

LE CONSTITUTIONNALISME ENTRE DROIT ET POLITIQUE

PAR

Michel TROPER

Professeur à l'Université Paris X - Nanterre

C'est devenu une évidence. Le droit constitutionnel s'est développé en France depuis quelques années d'une manière spectaculaire. S'il est inutile d'énumérer les symptômes de ce développement, on doit se demander ce qu'est ce droit constitutionnel qui s'est ainsi développé et en quoi consiste son développement.

Il s'agit en premier lieu de ce que juristes appellent "droit constitutionnel formel", c'est-à-dire l'ensemble des normes, contenues ou non dans le document appelé "constitution", qui, dans la hiérarchie de l'ordre juridique, se situent au sommet et ne peuvent être modifiées qu'au terme d'une procédure spéciale. Lorsque l'expression est prise en ce sens, dire que le droit constitutionnel s'est développé, c'est dire trois choses:

a. que les règles de fond qui possèdent cette forme - et donc cette valeur - sont désormais plus nombreuses, plus importantes, qu'elles sont plus générales et qu'elles régissent un plus grand nombre de matières. C'est ainsi qu'on souligne que les principes du droit constitutionnel régissent désormais le droit pénal, le droit civil ou le droit fiscal et surtout qu'ils encadrent et "saisissent" la politique.

b. que ces normes s'imposent désormais réellement, c'est-à-dire que leur violation peut être sanctionnée d'une manière ou d'une autre. Ainsi le développement du droit constitutionnel se manifeste-t-il par l'extension du contrôle de la constitutionnalité des lois, parce que c'est surtout cette institution qui,

dit-on, garantit que les normes constitutionnelles s'imposent au législateur dans toutes les matières où il intervient et que, par delà le législateur, elles s'imposent à toutes les autres autorités.

c. que ces normes sont protectrices des droits de l'Homme et de la liberté. Le développement du droit constitutionnel est ainsi présenté comme une garantie de la liberté.

Mais d'un autre côté, le droit constitutionnel c'est aussi la discipline qui a ces normes pour objet. On peut d'ailleurs la concevoir de deux façons différentes. On peut d'abord appeler "science du droit constitutionnel" l'activité par laquelle les juristes, au terme d'opérations d'interprétation et de systématisation, dégagent des textes les normes constitutionnelles. Mais on peut aussi considérer qu'elle doit être une simple description des normes posées par des autorités spécialement habilitées. Selon la première conception, le droit constitutionnel est une partie de la dogmatique juridique et n'est qu'une activité quasi-cognitive¹. La seconde conception se rattache au positivisme juridique et l'on parle alors plus volontiers de "science du droit constitutionnel".

Parler en ce sens de "développement du droit constitutionnel" signifie, selon la première conception, que les juristes jouent un rôle plus important que par le passé - notamment par rapport aux politiques - pour faire émerger les normes constitutionnelles et en faire assurer le respect. Selon la seconde conception, le développement du droit constitutionnel signifie que la connaissance des normes constitutionnelles positives est meilleure. Enfin, selon une conception dérivée de la précédente, la connaissance des normes positives serait en même temps connaissance des phénomènes que ces normes régissent, de sorte que la science du droit constitutionnel serait aussi la connaissance du politique. Le développement du droit constitutionnel, comme ensemble de normes, entraînerait ainsi un développement du droit constitutionnel comme activité cognitive. Dès lors que les normes du droit constitutionnel régissent plus étroitement les phénomènes politiques, il n'est pas étonnant que les juristes affirment une prééminence de la connaissance juridique sur la connaissance sociologique de la politique. Le développement du droit constitutionnel se mesure ainsi par rapport à la fois aux autres disciplines juridiques et à la science politique.

On emploie aujourd'hui en France le mot *constitutionnalisme* pour désigner à la fois l'ensemble de ces développements et la théorie prescriptive selon laquelle ils sont heureux et doivent être poursuivis, car ils assurent la garantie des droits et la sauvegarde de la liberté. Le constitutionnalisme ainsi conçu est, comme il est légitime, pris comme objet d'analyse sociologique, mais il est aussi parfois contesté et attaqué par les sociologues, qui y voient une prétention des juristes de substituer le droit à la politique et la dogmatique à la science politique.

