travail de recherche est antérieur (?) à l'emploi qui est fait de la notion par les politiques, sa diffusion est de toute évidence postérieure. Sur les difficultés de datation, on se reportera à l'étude de Marc Loiseau, *La résurgence du discours de l'Etat de droit*, Mémoire de DEA de science administrative, Amiens, 1991.

18. Bien entendu des luttes "amicales" pour le contrôle de la discipline se font jour et sont d'autant plus complexes qu'elles affectent des territoires disciplinaires différents : la philosophie, le droit, les sciences sociales : on voit ainsi surgir des débats concernant par exemple la distinction entre la philosophie du droit des juristes et la philosophie du droit des philosophes. Se reporter à "Droit des juristes ou droit des philosophes ?", débat entre A. Renaut, M. Troper in Bouretz (P.), *op.cit.*, p. 229-238.

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 doctrine¹⁹ qui s'en fait le chantre²⁰ intéressé en réalisant la problématisation.

Le premier est le départ du Général de Gaulle du pouvoir qui autorise d'autres interprètes de la Constitution à intervenir et à entreprendre de s'imposer²¹. Le second est la décision du Conseil Constitutionnel du 16 juillet 1971 par laquelle il intègre le préambule de la constitution au bloc de constitutionnalité, ce qui lui permet d'exercer un contrôle de la loi votée par le parlement sur la base de règles de fond riches et nombreuses concernant les libertés publiques et politiques et les droits individuels peu à peu reconnus depuis la Révolution²². A partir de ce "stock" de normes, le Conseil Constitutionnel pourra à l'occasion des saisines s'ériger et être érigé par les commentateurs en "gardien des libertés" contre le parlement et le gouvernement²³. Cette extension du contenu du bloc de constitutionnalité voit sa portée se modifier et s'élargir avec la réforme constitutionnelle de 1974 autorisant 60 députés ou 60 sénateurs à saisir le Conseil Constitutionnel : cette réforme fait de cette saisine une arme politique importante et constitue l'un des éléments d'un véritable statut de l'opposition. Contrairement à ce que proclamait la maxime classique de la démocratie majoritaire, on peut désormais être "politiquement minoritaire et avoir juridiquement raison". Il y a, à travers l'usage par les parlementaires de cette nouvelle faculté, la possibilité d'un développement d'un "droit constitutionnel jurisprudentiel", "densifiant" la Constitution et limitant l'autonomie normative du législateur ; pour autant bien entendu, que les saisines en cas de violation soient réalisées.

Ceci suppose que les protagonistes conçoivent la saisine comme une "arme

19. L. Favoreu en a dressé un inventaire remarquablement précis dans "L'apport du Conseil Constitutionnel au droit public", *Pouvoirs* n° 13, 1980. Cet article forme le canevas de toute l'argumentation postérieure des "néo-constitutionnalistes" ; voir aussi "Propos d'un néo-constitutionnaliste", in *Le Constitutionnalisme aujourd'hui*, Economica, 1984.

20. Les neo-constitutionnalistes, autour de L. Favoreu, tendent à unifier le discours sur le droit constitutionnel et à s'ériger en porte-parole des juristes. Bien entendu, leurs thèses ne sont pas toujours admises par ces derniers : il y a des dissidences qui menacent de mettre en cause les acquis.

21. G. Vedel parle en effet pour la période gaullienne de "quasi-monopole présidentiel du pouvoir d'interpréter la constitution", in *Introduction aux études politiques*, Les cours de droit, T. 1, 1976-1977, p. 171.

22. Marcel Prelot note ainsi dans la 5^{ème} édition de son manuel, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, 1972, que "s'il devait prendre d'autres décisions dans le même sens, et si sa saisine pouvait être élargie, le Conseil, acquerrait alors la situation éminente d'une Cour suprême", p. 853.

23. Les techniques du parlementarisme rationalisé et l'existence de majorités fidèles, ayant pour effet que les textes législatifs ne peuvent être votés sans l'assentiment du gouvernement qui en élabore la plupart.

politique” destinée à mettre l’adversaire en difficulté²⁴ et/ou comme un moyen pour faire valoir leur point de vue sur le plan juridique et de défendre les intérêts de leurs mandants. Cela suppose aussi que dans une situation donnée, ils jugent opportun, c’est-à-dire politiquement ou juridiquement rentable, de placer le débat sur le terrain du droit constitutionnel et de faire entrer le Conseil Constitutionnel dans le jeu. Tout cela passe donc par un travail de construction de la saisine comme une ressource, de visibilité du Conseil Constitutionnel comme un acteur légitime du système politique par les autres intervenants, et par l’admission des arguments de droit constitutionnel comme pertinents dans le débat politique.

La multiplication des saisines se réalisera effectivement avec les alternances de 1981, 1986 et 1988. L’usage politique des saisines pour limiter la portée juridique des réformes voulues par les uns, puis les autres et pour mettre en difficulté la majorité du moment, “censurée” par le Conseil Constitutionnel entraînera pratiquement la densification du réseau de contrainte constitutionnelle, en fournissant au Conseil les occasions d’affiner et d’élargir ses techniques de contrôle.

L’invocation par les parties prenantes de la cohabitation de la Constitution comme “bréviaire” du jeu politique en conjoncture politique non routinisée, afin de circonscrire leur territoire respectif accrédiitera l’idée d’une reconnaissance par les hommes politiques de la valeur du droit constitutionnel auquel ils disent tous alors vouloir se conformer.

Tout cela fait que, en quelques années, le Conseil Constitutionnel a acquis un rôle important dans le dispositif institutionnel de la V^{ème} République. Le droit constitutionnel dont l’effectivité devient plus grande, est mis en conformité avec “l’idéal du droit” en vigueur dans les autres branches du droit²⁵ : c’est un droit sanctionné par un juge, c’est aussi un “droit jurisprudentiel”, dont la parenté²⁶ avec le “*modèle de juridicité du droit administratif*”²⁷ - droit prétorien par excellence - mise en exergue par les néo-constitutionnalistes²⁸

24. On en a une illustration récente avec la saisine par M. Pasqua et ses amis sur la question de la conformité du Traité de Maastricht à la constitution révisée. Le doute sur cette non conformité était des plus minces, et il est clair qu’il s’agissait là principalement d’un “coup politique” pour jeter le trouble dans les esprits. Voir *Le Monde* 4 septembre 1992, “Le traité est conforme à la Constitution”.

25. Voir les analyses de B. François, qui retrace précisément ce processus dans “Le juge, le droit et la politique : éléments d’une analyse politiste”, *R.F.D.C.* 1990, n° 1, p. 49 et s.

26. D. Lochak dans “Le contrôle de l’opportunité par le Conseil Constitutionnel”, in Rousseau (D.) et alii, *Conseil Constitutionnel et Cour Européenne des Droits de l’Homme*, S.T.H. 1990, souligne à quel point il y a “un air de famille entre les deux droits”, et montre, grâce à un détour par le droit administratif, le “*mimétisme de la jurisprudence constitutionnelle sur la jurisprudence administrative*”, p. 91.

27. Voir François (B.), “Une revendication de juridiction. Compétence et justice dans le droit constitutionnel de la V^{ème} République”, *Politix*, n° 10/11, 1990.

28. L’idée que le droit constitutionnel serait un droit prétorien n’est pas partagée par toute la doctrine, loin s’en faut. Une frange de celle-ci, sans doute attachée à la vision classique

leur permet “de considérer le droit constitutionnel comme un droit”²⁹ et du même coup “de n’avoir plus aucune réticence aujourd’hui à se comporter en juristes”³⁰. On assiste donc à une montée en puissance de la doctrine constitutionnelle, qui commente les décisions du Conseil et profite du haut degré de généralité du droit qu’elle sert pour affirmer sa supériorité sur les autres branches spécialisées de la doctrine juridique³¹. D’autant que peu à peu, les pratiques parlementaires se transforment : l’argument du respect du droit constitutionnel et de la jurisprudence du Conseil est plus souvent invoqué dans les débats, indice qu’il acquiert de la valeur pour les parlementaires³² : il faut désormais prévenir, au moment de la discussion de la loi, le risque d’inconstitutionnalité. Les constitutionnalistes trouvent dans cette mutation l’occasion d’interventions plus fréquentes dans le débat politique : consultés par les élus plus intéressés qu’autrefois par les arguments constitutionnels et les ressources qu’ils procurent dans le débat parlementaire, ils sont aussi sollicités par la presse qui souhaite fournir à ses lecteurs l’avis de spécialistes³³. Dotés d’un savoir spécifique, ils se sentent autorisés à parler, à donner leur avis et à intervenir dans les controverses politiques en taçant parfois vertement les élus, ou en apportant leur caution d’experts aux hommes politiques dont ils partagent les options : tout cela leur permet de fournir une explication proprement juridique de la vie politique, et d’entrevoir à la fois dans l’intérêt nouveau porté au droit constitutionnel, et dans sa plus grande effectivité, une “revanche” des juristes sur les politistes³⁴.

de la démocratie, et aux prérogatives du législateur, sinon au legicentrisme, s’attache à montrer que tous les principes retenus par le Conseil constitutionnel ont un fondement textuel, voir nos observations *infra*.

29. Comme le dit clairement L. Favoreu dans “Droit de la constitution et constitution du droit”, R.F.D.C. n° 1, 1990, p. 72 : “Le phénomène de juridicisation du droit constitutionnel est inséparable de l’expansion de la justice constitutionnelle”.

30. Favoreu (L.), “Droit de la constitution et constitution du droit”, p. 79. On voit ici nettement s’exprimer et disparaître le complexe d’infériorité qu’avaient les constitutionnalistes vis-à-vis des autres juristes. Voir sur ce complexe, Rosenberg (D.) et Poirmeur (Y.), “La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français”, in *Les usages sociaux du droit*, P.U.F. 1989.

