

« Droit politique » et « Réalisme nanterrois »

Considérations sur la méthode et l'objet du droit constitutionnel

Évoquer le rapport qui peut exister entre le « droit politique » et le « réalisme nanterrois » constitue une tâche plus complexe qu'il n'y paraît. Cela tient à plusieurs facteurs, dont le moindre n'est pas la forte ambiguïté qui caractérise ces deux expressions. Aussi s'efforcera-t-on, pour commencer, de clarifier le sens de celles-ci (du moins celui dans lequel nous les utiliserons) – ce qui risque d'apparaître un peu rébarbatif au lecteur, dont l'indulgence sera donc d'emblée sollicitée.

Commençons par le libellé le moins usité : « réalisme nanterrois ». Il renvoie bien sûr essentiellement, chacun l'aura compris, aux thèses de Michel Troper. Pour autant, il eût été malvenu d'utiliser son nom pour caractériser cette position théorique : d'une part, parce qu'il est délicat d'évoquer sa pensée, voire de la défendre, à sa place ; d'autre part, parce qu'ayant « fait école », il a permis à certains de ses collègues ou élèves, à Nanterre ou ailleurs, de travailler à partir de quelques-unes de ses principales thèses, tout en s'écartant de façon plus ou moins prononcée de certaines de ses propositions¹. Aussi est-ce une position théorique plus large que celle du seul Michel Troper que je voudrais ainsi caractériser par cette expression de « réalisme nanterrois ». Je ne prétends nullement parler au nom de tous ces auteurs (dont les divergences sont parfois sensibles), ni les réduire à une position théorique homogène, mais simplement envisager sous cette appellation un nombre assez limité de thèses, sur lesquelles ils me semblent s'accorder – et qui peut autoriser à les ranger sous une même étiquette².

Cette étiquette leur est du reste souvent accolée de l'extérieur (je veux dire : par leurs adversaires). C'est ainsi que l'acronyme TRI (pour « Théorie réaliste de l'interprétation ») est parfois utilisée, depuis qu'Otto Pfersmann a livré une critique très argumentée du « réalisme nanterrois », dans laquelle il utilisait largement celui-ci³. Cette réduction d'une position théorique complexe à l'un de ses aspects (la théorie de l'interprétation) se justifiait sans doute dans le cadre très circonscrit de l'étude d'Otto Pfersmann, qui entendait concentrer ses critiques sur cet aspect particulier de la théorie de Michel Troper et laisser par exemple de côté sa théorie des

¹ On pense ici, par ordre alphabétique, à Isabelle Boucobza, Pierre Brunet, Véronique Champeil-Desplats, Éric Millard, Raphaël Paour, Guillaume Tusseau – la liste n'étant évidemment pas exhaustive...

² Il est du reste possible que certains d'entre eux ne goûtent guère l'adjectif « nanterrois »... Il se justifie cependant au moins du fait que ce qu'ils ont en commun est surtout d'être passés par l'Université Paris-Nanterre – et en contact plus ou moins étroit, de ce fait, avec Michel Troper.

³ Alors même que l'intitulé de son article désignait cette position comme le « néo-réalisme juridique » : O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *Revue française de droit constitutionnel*, 50, 2002/2, p. 279-334.

contraintes ou sa théorie de l'État. Mais cet acronyme ne saurait être utilisé pour caractériser un ensemble de positions théoriques dont l'objet est loin de se limiter à la seule question de l'interprétation.

C'est pourquoi on a préféré procéder, en quelque sorte, « *per genus proximum et differtiam specificam* ». Indéniablement, cet ensemble de positions se rattache à ce que l'on appelle le « réalisme juridique » (c'est là leur « genre prochain », dans la cartographie de la théorie du droit) : cette caractérisation renvoie aussi bien à une théorie de l'interprétation qu'à une position empiriste du point de vue épistémologique, qui refuse de se donner autre chose, comme objet d'analyse, que des faits observables. Toutefois, ce réalisme que j'ai qualifié de « nanterrois⁴ » se distingue des réalismes américain et scandinave par quelques traits significatifs (ses « différences spécifiques », donc) : de l'américain, parce qu'il résulte d'une prise de position très fermement positiviste sur le plan épistémologique⁵ ; mais aussi du scandinave, parce qu'il refuse, dans une tradition toute kelsénienne, de renoncer à la spécificité de la science du droit et de la réduire à une psycho-sociologie. C'est ce qui le conduit à privilégier dans l'analyse certains types de comportements humains : les énoncés linguistiques par lesquels des individus s'efforcent d'exprimer des normes (et en cela, il se rapproche beaucoup de l'École de Gênes). Cette présentation est assez courte et sans doute simplificatrice, mais détailler davantage ces différents points serait inutile, dans la mesure où les développements qui suivent devraient permettre de revenir sur quelques-uns d'entre eux.

