

LES CAHIERS PORTALIS

N° 6 – Décembre 2018

Dossier – Quelle déontologie pour les juristes ?

Armel LE DIVELLEC

Le droit constitutionnel est-il un droit politique ?

(Controverse, p. 91-105)

ASSOCIATION DE L'INSTITUT PORTALIS

LE DROIT CONSTITUTIONNEL EST-IL UN DROIT POLITIQUE ?

Armel LE DIVELLEC

Agrégé des Facultés de droit

Professeur de droit public à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)

Directeur du Centre d'études constitutionnelles et politiques

PARLER AUJOURD'HUI DU DROIT CONSTITUTIONNEL comme *un droit politique* semble tout à fait incongru. Ne s'agit-il pas d'un parfait oxymoron, cette alliance de mots contraires en un syntagme ? Plus encore qu'une obscure clarté, « droit politique » a toutes les chances d'être récusé avec une douce violence par les juristes sérieux (autre oxymoron, à moins qu'il ne s'agisse au contraire d'un pléonasme ?), comme d'ailleurs par les non-juristes. Droit et politique ne doivent-ils justement pas être soigneusement distingués et même, dans la mesure du possible, rigoureusement séparés au nom de la raison même de la matière juridique, censée précisément fixer des bornes « objectives » et « neutres » à l'activité politique, faire advenir, dit-on au moins depuis l'Américain John Adams, le gouvernement des lois à la place du gouvernement des hommes ?

Pourtant, en dépit des apparences, cette cause n'est sans doute pas tout à fait entendue et il n'est peut-être pas illégitime, pour un constitutionnaliste, de poser aujourd'hui encore la question du droit politique.

Certes, on peut bien considérer que tout cela ne sont que des mots et que peu importe que l'on qualifie ou non le droit constitutionnel de droit politique : cela ne changerait ni l'état du droit positif, ni la vie politique. Il est toutefois permis d'adopter le parti inverse et de soutenir que le choix des mots n'est pas une affaire secondaire, que nommer convenablement les choses permet de les

penser de meilleure façon. Sous ce dernier rapport, réfléchir au (sinon parler du) droit constitutionnel comme un droit politique peut contribuer à appréhender cette discipline de façon plus riche et subtile.

I. – RAPPEL HISTORIQUE SUR L'UTILISATION DU TERME

Commençons d'abord par rappeler que l'expression « droit constitutionnel » est relativement récente dans la langue française¹. En revanche, on parla longtemps de droit politique, notamment au XVIII^e siècle, pour désigner les questions liées aux fondements et aux principes d'exercice du pouvoir suprême dans un État, pouvoir politique précisément.

Ainsi des ouvrages de Jean-Jacques Burlamaqui (1694-1748), *Principes du droit politique* (1751) et – plus célèbre encore – de Jean-Jacques Rousseau, *Le contrat social ou principes du droit politique* (1762). Même Montesquieu, avant eux, emploie le terme, désignant par là « les lois dans le rapport qu'ont ceux qui gouvernent avec ceux qui sont gouvernés » (*De l'Esprit des lois*, Livre I, chap. 3).

Au contraire, ce terme ne se trouve pas chez les auteurs étrangers du XVIII^e ou du XIX^e siècle qui contribuèrent tant à l'élaboration de la pensée constitutionnelle moderne. Pas plus que chez les Anglo-américains (où « political law » n'a jamais été employé) que chez les Allemands (« politisches Recht » n'a guère trouvé droit de cité). Au sujet de ces derniers, Michael Stolleis, concluant le premier de ses volumes sur l'histoire du droit public allemand, estime que :

« dans l'Allemagne d'avant 1806, [...] la formalisation juridique de la structure constitutionnelle et de la vie publique eut pour pendant l'absence ou (ce qui est pire) l'exécration de toute pensée politique. Pour une conscience collective imprégnée des maximes du droit, la politique, en Allemagne, resta toujours perçue comme un domaine extra- ou antijuridique, ce qui engendra deux attitudes opposées, la crainte du politique d'une part, et la glorification de la politique violente de l'autre. Le développement du droit, indissociable du mouvement de rationalisation scientifique à l'époque moderne, et la politique se séparèrent, comme en

¹ J.-L. MESTRE, « Les emplois initiaux de l'expression *droit constitutionnel* », *RFDC*, n° 55, 2003, p. 451-472.

témoignent ces vers de Goethe : *là où commence le pays des juristes s'arrête le pays politique (wo das gelehrte beginnt, hört das politische auf)* ».

Ainsi, contrairement à certaines traductions françaises de leurs œuvres, ni Kant, ni Hegel n'ont employé *politisches Recht* mais bien *Staatsrecht*, littéralement « droit de l'État³ » (qui reste aujourd'hui, outre-Rhin, l'appellation courante du droit constitutionnel – le terme de *Verfassungsrecht*, plus tardif, étant également utilisé mais dans une moindre mesure). Ce n'est que très exceptionnellement que l'on trouve *politisches Recht* chez les Allemands⁴.

