



HAL
open science

Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain? Synthèse

Xavier Magnon

► To cite this version:

Xavier Magnon. Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain? Synthèse. Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui, pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain?, sous la direction de X. MAGNON et S. MOUTON, Mare & Martin, Le sens de la science, 2022, pp.427-439, 2022. hal-04011952

HAL Id: hal-04011952

<https://amu.hal.science/hal-04011952>

Submitted on 8 Jan 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain ?

Synthèse

Xavier Magnon

Professeur de droit public

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

Avertissement : le choix a été fait de préserver la structure originale de la synthèse telle qu'elle a été présentée à l'oral le jour du colloque. Cette première version a le mérite de la spontanéité et permet de mettre en évidence des propos, remarques ou discussions oraux, qui n'apparaissent pas forcément dans les écrits rendus par les différents intervenants. La plupart des interventions, presque toutes dans leur intégralité, et les débats de ce colloque, de même que cette synthèse dans sa version orale, sont aujourd'hui en ligne sur internet¹. Cette version originale n'a pas toujours permis de nourrir de manière substantielle les éléments de réflexion et la structure générale mis en évidence. La version orale a donc été ultérieurement complétée en utilisant les contributions écrites des différents intervenants. Pour que les deux éléments puissent être clairement et formellement distingués dans la suite des propos, les éléments ajoutés à la version première ont été rapportés en italique.

C'est une chance et un honneur pour Toulouse que d'avoir pu réunir la famille du droit constitutionnel française, dans ses différentes composantes, enrichie de la présence de collègues étrangers, pour dresser un bilan d'ordre épistémologique de la discipline. Il faut souligner ici combien ces deux journées se seront déroulées sans heurt et ce sont même des valeurs d'amitié et d'amour, ces termes ont pu être expressément utilisés par les participants, qui ont pu émailler les discussions. Des *coming out*, l'expression a été employée, plutôt surprenants, ont été revendiqués, Véronique Champeil-Desplats et Alexandre Viala ont ainsi reconnu leur filiation aixoise, Eric Millard a réduit l'école de Nanterre à la pensée de Michel Troper, tout en défendant l'autonomie et la diversité des autres membres de l'école, Dominique Rousseau a revendiqué la paternité de l'école toulousaine de droit constitutionnel, qui s'inscrirait dans le prolongement de l'école montpelliéraine, ce qui a été, en l'occurrence, confirmé par Stéphane Mouton.

Il reste que la famille du droit constitutionnel, la famille de la doctrine constitutionnelle, pour user d'une terminologie permettant de clairement distinguer la discipline de son objet d'étude comme le suggérait Riccardo Guastini durant les débats, est une communauté scientifique et, en tant que telle, elle appelle la discussion, l'échange et la contradiction. L'on ne peut que s'étonner que ces

¹ Sur *Dailymotion*, une recherche à partir de l'acronyme « QsQ 6 » permet de retrouver les vidéos des différentes interventions.

deux journées n'aient pas donné lieu à plus de contradictions que les oppositions de point de vue pouvaient laisser entrevoir. Les contradictions sont demeurées masquées et l'on pourrait regretter un manque de passion dans la recherche de la vérité. Comment ne pas citer ici, comme me l'a suggéré Régis Ponsard, Bachelard, qui écrit dans *la philosophie du non*, « deux hommes, s'ils veulent vraiment s'entendre, doivent d'abord s'être contredits. La vérité est fille de la discussion », « si nous étions foncièrement honnêtes, nous ne chercherions, dans tout débat, qu'à faire surgir la vérité, sans nous soucier de savoir si elle est conforme à l'opinion que nous avons d'abord défendue ou à celle de l'adversaire ». Voilà le seul regret que l'on pourrait formuler sur le déroulé de ces journées : un manque de passion dans la défense des positionnements théoriques et méthodologique, ce qui s'explique aussi, sans doute, par le défaut d'un positionnement suffisamment clair sur l'ontologie du droit et sur les méthodes de la plupart des intervenants, *dans la seconde partie du colloque sur L'aveu théorique et la formulation des méthodes des écoles de droit constitutionnel. Plus largement, seuls qui ont – déjà - une théorie du droit affichée et revendiquée, qu'ils soient comme Otto Pfersmann, Patrick Gaïa et Régis Ponsard, identifiés en tant que « normativistes » ou comme Véronique Champeil-Desplats, Aranud Le Pillouer et Eric Millard, en tant que « réalistes », sans qu'il y ait lieu ici d'approfondir et d'explicitier les nuances nécessaires à cette opposition et à l'intégration de ces différents auteurs à chacun de ces deux courants, ont clairement explicité leur ontologie du droit et leur méthode.* Cette modération et, plus précisément, une certaine tendance à mettre en évidence ce qui rapproche et non pas ce qui oppose, fait sens. Un *modus vivendi* implicite s'est imposé en faveur d'un déroulement harmonieux et policé du colloque et des débats.