31. Voir aussi Favoreu (L.), “L’apport du droit constitutionnel au droit public”. Pour une étude précise de ces mécanismes on se reportera à François (B.), “La constitution du droit ? La doctrine constitutionnelle à la recherche d’une légitimité juridique et d’un horizon pratique”, in *La Doctrine en droit privé*, études réunies par Y. Poirmeur et A. Bernard, P.U.F., 1993.

32. Voir pour une étude des transformations de ces pratiques, Menna (D.), *Les débats parlementaires et le Conseil Constitutionnel*, Mémoire de DEA de sciences administratives et politiques, Amiens 1991.

33. Tout cela fait que la conjoncture a été propice au lancement de la *Revue Française de droit constitutionnel*, à la multiplication des colloques consacrés aux questions constitutionnelles. Ajoutons que le “réformisme” constitutionnel - tenu en échec sauf sur la révision liée au Traité de Maastricht dont l’enjeu politique permit de dépasser les clivages et les blocages traditionnels sénatoriaux - des gouvernements successifs a alimenté longuement la vie politique : dans une période où les solutions des problèmes concrets (chômage, violence sociale, crise économique) paraissent hors de portée pour les gouvernants et les candidats gouvernants, le déplacement sur le terrain institutionnel et juridique de la vie politique fournit de multiples occasions de parler aux constitutionnalistes.

34. Voir Avril (P.), “Une revanche du droit constitutionnel”, *Pouvoirs* n° 49, 1989, p. 5.

I. - LE REAJUSTEMENT DU CORPS DES SAVOIRS JURIDIQUES

Le droit constitutionnel a été sensiblement affecté par le développement de l'activité du Conseil Constitutionnel³⁵. Alors qu'il avait classiquement en France une faible effectivité, et que le droit public se rabattait sur le droit administratif, seul "vrai droit", il a connu une juridicisation qui lui confère le même statut que les autres droits. Droit jurisprudentiel, sanctionné par un juge, sa supériorité sur la loi n'est toutefois pas encore complètement garantie puisque la saisine du Conseil Constitutionnel est pour l'essentiel facultative. Si la "constitutionnalisation des diverses branches du droit" peut venir de références plus fréquentes de la part du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation aux décisions du Conseil, et de l'alignement de leur jurisprudence sur la sienne³⁶, seule l'introduction d'une procédure d'exception d'inconstitutionnalité devant les tribunaux ordinaires pourrait vraiment l'accélérer - on conçoit aisément que la doctrine constitutionnelle y soit des plus favorables³⁷ - et assurer la prééminence absolue du droit constitutionnel sur la loi, avec la relative précarisation du droit qu'elle engendrerait.

Cette juridicisation du droit constitutionnel s'est cependant faite au prix d'une redéfinition de la notion même de constitution. En effet, en devenant jurisprudentiel, en intégrant le préambule, il connaît une "densification" extraordinaire, mais, en même temps, son application et son contenu deviennent incertains. Flottante et expansionniste, la constitution a des limites indécises et des potentialités cachées. Cela pose évidemment la question de la détermination des règles qu'elle comporte et de la résolution des fameuses "*antinomies constitutionnelles*"³⁸ qui confèrent au Conseil Constitutionnel une grande liberté d'interprétation. Hésitant, comme le relève J. Chevallier, entre "*audace et prudence*", celui-ci développe une jurisprudence sinueuse³⁹ et à bien des égards contestable au regard même des libertés dont il se veut le protecteur et pour lesquelles il n'a souvent qu'une "*vigilance à éclipses*"⁴⁰. De plus, comme le souligne D. Lochak⁴¹, "*le Conseil Constitutionnel a presque toujours le choix entre invalider ou ne pas invalider, et dans bon nombre de cas, il aurait pu,*

35. Voir Rousseau (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 1990, p. 305 et s.

36. B. Genevois montre le développement de cette influence dans "L'influence du Conseil Constitutionnel", *Pouvoirs* n° 49, 1989, p. 54. Il souligne cependant qu'elle reste limitée sur les juridictions ordinaires.

37. Toutes opinions politiques confondues, voir "Le refus de l'UDF paraît condamner une réforme souhaitée par les maîtres du droit constitutionnel", *Le Monde* 13 avril 1990. G. Vedel, F. Luchaire, L. Favoreu et O. Duhamel ont défendu le projet devant la commission des lois de l'Assemblée nationale.

38. Rials (S.), "Les incertitudes de la notion de constitution sous la V^{ème} République", *R.D.P.*, 1984, p. 598.

39. Chevallier (J.), "L'Etat de Droit", *R.D.P.*, 1988, p. 344. Voir sur le processus de fixation de la jurisprudence l'étude de B. Mercuzot, *infra*.

40. Lochak (D.), "Le Conseil Constitutionnel, protecteur des libertés ?", *Pouvoirs* n° 13, 1980, p. 41 et s.

41. Lochak (D.), "Le contrôle de l'opportunité par le Conseil Constitutionnel", in *Conseil Constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, op.cit., S.T.H., 1990.

sans que nul n'en soit choqué ou surpris aboutir à la décision exactement inverse de ce qu'il a rendu"⁴². "Arbitraire", "gouvernement des juges", spectre d'une "juridicisation extrême du jeu politique et du blocage du jeu institutionnel"⁴³, la production même de ce droit constitutionnel jurisprudentiel, en ce qu'elle heurte les techniques routinisées de l'élaboration du droit, par l'introduction de nouveaux acteurs, impose un travail de légitimation que la doctrine constitutionnelle a entrepris en mettant sur le marché des biens doctrinaux, des argumentaires propres à justifier ce nouveau système, auquel elle est intéressée (B). Par ailleurs, en devenant jurisprudentiel, et en paraissant ainsi gagner en effectivité et en autorité, le droit constitutionnel "pénètre" progressivement "par capillarité" les diverses branches du droit. Ce phénomène que la doctrine présente comme la constitutionnalisation des ces droits spécialisés, outre que sa réalisation n'est pas encore complètement acquise, n'a pas l'unilatéralité qu'on lui prête souvent. Par cette pénétration, le droit constitutionnel est lui-même soumis aux logiques juridiques sectorielles (consacrant des équilibres dans les rapports de force entre les acteurs) qui contribuent à le structurer et à le banaliser (A).

A) Constitutionnalisation des branches du droit et sectorisation du droit constitutionnel

Ce nouveau mode de production d'un droit constitutionnel enfin appliqué soulève l'enthousiasme des constitutionnalistes, ravis de voir un droit qu'ils estiment beaucoup plus libéral que les autres droits pouvoir s'imposer à eux, et heureux de fournir aux autres juristes de nouveaux arguments à soulever dans les procès, trouvant ainsi des débouchés pour "leur" droit et ses produits dérivés : commentaires, manuels, argumentaires, cours de contentieux constitutionnel dans les universités. Encore leur faut-il parvenir à briser les résistances des juridictions, soucieuses de leur autonomie, lever l'obstacle malencontreux de la loi-écran et développer chez les juristes de base - les praticiens - l'idée que le droit constitutionnel peut être invoqué efficacement dans un litige entre particuliers devant un juge⁴⁴.

Vers des rapports entre particuliers enfin saisis par le droit constitutionnel

"L'existence d'un contentieux constitutionnel a considérablement développé l'effectivité des règles constitutionnelles. Par ailleurs, ces règles ont un "effet horizontal" en ce

42. Lochak (D.), "Le contrôle de l'opportunité par le Conseil constitutionnel", in *Conseil constitutionnel et cour européenne des droits de l'homme*, STH, 1990.

43. Y. Mény écrit à ce propos : "Même si la politique ne peut et ne doit pas être une jungle sans foi ni loi, il est nécessaire que la politique conserve un espace autonome, comme l'ont compris aussi bien la Cour suprême des Etats Unis, que la Cour italienne ou le tribunal de Karlsruhe", *op.cit.*, p. 14.

44. Voir Rousseau (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 1990, p. 349.

qu'elles sont applicables aux rapports entre particuliers. Cependant la prise en compte par le juge judiciaire et administratif des normes constitutionnelles souffre d'un certain nombre de handicaps. D'une part, les juges d'application de la loi répugnent souvent à faire une application directe des règles et principes constitutionnels tels que définis par le Conseil constitutionnel. D'autre part, ces juges ne peuvent appliquer des règles constitutionnelles lorsque la loi fait écran. L'existence d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception est à même de faire sauter ces verrous et d'entraîner une constitutionnalisation rapide des branches de droit. En effet, c'est à propos d'un litige concret entre particuliers ou entre particuliers et personne publique que sera soulevée une question de constitutionnalité. Elle concernera une disposition législative relevant du droit civil, du droit pénal, du droit du travail, du droit administratif. L'existence d'un droit constitutionnel spécifique à l'ensemble de ces branches du droit, encore à l'état de prémices, sera alors pleinement reconnue".

"(...) Les magistrats comme les avocats doivent acquérir une sérieuse formation en droit du contentieux constitutionnel. L'ensemble des professions judiciaires sera alors sensibilisé aux problèmes constitutionnels". "Les ordres de juridiction seront amenés à coordonner leur jurisprudence assurant l'interpénétration du droit constitutionnel et du droit privé ou public" (...).

"Les rapports entre particuliers ne doivent pas rester à l'écart des droits et principes fondamentaux qui fondent notre ordonnancement juridique" (...).

B. Mathieu, "La saisine du Conseil constitutionnel, l'exception d'inconstitutionnalité et l'État de droit", *Les Petites Affiches*, n° 54, 4 mai 1992.