La situation est différente en France. Après les premières années de la Révolution de 1789, laquelle pose, dans l'Europe continentale, les principes et bases de l'agencement technique d'un pouvoir politique désormais méthodiquement organisé d'après une volonté consciente imputée à un souverain, on peut considérer qu'est né le droit constitutionnel moderne. Cependant, le terme de droit politique continua longtemps d'être privilégié. Benjamin Constant, par exemple, énonce que « Toute autorité qui excède sa mission cesse d'être légitime, et ce principe fondamental du *droit naturel, politique et civil*, est corroboré par la Charte⁵ ». En 1825, un certain Honoré Torombert publie des *Principes du droit politique mis en opposition avec le contrat social de J.-J. Rousseau*⁶. Plus remarquable encore : deux professeurs de droit importants emploient encore le terme au début de la Monarchie de Juillet : Joseph-Louis-Elzéar Ortolan, *Cours public d'histoire du droit politique et constitutionnel* (Paris, Fanjat) en 1831 et Louis-Antoine Macarel, *Éléments de droit politique* (Paris, Nève) en 1833. L'année suivante A.-M. Chambeyron fait paraître un ouvrage intitulé

² M. STOLLEIS, *Histoire du droit public en Allemagne*, tome I (1600-1800), trad. fr. M. SENELLART, PUF, 1998, p. 611. « Gelehrte » signifie littéralement « savant ».

³ Ainsi par exemple la traduction d'Albert BARAQUIN du manuscrit de Karl MARX (non publié du vivant de ce dernier) *Kritik der hegelschen Staatsrechts*, qu'il intitule *Critique du droit politique hégélien* (Éditions sociales, 1975) ou bien certaines traductions de Kant, comme celle de Jules BARNI en 1853, du passage de la *Métaphysique des mœurs* (2^e partie, Sect. 1, § 43) où le philosophe de Königsberg emploie pourtant *Staatsrecht*.

⁴ C. BILFINGER, « Verfassungsrecht als politisches Recht », *Zeitschrift für Politik*, 1928, p. 281-298. Plus près de nous, une exception notable chez Josef ISENSEE, *Handbuch des Staatsrechts*, tome VII, Heidelberg, C. F. MÜLLER, 1992, § 162, p. 103-163 (qui met toutefois l'expression entre guillemets).

⁵ B. CONSTANT, « De la dissolution de la Chambre des députés » [1820], in *Œuvres complètes de Benjamin Constant*, tome XV, Berlin, De Gruyter, 2017, p. 686 (souligné par nous).

⁶ Paris, Rey et Gravier.

Constitutions et chartes, notions élémentaires de droit politique (Paris, Bibliothèque populaire, 1834). Aucun de ces auteurs n'éprouve le besoin de justifier la dénomination, tant elle leur paraît évidente.

Or, en 1834, précisément, est instituée à la Faculté de droit de Paris la première chaire officielle de droit constitutionnel, intitulée de cette manière, et confiée au juriste d'origine italienne Pellegrino Rossi⁷. Alors que la matière (contrairement au « droit des gens », c'est-à-dire le droit international public, et, quoique par à-coups, au droit administratif) avait été délibérément ignorée lors de la refondation de l'université par Napoléon en 1804⁸, elle trouve désormais droit de cité au sein de la prestigieuse Faculté de droit parisienne, dans le but d'enseigner les règles de la Charte constitutionnelle de 1830. Guizot, à l'origine de cette décision, s'en explique dans ses Mémoires :

« j'avais dessein d'établir en France l'enseignement du droit constitutionnel devenu la base du gouvernement français. Un essai avait été tenté en ce genre peu de mois après la Révolution de 1830 ; une chaire de droit public français avait été instituée dans la Faculté de droit de Toulouse [...]. Je voulais que cet enseignement fût institué avec plus d'efficacité et d'éclat, sous son vrai nom, au centre des grandes études, et que la Charte fût expliquée et commentée, dans son vrai sens, devant les nombreux étudiants de l'École de droit de Paris⁹ [...] ».

Guizot est pour le moins lapidaire sur la dénomination de la chaire. Or, en fait de « vrai nom », les choses étaient loin d'être claires et le vocabulaire n'était pas fixé. Certes, il y avait quelques précédents : le titre de « professeur de droit constitutionnel » avait été donné à un certain Simon Jacquinet qui enseigna à la Faculté de droit de Dijon vers 1791-1793. Plus encore : dans plusieurs universités italiennes, durant la brève histoire des « républiques sœurs », des chaires de *diritto costituzionale* avaient été créées (Ferrare en 1797-1799, Pavie, Bologne, Milan).

⁷ Nommé le 23 août 1834, il enseigne effectivement de novembre 1834 à mars 1845.