Ce colloque visait à mettre à jour l'identité de la doctrine constitutionnelle, de proposer une photographie, de dresser une topographie de ces différents courants à même de permettre à chacun de choisir et de déterminer son choix. Comme il avait été annoncé dans le dossier publié à l'AIJC en septembre², communiqué à l'ensemble des participants, ce colloque visait à provoquer un moment épistémologique de la doctrine constitutionnelle. La réflexion proposée était organisée en trois temps : d'abord, une réflexion sur ce qu'est le droit en général, et donc sur les théories du droit, et, surtout, sur leur utilité en tant que cadre conceptuel d'analyse pour appréhender le droit ; ensuite, un aveu théorique et méthodologique des différents représentants des écoles de droit constitutionnel permettant d'identifier les cadres conceptuels et méthodologiques retenus par ces écoles ; enfin, une mise en perspective des évolutions à venir pour la doctrine constitutionnelle, qu'elles concernent ses objets, ses méthodes, ses domaines ou ses rapports avec les autres disciplines. Ainsi s'agissait-il de dresser un bilan sur les cadres théoriques et sur l'utilisation de ces cadres par les écoles de droit constitutionnel, pour en dégager des perspectives sur la doctrine constitutionnelle à venir. A partir de cette photographie, il sera possible de permettre, aux étudiants en particulier, de procéder à un *forum shopping* parmi les différentes doctrines constitutionnelles, en fonction des caractéristiques de chacune d'entre elles.

² De la possibilité d'un discours constitutionnel critique, dossier spécial avec les contributions de B. Lahire, X. Magnon et R. Ponsard, *AIJC*, 2015, pp. 11-90.

Une question a traversé les interventions et les discussions, celle du lien entre le *choix d'une théorie* du droit et la *détermination de ses objets d'étude*. Dans quelle mesure la définition du droit, sous l'angle théorique, détermine, sous l'angle dogmatique, les objets devant être étudiés. Pour le dire autrement, le juriste, quelle que soit d'ailleurs sa définition du droit, doit-il n'étudier que le droit ou doit-il prendre en compte d'autres éléments que le droit et, le cas échéant, dans quelle mesure ? Une distinction est ici nécessaire entre le discours qui vise à décrire ce qu'est et comment fonctionne le droit en général, le discours théorique, et celui qui vise à décrire ce qu'est et comment fonctionne le droit positif, ce que nous qualifierons de discours dogmatique. Dans quelle mesure la théorie du droit détermine les objets de la dogmatique, telle est la question que l'on se doit de se poser ? La position que nous retenons est que la théorie du droit permet de situer, de classer et de hiérarchiser les objets observés. Véronique Champeil-Desplats a évoqué cette question de la hiérarchisation des objets, sans forcément exclure tous les objets qui ne seraient pas du droit. Considérer que les « conventions de la Constitution » ne sont pas du droit sous la V^{ème} République à partir d'une théorie du droit normativiste, interdit-il d'étudier cet objet ou le permet-il dans la mesure où cette catégorie, non juridique, n'en est pas moins normative et qu'elle est susceptible d'éclairer l'application des normes constitutionnelles ? La thèse défendue ici est une thèse souple : *tout étude d'un objet qui ne constitue pas du droit peut être entreprise dès lors qu'elle éclaire la connaissance du droit*. Si l'on prend la traditionnelle distinction entre les règles et leur application jurisprudentielle, entre les textes et leur interprétation par les organes d'application, pour tenter d'user d'un vocabulaire englobant toutes les théories du droit, on pourra constater qu'en fonction d'une théorie du droit réaliste ou normativiste, il s'agira moins d'exclure l'un de ces deux termes de l'étude que de les hiérarchiser entre eux : alors que le normativisme portera son regard en premier lieu sur la règle, sa concrétisation par le juge sera objet d'étude en particulier dans son rapport de régularité avec la règle ; le réalisme aura pour objet premier l'interprétation de la règle et la règle elle-même ne sera qu'un déterminant secondaire dans l'étude de son interprétation.

La question de l'identification et de l'existence d'école a posé question et qu'il nous soit ici donné l'occasion de bien vouloir nous excuser d'avoir choisi de n'inviter que certaines écoles, au regard de critères qui seront mis ici en évidence, et d'avoir exclu, au regard de ces mêmes critères, les écoles en devenir ou les écoles composées d'une seule ou de deux personnes minimums.

La question des « écoles »³ a été évoquée par François Saint-Bonnet, Wanda Mastor et Carlos Miguel Herrera. Quatre critères ont été mis en évidence : un lieu, un maître, un « manifeste méthodologique », selon l'expression de François Saint-Bonnet, et une place institutionnelle. Carlos Miguel Herrera a ajouté l'existence d'un traître au sein de l'école pour mieux en mesurer l'existence ou peut-être conviendrait-il, plus largement, d'identifier des écoles ennemies. A cet égard, il est tout à fait significatif que les propos qui ont été tenus durant ces deux jours ont mis

³ V., en particulier, sur la question des écoles : J. Chevallier, « La fin des écoles ? », RDP, 1997, pp. 679-700.

en évidence combien l'école aixoise comptait d'ennemis et combien elle avait été à l'origine de la création de nouvelles écoles, en réaction, comme cela a été défendu par Denis Baranger.