Reste qu'on peut s'interroger sur la portée et la réalité de cette transformation des rapports entre les différentes branches du droit. Si l'on voit en effet des constitutionnalistes s'intéresser aux différents droits (civil, fiscal, commercial, administratif) et écrire sur ces questions, si l'on voit de plus en plus de chapitres consacrés au droit constitutionnel dans les divers manuels de droit public ou de droit privé, au point que Bastien François peut y discerner "une revanche du droit constitutionnel sur les autres branches du droit"⁴⁵, on peut aussi constater que les manuels de droit civil, de droit commercial, de droit pénal ou de droit administratif restent pour la plupart écrits par des

45. In "La constitution du droit ? La doctrine constitutionnelle à la recherche d'une légitimité juridique et d'un horizon pratique", in Bernard (A.) et Poirmeur (Y.) (dir.), *La doctrine en droit privé*, P.U.F., 1993.

civilistes, des pénalistes, des commercialistes ou des administrativistes, qui, au demeurant, sont de formation⁴⁶ et par profession⁴⁷ d'une grande polyvalence. Les "constitutionnalistes" ne se sont donc pas tous métamorphosés par une sorte "d'enchantement juridique" en spécialistes de ces disciplines - que certains d'entre eux étaient déjà de toutes façons antérieurement. Seuls de lourds investissements - parfois des apprentissages - peuvent leur permettre, à défaut de connaissances antérieures, d'y intervenir armés du savoir constitutionnel, avec quelque autorité. Ils ne peuvent donc être admis à parler de droit fiscal, de droit pénal, ou de droit social qu'en en assimilant les spécificités, fut-ce pour les discuter au regard du droit constitutionnel.

Par ailleurs, le premier mouvement de rejet de ces "perturbateurs" passé, ce sont les juristes spécialisés eux-mêmes qui "assimilent" les décisions du Conseil constitutionnel concernant leur discipline⁴⁸ de prédilection, les interprètent, et les concilient avec les principes qui prévalent dans leur secteur juridique particulier : bref par leur travail doctrinal, ils contribuent à définir les problèmes constitutionnels qui le concernent, à se faire les porte-parole des divers intérêts contradictoires qui s'y mesurent, à fixer des "garde-fou" et à préformer par là même, les décisions du Conseil constitutionnel à venir. A mesure que le droit constitutionnel affecte des domaines juridiques particuliers, qu'il se "spécialise", qu'il se concrétise et descend en généralité, il est en retour conditionné dans sa production par les particularités juridiques des rapports sociaux qu'il se met à régir dont le Conseil constitutionnel tient compte.

De ce point de vue, la constitutionnalisation des branches du droit pourrait bien se lire d'une toute autre manière : celle de l'appropriation du droit constitutionnel par les branches juridiques spécialisées le pliant aux contraintes sociales qui structurent leur champ d'intervention. Loin d'y gagner en originalité et en efficacité, le droit constitutionnel peut par ce déplacement vers la pratique y perdre de son mordant et toute capacité innovatrice, la disposition constitutionnelle générale se révélant incapable de guider son

46. Le programme de l'agrégation de droit public, comme celui de l'agrégation de droit privé, impose aux candidats une compétence très large dans l'ensemble de la discipline. Ces concours imposent des investissements qui supposent d'avoir produit, outre une thèse dans un domaine particulier, des articles sur des sujets éloignés démontrant "*l'étendue de sa culture juridique*"...

47. Il est tout aussi clair qu'au cours de leur carrière, les professeurs sont amenés à enseigner des matières très diverses : il est évidemment élémentaire pour un administrativiste d'enseigner le droit constitutionnel ou les libertés publiques, ou les grands services publics : ceci signifie que les frontières disciplinaires sont beaucoup moins nettes que le profane pourrait a priori le penser - les clôtures disciplinaires sont moins étanches qu'il n'y paraît ; et pour un juriste toute spécialisation dans un domaine suppose, pour être profitable, un excellent niveau dans les autres branches du droit à partir duquel ces connaissances spécialisées prennent sens et valeur : ainsi nombre d'aspects du droit commercial et du droit des sociétés n'ont de sens qu'au regard du droit fiscal, du droit du travail ou du droit pénal. "L'autonomie" des branches du droit est ainsi à interpréter avec prudence.

48. A l'instar de ce qui se fait pour les décisions de la CJCE.

propre décodage sans intégrer les spécificités des situations qui déterminent son application⁴⁹.

A cet égard il n'est qu'à voir à quel point la jurisprudence du Conseil constitutionnel est structurée dans ses modes de construction des problèmes juridiques par les schèmes du droit administratif⁵⁰ pour entrevoir que sa capacité innovatrice risque de se perdre dans une politique jurisprudentielle⁵¹ aussi subtile que byzantine qui vienne laminer l'application des grands principes hautement affirmés, à mesure que de nouvelles "lois d'espèce" leur sont soumises. C'est d'ailleurs ce que Dominique Rousseau exprime de façon embarrassée, lorsqu'il décrit le mouvement d'unification constitutionnelle des différentes branches du droit : *"il ne signifie pas que chacune perd son originalité et disparaît comme discipline disposant de ses propres instruments. Il signifie seulement que toutes ont une matrice commun, la constitution au sens jurisprudentiel du terme, qu'aucune ne trouve en elle-même ses principes directeurs qui alimentent ses concepts, ses techniques, ses régimes, que chacun est redevable au conseil des "principes" qui "informent" leur fonctionnement et leur évolution"*⁵².

Plus loin, il indique que *"le mode de relation qui s'instaure est davantage un dialogue, une dialectique qu'un commandement imposé"* (...) *"De sorte qu'au total si tout droit procède effectivement de la constitution, c'est moins par l'impérialisme constitutionnel que par une relation de complémentarité entre les différents champs juridiques induite par la manière semblable qu'ont les juges judiciaire, administratif et constitutionnel de concevoir les solutions juridiques que méritent les questions auxquelles ils sont confrontés"*. Ainsi l'unification se fait à un niveau quasi philosophique dont l'opérationnalité pratique est faible. La constitutionnalisation des branches du droit risque alors pour le constitutionnaliste de se limiter au constat que *"chaque branche du droit a des bases constitutionnelles, qu'il faut les prendre en compte dans tout travail de recherche et tout exposé pédagogique et qu'il y a des principes communs à toutes ces branches du droit"*⁵³, ce qui est une nouveauté toute relative⁵⁴.

De plus, l'exception d'inconstitutionnalité ou la "professionnalisation" de l'entourage du Conseil constitutionnel, loin d'être un gage de "défense des

49. On se reportera pour une étude stimulante de ces problèmes à Timsit (G.), "Sur l'engendrement du droit", *R.D.P.* 1988 n° 1, p. 45 et s.

50. Techniques de contrôle, hésitation et ambiguïté des décisions, prudence extrême dans les interprétations et les avancées, qui sont parfois des reculs par rapport aux dispositions écrites, mise à l'écart de bon nombre de dispositions du Préambule.

51. Qu'il faudrait décrypter à la manière de D. Lochak dans sa thèse, *Le rôle politique du juge administratif en Droit français*, L.G.D.J., 1972.

52. *Op. cit.*, p. 338, également p. 349.

53. Favoreu (L.), "Droit de la constitution et constitution du droit", p. 87.

54. Voir sur le travail de systématisation du droit, Thireau (J.-L.), "La doctrine civiliste avant le code civil" in *La doctrine en droit privé*, précité ; Arnaud (A.-G.), *Les origines doctrinales du code civil français*, Paris, 1969.

principes libéraux” ou de “réalisation d’un véritable Etat de droit”⁵⁵ risque de le soumettre davantage à la logique juridictionnelle dans laquelle les principes s’émoussent par leur confrontation à la “réalité” et à la nécessité de les ajuster aux contraintes sociales qui organisent le secteur social considéré⁵⁶. En ce sens, Jean-Jacques Dupeyroux dit son scepticisme sur la portée réelle de la “constitutionnalisation annoncée”. Il montre que l’application de la jurisprudence du Conseil au droit successoral, au droit fiscal, au droit du travail, actuellement en vigueur, soulèverait, ne serait-ce que sur la question de l’égalité des problèmes de remise en cause complète de ces branches du droit. *“Le vrai problème, écrit-il avec un grand sens de ce que sont les résistances, “c’est celui de la discordance qui s’est installée au fil des temps entre, d’une part des “déclarations” claironnantes, et d’autre part un appareil législatif qui s’est développé en marge de ces déclarations en fonction d’innombrables facteurs socio-politiques et dans lequel le privilège est la chose du monde la mieux partagée. Voilà qu’on voudrait que, tout à trac, quelques sages rétablissent une concordance dont personne ne s’était soucié, ce qui revient à leur demander de faire table rase de pans entiers de notre droit positif. Peste ! Je demande à voir ! Mais je tiendrais volontiers le pari que le Conseil se dérobera et que tout cela n’aboutira qu’à quelques correctifs en matière douanière”*⁵⁷. On peut alors douter de la capacité du droit constitutionnel, lui-même jurisprudentiel, à répondre à la crise de la “transcendance juridique” qui frappe l’ensemble des branches du droit, et dont se désole une partie de la doctrine, désenchantée par un droit jurisprudentiel et législatif instable et insaisissable.

Le droit jurisprudentiel, la crise de la transcendance juridique et du droit des professeurs.

“A présent, les grandes constructions de la jurisprudence semblent révolues. La multiplication et le caractère éphémère des lois ont engendré non seulement une instabilité jurisprudentielle mais également une augmentation des décisions rendues. M. Zestas a récemment défini la jurisprudence comme “un magma dont on ne connaît d’ailleurs qu’une faible partie, et cette faible partie reste un magma en ce sens qu’elle comporte beaucoup de fatras” (“La jurisprudence : réflexions sur un malentendu”, D. 1987, chr. p. 11). Cette définition peu académique souligne les difficultés actuelles d’une connaissance ordonnée de la jurisprudence” (...).