⁸ Le décret du 21 septembre 1804 (art. 10) évoquait seulement la perspective d'enseigner « le droit public français », sans autre précision.

⁹ F. GUIZOT, *Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps*, tome III, Calmann-Lévy, 1882, chap. XVIII, p. 123.

Mais, en 1809, Jacques Berriat Saint-Prix, professeur à la Faculté de droit de Grenoble, énonçait que « la partie interne du droit public comme comprenant les règles relatives à la souveraineté, à ses droits, à son exercice, aux individus qui y participent », est appelée *droit politique, droit constitutionnel*¹⁰. Et les ouvrages rappelés plus haut attestent de la persistance de *droit politique*. Le choix de privilégier, en 1834, l'adjectif « constitutionnel » s'explique probablement par le souci de voiler celui de « politique » et tenter de donner par là une apparence de neutralité et une crédibilité scientifique à l'entreprise, partant de l'idée que les règles de la Charte étaient tout aussi juridiques que celles du Code civil et devaient pouvoir être enseignées à des juristes par des juristes¹¹. Fermée en 1852 après le coup d'État de Louis-Napoléon Bonaparte, cette chaire sera réouverte après la chute du gouvernement impérial en 1871 et les gouvernements de la III^e République s'emploieront à généraliser cet enseignement, sous le titre de droit constitutionnel, dans toutes les facultés de droit de France à partir de 1882.

Pour autant, le terme « droit politique » ne disparaît pas encore tout à fait de la littérature et subsiste dans différents ouvrages parus dans la seconde partie du siècle¹², le plus remarquable étant le *Traité de droit politique, électoral et*

¹⁰ *Précis d'un cours sur les préliminaires du droit*, Grenoble, Allier, 1809, p. 6-7. (De même Ortolan, cité plus haut).

¹¹ Le rapport de Guizot au Roi en 1834 précisait : « Quant à son objet et à sa forme, ils sont déterminés par le titre même : c'est l'exposition de la Charte et des garanties individuelles comme des institutions politiques qu'elle consacre. Ce n'est plus là, pour nous, un simple système philosophique livré à la dispute des hommes ; c'est une loi écrite, reconnue, qui peut et doit être expliquée, commentée, aussi bien que la loi civile ou toute autre partie de notre législation » (*ibid.*, p. 382).

¹² Ainsi Charles-Auguste PELLAT, professeur à la Faculté de Droit de Paris, traduit et publie l'ouvrage d'un juriste allemand, Niels Nikolas FALCK, *Cours d'introduction générale à l'étude du droit, ou Encyclopédie juridique* (trad. sur la 4^e éd. allemande de 1839, Paris, Thorel, 1841) : il y traduit *Staatsrecht* par droit politique (§ 40, 41 et 93 notamment). De même Paul PRADIER-FODÉRE (1827-1904), qui fut professeur au Collège arménien Armeno Moorat (transféré de Padoue à Paris en 1846) en 1857 puis à l'École libre des Sciences politiques, avant d'aller enseigner à l'Université de Lima (1874-1882) et enfin de devenir juge à la Cour d'appel de Lyon. Il publie un *Précis de droit politique et d'économie sociale* (Paris, Marescq aîné, 1859, 463 p.). Il faut encore signaler le livre du Vicomte COMBES DE LESTRADE, *Droit politique contemporain* (Paris, Guillaumin, 1900, 732 p.). On peut encore faire remarquer que le traducteur français de l'Allemand Jellinek, FARDIS, traduit par « (normes du) droit politique » le passage dans lequel Jellinek écrivait « staatsrechtliche Normen » (G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*,

parlementaire composé par le secrétaire général de la Chambre des députés, Eugène Pierre (Paris, May Motteroz, 1893), sur lequel on reviendra¹³.

Mais « droit politique » va tout de même finir par connaître une longue éclipse. Ce n'est qu'à l'époque contemporaine, à la toute fin du XX^e siècle, que le terme apparaît à nouveau, chez quelques auteurs¹⁴, avant qu'une nouvelle revue en fasse son étendard : *Jus Politicum*¹⁵.

II. – LES SENS POSSIBLES DU DROIT POLITIQUE

La longue histoire du terme droit politique étant rappelée, il convient de s'interroger sur sa possible signification. N'était-ce (et n'est-ce encore) qu'une manière contingente, accidentelle, de parler ? N'existe-t-il pas aujourd'hui comme hier de bonnes raisons de fond de caractériser le droit constitutionnel comme un droit politique ? Il ne suffit pas, pour réfuter cette idée, de se contenter de dire que l'avènement, à partir de la fin du XVIII^e siècle, et ensuite la généralisation progressive et aujourd'hui presque totale des constitutions formelles (c'est-à-dire d'un document juridique solennel posant des règles et des institutions) dans les pays occidentaux (puis dans le monde plus ou moins libre en général), comme forme ordinaire d'organisation et d'encadrement du pouvoir politique, justifieraient à eux seuls l'usage exclusif du terme *droit constitutionnel* par préférence à *droit politique*. La présence de ces constitutions

Giard et Brière, tome II, 1913, rééd. éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 328), ce qui, littéralement, n'est pas véritablement correct.