Si les critères du lieu et du maître ne soulèvent pas de difficulté, sauf, peut-être, pour la modestie du maître, le « manifeste méthodologique » ou, pour reprendre l'expression de Maurice Hauriou, « l'idée d'œuvre à réaliser », comme moteur de l'institution-école de droit constitutionnel, et la place institutionnelle exigent d'être explicités. Sur le premier point, l'école peut se construire autour d'une revue, pensons à *Jus politicum*, d'un concept, celui de *démocratie continue* comme fondateur d'une école montpelliéraine selon Dominique Rousseau⁴, d'un objet particulier, le droit constitutionnel jurisprudentiel pour Aix-en-Provence ou la relecture moderne de la doctrine constitutionnelle classique comme l'a évoqué Stéphane Mouton, d'une orientation politique particulière, comme cela a été mis en évidence pour certaines écoles de droit constitutionnel en Espagne par Izla Gomez Fernandez (*nationalistes/régionalistes ou féminisme*) ou pour les écoles constitutionnelles en Amérique latine par Carlos Miguel Herrera (*efficacité constitutionnelle*). Pour François Saint-Bonnet, « la notion d'école ne peut guère être envisagée sans celle de la discipline, au sens d'objet de connaissance faisant l'objet de méthodes et d'enseignements spécifiques ». La place institutionnelle, le « pouvoir académique » selon l'expression de Itz'iar Gómez Fernandez qui met en évidence de manière dynamique la dimension politique d'une école, se mesure à partir de plusieurs éléments : le nombre et la réussite des élèves, l'existence de structures de recherche tel un laboratoire, la production scientifique du maître et des membres de l'école et son influence sur les écrits, celle-ci étant susceptible d'être mesurée, notamment, grâce à des éléments bibliométriques, la participation aux institutions d'évaluation et de pouvoir de l'Université (concours d'agrégation, conseil national des universités, haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur, conférence des Doyens, conférence des présidents d'université).

Quels que soient les critères d'identification d'une école, le terme est apparu à plusieurs reprises comme étant quelque peu péjoratif, dans la mesure où une école apparaît comme rigide et dogmatique, dans le sens premier, des doutes ayant été émis notamment sur l'existence d'une école à Nanterre, l'inexistence d'écoles aux Etats-Unis, position défendue par Wanda Mastor mais contestée, dans les débats, par Otto Pfersmann. Sur ce caractère péjoratif, les débats ont pu mettre en évidence qu'une école est moins le respect du dogme du maître, qu'une adhésion à un manifeste susceptible de recevoir des déclinaisons de la part des élèves. Eric Millard a ainsi soutenu au cours des débats qu'il n'existait pas une école de Nanterre⁵, mais une pensée réaliste de Michel Troper qui n'est pas forcément celle de ceux qui ont travaillé à ses côtés, à Nanterre.

La photographie qu'il s'est agi d'avoir grâce à ce colloque, et dont cette synthèse se propose de rendre compte, sera quelque peu floue. Les frontières ne sont pas toujours nettes, précisément parce que nombreux sont ceux qui ne se sont pas positionnés de manière explicite sur leur

⁴ Ou du moins du positionnement personnel et singulier de D. Rousseau sur l'objet droit constitutionnel.

⁵ Voir cependant sur cette question la lecture nuancée d'A. Le Pillouer dans sa contribution.

théorie du droit et sur leur méthode alors qu'ils étaient pourtant invités à le faire. Dans ce moment épistémologique telles étaient les deux lignes forces, et je reprends ici une distinction qui m'a été suggérée par mon maître toulousain, Xavier Bioy, la question de l'ontologie, qu'est-ce que le droit ?, et celle, d'ordre épistémologique, de la méthode ; ontologie/épistémologie telle seront les deux questions autour desquelles cette synthèse sera organisée. Cette séparation peut apparaître quelque peu artificielle, car la question de la détermination de son objet d'étude relève d'une question d'ordre épistémologique, mais elle n'en permet pas moins de mettre en relief les points saillants des différentes écoles. Plus qu'une topographie globale permettant de classer de manière précise chacun des courants, il s'agira de mettre en évidence les points communs et les points de divergence sur un certain nombre de questions ou d'oppositions fondamentales d'ordre épistémologique. Cette topographie témoignera, plus que les discussions ne l'ont montré, qu'il existe de nombreuses oppositions fondamentales entre les différentes écoles ou théorie. *Concernant l'ontologie, il s'agira de classer les écoles autour de la question de savoir qu'est-ce que le droit constitutionnel ? (§ I) ; concernant l'épistémologie, autour de celle de savoir comment s'organise le droit constitutionnel ? (§ II). Le « droit constitutionnel » sera entendu comme un objet d'étude dans le premier cas, comme un discours sur cet objet dans le second.*

§ I – L'ontologie : qu'est-ce que le droit constitutionnel ?

La question de l'ontologie peut se décliner du général au particulier sur la question de savoir ce qu'est le droit en général, question de théorie du droit, et ce qu'est l'objet de la doctrine constitutionnaliste, question de dogmatique juridique. Sur ces deux questions, la diversité des positions mérite d'être en évidence même s'il est possible d'identifier différentes familles.