1. Aleksander Peczenik, *The basis of Legal Justification*, Lund, 1983, p. 118 s.

Il faut cependant constater que la controverse repose sur l'acceptation par les deux parties de quelques présupposés, qui sont malheureusement erronés et qui relèvent de trois plans différents : théorique (l'idée que droit et politique sont des concepts antinomiques), méthodologique (l'idée que la méthode juridique est différente de la méthode sociologique) et idéologique (l'idée que le droit aurait pour fonction de fournir une légitimité et la science politique de décrire).

I - LE PRESUPPOSE THEORIQUE

C'est principalement dans le débat autour du contrôle de constitutionnalité qu'apparaît ce présupposé. Les juristes affirment que le contrôle de constitutionnalité n'est pas politique, parce que les décisions du juge constitutionnel ne sont pas prises en opportunité, mais pour des raisons exclusivement juridiques. Le droit aurait ainsi remplacé ou tout au moins "encadré" la politique. Les sociologues, de leur côté, soulignent que toutes les activités politiques ne sont pas soumises au contrôle du juge, que les hommes politiques ne sont pas toujours attentifs aux seules contraintes juridiques, qu'au demeurant, le juge dispose d'une marge de pouvoir discrétionnaire, voire arbitraire, et que sa décision n'est pas alors véritablement juridique, mais bien politique.

Ils rejoignent ainsi les théoriciens du droit dits "réalistes", qui considèrent eux-aussi que le juge n'est pas lié par une norme préexistante. Selon la thèse réaliste, le juge prend une décision pour des raisons de pure opportunité et la justifie après coup en choisissant une norme générale, d'où la décision semblera logiquement déduite. En réalité, non seulement ce choix est libre, mais de plus la norme est toujours prétendument contenue dans un texte ou un ensemble de précédents, dont elle est la signification et c'est seulement par l'interprétation que le juge prétend la "dégager". Or, la signification n'est pas déjà-là dans les textes. Elle est seulement le produit d'une interprétation, effectuée librement par le juge. Cette thèse est dite "réaliste" parce qu'elle prétend faire apparaître la réalité du pouvoir du juge derrière les justifications, qui ne sont que de façade, des décisions judiciaires. En dernière analyse, le contenu de ces décisions résulte non pas d'un droit préexistant, mais, comme pour les actes ouvertement politiques, de facteurs psychologiques ou sociologiques.

Autrement dit, pour les sociologues, comme pour les juristes autres que les réalistes, est *juridique* la décision qui n'est pas l'expression de la volonté de son auteur, mais qui résulte d'une connaissance ou d'une découverte, dans un texte ou dans un ensemble de textes, ou dans la totalité d'un système juridique ou bien dans le droit naturel ou encore toute décision qui peut être inférée de cette connaissance. Au contraire est *politique* tout ce qui est l'expression de la volonté, c'est-à-dire des valeurs, des préférences des hommes qui forment une autorité publique. Ainsi, pour les juristes comme pour les sociologiques, tout ce qui n'est pas juridique est politique et réciproquement, de sorte que la controverse paraît porter seulement sur la frontière, la plupart des juristes

estimant que la décision d'une autorité juridictionnelle est seulement juridique, tandis que les sociologues soutiennent que cette décision est malgré tout politique.

Le critère de la distinction du politique et du juridique est donc toujours le même : est juridique ce qui est application d'une norme préexistante et échappe à la causalité; est politique la décision qui relève de la causalité. Ce critère a été exposé avec le plus de clarté par Hans Kelsen. Il est vrai que d'après la Théorie Pure du Droit, la distinction se présente au premier abord comme une distinction seulement épistémologique : alors que les sciences de la nature appréhendent leur objet à l'aide du principe de causalité, la science du droit et plus généralement les sciences normatives appréhendent le leur à l'aide d'un principe différent, le principe d'imputation, par lequel on exprime une relation entre deux faits A et B, telle que si A, alors B *doit-être*².

Kelsen souligne fréquemment que la science du droit n'est pas prescriptive, mais descriptive. A cet égard, la norme fondamentale n'est pas à ses yeux, comme on le prétend trop souvent, la prescription formulée par la science du droit de se comporter conformément à la constitution, ni l'hypothèse métathéorique qu'il existerait objectivement une telle norme, ni même la recommandation qu'il faudrait présupposer une norme supérieure à la constitution. C'est la description du présupposé épistémologique qui fonde, à leur insu, la démarche de tous les juristes³. De la même manière, Kelsen présente la distinction du principe d'imputation et du principe de causalité comme une distinction formulée du point de vue d'une épistémologie descriptive.

