

## Cécile Guérin-Bargues

### LE DROIT POLITIQUE ENTRE NORMATIVISME ET *SOFT LAW* : À propos de l'ouvrage d'Eleonora Bottini, *La sanction constitutionnelle, étude d'un argument doctrinal\**

**A**mis lecteurs, si vous êtes adeptes du contentieux constitutionnel et cherchez un travail de synthèse sur l'évolution récente du contrôle de constitutionnalité ou si, inversement, vous tendez à privilégier une perspective institutionnelle et souhaitez trouver une panoplie des sanctions politiques prévues par la Constitution, mieux vaut, dans les deux cas, passer votre chemin : cette thèse ne répondra pas à votre attente. Si en revanche vous cherchez à élucider l'obscur concept de sanction constitutionnelle ou encore si, séduits par le travail effectué par Manon Altwegg-Boussac dans sa thèse sur les « Changements constitutionnels informels<sup>1</sup> », vous caressiez l'espoir que sa vaste cartographie des discours relatifs à la constitution soit un jour complétée, prolongée et approfondie, vous êtes sur la bonne piste. Comme l'indique en effet le sous-titre du travail particulièrement stimulant d'Eleonora Bottini, cette dernière nous propose essentiellement un détour par les chemins ardu mais féconds de la réflexion théorique sur le droit et la Constitution, afin de nous proposer une fine analyse de l'évolution contemporaine du constitutionnalisme à travers le prisme spécifique de la sanction constitutionnelle.

Cette dernière constitue bien en effet le cœur de l'analyse qui nous est ici proposée. Elle fait l'objet dès l'introduction d'une définition stipulative particulièrement rigoureuse<sup>2</sup>. L'appréhension qu'a Eleonora Bottini de la sanction constitutionnelle s'inscrit dans le droit fil du positivisme normativiste et de la vision kelsénienne du droit-sanction, auxquels elle consacre d'ailleurs les deux premiers chapitres de son ouvrage<sup>3</sup>. L'auteur ne craignant pas d'affirmer une autorité doctrinale fondée sur une vaste culture, on en retiendra notamment l'analyse très fine de la portée politique cachée du kelsenisme et du caractère en définitive impur de sa théorie de la sanction consti-

---

\* Préface O. Cayla, Paris, Dalloz, 2016, 699 pages (publication d'une thèse de doctorat).

<sup>1</sup> Paris, LGDJ, 2013. Voir à son propos Denis BARANGER, « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels. À propos de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac », *Jus Politicum*, n° 11, texte disponible à l'adresse : <http://juspoliticum.com/article/Normativisme-et-droit-politique-face-aux-changements-constitutionnels-informels-A-propos-de-l-ouvrage-de-Manon-Altwegg-Boussac-826.html>.

<sup>2</sup> Voir les développements p. 41 à 46 qui aboutissent à la définition suivante du concept de sanction constitutionnelle : « La réaction prévue par l'ordre juridique en conséquence d'une violation de la norme constitutionnelle, appliquée par le biais d'un organe tiers par rapport à l'auteur à la fois de la violation de la norme, et par rapport au sujet qui s'estime lésé par cette violation ».

<sup>3</sup> E. BOTTINI, *La sanction constitutionnelle, étude d'un argument doctrinal*, op. cit., p. 62-171.

tutionnelle<sup>4</sup>. Ce fort tropisme kelsénien ne saurait d'ailleurs étonner, tant la notion de sanction juridictionnelle tient une place centrale dans la *Théorie pure du droit* et a pu offrir un fondement théorique à la mise en place de la Cour constitutionnelle autrichienne, puis à la dissémination du modèle centralisé de justice constitutionnelle dans l'Europe de l'après-guerre<sup>5</sup>. Plus largement, l'auteur recourt à une méthode formaliste, ce qui est là encore assez naturel, le droit constitutionnel proposant majoritairement aujourd'hui une analyse de même nature des conditions de production du droit, afin de mieux légitimer sa juridictionnalisation croissante<sup>6</sup>.