La seconde expression – celle de « droit politique » – est peut-être encore plus problématique. *A priori*, le parallèle avec le « réalisme nanterrois » paraît pourtant aller de soi. À défaut d'un « maître » (encore que Pierre Avril puisse dans une certaine mesure être présenté comme tel), le courant du « Droit politique » dispose également d'un ancrage institutionnel, à l'Université Paris II, et particulièrement à l'Institut Michel Villey, aujourd'hui dirigé par Denis Baranger et Olivier Beaud – centre de recherche dont de nombreux doctorants sont issus, lesquels poursuivent une brillante carrière universitaire, souvent dans d'autres universités⁶. Cette « école » possède en outre l'avantage de disposer d'une excellente revue en ligne (qui porte d'ailleurs son nom en version latine, *Jus Politicum*) – fondée par Denis Baranger, Armel Le Divellec et Carlos-Miguel Pimentel, et qui permet une diffusion très large de ses positions théoriques.

Cependant, le parallèle ne saurait être poussé trop loin, parce que même si tous les auteurs cités partagent, c'est indubitable, une certaine vision de leur discipline, il est néanmoins très difficile de caractériser cette position par l'énoncé de quelques

⁴ Ce qualificatif peut évidemment être discuté, mais je trouvais assez plaisant d'ajouter au réalisme une troisième branche, elle aussi désignée par son origine, mais dont la caractérisation géographique renvoie à une entité spatiale infiniment plus modeste. Bref, qu'il y ait un réalisme nanterrois à côté des réalismes américain et scandinave est une idée qui m'a paru séduisante, y compris du fait de l'autodérision qui résulte de cette qualification.

⁵ Il s'agit d'un positivisme *méthodologique*, si l'on reprend le triptyque de Bobbio (N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, p. 23-53), c'est-à-dire qu'il prétend rendre compte du droit tel qu'il est, sans évaluation de la part de l'observateur.

⁶ On pense en particulier, et par ordre alphabétique, à Cécile Guérin-Bargues, Gregory Bligh, Quentin Épron, Thibault Guilluy, Tanguy Pasquet-Briand, Tristan Pouthier, Pierre-Marie Raynal, Céline Roynier – la liste n'étant pas exhaustive...

thèses structurantes⁷. Le projet méthodologique n'est en effet que rarement explicite, et lorsqu'il l'est, c'est souvent de façon relativement synthétique. Cela tient au fait que les auteurs qui se rattachent à cette « école » ont souvent, me semble-t-il, plus de goût pour le travail sur les objets constitutionnels que pour la discussion épistémologique ou méthodologique⁸ – ce dont on se gardera bien de leur faire reproche. Cela ne fait du reste nullement obstacle à ce que l'on considère ce courant comme une véritable école : après tout, c'est bien souvent *ex post* que ce type de qualificatif est apposé à un ensemble d'auteurs. Ceux qui nous intéressent ici ont en outre la particularité de se réclamer eux-mêmes du « droit politique », sans donc que cette expression soit toujours très explicitement définie. Cette dernière fait le plus souvent figure de bannière autour de laquelle ils se sont réunis, davantage, me semble-t-il, par opposition à d'autres approches du droit constitutionnel (en particulier l'approche « contentieuse » de l'École d'Aix) que par adhésion à un programme méthodologique très déterminé. À vrai dire, cette absence de dogme théorique est même revendiquée comme telle par la plupart des auteurs de ce courant⁹, et c'est sans doute ce qui fait, également, la richesse et la diversité des travaux produits au sein de l'Institut Michel Villey.

Mais cela explique aussi la difficulté qu'il peut y avoir à saisir ce qui constitue le cœur de cette position. L'expression même de « droit politique » renvoie en effet tantôt à un objet d'analyse particulier (la partie du droit qui entretient des liens essentiels avec le politique – en l'occurrence surtout le droit constitutionnel, mais aussi le droit parlementaire par exemple), tantôt à un projet juridico-politique¹⁰ (le constitutionnalisme, comme limitation de la politique par le droit), tantôt encore à un mode d'approche du droit constitutionnel (qui consiste essentiellement à prendre en considération les faits politiques dans l'analyse des institutions et de leur

⁷ Armel Le Divellec écrit par exemple qu'il ne prétend « aucunement qu'il existe une véritable doctrine, unique et cohérente, de l'approche en termes de droit politique (ses adeptes sont bien trop divers) » (A. LE DIVELLEC, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les Cahiers Portalis*, 6, déc. 2018, p. 102).