Juristes constitutionnalistes et politologues se fondent sur le même présupposé.

Il faut observer d'abord que cette distinction, acceptée aussi bien par la doctrine classique du droit public que par la science politique, repose en réalité, chez Kelsen lui-même, sur une ontologie à peine cachée. Ce qui contribue à la dissimuler, est le fait que Kelsen admette que *"le principe de causalité est*

2. Hans Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, 2^{ème} édit. trad. fse par Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz ; 1962, p.104 s.

3. *"En formulant cette théorie de la norme fondamentale, la Théorie pure du droit n'inaugure absolument pas une nouvelle méthode de la connaissance juridique. Elle ne fait qu'amener à la pleine conscience ce que tous les juristes font, le plus souvent sans s'en rendre compte, lorsqu'ils conçoivent que les données qui ont été caractérisées ci-dessus ne sont pas des faits déterminés par les lois de la causalité, mais les considèrent conformément à leur sens subjectif, comme des normes objectivement valables..."* (*Théorie Pure*, op. cit. p. 273). C'est pourquoi Norberto Bobbio ("Sein" und "Sollen" in Legal Science, ARSP, Beiheft Nr. 6, "Sein und Sollen im Erfahrungsbereich des Rechtes, 1970, p. 7 s.) n'a pas entièrement raison de soutenir que la métascience de Kelsen est prescriptive. Elle est en effet prescriptive dans la mesure où Kelsen prescrit à la science de se borner à décrire. Mais elle est descriptive quand elle décrit ce qui est au fondement de la démarche de tout juriste, quel qu'il soit : il présuppose une norme fondamentale; il décrit son objet à l'aide d'un principe différent du principe de causalité.

applicable également au comportement des êtres humains”, d'où il résulte qu'il est possible d'étudier ce comportement et de l'expliquer du point de vue des sciences sociales, qui ne présentent aucune différence avec les sciences de la nature⁴. Seules diffèrent des sciences de la nature, les sciences normatives, qui décrivent non la conduite humaine, telle elle a lieu, mais “comment, déterminée par des normes positives, c'est-à-dire posée par des actes humains, elle doit se dérouler”.

On pourrait donc penser que, pour Kelsen, il n'existe qu'une seule réalité, mais qu'elle doit être appréhendée par deux sciences différentes. On ne pourrait ainsi parler de deux objets distincts, qu'en tant que chaque science “constitue” son objet et, par conséquent, qu'une science normative, constitue un objet différent de celui d'une science sociale. Mais Kelsen ne s'en tient pas à cette attitude. Il considère qu'il y a bien deux réalités distinctes. Il écrit ainsi, à la suite du passage précédent, que “*l'objet de ces sciences sociales [les sciences normatives MT] n'est pas irréel, qu'il possède, lui aussi, une certaine sorte de réalité, cette réalité étant seulement autre que la réalité naturelle, positivement une réalité sociale*”⁵. C'est donc cette réalité autre, que les sciences normatives, en particulier le droit, ont pour tâche de décrire et l'imputation n'est pas seulement pour lui un principe à l'aide duquel la science du droit examine son objet. C'est une relation qui existe dans la réalité elle-même, cette réalité spécifique, différente de la réalité naturelle. Le statut de l'imputation est ainsi chez Kelsen tout-à-fait semblable à celui de la causalité, qui est conçue tantôt, dans une perspective humienne, comme le principe à l'aide duquel la science de la nature décrit son objet, tantôt comme une relation “réelle” entre les faits. De la même manière, l'imputation apparaît tantôt comme principe transcendantal de la connaissance juridique⁶, tantôt comme la connexion établie entre deux faits par la norme juridique, c'est-à-dire comme existant dans le *Sollen* objectif.

C'est cette dernière conception qui d'ailleurs justifie seule que les propositions de la science du droit, qui ne sont pas des normes, mais qui décrivent des normes, les propositions de droit dans le vocabulaire kelsenien, puissent être dites vraies ou fausses selon le principe de la vérité correspondance. Elles sont vraies, si les normes qu'elles décrivent existent objectivement, “valent” objectivement”, c'est-à-dire si elles “valent” indépendamment de la volonté de ceux qui les ont posées, en d'autres termes, si le *Sollen*, que la science du droit décrit à l'aide du principe d'imputation a une existence objective.

La théorie kelsenienne, qui exprime en réalité un présupposé commun aux juristes et aux sociologues, repose donc sur une conception métaphysique

4. *Théorie Pure*, p. 118.