A – Qu'est-ce que le droit ?

La première des oppositions, le premier des clivages entre théories et doctrines porte sur le choix de situer le droit dans le domaine de l'*être* ou dans celui du *devoir être*. Si le normativisme défend un positionnement du droit, en tant qu'objet d'étude, dans le *devoir être*, les autres doctrines ou théories inscrivent le droit dans le domaine de l'*être*. Le droit doit alors être identifié dans des faits, il commande un raisonnement de type causal et le discours sur cet objet peut être un discours empirique⁶ (réalisme de Michel Troper, réalisme scandinave, défense d'une science du droit empirique par Alexandre Viala et par Denis Baranger, *défense de la réintroduction de la causalité dans l'analyse constitutionnelle grâce à la théorie des contraintes par Arnaud Le Pillouer*). Toutefois, certains nient tout simplement la distinction, *être/devoir être*, ce qui est le cas d'Etienne Picard, quand d'autres, à l'instar de Xavier Bioy, entendent garantir le lien entre les deux.

Cette distinction rencontre des prolongements dans le clivage posé par Mikhaïl Xifaras entre ceux qui s'intéressent aux règles écrites, et donc à un *devoir être*, et ceux qui s'intéressent aux

⁶ Cette dernière question sera développée dans la seconde partie de la synthèse.

comportements des acteurs, à savoir à des *faits*. Denis de Baranger et Dominique Rousseau se sont rangés dans ce second camp, quand Otto Pfersmann s'inscrit dans le premier. *A propos de l'école aixoise, P. Gaïa a assumé la prise en compte par celle-ci de la pratique institutionnelle dans l'étude du droit constitutionnel.*

Arnaud Le Pillouer a prolongé cette distinction règles/pratiques des acteurs pour éclairer le regard porté sur ces objets selon que l'on prend pour objet premier la règle écrite ou le comportement des acteurs. Si la règle écrite est l'objet premier, le comportement des juges sera apprécié au regard de cette règle écrite, ce que recouvre l'expression de calcul des défauts, propres aux normativistes et utilisée par Otto Pfersmann et Régis Ponsard ; si le comportement du juge est l'objet premier, il s'agira de s'interroger, selon l'optique défendue par Arnaud Le Pillouer, sur les raisons qui ont conduit le juge à retenir une interprétation de la règle, sur la manière dont il l'a fait et il conviendra également, comme l'a complété Véronique Champeil-Desplats, de s'intéresser à la composition de la juridiction constitutionnelle ainsi qu'aux débats pour disposer d'un meilleur regard sur l'interprétation du juge. La théorie des personnages juridiques, développée par Mikhaïl Xifaras, s'inscrit dans cette démarche. Cette théorie entend identifier à partir des délibérations du Conseil constitutionnel les catégories de personnages susceptibles de se révéler. A l'occasion de la discussion, son auteur a toutefois concédé qu'elle ne permettait pas d'éclairer de manière immédiate les décisions du Conseil constitutionnel en fonction de la présence, l'attitude ou la place des différents personnages qui délibèrent. Le lien de causalité entre les personnages et la décision n'est pas immédiat. Pour mieux marquer la différence de démarche entre normativistes et réalistes nanterrois, Arnaud Le Pillouer en a précisé leur contour respectif : les normativistes identifient *a priori* un sens objectif à la règle écrite interprétée par le juge pour évaluer cette dernière interprétation à l'aune de la première ; les réalistes partent de l'interprétation du juge pour la confronter dans un second temps aux différentes interprétations possibles de la règle écrite. Le moment de l'interprétation ne semble pas pour autant décisif lorsqu'il s'agit d'apprécier et d'évaluer entre elles plusieurs interprétations. *Pour Arnaud Le Pillouer, « la théorie des contraintes propose d'analyser rétrospectivement la production de la signification (d'un) énoncé » ; « simplement, il ne s'agit plus d'identifier « la » signification d'un texte juridique, ni même un « cadre de significations possibles », mais de comprendre, a posteriori, comment le texte a été mobilisé pour justifier la production d'un nouvel énoncé normatif, qui se présente comme une mise en œuvre du premier ».*

Sous cet angle de la prise en compte des comportements des acteurs, le réalisme scandinave est sans doute le plus radical. Comme le souligne Eric Millard à son propos, « il ne s'agit pourtant pas comme le font parfois les constitutionnalistes (et comme souvent ils comprennent les théories réalistes) de décrire une pratique du droit constitutionnel, ou la pratique des institutions, à côté de celui-ci, et pour mesurer éventuellement l'écart entre les deux, ou pour réduire l'un à l'autre, ou encore pour évaluer l'un ou l'autre ; il s'agit véritablement de concevoir l'empirisme comme le font les sociologies sérieuses, c'est-à-dire de prendre sous le concept de droit l'ensemble des éléments factuels qui concourent effectivement à exercer une régulation sociale appelée droit »⁷. Une même radicalité

7

Voir la contribution d'E. Millard.

a également été défendue, d'une autre manière par Xavier Bioy qui considère que « le fondement de la juridicité n'est donc pas une norme hypothétique à la Kelsen, dépourvue d'explication pratique, ni une norme empiriquement observable à la mode du réalisme (car alors le droit se confond avec la pratique sociale) mais la formulation de significations sociales acceptées dans un réseau d'interprétations tenant à une tradition de ce qui est compris comme étant prioritaire sur toute autre norme sociale. Le droit dépend donc des philosophies politiques et éthiques qui conduisent à ce qu'il soit obéi ou rediscuté à chaque application ».