Toutefois, de la sanction constitutionnelle, il ne s'agit pas, ou pas exclusivement, de retracer ici les complexes développements. L'étude s'attache bien davantage à mettre au jour les enjeux liés à l'utilisation de l'argument de la sanction constitutionnelle au sein de la doctrine publiciste essentiellement contemporaine<sup>7</sup>. Est par exemple retracée la très intéressante controverse théorique italienne des années 1950 relative à la sanction constitutionnelle prévue par la Constitution du 1<sup>er</sup> janvier 1948<sup>8</sup>. Plus largement, la mobilisation de l'argument de la sanction apparaît suivant les cas, revendiquée, assumée, implicite ou plus critique, en fonction de la conception de la normativité que défend le courant doctrinal étudié.

Partant d'un postulat normativiste, l'auteur n'hésite pas à poser à nouveau la question fondamentale pour tout juriste : qu'est-ce qu'une règle de droit ? Convaincue que la sanction est « indissolublement liée à de multiples aspects de la règle de droit, tels que l'efficacité, l'effectivité, l'application, la validité, l'existence, la contrainte, l'exécution, la peine ou encore l'amende<sup>9</sup> », Eleonora Bottini s'efforce d'appréhender le rôle que différents types de discours juridiques lui imputent dans la définition du droit. Voyant à raison dans la juridicité d'un énoncé une simple propriété, et non son essence, elle s'interroge sur les liens que cette caractéristique entretient avec la sanction. Dans leurs efforts de définition du droit, les discours juridiques accordent-ils une place première à la juridicité ou à la sanction ? En d'autres termes, partent-ils du principe qu'un énoncé donné ne pourra constituer une règle de droit qu'à condition d'être sanctionné, ou qu'il sera sanctionné parce que précisément il constitue une règle de droit ? Dans le premier cas, la sanction apparaît comme une propriété inhérente au droit, elle conditionne la juridicité de l'énoncé : la règle est juridique parce qu'elle est sanctionnée. Dans le second cas, le caractère juridique de l'énoncé précède la sanction qui n'est qu'accessoire et contingente : la règle est éventuellement sanctionnée, parce qu'elle est juridique.

---

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 141-167.

<sup>5</sup> Voir sur ce point la préface à l'ouvrage par Olivier Cayla, p. XIV.

<sup>6</sup> En ce sens, D. BARANGER, « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels. À propos de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac », art. cité, p. 10.

<sup>7</sup> E. BOTTINI, *La sanction constitutionnelle, étude d'un argument doctrinal*, op. cit., p. 25.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 177 à 241.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 7.

La question de la sanction ainsi entendue a longtemps été largement ignorée par des constitutionnalistes français qui, en raison notamment de l'état du droit positif, tendaient à privilégier une perspective quasi exclusivement institutionnelle. Elle se pose néanmoins avec une acuité renouvelée du fait de la montée en puissance des juridictions constitutionnelles. Le projet d'Eleonora Bottini consiste à l'appréhender comme un moyen argumentatif qui véhicule une vision spécifique de la Constitution, de sa normativité, et plus largement une certaine conception du droit<sup>10</sup>. L'un des principaux mérites de ce travail consiste à montrer combien cet impensé irrigue dorénavant la pensée constitutionnelle et permet de revisiter la question classique de la juridicité ou du caractère politique du droit constitutionnel. L'entreprise n'en est pas moins particulièrement épineuse en droit constitutionnel, ce qui témoigne d'ailleurs du courage de l'auteur : appliquée à un droit dont le caractère juridique ne va pas de soi<sup>11</sup>, elle suppose notamment de s'affranchir de la vision de la sanction comme peine, pourtant communément admise de Saint Thomas d'Aquin à John Austin en passant par Hobbes ou Jhering, comme de l'idée, défendue par exemple par Norberto Bobbio, selon laquelle l'idée de sanction disparaît à mesure que l'on remonte la hiérarchie des normes, faute d'une distance suffisante entre celui qui pose la norme et celui qui doit y obéir<sup>12</sup>.