5. *ibid* p. 119

6. “Un tel principe est présent dans notre pensée et est appliqué par les sciences qui ont pour objet la conduite réciproque des hommes en tant que déterminée par des normes, c'est-à-dire en d'autres termes: qui ont pour objet les normes qui règlent cette conduite” (*ibid.* p. 105.).

inadmissible. Kelsen l'a d'ailleurs lui-même abandonnée au profit d'une conception plus proche de celle des réalistes, lorsqu'il a admis que les normes sont l'expression des actes de volonté des hommes et que la science du droit a seulement pour tâche de décrire ces actes de volonté⁷.

En revanche si l'on refuse cette métaphysique, il n'y a aucune raison pour supposer qu'il existe, à côté du monde soumis à la causalité, un *Sollen* objectif, qui lui échapperait, un monde accessible aux sciences sociales et un autre accessible seulement aux sciences normatives.

A vrai dire, la propre théorie du droit de Kelsen s'inscrit fort heureusement en dehors de cette métaphysique. C'est ainsi qu'il refuse de distinguer, comme le faisait la théorie traditionnelle, entre la création du droit, qui seule serait politique et l'application du droit, qui ne le serait pas. En raison de la structure hiérarchisée de l'ordre juridique, les actes dont les normes sont les significations, sont accomplis conformément à une norme supérieure. Ils sont donc à la fois application et création de normes. Il en irait ainsi même dans un système entièrement statique, où le contenu de chaque norme serait déduit du contenu du contenu d'une norme supérieure, car l'acte par lequel serait opérée la déduction serait encore création de la norme inférieure. Mais le système juridique a, pour Kelsen, on le sait, un caractère principalement dynamique, c'est-à-dire que la validité de chaque norme ne provient pas de la conformité de son contenu au contenu d'une norme supérieure, mais seulement de ce qu'elle a été élaborée par l'autorité habilitée par une norme supérieure et conformément à la procédure prescrite. Autrement dit, dans un système dynamique pur, chaque autorité dispose d'une liberté totale pour déterminer le contenu de la norme qu'elle doit poser.

Il faut ajouter que cette liberté se manifeste également dans l'application, car la norme supérieure qu'il s'agit d'appliquer n'est pas un texte, mais la signification d'un texte. Or, cette signification est déterminée par l'interprétation, qui est une fonction non de la connaissance, mais de la volonté.

La distinction du politique et du juridique, qui présuppose une opposition de la création et de l'application du droit et, en définitive, l'opposition de deux sphères de l'être et du devoir-être, ne peut être maintenue, au regard même de la doctrine qui en a donné l'expression la plus élaborée. Et le rejet de cette distinction doit entraîner celui du présupposé méthodologique, qui en découle.

7. cf. Michel Troper, "Ontologie et Théorie de la science du droit", in *Controverses autour de l'ontologie du droit*, sous la direct. de P. Amselek et C. Grzegorzczak, Paris, PUF, 1989, pp.53-68,

II - LE PRESUPPOSE METHODOLOGIQUE

Sociologues et Juristes s'accordent pour penser qu'il y aurait deux méthodes radicalement différentes, la méthode juridique et la méthode sociologique, même s'ils sont naturellement en désaccord pour apprécier la pertinence de ces méthodes et les objets auxquels il convient de les appliquer. La controverse provient précisément de ce que les uns et les autres estiment que leur méthode ne se définit pas par un objet spécifique et qu'elle peut s'appliquer à des objets différents.

Ainsi, la méthode juridique permettrait, aux yeux des juristes, non seulement de connaître le droit en vigueur, mais de comprendre la politique, dès lors qu'il est admis que celle-ci obéit au droit. La méthode sociologique, serait, quant à elle, applicable, selon les sociologues, non seulement au comportement des autorités politiques, mais aussi à celui des autorités juridictionnelles, dès lors qu'on admet qu'elles prennent des décisions "politiques". Elle permettrait même d'analyser le discours des professeurs de droit, qui ne s'expliqueraient pas par la rationalité de leur démarche scientifique, mais par les positions que ces professeurs entendent occuper dans le champ du savoir, c'est-à-dire, comme chacun sait, du pouvoir. Aucune des deux méthodes n'aurait donc d'objet spécifique et chacune se prétend apte à comprendre la totalité des objets à analyser.

