

Luc Heuschling

DE L'INTÉRÊT DE LA THÉORIE, DE LA THÉORIE GÉNÉRALE DE
L'ÉTAT, DE LA THÉORIE CONSTITUTIONNELLE

À PROPOS D'UN LIVRE RÉCENT DE MATTHIAS JESTAEDT¹

Le présent article, qui, en vérité, est à la fois compte-rendu et article, se doit de commencer par un avertissement. La raison en tient non seulement au caractère hybride de son identité, mais aussi au champ sur lequel il s'avance. En introduction à sa célèbre *Philosophie du droit*, Michel Villey, après avoir brossé les traits de son lecteur idéal, conseillait vivement à quiconque avait par mégarde ou hasard ouvert son livre, mais ne se reconnaissait pas dans le stéréotype ainsi dressé, de le refermer au plus vite.² En l'espèce, à celui qui ne s'est jamais interrogé sur l'intérêt (cognitif ? normatif ?) de la « Théorie générale de l'État », de la « Théorie de la Constitution » ou des « Principes généraux du droit constitutionnel » ou, peu importe le label (*de facto* de plus en plus varié), de ce corpus de savoir que, dans la plupart des facultés de droit en France, les constitutionnalistes sont censés traiter en amont du cours sur le droit constitutionnel de la V^e République – tâche à laquelle les uns et les autres s'adonnent avec des attitudes des plus variées, allant du plus vif intérêt au plus grand ennui, avec une sérénité à toute épreuve ou un malaise croissant –, à celui, donc, qui ne se serait jamais posé une interrogation un tantinet existentielle à cette occasion, je recommande vivement soit d'arrêter ici la lecture, soit, s'il persiste à vouloir lire cet « article/compte-rendu » long et même assez long (eu égard aux standards habituels des recensions en France³),

1. M. JESTAEDT, *Die Verfassung hinter der Verfassung. Eine Standortbestimmung der Verfassungstheorie* (La Constitution derrière la Constitution. Un positionnement de la théorie constitutionnelle), F. Schönigh, Paderborn, coll. « Schönburger Gespräche zu Recht und Staat » (vol. 12), 2009, 151 p.

2. M. VILLEY, *Philosophie du droit*, rééd. Paris, Dalloz, 2001, p. 7 (« Tous probablement ne seront pas sensibles aux observations qui vont suivre. Le besoin de philosophie n'existe pas chez tous. ») et p. 11 (« Et si le lecteur n'a pas ressenti qu'il existe dans nos études quelque déficience sur ce point, on l'en excusera, mais ce Précis n'est pas fait pour lui »).

3. Dans la littérature anglaise, ce genre d'article-recension est une pratique courante.

de s'attendre à quelques questionnements potentiellement déstabilisants. Il y sera question d'épistémologie et de méthodologie, questions souvent réputées pour leur « sécheresse », doux euphémisme pour parler en vérité d'infertilité ou d'inutilité...

Or, au sujet de ce savoir se posent pas moins de *cinq questions existentielles* : 1. Quel en est le nom approprié ? 2. Quel en est l'objet approprié ? 3. Quelle(s) en est/sont la ou les méthode(s) adéquate(s) ? 4. Quelle en est l'utilité académique et/ou pratique ? 5. Quel en est l'emplacement idéal au sein des études de droit : tout au début (en 1^{re} année, où il s'agit de poser le cadre théorique), à un stade ultérieur (les fondements relèvent d'un cours d'approfondissement) ou... nulle part ?

À la lumière de ces interrogations ressort l'intérêt du « petit » livre de Matthias Jestaedt. Mais, avant de le présenter, il me semble utile et même indispensable de faire d'abord un tour d'horizon de l'état du débat – ou, parfois, non-débat – en France. Ce « détour » (qui n'en est pas un) permettra entre autres au lecteur français de cristalliser et clarifier ses propres attentes et interrogations à l'égard de ce livre. Car de quoi avons-nous besoin en France ? (I^{ère} partie) Et en quoi consiste l'apport du livre de Matthias Jestaedt ? (II^e partie).

I. Où en est le débat, ou non-débat, en France ?

Déjà en 2002, le « Cercle franco-allemand de droit public » s'était penché sur ce champ problématique qui, en France, en général est assez peu labouré⁴. C'est même sur ce thème – « Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'État ? » – qu'a été inaugurée la création de ce réseau réunissant des publicistes provenant des deux rives du Rhin. Dans son rapport sur la situation en France, Olivier Jouanjan avait dressé un constat sévère sur les déficiences de la « Théorie générale de l'État »⁵. De son réquisitoire, quatre faiblesses ressort-

4. Voir aussi, auparavant, les réflexions épistémologiques de Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 5 ss ainsi que de O. BEAUD, « La théorie générale de l'État (Allgemeine Staatslehre) en France. Quelques notations sur un dialogue contrarié » et de Ch. SCHÖNBERGER, « Der Staat der Allgemeinen Staatslehre: Anmerkungen zu einer eigenwilligen deutschen Disziplin im Vergleich mit Frankreich », in O. BEAUD/E.V. HEYEN (dir.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft? Une science juridique franco-allemande ?*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 83 ss resp. p. 111 ss.

5. O. JOUANJAN, « Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'État ? Point de vue français », *RUDH*, 2003, vol. 15, n°3-6, p. 99 ss. Au travers de l'expression « Théorie de l'État » qui figure dans le titre de l'article, l'auteur vise exclusivement, dans le corps de l'article, la « théorie générale

taient particulièrement : 1. Ce savoir n'a pas accédé à une existence autonome. En France, contrairement à l'Allemagne et, plus largement, à l'espace germanophone (Suisse, Autriche), il n'existait pas en 2002 – et il n'existe d'ailleurs toujours pas – un seul manuel ou ouvrage français intitulé « Théorie générale de l'État ». Le dernier remonte à 1920-22, avec la célèbre *Contribution* de Carré de Malberg, ou à 1929 avec le *Traité général de l'État* de Marcel de la Bigne de Villeneuve⁶. 2. Comparées aux constructions intellectuelles sophistiquées de l'âge d'or de la III^e République, les bases méthodologiques et épistémologiques de ce corpus se sont effilochées au fil du temps, au point de devenir des plus incertaines (un « pur descriptivisme des institutions [...] sans théorie de l'institution », un « empirisme naïf »⁷). 3. L'apport cognitif de ce savoir s'avère pauvre : faute d'une « dynamique disciplinaire », son contenu n'est pas toujours actualisé et se résume souvent à la « répétition des théories anciennes » (p. 103). Dans certains cas, ce savoir tient même lieu de « d'ornement postiche » (p. 104). 4. Comme l'avait déjà montré Michel Troper⁸, ce savoir sert très souvent à des fonctions idéologiques, c'est-à-dire prescriptives (un droit naturel qui s'ignore).

Neuf ans après, si l'on refaisait le bilan, celui-ci ferait indéniablement apparaître des lueurs d'espoirs, même si, au final, un sentiment mitigé persiste. À vrai dire, dresser un tableau n'est guère chose aisée, tant le champ à embrasser est vaste et les critères à manier complexes. S'il est impossible ici de faire un

de l'État ».

6. Les seuls ouvrages publiés depuis, sous ce titre, en langue française sont soit d'origine germanophone (voir l'ouvrage du Suisse Thomas FLEINER-GERSTER, *Théorie générale de l'État*, trad. de l'all., Paris, Puf, 1986 ainsi que les rééditions des ouvrages classiques de JELLINEK et de KELSEN), soit d'origine belge (Ch. BEHRENDT, F. BOUHON, *Introduction à la théorie générale de l'État*, Bruxelles, Larcier, 2009, 617 p.). Ce constat doit toutefois être relativisé par l'existence d'ouvrages publiés sous un titre différent, mais ayant un objet identique ou similaire (cf. *infra* note 9). Notons d'ores et déjà aussi que la « Théorie générale de la Constitution/du droit constitutionnel » ou « Théorie constitutionnelle » n'est pas mieux lotie en France. Il existe certes à l'heure actuelle quelques ouvrages portant ce titre (voir par ex. D. BREILLAT et alii, *Théorie générale du droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2006 ; M. CLAPIÉ, *Droit constitutionnel : théorie générale*, Paris, Ellipses, 2007 ; P. TÜRK, *Théorie générale du droit constitutionnel*, 3^e éd., Paris, Gualino, 2010), mais il s'agit à chaque fois d'ouvrages synthétiques, ne dépassant guère les 250 pages et dont la visée est exclusivement pédagogique (type « Mémento », « Préparation aux travaux dirigés »). Dans certains cas, leur titre induit même en erreur puisque seule une partie (assez courte) de l'ouvrage traite de la théorie générale *stricto sensu*, le reste étant consacrée à l'histoire constitutionnelle française et aux régimes constitutionnels étrangers.

7. O. JOUANJAN, *op. cit.*, p. 103.

8. M. TROPER, « La théorie dans l'enseignement du droit constitutionnel », *RDP*, 1984, p. 263 ss, repris in M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 239 ss.

état des lieux exhaustif, je voudrais à tout le moins évoquer quelques points importants.

Essai d'un bilan

Parmi les signes positifs, citons : le nombre important de monographies (thèses, livres, articles) portant sur divers aspects de la théorie de l'État ; l'existence, sous d'autres labels, de quelques synthèses ambitieuses renouvelant notre regard sur l'évolution historique et/ou l'état actuel de la puissance publique⁹ ; l'enrichissement des connaissances sur les régimes démocratiques étrangers¹⁰ (en revanche, depuis la chute du bloc de l'est, le savoir juridique sur les dictatures peine à se renouveler et même, simplement, à se perpétuer) ; le renouveau de la réflexion méthodologique sur le droit constitutionnel comparé¹¹ ; le profond regain d'intérêt des constitutionnalistes pour la théorie et l'épistémologie du droit ainsi que pour la philosophie politique et l'histoire des idées ; le rôle joué par certaines revues (*Droits*, la présente revue *Jus politicum*), des centres de recherches (l'Institut Michel Villey à Paris, etc.), des associations et, enfin, des personnalités éminentes qui, tous, ont contribué de façon active au renouvellement des recherches sur la théorie de l'État et/ou de la Constitution. Indéniablement, tant l'état de son objet (les multiples mutations affectant l'État et le constitutionnalisme)¹² que le contexte académique actuel (le renouveau de la science du droit constitutionnel depuis les années 1990) favorisent un certain bouillonnement intellectuel dont l'issue paraît prometteuse.

L'ébranlement de nos certitudes appelle en effet à un ressourcement. Face à certains défis, face à certaines innovations de la pratique qui ne rentrent

9. Cf. notamment les deux ouvrages de Jacques CHEVALLIER, *L'État postmoderne*, Paris, LGDJ, 1^{re} éd. 2003, 3^e éd., 2008 et d'Elisabeth ZOLLER, *Introduction au droit public*, Paris, Dalloz, 1^{re} éd., 2006.

10. Sans même évoquer les innombrables articles et thèses, mentionnons juste les deux manuels bien connus de Constance GREWE/Hélène RUIZ-FABRI et de Philippe LAUVAUX.

11. Cf. entre autres M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010.

12. Sur le lien entre la crise de l'État et le renouveau de la théorisation de l'État, voir déjà – pour les périodes du début et de la fin du XIX^{ème} siècle – M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, t. 2 (1800-1914), Munich, Beck, 1992, p. 423 (« Les crises existentielles amenèrent nécessairement une réflexion sur les fondements alors que les phases de stabilité politique avaient plutôt tendance à favoriser la culture du droit en vigueur ») et, pour la période de l'entre-deux-guerres, H. HELLER, *Staatslehre* (1934), repris in *Gesammelte Schriften*, 2^e éd., Mohr, Tübingen, 1992, t. 3, p. 122 s.

point dans nos classifications habituelles et qui, chez certains, suscitent des craintes et un repli sur des principes ou schémas dits « classiques » – il suffit ici d'évoquer les débats sur la nature de l'UE et des traités constitutionnels –, la science juridique est, à son tour, appelée et amenée à participer à l'élaboration intellectuelle de ces nouveaux horizons, que ce soit pour cerner ces objets, identifier l'étendue des césures, imaginer de nouvelles solutions ou, au contraire, bloquer/freiner le processus. Plutôt que de se satisfaire du travail de la seule dogmatique juridique (de « gérer » le contenu du droit positif existant, stable, confirmé), la science juridique est invitée à la fois à opérer un retour en arrière (afin notamment de vérifier en quoi consistent exactement ces modèles « classiques », et s'ils correspondent véritablement à certaines images communément véhiculées), à jeter un regard au-delà des frontières, à l'étranger où, peut-être, ces problématiques sont déjà connues (on pense ici à la problématique du fédéralisme, des systèmes politiques à plusieurs niveaux, de l'État de droit, du contentieux constitutionnel, etc.), et, enfin, à interpeller les valeurs traditionnelles et à s'interroger sur de nouvelles normes aptes à résoudre les problèmes de notre temps.

Dans ce bilan en demi-teinte, venons-en à présent aux facteurs négatifs. À ce titre, il convient d'évoquer en premier lieu un paramètre qui, bien qu'il soit si familier – ou peut-être *parce* qu'il est si familier – passe souvent inaperçu (ni Olivier Beaud ni Olivier Jouanjan n'en font état dans leur état des lieux). Pourtant, l'incidence de ce facteur sur l'état déplorable de ce savoir en France (précisons : de ce savoir tel qu'il se reflète dans les manuels) est cruciale. Il s'agit du mode (particulier) d'institutionnalisation de la théorie générale de l'État au sein des études de droit. En France, il était de tradition, et ce depuis les débuts de la science constitutionnelle au XIX^e siècle, que le cours portant sur la Constitution (française) en vigueur soit précédé d'un exposé assez étoffé (voire surchargé...) de certaines notions générales¹³. Depuis que le droit constitutionnel était positionné en 1^{re} année, l'exposé de ces idées, principes ou « problèmes généraux » (J. Laferrière) se situait au 1^{er} semestre de la 1^{re} année. À l'heure actuelle, nonobstant l'autonomie pédagogique des facultés de droit en France, le pli de l'ancien programme officiel reste encore visible, même si la dénomination « Théorie générale de l'État » – la dénomination

13. Déjà visible dans le célèbre cours de Pellegrino Rossi et, par la suite, dans les ouvrages classiques de DUGUIT et d'HAURIOU, cet enchaînement des disciplines sera officiellement imposé par les divers programmes ministériels, que ce soit, par ex., par l'arrêté du 25 juillet 1933 (cf. M. PRÉLOT, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1948, p. 26) ou plus tard par le décret du 27 mars 1954 portant réforme de la licence.

la plus courante, quoique jamais exclusive, dans le passé¹⁴ – tend très fortement à disparaître de nos jours, au profit d'autres dénominations à l'instar de « Principes généraux du droit constitutionnel » (Université de Lille II), « Droit constitutionnel général » (Montpellier I), « Introduction au droit constitutionnel » (Paris I), « Droit constitutionnel I » (Paris II), « Droit public » (Strasbourg), etc. L'originalité de la présence de ce corpus « théorique », « général » ou « introductif », en amont du cours sur le droit constitutionnel national, ressort lorsqu'on jette un regard au-delà des frontières.