⁸ A. Le Divellec reconnaît ainsi : « Sans doute, les fondements épistémiques de l'approche en termes de droit politique sont peut-être fragiles et n'ont pas (encore) été suffisamment définis de façon positive » (*ibid.*, p. 101).

⁹ Ainsi Armel Le Divellec avait-il déclaré de façon très significative, à l'occasion d'un entretien publié le 6 janvier 2011 sur le site *Nonfiction* : « le sens de notre démarche [...] est, au fond, culturel plus qu'épistémologique. Les animateurs de *Jus Politicum* ne sont pas toujours d'accord entre eux sur toutes les questions théoriques ni sur les voies pour aborder tel ou tel problème juridique ou constitutionnel. Nous ne sommes pas une secte scientifique ou des moines-soldats au service d'une seule conception du droit constitutionnel, d'un nouveau dogmatisme ! » (A. LE DIVELLEC et P. MORVAN, « *Jus Politicum* : le droit ressaisi par la politique ? », *Nonfiction*, 6 janvier 2011 [<https://www.nonfiction.fr/article-4108-jus-politicum-le-droit-ressaisi-par-la-politique.htm>]).

¹⁰ Armel Le Divellec, dans le même entretien à la revue en ligne *Nonfiction* expliquait par exemple : « la source essentielle du droit politique ne peut être détachée de la tradition libérale ». Christoph Gusy cherche ainsi à définir le droit politique en partant de la conception d'Aristote, selon lequel (dans les mots de Chr. Gusy) « était du droit politique celui qui devait garantir la liberté et la juste répartition ; autrement dit tout le droit qui devait contribuer à la réalisation du but tant de la *polis* que des citoyens de celle-ci. ». Transposée à aujourd'hui, cette définition le conduit à caractériser le droit politique comme « le droit qui exprime la liberté et l'égalité des hommes et des femmes de manière démocratique » (C. GUSY, « Considérations sur le "droit politique" », *Jus Politicum*, 2008/1 [<http://juspoliticum.com/article/Considerations-sur-le-droit-politique-26.html>]).

fonctionnement, grâce à la mobilisation de théories fondamentales du droit constitutionnel : la souveraineté, la représentation, le pouvoir constituant, les coutumes ou conventions constitutionnelles, etc.).

Cependant, la spécificité de l'école du « droit politique » consiste, me semble-t-il, en ce que les auteurs qui s'en réclament ne souhaitent précisément pas distinguer entre les trois significations que je viens d'énumérer : il s'agit d'analyser le droit constitutionnel, à raison des liens qu'il entretient avec les phénomènes politiques (objet spécifique), à travers le prisme du projet constitutionnaliste, dont il ne saurait être séparé (projet politico-juridique), ce qui ne peut se faire sans la mobilisation de théories à la fois fondatrices et fondamentales, qu'il convient donc de remettre au goût du jour (mode d'approche)¹¹.

La centralité du droit constitutionnel pour le courant du « droit politique » est évidemment ce qui permet de nombreux points de rencontre avec le « réalisme nanterrois ». Même si ce dernier prétend s'appliquer au-delà du droit constitutionnel, puisqu'il propose une théorie *générale* du droit, il faut reconnaître que, dans les pas de Michel Troper, les travaux de cette école ont assez largement privilégié ce domaine d'étude (même si quelques-uns des auteurs s'y rattachant se sont intéressés à des champs assez divers – le droit des libertés, le droit administratif, le droit de l'environnement ou même le droit de la famille).

C'est pourquoi il est utile – et intéressant – de poser la question des conceptions disciplinaires respectives (définition de l'objet, mode d'approche, méthode d'analyse, etc.) de ces deux courants de pensée. Une telle confrontation pouvait être envisagée de nombreuses manières, bien sûr ; mais il m'a semblé approprié, en vue d'en présenter les grands traits, de partir de l'expérience personnelle que j'ai pu avoir des « rapports » entre ces deux écoles. Appartenant à celle du « réalisme nanterrois », je suis pourtant invité – et ce, depuis bien longtemps – à de très nombreuses manifestations organisées par l'Institut Michel Villey. Cela témoigne, à n'en pas douter, de la grande ouverture d'esprit de ses membres mais, à mon sens, pas seulement. D'abord, je suis loin d'être un cas isolé : les invitations mutuelles sont monnaie courante, les projets communs ne sont pas rares et l'on peut même ajouter que certains membres de l'une ou l'autre école ont développé des relations privilégiées avec les institutions du courant opposé (je pense en particulier à Cécile Guérin-Bargues ou à Manon Altwegg-Boussac)¹². Or, ces interactions très fréquentes ne sont pas seulement la manifestation d'une communauté d'intérêts ou d'une mutuelle considération : elles dénotent un rapport que je qualifierais volontiers d'ambigu entre ces deux positions. Cette impression est toute personnelle, et résulte de mon expérience (maintenant ancienne) d'invité « réaliste » dans les manifestations organisées par l'Institut Michel Villey. Il me semble que le « réaliste nanterrois » y est considéré d'un côté comme un interlocuteur privilégié, ayant en partage un certain nombre de présupposés et de centres d'intérêt ou une culture théorique et historique relativement commune, et de l'autre comme un adversaire