La méthode juridique, c'est tout simplement la dogmatique : elle consiste ici, c'est-à-dire pour la science du droit constitutionnel, à envisager la constitution comme un texte exprimant des normes à respecter et à déterminer quelle est la norme applicable à telle situation ou tel comportement concrets. Ceci implique un travail préalable d'interprétation et de systématisation. S'agissant de rendre compte de l'activité des autorités constituées, la science juridique classique recherche quel comportement il faut adopter pour agir conformément à la constitution. Si, comme c'est le cas pour les organes de contrôle de constitutionnalité, les décisions sont accompagnées d'une justification, la dogmatique présente cette justification et recherche si elle est bien fondée, puis elle la prend en compte dans un effort de systématisation ultérieur. On présuppose ainsi, dans tous les cas, que la décision n'est pas discrétionnaire, et cela, même lorsque la norme applicable est envisagée comme une norme d'habilitation.

C'est ainsi que, lorsque les juristes examinent par exemple la décision du Président de la République de refuser de signer des ordonnances, ils la décomposent implicitement en deux décisions. L'une porte sur l'existence d'une norme autorisant le Président à refuser sa signature, l'autre sur l'usage de cet habilitation, c'est-à-dire sur l'octroi ou le refus de signature. La seconde décision est clairement politique et la dogmatique juridique ne prétend pas en rendre compte. Mais la première est juridique et il en découle deux conséquences. Tout d'abord, une explication causale serait ici, souligne-t-on, tout-à-fait hors de propos : la décision de se soumettre ou non à une norme peut bien être attribuée à des causes psychologiques ou sociologiques ; mais la question de la licéité de cette décision ne peut certainement pas être résolue de

cette façon. D'autre part, on présuppose qu'à la question de la licéité, il n'y a qu'une seule réponse possible: ou bien admettre qu'il existe une norme habilitant le Président à refuser sa signature; ou bien admettre qu'une telle norme n'existe pas et que le Président a donc l'obligation de signer⁸. Enfin, on suppose que cette réponse est susceptible d'être, sinon vraie ou fausse, du moins bonne ou mauvaise et qu'il existe une seule bonne réponse, même si l'on ne prétend pas toujours qu'il existe une science du droit capable de fournir cette réponse avec certitude⁹.

Au contraire, la science politique considère tout comportement comme soumis à la causalité et cherche à l'interpréter en termes de rôles ou de conflits.

Cette opposition peut d'ailleurs être comprise de deux manières. Le plus souvent, on distingue la dogmatique juridique comme activité pratique, puisqu'elle recherche le comportement qui doit avoir lieu, et la science politique comme activité théorique. Mais parfois, au contraire, d'un point de vue strictement positiviste, on envisage une science du droit purement descriptive, qui se distingue à la fois de la science politique et de la politique elle-même. Elle s'oppose à la science politique parce que si elle est, elle-aussi, une discipline théorique, il s'agit d'une discipline différente, qui, comme on l'a vu, analyse son objet à la lumière du principe d'imputation. Elle s'oppose à la politique, parce qu'elle est théorique et non pratique¹⁰.

Cependant cette opposition - ou plutôt ces oppositions - cesse d'être justifiée si l'on conçoit une science du droit descriptive et qui, pourtant, analyse son objet non plus selon le principe d'imputation, mais selon le principe de la causalité. Une telle science est loin d'être une chimère.

Il faut rappeler avant tout que personne ne prétend que le droit échappe entièrement à la causalité. Kelsen lui-même souligne que si l'on édicte des

8. cf. Michel Troper, La signature des ordonnances; Fonctions d'une controverse; ds. *Pouvoirs*, "Le Président de la République" printemps 87.

9. cf. Françoise Michaut, La bonne réponse n'est-elle qu'une illusion ?, in *Droits*, n°9, pp. 69-78.

10. Ainsi, Kelsen écrit : "La science du droit peut et doit être séparée de la politique s'il lui est permis, en définitive, de prétendre au statut de science. Cela signifie que la connaissance du droit positif, sa description, l'analyse de sa structure, la définition des concepts qui le conçoivent et son interprétation scientifique - éléments inhérents à l'essence de chaque science - doivent être strictement objectives et, partant, ne peuvent être influencées par les jugements de valeur du théoricien du droit qui revêtent toujours un caractère subjectif et émotionnel... Elle n'examine pas la question de savoir si ce droit positif est, au regard des valeurs, c'est-à-dire d'un point de vue politique, bon ou mauvais, juste ou injuste. Par ailleurs, chaque droit positif peut être considéré juste d'un certain point de vue politique et, en même temps, d'un autre point de vue tout autant politique, être jugé injuste. Mais ce ne peut être le cas de la science du droit qui, comme toute science véritable, n'évalue pas son objet ne le justifie ni ne désapprouve de manière émotionnelle mais qui, au contraire, l'explique rationnellement" (Was ist die Reine Rechtslehre ? Demokratie und Rechtsstaat, *Festschrift für Zaccharia Giacometti* ; 1953, pp. 143-161; trad. fse, Philippe Coppens, "Qu'est-ce que la théorie pure du droit ?", in *Droit et Société*, automne 1992).