B – Qu'est-ce que l'objet du droit constitutionnel ?

En réaction à l'école aixoise d'approche contentieuse du droit constitutionnel, Denis Baranger a défendu un positionnement portant sur le *pouvoir* comme objet d'analyse. Il a plaidé pour une appréhension du droit constitutionnel en tant que phénomène de pouvoir en mettant en évidence l'importance de la prise en compte des comportements des organes d'application du droit constitutionnel. *L'on ne s'étonnera d'ailleurs pas que, pour Olivier Beaud, citant Olivier Jouanjan, « l'objet de la science du droit n'est pas seulement d'expliquer le discours des interprètes authentiques du droit mais de le comprendre, ce qui signifie le mettre aussi en rapport avec les phénomènes et processus politiques réels ». Le premier considère en effet que « le droit constitutionnel a « quelque chose à voir » avec le pouvoir, avec les institutions et donc avec l'Etat ». Il considère que droit constitutionnel doit se saisir de la « pratique politique » « la colonisation de l'appareil d'Etat par le Conseil d'Etat n'est-elle pas aussi un phénomène qui devrait intéresser le constitutionnaliste ? Puisque la science politique a déserté le champ de l'étude des « sommets de l'Etat » pour reprendre la belle formule de Pierre Birnbaum, les constitutionnalistes ne devraient-ils pas se ressaisir de cet objet pour tenter de décrire qui gouverne l'Etat ? ». Xavier Bioy soutient quant à lui que « l'Herméneutique peut permettre d'abord de maintenir le lien entre phénomène politique et norme juridique à travers la mise en mots et en représentation des éléments du politique ».*

Stéphane Mouton a déplacé quelque peu le regard du constitutionnaliste pour interroger la doctrine classique comme étant elle-même objet de la science constitutionnelle, tout en défendant une relecture de celle-ci à partir des paradigmes contemporains de la réflexion sur le pouvoir. La doctrine classique devient ainsi objet de la doctrine constitutionnelle et source première pour dégager des concepts à même, à partir d'une lecture critique, de nourrir et de garantir une meilleure appréhension de la discipline. *Stéphane Mouton défend ainsi le recours à la doctrine classique, tout en prônant une approche critique et renouvelée des concepts que celle-ci propose.*

Ariane Vidal-Naquet a interrogé la présentation classique des trois objets du droit constitutionnel, *institutionnel, normatif et substantiel*, pour tenter de mesurer les équilibres pouvant exister entre chacun de ces domaines. *Elle a mis en évidence le lien qui pouvait exister entre les domaines du droit constitutionnel et les frontières de la discipline.* Olivier Beaud a plaidé pour que le discours de la doctrine constitutionnelle se concentre sur l'organisation du pouvoir, et donc ce que d'autres ont qualifié de droit constitutionnel institutionnel : *« le droit constitutionnel est profondément un droit institutionnel, et l'on fait fausse route si l'on se focalise uniquement sur l'analyse des normes, et en particulier sur les normes jurisprudentielles (si cette dernière expression a un sens) ».*

§ II – L'épistémologie : comment s'organise le droit constitutionnel ?

D'une manière que l'on ne saurait qualifier autrement que comme étonnante, un rejet de toute méthodologie propre aux *discours* juridique, il serait difficile en effet de parler de *science* juridique, a été défendu, comme s'il était possible de faire du droit de manière spontanée. Riccardo Guastini a ainsi insisté sur le fait qu'il ne fallait pas imposer de méthode au discours juridique, une telle démarche relevant d'une question d'ordre politique. Sans doute, faudrait-il, à cet égard, préciser qu'une *politique sur la connaissance*, c'est-à-dire l'indication de principes méthodologiques gouvernant l'organisation du discours sur un objet particulier, est autre chose qu'une *politique sur l'objet de la connaissance*. Autrement dit, imposer une méthode n'implique pas de développer une *politique du droit* mais une *politique de la connaissance du droit*, ce qui n'a, en l'occurrence, rien à voir. D'un point de vue scientifique, connaître c'est choisir comment il s'agira de connaître. Dans le prolongement du rejet de principe de toute méthodologie, François-Saint Bonnet a également refusé de s'inscrire dans toute réflexion sur les méthodes en droit en ce que ces questions renvoient à des carcans disciplinaires et institutionnels. *Il soutient un relativisme méthodologique et considère « qu'en matière de sciences humaines bien souvent, la méthode dit moins de la vérité scientifique qu'elle n'informe sur le pouvoir des écoles au sein des institutions », ce qui le conduit à un rejet de la méthode en général : « le discours de la méthode, parce qu'il se fait discours d'autorité, enferme souvent les esprits et bride leur curiosité ».* Olivier Beaud a précisé que la question de la méthode en droit était secondaire, *selon lui, « le faire est plus important que le comment faire. Ou si l'on veut, (...) la méthode vient toujours après et le plus important se passe avant »*; Wanda Mastor a fait l'éloge de l'intuition pour une meilleure connaissance du droit ; Mikhaïl Xifaras considère qu'il lui est parfaitement indifférent que le droit soit ou non une science ; de manière plus pragmatique, Dominique Rousseau a montré combien la démarche qu'il a menée dans son analyse du droit constitutionnel a été déterminé par des considérations biographiques ; Denis Baranger a rappelé l'impasse à laquelle le projet commun pour poser les principes méthodologiques communs dans le cadre de *jus politicum* avait conduit face à la diversité des méthodes retenues. *A cet égard, l'exemple espagnol d'une école de droit politique n'en est pas moins éclairant à titre de comparaison. Développé sous le franquisme, « le droit politique, privé d'une norme constitutionnelle sur laquelle fonder ses travaux, s'oriente vers l'analyse du droit constitutionnel comparé, la sociologie politique, la science politique et la théorie de l'Etat » ; il défend le principe d'« une discipline globale, encyclopédique, multidimensionnelle et pratiquement « déjuridicisé » »⁸.* Bref, l'éloge d'un faire sans savoir-faire a été défendu avec force, quand, de manière isolée, Otto Pfersmann rappelait l'ambition scientifique de Kelsen *et dénonçait la démarche antiscientifique des juristes.*