¹¹ Ce courant est ainsi empreint d'une certaine nostalgie – en particulier de la façon dont la discipline du droit constitutionnel était pratiquée avant l'avènement des approches strictement contentieuses dans les années 1980.

¹² Sans compter, même si c'est sans doute plus anecdotique, que le conseil scientifique de la revue *Jus Politicum* compte parmi ses membres Michel Troper...

théorique dont il est important de se démarquer¹³. Ainsi m'est-il fréquemment arrivé d'être saisi de deux sentiments contradictoires – simultanément ou successivement selon les cas : d'une part, la conviction qu'en dépit des désaccords affichés par mes interlocuteurs, nos positions n'étaient peut-être pas si éloignées qu'ils le supposaient ; d'autre part, la nette impression que certaines convergences affichées étaient peut-être trompeuses et reposaient sur des malentendus.

C'est donc à l'aune de cette expérience un peu troublante (dont je répète qu'elle est très personnelle) que je me propose de procéder à la confrontation de ces deux courants de pensée, quant à leurs façons respectives d'envisager le « droit constitutionnel » comme discipline. Je le ferai en quatre temps. Je commencerai par envisager quelques fausses divergences que l'on suppose parfois entre ces deux positions, avant d'examiner leurs véritables divergences (qui tiennent essentiellement, me semble-t-il, à leurs positions épistémologiques respectives) ; j'aborderai ensuite leurs vraies convergences, qui consistent notamment à centrer leur attention sur les *pratiques* des acteurs, avant de conclure par quelques convergences trompeuses (trompeuses car elles résultent précisément de la communauté d'objets qu'elles se donnent).

I. DE FAUSSES DIVERGENCES : LA PLACE DU JUGE EN DROIT CONSTITUTIONNEL

L'école du « droit politique » s'est surtout formée en réaction contre le tournant méthodologique de la doctrine constitutionnelle française, amorcé depuis les années 1980 sous l'influence du doyen Favoreu, et qui a consisté à privilégier une approche « contentieuse » du droit constitutionnel, au détriment de sa dimension « institutionnelle ». Il est inutile d'insister sur ce point, il est suffisamment connu.

Il arrive cependant que certains auteurs associent le « réalisme nanterrois » à l'École d'Aix, en raison de la place que ces deux écoles accorderaient au juge et à ses décisions. C'est par exemple le cas de Xavier Magnon et Ariane Vidal-Naquet dans un article sur le « droit politique », précisément¹⁴ ; mais ils y expriment une position qui n'est pas si rare parmi les constitutionnalistes et qui mérite donc une mise au point. Cet article consiste en réalité en un plaidoyer en faveur de la théorie « normativiste » du droit ; et c'est à l'occasion de ce plaidoyer qu'ils affirment de façon tout à fait incidente que l'École d'Aix, qui suscite tant l'hostilité des tenants du « droit politique », devrait moins à un normativisme bien compris qu'au réalisme juridique¹⁵. Ils écrivent ainsi que l'École d'Aix « pourrait apparaître dans sa pratique dogmatique plus proche de l'école réaliste française » (sans doute faut-il entendre « nanterroise »...). Selon eux en effet, d'un point de vue théorique, « le recours au discours du juge pour l'étude du droit positif participe plus de la logique réaliste que de celle normativiste ».

¹³ Ce sentiment n'a du reste pas été démenti durant la journée d'études dont le présent papier résulte.

¹⁴ X. MAGNON et A. VIDAL-NAQUET, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis*, 6, déc. 2018, p. 110, note 13.