normes, c'est seulement parce qu'on présuppose qu'elles vont déterminer des comportements. Certes, les causes des comportements ne sont pas les normes elles mêmes, mais la conscience qu'en ont les sujets. Ce n'est pas un *Sollen*, mais seulement un *Sein*, la conscience, qui peut être la cause d'un autre *h*, le comportement. Pourtant, il en découle une conséquence importante : il n'est nullement illégitime d'aller au delà de la description des normes en vigueur, et de rechercher les effets sociaux de ces normes. C'est là précisément le rôle de la sociologie juridique.

Cependant, la sociologie juridique classique recherche seulement de quelle façon les normes sont appliquées : une norme impérative peut être obéie ou violée ; une norme d'habilitation peut être utilisée de telle ou telle manière. Mais la manière dont elles sont appliquées n'est pas une conséquence de la norme elle-même.

Par contre, des études récentes recherchent de quelle façon les normes et surtout les combinaisons de normes déterminent des situations dans lesquelles les acteurs calculent leurs intérêts et élaborent des stratégies, de sorte que les comportements qui en résultent peuvent être compris comme les conséquences de ces normes. L'analyse des effets des modes de scrutin sur les systèmes de partis est l'exemple le plus connu de ce mode d'analyse, mais il en existe bien d'autres applications¹¹.

Mais on peut aller plus loin et considérer qu'au nombre des comportements explicables par les normes, il y a celui qui consiste à édicter une norme nouvelle, par exemple une décision juridictionnelle. La norme apparaît alors comme le produit d'autres normes. Ce type d'explication ne se ramène pas, comme on pourrait le croire, à la vieille analyse de la décision judiciaire comme produit d'un raisonnement syllogistique. Elle ne consiste pas comme elle, à démontrer que le juge n'a aucun pouvoir, qu'il a l'obligation de prendre une décision ayant un certain contenu et que son comportement n'est que la soumission à cette obligation. Bien au contraire, elle présuppose que le juge dispose d'une marge de pouvoir discrétionnaire considérable, mais que la situation dans laquelle il est placé le contraint à faire de ce pouvoir un certain usage plutôt qu'un autre. Or, cette situation résulte à la fois des normes qui déterminent son statut, ses compétences, la procédure qu'il doit suivre, les contrôles qui s'exercent sur ses décisions, mais aussi des relations qu'il a avec d'autres institutions ou du mode d'argumentation qu'il emploie et qu'il est d'ailleurs contraint d'employer¹².

11. cf. W-F. Murphy, *Elements of Judicial Strategy*, University of Chicago Press, 1964. W-F. Murphy & C-H. Pritchett, *Courts, Judges and Politics, An Introduction to the Judicial Process*, N.Y. Random House, 3^{ème} édit. 1979. En France, les travaux d'Olivier duhamel, par exemple, "La constitution de la V^{ème} République et l'alternance", ds. *Pouvoirs*, 1977, n° 1, p. 47 s., cf. aussi Michel Troper, "Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit." in Terence Marshall (ed.), *Théorie et pratique du gouvernement constitutionnel* ; La France et les Etats-Unis, La Garenne-Colombes, France, Editions de l'Espace Européen; 1992, pp. 35-56.

12. La thèse de Jacques Meunier (*Le pouvoir du Conseil Constitutionnel ; Essai d'analyse*

De son côté, on remarque qu'un courant important de la science politique américaine a cessé de considérer les normes et les institutions comme des épiphénomènes, au mieux comme le cadre neutre de l'activité politique, pour les traiter comme des variables indépendantes¹³.

L'opposition de la science juridique et de la politique doit alors être singulièrement relativisée. Comme la science du droit, le constitutionnalisme a pour objet des normes ; comme elle, il est descriptif et non pas normatif ; mais comme la science politique, il ne se limite pas à dire ce qui, selon le droit en vigueur, doit être ; il dit ce qui, en raison du droit en vigueur, est.