“M. Atias estime que si “la connaissance systématique de la

55. Voir Mathieu (B.), *art. cité*.

56. De la sorte les propositions consistant au nom de la coordination des jurisprudences à doter le Conseil de rapporteurs adjoints choisis non seulement parmi les maîtres des requêtes au Conseil d’Etat, de conseillers référendaires à la Cour des Comptes, mais aussi à la Cour de Cassation, risquent de soumettre - en cas d’application - encore plus fortement le Conseil et le droit constitutionnel aux logiques qui conditionnent l’application et l’interprétation du droit par les juridictions françaises classiques.

57. Dupeyroux (J.-J.), “La saisine par les particuliers : à voir !”, *Le Monde*, 26.12.1989.

jurisprudence est légitime de la part de l'avocat, cette démarche ne peut pas être celle de la doctrine. Bien souvent, rechercher l'arrêt sur la question, c'est se dispenser de la réflexion qui aurait conduit à la solution" (...). *M. Bienvenu dans une formule plus lapidaire estime que la note d'arrêt est "le degré zéro de l'écriture juridique"* ("Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif", *Droits* n° 1, 1985, p. 156) (...).

"La jurisprudence est foisonnante et le "droit des professeurs" suppose peu de jurisprudence. Or, la multiplication des revues dont la doctrine est souvent responsable, dévore la jurisprudence. L'inflation jurisprudentielle est aussi dangereuse pour la doctrine que l'inflation législative et pour les mêmes raisons. Si la doctrine pouvait prétendre contrôler la production de la cour de cassation, cela n'est plus possible, lorsque le moindre jugement peut devenir jurisprudence en accédant à la publication, souvent d'ailleurs comme instrument de promotion de la doctrine. Une jurisprudence trop volumineuse étouffe la doctrine et se dérobe à toute analyse globale et cohérente".

A. Perrot, "La doctrine et l'hypothèse de la remise en cause d'un modèle de droit", in Bernard (A.) et Poirmeur (Y.), *op.cit.*

La constitutionnalisation des branches du droit, dernière phase de la mise en place d'un droit constitutionnel appliqué passe sans doute par sa banalisation et son éclatement ou mieux sa dispersion entre les branches de droit spécialisées. Certes l'argument constitutionnel existe, mais il ne reçoit de sens que sur un terrain disciplinaire spécifique, un peu comme le principe d'égalité dont la portée et l'application réelles en droit administratif ne peuvent être déterminées qu'à travers les méandres d'une jurisprudence touffue : le positivisme juridique montre toujours que les principes ne trouvent leur réalité qu'en perdant leur généralité dans une myriade de jugements et d'arrêts⁵⁸. Dès lors, c'est moins l'autonomie des branches du droit qui est en cause que celle d'un droit constitutionnel général en voie de sectorisation⁵⁹, frappé, à

58. Dans ce sens, de nombreux juristes analysent "la crise du droit" comme provenant de la nécessité de s'ajuster à la "réalité" qui fait disparaître toute transcendance du droit, voir Oppetit (B.), "L'hypothèse du déclin du droit", *Droits* n° 4, 1986, p. 16, pour qui "la rançon du sociologisme est la négation de toute transcendance".

59. Loin de faire ressortir une quelconque cohérence transversale du droit constitutionnel, l'inventaire dressé par D. Rousseau dans son ouvrage est éloquent sur ce phénomène de sectorisation : l'étude de chaque série de principes (du droit du travail, du droit social, du droit commercial, du droit civil, du droit pénal) révèle à quel point tout cela n'acquiert de cohérence juridique qu'au sein de chaque branche disciplinaire, *op.cit.*, p. 335 et s. Les exemples donnés sur le principe d'égalité (p. 325 et s.) montrent de façon caricaturale cette impossibilité de l'appréhender en dehors d'une "casuistique juridique sectorielle" et D. Rousseau de conclure : "impossible de continuer : véritable caméléon, le principe général

mesure qu'il s'inscrit dans chaque branche, par la crise générale de l'application du droit par le juge, et perdant peu à peu la cohérence qu'il est supposé, selon les néo-constitutionnalistes, donner à l'ordre juridique⁶⁰ - en s'emparant des valeurs et de la "transcendance juridique".

B) La légitimation et la problématisation doctrinale du droit constitutionnel jurisprudentiel

Si les constitutionnalistes ont tout avantage à voir le processus de "constitutionnalisation" des branches du droit se poursuivre en ce qu'elle leur permet, au moins dans un premier temps, de réaliser une "percée" sur des marchés des biens doctrinaux et universitaires jusque là réservés aux "spécialistes", le nouveau mode de production de ce droit constitutionnel appliqué n'en bouscule pas moins des intérêts, des visions du droit, de la politique et de la démocratie dont sont porteurs d'autres acteurs entretenant avec le droit constitutionnel d'autres rapports et en ayant d'autres usages.

Un plaidoyer politique contre le constitutionnalisme : l'argumentation communiste

"Le constitutionnalisme. Nous avons dit et répété que le conseil constitutionnel, qui (...) n'émane pas de l'élection mais de la désignation, s'est doté au fil du temps d'un pouvoir constituant permanent en dehors de toute source de légitimité. On peut déjà dire que le fonctionnement actuel des institutions diffère très sensiblement de celui prévu par la constitution adoptée par les Français en 1958 et 1962 sans que ceux-ci aient été consultés alors que l'article 3 de la Constitution dispose que "la souveraineté nationale appartient au peuple".

"Le projet de saisine directe que vient d'adopter le Conseil des ministres (...) est nocif à un triple point de vue. D'abord parce qu'il est démagogique et inégalitaire. Il se pare des

d'égalité prend pour mieux s'imposer, la dénomination même de la matière particulière sur laquelle le parlement a légiféré" ; et faudrait-il ajouter le sens et la portée que le juge veut bien lui donner dans chaque cas : beau principe directeur en vérité ! (p. 326.). En ce sens il faudrait se demander dans quelle mesure la constitution (et le droit constitutionnel jurisprudentiel) permet effectivement d'établir "les chaînons nécessaires entre les productions juridiques singulières et de les ramener à certains principes communs", et de placer le système juridique sous l'emprise de la rationalité, dans la mesure où ce qui caractérise le droit jurisprudentiel est la dérive sinon permanente du moins possible des significations. Une réflexion à partir des analyses de J. Chevallier dans "L'ordre juridique", in *Le droit en procès*, PUF, 1983, p. 7 et s., serait sans doute à entreprendre.

60. Il est d'ailleurs probable que c'est la dynamique d'intégration des droits au niveau européen qui importe le plus, et frappe d'obsolescence de nombreuses dispositions juridiques nationales : les différentes branches du droit sont évidemment bien plus "saisies par le droit européen", que par un droit constitutionnel, condamné à composer avec lui. Voir Delmas-Marty (M.), "Le meilleur ou le pire", *Le Monde*, 23 octobre 1992.

grands principes et des bons sentiments pour instituer un face à face dérisoire entre le citoyen et l'Etat (...). La justice sera plus chère et, partant, l'accès à la justice plus malaisé aux pauvres (...). "Ensuite parce qu'il sera possible de remettre en cause des acquis sociaux conquis de longue date et dont l'ancienneté même pouvait être regardée comme une garantie. Combinée avec la dérive monarchique de l'institution présidentielle, ce sont les fondements de la République elle-même qui s'en trouvent ébranlés. Déjà les décisions du Conseil constitutionnel ne font-elles plus référence aux "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" (1971), mais plus laconiquement au "respect de la constitution" (1988). Le projet présidentiel est le cheval de Troie du gouvernement des juges".

"Enfin, et surtout (...), ce projet va consacrer un nouvel abaissement du parlement. Humilié par les atteintes européennes à la souveraineté de la loi française, le parlement est à nouveau contesté par la conjonction renforcée du pouvoir présidentiel et du gouvernement des juges du Conseil constitutionnel (...)".

"Que la majorité parlementaire soit de droite ou de gauche, l'action pour la démocratie est (...) une question de principe qui peut et doit permettre (...) le plus large rassemblement des démocrates et de tous les Républicains contre les dérives malignes des institutions de la V^{ème} République : le supranationalisme et le constitutionnalisme (...)".

A. Le Pors, "La tenaille", *L'Humanité*, 13.4.1990.

C'est ainsi que la légitimité du système est de plusieurs façons contestée, et alimente un intense travail de justification de la doctrine dans ses franges plus théoriciennes que praticiennes.

On voit se dessiner une opposition à la justice constitutionnelle fondée sur l'idée, classique en France, que la démocratie est incompatible avec le contrôle de constitutionnalité des lois, derrière lequel se profile le gouvernement des juges, le déclin du parlement (voir "un plaidoyer contre le constitutionnalisme") et l'impuissance des gouvernants pris dans un réseau trop serré de contraintes constitutionnelles. Le problème est donc celui de la conciliation entre la souveraineté du peuple et le contrôle de la constitutionnalité : quels réajustements théoriques faut-il opérer pour donner au système tel qu'il fonctionne la théorie qu'il mérite et dont il a besoin pour avoir aux yeux de ceux qui l'observent et qui l'utilisent, une certaine cohérence ? Derrière cette question en apparence anodine, et le travail doctrinal qu'elle suscite, se jouent des stratégies de légitimation et de délégitimation du système politique et de ses acteurs, de représentation et d'objectivation des rôles de chaque structure et de ses relations avec les autres, dont les enjeux dépassent les seuls aspects théoriques. S'y jouent aussi l'allocation aux agents intervenant dans le système

politique de nouvelles représentations de la démocratie où le juge et le droit constitutionnels occupent une place centrale.