¹⁵ Il convient du reste de ne pas exagérer la place qu'occupe cette thèse dans leur article : elle n'est énoncée qu'en note de bas de page et n'est en aucun cas essentielle à leur démonstration. Elle est davantage développée dans X. MAGNON, « Commentaire sous "Le droit constitutionnel, Constitution du droit, droit de la Constitution" de L. Favoreu », in W. MASTOR, J. BENETTI, P. ÉGEA et X. MAGNON (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, Paris, Dalloz, 2017, p. 883-887.

Cette thèse n'est, d'après moi, pas adoptée par les auteurs se réclamant du « droit politique », qui sont d'excellents lecteurs des travaux de Michel Troper et qui ont bien remarqué que cette accusation était tout à fait infondée : à rebours de la fameuse maxime réaliste selon laquelle « *all the law is judge-made law* », Michel Troper n'a en effet jamais réduit le droit – pas plus le droit constitutionnel que le droit en général – à ce qu'en disent les juges¹⁶. Au contraire, il a toujours affirmé que les autorités d'interprétation « authentique » (au sens kelsénien) de la constitution étaient diverses et même qu'elles se faisaient concurrence : le Conseil constitutionnel bien sûr, mais aussi le Parlement, le Gouvernement, le président de la République (etc.) ; chacun pour ce qui le concerne, interprète le texte constitutionnel comme l'autorisant à adopter telle ou telle décision ou tel ou tel comportement, sous le regard des autres autorités. Il n'est donc tout simplement pas exact d'affirmer que le fondement théorique de la pratique dogmatique aixoise se trouverait davantage dans le « réalisme nanterrois » que dans le normativisme. Et s'il faut trouver une responsabilité à la centralité (et la déférence) dont fait l'objet la jurisprudence du Conseil constitutionnel au sein de la doctrine française, elle doit sans doute davantage être recherchée dans la façon dont la doctrine se représente son propre rôle – un problème qui dépasse largement, il faut le reconnaître, le cas des seuls constitutionnalistes – que dans son adhésion à une position théorique quelconque, qu'il s'agisse du réalisme ou du normativisme¹⁷.

Si l'on veut néanmoins prendre un peu au sérieux cette critique, il faut observer qu'elle est la manifestation d'un malentendu plus profond relatif au « réalisme nanterrois », qui concerne la possibilité même d'une critique des interprétations dites « authentiques ». L'idée défendue par Michel Troper consiste à indiquer que ces dernières constituent le seul « droit » susceptible d'être décrit. Or, il est vrai que cela le conduit à s'interdire d'affirmer que la décision d'une cour constitutionnelle par exemple serait « non-conforme à la Constitution ». Toutefois, cela ne signifie pas que l'on se prive alors de tout regard critique sur celle-ci, au contraire. Il s'agit seulement de renoncer à formuler une évaluation qui se prétendrait « objective », en ce qu'elle serait énoncée au nom du droit ou de la science du droit – mais certainement pas d'abandonner tout jugement subjectif, en termes moraux ou politiques, de ces décisions. L'idée défendue par Michel Troper n'a donc jamais été de sanctuariser la jurisprudence des cours, mais tout simplement de demander à ce que l'on s'abstienne de faire passer des appréciations subjectives (qui sont des jugements de valeur) pour des observations de type scientifique.

Il est probable que cette dernière position constitue un point de divergence réel avec les théories du droit politique.

¹⁶ Cette idée est très explicitement défendue (mais ce n'est qu'un exemple parmi beaucoup d'autres) dans M. TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 294 *sqq.* Il y écrit par exemple : « Mais la théorie "*all the law is judge made law*" reste insuffisante dans la mesure où elle ne concerne que le pouvoir d'interprétation des tribunaux et non celui des autres organes. Elle méconnaît ainsi le caractère collectif de l'interprétation. En réalité, toutes les autorités chargées d'appliquer la constitution l'interprètent et la recréent de concert » (*ibid.*, p. 313).

¹⁷ On ne peut à cet égard que souscrire à l'idée, défendue par Xavier Magnon et Ariane Vidal-Naquet, selon laquelle le normativisme ne saurait faire figure de fondement théorique à une telle posture.

II. DE VÉRITABLES DIVERGENCES : LE POSITIVISME MÉTHODOLOGIQUE

Ce qui sépare surtout, et de façon parfaitement assumée de part et d'autre, les deux thèses, c'est la conception de la discipline : des considérations épistémologiques, donc.