Même si la question mériterait à elle seule une étude approfondie (qui reste d'ailleurs à faire¹⁵), l'on peut toutefois, d'ores et déjà, dégager quatre idéaux-types à partir de diverses solutions rencontrées dans le temps et dans l'espace : la théorie générale de l'État est tantôt le *tout*, tantôt elle est un *préalable essentiel*, tantôt elle est seulement un *complément optionnel*, tantôt elle n'est *rien*. Selon le premier idéal-type, toute la science constitutionnelle se résume dans la théorie générale de l'État ; la dogmatique du droit constitutionnel national en vigueur est délaissée ou réduite à peu de choses. Une rare illustration de ce modèle, à première vue surprenant, est la science du « *Derecho Político* » d'Adolfo Posada (1860-1944), figure illustre qui, en Espagne, a dominé la scène constitutionnaliste de 1900 à 1936, et dont l'empreinte s'étend même jusque sous la dictature de Franco¹⁶. Chez Posada, la science du « *derecho político* » agrège autour du thème de l'État des connaissances issues de la philosophie, de la sociologie, du droit comparé, de l'histoire, etc. Sous le franquisme, ce modèle de science s'est perpétué en grande partie, précisément

14. Adhémar ESMEIN (*Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^e éd., 1914, rééd. Éd. Panthéon-Assas, Paris, 2001, p. 59) se servait déjà de l'expression « Principes généraux du droit constitutionnel » pour désigner ce savoir préliminaire. Chez Maurice DUVERGER le 1^{er} tome de son manuel s'intitule « Théorie générale des régimes politiques » (cf. par ex. la 4^e éd. de son *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, PUF, 1959). Georges BURDEAU se sert du titre « L'État et son gouvernement » (*Droit constitutionnel et institutions politiques*, 19^e éd., Paris, LGDJ, 1980).

15. La question n'est abordée que de façon incidente et partielle dans J.F. FLAUSS (dir.), *L'enseignement du droit constitutionnel*, Bruxelles, 2000 (voir tout au plus : Suisse, p. 68 s ; Espagne, p. 99 ss ; Portugal, p. 117 ss ; Autriche, p. 133 ss ; Italie, p. 185 ss). On trouvera un peu plus d'informations dans les rapports nationaux in A. von BOGDANDY, P. CRUZ VILLALON, P.M. HUBER (dir.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Heidelberg, C.F. Müller, t. 2, 2008 (GB : p. 578 ss ; All. : p. 482 s ; Suisse : p. 735 ; Autriche : p. 658 ; Espagne : p. 771 s ; Grèce : p. 528, 531, 535, 549).

16. Voir l'étude détaillée et éclairante de F. RUBIO LLORENTE, « Espagne », in J.F. Flauss, *op. cit.*, p. 99 ss ainsi que A. GALLEGO ANABITARTE, *Formación y enseñanza del Derecho Público en España (1769-2000)*. *Un ensayo crítico*, 2002.

parce qu'il permettait aux professeurs de ne pas « mettre leur nez » dans un objet (la Constitution nationale) qui soit n'existait pas ou pas vraiment, soit sentait le souffre. La théorie sert de lieu d'exil.

Le second idéal type est celui où le cours sur le droit constitutionnel national en vigueur est précédé d'une partie théorique importante, en ce qu'elle fait l'objet d'un cours semestriel entier, prioritaire et obligatoire¹⁷. Très répandu autrefois, au XIX^e siècle, dans nombre de pays d'Europe (Allemagne, France, Italie, Grèce, etc.), ce modèle d'articulation des savoirs se justifiait soit par la primauté du droit naturel sur le droit positif, soit par la préséance logique de la connaissance du général sur la connaissance du particulier (« Le particulier ne peut être compris au fond que par la place qu'il occupe dans l'enchaînement général », écrivait Jellinek¹⁸). Or ces deux arguments ont perdu de leur évidence. Pour nombre de positivistes, un tel « prologue au ciel des idées (*Vorspiel im philosophischen Himmel*) », selon la formule sarcastique de Gerber¹⁹, n'a plus lieu d'être. Pour son travail de dogmatique juridique, le juriste n'a besoin que des normes du *droit positif*. A titre d'outils théoriques, il lui faut non pas des définitions générales, mais des définitions *particulières*, celles que lui fournit précisément son droit positif, celles qui reflètent l'état du droit positif de son pays (le concept de Constitution tel que compris dans son droit national, etc.). Pourquoi aller plus loin et rechercher des définitions générales/universelles ? De nos jours, ce 2^e idéal-type est très nettement en déclin. À part en France, où du reste la théorie générale de l'État est également sur la défensive, il n'y a plus, à ma connaissance, que quelques pays ou universités étrangères à maintenir cette topographie des savoirs (l'Université catholique du Portugal, l'Université du Luxembourg, certaines universités belges ou suisses)²⁰.

Prévaut, au contraire, de plus en plus le troisième idéal-type où, à l'instar

17. Dans cet idéal-type, il n'est pas exclu que la matière fasse même, par la suite, l'objet d'un cours d'approfondissement.

18. G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, 1911, rééd. Éd. Panthéon-Assas, Paris, 2005, t. 1, p. 12.

19. C.F. GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 3^e éd., Leipzig, Tauchnitz, 1880, p. 238 (« Beilage III: Abgränzung des Staatsrechts »).

20. À l'Université catholique de Louvain, le cours de droit constitutionnel situé en 2^e année et assuré par le Pr. Marc Verdussen débute par un cours semestriel sur la « Théorie générale du droit constitutionnel », suivie, au 2nd semestre, par « Le droit constitutionnel de la Belgique ». En 5^e année figure également un cours spécialisé en « Théorie générale de l'État et intégration européenne ». À l'Université du Luxembourg, au cours « Droit constitutionnel I – Théorie de l'État » suit, au 2nd semestre, un « Droit constitutionnel II – Institutions constitutionnelles comparées (Luxembourg, Belgique, France) » et, plus tard (semestre 4), un cours « Droit constitutionnel III – Droits fondamentaux ».

de ce qui se passe actuellement en Allemagne – pourtant réputée en tant que patrie intellectuelle de la « *Allgemeine Staatslehre* » ! –, le cours classique de droit constitutionnel de 1^{re} année se limite à la seule dogmatique du droit constitutionnel allemand. Outre-Rhin, le 1^{er} semestre est consacré habituellement à l'étude du « *Staatsorganisationsrecht* » (les règles relatives aux organes constitutionnels de l'État) et le 2nd semestre au régime des « *Grundrechte* » (les droits fondamentaux). La « théorie générale de l'État » n'apparaît qu'à une étape *ultérieure* du cursus, à titre de matière souvent *optionnelle*, dans certaines universités allemandes. De cette situation se rapprochent également, de nos jours, la Suisse, l'Autriche, la Grèce, l'Espagne, en partie la Belgique et la Pologne, etc., étant précisé que, parfois, ces pays basculent même vers le 4^e idéal-type.²¹ Selon le 4^e idéal-type, il n'existe point de « théorie générale de l'État » : il en est ainsi, de façon générale, en Grande-Bretagne où les juristes théorisent tout au plus la Constitution, mais point le concept d'État²² et dans nombre d'universités en Allemagne, en Pologne (à Cracovie), et dans d'autres pays où il n'existe pas même un cours optionnel, et ultérieur, de théorie de l'État.

21. Sur l'Allemagne, cf. M. JESTAEDT, p. 11, 113 et les précisions *infra*. La situation en Suisse (assez variable selon les cantons et les universités) se rapproche globalement du 3^e idéal-type. *Idem*, avec des nuances sensibles, pour l'Autriche. Dans le cadre de la Constitution de 1978, et sous la pression du nouveau programme d'études imposé par le ministère, la science espagnole s'est distanciée du 1^{er} idéal-type pour se rapprocher soit du 3^e ou 4^e idéal-type. La juridictionnalisation du droit constitutionnel va de pair, sur le plan intellectuel, avec la relégation de la théorie de l'État et l'ascension de la dogmatique juridique. Certains auteurs espagnols parlent, de manière générale, de « germanisation ». En Grèce, alors que la théorie générale de l'État (aux accents jusnaturalistes) occupait au milieu du XIX^e siècle, chez I. Kokkonis et N.I. Saripolos, une place primordiale, en amont de la dogmatique, l'introduction du positivisme juridique labandien par le fils de Saripolos, au tournant du siècle, va sonner le glas de ce savoir. À l'Université libre de Bruxelles, le cours classique de droit constitutionnel, situé en 2^e année, se décline en deux parties (institutions/droits fondamentaux). Pour la Pologne, je remercie le Pr. Krzysztof Wojtyczek pour ses renseignements.

22. Outre-Manche, les cours et manuels de « *Constitutional and Administrative Law* » ou de « *Constitutional Law* » débutent par quelques éléments de théorie particulière à la Grande-Bretagne (la définition britannique de Constitution, du règne du droit, de la souveraineté, etc.), pour se consacrer aussitôt aux règles et institutions constitutionnelles actuelles du Royaume-Uni. Il n'y a ni en amont, ni en aval de « théorie de l'État ». La discipline « *Constitutional theory* », qui, d'antan, menait une existence très marginale, et était centrée sur le constitutionnalisme anglo-saxon (cf. G. MARSHALL, *Constitutional Theory*, 1^{re} éd, Oxford, Clarendon, 1971), connaît de nos jours un regain d'intérêt, avec du reste une plus grande ouverture internationale (cf. spéc. les divers travaux de Martin LOUGHLIN dont « *Constitutional Theory: A 25th Anniversary Essay* », *OJLS*, 2005, p. 183 ss. De façon assez iconoclaste, ce dernier a même pris la défense, récemment, de la théorie de l'État : « *In Defence of Staatslehre* », *Der Staat*, 2009, p. 1 ss).

L'économie française de la théorie générale de l'État (le 2^e idéal type) a des conséquences cruciales sur l'identité de ce savoir. Aspect positif : ce positionnement au 1^{er} semestre de la 1^{re} année, en tant que cours obligatoire, garantit à ce corpus une existence pérenne et lui offre au surplus un champ de rayonnement important. À travers la transmission de certaines précompréhensions (*Vorverständnisse*) ou présupposés théoriques, l'enseignant chargé de cette matière est susceptible de marquer de son empreinte l'esprit du futur constitutionnaliste, de cadrer l'univers intellectuel de ce dernier avant même qu'il n'ait abordé la dogmatique du droit constitutionnel de la V^e République. L'étude de celui-ci se fait à travers le prisme (ou le filtre !) de la théorie générale de l'État. Le rôle de la théorie peut, en effet, être triple. Tantôt, elle agit tel un *prisme* : la théorie sert de révélateur, de grille d'analyse qui permet de situer le droit français dans l'éventail des solutions possibles et, de ce fait, accroît notre compréhension de cet objet. La théorie éclaire (révèle) la réalité du droit national²³. Tantôt, au contraire, la théorie joue le rôle d'un *filtre* qui, non seulement, obscurcit la vision du droit national, mais, en outre, au gré d'insensibles glissements, se mue en référence normative. Il en est ainsi lorsque, au mépris des particularismes d'un droit (national), celui-ci est rangé dans une catégorie qui reflète surtout les traits saillants de certains autres droits (étrangers)²⁴. De ce décalage naissent deux résultats possibles : soit l'originalité du droit national est ignorée ; soit celui-ci se voit intimer l'ordre de se mettre au diapason des autres droits (étrangers), pour être véritablement ce que, au regard de la catégorie à laquelle il appartient, il est censé être. Tantôt, enfin, si la théorie est élaborée à des fins plus ou moins ouvertement axiologiques, elle véhicule certaines valeurs qui influent sur la création (rédaction et/ou interprétation) du droit national. La théorie joue le rôle de *guide pratique* et se fait le reflet d'une philosophie ou éthique²⁵.

En même temps, le positionnement de la théorie générale de l'État au 1^{er} semestre de la 1^{re} année est à double tranchant. Il s'avère être un redoutable handicap du point de vue qualitatif. Car, pour ne point se couper de son

23. Il suffit ici de penser aux bénéfiques heuristiques qu'offre la théorie des régimes politiques (la distinction régime parlementaire/régime présidentiel) pour cerner l'identité de la V^e République.

24. Voir, à ce sujet, les diverses critiques adressées à la catégorie du « modèle européen de la justice constitutionnelle » élaborée par l'École d'Aix, catégorie au sein de laquelle le Conseil constitutionnel français se retrouve avec les diverses cours constitutionnelles étrangères.

25. Il n'est pas exagéré d'affirmer que la doctrine se fait, *grosso modo*, l'avocat des idées des Modernes. En témoignent, de façon discrète, la présence et prévalence des citations de Rousseau, Montesquieu, Locke, etc. et, de façon plus explicite, la revendication par certains professeurs de voir en leur travail intellectuel et pédagogique un « hommage » à tel idéal (la République, la démocratie libérale, l'État de droit démocratique, etc.). En témoigne également la volonté affichée par d'aucuns de participer, par leur cours, à l'éducation des (futurs) citoyens.

principal public, et compte tenu des contraintes de temps – outre la théorie générale de l'État *stricto sensu*, l'enseignant est souvent censé aussi traiter de l'histoire constitutionnelle française et de certains régimes étrangers...²⁶ –, ce savoir est *ipso facto* condamné à des simplifications et schématisations parfois à outrance. Souvent, la dimension axiologique n'est ni identifiée, ni clarifiée, ni problématisée. Pour ce qui est de la finalité cognitive, l'on se contente de quelques « généralités », de quelques typologies simples qui, certes, sont faciles à assimiler par les étudiants débutants, mais qui leur occultent la véritable *complexité et richesse de l'univers intellectuel du droit constitutionnel*. Le futur juriste aborde la réalité, et surtout les éventuelles innovations de la pratique juridique (exemple : « traité constitutionnel », etc.), avec une grille et un esprit étroits, car scolaires. On ignore les cas intermédiaires, les métissages, bref les actes, institutions et systèmes *hybrides* (osons même le terme d'« impurs »), qui, du coup, sont seulement connus de quelques spécialistes du droit comparé²⁷.

De cette situation naît un double risque : soit un usage dogmatique et antidémocratique de la théorie ; soit, au contraire, un réflexe viscéralement hostile à toute théorie. Le premier risque est que, face à de telles réalités qui ne rentrent pas dans ces classifications simples/simplistes, le juriste récite, par un discours alarmiste et stigmatisant, ces innovations comme étant de véritables « monstres (conceptuels) », quelque chose qui serait inconcevable et qui, partant, ne devrait pas/ne pourrait pas voir le jour. La liberté d'imagination des praticiens, souvent élus démocratiquement, s'en trouve à tort bridée. À l'inverse, le second risque, inverse, est que le travail de théorisation soit perçu non seulement par les juristes praticiens, mais aussi par les juristes savants comme une tâche dépassée, car nocive. La théorie risque d'être assimilée à un instrument sclérosant qu'il conviendrait, au nom de la bonne marche de la

26. Ces contraintes se répètent d'ailleurs au niveau éditorial. L'existence d'ouvrages entièrement spécialisés en théorie générale de l'État (et/ou de la Constitution) aurait l'avantage de permettre un véritable regard en profondeur sur ces questions théoriques. En l'absence d'un tel espace, la matière est traitée, voire malmenée, en quelques pages « liminaires » de manuels, dont la mise à jour n'est pas toujours garantie.