En réalité, la notion de sanction constitutionnelle joue ici un peu le rôle de l'aimant autour duquel se structure la limaille de fer. Les questions classiques du contrôle de constitutionnalité s'ordonnent autour de ce pivot, permettant ainsi une meilleure compréhension non seulement de la nature, mais aussi des raisons d'être des évolutions du constitutionnalisme contemporain. La question du statut de la justice constitutionnelle comme sanction possède en effet ici une dimension clairement heuristique, autour de laquelle se structurent les tensions et les antagonismes qui opposent diverses visions du droit constitutionnel<sup>13</sup>. Pour filer la métaphore, elle permet à l'auteur de repérer deux grandes lignes de champ selon que la sanction occupe une place essentielle ou au contraire accessoire. C'est autour de ces deux pôles que, très logiquement, s'articule le plan de son ouvrage.

La première partie<sup>14</sup> est ainsi consacrée à l'approche dite exclusive, qui, séduite par le positivisme kelsenien, érige la sanction en critère de distinction entre le juridique et le non-juridique et s'efforce d'exclure tout élément non juridique du droit constitutionnel. Il s'agit d'aboutir à une définition de la Constitution comme norme juridique<sup>15</sup>. La normativité de la Constitution est conditionnée par sa sanction, dont ce courant entretient une vision univoque, en la concevant uniquement comme une sanction juridictionnelle<sup>16</sup>.

---

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>14</sup> « La sanction constitutionnelle : élément d'un discours exclusif pour définir la Constitution ».

<sup>15</sup> E. BOTTINI, *La sanction constitutionnelle, étude d'un argument doctrinal*, op. cit., p. 59.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 58.

La sanction, élément inhérent aux prescriptions juridiques, apparaît dès lors nécessaire tant à l'existence d'un véritable droit constitutionnel, qu'à celle d'une science du droit autonome par rapport à la politique et à la morale<sup>17</sup>. L'approche adoptée se fait alors téléologique : il s'agit en effet, pour le courant doctrinal concerné, de normativiser la Constitution (titre 1), tout en dépolitisant le droit (titre 2), enjeu que prennent également en charge tant le juge que le constituant. On le voit, le champ d'étude ici s'élargit : on passe de l'analyse des discours doctrinaux sur le droit à un point de vue plus externe qui s'efforce de prendre en compte le discours des acteurs juridiques eux-mêmes. On ne saurait toutefois reprocher à l'auteur cette inclusion d'une analyse du discours du droit au sein d'un ouvrage essentiellement consacré aux discours sur le droit<sup>18</sup>. Ce changement de focale, s'il peut surprendre de prime abord au regard de la rigueur de l'ensemble, n'en est pas moins d'un apport particulièrement riche, comme en témoigne par exemple l'étude de la sanction constitutionnelle dans l'Italie post fasciste, bel exemple de mise en pratique des thèses normativistes<sup>19</sup>. En effet, bien plus que dans le cas d'une Allemagne fédérale dont la Constitution comprend une clause de suprématie, l'acceptation lente et controversée de la supériorité et du caractère sanctionnable de la Constitution italienne dans un État très centralisé est en lien direct avec d'une part, la question théorique de sa normativité et, d'autre part, celle politique de l'établissement effectif de la démocratie<sup>20</sup>. À cet égard, l'analyse des vifs débats qui occupèrent doctrine et classe politique transalpines entre 1947 et 1956<sup>21</sup>, au-delà de la question assez connue de la tripartition des normes constitutionnelles<sup>22</sup>, apparaît particulièrement précieuse tant elle montre les fluctuations qui sont susceptibles d'opérer entre l'acceptation de principe d'une institution de contre-pouvoir et sa mise en œuvre effective<sup>23</sup>. Au titre du rôle que jouent les juges dans la transformation d'une charte politique en charte normative, on lira également avec profit l'analyse approfondie de la décision de la cour constitutionnelle italienne de 1956<sup>24</sup>, ainsi que celle, plus méconnue encore, de la « révolution constitutionnelle israélienne », qui s'opère entre la fin des années 1960

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 440.