¹³ Il a fait l'objet d'une réédition chez Loysel en 1989. Ce qui est d'autant plus à signaler que ce *Traité* avait été précédé une première version composée par Pierre avec son chef, Jules POUDDRA, sous un titre plus simple : *Traité pratique de droit parlementaire* (Versailles puis Paris : Cerf & fils A. Quantin, 1878, 4^e éd., 1885).

¹⁴ Stéphane RIALS choisit pour titre de l'une des séries de sa collection « Droit fondamental » de manuels aux Presses universitaires de France : « Droit politique et théorique ». Claude EMERI intitule son cours de droit constitutionnel de 1^{re} année : *Du droit politique*, (Paris, Les cours de droit, 1994-1995). Joël MEKHANTAR choisit *Droit politique et constitutionnel* pour son manuel (Paris, Eska, 1996). Mais c'est surtout Pierre AVRIL qui l'utilise dans une optique raisonnée, notamment par son essai majeur : *Les conventions de la constitution. Normes non écrites du droit politique*, PUF, « Léviathan », 1997.

¹⁵ En version électronique : www.juspoliticum.com. V. également un entretien de présentation : « Le droit ressaisi par la politique ? », (https://www.nonfiction.fr/articleprint-4108-jus_politicum__le_droit_ressaisi_par_la_politique_.htm).

formelles, auxquelles on a – fâcheusement, à notre sens¹⁶ – pris l’habitude de réserver le terme de constitution tout court (sans épithète), ne peut clore la réflexion sur le phénomène constitutionnel lui-même et les façons de le penser comme de l’étudier.

Il y a sans doute plusieurs manières d’envisager le droit constitutionnel comme un droit politique. Les sens possibles de ce syntagme sont multiples¹⁷. Dans l’absolu, tout droit (positif) est politique en ce sens qu’il ne tombe pas du ciel mais il est le produit de choix et de décisions politiques. Le droit du travail peut être le fruit d’une législation (et d’une jurisprudence) progressiste ou conservatrice (pour reprendre une dualité binaire un peu simpliste mais suggestive). De même le droit fiscal. Il n’est pas jusqu’au droit civil qui ne le soit : le fameux Code civil de 1804 n’était-il pas à l’origine essentiellement le fruit de la conception conservatrice, patriarcale et individualiste de la France de Bonaparte ? Mais l’idée du droit constitutionnel comme droit politique va plus loin.

Il est nécessaire de commencer par réaffirmer deux points fondamentaux. D’abord, que parler aujourd’hui de droit politique n’est en soi nullement vouloir « politiser le droit » ou « politiser la science du droit ». Il se peut bien que, parfois, tel ou tel auteur exprime, fût-ce à son corps défendant, une position politique (par opposition à une position neutre, si cela est réellement possible) lorsqu’il développe son discours sur le droit (politique/constitutionnel), mais une telle attitude peut, en réalité, tout aussi bien être le fait d’un auteur récusant absolument l’idée de droit politique. La neutralité politique ou axiologique absolue est, en vérité, une position difficile sinon impossible à tenir. Pour tout un chacun¹⁸. Mais la question du droit politique est (ou devrait être) aujourd’hui tout à fait indépendante des positionnements politiques pour viser, autant qu’il est possible, à un discours authentiquement scientifique.

¹⁶ A. LE DIVELLEC, « De quelques facettes du concept juridique de constitution. Essai de clarification sémantique », *Mélanges Elisabeth Zoller*, Dalloz, 2018, p. 727-753.

¹⁷ V. par exemple C. GUSY, « Considérations sur le droit politique », *Jus Politicum*, n° 1, 2008. Ou encore, dans une perspective davantage fondée sur l’histoire des idées, M. LOUGHLIN, « Qu’est-ce que le *droit politique* ? », in *Politique(s) du droit public*, Colloque de l’Institut Carré de Malberg, Strasbourg, 27-28 novembre 2009.

¹⁸ Même pour Hans Kelsen, quoiqu’il ait recherché inlassablement cette neutralité. V. les contributions très fines dans l’ouvrage paru sous la direction d’O. JOUANJAN, *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l’autonomie*, PUF, « Débats philosophiques », 2010.