27. Cf. les propos décapants de Mireille DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit III. La refondation des pouvoirs*, Paris, Seuil, 2007, p. 99 ss : « Faut-il avoir peur des monstres conceptuels ? ». Malheureusement, même la littérature comparatiste succombe parfois à la tyrannie des modèles purs. Ainsi, dans la littérature (privatiste) sur les familles de droit, le regard du juriste comparatiste est principalement focalisé sur les exemples censés illustrer, à l'état pur, un certain modèle. Du coup, ce type de littérature, d'une part, marginalise très souvent les pays qui ont fait le choix de mélanger les traditions juridiques (les systèmes mixtes) et, d'autre part, occulte ce qu'il y a d'hybride, de complexe et de métissé, dans la tradition juridique des pays prototypes (parler de prime abord, au singulier, de « la » tradition ou culture juridique de la France, de l'Angleterre, etc. est réducteur).

pratique (de la « vie »), d'abandonner une fois pour toutes²⁸. Ce serait, pour reprendre les termes du célèbre débat en droit administratif entre Chenot et Rivéro, la revanche de « l'existentialisme » sur les « faiseurs de système ». Dans les deux cas, la véritable voie – celle de classifications subtiles qui, plutôt que d'occulter la complexité du droit par un schéma binaire « noir/blanc », visent à éclairer l'infinie diversité des nuances de *gris* – reste inexploitée.

Un plaidoyer programmatique

De ces constats, il ressort d'ores et déjà que, si l'on souhaite véritablement sauver et renouveler ce savoir théorique en France, il convient de jouer une double carte.

La première est celle de la *dynamique disciplinaire* : il faut aller dans le sens d'une plus grande autonomisation et spécialisation de ce savoir dit « théorique ». Concrètement, cela signifie qu'il faut en finir avec un certain mélange des genres. À l'heure actuelle, le cours du 1^{er} semestre, 1^{re} année, donne souvent l'impression d'un véritable bric-à-brac, d'un fourre-tout dans lequel, à *titre liminaire* – avant d'arriver au cœur de la démonstration, *i.e.* l'étude du droit national en vigueur au 2nd semestre –, on instille à l'étudiant quelques bribes de théorie, un zeste d'histoire, sans oublier quelques aperçus (nécessairement brefs !) sur les « principaux régimes étrangers » comme disait d'antan le programme officiel. C'est précisément à cette « auxiliarisation » ou « secondarisation » qu'est imputable en grande partie le faible degré de sophistication, bref la scolarisation de ce savoir. Afin de faire « respirer » la théorie, il convient de l'extraire de cette gangue, de ce bric-à-brac, où il est impossible en vérité de satisfaire les exigences propres à chacun des trois champs abordés. Ainsi, au vu de son caractère extrêmement succinct, le discours historique sur le droit constitutionnel français ne trouve guère grâce aux yeux des spécialistes de l'histoire du droit. Pour ce qui est de l'histoire du droit constitutionnel, le processus de rupture ou d'autonomisation est déjà amorcé²⁹. Pour ce qui est de la place du droit comparé, il convient tout d'abord de noter qu'il existe

28. C'est l'argument que, lors d'un entretien, une éminente représentante de la science française du droit de l'UE avait opposé à mon plaidoyer en faveur du sauvetage de la théorie générale de l'État. Voir aussi les cas de scepticisme anti-théorique cités par O. BEAUD, *Théorie de la fédération*, Paris, PUF, 2009, p. 22 ss.

29. Si, d'un côté, certains constitutionnalistes ne traitent plus, faute de temps, de l'histoire, de l'autre côté, certains professeurs d'histoire du droit (Marcel Morabito, François Saint-Bonnet, etc.) ont repris le flambeau et se sont spécialisés dans ce domaine. En témoigne aussi la création de cours portant spécifiquement sur l'histoire constitutionnelle.

en vérité plusieurs façons de faire de la science comparatiste (il y a *des* droits comparés). L'une est, par nature, inhérente à la théorie générale de l'État puisque celle-ci se veut « générale », et non « particulière/nationale », et vise donc à établir des typologies et classifications. Pour ce faire, il lui faut des matériaux issus non seulement de l'histoire (du pays du savant), mais aussi des droits étrangers (actuels ou anciens). De ce type de droit comparé se distingue la démarche consistant à étudier en détail tel pays étranger ou telle suite de pays étrangers. Cette démarche comparatiste est logiquement première ; mais du point de vue du cursus des études, elle pourrait intervenir à une date ultérieure, en prenant des formes variées selon les besoins³⁰. En tout cas, sans une telle scission, le déclin de la théorie, écrasée par la masse des autres informations, va aller *crescendo*.

La deuxième carte à jouer est celle de l'*épistémologie* et de la *méthodologie*. A l'inverse de l'Allemagne où les simples manuels de théorie générale de l'État (et/ou de la Constitution) débent, en général, par de longs développements sur la méthodologie (pluridisciplinaire) de la discipline, on cherchera en vain, dans la très grande majorité des manuels français de « Droit constitutionnel », ne serait-ce qu'une simple ébauche de réflexion méthodologique sur la partie dite « théorie générale ». Ainsi que veut dire ici « théorie » ? De quoi la théorie se distingue-t-elle ? Est pointée ici du doigt la question de la délimitation de la théorie et de la dogmatique, point sur lequel l'ouvrage de Matthias Jestaedt, comme on le verra, offre de précieux aperçus. Quelle théorie : théorie de l'État et/ou théorie de la Constitution ? Faut-il aller, comme semblent l'indiquer plusieurs indices, dans le sens d'un recentrage de la théorie de l'État vers la théorie de la Constitution ? *Quid*, enfin, du caractère « général » de cette théorie ? Pour ne prendre que ce dernier aspect, il est en effet frappant, et consternant, de constater que, mis à part quelques rares auteurs, il n'y a plus guère de réflexion en France sur le caractère « général » de la matière, et sur ce qu'est, par opposition, une théorie « particulière ». La signification même de cette distinction, datant du XIX^e siècle, s'est progressivement perdue³¹. Ainsi,

30. Il suffit de penser ici à tous les cursus focalisés sur tels pays (ex. un cursus franco-anglais) ou telle région du globe (ex. l'Europe, l'Amérique latine, l'Afrique, etc.). Dans ce cadre, une délimitation selon des critères géographiques fait sens.

31. Pour un plaidoyer convaincant et vigoureux en faveur de l'intérêt actuel de cette distinction, cf. W. TWINNING, *Globalisation & Legal Theory*, London, Butterworths, 2000. Le « général » et le « particulier » se comprennent l'un par rapport à l'autre. Classiquement, le particulier renvoie à ce qui est particulier à une nation, le général à ce qui est universel. L'existence, entre les deux, de théories à portée « régionale » (ce qui est propre à une zone géographique et/ou culturelle de la terre) est souvent ignorée ou mal cernée. Celles-ci peuvent être qualifiées soit de générales (puisqu'elles transcendent plusieurs pays) soit de particulières (comparées au degré de généralité qu'est l'universalité).

sur le plan diachronique, alors que le lecteur des manuels français aurait pu s'attendre, eu égard à la démarche « générale », à une histoire *universelle* du constitutionnalisme, il ne trouve, le plus souvent – ancien programme officiel « oblige » ! –, qu'un historique du droit constitutionnel *français*. Sur le plan synchronique, les classifications de la théorie dite « générale » s'appuient très souvent sur des illustrations tirées de certains pays « classiques » (Angleterre, États-Unis, France, Suisse, Allemagne...), alors que d'autres pays, qui pourtant présentent sur certains points des caractères indubitablement originaux – originalité qui obligerait à complexifier nos schémas –, sont souvent ignorés. Je citerai seulement, sans aucune prétention à l'exhaustivité, quelques exemples : l'Autriche (l'éclatement formelle de la Constitution, l'obsession de l'ancrage textuel), la Suède (absence de constitutionnalisation du droit ordinaire, le statut constitutionnel de l'administration), la Belgique (les spécificités d'un système fédéral comportant des vestiges de l'État régional), les Pays-Bas (le rapport droit international-droit constitutionnel), le Canada (le rapatriement de la Constitution, la clause « *notwithstanding* », le droit à la sécession d'un État fédéré), Israël (le système des Lois fondamentales), la Nouvelle-Zélande (dernier représentant du constitutionnalisme de Westminster ?), l'Inde (la définition moniste de la citoyenneté dans un système pourtant fédéral), les pays d'Amérique latine (les droits des minorités), etc. À cela s'ajoute l'oubli, déjà mentionné, du constitutionnalisme sous les diverses dictatures. Le cadre fourni par nos théories « générales » nous permet-il de cerner, et de situer, les cas de l'Iran, de la Chine, de la Birmanie, de la Corée du nord, etc. ? On peut en douter. Ce que je veux dire par là est que l'esprit de *curiosité* qui devrait animer le spécialiste de la théorie générale de l'État (et/ou de la Constitution), et qui devrait le pousser à chercher – n'ayons pas peur des mots ! – les solutions les plus exotiques, originales, iconoclastes et extrêmes, afin d'établir des classifications riches et nuancées, s'arrête souvent (pas toujours !) à la solution confortable des exemples « classiques ».

Faut-il jouer une troisième carte qui serait celle du *déplacement* de ce savoir théorique (une fois autonomisé) à une année ultérieure du cursus, à l'instar de ce qui se passe, en partie, à l'étranger (3^e idéal-type) ? Personnellement, je ne le pense pas. J'ai tendance à croire que rien n'est plus dommageable, pour le futur juriste, que de le laisser partir sur des fondements théoriques bâclés, superficiels, qui seraient réduits à quelques « notions liminaires ». Car s'il faut corriger le tir par la suite, autant, dès le départ, poser les bons jalons ! De plus, est-ce véritablement faciliter l'accès de l'étudiant à la compréhension du monde réel, en lui cachant la complexité du réel, et en l'enfermant dans une tour d'ivoire scolaire faite de notions simples, mais simplistes ? Il est vrai que, pour expliquer de la façon la plus didactique qui soit la complexité de l'univers du droit, du droit constitutionnel, il faut prendre le temps nécessaire (et même 36 heures, avec des travaux dirigés, n'y suffisent pas...). D'où, d'une

part, l'absolue nécessité d'un recentrage de ce cours de 1^{er} semestre sur la seule théorie (conformément à ce qu'exige, dans certains cas, l'intitulé officiel du cours³²) et, d'autre part, l'intérêt de *revenir*, par la suite, sur ce champ d'étude.

À l'heure où le programme ministériel d'antan a disparu, il revient à chaque constitutionnaliste, au titre de la liberté et de la responsabilité de la science, de repenser de fond en comble la pertinence des savoirs qu'il entend conserver, construire et transmettre. Pour ce faire, une question clé doit, me semble-t-il, servir de guide : Quels sont parmi tous les savoirs (déjà disponibles ou encore à créer) les savoirs *nécessaires à notre temps* ? De ce point de vue, au vu du processus de l'eupéanisation et de l'invocation si fréquente des « traditions constitutionnelles nationales », n'est-il pas urgent de construire une histoire *eupéenne* du constitutionnalisme, plutôt que de se satisfaire exclusivement d'un historique franco-français ? Au vu de la réalité et des défis de la globalisation, et sans ignorer bien sûr la difficulté de l'exercice, ne serait-il pas approprié de prendre la prétention à la généralité, au sens d'universalité, au sérieux, et de tenter d'avoir une vision véritablement *universelle* du phénomène constitutionnel ? Ne serait-il pas crucial d'embrasser cette diversité, de tenter de l'ordonner à travers des catégories et sous-catégories, de s'inspirer de ce qu'il y a de meilleur dans les diverses théories des familles, systèmes ou traditions juridiques, pour établir, grâce à un travail collectif, une cartographie du constitutionnalisme dans le *monde* ?

En tout cas, quel que soit l'avis que l'on porte sur ces propositions, il y a urgence à lancer/relancer le débat sur la raison d'être et la méthodologie de ce corpus théorique, débat qui, en France, reste pour l'instant par trop discret et circonscrit. À l'inverse, outre-Rhin, cette question a suscité une littérature bien plus vaste et riche³³. Parmi les dernières publications qui nous viennent d'Allemagne figure notamment l'ouvrage de Matthias Jestaedt.

32. C'est la solution que, pour ma part, j'ai retenue dans mon cours de 1^{er} semestre à la Faculté de droit de Lille II, où ce cours s'intitule, depuis le début des années 2000, « Principes généraux du droit constitutionnel ».

33. Parmi les seuls écrits assez récents, voir les écrits (cités plus loin) de M. MORLOK, O. LEPSIUS, Ch. GUSY, G.F. SCHUPPERT, A. VOSSKUHL, Ch. MÖLLERS, etc.

II. Nature et valeur de la théorie constitutionnelle selon Matthias Jestaedt

Derrière le titre quelque peu énigmatique – *Die Verfassung hinter der Verfassung. Eine Standortbestimmung der Verfassungstheorie* (La Constitution derrière la Constitution. Un positionnement de la théorie constitutionnelle) – se situe une réflexion profonde sur « la nature et la valeur de la théorie constitutionnelle (*Wesen und Wert der Verfassungstheorie*) » (p. 12). De petite taille, le livre déploie une démonstration intellectuelle dense, de haut vol, au verbe ciselé et puissant. Voilà un ouvrage exigeant qui ne se lit pas à la légère, il se *travaille* ; il se médite ; on le décortique. L'ouvrage, en effet, n'est pas toujours facile d'accès, surtout à cause de sa langue. Riche et sophistiqué, le langage de MJ est tantôt éblouissant de clarté et de précision (il a l'art des formules qui frappent l'esprit) ; tantôt, à l'inverse, il se meut dans le clair-obscur de notions chatoyantes, mais équivoques ; tantôt (hélas !) le style est alambiqué au point de devenir hermétique. À cela s'ajoute un usage quelque peu parcimonieux d'exemples et, sur certains thèmes, un éparpillement du propos sur plusieurs endroits du livre, ce qui appelle un jeu parfois déroutant de renvois internes (le lecteur français regrettera les vertus du plan à la française).

Mais, sur le fond, c'est un travail théorique ambitieux, et original, qui mobilise des appareils conceptuels d'auteurs venant d'horizons divers, et qui déploie une réflexion épistémologique qui, souvent, éclaire, stimule ou, au minimum (car elle n'est pas exempte de faiblesses), interpelle. Sa force est d'esquisser à partir du double héritage de l'école de Vienne et de la philosophie de l'herméneutique – les deux matrices intellectuelles qui me paraissent les plus importantes chez MJ – un archétype (un *certain* archétype) de théorie constitutionnelle. Ce faisant, MJ invite son lecteur à embrasser d'un seul regard, tel un cartographe, la diversité des savoirs relatifs au droit et au droit constitutionnel afin d'y situer la discipline dite « *Verfassungstheorie* ». Puisqu'il est peu probable que ce livre soit un jour traduit en français (exercice du reste redoutable), il m'a semblé utile, à l'occasion de cette recension, de prendre le temps nécessaire pour présenter en détail, et de la façon la plus fidèle qui soit – ce qui, sur une tâche aussi complexe, n'exclut pas le risque d'éventuelles erreurs d'interprétation –, la démonstration jestaedtienne.