La justification la plus simple du nouvel agencement qui a été proposée consiste à dire “*que la loi n’exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution*” ; le Conseil constitutionnel ne serait donc au fond qu’un “répartiteur de compétences” entre le législateur ordinaire et le constituant, qui peut très bien - selon les procédures prévues par la constitution - modifier les dispositions constitutionnelles que le juge utilise. Il n’y aurait donc aucune véritable atteinte au principe démocratique classique. De surcroît, une partie de la doctrine soutient prudemment que le Conseil constitutionnel n’a aucun pouvoir en matière de création de normes constitutionnelles, que toutes ses décisions s’appuient bien sur des références textuelles, qu’il “*n’y a pas de lacunes à combler par l’imagination jurisprudentielle*”⁶¹ et que le droit constitutionnel n’est pas un droit prétorien mais bien un droit écrit⁶².

Il n’y a pas de principes généraux de droit constitutionnel.

“En droit, la constitution ne saurait comporter de véritables lacunes appelant comme en droit administratif une création prétorienne de principes généraux du droit substitués ainsi aux textes défailants. Il appartient au législateur habilité à exprimer la volonté du peuple dans le cadre de la constitution de prendre les mesures nécessaires. Le bloc de constitutionnalité se compose exclusivement de textes de niveau constitutionnel. Il est inexact de prétendre que le recours aux “principes fondamentaux reconnus par les lois de la République” ait ouvert au juge constitutionnel français un pouvoir quasi-discrétionnaire de création de normes jurisprudentielles, ces principes relevant en toute hypothèse des

61. Moderne (F.), “Y-a-t-il des sources complémentaires de la constitution dans la jurisprudence constitutionnelle française ?”, *Les Petites Affiches*, 7 octobre 1992 n° 121, p. 10.

62. Les arguments invoqués aussi bien par F. Moderne que par G. Vedel ne sont guère convaincants : ce n’est pas parce que le juge ne s’estimerait pas maître des sources du droit, ou parce qu’il ferait toujours référence à un texte qu’il n’a pas pratiquement et de fait un pouvoir créateur et interprétatif. Il ne faut pas confondre ce que fait le juge, ce qu’il dit faire, et ce que la doctrine dit qu’il fait ; une chose est par contre évidente pour tout lecteur “ordinaire” des décisions du Conseil : il fait dire aux textes des choses qui n’y figurent aucunement. Ainsi, est-ce en forçant les textes que F. Moderne écrit : “*Même le principe de continuité du service public pouvait trouver un fondement textuel dans l’article 5 de la constitution selon lequel le président de la République “assure le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l’Etat*”. A ce titre, tout est dans tout et réciproquement : le fondement textuel péniblement trouvé (et d’ailleurs tronqué), par sa minceur, est justement révélateur, a contrario du rôle bien réel du pouvoir créateur du juge constitutionnel. Quoiqu’il en soit, on ne peut comprendre - au regard des autres travaux de ces auteurs - leurs prises de position que par le souci de défendre le Conseil constitutionnel et de le légitimer. L’argument proposé par F. Moderne distinguant la situation du Conseil d’Etat et celle du Conseil constitutionnel reste de toute façon étonnante.

sources écrites de constitutionnalité et non de sources prétorienne. A fortiori, ne peut-on accuser sans outrage le juge constitutionnel d'utiliser des "principes introuvables, principes à géométrie variable, principes au contenu élastique ou aux effets aléatoires" (D. Lochak).

(...) Le droit constitutionnel reste aux yeux de la haute instance un "droit écrit".

Cette démarche obéit en définitive à "des raisons sages et exactes" estime G. Vedel : outre la volonté d'éviter toute prise à la critique toujours redoutée du gouvernement des juges, outre le fait que la constitution attribue des compétences aux pouvoirs publics et en fixe les limites (...), l'office du juge constitutionnel ne lui impose pas de régler des litiges mais "l'invite" à préserver la cohérence, l'unité et la validité d'un "ordre juridique".

F. Moderne, "Y-a-t-il des sources complémentaires de la constitution dans la jurisprudence constitutionnelle française ?", *Les Petites Affiches*, 7 octobre 1992, p. 10.

Il suffirait pour éviter toute critique et empêcher toute dérive malencontreuse, que le Conseil fasse preuve de "retenue", "ne s'estime pas maître des sources du droit constitutionnel"⁶³ et respecte une sorte de "code de bonne conduite". Ainsi Bertrand Mathieu prescrit-il quelques limites à l'impétuosité du Conseil : "Les normes de référence doivent être fixées de manière précise. La technique de l'erreur manifeste d'appréciation doit être utilisée avec une grande prudence. En toute hypothèse et bien qu'il s'en défend, le juge ne doit pas substituer son appréciation à celle du législateur, ni abuser des directives d'application de la loi"⁶⁴. Toutefois cette idée, sous une apparente simplicité souffre d'une grave insuffisance : il faut pour qu'elle soit valable, que "le standard auquel on compare la loi pour vérifier qu'elle est bien l'expression de la volonté générale soit fixe", or ceci n'est pas le cas : il est "façonné par le contrôleur au gré de sa propre volonté"⁶⁵. Le débat se déplace alors évidemment sur la question de l'interprétation. L'opération de contrôle à laquelle se livre le Conseil ne saurait être neutre. Le juge, en interprétant, détermine le sens des dispositions constitutionnelles et se fait du même coup "le véritable auteur du texte"⁶⁶. De là plusieurs conséquences : le Conseil constitutionnel est par ses interprétations créateur de normes tandis que le texte de la constitution est dévalorisé⁶⁷ ; d'où un certain "malaise" des juristes eux-mêmes, pris

63. Vedel (G.), "Le précédent judiciaire en droit public français", *Journées de la société de législation comparée*, vol. IV, 1984, p. 283 et s.

64. "La saisine du Conseil constitutionnel : l'exception d'inconstitutionnalité et l'Etat de droit", *Les Petites Affiches*, 4 mai 1992, n° 54, p. 51.

65. Troper (M.), "Justice constitutionnelle et démocratie", *R.F.D.C.*, n° 1, 1990, p. 34.

66. Troper (M.), "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle", *Mélanges Eisenmann*, Cujas 1974, p. 142-143.

67. Rousseau (D.), "De l'Etat de droit à l'Etat politique ? ", in Colas (D.), *L'Etat de Droit*, Paris, P.U.F., 1987, p. 179.

dans un conflit de légitimité⁶⁸ face à ces opérations, où pointe “l’arbitraire” du juge censurant des textes votés par les représentants du peuple : “*en mettant au coeur de son invention la volonté de l’interprète, la supra constitutionnalité développe sans le vouloir une logique meurtrière pour l’Etat de droit*”⁶⁹. Surtout le Conseil constitutionnel est, dans cette perspective “*colégislateur ou co-auteur de la loi*”⁷⁰, en ce qu’il peut s’opposer à l’édition de l’acte. Et Michel Troper est logiquement amené à le considérer comme tel, même lorsqu’il n’est pas saisi en raison de ce que “*la possibilité qu’il le soit et la connaissance de sa jurisprudence conduisent le Gouvernement et le Parlement à s’autolimiter*”⁷¹. En définitive, il ressort de cela que “*la fonction législative est exercée par un organe complexe formé par le gouvernement et le parlement d’un côté, par les autorités de saisine du Conseil constitutionnel et ce Conseil de l’autre*”⁷². Pour Michel Troper, la conception de la démocratie compatible avec l’existence du Conseil constitutionnel et présupposée par l’agencement institutionnel réalisé par la constitution se définit à partir de l’observation que l’expression de la volonté générale est confiée à plusieurs organes partiels qui, soumis à des contraintes différentes, y participent selon des modalités variables : dans le cas du Conseil constitutionnel, par l’élaboration d’une jurisprudence. De la sorte, la théorie de l’interprétation pousse à penser que la démocratie telle qu’elle résulte des dispositions constitutionnelles “*n’est pas la volonté de la majorité, mais la volonté générale et que celle-ci est exprimée par des représentants*”. On en conclut forcément que “*le juge constitutionnel est l’un de ces représentants*”⁷³ ; et que “*l’existence d’une justice constitutionnelle présuppose un concept de démocratie défini non comme gouvernement du peuple par le peuple lui-même, mais comme gouvernement d’une volonté générale en partie formée sous l’influence que le peuple exerce par le choix direct ou indirect de certains de ceux qui l’expriment*”. Les analyses de Michel Troper ont le mérite de montrer subtilement que l’existence d’une justice constitutionnelle est conciliable avec le système représentatif, dans lequel il est parfaitement possible qu’un “*représentant*” soit désigné par la constitution elle-même⁷⁴ : le Conseil constitutionnel s’inscrit alors harmonieusement dans le cadre institutionnel et juridique de la V^{ème} République. Cependant si ces réflexions peuvent donner une explication théorique cohérente du mécanisme juridique, elles laissent entière la question de la croyance en la validité de ce dispositif de la part, non pas tant des citoyens eux-mêmes, qui n’ont qu’une lointaine connaissance de ce qu’est le Conseil constitutionnel, que de leurs

68. Voir Chevallier (J.), “L’Etat de droit”, *R.D.P.*, 1988, p. 344.

69. Rousseau (D.), *art. cité*, p. 189.

70. Troper (M.), “Justice constitutionnelle et démocratie”, *précité*.

71. Troper (M.), “Justice constitutionnelle et démocratie”, *art. cité*, p. 37-38.

72. *Ibid.*

73. *Art. cité*, p. 47. M. Troper souligne que cela permet d’aplanir les difficultés conceptuelles résultant de l’introduction éventuelle d’une procédure d’exception d’inconstitutionnalité, car dans ce cadre analytique, “*la volonté générale n’est pas celle du moment du vote, c’est celle du moment d’application*”.