Malgré cette négation ou, sans doute, de manière plus majoritaire, ce relativisme méthodologique ne doit pas masquer l'existence d'un accord, si ce n'est unanime du moins majoritaire, non seulement autour de principes épistémologiques communs (A), mais également autour de points de désaccords (B).

⁸ Voir sur ce point la contribution de I. Gomez Fernandez.

A – Un accord sur les principes communs

Premier élément commun d'ordre méthodologique reconnu la distinction entre le droit, objet de connaissance, et le discours sur le droit, discours sur cet objet de connaissance, *ce qu'Otto Pfersmann a qualifié de « distinction entre énoncés formulant des normes et énoncés décrivant des normes (Rechtssatz) », ce qui constitue l'un des éléments du « programme proprement scientifique de la Théorie pure »*. Seuls, au cours des débats, Denis Baranger et Olivier Beaud ont semblé ne pas tenir pour acquise cette distinction.

Le caractère descriptif du discours sur le droit a également été reconnu, en ces termes (Eric Millard, Patrick Gaïa) ou en précisant que le discours devait « évacuer les évaluations » (Arnaud Le Pillouer), être « anti-dogmatique » (Denis Baranger). *Dans sa contribution écrite, Arnaud Le Pillouer soutient que la théorie de l'interprétation développée par Michel Troper « correspond (...) au souci de produire un discours strictement descriptif (et non normatif) sur le droit constitutionnel »*. Si Olivier Beaud et Denis Baranger ont défendu une participation plus dynamique des constitutionnalistes aux questions d'actualité, telles que celle de l'état d'urgence, ce n'est pas pour une politisation du droit constitutionnel mais pour défendre le rôle d'acteur social que peut avoir le juriste dans les débats de société. *Le positionnement de ces auteurs n'est toutefois pas dénué d'ambiguïtés sur un éventuel discours normatif de la doctrine. Dans les débats, il est apparu, semble-t-il, que la doctrine se devait de défendre certaines valeurs, et en particulier, l'on s'autorisera ici l'usage d'une formule générique, le libéralisme politique, dans sa lecture du droit positif et, en particulier, aujourd'hui, face à l'état d'urgence. Denis Baranger dénonce, par exemple, la « dépolitisation du droit constitutionnel », le « parti-pris de neutralité politique du droit public français », ou le fait, que pour la doctrine positiviste « la constitution pourrait avoir n'importe quel contenu, du moment que le pouvoir constituant a approuvé valablement le contenu ». Une telle présentation tend à signifier que le discours sur le droit doit s'interroger sur ce que doit être le droit. De manière certaine, est défendue une lecture du droit à partir de considérations politiques et, plus précisément, des valeurs politiques qui sont à l'origine ou qui entourent le droit qui est défendue : « on ne comprend pas le droit constitutionnel sans le constitutionnalisme, c'est-à-dire sans prendre en compte sa composante politique. Il n'est pas de droit constitutionnel en dehors du projet consistant à réaliser des finalités politiques à travers le recours à certaines formes juridiques »*.

La mise à distance du discours sur l'objet vis-à-vis de l'objet grâce à la conceptualisation a été soutenue par Denis Baranger et Véronique Champeil-Desplats. La conceptualisation apparaît comme le seul moyen de ne pas être dans la simple répétition du langage objet, ce qu'a défendu en substance Alexandre Viala, et d'offrir une meilleure lecture de celui-ci. L'un des intervenants a d'ailleurs été élevé au rang de concept durant le colloque par l'intermédiaire de la formule « François Saint-Bonnet du XXI^{ème} siècle », censée recouvrir un historien du droit de référence, quand bien même celui-ci, la personne non pas le concept, c'est ce qu'il revendique, on l'a vu, se refuse à embrasser aucune méthode.