Ensuite, il faut rappeler que, contrairement aux idées largement répandues (chez les juristes notamment), il n'existe pas d'essence du droit constitutionnel, pas plus que d'essence du droit politique. Si l'on voulait essayer de définir ce que serait l'idée (pour ne pas écrire : le concept) de droit politique, il faudrait être capable de donner une définition de la notion même de droit. Or, rien n'est plus difficile, même – et surtout – pour un juriste ! Il est donc certainement plus judicieux de répondre qu'il existe seulement des manières – plurielles – de penser cet objet, la matière constitutionnelle, qui peut *a minima* être définie comme l'organisation d'une collectivité humaine relativement formée, ayant pris, historiquement, la forme de l'État-nation (forme contingente dans l'histoire de l'humanité) et qui connaît et pourrait connaître d'autres contours (que l'on songe, entre autres, à l'Union européenne). On peut alors essayer d'observer comment les juristes tentent d'exprimer les rapports entre ce qu'ils appellent droit et ce qu'ils appellent politique.

Rappelons tout d'abord que les premières tentatives revendiquant la construction d'une véritable science du droit public (quelles que soient les limites de cet objectif) ont postulé Droit et Politique comme deux entités substantielles complètement distinctes et même antagoniques. Telle fut en particulier la démarche de Paul Laband à la fin du XIX^e siècle¹⁹. Ce fut le début de la célèbre « méthode purement juridique (*reine juristische Methode*) » (du moins revendiquée comme telle), qui connut une grande fortune (laquelle perdue, à bien des égards, jusqu'aujourd'hui), avant d'être elle-même dépassée par le radical logicisme normativiste et formaliste de Hans Kelsen (qui, d'ailleurs, se démarquait complètement de la démarche labandienne). Pour illustrer cette démarche, on peut prendre un exemple (parmi bien d'autres) avec la façon dont le premier président du Conseil constitutionnel français, Léon Noël, relata rétrospectivement l'affaire des résolutions parlementaires au tout début de la V^e République. Un compromis avait été trouvé entre le gouvernement et l'Assemblée nationale pour admettre que cette dernière puisse, dans son règlement, introduire la possibilité, sous certaines conditions, d'émettre une résolution à l'issue d'un débat sur des questions orales adressées par les députés à un ministre. Le Conseil censura cette disposition et Noël d'expliquer :

¹⁹ O. JOUANJAN, « Histoire de la science du droit constitutionnel », in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, 2012, tome 1, p. 69-111.

« Il n'y a pas de transaction possible en matière d'interprétation juridique. Un accord entre le gouvernement et l'Assemblée nationale ne pouvait être, en pareil cas, pour le Conseil constitutionnel, que *res inter alios acta* et sans nulle valeur. Libre à eux, s'il leur plaisait, de "transiger" entre eux dans l'application des règles que postule la Constitution. *Ce serait de la politique*. Mais pour le Conseil constitutionnel, la seule question qu'il ait le droit et le devoir de trancher est celle de savoir si les dispositions qui lui sont soumises sont ou non conformes à la Constitution²⁰ ».

Il prétendait donc qu'il existait une règle juridique donnée d'avance et parfaitement claire (quoique implicite puisque le texte constitutionnel lui-même était muet sur ce point), la « politique » étant une question d'application mais non de droit.

Une deuxième attitude quant aux rapports entre droit et politique, plus nuancée, peut être identifiée chez d'autres auteurs. Ainsi chez Georg Jellinek. Soucieux, lui aussi, d'édifier une science juridique de l'État et donc postulant une certaine autonomie du droit, il n'en conservait pas moins le souci de proposer une articulation de ce dernier avec la politique. Il estimait en particulier que

« si nous faisons complètement abstraction de la politique, nous nous exposerions à ne recueillir que des résultats vides de sens ; nous n'aurions que le squelette de l'État, et il serait impossible de l'animer. Dans la doctrine théorique de l'État conçue comme science de concepts, tout est abstrait ; le concret fait partie du courant de la vie politique. [...] Les études de droit public, en particulier, ne se justifient et ne se comprennent que dans la mesure où elles se rattachent à des possibilités politiques. [...] Un des caractères essentiels du droit est sa réalité, son application effective ; il faut donc que les faits auxquels il se rapporte puissent exister ; ce qui n'est pas, ce qui ne peut être, ne doit pas faire l'objet d'une étude juridique²¹ ».

Plus loin, dans son ouvrage, il apporte encore cette précision capitale :

« Pour l'État, une constatation s'impose : il existe une opposition profonde entre l'activité libre et l'activité réglementée de l'État et cette opposition se manifeste dans l'exercice de toutes les fonctions. L'activité libre est celle

²⁰ L. NOËL, *De Gaulle et les débuts de la Cinquième République*, Plon, 1976, p. 42 (nous soulignons).

²¹ G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit* (1911), réimp. éd. Panthéon-Assas, 2005, tome I, p. 17-26 (22-23).

qui est déterminée, liée par l'intérêt général, mais non par quelque règle spéciale de droit ; l'activité réglementée est celle qui tend à la réalisation d'une obligation de droit. L'activité libre est, par ordre d'importance, l'activité première, celle qui logiquement prime les autres, que l'on trouve à la base de toute autre activité. [...] Un État, dont toute l'activité serait une activité liée par une règle, est une conception irréalisable. [...] Un État dont le gouvernement n'agirait que d'après les prescriptions légales, serait politiquement impossible. Ce n'est pas une règle de droit qui peut jamais décider de la direction de l'activité imprimée à l'État par le gouvernement²² ».