<sup>18</sup> Pour une justification de ce choix des discours, voir *ibid.*, p. 26-27.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 179.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 184.

<sup>21</sup> La cour constitutionnelle ne rend en définitive son premier arrêt qu'en 1956. Elle tranche alors un très vif débat relatif à la normativité de la Constitution italienne en reconnaissant le caractère de norme juridique à l'ensemble des dispositions constitutionnelles, y compris celles dites programmatiques – qui incluent presque toutes celles relatives aux droits fondamentaux. Ce faisant, elle affirme sa compétence pour sanctionner l'inconstitutionnalité des normes législatives ordinaires qui leur seraient incompatibles. Cette applicabilité directe de la Constitution a permis d'éliminer les lois les plus marquées de l'empreinte fasciste et qui étaient restées en vigueur en raison de la situation de blocage au sein d'un Parlement écartelé entre majorité pro-américaine et opposition prosoviétique.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 201-211.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 212-219.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 249-255.

et 1990, avec les décisions *Bergman* et *Mizrahi Bank*<sup>25</sup>. Les exemples pris illustrent la pertinence de la thèse de l'auteur qui s'efforce de démontrer le relatif échec de ces tentatives de normativisation de la Constitution au regard du projet kelsénien : destinées à clore un système juridique hiérarchisé, elles achoppent sur la résurgence constante d'enjeux politiques, constituants, épistémologiques ou doctrinaux, autant d'« impuretés » qui viennent affecter le domaine constitutionnel et expliquent, au moins en partie, la très forte contestation contemporaine du positivisme normativiste.

C'est précisément aux différentes tendances doctrinales qui ont pour point commun un certain rejet du normativisme kelsénien qu'est consacrée la seconde partie de l'ouvrage<sup>26</sup>. Ces courants doctrinaux tendent à relativiser le rôle joué par la sanction comme condition nécessaire à l'existence du droit et *a fortiori* de la Constitution. Réduire la normativité à la seule sanction leur apparaît comme une simplification abusive de la réalité juridique, qu'on ne saurait saisir correctement sans accepter d'y inclure des éléments que le premier type de discours s'efforce de rejeter. Dès lors, ces tendances doctrinales appréhendent la sanction sur un mode très différent : soit qu'elles l'ignorent – telle est la position du discours du *soft law* –, soit qu'elles s'efforcent de le dépasser – il en va ainsi des tenants du droit politique dont cette Revue constitue dorénavant l'un meilleurs exemples –, soit encore qu'elles s'attachent à l'essentialiser *via* un discours sur les valeurs – à l'instar du courant dit néoconstitutionnaliste. Rendre compte de la réalité juridique suppose en conséquence d'une part « d'élargir la sphère de la normativité au-delà du droit simplement sanctionné<sup>27</sup> » et d'autre part de s'intéresser bien plus à la question de l'efficacité de la Constitution qu'à celle de sa définition ou de sa place dans l'ordre juridique<sup>28</sup>. Il en découle une conception de la sanction qui s'avère beaucoup moins centrale et monolithique que dans le cadre du normativisme. Il n'en demeure pas moins délicat d'articuler le discours du *soft law*, nouveau mode d'appréhension du droit d'origine essentiellement internationaliste ou privatiste, avec l'objet premier de l'ouvrage qui reste la sanction constitutionnelle.

Ces discours doctrinaux, au demeurant très divers, sont néanmoins traités dans une seule et même partie en raison d'un double point commun. Ils constituent tout d'abord des réactions plus ou moins conscientes à la domination contemporaine du positivisme normativiste. Ils ambitionnent ensuite et surtout de saisir le droit dans son fonctionnement effectif en prenant en compte des éléments que la rigueur du normativisme kelsénien exclut : constat empirique de l'émergence d'un droit plus souple et de la prolifération de normes non sanctionnées pour le discours du *soft law*, dépassement de la distinction canonique entre la norme et le fait et spécificité irréductible de la Constitution pour le droit politique, prise en compte des valeurs au sein de la Constitution – et notamment celles relatives au nécessaire respect

---

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 270 à 287.