En premier lieu, alors que le « réalisme nanterrois » plaide pour une approche strictement descriptive du droit constitutionnel (et du droit en général), conformément à son approche positiviste, les tenants du « droit politique » défendent une position plus classiquement dogmatique. Ils ne se privent pas de prendre position dans les débats qui agitent la doctrine, quant à la meilleure manière d'interpréter la Constitution, quant à la pertinence de tel ou tel argument du Conseil constitutionnel ou de telle ou telle pratique parlementaire. Il y a là une véritable opposition entre les deux théories : tandis que Michel Troper a toujours estimé que la tâche des juristes consistait avant tout à décrire « le droit tel qu'il est », les tenants du « droit politique » considèrent qu'il lui revient également d'indiquer ce vers quoi le droit devrait tendre (ce qu'il « devrait être », donc), afin d'éclairer le débat public. Il n'est pas question de revenir ici sur le débat épistémologique en lui-même, mais de souligner simplement que cette divergence est à l'origine de beaucoup d'autres, entre ces deux positions (voir *infra*).

En deuxième lieu, alors que le « réalisme nanterrois » ne cesse d'insister sur la distinction qu'il convient d'opérer entre la science et son objet, entre le discours sur le droit et le discours du droit (c'est-à-dire sur la nécessité de distinguer entre les niveaux de langage), les auteurs se réclamant du « droit politique » rejettent plus ou moins explicitement l'utilité d'une telle prise de distance. S'inscrivant ainsi dans une très ancienne tradition juridique, ils estiment qu'il revient aux juristes de travailler *de l'intérieur* les théories et les concepts qui structurent les ordres juridiques : ils considèrent de leur devoir de déterminer ce que signifient juridiquement ces concepts, ce qu'impliquent juridiquement ces théories, etc. Toutes choses dont Michel Troper estime qu'il est impossible (en raison de leur plasticité fondamentale) de les déterminer *objectivement* : prétendre le contraire revient à faire passer une évaluation subjective pour une analyse scientifique. La seule tâche que l'on est en mesure de s'assigner, par rapport à ces concepts et à ces théories, consiste à décrire la façon dont ils ou elles sont mobilisé(e)s par les acteurs (voir *infra*).

En troisième lieu, les tenants du « droit politique » estiment que le droit constitutionnel en particulier (mais aussi les autres champs du droit public) est pétri et travaillé de l'intérieur par le politique, de sorte que l'on ne saurait s'abstraire de toute considération politique, lorsque l'on entreprend son étude : ils plaident donc pour une approche non strictement juridique de cet objet, en raison de ses particularités. Au contraire, Michel Troper a repris à son compte la grande ambition kelsénienne de construire une science du droit spécifiquement juridique¹⁸. Il ne s'agit bien sûr pas de dédaigner les apports de la science politique, de la sociologie ou de la philosophie, mais d'éviter le syncrétisme méthodologique, lequel participe de l'illusion selon laquelle la multiplication des points de vue scientifiques sur un objet permettrait de mieux en rendre compte.

¹⁸ On retrouve évidemment cette préoccupation dans sa théorie des contraintes *juridiques* – l'adjectif n'étant évidemment pas fortuit (v. V. CHAMPEIL-DESPLATS, Ch. GRZEGORCZYK et M. TROPER : *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, 2005).

Le « droit politique » paraît donc en parfaite contradiction avec trois des réquisits caractéristiques du « réalisme nanterrois » : la neutralité axiologique, la distinction des niveaux de langage et la spécificité de la science du droit¹⁹. Pour autant, il convient de ne pas exagérer l'opposition entre les deux positions : en effet, en adoptant des perspectives apparemment fort éloignées, elles se rejoignent en réalité assez largement sur les phénomènes dont il convient de se saisir.

III. DE RÉELLES CONVERGENCES : LES « PRATIQUES CONSTITUTIONNELLES » COMME OBJET D'ANALYSE PRIVILÉGIÉ

Pour apercevoir les réels points de convergence entre les deux positions étudiées, il suffit de se reporter à la pratique disciplinaire des différents auteurs, plutôt qu'aux textes dans lesquels ils exposent leur positionnement théorique. On peut alors être frappé par les similitudes d'objets, de style, de références et même parfois de méthode...

Non seulement le rejet de l'approche strictement contentieuse du droit constitutionnel est largement partagé des deux côtés, mais, plus profondément, il existe un accord patent sur la place qu'il convient d'accorder, dans une telle discipline, à la *pratique*. Lorsque Pierre Avril écrit par exemple que l'importance du texte constitutionnel doit être relativisée dans la mesure où « c'est l'usage qui est fait de cette disponibilité (du texte), la réalisation de ces virtualités, qui va révéler le mode d'existence de la Constitution. Car c'est cette Constitution réelle qu'il importe de connaître au travers de sa pratique », on croirait reconnaître une profession de foi réaliste (même si la suite de la citation dément en partie, on le verra – mais en partie seulement – cette première impression). Elle semble ainsi réitérer la vieille distinction entre « *law in books* » et « *law in action* » introduite par Roscoe Pound et reprise depuis comme un slogan du réalisme américain. Et comment ne pas également déceler de semblables linéaments dans la façon dont Pierre Avril définit le droit politique (en tant qu'objet), en se référant à Eugène Pierre et à sa définition du droit parlementaire : « ceux qui l'appliquent sont précisément ceux qui le créent²⁰ » ?