Un métadiscours épistémologique prescriptif

Présentons d'abord le livre par ce qu'il n'est pas. Le but de ce livre n'est pas d'établir une radioscopie des diverses réflexions, actuelles ou passées, véhiculées en Allemagne sous le label « *Verfassungstheorie* »³⁴. Sur ce plan, MJ se contente d'un rapide diagnostic : 1. En Allemagne, ce savoir, sous ce titre, est *totalemment* absent du cursus universitaire en droit. Aucune des 39 universités sondées par MJ n'offre un cours sur la « *Verfassungstheorie* » ou « *Verfassungslehre* »³⁵. À l'inverse, la « théorie générale de l'État (*Allgemeine Staatslehre*) » ou « théorie de l'État (*Staatstheorie*) » s'en sort un peu mieux (16 cours respectivement 1 cours sur les 39 universités étudiées). Mais même la théorie de l'État reste, globalement, un phénomène minoritaire au sein du système universitaire d'outre-Rhin. 2. Dépourvue d'une existence autonome, la théorie constitutionnelle est néanmoins présente de façon latente, en ce qu'elle est imbriquée dans la dogmatique juridique au point de s'y confondre. Et c'est, en grande partie, à l'encontre de cette « symbiose », qui, selon MJ, prend des accents parfois « dramatiques » – « *Dramatik der Konfusion* » (p. 87) – que s'élève le livre. Ce statut incrémental de la théorie de la Constitution au sein de la dogmatique du droit constitutionnel permet au juriste, et notamment aux juges du *Bundesverfassungsgericht* à Karlsruhe, de passer insensiblement et imperceptiblement de l'un à l'autre, d'introduire ainsi dans la dogmatique *stricto sensu* des considérations surtout normatives tirées de la théorie. Il se trouve en effet – 3^e constat de MJ – que la théorie de la Constitution sert d'habitude à des fins de justification. Ainsi le livre débute, sur un ton sentencieux, par la phrase : « *Verfassungstheoretisches Rasonnement will Rechtfertigung sei es zuführen, sei es absprechen, dient also der Rechtfertigungszumessung* » (Les raisonnements de la théorie constitutionnelle visent soit à légitimer, soit à délégitimer, et servent donc à jauger du degré de justification ; p. 11). 4. Au titre du diagnostic de MJ, relevons également le dernier chapitre (p. 97-107) qui, à travers une brève étude comparée (États-Unis, Angleterre, France,

34. Pour un tel inventaire, cf. M. MORLOK, *Was heisst und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie ?*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988.

35. Un mot sur les mots. « *Verfassungslehre* » signifie litt. « doctrine de la Constitution ». L'expression est devenue célèbre grâce à la *Verfassungslehre* de Carl SCHMITT de 1928, ouvrage dont la traduction française porte le titre, inexact, de *Théorie de la Constitution*. Le terme allemand « *Verfassungstheorie* » (que MJ préfère à celui de « *Verfassungslehre* », parce qu'il marque plus clairement la finalité exclusivement théorique, c'est-à-dire cognitive, de ce savoir) peut être rendue en français soit par « Théorie de la Constitution », soit par « théorie constitutionnelle ». Comme cette dernière formule est plus éloquente et répandue (elle profite de la résonance de la « *Constitutional Theory* » des États-Unis), je retiens plutôt la dernière traduction, sans toutefois exclure la première.

Autriche, UE³⁶) s'interroge à la fois sur l'état de la discipline ailleurs et sur ses « conditions d'incubation ». Il en ressort notamment que c'est aux États-Unis que la théorie constitutionnelle (la « *Constitutional Theory* ») est à la fois la plus développée et la plus autonome par rapport à la dogmatique du droit constitutionnel (« *Constitutional Law* »).

Mais, mis à part ce rapide tour d'horizon descriptif, le livre de MJ se veut surtout une réflexion épistémologique *prescriptive*. Il réfléchit sur ce que *devrait être* la théorie constitutionnelle au regard de certains critères de validité scientifiques. « Ce sur quoi sont focalisées les présentes réflexions est plutôt la question de savoir, ce que raisonnablement – à la lumière de la différenciation disciplinaire des sciences juridiques – peuvent être, respectivement doivent être l'objet, la fonction et la méthode de la théorie de la Constitution et en quoi une discipline ainsi conçue peut être véritablement utile » (p. 12-13).

À ce stade, il est utile de brosser un rapide portrait intellectuel de l'auteur pour mieux cerner son programme pour la théorie constitutionnelle. Professeur de droit public, d'abord à l'Université de Erlangen-Nuremberg (2002-2011), puis à la prestigieuse Université de Fribourg, MJ (né en 1961) a suivi des études de droit à Bonn, où il a été notamment le disciple de Josef Isensee, l'un des protagonistes les plus en vue du courant schmittien. MJ est toutefois surtout réputé pour sa proximité avec l'école de Vienne. Directeur de publication des œuvres complètes de Kelsen, MJ n'est pourtant pas un simple exécuteur testamentaire, ou épigone, du normativisme viennois. Il entend poursuivre, revivifier et, donc, aussi dépasser cet héritage intellectuel que la doctrine allemande, après 1945, s'était contentée de récuser totalement en l'accusant de complicité avec le III^e Reich. Ainsi, si l'idéal de scientificité qui sert d'aune à MJ dans le présent opuscule est fortement marqué par l'école de Vienne (cf. p. 22 ss : la distinction entre droit et science du droit), le livre révèle aussi des traces d'autres sources d'inspiration, dont la pensée herméneutique de Heidegger, Gadamer et Esser, la théorie de Niklas Luhmann sur les systèmes et l'autopoïèse, la méthodologie de Max Weber (p. 66 ; on y reviendra), sans oublier – mais cela soulève, en partie, une question de cohérence intellectuelle – quelques discrets renvois à la théorie de Ronald Dworkin (cf. p. 68 ou, p. 58, la qualification du droit comme un « instrument de justice

36. Curieusement, MJ n'évoque pas la Suisse où existe également une tradition de théorie générale de l'État et désormais aussi de théorie constitutionnelle. Cf. Th. FLEINER, L. BASTA FLEINER, *Allgemeine Staatslehre*, 3^e éd., Springer, Berlin, 2004; W. HALLER, A. KÖLZ, Th. GÄCHTER, *Allgemeines Staatsrecht*, 4^e éd., Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2008; Ph. MASTRONARDI, *Verfassungslehre. Allgemeines Staatsrecht als Lehre vom guten und gerechten Staat*, Bern, Haupt, 2007.

sociale »). C'est au vu de ces influences variées, parmi lesquelles ressortent de prime abord l'alliage des deux univers de la théorie pure du droit et de l'herméneutique (d'habitude jugés incompatibles³⁷), que se laisse saisir l'originalité de la pensée de MJ, notamment par rapport à la démarche de Kelsen (qui, à deux reprises, avait présenté une théorie générale de l'État) et par rapport à d'autres auteurs s'inscrivant à leur tour dans le champ de résonance du normativisme viennois.

Le nom de ce savoir théorique : général/particulier, Constitution/État

Quel doit être l'intitulé de ce savoir « théorique » ? A l'heure actuelle, nous faut-il une « théorie générale de l'État », une « théorie de la Constitution », une « nouvelle science de l'État (*Staatswissenschaft*) », telle que prônée outre-Rhin par Gunnar Folke Schuppert³⁸ ou par Andreas Voßkuhle³⁹, ou une « théorie des formes de domination » comme l'a suggéré Olivier Lepsius⁴⁰ ? Ou, dans l'embarras, peut-on soit se contenter d'une « théorie générale » sans autre précision d'objet (esquive que l'on trouve parfois sous la plume d'auteurs français⁴¹), soit embrasser le tout à travers une « théorie générale de l'État et de la Constitution », solution préconisée en Autriche par Peter Perenthaler⁴² ? De prime abord, l'enjeu, derrière ce débat sémantique, est *potentiellement* double⁴³ : le label permet d'assigner à ce savoir un objet ou du moins un objet

37. En ce sens : R. WALTER, « Philosophische Hermeneutik und Reine Rechtslehre », in H. Vetter, M. Potacs (dir.), *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, Wien, Literas, 1990, p. 41 ss.

38. La « *Staatswissenschaft* » de G.F. SCHUPPERT (qui n'est pas sans évoquer, en France, les études sur l'État post-moderne de Jacques Chevallier) se distingue par trois traits : elle se veut résolument pluridisciplinaire avec une grande ouverture vers les sciences sociales ; son objet est l'étude des transformations de l'État (ce qui ne veut pas dire « déclin de l'État ») ; c'est une théorie de l'État qui s'est émancipée de la tutelle de la pensée schmittienne ou post-schmittienne. Cf. G.F. SCHUPPERT, *Staatswissenschaft*, Nomos, Baden Baden, 2003; *Staat als Prozess. Eine staatsrechtliche Skizze in sieben Aufzügen*, Frankfurt, Campus, 2010.

39. A. VOßKUHLE, « Die Renaissance der „Allgemeinen Staatslehre“ im Zeitalter der Europäisierung und Internationalisierung », *JuS*, 2004, p. 2 ss.

40. O. LEPSIUS, « Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'État. Point de vue allemand : de la théorie de l'État à la théorie des formes de domination », *RUDH*, 2003, p. 86 ss.

41. Ex. : Ph. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ, 22^e éd., 2010, p. 17 ss.

42. P. PERENTHALER, *Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre*, 2^e éd., Springer, Wien, 2008.

43. Ce qui veut dire aussi que, *effectivement*, l'enjeu est tantôt double, unique ou nul.

principal ; il peut valoir signe de reconnaissance à l'égard d'une certaine lignée intellectuelle. A cet égard, le livre de MJ contient quelques éclaircissements utiles, même si, au final, des questions importantes restent ouvertes.

MJ garde en effet, comme tant d'autres auteurs, le silence sur la distinction entre théorie « générale » et théorie « particulière ». À ce sujet domine un certain flou artistique. La théorie dont MJ esquisse les contours est censée être une « théorie de la Constitution », sans adjectif. Certains indices (tels le degré élevé d'abstraction visé dans les pages sur le concept de Constitution ou encore l'héritage de Kelsen qui, lui-même, visait une théorie *générale* du droit et de l'État au sens d'une théorie universelle⁴⁴) laissent penser que l'auteur prône une théorie à portée *universelle*. D'autres pages évoquent plutôt une théorie à portée *régionale* : une théorie constitutionnelle des démocraties libérales (occidentales ?). À certains endroits, il est plutôt question d'une théorie constitutionnelle propre à tel pays, propre à une Constitution *particulière*. Ainsi qu'on le verra, la théorie constitutionnelle jestaedtienne est censée être le lieu d'analyse (descriptive) des grands récits (les « *narratives* ») qui donnent sens – je cite – à « la Constitution (peut-être plus précisément : d'une Constitution concrète) » (p. 54). À cet endroit, l'auteur trébuche sur la distinction général/particulier, sans toutefois s'arrêter (il en reste à ce « peut-être »). Car, si l'on adhère au relativisme des valeurs (ce qui est le cas de MJ), il va de soi qu'il n'existe jamais un discours universel de justification des constitutions, mais tout au plus un discours propre à un pays ou, au mieux, à une aire culturelle, à une région du monde. Dès lors, la différenciation entre théorie générale et théorie particulière est cruciale.

Sur l'autre facette sémantique (« État » ou « Constitution » ?), l'ouvrage est plus explicite puisque MJ est amené à prendre position. En Allemagne, ce débat prend une coloration particulière car, depuis 1945, le fait de privilégier l'un de ces deux termes clés vaut souvent prise de parti entre les deux grands courants doctrinaux que sont, d'un côté, les disciples de Rudolf Smend (Horst Ehmke, Konrad Hesse, Peter Häberle, etc.) et, de l'autre, les disciples de Carl Schmitt (Ernst Forsthoff, Ernst-Wolfgang Böckenförde, Josef Isensee, etc.)⁴⁵. Si, pour les premiers, la Constitution précède l'État (il n'y a pas d'autre pouvoir d'État que celui institué par la Constitution ; l'État est la conséquence de la Constitution), pour les seconds, l'État précède la Constitution (il en est l'auteur, le soutien, la pré-condition, ce qui fait que l'État est un paramètre essentiel, premier, sur lequel vient, tel un habit, se greffer le principe de l'État de droit ; du coup, c'est à la lumière de cette pré-condition que

44. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, trad. Ch. Eisenmann, 1962, p. 1.

45. F. GÜNTHER, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949-1970*, Munich, Oldenbourg, 2004.

doit être interprété le sens de la Constitution⁴⁶).⁴⁷ Pour les premiers, le mot clé est « *Verfassung* » et le savoir clé la « *Verfassungstheorie* ». À leur yeux, la « *Staatstheorie* » est redondante, superflue : pourquoi, du point de vue du juriste, s'intéresser à l'État, si toutes les normes constituant l'État sont dans la Constitution ? À l'inverse, pour les Schmittiens, le terme paradigmatique est le « *Staat* » dont traite la « *Staatslehre* ». Et c'est dans cet esprit de réhabilitation du concept d'État qu'ils ont du reste fondé, en 1962, la célèbre revue *Der Staat*.

MJ (qui, comme déjà évoqué, est un ancien élève de Josef Isensee) rechigne à se laisser enfermer dans cette alternative. Il refuse de voir en la théorie de la Constitution – savoir dont il prend ici la défense – un « concept polémique (*Kampfbegriff*) contre la théorie de l'État » (p. 15). Cette affirmation reste toutefois à vérifier⁴⁸. MJ propose de reformuler les termes du débat : selon lui, il convient de s'interroger sur l'objet d'étude sur lequel se focalise chacun des deux savoirs, qui, d'ailleurs, ont pour point commun d'être des savoirs de juristes et des savoirs focalisés sur un objet (et non sur une méthode, ce qui explique l'interdisciplinarité des deux matières). Selon MJ, si les points de focalisation des deux ne sont pas les mêmes, il existe toutefois des chevauchements. L'objet principal de la « *Staatstheorie* » est l'État (la Constitution, en tant qu'élément constitutif de l'État, sera bien sûr abordée, mais elle ne sera pas l'objet central⁴⁹). À l'inverse, le regard de la « *Verfassungstheorie* » porte essentiellement sur la Constitution (l'État sera évoqué, mais à titre simplement d'élément de contextualisation de la Constitution ; l'étude sera davantage focalisée sur des normes). Tout dépend dès lors de la perspective et de l'intérêt du scientifique. MJ (influence du normativisme oblige !) fait le choix de se concentrer ici sur la « *Verfassungstheorie* », sur la Constitution en tant qu'ensemble de normes⁵⁰, sans pour autant – le lecteur le découvrira par la suite, en passant – exclure ni la possibilité, ni l'utilité d'une théorie de l'État

46. Ainsi s'explique, par ex., l'interprétation que proposent les schmittiens (spéc. Paul Kirchhof) de l'art. 79 al. 3 LF. Dès lors que la clause d'éternité soustrait les principes de l'État de droit et de la démocratie à toute révision, il va de soi, à leurs yeux, que l'étaticité (*Staatlichkeit*) de la RFA est, à son tour, protégée, l'État étant le présupposé logique de l'État de droit et de la démocratie.

47. Sur cet antagonisme, cf., outre les brèves remarques de MJ (p. 15), Ch. GUSY, « Brauchen wir eine juristische Staatslehre ? », *JöR*, vol. 55, 2007, p. 44 ss, 51 s.

48. Il serait pour le moins surprenant que, tout à coup, les idées de Kelsen et de Schmitt fassent bon ménage...

49. Cet avis est également défendu par G.F. SCHUPPERT, *Staat als Prozess*, p. 54 ; *Staatswissenschaft*, p. 743 ss.

50. À l'inverse, il n'envisage pas la Constitution comme un ensemble d'institutions. Je remercie Armel Le Divellec d'avoir attiré mon regard sur ce point.