Dans le prolongement, le rejet de la lecture du droit constitutionnel à l'aune du seul discours du juge constitutionnel semble désormais acquis, y compris par l'école aixoise de droit constitutionnel. Alexandre Viala a en ce sens prôné le dépassement de la « fièvre arrétiste ». Il considère en effet que, « pour contourner le danger d'une telle misère épistémologique (identité du droit et du discours sur le droit dans la démarche des arrétistes), toute la question est alors de savoir, s'agissant du « nouveau » droit constitutionnel, comment le constitutionnaliste peut construire un objet qui ne soit pas la reproduction sémantique du texte, fût-elle accompagnée de quelques remarques critiques, des décisions de justice ». Il défend le principe d'un regard sur la dimension pragmatique du discours juridictionnel au service de la scientificité de la discipline, en considérant que l'intérêt scientifique réside dans l'« aptitude au dévoilement objectif de ce qu'a fait le juge ».

La spécificité de du discours juridique a toujours été défendue (Xavier Bioy, Arnaud Le Pillouer) même si les éléments caractéristiques de cette spécificité n'ont pas été les mêmes ; qu'il s'agisse de la prise en compte de la Constitution comme une norme (Patrick Gaïa), de la lecture combinée et de la mise en cohérence globale d'énoncés (Arnaud Le Pillouer, Xavier Bioy) ou de l'existence d'une grammaire du droit (Régis Ponsard).

De manière plus originale, sans doute, l'autarcie disciplinaire, propre à l'école aixoise de droit constitutionnel, mais que l'on retrouve également en Espagne après l'adoption de la Constitution de 1978⁹, ne semble plus être de mise et l'usage des disciplines auxiliaires, qu'il s'agisse de l'histoire (Denis Baranger), de la sociologie (Eric Millard) et, de manière plus originale, de la photographie (Dominique Rousseau) ou du théâtre (Mikhaïl Xifaras) est aujourd'hui recherché ; de manière plus globale, Régis Ponsard a défendu une approche pluridimensionnelle du droit, Xavier Bioy, « du point de vue de la théorie herméneutique », un « appel aux sciences sociales ». Cette dimension n'est pas, pour autant, partagée par tous. Otto Pfersmann a discuté de « l'utilité du projet hétérodisciplinaire ». Dans sa contribution, Arnaud Le Pillouer a précisément montré que la théorie des contraintes « manifeste l'ambition de maintenir la spécificité de l'approche du droit constitutionnel, autrement dit de construire une science spécifiquement juridique du droit constitutionnel ».

Implicitement, l'adhésion au positivisme, en tant que mode d'approche du droit, semble être partagé par tous. Aucun renvoi au droit naturel n'est revendiqué, pas plus que les principes constitutifs de ce courant ne sont repris. Le rattachement au positivisme est parfois explicite, pour Arnaud Le Pillouer à propos du réalisme de Nanterre, qui a, par ailleurs, avec Véronique Champeils-Desplat, défendu de manière explicite l'adhésion au « positivisme méthodologique » consistant à clairement distinguer « le droit et la morale ». Seuls O. Beaud et D. Baranger rejettent le positivisme mais en tant qu'idéologie, même si leur critique n'est pas explicitement formulée en ce sens. Pour Olivier Beaud « ce sont les partisans du positivisme, le plus pragmatique, qui ont une méfiance viscérale à l'égard de tout ce qui est théorique ». Le positiviste est ici celui qui se contenterait seulement de dire le droit positif sans jamais se poser de questions théoriques. D. Baranger dénonce plus directement le positiviste qui jamais ne s'interroge sur la validité axiologique du droit dès lors qu'il est positif, en critiquant tous ceux pour qui « la constitution pourrait avoir n'importe quel contenu, du moment que le pouvoir constituant a approuvé valablement le

⁹ Voir la contribution d'I. Gomes Fernandez.

contenu ». Riccardo Guastini a pu quant à lui dénoncer une dynamique naturaliste chez certains défenseurs du positivisme et, en particulier, chez Gustavo Zagrebelsky en Italie. Peut-être que cette critique pourrait être transposée aux tenants du « droit politique ». Ces derniers semblent en effet prôner un discours normatif sur le droit au regard de certaines valeurs et, en particulier, de celles du constitutionnalisme. Il faut ajouter que seul E. Picard semble assumer une approche jusnaturaliste. Sans se ranger lui-même de manière explicite dans ce courant, il dénonce suffisamment les « faiblesses inavouées des conceptions juspositivistes du droit » ou encore « les principes du juspositivisme actuellement en vigueur de façon doctrinalement et pratiquement dominante », tout en recherchant « un droit constitutionnel en dehors de la Constitution » et plus précisément dans un « droit fondamental général », pour inscrire son discours dans un jusnaturalisme rationaliste.