Une telle perspective conduit fatalement à porter une attention particulière à la façon dont les autorités non seulement interprètent le texte constitutionnel, mais aussi justifient leur interprétation²¹. Aussi retrouve-t-on au sein du courant du

¹⁹ Il faut immédiatement préciser que Michel Troper est beaucoup plus attaché à cette dernière exigence (directement héritée de Kelsen) que la plupart de ses élèves ou que les auteurs pouvant être rattachés au « réalisme nanterrois ».

²⁰ Ici également, il convient de nuancer la similitude des thèses en présence, car les apparences pourraient être trompeuses. Ni Pierre Avril ni Eugène Pierre, en effet, n'entendent affirmer (comme le ferait Michel Troper) que « ceux qui l'appliquent » créent le droit (politique) à l'occasion de cette application. Ils veulent seulement souligner que ceux qui produisent les règles écrites en cette matière sont aussi chargés de les appliquer – ce qui leur confère une position particulière à leur égard.

²¹ Carlos-Miguel Pimentel écrit ainsi : « Compris de cette manière, le droit politique aura recours à bien d'autres sources que le seul contenu des textes ou des arrêts : l'histoire, les pratiques politiques, les discours parlementaires, la doctrine, les œuvres de philosophie politique, constitueront pour le droit politique des matériaux indispensables » (C.-M. PIMENTEL, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus Politicum*, 2008/1, [<http://juspoliticum.com/article/Reconnaissance-et-desaveu-contribution-a-une-theorie-du-droit-politique-9.html>]).

« droit politique » aussi bien que de celui du « réalisme nanterrois » une très forte tendance à insister sur l'importance des grands concepts ou des grandes théories du droit constitutionnel. La séparation des pouvoirs, le pouvoir constituant, le pouvoir de révision, la souveraineté, la théorie des régimes politiques, la représentation, la responsabilité politique, sont autant de thèmes qui ont été travaillés par des auteurs des deux « camps », en adoptant les uns vis-à-vis des autres une démarche à la fois constructive et coopérative, les travaux des uns s'appuyant sur ceux des autres – preuve supplémentaire de la proximité de ces approches. Plus fondamentalement encore, une attention toute particulière est portée de part et d'autre au caractère évolutif de ces théories, à leurs transformations en fonction des contextes institutionnels et politiques dans lesquels elles sont mobilisées²². C'est ce qui conduit les uns et les autres à accorder une très large place à l'histoire constitutionnelle et à l'histoire de la pensée juridique – et en conséquence à se référer aux mêmes grands auteurs de la discipline, y compris à l'étranger.

Il convient toutefois de ne pas exagérer ces convergences, qui par certains aspects ne sont qu'apparentes.

IV. DES CONVERGENCES TROMPEUSES : LES RAPPORTS ENTRE DROIT ET POLITIQUE

On peut caractériser ce qui continue, malgré les apparences, de séparer les approches de « droit politique » de celles qui se rattachent au « réalisme nanterrois » en complétant la citation de Pierre Avril – volontairement tronquée plus haut :

c'est l'usage qui est fait de cette disponibilité [du texte], la réalisation de ces virtualités, qui va révéler le mode d'existence de la Constitution. Car c'est cette Constitution réelle qu'il importe de connaître au travers de sa pratique *juridiquement évaluée*²³.

Il semble qu'il y ait dans ces deux mots tout ce qui sépare les deux approches. Cela tient évidemment, d'une part, au positivisme méthodologique évoqué plus haut, qui interdit aux tenants du « réalisme nanterrois » de prétendre *évaluer* – surtout *juridiquement* – la pratique constitutionnelle²⁴. L'évaluation est en effet proscrite, non pas en tant que telle, mais surtout lorsqu'elle se présente comme « objective », en particulier comme le résultat d'une expertise juridique. Il n'est

²² On en trouve une confirmation dans la conclusion délivrée par Carlos-Miguel Pimentel au terme de son article présentant la revue *Jus Politicum* (« Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *op. cit.*). Il écrit en effet : « L'interprétation de la constitution par les organes politiques, de même que les conventions de la constitution, relèvent en revanche du droit mouvant, c'est-à-dire d'un droit qui n'a pas d'existence en dehors de la manière dont il est reçu par la reconnaissance collective. C'est avant tout ce droit, fait d'usages, d'interprétations, d'héritages historiques et de filiations conceptuelles, de conflits surmontés et de divergences possibles, que le droit politique se donnera pour objet de mieux comprendre, et, à son tour, de *faire reconnaître* ».