74. On pense évidemment au Roi dans la constitution de 1791 dont l’article 2 du Titre III dispose : “*La constitution française est représentative : les représentants sont le corps législatif et le Roi*”.

“représentants élus”, toujours prêts à faire valoir la supériorité de leur source de légitimité - l'élection - sur celle d'une institution nommée, le Conseil constitutionnel.

C'est donc sur un autre terrain, celui des valeurs (dont la crise est aiguë chez les juristes) et d'une contestation du comportement et du fonctionnement du parlement et du gouvernement, que Dominique Rousseau entreprend de justifier le développement du rôle du Conseil constitutionnel dans la production du droit, rompant d'ailleurs sur ce point avec ses conceptions antérieures⁷⁵. L'axe central de son argumentation est que “le juge constitutionnel est une nouvelle figure de la démocratie”⁷⁶. En effet, la logique du contrôle de constitutionnalité donnerait “*vie au principe que la constitution affirmait et déniait aussitôt en droit et en fait : à savoir la subordination des représentants aux citoyens*”⁷⁷. Le Conseil constitutionnel par son existence et par son activité dissocierait le système représentatif traditionnel, imputant automatiquement l'acte du représentant au représenté⁷⁸ et créant par là même “un espace séparé au profit des gouvernés”⁷⁹. La dépossession des citoyens - au principe même du système représentatif⁸⁰ - et que justifiait classiquement la constitution serait désormais nuancée par l'entrée en jeu du Conseil constitutionnel contrôlant la loi élaborée par les hommes politiques : “*Par cet usage, la constitution change de signification et tend à devenir l'acte des représentés*” puisque le conseil “*impose le respect des droits des citoyens aux hommes politiques*”⁸¹, en se chargeant pour le plus grand bien de tous de la “*lourde tâche*” d'élaborer “*une charte jurisprudentielle des droits et libertés*”. Dominique Rousseau élabore ainsi une sorte de “*dispositif d'intéressement*” des citoyens à l'activité du Conseil.

Le Conseil trouverait sa légitimité à la fois dans la méfiance vis-à-vis des hommes politiques, dans le déclin de la figure de l'énarque, dans la crise de

75. Exprimée dans “De l'Etat de droit à l'Etat politique ?”, dans lequel il dénonçait la logique meurtrière de la supraconstitutionnalité pour l'Etat de droit... Voir pour une explication de son point de vue sa contribution *infra*.

76. *Droit du contentieux constitutionnel*, p. 365 et s.

77. In “La constitution ou la politique autrement”, *Le Débat*, n° 64, mars-avril 1991.

78. M. Weber définit la représentation comme “*la situation de fait qui veut que l'action de certains membres du gouvernement (représentants) soit imputée aux autres ou bien qu'elle doit être considérée par ces derniers comme légitime et que les liant, elle le devient en fait*”, *Economie et Société*, Plon, t. 1, p. 300. Sur les mécanismes d'enrôlement et de représentativité des porte-parole, on lira Callon (M.), “Eléments pour une sociologie de la traduction”, *Année sociologique*, 1986, n° 36, p. 194 et s.

79. *Op.cit.*, p. 366.

80. “*Parler pour d'autres, comme le dit fort bien M. Callon, c'est d'abord faire taire ceux au nom desquels on parle*”. Travaillant sur la manière dont les chercheurs se font “*les représentants*” des comportements des coquilles Saint Jacques en baie de Saint Brieuc, il note que s'il “*est certes plus difficile de faire taire définitivement des êtres humains, il est moins facile de parler au nom d'entités qui ne disposent pas de langage articulé : car ceci suppose des ajustements incessants et des dispositifs d'intéressement infiniment plus sophistiqués*”, p. 196-197.

81. “La constitution ou la politique autrement”, *Le Débat*, n° 64, mars-avril 1991.

l'Etat providence, bref dans un patchwork d'incrédulités ou d'indifférence des citoyens et dans les "dysfonctionnements" de la démocratie française, génératrice de "vide politique" : le parlement ne serait plus "le lieu de débat et de discussion contribuant à la formation de la volonté générale, le fait majoritaire, la discipline de groupe et l'élection du président au suffrage universel vidant les débats parlementaires de leur substance et de leur efficacité législative". Ce serait donc dans ce vide entre exécutif et législatif que le Conseil puiserait sa légitimité : "il apparaît du fait du silence ou de l'impuissance du parlement comme le seul espace où la volonté législative du gouvernement puisse être efficacement discutée"⁸². Chargé de faire respecter "les valeurs" fondatrices - nécessaires aux branches du droit spécialisées -, le Conseil est paré, dans cette entreprise de justification, de toutes sortes de vertus extraordinaires, dont les gouvernants ordinaires, simples élus, sont malencontreusement dépourvus : défenseur des droits et libertés, il limite l'arbitraire des gouvernants en les obligeant à les respecter ; il réduit les risques de dérive autoritaire en assurant, dans une perspective chère à Montesquieu, une séparation des pouvoirs ; il donne une autonomie aux représentés par rapport aux représentants ; il ouvre un espace de dialogue dans une vie politique où le dialogue se perdrait. Enfin, dernière qualité, et non des moindres, puisqu'elle est contestée par certains membres de la doctrine elle-même⁸³, l'aptitude à se faire l'interprète des attentes de la population. Le juge constitutionnel, loin de s'adosser à des principes figés, loin de faire prévaloir la volonté dépassée du constituant sur celle actuelle du législateur ferait de la constitution un "acte vivant" en infléchissant ses interprétations en fonction de "l'esprit du temps". En bon "porte-parole", il accepte "les aspirations de la population" et "il ne s'oppose pas aux réalités des temps modernes". C'est ainsi une construction du juge comme "sage" que Dominique Rousseau propose. Cette "démocratie constitutionnelle" triomphante renversant la démocratie par la loi, désuète et sclérosée, ne serait évidemment pas complète si le fameux "espace de dialogue" qui la constitue ne faisait pas entrer en scène de nouveaux "acteurs légitimes". Le dialogue qui s'y noue est avant tout celui du Conseil constitutionnel et de la doctrine constitutionnelle qui entend être associée à la puissance du juge, qu'elle contribue à faire exister en la célébrant. C'est en effet à la doctrine, sorte de porte-parole savant, éclairé et auto-désigné des intérêts d'un peuple muet qu'il revient, dans cette démocratie idyllique, émergeant sur les décombres de l'ancienne, d'être à la fois le censeur et l'aiguillon du juge : "Et c'est à la doctrine par sa critique de veiller et s'il le faut d'inviter le Conseil à marcher avec son temps"⁸⁴.

82. Art. cité, p. 183.

83. Michel Guénaire spécialement, in *Le Débat* n° 64, 1991, pp. 149-157.

84. "La constitution ou la politique autrement", *Le Débat*, n°. Il y a là toute une manière pour la doctrine de se "rendre nécessaire", proche de certaines postures adoptées par les communicateurs vis-à-vis des hommes politiques. Voir Memmi (D.), "Rendre puissant", in *La communication politique*, Paris, P.U.F., p. 149.

Ce sont donc des thèses de plus en plus sophistiquées⁸⁵ qui sont élaborées par la doctrine pour justifier le nouveau dispositif institutionnel qui s'instaure avec le développement de la justice constitutionnelle et l'apparition de nouvelles pratiques (usages plus fréquents d'arguments constitutionnels au parlement, spécialisation de certains parlementaires dans le débat constitutionnel, "juridicisation" du débat politique) qui lui sont liées. Ce réaménagement des savoirs juridiques et des pratiques politiques, lié à la constitution d'un dispositif d'intéressement⁸⁶ nouveau autour du droit constitutionnel, cette effervescence de la doctrine constitutionnelle s'efforçant à la fois de légitimer le droit constitutionnel jurisprudentiel, d'en fixer les conditions de production, d'en formaliser les effets, d'en préformer les évolutions futures, en se faisant "ingénieur constitutionnel"⁸⁷, d'en tirer tous les bénéfices possibles, en tentant de se rendre indispensable par le savoir qu'elle élabore, pour les autres juristes et les hommes politiques, est venu réactiver l'intérêt des politistes pour les questions juridiques.

II. - LE CONSTITUTIONNALISME SAISI PAR LA SCIENCE POLITIQUE

La multiplication des saisines, la densification du droit constitutionnel qui en résulte, la conjoncture politique de la cohabitation qui amenait les hommes politiques à invoquer plus souvent la constitution, ont conduit certains consti-

85. Leur "sophistication" s'explique dans une large mesure par la concurrence intense que se livrent les producteurs de biens doctrinaux sur ce segment du marché : il faut fonder ses prétentions à parler et donc se démarquer de façon assez originale. Les auteurs adoptent ainsi des positions plus ou moins risquées empruntant leurs arguments à des sources assez sensiblement différentes : par exemple M. Troper conserve une grande prudence dans ses analyses qu'il place explicitement sur le terrain de la science juridique. Il refuse par exemple de se prononcer sur la définition du système démocratique, et de venir sur le terrain des "valeurs". Il prétend rester sur le plan de la seule science du droit ; au contraire D. Rousseau n'hésite pas à entrer dans des considérations de type sociologisantes, sans vraiment d'ailleurs les fonder ou les démontrer (il prend argent comptant les thèses à la mode sur l'éthique, la "sagesse", la crise de la représentation parlementaire). Il faut ajouter que ces producteurs sont eux-mêmes concurrencés par d'autres producteurs qui argumentent sur des thèmes voisins ou identiques sur d'autres marchés : politistes, journalistes, hommes politiques, et ne sont pas soumis exactement aux mêmes contraintes de mise en forme disciplinaire : seule une analyse très fine des conditions de production de ces biens doctrinaux permettrait d'en comprendre les contenus et les mises en forme spécifiques : cela dépasse évidemment le cadre de cette communication. On peut toutefois se reporter, pour avoir un cadre de réflexion, sur ces débats interdisciplinaires aux travaux de Dominique Memmi sur les comités de sages et la bioéthique, voir "Les Postures du censeur ou comment faire de "l'éthique" sans perdre son âme", in Fritsch (P.), *L'activité sociale normative*, Paris, Ed. du CNRS, 1992. Voir aussi sa contribution dans le présent ouvrage.