(mais ce point n'est jamais creusé). Bien qu'il s'en défende, le choix de MJ en faveur d'une théorie constitutionnelle n'est pas « sans piquant ». En effet, son livre, qui fait suite à une intervention dans le cycle de conférences organisé par Otto Depenheuer et Christoph Grabenwarter au château de Schönburg, s'inscrit ouvertement en faux contre le discours des organisateurs et des autres participants de ce cycle, dont le maître-mot et le but ultime était de construire une réflexion sur... « l'État »⁵¹ ! Paradoxe : cette dissonance a, au final, porté fruit, du moins sur le plan du label. Car le volumineux traité récemment publié sous la direction des professeurs Depenheuer et Grabenwarter s'intitule non pas « *Staatstheorie* », mais « *Verfassungstheorie* »⁵² ! Il resterait bien sûr à évaluer l'impact, sur le fond, de ce changement de mot d'ordre : ce n'est pas un simple changement sémantique, au niveau du seul titre, qui fera disparaître l'usage de « l'argument de l'État »⁵³. A noter également que MJ présente une théorie de la Constitution alors que Kelsen, lui, présentait encore une théorie de « l'État ». Mais, à vrai dire, sur ce point, l'écart n'est qu'apparent : étant donné le postulat de l'identité de l'État et du droit, la théorie de l'État chez Kelsen se fonde dans la théorie du droit dont il n'est qu'une sous-partie⁵⁴ : c'est, pour reprendre la formule de Heller, une « théorie de l'État sans État ». Au final, il n'est pas interdit de penser que le plaidoyer jestaedtien pour la théorie

51. Selon la marche de route fixée par ses concepteurs, les « Schönburger Gespräche zu Recht und Staat » (les débats de Schönburg sur le droit et l'État) devaient contribuer « à l'élaboration d'une théorie moderne de l'État ». Le programme du cycle (consultable sur le site internet de l'éditeur Schönningh) débute sur l'affirmation suivante : « L'État représente l'unité politique, il génère et garantit le droit en vigueur, il est la catégorie majeure (*kategoriale Größe*) du raisonnement juridique. Ces évidences ont été mises en doute par la jeune doctrine publiciste allemande : celle-ci tend, sur le plan des idées, vers la dissolution de l'État et son remplacement par les concepts de « Constitution », de « liberté » et de « démocratie ». Le fait que ces conquêtes sont conditionnées par l'existence de l'État, est occulté, ce qui a pour conséquence paradoxale, que la doctrine publiciste renonce progressivement à ce qui fait le substrat de sa propre discipline ». De cette fixation sur l'État témoignent, de façon éloquente, les titres des autres publications de cette série : « L'État et les médias », « La doctrine du droit public et l'État », « L'État et la rationalité », « L'État et la religion », « L'État et la science », « L'État en tant que garant et ennemi de la liberté », « L'État et la mort », « L'État et le temps », « L'État et l'art », « L'État et la justice constitutionnelle », etc.

52. O. DEPENHEUER, Ch. GRABENWARTER (dir.), *Verfassungstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, 972 p. MJ a d'ailleurs rédigé le chapitre méthodologique où il reprend, sans grandes modifications, les idées développées dans le présent opuscule. Cf. M. JESTAEDT, « *Verfassungstheorie als Disziplin* », *ibid.*, p. 3-56.

53. Sur les différents usages, théoriques et dogmatiques, du concept d'État dans la doctrine allemande, cf. l'étude de référence de Christoph MÖLLERS, *Staat als Argument*, Munich, Beck, 2000.

54. Cf. P. BRUNET, « Michel Troper et la "théorie" générale de l'État. État général d'une théorie », *Droits*, n°37, 2003, p. 87 ss.

constitutionnelle ne soit, en partie, un cheval de Troie servant à déloger, en dogmatique, un certain raisonnement schmittien sur l'État. En témoignage, comme on le verra, la critique de MJ d'un certain usage (normatif) des « présuppositions de la Constitution », concept clé des auteurs schmittiens.

Pour une plus grande différenciation entre théorie constitutionnelle et dogmatique juridique

Alors qu'en France la théorie générale est, de par l'organisation des études de droit, différenciée clairement de la dogmatique juridique (à tel point d'ailleurs que se pose parfois la question de l'intérêt – sous-entendu : pratique – de cette partie théorique préalable), en Allemagne la problématique est inverse : les deux sont, selon MJ, si intimement imbriquées au point qu'elles sont souvent confondues⁵⁵. À lui de les démêler ! La dogmatique (car c'est elle qui est surtout visible) est prise pour le tout. Les juristes passent insensiblement d'un registre à l'autre, sans même s'en rendre compte. C'est contre cette « symbiose » (p. 20), et le « danger » d'une interpénétration « non-contrôlée » (p. 75-76), que s'insurge MJ. Il plaide pour une théorie constitutionnelle qui soit, d'une part, « indépendante ou, du moins, isolable »⁵⁶ (p. 12) et, d'autre part, méthodiquement fondée (p. 13 : « *methodengeleitetes Denken und Handeln* »).

Or pour quelle raison ? Au fondement de ce plaidoyer, il y a indubitablement un souci cognitif et analytique ou, en termes psychanalytiques, la conviction d'une nécessaire prise de conscience. Il s'agit de mieux identifier (« isoler ») dans ce magma qu'est le raisonnement dogmatique et *a fortiori* pratique, la présence et l'incidence d'arguments théoriques. L'objectif est de

55. Sur « l'indifférenciation phénoménologique », voir p. 74 ss, p. 20. Celle-ci tient à l'identité des vecteurs des deux savoirs : la dogmatique et la théorie constitutionnelle sont véhiculées par les mêmes acteurs ; elles se déploient dans les mêmes espaces éditoriaux (les mêmes revues et collections de livres servent à l'une et à l'autre) ; leurs discours s'appuient sur les mêmes mots (cf. p. 74 ss : les mots tels que « démocratie », « droits fondamentaux », « État de droit », « État fédéral », « peuple », etc. qui sont dans le texte constitutionnel et donc au cœur de la dogmatique, sont également le support de théorisations ; rares sont les termes relevant exclusivement de la théorie constitutionnelle).

56. MJ n'entend pas toutefois déconnecter totalement la dogmatique de la théorie, et inversement. La première a besoin de la seconde. Cf. p. 89 : « Pour l'instant nous avons dégagé un double enseignement, à savoir que, d'une part, la dogmatique a besoin à divers titres de la théorie et que, d'autre part, la dogmatique est sa propre référence ». Inversement, la théorie de la Constitution reste liée, chez MJ, à la dogmatique (il parle p. 67 de « relative non-indépendance ») car le rôle de la théorie constitutionnelle jestaedtienne sera définie aussi en fonction des besoins de la dogmatique.

mieux différencier dans le raisonnement des juges (les praticiens) et des savants s'adressant aux juges (la dogmatique), ce qui relève du texte en quelque sorte nu du droit positif (la matière première) et ce qui relève des inévitables présupposés théoriques ou, pour utiliser d'autres termes clés de l'herméneutique, des « précompréhensions » et du « cercle herméneutique ». Mais l'intérêt de MJ ne s'arrête pas là : à le lire, on ne peut s'empêcher de penser qu'il voudrait non seulement *identifier* les présupposés théoriques – travail de clarification conceptuelle, de labellisation, de classification –, mais qu'il vise aussi à en *déloger* certains, à en réduire de manière générale la voilure, la charpente et le poids⁵⁷. Ce qu'il préconise (prescrit !) – à partir d'une certaine ontologie et méthodologie positivistes du droit – est une dogmatique amaigrie, qui, pour définir le sens du texte constitutionnel, fait appel aux *intentions de l'auteur* de la norme (ici : le pouvoir constituant)⁵⁸, plutôt que de mobiliser des présupposés ambitieux fondés sur une ontologie lourde du droit (l'invocation d'un ordre objectif de valeurs, comme le fait la Cour constitutionnelle allemande qui se sert peu ou prou de la méthode d'interprétation subjective et historique).

Mais comment dégager au sein de cette symbiose, de cet enchevêtrement des savoirs autour de la Constitution et du droit, la province de la théorie constitutionnelle ? Pour ce faire, MJ prend comme point de départ et d'orientation le rôle de la dogmatique juridique, un choix qui, au final, s'avère riche en éclaircissements : « La nature et la valeur de la *théorie* constitutionnelle ne peuvent être dégagées qu'en liaison avec la nature et la valeur de la *dogmatique* de droit constitutionnel » (p. 17, souligné par MJ). Or quel est ou, plus exactement (puisque le discours de MJ se veut être un discours épistémologique prescriptif), quel *devrait* être l'articulation entre ces deux disciplines ?

Selon MJ, de façon idéal-typique, quatre rapports sont envisageables (p. 18 ss) : 1. La « thèse de l'identité » : les deux termes sont synonymes et désignent le même objet ou savoir. 2. Selon la « thèse de la consommation ou de l'exclusion », l'un se développe au détriment de l'autre : la dogmatique, science « dure », carrée, indispensable et utile du point de vue contentieux (sa crois-

57. Cf. sa critique d'un usage normatif des « présuppositions de la Constitution » (p. 83 ss et *infra*) et du recours aux « *Schleusenbegriffe* (concepts-écluse ou concepts-sas) » ou « *Prinzipien* (principes) » (p. 76), c'est-à-dire ces termes (à l'instar de « État de droit », « démocratie », « dignité », etc.) qui sont certes inclus dans le texte de droit positif, mais dont le contenu reste largement ouvert sur l'extérieur, sur le contexte.

58. Sur le choix de ce canon d'interprétation, cf. p. 23 s, p. 84 ss, p. 138 ss et son article « Und er bewegt sie doch ! Der Wille des Verfassungsgesetzgebers in der verfassungsgerichtlichen Auslegung des Grundgesetzes » in *Festschrift für Walter Schmitt Glaeser*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, p. 267 ss.

sance est directement liée au développement de la justice constitutionnelle), évince peu à peu la science « molle » de la théorie. 3. La « thèse de la concrétisation » (*Sonderfallthese*) : la théorie de la Constitution constitue la partie plus abstraite de la dogmatique, elle en est le soutien, le fondement normatif. 4. La thèse de la « complémentarité » : dans ce cas, à l'inverse du cas de figure n°3, la théorie n'est pas normative, mais constitue un savoir exclusivement cognitif. « La théorie constitutionnelle, en tant que discipline d'observation (*Beobachterdisziplin*), satisfait les besoins auxquels la dogmatique du droit constitutionnel, de par l'adoption de la posture de participant (*Teilnehmerdisziplin*), ne saurait répondre » (p. 19). Dans les deux derniers cas de figure (n°3 et 4), la théorie constitutionnelle est une « science auxiliaire » : à l'égard de la dogmatique, elle est une « pourvoyeuse de données (*Zuliefererdisziplin*, p. 20) », données dont la nature varie toutefois puisqu'il peut s'agir de données tantôt normatives (n°3), tantôt cognitives (n°4). MJ se revendique explicitement de la 4^e logique : la théorie de la Constitution n'est pas censée être un guide pratique, une « science directive (*Steuerungswissenschaft*, p. 26) ». C'est la posture contemplative (théorique !) qui assure à la théorie constitutionnelle, selon MJ, la plus grande valeur scientifique et la plus grande autonomie par rapport à la dogmatique. Mais, il lui arrive, par la suite⁵⁹, de ne pas rester toujours fidèle à ce programme initial.

La nature de la dogmatique du droit constitutionnel

Pour faire ressortir en creux (« en complément » dit MJ) le rôle et l'objet de la théorie constitutionnelle, il est obligé de s'intéresser d'abord de plus près à la dogmatique du droit constitutionnel (*Verfassungsrechtsdogmatik*). En Allemagne, c'est la dogmatique juridique (*Rechtsdogmatik*) qui, de façon générale, tient le haut du pavé au sein des études de droit (p. 24 ss). La raison en est la législation des Länder qui, via le système des examens d'État (*Staatsexamen*), fixe la feuille de route aux études de droit. Or, selon ces lois, l'objectif premier des facultés de droit est de former non pas des savants, mais de futurs praticiens (juges, avocats, fonctionnaires, etc.). Dans ce contexte, il n'est qu'un pas pour la dogmatique juridique de se considérer non pas comme une partie (certes importante) de la science, mais comme le Tout. C'est ce que MJ appelle le « modèle holistique » de la dogmatique juridique qui prévaut souvent de façon inconsciente (p. 24 ss). « La dogmatique du droit constitutionnel se comporte comme si elle était une sorte de science universelle du droit constitutionnel » (p. 24) ; elle prétend avoir un avis fondé sur toutes les questions ayant trait au

59. Voir infra : *La première finalité (critique) de la théorie constitutionnelle jesaedtienne.*

droit constitutionnel. Or, c'est oublier les limites de son/de tout savoir. Sur ce point, MJ s'inscrit résolument dans le sillage (néo-kantien) de Kelsen : c'est la méthode qui définit l'objet de toute science (et non l'inverse). Bien que le dogmaticien du droit, le sociologue du droit, l'historien du droit ou le théoricien du droit, etc. se servent du même terme « droit », ils ne sont pas guidés par le même intérêt cognitif, ne déploient pas la même méthode et, par conséquent, ne délimitent pas le même objet ou champ d'étude. Chacun d'eux ne se saisit pas de la même réalité. Or le choix d'un angle d'étude engendre nécessairement des angles morts.

C'est pourquoi, plutôt que d'utiliser le singulier (*la* science juridique), MJ préfère parler « *des* sciences juridiques » (souligné par moi). Pour inciter ses collègues à une prise de conscience du phénomène de « spécialisation et de différenciation croissantes des sciences » y inclus en droit, MJ va jusqu'à mobiliser l'idée d'une « séparation des pouvoirs entre et à l'intérieur des disciplines » (p. 27). Ce pluriel se décline non seulement, comme il est d'usage, au niveau de la science du droit en général – d'où les distinctions entre dogmatique juridique, théorie du droit, méthodologie juridique (*Methodenlehre*)⁶⁰, philosophie du droit, histoire du droit, sociologie du droit, etc. –, mais également, ce qui est moins habituel, au niveau de la science du droit constitutionnel. MJ parle ainsi explicitement « des sciences juridiques de la Constitution (*die juristischen Wissenschaften von der Verfassung*)⁶¹ », parmi lesquelles figure, outre la dogmatique du droit constitutionnel, la théorie constitutionnelle, voire d'autres savoirs à l'instar de la théorie de l'État, la science du droit constitutionnel comparé, probablement l'histoire du droit constitutionnel, etc.⁶² Selon MJ, du point de vue scientifique, aucun de ces savoirs ne peut prétendre à une préséance ; seul le critère (externe) de l'utilité pratique établit une hiérarchie et fait le jeu, du moins en Allemagne, de la dogmatique juridique et aussi de la méthodologie juridique.

Il s'agit donc, pour MJ, de remettre chaque science à sa place. Or quels sont les besoins auxquels répond, de façon plus ou moins scientifique, la dogmatique du droit constitutionnel ? Quels sont, à l'inverse, les besoins scientifiques non satisfaits par la dogmatique, dont certains seront pris en charge par la théorie constitutionnelle ? Qu'apporte ou, plus exactement,

60. Précisons que, outre-Rhin, ce savoir, qui en France est peu différencié et institutionnalisé, a trait à l'étude des méthodes d'interprétation.