Jellinek réaffirmait pourtant que « sans doute, il faut se garder de mélanger la politique et le droit, et l'on doit avoir toujours devant les yeux leurs limites respectives ». Mais c'était pour ajouter tout de suite qu'« il est impossible d'obtenir des résultats sérieux en droit public si l'on n'est fixé au juste sur ce qui est politiquement possible. C'est là un principe fondamental : faute de l'appliquer, le droit public nécessairement dévie, et s'engage dans des impasses ; il méconnaît la vie des institutions, la réalité lui échappe : ce n'est plus qu'une discipline purement scolastique qui s'attache à des catégories vides et à des fantômes²³ ». Ainsi, le juriste autrichien, sans mélanger méthodologiquement le droit et la (science de la) politique, se refusait à les isoler. Il voyait un rapport substantiel entre les deux. On pourrait caractériser cette position subtile comme celle d'un dualisme Droit/Politique avec interactions²⁴. Ce qui a pu amener récemment Olivier Jouanjan, résumant la position de Jellinek, à dire,

²² G. JELLINEK, *op. cit.*, t. II, p 327-328.

²³ G. JELLINEK, *op. cit.*, t. I, p 22.

²⁴ Il me semble que la position de BLUNTSCHLI (*Théorie générale de l'État*, Paris, Guillaumin, 5^e éd. 1877, p 2-3) était assez voisine, quoiqu'exprimée de façon plus simple : « Le droit public et la politique ne doivent pas non plus être absolument séparés. L'État réel vit ; il unit le droit et la politique. Le droit n'est pas absolument immobile, et la politique aspire au repos. [...] l'influence est donc réciproque. [...] L'expression suprême et la plus pure du droit public, c'est la loi (la constitution) ; la manifestation claire et vivante de la politique, c'est la conduite pratique de l'État (le gouvernement). Aussi la politique est encore plus un art qu'une science. Elle suppose le droit. [...] Réciproquement, le droit a besoin de la politique pour ne pas devenir stérile et pour marcher de pair avec les progrès de la vie. Sans le souffle vivifiant de la politique, le corps de l'État ne serait bientôt qu'un cadavre ; sans le fondement et les limites du droit, la politique se perdrait dans un égoïsme sans frein et dans une fureur fatale de destruction ».

significativement « en ce sens, le droit constitutionnel peut être dit un *droit politique*²⁵ ».

Peut-être est-il cependant possible d'aller encore un peu plus loin et, si l'on peut dire, concevoir le droit politique en quelque sorte comme un monisme complexe.

Pierre Avril apporte, à propos du droit politique, la précision suivante : « la qualification *politique* n'y désigne pas seulement le domaine régi comme dans les autres branches du droit, mais participe de la nature même de l'ordre constitutionnel²⁶ ». C'est cette « nature » qui est spécifique et ne permet pas de considérer le droit constitutionnel/politique tout à fait comme un droit comme les autres²⁷.

L'un des préalables à une approche du droit constitutionnel comme droit politique – et qui rapproche assez largement les juristes contemporains pouvant se reconnaître en elle – est sans doute épistémique : il s'agit de récuser le postulat selon lequel la véritable scientificité passerait par la distinction radicale entre les sphères de l'être et du devoir-être, que le droit n'existerait (ou ne pourrait être pensé) que dans la seconde et que le droit s'expliquerait uniquement lui-même par le droit. Sans doute, les fondements épistémiques de l'approche en termes de droit politique sont peut-être fragiles et n'ont pas (encore) été suffisamment définis de façon positive, mais n'en est-il pas finalement de même pour la grande majorité des juristes contemporains, qui, en réalité, ne respectent aucunement les réquisits du Kelsenisme, même lorsqu'ils se revendiquent « positivistes » dans un sens, au fond, assez vague et même fort « impur » (on songe notamment – révérence parler – à Louis Favoreu et à la plupart de ses élèves) ?

²⁵ O. JOUANJAN, « Aux frontières du droit public et de la politique. Relire Georg Jellinek », Préface à : G. JELLINEK, *Révision et mutation constitutionnelles*, Dalloz, coll. « Droit politique », 2018, p. 7-30 (29). Le préfacier poursuit : Cela « donne un peu de complexité à la notion théoriquement et politiquement un peu naïve de *constitution normative* » et « évite les candides et extravagantes idolâtries que provoque une certaine conception totémique de l'État de droit ».

²⁶ P. AVRIL, « Penser le droit politique », texte inédit, juin 2018 (à paraître dans la revue *Jus Politicum*).