86. Sur cette notion, voir Callon (M.), "Éléments pour une sociologie de la traduction", *L'Année sociologique*, 1986, p. 169 et s.

87. L. Favoreu écrit : "Tout projet de réforme constitutionnelle devrait être précédé d'une sérieuse "étude d'impact" effectuée notamment en utilisant les enseignements du droit comparé. L'ingénierie constitutionnelle n'est pas un jeu de construction : on ne peut pas changer les pièces au gré de l'imagination des réformateurs", in "Le retour des mythes", *Le Monde* 11 août 1989.

tutionnalistes à affirmer derrière Louis Favoreu, que la politique pouvait désormais être saisie par le droit, et que l'idéal du constitutionnalisme était en voie de réalisation. Cette assertion audacieuse naturalisant l'idée que désormais "*le droit peut avoir plus d'importance dans l'étude du droit constitutionnel que la science politique*"⁸⁸ ne pouvait que déterminer certains politistes, qui ne se reconnaissent pas dans les présentations faites par les constitutionnalistes⁸⁹, à en discuter la pertinence⁹⁰, à opérer des mises en forme du développement du constitutionnalisme compatibles avec les discours des politistes⁹¹ et à montrer à leur tour comment la science politique pouvait rendre compte de ce nouveau droit constitutionnel (- en en faisant ainsi un objet digne d'intéresser aussi les politistes et de les mobiliser -). Soucieux de ne pas laisser le champ libre à une interprétation exclusivement juridique - et donc insuffisante ou réductrice - des phénomènes politiques et constitutionnels, ils se sont engagés sur la voie d'une sociologie de la production normative et des "entreprises doctrinales" qui, dans leur concurrence, participent à la définition de ce

88. Favoreu (L.), "L'apport du droit constitutionnel au droit public", p. 26.

89. Chaque univers professionnel a ses visions du monde spécifiques. Tant que les professionnels restent "entre eux", ces visions, fruits de leur socialisation, semblent aller de soi pour eux, puisqu'elles sont confirmées par ceux qu'ils rencontrent de façon intensive ou privilégiée et qui la partagent. C'est donc aussi l'opposition entre deux systèmes d'interprétation du monde (au moins) qui soutend l'opposition, voir Berger (P.-L.), *Comprendre la sociologie*, Resma, 1973, p. 166.

90. Cette assertion peut faire l'objet de plusieurs lectures : sur un plan scientifique, la question est de savoir si la formule correspond bien à la "réalité" observée. Mais derrière cette question se cache évidemment un problème disciplinaire beaucoup plus délicat : celui de la place que la science politique doit avoir dans l'enseignement du droit. En effet, si un droit constitutionnel jurisprudentiel se développe, cela justifie la revendication par les constitutionnalistes de voir enseignée cette matière dès la première année dans de "vrais" cours de droit constitutionnel assurés par des juristes et non par des politistes dont certains n'ont pas de formation juridique : L. Favoreu préconisait ainsi une réforme de l'enseignement du droit constitutionnel. "*quitte à renforcer l'enseignement distinct de la science politique*" (in "L'apport du droit constitutionnel au droit public"). Dans ce contexte difficile, et alors que l'enseignement du droit constitutionnel est classiquement partagé entre juristes et politistes, on conçoit que les politistes aient dans une "réaction de défense corporatiste", assez vivement réagi. Pour expliquer le comportement des politistes, comme celui des autres agents sociaux, une sociologie de l'intérêt est sans doute éclairante. La réappropriation "politiste" du droit constitutionnel pourrait s'analyser comme la manifestation d'un effort pour ne pas être évincé d'un terrain qu'investiraient avec de solides arguments, les juristes. On pourrait observer aussi que l'une des façons d'y procéder, prendre pour objet les faits et gestes des constitutionnalistes, est aussi pour le politiste une façon d'objectiver et de fonder leur prétentions, et donc d'une certaine manière de leur servir de faire-valoir. L'intérêt du constitutionnaliste et celui du politiste peuvent alors se rencontrer autour d'un objet qu'ils contribuent chacun à leur manière à faire exister, qui est leur "objet commun", même s'ils en ont des visions différentes... A la dénonciation correlative pourrait alors succéder un nouveau partage des approches autour d'un objet "légitime", enjeu d'un débat dans lequel le rôle de chacun et son point de vue sont admis : certains "numéros de duettistes" que les habitués des colloques et autres congrès voient se répéter en seraient peut-être la manifestation.

91. Pour un politiste, comme le montrent C. Bidegaray et C. Emeri, ces formules sont acceptables dès lors qu'on précise que "*la politique est saisie par le droit*", "*mais que le droit constitutionnel reste un droit politique*", in "Du droit constitutionnel au gouvernement comparé", *Mélanges offerts à J.-M. Auby*, Dalloz, 1992, p. 448-452.

qu'est le droit, à la détermination de son autonomie relative et de sa légitimité, et cela en prenant en charge des intérêts externes qu'elles codifient, formalisent et contribuent à faire exister. Il s'agit donc d'abord de procéder à la "déconstruction" de la présentation élaborée par les juristes.

En effet, dans une perspective très normative - et un peu provocatrice -, qui leur interdit comme le dit Bernard Lacroix, d'accéder à la compréhension de l'économie des pratiques⁹² en évacuant la question pratique de l'effectivité du droit, "les idolâtres du Conseil constitutionnel" estiment que la politique peut être expliquée par le droit, et s'en réjouissent : un véritable "Etat de droit" est en train de naître, le Conseil constitutionnel est "protecteur des libertés et modérateur des alternances" et participe à la libéralisation des branches du droit qui sont beaucoup moins libérales. Le droit vient heureusement contenir les passions politiques et les excès de la démocratie : le juriste porteur d'une "vraie science"⁹³ peut, par l'analyse juridique, anticiper ce que doit être le comportement juridiquement conforme du législateur. Pour d'autres plus critiques, mais tout aussi normatifs, comme Michel Guénaire, la juridicisation est excessive : "elle étouffe l'audace des gouvernants et inhibe l'intelligence des hommes politiques"⁹⁴. Enfin, Dominique Rousseau estime que "l'instauration d'un champ constitutionnel juridictionnel soumet les représentants au droit de la constitution", constitution devenue dans cette construction intellectuelle "l'acte des représentés"⁹⁵.

Daniel Gaxie, rompant avec ces présentations de l'intervention du droit constitutionnel dans la vie politique et ces jugements de valeur qui convertissent insidieusement le juriste en philosophe ou en moraliste⁹⁶, a tracé les lignes

92. Lacroix (B.), "Les fonctions symboliques des constitutions", in Seurin (J.-L.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Economica, pp. 190-191.

93. Pour une analyse de l'argument à "allure scientifique" par la doctrine, voir Poirmeur (Y.) et Bernard (A.), "Doctrines civiliste et production normative", in *La doctrine en droit privé*, à paraître, Paris, P.U.F., 1993.

94. Guénaire (M.), Art. cité, in *Le Débat*, n° 64.

95. *Op.cit.* ; Bastien François a fait lors du séminaire la critique détaillée de cette thèse (voir son intervention *infra*).

96. Max Weber distingue assez précisément ce qui relève à ses yeux de la science du droit et ce qui n'en relève pas dans "Le métier et la vocation de savant" (1919) in *Le savant et le politique*, 10/18, 1974, p. 78-79 : "Cette discipline établit ce qui est valable d'après les règles de la doctrine juridique, ordonnée en partie par une nécessité logique, en partie par des schèmes conventionnels donnés ; elle établit, par conséquent à quel moment des règles de droit déterminées et des méthodes déterminées d'interprétation sont reconnues comme obligatoires. Mais elle ne répond pas à la question devrait-il y avoir un droit et devrait-on instituer justement ces règles là ? Elle peut seulement indiquer que lorsque nous voulons un certain résultat, telle règle de droit est d'après les normes de la doctrine juridique le moyen approprié pour l'atteindre". On voit qu'au regard de ce que la doctrine juridique peut dire sans déroger à l'éthique du savant et aux exigences de scientificité, un grand nombre de propos des juristes dans la presse (voire dans les revues juridiques) n'ont guère de valeur "scientifique" ; on pourrait d'ailleurs dire la même chose pour certains "politistes"... Max Weber n'a pas de mots assez durs pour stigmatiser ces comportements : "La politique n'a pas non plus sa place du côté des enseignants. Et tout particulièrement lorsqu'ils traitent scientifiquement des problèmes politiques. Moins que jamais alors, elle n'y a sa place".

de force d'une analyse sociologique de la juridicisation de la vie politique. Cette juridicisation consistant pour les constitutionnalistes à mettre en évidence que la politique peut être saisie par le droit et pour les hommes politiques à se placer dans leur débat sur un terrain juridique, s'explique à la fois par les intérêts individuels, collectifs et corporatifs des membres de la doctrine, "intéressés"⁹⁷ par les profits qui s'attachent pour eux à l'existence de ce processus, et par les "préoccupations spécifiquement politiques qui commandent l'intervention des politiques quand ils débattent des aspects juridiques"⁹⁸. Ainsi ce sont "ces jeux croisés autour du droit qui contribuent à la construction de la réalité comme juridique aux yeux des hommes politiques". Loin d'être purement et simplement soumis à des règles constitutionnelles qui s'imposeraient à eux, ils participent donc - il est vrai plus ou moins volontairement - à la création des contraintes juridiques qui pèsent sur eux et dont ils se jouent plus ou moins adroitement⁹⁹.