III - LE PRESUPPOSE IDEOLOGIQUE

Enfin, l'opposition est perçue comme celle de l'idéologie et de la science. Le droit est interprété comme idéologie de deux manières.

Les normes prescrivent et par conséquent fournissent une légitimation aux comportements politiques. On présente ces comportements comme légitimes, dès lors qu'ils apparaissent comme conformes aux normes, légaux.

D'un autre côté, les normes traduisent et expriment des systèmes de valeurs. Elles apparaissent elles-mêmes comme légitimes au regard de ces valeurs.

Dans ces conditions, l'affirmation usuelle que la science du droit participe de ce processus de légitimation a plusieurs significations.

D'abord, du point de vue d'une sociologie marxiste, mais aussi du point de vue des doctrines jusnaturalistes, on peut soutenir et on a effectivement soutenu que les normes traduisent et masquent des rapports de force, si bien que la science du droit, qui présente un comportement comme légal, contribue à entretenir l'illusion.

D'un autre côté, la dogmatique juridique ne pourrait éviter, dans sa présentation des normes en vigueur, de rechercher les fins poursuivies par les auteurs de ces normes. Ils contribuent ainsi à donner à ces normes une légitimité¹⁴. Même si les juristes n'expriment pas de jugement de valeur, leurs textes produisent - ou sont susceptibles de produire - des effets pratiques. Ils agissent sur les mentalités d'une manière simple : les lecteurs seront amenés à penser que si une législation a été décrite d'un point de vue juridique, par des juristes

stratégique, Rouen, 1991) est un excellent exemple d'une explication des comportements du Conseil constitutionnel et de ses membres par les stratégies qu'ils sont contraints d'adopter.

13. cf. Alec Stone. "The new Institutionalism ; conceptual and Methodological challenges", communication au Congrès de l'Association Française de Science politique, 23-26 sept. 1992 ; inédit

14. Danièle Lochak, "La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme", in CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 252 s.

professionnels, alors cette législation n'est pas seulement l'expression d'un rapport de forces passager, mais qu'elle est "le droit", autrement dit, qu'elle est dans la nature des choses, normale, juste.

Enfin, les juristes ne se limiteraient pas à présenter les fins expressément poursuivies par le législateur. Le travail de systématisation, qui fait partie de la dogmatique juridique, implique que l'on donne à un ensemble de normes une cohérence, même si cette cohérence n'est pas manifeste dans le langage du législateur. Dans le cas précis du constitutionnalisme, les juristes produisent des doctrines, comme la souveraineté, la représentation, la supralégalité constitutionnelle. Elles ont parfois été énoncées par les constituants ou les législateurs, mais il s'agit souvent de constructions intellectuelles *ex post*, qui servent aux juristes à justifier une certaine répartition ou un mode d'exercice du pouvoir inscrits dans le droit positif ou simplement effectifs.

Au contraire, la sociologie politique serait descriptive, c'est-à-dire axiologiquement neutre, conformément à la méthodologie préconisée par Max Weber.

Là encore, l'opposition doit être relativisée. Tout d'abord, la neutralité axiologique des sciences sociales a été, elle aussi fortement contestée. S'agissant de la science du droit, et plus spécialement du constitutionnalisme, on peut faire trois remarques.

En premier lieu, même si la thèse schématique que le droit n'est que l'expression de rapports de force était vraie, il ne s'ensuivrait pas que la description du droit en vigueur soit une opération de caractère idéologique. Décrire le droit en vigueur ne signifie préconiser l'obéissance que si l'on adhère à une conception jusnaturaliste et non pas - en dépit des apparences - à une conception positiviste. On ne peut, en effet, assimiler description du droit en vigueur et recommandation de se soumettre à ce droit, qu'en présupposant la norme "il faut obéir au droit en vigueur". Mais une telle norme n'appartient pas au droit positif. C'est une métanorme, qui appartient au droit naturel. Si l'on rejette la doctrine du droit naturel, on peut parfaitement décrire une norme comme une norme de droit positif, sans préconiser qu'on lui obéisse et même, en préconisant, mais d'un point de vue moral, qu'on lui désobéisse. La critique de la science du droit fondée sur l'idée que décrire le droit, c'est prescrire l'obéissance repose en réalité sur une confusion entre la validité des normes juridiques, qui n'est qu'une validité relative à d'autres normes juridiques, et la validité de l'ordre juridique dans son ensemble, qui ne peut être que relative à des valeurs extra-systémiques et sur laquelle une science du droit ne peut se prononcer¹⁵.