²⁷ Selon la formule de J.-M. DENQUIN, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits*, n° 32, 2001, p. 33-46 (35).

Ceci posé, et sans prétendre aucunement qu'il existe une véritable doctrine, unique et cohérente, de l'approche en termes de droit politique (ses adeptes sont bien trop divers), on peut tenter, de manière toute personnelle, d'en présenter quelques points d'ancrage saillants²⁸.

Le point le plus fondamental (quoiqu'il soit rarement formulé en ces termes par ceux qui se réclament du droit politique) réside dans le postulat qu'il est nécessaire, indispensable même, de penser de manière relationnelle être et devoir-être, réalité et norme juridique, de les mettre en relation²⁹, d'admettre ce lien au moins en tension, éventuellement de manière dialectique³⁰.

Un deuxième point fondamental réside dans l'idée selon laquelle le droit politique/constitutionnel ne se résume pas à des normes juridiques formelles, n'est pas réductible à celles-ci. Au passage, elle juge les discours (français) dominants depuis quelques trente ans sur la « constitution normative » pour le moins réducteurs et naïfs. En ce sens, l'approche en termes de droit politique n'est pas exclusivement normativiste. Elle considère qu'elle ne peut l'être pour cette raison non seulement qu'il existe des formes variées de normativité – en particulier elle tendra généralement à admettre qu'il existe des principes et règles non écrits, qui sont tout autant (et parfois plus) importants que les règles formelles – mais encore que le phénomène constitutionnel est façonné de manière déterminante par le jeu des institutions (à commencer par la manière d'être, de s'exprimer et d'agir d'une institution constitutionnelle³¹), et n'est donc pas entièrement conditionné par des normes juridiques, comme l'avait déjà fort

²⁸ Dans une optique voisine et bien mieux formulée que nous : v. D. BARANGER, « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels. À propos de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac », *Jus Politicum*, n° 11, 2013 (avec toutefois un amalgame inadéquat entre les positions scientifiques du Kelsenisme et de « l'École d'Aix » qu'il conviendrait de mieux distinguer).

²⁹ « Le droit politique doit négocier entre norme et fait. [...] (Il) est un discours pratique qui, bien qu'orienté vers les normes, doit aussi se préoccuper des conséquences. C'est un discours relationnel [...] », écrit ainsi M. LOUGHLIN (*loc. cit.*, p 11).

³⁰ Sous ce rapport, l'un des inspirateurs cachés de l'approche en termes de droit politique pourrait être Hermann Heller, auteur progressivement redécouvert en Allemagne et, depuis peu, en France grâce aux très précieux travaux d'Olivier Jouanjan (v. notamment H. HELLER, *La crise de la théorie de l'État*, PUF, coll. « Tiré-à-part », 2012).

³¹ « L'institutionnel précède le normatif », écrit en ce sens J.-M. DENQUIN (*loc. cit.*, p 45), dans une formule à notre sens d'une très grande portée.

bien exprimé Jellinek dans le passage cité plus haut. En outre, faute d'établir ce lien profond entre institutions et normes, où s'intriquent droit et politique, il paraît impossible de tenir un discours pertinent sur le droit et sur les normes juridiques elles-mêmes. À cet égard, la présentation très répandue chez les juristes depuis le manuel dirigé par Louis Favoreu et consistant à distinguer « le droit constitutionnel des institutions » et « le droit constitutionnel des normes ³² » ne paraît pas défendable parce que l'ordre constitutionnel, quoiqu'on en veuille, se construit précisément à leur point de jonction et dans leur entrelacement.

Dès lors, l'approche de droit politique se préoccupe de la manière concrète dont les règles juridiques formelles sont fabriquées ; en particulier elle tend à relativiser l'idée que les normes juridiques seraient données par la seule émission d'un texte, alors que, bien souvent, la règle n'émerge qu'*a posteriori*, au terme d'opérations de concrétisation³³. Puisqu'elles sont largement élaborées par la dialectique politique, on ne peut dire d'emblée que ces règles sont toujours un donné « objectif » ; elles apparaissent bien plutôt comme un construit, avec sa part de relativité³⁴. Cette question de fabrication éclaire certainement l'une des spécificités de la matière constitutionnelle et l'on peut rappeler ici la formule bien connue d'Eugène Pierre, qui avançait que l'une des particularités du droit politique (terme, on l'a vu, qu'il utilisait plutôt que droit constitutionnel) était que « ceux qui l'appliquent sont précisément ceux qui le créent³⁵ ». Le constat s'applique particulièrement bien au droit parlementaire³⁶, mais peut être étendu à tout le droit politique/constitutionnel et marque sa singularité majeure avec les autres branches du droit.

³² Formules explicitement adoptées dans L. FAVOREU *et alii*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 1998 (21^e éd. 2019).