<sup>26</sup> « La sanction constitutionnelle : élément d'un discours inclusif pour rendre efficace la Constitution ».

<sup>27</sup> E. BOTTINI, *La sanction constitutionnelle, étude d'un argument doctrinal*, op. cit., p. 335.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 334-335.

des droits de l'homme – pour le courant néoconstitutionnaliste. On peut toutefois s'interroger sur la pertinence de l'inclusion du discours du *soft law* et de celui du droit politique dans une même catégorie d'écoles de pensée.

Il n'est pas certain en effet que les points de contact entre le discours du *soft law* et celui du droit politique soient aussi nombreux que l'auteur semble l'affirmer<sup>29</sup>. Certes, il s'agit dans les deux cas de réactions au normativisme. Considérant comme éminemment réductrice l'opposition entre le *Sein* et le *Sollen*, ces deux types de discours entendent réagir à l'impérialisme kelsénien, en substituant à l'impérativisme du normativisme une vision plus consensualiste de la norme (idée d'un droit « mou » voire « doux » pour le *soft law*, dimension conventionnelle du droit politique).

Néanmoins, la dimension réactive de ces deux approches, si elle est réelle, ne nous semble pas de même intensité. Comme le montre fort bien l'auteur, le versant critique du discours du *soft law* (sa « *pars destruens* » pour reprendre la terminologie de l'ouvrage) est bien plus important que sa part créatrice (sa « *pars construens* »). En témoignent la multiplication des définitions et des ambiguïtés, une certaine incapacité à systématiser, ou encore la relativisation du concept de normativité caractéristiques du discours du *soft law*<sup>30</sup>.

Le droit politique ne semble pas pouvoir être mis exactement dans la même catégorie. Par rapport au *soft law*, il s'inscrit en effet dans une histoire bien distincte et se situe sur un terrain différent.

D'origine récente et internationaliste, le discours du *soft law* est né de l'émergence d'un droit post moderne, fait de recommandations et de régulations qui se veulent plus souples que le commandement et plus adaptées à la réalité contemporaine. Bénéficiant d'une histoire beaucoup plus ancienne en tant qu'héritier du constitutionnalisme classique, le droit politique s'efforce de renouer avec la dimension institutionnelle du droit constitutionnel, que la fascination qu'exerce une vision purement contentieuse et idéalisée du droit constitutionnel tend à effacer<sup>31</sup>. En un sens, si le discours du *soft law* s'apparente à une évolution doctrinale, celui du droit politique est bien davantage une restauration.

Par ailleurs, la question de la norme, même en un sens renouvelé, occupe une place différente au sein de ces deux courants. Essentielle au propos du *soft law*, elle n'occupe qu'une part annexe de celui du droit politique. Certes, dans le cadre du *soft law*, l'objectif qui consiste à diriger la conduite des hommes, la capacité directive de ce droit fait de recommandations, se

---

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 420.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 397 à 415, essentiellement consacrées à une analyse critique et stimulante du concept de force normative développé depuis quelques années par le Centre Juridique Pothier de l'Université d'Orléans.

<sup>31</sup> « En limitant l'appréhension de la Constitution à la seule sphère de la sanction juridictionnelle, la conception normative méconnaît grandement la richesse de cette notion et l'ampute d'éléments fondamentaux du droit constitutionnel. C'est cette richesse que restitue selon nous la conception "institutionnelle" de la Constitution » (O. BEAUD, « Constitution et droit constitutionnel », D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 261). Par ailleurs cité par l'auteur, p. 441.



substitue à la contrainte comme nouvel indicateur de la normativité<sup>32</sup>. Toutefois, la question du sens qu'il convient de donner à cette dernière demeure au centre des préoccupations, comme en témoignent d'ailleurs les concepts émergents : *force normative*, *densification normative*, etc. En revanche, on ne saurait considérer la question de la norme comme étant au cœur de la pensée de droit politique. Celle-ci tend en effet à appréhender le phénomène politique dans toute sa complexité, même et surtout s'il sort du cadre normatif. Or non seulement la politique s'affranchit allégrement des formes juridiques préétablies, mais elle produit de surcroît des réalités qui ne sauraient être réduites aux seules normes juridiques. La question de la normativité ne saurait donc occuper une place comparable au sein du *soft law* et du droit politique