61. M. JESTAEDT, « Verfassungstheorie als Disziplin », *op. cit.*, p. 14.

62. MJ ne fournit toutefois ni une liste exhaustive des sciences juridiques (et, en particulier, des sciences du droit constitutionnel), ni une cartographie précise de leurs positions respectives. La liste indiquée a été établie à partir d'informations disséminées dans le livre de MJ.

qu'est-ce qu'est censée apporter chacune de ces deux disciplines : la dogmatique de la Constitution et la théorie de la Constitution ? Sur la définition de la dogmatique (un terme qui, en France, est encore assez inhabituel), le lecteur français qui serait à la recherche d'une clarification conceptuelle didactique, sera quelque peu frustré. Si le propos de MJ ne manque pas d'intérêt (il éclaire, de façon incisive, certains traits identitaires de la dogmatique réelle et propose, dans le sillage de Kelsen, un autre modèle de dogmatique), son accès n'est pas toujours aisé, ne serait-ce qu'à cause de l'éclatement du propos. Il nous faut donc prendre ici de la hauteur, mais aussi de la distance pour cerner le propos de MJ.

Pour définir la dogmatique, un premier point de départ, éclairant (qui n'est pas mentionné par MJ), est livré par Kant à travers sa célèbre distinction entre les deux questions *Quid ius ?* (Qu'est-ce que le droit ?) et *Quid sit iuris ?* (Que dit le droit, de tel pays à tel moment, sur tel point ?)⁶³. Si la première question est celle à laquelle répond la philosophie et/ou théorie du droit, la seconde est celle à laquelle répond ce qu'on appelle aujourd'hui la dogmatique du droit. Ce point acquis, la définition de la dogmatique soulève toutefois aussitôt de redoutables difficultés qui se laissent résumer, me semble-t-il, en deux questions : 1. La dogmatique est-elle un exercice scientifique ? 2. La dogmatique est-elle, nécessairement, systématique ?

Au sujet de la première question, on sait que, pour Michel Troper⁶⁴, la dogmatique est non pas une science, mais un art faisant intervenir des jugements de valeurs. Si l'on part du point (admis par Kelsen et aussi, implicitement, par MJ) que la pratique du droit est imprégnée de valeurs, est « impure », il reste à savoir jusqu'à quel point la dogmatique du droit – à force de se rapprocher du point de vue interne des praticiens – est, à son tour, amenée « à se salir les mains » (si j'ose dire) et à affirmer des jugements de valeur. En d'autres termes, le point de vue de la dogmatique s'identifie-t-il à celui des praticiens ou existe-t-il un écart, même minimal, qui assurerait la scientificité du discours du dogmaticien par rapport à celui du praticien ? Selon MJ, le propre de la dogmatique est, à l'instar de la « *Methodenlehre* », sa focalisation sur la pratique. « Le destinataire (idéal ou réel) de la dogmatique du droit constitutionnel est – outre la communauté scientifique des dogmaticiens du droit – le praticien, celui qui participe au processus de production du droit (...) » (p. 29). La dogmatique « s'approprie la perspective du praticien du droit »

63. I. KANT, *Metaphysik der Sitten*. Teil I: *Rechtslehre* (2^e éd., 1798), Introduction, § B. Voir aussi A. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 2^e éd., Munich, Beck, 1997, p. 7, 11 s.

64. M. TROPER, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in P. Amssek (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, 1994, p. 316, 319 ss.

(p. 37 ; cf. aussi p. 89) ; selon MJ, qui reprend la célèbre distinction de Hart, le dogmaticien « adopte le “*internal point of view*” » (p. 37). C'est donc dire, implicitement, que la dogmatique n'est pas scientifique. À d'autres endroits, MJ la qualifie toutefois de scientifique lorsqu'il affirme : « La dogmatique sert, à l'égard des praticiens investis du pouvoir de décision, *d'aide scientifique* à l'application [du droit positif] »⁶⁵. Déconcertante de prime abord, cette contradiction n'est toutefois qu'apparente si l'on admet que MJ évoque, à tour de rôle, sous le même mot (*la* dogmatique) deux dogmatiques différentes : celle, réelle, qu'il a sous les yeux et qui, précisément, se veut souvent être une « *Steuerungswissenschaft* » (science directive) et qui donc, au regard de l'épistémologie de l'école de Vienne et de MJ, n'est pas scientifique (cf. p. 90, 94) ; puis la dogmatique que MJ appelle de ces vœux, celle qui est scientifique et qu'il appellera tout à la fin « la dogmatique axée sur la connaissance du droit (*Rechtserkenntnisdogmatik*) » ou « dogmatique de l'hétéro-programmation (*Fremdprogrammierungsdogmatik*) » (p. 90). On reviendra plus tard sur les contours précis de cette dogmatique *stricto sensu* chez MJ (voir infra *La seconde finalité de la théorie constitutionnelle jestaedtienne*).

La seconde question clé, qui permet d'éclairer la nature de la dogmatique, à trait à l'idée de « système » (un mot qu'il convient d'employer avec précaution). Dans quelle mesure la dogmatique, qui entend d'abord répondre à des questions *précises* – Que dit le droit (ici : le droit constitutionnel du pays X, à la date Y) sur tel ou tel point ? –, est-elle liée à l'idée de *système* ? Après tout, au début du XIX^e siècle, avant la rupture introduite par Aubry et Rau, l'école française de l'exégèse a fourni une dogmatique qui, en commentant le Code civil article par article, phrase par phrase, mot par mot, était certes exhaustive sur chaque point (« systématique » en ce sens), mais elle ne produisait pas un système théorique, au sens d'une théorie générale et transversale, constituée de principes abstraits⁶⁶. De même, aux États-Unis, il existe une dogmatique des différentes branches du droit, mais celle-ci reste très casuistique et rétive à la construction de théories générales⁶⁷. Il y a donc différentes conceptions de la dogmatique : la « conception allemande » (fortement systématisée) n'est pas celle des Anglais (p. 103).

Sur ce point délicat, MJ donne, à divers endroits de son exposé (il serait trop fastidieux d'en faire la liste), plusieurs aperçus ponctuels dont chacun mériterait d'être creusé et, surtout, d'être replacé dans un tableau d'ensemble

65. P. 30 (souligné par LH). Voir aussi la référence à la science dans le titre p. 29 (« *Dogmatik als geltendrechtliche Gebrauchswissenschaft* ») et les renvois à l'idée de « *Verfügungswissen* » (p. 31, 72).

66. Cf. Ph. JESTAZ, Ch. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 71ss.

67. Voir MJ, p. 101 et Ph. JESTAZ, Ch. JAMIN, *op. cit.*, p. 265 ss.

(hélas absent). Un essai de synthèse (nécessairement personnel) pourrait être le suivant : MJ note le lien entre dogmatique et l'idée de système au sens de l'exigence d'exhaustivité et de cohérence logique (p. 87). Mais, comme déjà indiqué, le terme de « système » peut dénoter davantage, à savoir la construction de théories générales ; il peut évoquer l'existence de principes abstraits dégagés à partir des matériaux, plus ou moins épars ou déjà en soi plus ou moins systématisés, du droit positif. Selon MJ (p. 87), la systémativité (sous cet angle) de la dogmatique ne devrait pas porter plus loin que la systémativité du droit positif lui-même, *si* la dogmatique entend refléter fidèlement l'état réel du droit positif, avec ses éventuels caprices et incohérences, et ne se livre pas à un embellissement de ce dernier (ce que, toutefois, la dogmatique réelle tend fréquemment à faire : lire p. 34 et les explications *infra* sur la fonction d'occultation de la dogmatique). En effet, selon MJ (lire p. 54 ss, 60, 88 et les explications *infra*), c'est à la seule théorie constitutionnelle qu'il revient de développer ce second sens de système ; à elle de dégager, via l'instrument cognitif des idéaux-types, la logique pure des divers principes abstraits (État de droit, démocratie, etc.), indépendamment des contingences de tel ou tel droit positif.

Les limites de la dogmatique

L'objet (positif) de la dogmatique étant défini, il reste à en identifier les « déficits » ou les « angles morts (*Ausblendungen*, p. 32) ». Précisons que la dogmatique visée ici par MJ est (implicitement) surtout la dogmatique réelle, mais parfois son propos pourrait aussi s'appliquer à la dogmatique préconisée par lui. Au sujet de « la » dogmatique, MJ parle de façon récurrente d'un « déficit théorique (*Theoriedefizit*, p. 32 ss), sans préciser ce qu'il entend par le terme de « théorie » dont le sens peut varier, et varie effectivement. À certains moments, il évoque aussi un « déficit de réflexion (*Reflexionsdefizit*, p. 36, 39) ». De prime abord, ce dernier terme, vague, pourrait recouvrir pléthore de propos (une critique peut être qualifiée de « réflexion »). En même temps, le terme « réflexion » semble plutôt, sous la plume de MJ, avoir un sens plus précis. Par déficit de réflexion ou de réflexivité, il stigmatise l'inconscience des juristes qui ignorent les présupposés de leur propre argumentation et qui, ainsi, font preuve de « dogmatisme » au sens kantien du terme (cf. p. 40). Schématiquement, MJ distingue deux types de « déficits théoriques » selon leurs origines.

Dans le premier cas de figure, le déficit de théorie est dû à la « focalisation de la dogmatique sur la pratique juridique » (p. 33), *i.e.* l'appropriation du point de vue des praticiens. S'adressant à des praticiens d'habitude fort peu

versés dans le domaine de la théorie, la dogmatique est amenée à simplifier les choses, à schématiser, à raccourcir des raisonnements, bref à se servir d'une « théorie vulgarisée, à usage quotidien (*Gebrauchs- und Alltagstheorie*, p. 34) ». Là où le débat théorique est complexe et suscite parfois le doute – MJ ne cite pas d'exemples, mais on peut par ex. penser aux débats sur la définition de principes théoriques (ou philosophiques) aussi indéterminées que la dignité de l'être humain, l'État de droit, la séparation des pouvoirs, etc. –, la dogmatique « dogmatise » (p. 33). Si l'on veut aider – surtout si l'on veut guider – les praticiens, le message, pour être efficace, doit être clair et certain ; tout doute doit être éradiqué, occulté (p. 33).

Toujours au titre de cette première catégorie, MJ cite également une autre problématique qui révèle en creux une autre définition du mot « théorie ». Ce qui est en cause ici, ce ne sont pas des présupposés ou principes théoriques (le cadre théorique d'un raisonnement), mais l'opposition classique entre théorie (un savoir fondé sur l'observation) et pratique (l'art de décider). Selon MJ, la dogmatique juridique, loin de décrire toujours fidèlement le droit positif, en déforme l'image (p. 34 s). Elle abandonne la posture d'observateur pour s'ériger en autorité prescriptive, et ce de deux manières. D'une part, elle cache les aspects moins reluisants (« appétissants », p. 34) du droit positif, à savoir le caractère erratique, aléatoire, bigarré, incohérent et surtout politique de la fabrication du droit (« la fonction d'occultation de la dogmatique / *Abdunkelungs- und Verschleierungsfunktion der Dogmatik* », p. 34). À force de vouloir donner du droit positif une image systématique et pour vendre le droit – MJ parle de « marketing du droit », p. 35 – auprès de justiciables qui croient dans les vertus d'exactitude, de rigueur et de cohérence du droit (le droit est ordre !), la dogmatique fournit des rationalisations *a posteriori*. Elle rend cohérent ce qui ne l'était pas, du moins pas dans l'esprit de ses créateurs. Elle ne décrit plus ; elle légitime. En outre, de par son travail de systématisation, la dogmatique est amenée insensiblement à étendre/exagérer la portée normative des solutions du droit positif au-delà de ce que ce dernier prévoit en l'état. Ce faisant, le praticien n'est plus conscient de sa propre marge de liberté : à lire les écrits des dogmaticiens, il se croit lié alors qu'il ne l'est pas, ou pas à tel point (p. 35 s).

MJ distingue ensuite un second type de déficit théorique dont l'origine serait due à la « focalisation de la dogmatique juridique sur le droit positif en vigueur (*lex lata*) » (p. 36 ss). Le droit positif (de tel pays, à tel époque) trace le cadre des réflexions de la dogmatique, qui, du coup, accuse un certain déficit « de théorie » et/ou de « réflexion ». Sous la plume de MJ on peut identifier quatre déficits différents. 1. La dogmatique juridique manque de distance par rapport au droit en vigueur et ne saurait développer une critique (sous-

entendu : externe⁶⁸) du droit positif. Elle ne s'interroge pas sur le « Pourquoi », c'est-à-dire la légitimité, de la Constitution. Son rôle se limite à vérifier si tel contenu normatif fait, ou non, partie du droit positif. Le « déficit théorique » (ou déficit de réflexion ?) pointé ici par MJ consiste dans l'absence d'une critique du droit positif. 2. La dogmatique se doit de rester proche du droit positif. Si le droit positif est surtout casuistique et concret, la dogmatique le sera à son tour. « Déficit théorique » rime ici avec absence de système. 3. Si, en revanche, comme c'est le cas outre-Rhin, le juge (la Cour constitutionnelle fédérale) se sert de constructions théoriques (normatives) audacieuses, la dogmatique sera, à son tour, théorique et systématique. Mais, dans la mesure où la doctrine verse dans un « positivisme des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgerichtspositivismus*) », sa théorie sera un simple décalque de la théorie développée par la Cour. « Déficit théorique » rime ici avec absence de réflexion autonome sur des principes normatifs. 4. Ayant les yeux rivés sur les normes (celles du droit positif), la dogmatique ne saurait s'intéresser aux « paramètres non juridiques [d'ordre culturel, social, économique, etc.] qui assurent la bonne marche du processus d'application du droit (*die nicht-rechtliche Bedingungen des Rechtsanwendungsgeschehens*, p. 38) ». « Déficit théorique » signifie ici déficit de savoir interdisciplinaire.

Au vu des différents sens du mot « déficit théorique », il n'est pas certain que la subdivision retenue par MJ soit la plus adéquate. Du reste, la liste des angles morts est incomplète. MJ le relève lui-même, lorsqu'il mentionne par la suite (p. 41) un autre déficit théorique, qui est d'ailleurs à placer au premier rang : la dogmatique du droit constitutionnel, comme toute dogmatique juridique, a besoin d'un concept du droit, concept qui lui est fourni par la théorie du droit. En quelque sorte, la dogmatique du droit constitutionnel a besoin d'un concept de Constitution que lui fournira la théorie constitutionnelle (ou la théorie de l'État) qui, à leur tour, pour conceptualiser la Constitution en tant que norme juridique, auront besoin d'un concept du droit qui, lui, est fourni par la théorie du droit. On pourrait encore ajouter deux autres angles morts non mentionnés par MJ : de par sa focalisation sur le droit en vigueur (droit national, droit actuel), la dogmatique n'est guère amenée à s'intéresser – du moins pas de façon exhaustive⁶⁹ – ni aux droits étrangers, ni aux droits

68. Sur la distinction entre critique interne et critique externe, cf. A. KAUFMANN, *op. cit.*, p. 12. MJ n'évoque pas le cas de la critique interne au droit positif (ex. la mise en cause, par la doctrine, de la conformité d'une loi à la Constitution positive).

69. Dans quelques cas, le droit en vigueur renvoie à un droit antérieur (cf. le statut de la Déclaration de 1789 sous la V^e République) ou un droit étranger (ex. les lois de réception du droit anglais aux États-Unis). Ces hypothèses d'appropriation ou d'incorporations, si elles sont réelles, sont

nationaux antérieurs. Quoi qu'il en soit, ce qui ressort indubitablement de la démonstration de MJ est la réfutation du modèle holistique : la dogmatique du droit constitutionnel ne saurait prétendre à être, à elle seule, *la* science du droit constitutionnel (à supposer d'ailleurs qu'elle soit toujours une science). Elle a des angles morts : il y a des savoirs, en dehors d'elle, sur l'objet « Constitution » ou sur l'objet « droit » qu'elle ne maîtrise pas et dont, parfois, elle a pourtant besoin. Il y a donc de l'espace pour une théorie constitutionnelle...