Au-delà de cette question de la juridicisation, c'est celle de la structuration des rapports sociaux par la règle de droit qui est soulevée. Comme le dit avec force Norbert Elias : "On ne peut comprendre les relations humaines si l'on part de cette idée tacitement admise selon laquelle toute norme ou toute règle existerait en quelque sorte *ab-ovo*. On s'enlève ainsi toute possibilité de se demander ou d'observer comment et dans quelles circonstances se normalisent les relations qui ne sont pas encore régies par des normes". Et il dénonce justement "les théories sociologiques"¹⁰⁰ qui présentent les choses de telle manière que les normes semblent être en quelque sorte les causes des relations sociales entre les hommes, ignorant qu'il puisse exister des relations humaines non normalisées et non réglementées, et donnent des sociétés une image aussi fautive que les théories qui ignorent le fait que des relations humaines, originellement non normalisées et non réglementées, puissent être soumises à la normalisation"¹⁰¹.

Plus fondamentalement, cette approche tend donc à orienter la réflexion vers les conditions sociales et politiques de l'effectivité de la norme juridique et à démonter les "points aveugles du constitutionnalisme doctrinal comme idéologie juridique du système politique"¹⁰². Interprétation, usage par les

97. Sur ces intérêts dans d'autres secteurs de la doctrine, voir Bernard (A.) et Poirmeur (Y.), "Doctrines civiliste et production normative", *op.cit.*

98. Gaxie (D.), "Jeux croisés : droit et politique dans la polémique sur le refus de signature des ordonnances par le président de la République", in *Les usages sociaux du droit*, Paris, P.U.F., 1989, p. 209 et s.

99. On voit ainsi Jack Lang "traiter" M. Pasqua qui saisissait le Conseil avec ses amis de la conformité du Traité de Maastricht à la constitution révisée, de "Trissottin du droit" ; et M. Pasqua dénoncer "la décision politique" du Conseil rejetant ses arguments, "qui n'a strictement rien à voir avec le droit", *Le Monde* 4 septembre 1992.

100. On pourrait dire tout aussi bien en ce qui nous concerne ici, les théories juridiques.

101. Elias (N.), *Qu'est-ce que la sociologie ?*, Pandora/Des Sociétés, 1981, p. 87.

102. Voir Lacroix (B.), *art. cité* ; Rosenberg (D.) et Poirmeur (Y.), "La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français", in *Les usages sociaux du droit*, p. 240 et s. ; également dans le même ouvrage, Rangeon (F.), "Réflexions sur l'effectivité du droit", p. 126 et s.

politiques des règles juridiques, tout cela est loin d'être seulement juridique comme certains feignent de le croire encore : Yves Mény souligne à cet égard que *“les règles constitutionnelles sont des contraintes qui s'imposent aux hommes politiques, mais ce sont aussi des ressources qu'ils essaient de plier ou d'adapter à leurs objectifs. Elles constituent l'ossature, l'axe du système, mais elles n'en assurent ni la vie ni le mouvement. Car c'est à partir de l'interaction entre les règles du jeu et les joueurs que le système politique peut être appréhendé dans sa totalité et sa complexité”*¹⁰³. Plus nettement encore, Jean-Louis Seurin expose, mais en laissant de côté le problème de la lutte pour l'interprétation que *“la règle de droit en général et la norme constitutionnelle en particulier n'est acceptée et efficace que si elle repose précisément sur un rapport de force entre les acteurs politiques”*¹⁰⁴.

L'interprétation, l'usage, l'application des règles constitutionnelles sont les sous-produits d'interactions complexes entre des acteurs aussi variés que le parlement, le gouvernement, le Conseil constitutionnel, les partis politiques et les groupes de pression concernés, les journalistes et les “porte-parole” de l'opinion publique, les diverses écoles et branches de la doctrine juridique ; fruits donc de transactions collusives, entre des acteurs à l'autonomie variable et aux ressources diverses et inégales et aux intérêts investis différemment dans divers champs, mais qui interviennent à un moment donné autour de ces règles dans le champ politique. Comme le dit bien Dominique Rousseau, *“le succès de la constitution est 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, d'objectivation des questions politiques et ce que les acteurs cherchent à un moment donné pour atteindre leurs propres objectifs”*¹⁰⁵. Dès lors, la fameuse “revanche des juristes” ne peut être que relativisée et doit, selon le mot de Georges Vedel, se *“garder de tout triomphalisme”* ; car *“si le*

103. *Le système politique français*, p. 21.

104. Seurin (J.-L.), “Des fonctions politiques des constitutions”, *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, p. 52. Également du même auteur, *Analyse des systèmes politiques*, Librairie Montaigne, 1990-1991, p. 559 et ss.

105. “De l'Etat de droit à l'Etat politique”, précité. Ce succès n'est qu'un succès dans la sphère de ceux qui s'intéressent à cet objet d'une manière ou d'une autre : c'est-à-dire au fond dans “un tout petit monde” d'acteurs jouant avec ces règles, et pour lesquels elles ont du sens. Au delà, ce sens se perd dans l'indifférence ou l'ignorance. Sur ce problème des “mondes communicants”, on se reportera pour une présentation plaisante à Lodge (D.), *Jeu de société*, Rivages Poche 1991, p. 230 : “Tu sais, dit-elle un jour à Charles en rêvant à voix haute, il y a des millions de gens autour de nous qui ne s'intéressent pas le moins du monde à ce que nous faisons (...). Bien sûr, eux ne savent pas ce que nous faisons, mais même si nous voulions le leur expliquer ils ne comprendraient pas, et même s'ils comprenaient ce que nous faisons, ils ne comprendraient pas pourquoi nous le faisons, ni pourquoi on nous paie pour le faire”. “Tant pis pour eux dit Charles”. “Mais ça ne t'inquiète pas ? demanda Robyn. Que tout ce qui nous passionne - le fait par exemple de se demander si la critique métaphysique de Derrida ne laisse pas revenir l'idéalisme par où il était sorti, ou si la théorie psychanalytique de Lacan n'est pas phallogocentrique, ou encore si la théorie de l'Epistémé chez Foucault peut se concilier avec le matérialisme dialectique, toutes ces choses dont nous discutons et sur lesquelles nous lisons et écrivons à longueur de temps, ça ne t'inquiète pas de voir que quatre-vingt-dix neuf pour cent de la population s'en fout ?”. Voir également sur l'intérêt pour ces jeux, p. 336.

droit dit ce qu'il faut faire, il ne dit pas ce qu'on en fera". Et, "dans des domaines essentiels, l'application même correcte de la norme juridique sert à tout autre chose que ce à quoi on la destinait. Le droit peut bien et fortement structurer la vie politique, il ne la détermine pas. Il crée des contraintes mais n'en fixe pas les effets"¹⁰⁶. La réflexion se porte ainsi peu à peu sur la diversité des constructions - des perceptions - et des usages dont sont l'objet les institutions de toute nature et sur les intérêts qui les sous-tendent, sur la sphère de validité de chacune de ces constructions¹⁰⁷ et sur la lutte pour l'imposition d'une "représentation dominante" à travers laquelle elles accèdent à l'existence : la question du constitutionnalisme entraîne de la sorte les politistes à s'attaquer à l'élaboration d'une véritable sociologie du droit¹⁰⁸ et des processus de construction des institutions¹⁰⁹.

106. Vedel (G.), "Le hasard et la nécessité", *Pouvoirs*, n° 50, 1989, pp. 27-28. On mesure assez bien l'évolution de la science politique que cela enregistre par rapport à la définition qu'en donnait P. Bastid dans *L'idée de constitution*, Economica, rééd. 1985, p. 21 : "C'est précisément l'aspect concret de la vie des institutions qu'étudie la science politique (...). Elle s'attache moins aux prescriptions formulées par les textes et à leurs interprétations qu'au sous-bassement sociologique de l'ordre officiellement établi. Elle a moins d'égard aux règles impératives qu'au comportement journalier des gouvernants et des gouvernés assujettis à ces règles".

107. Le romancier David Lodge dans *Nouvelles du paradis*, Rivages, 1992, p. 165, donne une idée assez intéressante de cette pluralité des constructions autour du thème de l'existence de Dieu : "Point n'est besoin d'aller très loin dans la philosophie de la religion pour découvrir qu'il est impossible de prouver qu'une position religieuse est juste ou fautive. Pour les rationalistes, les positivistes, les matérialistes, etc., c'est une raison suffisante pour refuser de considérer sérieusement le sujet dans sa totalité. Mais pour les croyants, un Dieu dont il n'est pas possible de prouver l'existence vaut bien un Dieu dont l'existence est avérée et vaut manifestement mieux que l'absence totale de Dieu (...). La circularité du discours théologique qui utilise la révélation pour appréhender un Dieu dont on ne dispose d'aucune preuve de l'existence en dehors de la révélation ne dérange pas le croyant, car le fait de croire n'entre pas en ligne de compte dans le jeu théologique, c'est l'arène dans laquelle se joue le jeu théologique" (...) "Ainsi tout dépend des principes auxquels nous croyons".

108. Pour un programme scientifique d'analyse du rôle de la doctrine dans la production normative, voir Dezalay (Y.), "La production doctrinale comme objet et terrain de luttes politiques et professionnelles", in Bernard (A.) et Poirmeur (Y.), *op.cit.*, à paraître, 1993.

109. Pour une illustration remarquable de cette perspective de recherche, voir la thèse de Brigitte Gaïti, Université de Paris I, 1992.