15. Alf Ross, *Validity and the conflict between Legal Positivism and Natural Law*. *Revista Juridica de Buenos Aires* ; 1961 ; IV(46 s.). Hans Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, *op. cit.* ; p. 145 s.

Quant à l'idée que la dogmatique juridique ne peut trouver la norme applicable sans se référer aux fins poursuivies par le législateur et qu'elle parait ainsi légitimer cette norme, c'est une critique parfaitement justifiée, mais elle atteint seulement la dogmatique et non pas une science du droit d'inspiration positiviste. Celle-ci en effet ne prétend pas découvrir la norme applicable, mais seulement décrire la norme en vigueur. Cette opération ne requiert aucune interprétation préalable et par conséquent aucune référence aux fins du législateur¹⁶.

Enfin, il est vrai que ce qu'on appelle "la doctrine" constitutionnelle, spécialement la branche dite "théorie générale de l'Etat", élabore des théories juridiques du type "souveraineté", "séparation des pouvoirs", "représentation" et il est vrai que ces théories sont en réalité des "principes", c'est-à-dire des prescriptions d'un degré de généralité élevé, qu'ils sont non pas décrits, mais construits de telle manière qu'ils puissent à la fois justifier le droit en vigueur et servir à l'énoncé de normes non expressément posées. Mais cette activité, qui en effet n'est pas descriptive, est en réalité parfaitement étrangère à la science du droit. Celle-ci ne peut que connaître son objet, qui est le droit positif. Elle ne peut donc ni prescrire qu'on respecte la séparation des pouvoirs ou la souveraineté, ni décrire ces principes s'ils ne font pas partie du droit positif.

Toute la question est de savoir ce que signifie pour des principes "faire partie du droit positif" et comment on peut les décrire. A cet égard, deux attitudes s'opposent. On peut d'abord considérer que des principes font partie du droit, dès lors qu'ils apparaissent comme les plus aptes à fonder les règles en vigueur, c'est-à-dire à justifier leur contenu. On peut dire par exemple que le principe de l'autonomie de la volonté fait partie du droit civil français, bien qu'il ne soit pas inscrit dans le code, parce qu'il permet de rendre compte de nombreuses règles inscrites dans ce code. Cette attitude s'inscrit dans une conception antipositiviste sur un plan à la fois théorique et méthodologique : d'une part, en effet, elle présuppose que le droit est composé pour partie de normes posées et pour partie de principes non posés; d'autre part, la recherche des principes les plus aptes à justifier le contenu des normes positives implique des jugements de valeur¹⁷.

L'autre attitude consiste à considérer que le droit est seulement le droit positif, c'est-à-dire l'ensemble des normes posées. Cependant, comme ces normes sont nécessairement exprimées par le langage, l'étude du droit positif comprend l'analyse de ce langage. Or, les énoncés du droit positif comportent

16. Michel Troper. La doctrine et le positivisme ; A propos d'un article de Danièle Lochak. ds. CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, pp. 286-292 ; Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité. à paraître ds. Paul Amselek, (sous la dir. de, *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, à paraître; 1993.

17. Cette conception est aujourd'hui principalement représentée par Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 3^{ème} édit.; 1981; *Law's Empire*, London: Fontana ; 1986. Sur Dworkin, cf. *Droit et Société*, 1985, numéros 1 et 2.

des expressions ayant pour référence des principes tels que “séparation des pouvoirs” ou “souveraineté”. Il incombe alors à la science du droit de décrire la signification de ces expressions. Cette activité n’est pas une entreprise de légitimation et présente un caractère strictement sémantique¹⁸.

Il n’est donc pas plus juste d’opposer la démarche, qui viserait à fournir une légitimité et une sociologie qui serait scientifique et neutre, que de distinguer création et application du droit, droit et politique, science normative et science sociale. Toutes les oppositions que l’on présente habituellement reposent en réalité sur une représentation de la science du droit, assimilée à la dogmatique juridique qui, dans une très large mesure et au moins pour ce qui concerne le droit constitutionnel, ne correspond plus depuis longtemps à la réalité.

18. Pour un exemple d’une telle recherche, cf. Michel Troper, Justice constitutionnelle et démocratie. ds. *Revue française de droit constitutionnel* ; 1990; (N°1): pp. 29-48.