Les objets potentiels de la théorie constitutionnelle

Reste maintenant à identifier, parmi tous ces angles morts, ceux qui sont pris en charge par la « théorie constitutionnelle » et ceux qui sont pris en charge par d'autres disciplines (à l'intérieur ou à l'extérieur des sciences juridiques de la Constitution) à l'instar de la théorie générale de l'État, l'histoire constitutionnelle, le droit constitutionnel comparé, la théorie du droit, la sociologie du droit/science politique, etc. À vrai dire, MJ n'esquisse pas une topographie exhaustive de tous ces savoirs. Son objectif est plus modeste : il s'agit avant tout pour lui de définir, en corrélation avec la dogmatique du droit constitutionnel, le contenu (un *certain* contenu) de la *théorie constitutionnelle*. Ce faisant, il aborde toutefois, quoique de façon incidente et rapide, les liens de celle-ci avec d'autres disciplines.

Potentiellement, la théorie constitutionnelle n'a pas, selon MJ, une seule fonction, mais plusieurs. *Latissimo sensu*, la théorie constitutionnelle répond à un faisceau de questions, elle ouvre une pluralité de perspectives, car elle opère, potentiellement, avec une pluralité de concepts de Constitution. À ce titre, MJ distingue au sein de toutes les définitions du concept de Constitution quatre binômes conceptuels (p. 47 ss) : 1. la distinction entre Constitution au sens formel et Constitution au sens matériel ; 2. la distinction de Carl Schmitt entre lois constitutionnelles et Constitution (ou Constitution « positive ») ; 3. la distinction entre Constitution réelle (le mot « réel » renvoyant ici au droit positif, à la *lex lata*) et Constitution idéale (la Constitution de droit naturel, *de lege ferenda*) ; 4. la distinction entre la Constitution réelle, factuelle (le mot « réel » renvoyant ici à un « *Sein* » : l'organisation effective du pouvoir politique) et la Constitution normative. Alors que la dogmatique du droit constitutionnel, selon MJ, se sert des concepts de « Constitution formelle », « lois constitutionnelles », « Constitution réelle » et de « Constitution normative », la théorie constitutionnelle, quant à elle (prise au sens le plus large),

toutefois minoritaires et ne visent qu'un seul droit supplémentaire.

élargit l'horizon du juriste aux quatre autres concepts de Constitution. De cet élargissement du regard témoigne le titre même de l'ouvrage (« La Constitution derrière la Constitution ») : la théorie constitutionnelle s'intéresse à une *autre* Constitution, à un autre *concept* de Constitution que celui des dogmatiques. Mais dès lors qu'il n'existe pas moins de quatre concepts d'ouverture possibles (la Constitution matérielle, la Constitution « positive », la Constitution idéale et/ou la Constitution factuelle), la théorie constitutionnelle prend à chaque fois un visage différent selon le concept retenu, selon l'ouverture opérée.

Or, parmi toutes les configurations imaginables, quelle est celle que retient MJ ? Quelle est, selon lui, l'ouverture la plus urgente à opérer ? Quels sont, du côté de la dogmatique, les angles morts les plus importants à combler ? De la part d'un juriste positiviste, défenseur de Kelsen, mais qui, sur ce point, est peut-être plus proche de Max Weber que de Kelsen⁷⁰, la réponse est en partie surprenante. Selon MJ, l'intérêt majeur de la théorie constitutionnelle est d'introduire une interrogation fondamentale sur la signification et la légitimité de la Constitution. Alors que, eu égard aux limites et angles morts de la dogmatique, la théorie du droit – une théorie du droit comprise au sens analytique-positiviste – participe à la réflexion méta-dogmatique en éclairant les éléments « formels et structurels » de la morphologie du droit (du droit en général), l'intérêt de la théorie constitutionnelle consiste à aborder « une question transcendant le droit positif, celle du sens et de la justification de ce droit constitutionnel positif (*die das positive Recht transzendierende Frage nach Sinn und Berechtigung ebendieses positiven Verfassungsrechts*; p 41) ». En complément à la théorie du droit dont elle est l'alter ego, le « jumeau (*Zwillingsdisziplin*) », la théorie constitutionnelle s'intéresse à la dimension « matérielle-substantielle » du droit constitutionnel (p. 41). L'auteur ne précise pas s'il s'agit de l'aspect matériel-substantiel du droit constitutionnel d'un pays en particulier ou de façon (plus ou moins) générale (cf. *supra*). La théorie du droit, au sens analytique-positiviste, est bien générale et même universelle ; la théorie constitutionnelle est-elle, à son tour, universelle, régionale ou seulement nationale ? En l'absence de réponse claire et explicite, je pense que MJ retient, implicitement, la dernière et avant-dernière option. Quoi qu'il en soit, il ressort de la question assignée par MJ à la théorie constitutionnelle une grande proximité avec la philosophie du droit, proximité qui, toutefois, n'est pas véritablement

70. La place du concept de légitimité révèle en effet l'écart entre la « pureté » de Kelsen (qui réfute l'intérêt de ce concept) et la « neutralité axiologique » de Weber (qui, au contraire, en souligne l'importance). Sur ce point, cf. L. HEUSCHLING, « Le relativisme des valeurs, la science du droit et la légitimité. Retour sur l'épistémologie de Max WEBER » in L. Fontaine (dir.), *Droit et légitimité*, Bruylant, à paraître en 2011.

creusée. Car, au fond, n'est-ce pas, via la théorie constitutionnelle, réintroduire au sein de la/des science(s) juridique(s) du droit constitutionnel la problématique des valeurs que Kelsen voulait, par souci de « pureté », reléguer hors du périmètre de la science juridique ? Les propos de MJ sur les rapports entre légalité et légitimité restent toutefois trop équivoques pour se faire une idée claire à ce sujet et pour emporter conviction.⁷¹

La première finalité (critique) de la théorie constitutionnelle jestaedtienne

MJ assigne à la théorie constitutionnelle deux finalités principales. La première est de servir de « critique de la Constitution de droit positif à l'aune de la Constitution idéale » (p. 51 ss ; voir aussi p. 93 s). Cette critique peut être « positive ou négative » (p. 50) : elle sert soit à légitimer soit à délégitimer le droit positif. La théorie constitutionnelle devient ici une « philosophie du droit constitutionnel », voire – lorsque la réflexion se transforme en véritable action politique –, la « variante scientifique de la politique de droit constitutionnel » (p. 51). Or, sauf à penser que MJ aurait, nonobstant ses affinités kelséniennes, tout à coup adopté l'axiome épistémologique du cognitivisme éthique (ce que rien ne laisse présumer), il est malaisé de savoir en quoi puisse consister « la prétention à la scientificité » d'une telle « politique du droit (constitutionnel) » (p. 93). En quoi la science pourrait-elle dégager objectivement des idéaux ? En quoi la science serait-elle à même de fournir ou du moins de contribuer à une critique externe ? MJ semble d'ailleurs, en partie, être conscient de l'impasse. D'une part, il n'approfondit guère cette première finalité ; il se contente tout au plus d'évoquer brièvement le rôle des sciences comparée et historique du droit, lesquels « peuvent être menées dans un but critique »⁷². D'autre part, il admet *in fine* (p. 94) qu'une telle conception

71. P. 64 : « Alors que la dogmatique du droit constitutionnel a trait – si je puis m'exprimer de façon aussi schématique – à la *légalité* constitutionnelle et que la théorie constitutionnelle ajoute la perspective de la *légitimité* constitutionnelle, il revient à la théorie constitutionnelle en tant que discipline réflexive et fondamentale la double mission, d'une part, de distinguer (*scheiden*) la légalité et la légitimité eu égard à la rationalité propre à chacune (*die Verfassungslegalität und die Verfassungslegitimität in ihrer jeweiligen Eigengesetzlichkeit zu scheiden*) et, d'autre part, de les médiatiser dans leur rapport réciproque (*in ihrer Bezogenheit zu vermitteln*) ».

72. P. 52. Les conditions de pensabilité d'une telle critique restent à définir. Il reste notamment à infirmer la démonstration, à première vue imparable, d'Otto Pfersmann (« Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC*, 2001, p. 275 ss), selon lequel le postulat du non-cognitivisme éthique interdit à la science (fût-elle comparatiste) de s'ériger en instance critique. La science pourrait tout au plus critiquer les *moyens* employés par les praticiens, mais jamais les *buts* ultimes. Or MJ ne s'appesantit pas sur ces difficultés et passe à autre chose :

de la théorie constitutionnelle serait en vérité « dangereuse » pour le « véritable » objectif de la théorie constitutionnelle. Il n'empêche : le mal est fait ; le message est brouillé⁷³.

La seconde finalité (cognitive) de la théorie constitutionnelle jesaedtienne

La seconde finalité de la théorie constitutionnelle, selon MJ, est d'établir une doctrine de ce qu'il appelle, sans autre précision, les « lois de mouvement de la Constitution (*Lehre von den Bewegungsgesetzen der Verfassung*) ». Or quel est le sens exact de ce terme ? Quel est le fil rouge de ce second volet ? Selon MJ, le second volet de la théorie constitutionnelle jesaedtienne aurait trait non pas à la critique du droit constitutionnel positif, mais à « l'explication (*Erklärung*) » et à « l'attribution de sens (*Sinngebung*) » (p. 53). « Il s'agit d'enquêter sur le Pourquoi (*Warum*) et le Pourquoi (*Wozu*) de la Constitution, de détecter le sens propre de la *Constitutio lata*, qui se cache en quelque sorte derrière les dispositions individuelles du droit positif » (p. 53-54). Le mot clé qui revient ici constamment sous la plume de MJ est celui de « *Sinn* », qui peut être rendu tantôt par « sens/signification », tantôt par « sens/finalité/*telos* ». Mais, à la lecture des propos subséquents de MJ, l'on peut s'interroger sur l'épaisseur de ce dénominateur commun qui semble surtout se limiter au critère d'une démarche strictement cognitive. Sous le terme plurivoque de « *Lehre der Bewegungsgesetze* », MJ range en effet deux types d'analyses dont l'objet est sensiblement différent (il parle d'ailleurs, p. 57, des « deux branches » de cette doctrine).

Évoquons d'abord – pour mieux faire ressortir le contraste –, la branche que MJ lui-même évoque en seconde place. Il s'agit de la « doctrine des conditions de réalisation du sens normatif (*Lehre von den Bedingungen normativer Sinnerfüllung*) » (p. 57 ss, p. 61 ss). « Il s'agit des conditions qui doivent être remplies, afin qu'une norme puisse déployer effectivement le rôle auquel elle prétend intrinsèquement, à savoir d'être un moyen de régulation sociale ainsi qu'un instrument de la justice sociale » (p. 58). A titre d'illustration, MJ cite les deux concepts des « présuppositions de la Constitution (*Verfassungsvoraus-*

il évoque les finalités cette fois-ci cognitives de la comparaison (l'élaboration d'idéaux-types). Au prix d'une certaine incohérence, l'auteur est ainsi amené à faire cohabiter sous une même rubrique (« La critique de la Constitution positive ») les idéaux et les idéaux-types dont, pourtant, il souligne la différence.

73. À noter que l'écrit ultérieur de MJ (« *Verfassungstheorie als Disziplin* », *op. cit.*, p. 23 ss) maintient telle quelle cette première finalité, sans apporter des clarifications.

setzungen) » et des « attentes constitutionnelles (*Verfassungserwartungen*) », deux concepts introduits en 1973 par Herbert Krüger et fixement arrimés dans le débat allemand par Josef Isensee⁷⁴. Intéressons-nous, pour simplifier, surtout au premier concept qui est le plus parlant. Il désigne les « facteurs de nature juridique ou factuelle dont dépend la mise en œuvre pratique d'une position juridique garantie par le droit constitutionnel, sans que pour autant ces facteurs fassent partie des garanties ou limites de cette position de droit constitutionnel » (p. 61). Ces présuppositions (ou pré-conditions) sont soit d'ordre social (non juridique), soit elles relèvent certes du droit, mais non du droit constitutionnel. Ainsi, pour citer un exemple (non cité par MJ), le bon fonctionnement de la démocratie présuppose l'existence de la part des citoyens d'un certain engagement civique, sans quoi – si tous les citoyens s'abstiendraient d'aller voter – le système constitutionnel s'effondrerait. Une République sans Républicains se meurt, problématique bien connue outre-Rhin depuis Weimar... Selon MJ, ces pré-conditions font partie du « contexte » de la norme, mais non de la « norme elle-même » (p. 63 ; lire aussi p. 83) ; elles thématisent ses conditions de réalisation sociale, mais elles « ne modifient ni son contenu ni son statut » (p. 62), aspects auxquels s'intéresse en priorité la dogmatique.

Aussi, faute de consécration en droit constitutionnel positif (de « positivisation »), les présuppositions ne saurait relever du registre de la dogmatique. MJ s'inscrit ici en faux contre la tendance de certains auteurs, dont Josef Isensee, de s'appuyer dans la dogmatique sur ces pré-conditions pour dégager de nouvelles normes de droit positif ou donner un nouveau sens au droit positif (cf. p. 131 note 94, p. 76 s). Selon MJ, le sens du droit positif (on y reviendra) doit être défini en fonction des seules intentions du législateur. Pour autant, MJ ne souhaite pas que la science constitutionnelle *lato sensu* se désintéresse de cette thématique ; au contraire, il lui offre, à titre de lieu d'accueil (de "havre" si j'ose dire), la discipline de la théorie constitutionnelle qui comblerait ainsi un déficit théorique de la dogmatique. On notera toutefois, en passant, que ce havre devient en l'espèce une prison puisque la dogmatique jestaedtienne, dans son travail de définition du sens et de la portée des normes du droit positif, n'est pas censée en tenir compte⁷⁵. À noter également que la

74. H. KRÜGER, « Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen », in *Festschrift Ulrich Scheuner*, Berlin, Duncker & Humblot, 1973, p. 285 ss; J. ISENSEE, « Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung », in J. Isensee, P. Kirchhof (dir.), *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, Müller, 1^e éd., vol. 5, 1992.

75. Lire p. 62 : « (...) le statut en droit positif et le contenu d'une norme constitutionnelle se laissent isoler et analyser, indépendamment de son contexte *non* érigé en rang constitutionnel, et qui est formé de pré-conditions et d'attentes de la Constitution ». « Seule la norme (...) mais

théorie constitutionnelle devient ainsi le lieu de confluence interdisciplinaire, où le savoir juridique est mis en perspective avec les sciences voisines dont les sciences sociales (cf. p. 67 ss).

Venons-en à présent à la branche de la doctrine des lois de mouvement de la Constitution, que MJ développe en premier. S'y reflète un autre sens du terme « loi de mouvement » et d'ailleurs aussi un autre rapport entre dogmatique et théorie. Cette branche porte sur la « contextualisation des phénomènes constitutionnels individuels “dans” la totalité de la Constitution » (p. 54 ; guillemets de MJ ; cf. p. 54 ss, 60, 89 ss). MJ part ici à nouveau du travail de la dogmatique pour noter de façon perspicace que le dogmaticien n'interprète et n'applique jamais *la* Constitution dans sa totalité, mais qu'il interprète et applique un certain nombre de *normes particulières* de la Constitution. C'est en l'une d'entre elles ou, tout au plus, dans une combinaison d'entre elles qu'il recherche la réponse à sa question précise *Quid juris ?* Ainsi que l'écrit MJ : « *La* Constitution ne peut être interprétée ni appliquée. Seules des dispositions individuelles peuvent l'être, éventuellement en étant combinées. Seules les normes de la Constitution en tant que telles émettent des commandements (*Normbefehle*), mais non la Constitution comme une sorte de super-norme » (p. 55 ; souligné par MJ). Dans le raisonnement dogmatique, l'expression « la Constitution » n'est qu'une « abréviation heuristique », une « façon de parler » utile, mais inexacte (p. 56).