³³ Pour une tentative de démonstration en ce sens, on voudra bien me pardonner de renvoyer à mon article : « Constitution juridique, système de gouvernement et système politique », *Mélanges Hugues Portelli*, Paris, Dalloz, 2018, p. 77-97.

³⁴ P. AVRIL (*loc. cit.*, p 4) propose à cet égard de distinguer les règles de compétences, qui seraient relativement fixes, et le « fond du droit » ; pour ce dernier, « c'est la Constitution « en mouvement » qui le révèle, et la politique s'y exerce pleinement ». Mais on pourrait montrer que même les règles de compétences sont parfois affectées d'une certaine indétermination et nécessitent une concrétisation par les acteurs.

³⁵ Préface au *Traité...*, *op. cit.*, p .V.

³⁶ Ce qui explique que les praticiens du Parlement reprennent si volontiers le terme « droit politique » (ainsi Jean-Louis Pezant ou bien Eric Thiers).

De même l'approche *droit politique* tend-elle à étudier la manière dont ces règles s'appliquent effectivement, y compris par des règles de nature particulière comme les conventions de la constitution ou, plus généralement, le droit non écrit (au-delà de la seule coutume, qui est devenue rare). Et ce souci en appelle un autre : l'approche de droit politique fait une large place aux discours et aux représentations intellectuelles³⁷ qui préludent à l'édition des énoncés juridiques, à leur concrétisation, leur application et leur portée systémique, bref, à l'environnement qui les conditionne. Pour autant, elle ne croit pas que la seule mission des juristes-universitaires consiste à se limiter à l'analyse des discours mais les confronte à la réalité effective des ordres constitutionnels pour, le cas échéant, constater la performativité, au moins occasionnelle, de ces discours.

L'approche en termes de droit politique, enfin, tend à garder une distance critique vis-à-vis de la jurisprudence, à la fois parce que – faut-il le rappeler ? – les juridictions ne sont pas à même d'intervenir sur toutes les parties de l'ordre constitutionnel (elles ne sont donc pas les seules à « dire le droit positif », loin s'en faut) et parce qu'elle doute généralement que le juge utilise des concepts « purs » ou du moins acquis d'avance³⁸. Là encore, la dimension politique (il est permis de l'appeler ainsi, même si le terme demeure polysémique et la chose polymorphe) lui paraît tellement présente que la nier ne permet guère de comprendre quoi que ce soit des questions constitutionnelles et oblige en tout état de cause la doctrine à réfléchir de manière autonome aux concepts, sans être prisonnière du discours jurisprudentiel. Vaste programme, certes, mais ô combien indispensable.

Sur tous ces sujets, et d'autres encore (par exemple, le phénomène constituant ou encore celui, si complexe, de la légitimité), la pensée en termes de droit politique considère que les lectures plus ou moins normativistes

³⁷ Ainsi, parmi bien d'autres exemples, la conception de la représentation, qui offre une incomparable clé pour comprendre, au-delà du simple dispositif technique des normes juridiques formelles, les évolutions de fond du parlementarisme des III^e et IV^e Républiques, et *a contrario* celles de celui de la V^e.

³⁸ Sur ces deux problèmes, v. mon article « Le juge constitutionnel et les relations entre les parlements et le pouvoir exécutif. Les limites de la régulation juridictionnelle d'un système de gouvernement », in S. MOUTON (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, LGDJ-Lextenso, 2016, p. 151-186.

répandues chez nombre de constitutionnalistes³⁹ passent à côté d'un trop grand nombre de problèmes, parmi les plus importants, que pose l'ordre constitutionnel. Ce sentiment pourrait être considéré comme excessif ou injuste. Mais il convient de réaliser qu'il s'adresse aussi aux tenants du droit politique eux-mêmes : aucun d'entre eux sans doute n'est persuadé de détenir une quelconque vérité. Bien plus, l'étiquette *droit politique* est aussi un appel à soi-même, pour inciter le chercheur à tenter de remettre en question tant d'apparentes évidences de la science juridique.

S'il n'y a pas, en somme, d'essence du droit politique, il existe certainement des spécificités de la matière constitutionnelle et ces spécificités [re]commandent à la science juridique d'adopter une manière particulière de l'analyser, un peu différente des autres disciplines juridiques. Rénovée pour être de plain-pied avec son temps et forte d'une ambition scientifique raisonnée, l'antique appellation de droit politique n'est peut-être au fond qu'une bannière ou un foulard noué dans la poche invitant le juriste à ne pas oublier les particularités de son objet d'étude.

³⁹ Non pas tant – répétons-le – sa version kelsenienne rigoureuse (en fait, très peu répandue), qui a sa cohérence mais avec laquelle un dialogue fructueux est à peu près impossible et dont on a du mal à saisir la valeur explicative des problèmes constitutionnels concrets, mais plutôt les versions édulcorées et parfois – osons le mot, naïves – du positivisme normativiste dominant.