Plus profondément, la place un peu secondaire qu'occupe la norme dans la pensée du droit politique vient également du fait que ce dernier met essentiellement l'accent sur la question du pouvoir. À cet égard, on peut également se demander si le prisme de la sanction ne joue pas ici un effet un peu déformant. Il tend en effet à réduire l'opposition entre normativisme juridique et droit politique à celle de la définition du droit. Tel ne semble pas, là encore, être l'objet premier du droit politique. Bien plus qu'à la définition abstraite de la norme, le droit politique s'intéresse aux manifestations réelles, concrètes du pouvoir. Or, celui-ci possède une autonomie irréductible et n'est pas toujours et nécessairement juridiquement conditionné : le pouvoir est avant que la norme juridique soit. Certes, la subordination du pouvoir au droit, son encadrement juridique est conçu comme un objectif souhaitable – et c'est en ce sens sans doute que le droit politique peut être considéré comme héritier du constitutionnalisme classique, pensée de la limitation du pouvoir par le droit<sup>33</sup> –, mais il ne relève pas du donné. La théorie normativiste considère à l'inverse que le droit est condition d'apparition du pouvoir : « le pouvoir de l'État, c'est le pouvoir organisé par le droit positif<sup>34</sup> ». Cette « primauté du *Sollen* sur le *Sein*<sup>35</sup> » tend à réduire l'exercice concret, réel, du pouvoir à de simples actes d'exécution qui s'inscrivent nécessairement au sein d'un ordre juridique préétabli. Il aboutit donc à une impasse dès lors qu'il s'agit de rendre compte de phénomènes qui, à l'instar des conventions constitutionnelles, questionnent ses présupposés (séparation entre être et devoir être, droit et science du droit, etc.). Le droit politique bouleverse en revanche l'ordre des préséances posé par le normativisme kelsenien en considérant que le réel (l'exercice du pouvoir, la production de valeurs, de faits à valeurs normatives, d'institutions) précède le droit. Ce faisant, il dispose sans doute d'une capacité à appréhender les évolutions du droit constitutionnel, au moins leur dimension institutionnelle, supérieure à celle du normativisme. Ce dernier semble en effet peiner entre deux écueils :

---

<sup>32</sup> E. BOTTINI, *La sanction constitutionnelle, étude d'un argument doctrinal*, op. cit., p. 342.

<sup>33</sup> D. BARANGER, « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels. À propos de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac », art. cité, p. 5.

<sup>34</sup> H. KELSEN, *Théorie Générale du Droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, préf. S. Paulson, Bruylant LGDJ, 1998, p. 245, cité par D. BARANGER, art. cité, p. 4.

<sup>35</sup> D. BARANGER, « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels. À propos de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac », art. cité, p. 6.

celui de se laisser absorber par un juridisme pointilleux, au risque de devenir trop abstrait pour ne pas tourner à vide ; celui de défendre une théorie tellement large du phénomène juridique qu'elle absorbe le droit constitutionnel au prix de sa spécificité<sup>36</sup>. Or c'est précisément dans ce caractère spécifique que réside la profonde adéquation épistémologique du droit politique à son objet. De la spécificité du droit constitutionnel découle inévitablement le caractère incomparable de toute science du droit qui entend en saisir le fonctionnement effectif.

C'est peut-être en définitive par sa capacité à provoquer ce type de prise de conscience, que cette belle confrontation, élaborée par Eleonora Bottini, de visions éminemment divergentes d'un droit qui oscille entre le juridique et le politique mérite d'être lue et méditée.

**Cécile Guérin-Bargues**

*Cécile Guérin-Bargues est Professeur de droit public à l'Université Paris Nanterre. Centre de Théorie et d'Analyse du Droit / Institut Michel Villey*

---

<sup>36</sup> Sur ce dernier point, voir *ibid.*, p. 9.