À l'inverse, « la théorie constitutionnelle, elle, est concernée par le tout “derrière” les parties, par la Constitution “derrière” les normes constitutionnelles » (p. 56, guillemets de MJ). La théorie opère, là encore, avec un autre concept de Constitution que la dogmatique. « La théorie constitutionnelle forme l'unité de sens (*Sinn-Einheit*) au-delà de la diversité des normes de droit positif, elle met à disposition des normes constitutionnelles un horizon intellectuel (*Verständnishorizont*) qui nécessairement transcende celles-ci, et elle offre sa voix à l'entéléchie qui somnole au sein de la Constitution » (p. 54-55). La théorie constitutionnelle a pour rôle d'identifier et d'étudier les « grands récits (*grossen Erzählungen*) » – ce que les Anglo-saxons appellent les « *narratives* » –, qui accompagnent la création et l'existence de la Constitution, et qui assignent à celle-ci une certaine finalité paradigmatique. Le lecteur peut penser ici au récit, dans l'Allemagne d'après guerre, sur la nécessaire césure avec le régime nazi et la protection de la dignité humaine, en France au discours gaulliste sur la nécessaire rupture avec l'instabilité de l'exécutif sous les III^e et IV^e Républiques, au sein de l'UE au leitmotiv d'une union sans cesse plus

non le contexte indispensable pour sa compréhension (...) émet des commandements et des interdictions, des autorisations et des habilitations (...) » (p. 63).

étroite, etc. L'intérêt de ces récits et, de façon générale, des lectures totalisantes (téléologiques et systématiques) qui placent la Constitution sous les augures d'un ou plusieurs méta-principes ou idées phare, à l'instar de la démocratie, de l'État de droit, etc., est de servir de « référence de sens », de « supra-structure » (p. 56) ou de « matrice de sens » (p. 129 note 82).

Mais quel est le rôle exact de ces références, de nature « normative » et « méta-positive » (p. 56), dans le processus d'interprétation ou – selon la terminologie du normativisme viennois – de concrétisation de la Constitution (plus exactement : de concrétisation de telle ou telle disposition de la Constitution) ? Ces références pourraient jouer, selon le cadre épistémologique, des rôles variés. Ainsi, dans une théorie jusnaturaliste, elles serviraient de guide (de règle) au juriste qui entend dégager le sens de la Constitution. Selon MJ, ces références jouent le rôle de « précompréhension (*Vorverständnis*) » au sens de l'herméneutique classique de Heidegger et de Gadamer, étant précisé que, dans l'esprit de la théorie constitutionnelle jestaedtienne, ces précompréhensions ne sauraient constituer qu'une simple *aide* dans le processus de *compréhension*, mais jamais un *guide normatif* pour le praticien. La théorie constitutionnelle, telle que prônée par MJ, ne saurait dicter à la dogmatique et, *a fortiori*, à la pratique quel récit, quel concept directeur (avec, d'ailleurs, quelle signification ?) employer. Elle ne fixe, au processus d'interprétation, ni un « objectif » ni « des règles obligatoires » (p. 90). Elle est, certes, « indispensable (*unverzichtbar*) » mais aussi « sans valeur obligatoire en droit (*rechtlich unverbindlich*) » (p. 112). Sa finalité est seulement cognitive : elle sert de « heuristique de la Constitution (*Verfassungsheuristik*, p. 57) » ou de « maïeutique de l'interprétation (*Interpretationsmäeutik*, p. 91) ». Son rôle se limite à dégager *l'identité* des diverses précompréhensions possibles (à l'état pur, tels des idéaux-types : p. 60, lire aussi p. 87 s) et à relever leurs *incidences* respectives sur le résultat final du processus de concrétisation du droit⁷⁶. Selon MJ, la théorie constitutionnelle « ouvre, facilite et approfondit la compréhension des normes (de la Constitution), mais elle ne détermine ni ne modifie leur validité ou leur contenu » (57). La théorie constitutionnelle jestaedtienne fait voir au dogmaticien et, par son biais, au praticien, l'éventail des précompréhensions *possibles* – plus exactement des « propositions de sens (*Sinnstiftungsangebote*) » (p. 57) ou des « hypothèses d'interprétation » (p. 91) –, sans ne lui en *imposer* aucune.

76. Ce n'est pas trahir la pensée de MJ que de citer, à titre d'illustration, le célèbre article de E.W. BÖCKENFÖRDE, « Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik » de 1976 (*NJW*, 1976, p. 2089 ss ; traduit en français dans le recueil *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, LGDJ-Bruylant, 2000) que MJ évoque et discute du reste. Il en récuse toutefois la conclusion, p. 94 s.

Pour bien comprendre le rôle de ces précompréhensions, il faut rentrer encore davantage dans la complexité de ce que, au sein de l'école de Vienne, beaucoup d'auteurs appellent le processus d'application ou de concrétisation du droit. MJ propose de remplacer ces deux termes par « *Rechtsgewinnung* » (p. 86, 89). Dans le langage courant, le terme « *Gewinnung* » peut signifier tantôt « acquisition », « extraction » (mines), « production », etc. Pour ce qui est de la terminologie de MJ, je propose de rendre l'expression « *Prozess der Rechtsgewinnung* » par « processus d'obtention du droit ». Ce processus se compose, d'une part, de l'étape de l'identification et de la qualification des faits (aspect que MJ met aussitôt de côté) et, d'autre part, de la définition du droit avec deux composantes qui retiennent toute son attention : 1. la connaissance du droit positif (*Rechtserkenntnis*) ; 2. la production de droit positif (*Rechtserzeugung*). Selon la théorie célèbre de Merkl relative au « double visage » des normes juridiques, chaque norme est à la fois un acte d'application (de normes supérieures) et un acte de création (de nouvelles normes qui viennent s'ajouter au droit déjà existant)⁷⁷. Selon la terminologie de MJ, le processus d'application ou « d'obtention du droit (*Rechtsgewinnung*) » est, du point de vue de l'acteur qui applique le droit, à la fois « hétéro-programmé (*fremdprogrammiert*) » et « autoprogrammé (*selbstprogrammiert*) » (p. 90). En s'appuyant sur cette distinction, MJ est amené à distinguer deux types de dogmatiques : en premier lieu, la « dogmatique axée sur la connaissance du droit (*Rechtserkenntnisdogmatik*) » ou « dogmatique de l'hétéro-programmation (*Fremdprogrammierungsdogmatik*) » qui, aux yeux de MJ, est la seule à mériter véritablement le terme de dogmatique, et qui seule est scientifique car neutre ; en second lieu, la « dogmatique axée sur la création du droit (*Rechtserzeugungsdogmatik*) » ou « dogmatique de l'autoprogrammation (*Selbstprogrammierungsdogmatik*) » (p. 90). MJ n'admet ce dernier terme qu'au vu des usages terminologiques de la plupart de ses collègues, sans toutefois le partager⁷⁸. Intéressons nous donc de plus près au rôle des précompréhensions dans le seul processus de découverte du droit positif.

La dogmatique de l'hétéro-programmation vise à dégager ou découvrir le sens supposé objectif, car préexistant, des normes du droit positif supérieur (ici : la Constitution). C'est cette seule opération qui mérite au sens strict, selon MJ, le label « interprétation »⁷⁹. Envisagé de façon globale, le rôle des

77. Cf. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 314.

78. Dans ce dernier type de raisonnement les précompréhensions servent de guide normatif et de fondement à la création de nouvelles normes de droit positif (voir p. 93 s).

79. On trouve cette même définition restrictive de l'opération de « l'interprétation » déjà chez KELSEN (*Théorie pure du droit*, op. cit., titre. VIII) et chez d'autres auteurs proches de l'école de Vienne. Voir O. PFERSMANN in L. Favoreu et alii, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz,

précompréhensions peut, me semble-t-il, être résumé comme suit : leur rôle est, certes, selon MJ, « indispensable » (p. 90) ; il est, certes, une « aide » (p. 91) à la compréhension/interprétation de la norme (son rôle est, comme déjà vu, « heuristique » et non prescriptif) ; ce rôle est même *premier*, au sens chronologique puisque la *précompréhension* ou *préjugé* – terme que MJ utilise aussi p. 92, en l'écrivant d'ailleurs avec un trait d'union « *Vor-Urteil* » – intervient *avant* l'acte même de la compréhension ; si donc son rôle est premier, il n'est pas pour autant *crucial*, *décisif*, *central*. Il est donc *premier* et *marginal*.

C'est ce dernier aspect qui mérite plus ample démonstration, d'autant qu'il n'est pas, tel quel, affirmé par MJ. Pour cela, il convient, en lisant les pages 90 à 92 – où MJ aborde la question du « rôle de la doctrine des précompréhensions dans le processus de connaissance du droit » –, de ne pas oublier le rôle (central, crucial !) que, à plusieurs reprises, dans des pages précédentes, il a assigné à la méthode d'interprétation historique et subjective sur laquelle (oubli ? incohérence ? ou certitude que ce point est acquis ?) il ne revient plus ici. Selon l'ontologie positiviste de MJ, le droit positif est composé de commandements et « un commandement (*Normbefehl*) n'est rien d'autre que l'expression de la volonté réelle de celui qui a posé la norme (*der Normbefehl ist nichts anderes als der Ausdruck des realiter betätigten Normsetzerwillens*) » (p. 85). Au vu de cet axiome, il va de soi que l'interprète, s'il veut dégager le sens objectif du droit constitutionnel positif, doit se référer au texte constitutionnel et, en cas de défaillance, aux intentions du constituant historique. Or, en quoi réside alors l'intérêt de l'étude préalable des diverses précompréhensions au sein de la théorie constitutionnelle ? À vrai dire, celles-ci ne forment qu'une étape première (marginale), l'étape cruciale (centrale) étant l'application du canon d'interprétation historique. Grâce à son travail de classification, la théorie constitutionnelle a identifié de façon systématique les diverses précompréhensions qui pourraient (virtuellement !) s'appliquer aux dispositions de la Constitution. Aux dogmaticiens de les décliner désormais au niveau de telle ou telle disposition, à travers (me semble-t-il) trois étapes. 1^{re} étape : la dogmatique identifie l'impact potentiel des ces précompréhensions au niveau de telle disposition ; elle obtient ainsi de simples « hypothèses d'interprétation » qui « n'engagent à rien, et qui restent à confirmer où à falsifier » (p. 91). 2^e étape : la dogmatique fait également l'inventaire des interprétations déjà retenues par les praticiens, si la disposition concernée a déjà fait

12^e éd., 2009, n°123, 126 ; O. PFERSMANN, « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution », in F. Mélin-Soucramanien (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 33 ss ; A. DYÈVRE, « Comprendre et analyser l'activité décisionnelle des cours et tribunaux : l'intérêt de la distinction entre interprétation et concrétisation », *Jus politicum*, n°4.

l'objet d'applications en pratique ; la dogmatique « collecte, revoit et ordonne les résultats d'interprétation » (p. 90) et obtient ainsi ce que MJ appelle des « hypothèses de régularité (*Regelhaftigkeitshypothesen*, p. 92) ». 3^e étape : la dogmatique se doit de rechercher les intentions du législateur historique (ici : le pouvoir constituant et le pouvoir de révision) afin de savoir, *à la lumière de quelle précompréhension*, il convient au final d'interpréter le texte. Dans cette troisième étape, que MJ ne développe pas/plus, mais qui est l'aboutissement logique de ses idées sur la méthode d'interprétation subjective, la dogmatique se sert à la fois du savoir (heuristique) de la théorie constitutionnelle et du savoir (lui normatif !) de la méthodologie (« *Methodenlehre* »).

Nous basculons ainsi de la *théorie constitutionnelle* jestaedtienne vers la *méthodologie* jestaedtienne. Or celle-ci n'est pas exempte de critiques (et c'est sur ce point que je voudrais terminer l'exposé du livre de MJ). La méthode subjective et historique est-elle, en effet, opératoire ? Est-elle fondée ? Ce canon d'interprétation souffre d'une faiblesse bien connue : Comment cerner un objet aussi difficilement saisissable qu'un état d'esprit, surtout s'il s'agit d'un organe collectif ? Parfois, cette voie est même totalement fermée lorsqu'il n'existe tout simplement pas de retranscription ou seulement une retranscription partielle et confidentielle des travaux préparatoires⁸⁰. Le risque est alors grand que la soi-disant « découverte » des intentions verse dans l'artificialisme le plus total, surtout si l'on lit (comme y invite MJ : voir étape n°1) les travaux préparatoires à la lumière d'une grille d'analyse richement fournie. Tel mot, tel propos incomplet, pauvre, voire creux des débats parlementaires risque alors d'être aussitôt interprété – sur-interprété ! – comme une adhésion à une certaine précompréhension développée à l'état pur, et de façon complète et systématique, au sein de la théorie constitutionnelle. En outre, ce choix en faveur de la méthode d'interprétation subjective part du présupposé (rarement thématiqué) que le peuple (le constituant) a, en adoptant le texte de la Constitution, retenu également – mais comment ? à travers quel acte de volonté ? – la méthode d'interprétation subjective. Or ce présupposé est très fragile : Qu'on

80. Exemple : la V^e République où se pose un redoutable problème d'application. On ignore les intentions de l'auteur de la Constitution qu'est le peuple, agissant par référendum. Même à supposer que les intentions des *rédacteurs* du projet puissent accéder au rang d'intentions de l'auteur de la Constitution (par le vote, le peuple s'approprierait non seulement le texte, mais aussi l'esprit du texte tel qu'imaginé par ses rédacteurs ; cf. *mutatis mutandis* F. BYDLINSKI, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, Wien, Wiener Universitätsverlag, 2005, p. 26), il reste l'écueil, insurmontable, qu'en 1958 les débats internes au gouvernement étaient confidentiels. Le peuple n'a pu adhérer à ce qu'il ne connaissait pas... Cf. déjà les préventions de François LUCHAIRE dans sa préface à *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, Documentation française, vol. 1, 1987, p. VIII.

nous montre l'acte de volonté positive par lequel le peuple allemand en 1949, ou le peuple français en 1958, a décidé (« positif ») cette méthode ! De nos jours, il y a, au contraire, de plus en plus de textes constitutionnels comportant de façon explicite des dispositions sur leur propre interprétation, dispositions qui, elles, prônent non pas la méthode subjective, mais une méthode objective. Enfin – dernière critique, d'ordre éthique –, la méthode subjective ou historique aboutit à situer le sens du droit positif dans la seule volonté de l'émetteur du texte, émetteur qui est, forcément, un acteur du *passé*. Cela ne fait qu'aggraver ce défi à l'idéal d'autonomie qu'est la soumission de la volonté des vivants à la volonté des morts, de la volonté de la génération d'aujourd'hui à celle des générations d'antan⁸¹.

Luc Heuschling

Professeur de droit public à l'Université de Lille II – Centre d'Études et de Recherches Administratives, Politiques et Sociales (CERAPS, CNRS UMR n°8026).

81. Sur la critique du règne des morts par les Modernes (Condorcet, Jefferson, Paine), cf. C. KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, 1996, chap. VII.