B – Un accord sur les désaccords

L'usage du droit comparé n'est pas apparu comme un élément d'une approche commune ni du droit, ni du droit constitutionnel. L'on ne peut que s'en étonner alors que l'exposé du droit constitutionnel et du régime politique de certains Etats, il n'est d'ailleurs question que d'exposé de droits étrangers et non pas de droit comparé, demeure un passage obligé du cours et des manuels de droit constitutionnel. *Par ailleurs, il est tout à fait éclairant que le recours au droit comparé par la doctrine constitutionnelle puisse être contingent et que son usage soit parfois lié à une carence du droit national. Il s'agit de rechercher, plus précisément, dans des droits étrangers ce qui n'existe pas dans le droit national. En Espagne, avec le droit politique, sous le franquisme, le recours au droit comparé apparaît dans une certaine mesure comme une compensation à l'absence de norme constitutionnelle espagnole susceptible d'être objet d'étude¹⁰. En Amérique du Sud, C. M. Herrera amis en évidence le caractère décisif des transferts et de la circulation des concepts dans l'étude du droit constitutionnel.*

La question de la nécessité ou de l'absence de nécessité de construire son objet d'analyse le droit a opposé les tenants d'une connaissance immédiate du droit, qui ne rend pas nécessaire la définition de celui-ci et *a fortiori* qui n'exige pas que l'on en construise une (O. Beaud, D. Baranger), et ceux qui ont postulé la nécessaire construction de leur objet d'étude (Patrick Gaïa, E. Picard).

Se sont également opposés les tenants d'une démarche empirique du droit, ce qui soulève alors la difficile question de la spécificité méthodologique du discours juridique, et ceux qui défendent une approche analytique. *Alexandre Viala a pu dénoncer en ce sens « la faiblesse congénitale » de la science du droit, par rapport aux autres sciences sociales, en ce qu'elle s'intéresse à ce qui doit être et non pas à ce qui est et renonce donc à inscrire son analyse dans une dimension empirique. L'inscription de l'analyse du droit sous l'angle de la causalité participe du même mouvement. Arnaud Le Pillouer a ainsi soutenu que « la théorie des contraintes juridiques réintroduit de la causalité dans l'analyse constitutionnelle » ou « « analyse rétrodictive » au sens de Paul Veyne ». Il précise en effet que « la théorie des contraintes propose d'analyser rétrospectivement la production de la signification (d'un) énoncé » ; « simplement, il ne s'agit plus d'identifier « la » signification d'un*

¹⁰ Voir la contribution d'I. Gomes Fernandez.

texte juridique, ni même un « cadre de significations possibles », mais de comprendre, a posteriori, comment le texte a été mobilisé pour justifier la production d'un nouvel énoncé normatif, qui se présente comme une mise en œuvre du premier ».

La dimension descriptive ou prescriptive que doit avoir le discours sur le droit constitutionnel a également partagé les participants. La prise de position des constitutionnalistes sur des sujets de société, tel l'état d'urgence, a pu être préconisé par Dominique Rousseau, Olivier Beaud et Denis Baranger. Le constitutionnaliste est un acteur du débat public et, en tant que tel, il doit se prononcer, de manière normative, pour défendre une certaine vision du droit.

Riccardo Guastini a pu dénoncer la portée politique de la théorie herméneutique de l'interprétation. Celle-ci une « théorie normative » : « d'après cette théorie, l'interprétation n'a rien à voir avec la connaissance du droit, avec la « science juridique » : elle est une activité « pratique », non pas cognitive, au sens qu'elle est conditionnée par les cas concrets à résoudre et son seul but est, chaque fois, la solution de l'affaire dont s'agit. Autrement dit : il n'y a pas d'interprétation sans application », selon Gustavo Zagrebelsky, « chaque affaire a des « exigences » de justice à lui : le cas « exerce une pression sur le droit par l'interprétation » ».

Alexandre Viala a souligné, qu'avec le tournant contentieux, la « science du droit constitutionnel » est demeurée « strictement descriptive. C'est l'objet qu'elle se donne qui devient normatif et non la méthode. Une méthode analytique qui porte sur un objet contentieux, la décision du juge constitutionnel, dont le caractère normatif est évident par rapport à ce que représente le fait politique tiré du comportement des acteurs non juridictionnels auquel s'intéressait le droit constitutionnel de l'ère Duverger ».

Arnaud Le Pillouer a mis en doute la lecture des décisions des cours constitutionnelles comme étant fautive, défendue par Régis Ponsard. Renvoyant à Michel Troper, il a rappelé qu'affirmer qu'une décision d'une Cour constitutionnelle est « non conforme à la Constitution » relève d'une appréciation subjective. Il demande « à ce que l'on s'abstienne de faire passer des appréciations subjectives (qui sont des jugements de valeur) pour des observations de type scientifique »¹¹. Plus largement, la scientificité du discours sur le droit a été discutée par Valérie Champeil-Desplats, les formules de « discours savant » ou de « méta-discours sur le droit » étant plus précises et plus neutres à cet égard.

Cette synthèse ne saurait évidemment pas servir de conclusion. Nous ne pouvons que souhaiter que le présent ouvrage permette d'éclairer ses lecteurs sur les discours contemporains sur le droit constitutionnel pour mieux en situer son ontologie et son épistémologie et mettre en lumière ses orientations à venir.

¹¹ Voir la contribution d'A. Le Pillouer.