²³ C'est moi qui souligne – en l'occurrence l'expression qui manquait.

²⁴ D'autant que l'évaluation juridique à laquelle appelle Pierre Avril est associée dans sa phrase à la notion de connaissance : il convient, écrit-il, de « connaître » la « Constitution réelle », « au travers de sa pratique *juridiquement évaluée* ». Or, le positivisme revendiqué par le réalisme nanterrois professe que la « connaissance » ne saurait passer par « l'évaluation », les deux opérations devant être strictement distinguées.

guère besoin d'y insister. En revanche, il convient de souligner que les mots « juridiquement évaluée » révèlent une autre divergence fondamentale qui paraît subsister entre les deux approches, quant à la théorie de l'interprétation.

En effet, et d'autre part, pour le « réalisme nanterrois », les textes n'ont aucune signification juridique propre avant d'être interprétés. Cela signifie plus spécifiquement qu'un même texte est susceptible de se voir attribuer une multitude de significations divergentes, voire contradictoires, en sorte que si chacun est bien sûr libre de lui attribuer celle qu'il juge la plus appropriée, seule celle qui est retenue par certaines autorités « vaut » comme « droit », c'est-à-dire peut être regardée comme la norme juridique tirée dudit texte – et mérite donc d'être décrite comme telle. Voilà sans doute l'un des points de désaccord principaux avec les auteurs se réclamant du « droit politique ». On peut par exemple remarquer que dans son article, Pierre Avril insiste certes sur la pratique des acteurs ou l'importance des phénomènes politiques dans l'analyse des phénomènes constitutionnels, mais rappelle également sans cesse l'existence des textes et leur « indispensable » exégèse. Il semble suggérer que la « politique » s'immisce « à côté » du droit édicté dans les textes, dans les interstices laissés ouverts par leur caractère plus ou moins vague, avec la marge de pouvoir discrétionnaire que cela leur laisserait²⁵. Or, pour le « réalisme nanterrois » au contraire, la politique est « toujours là », car elle est constitutive aux choix que suppose chaque interprétation – laquelle consiste par définition en un acte de volonté. Si bien que lorsqu'une autorité déclare ne faire qu'appliquer une disposition « claire et précise » du texte, il s'agit encore d'un choix – celui de privilégier une interprétation *littérale* par rapport à un autre type d'interprétation. Selon les réalistes (pas seulement nanterrois), la politique n'est jamais absente du processus d'application du droit, puisque chaque opération de mise en œuvre est aussi (et surtout) une création du droit.

Cette position emporte évidemment des conséquences sur la manière dont la discipline du droit constitutionnel peut être envisagée. Lorsque Pierre Avril évoque une « évaluation juridique » de la pratique constitutionnelle, il semble que cela ne puisse signifier que deux choses : une évaluation soit par rapport aux textes juridiques (les autorités, travaillées par le politique, se sont-elles conformées ou au contraire écartées de la lettre du texte constitutionnel ?), soit par rapport aux grandes théories structurantes du droit constitutionnel, héritées du constitutionnalisme (les autorités se conforment-elles à ce que devrait être leur rôle – eu égard à leur nature juridique, à leur fonction propre, ou bien à la séparation des pouvoirs, ou encore, par exemple à ce que l'on peut attendre de la responsabilité politique dans un État de droit ?, etc.). En réalité, les deux hypothèses ne sont nullement incompatibles et, de fait, si l'on se penche sur les travaux produits au sein du courant du « droit politique », on doit constater qu'elles sont systématiquement associées : il s'agit toujours de plaider pour une interprétation des textes constitutionnels qui se conforme à la nature juridique profonde des institutions, mécanismes ou autorités qu'ils instituent ou réglementent. Tel est en effet le sens du projet général de cette théorie (exposé plus haut dans ses trois dimensions : objet spécifique, mode d'approche, projet politico-juridique) : analyser le droit constitutionnel

²⁵ Même C.-M. Pimentel, alors même qu'il semble aller plus loin que Pierre Avril dans la place accordée à l'analyse des pratiques et des usages, oppose le droit « fixe » et le droit « mouvant », semblant classer dans la première catégorie tous les textes, au moins en ce qu'ils « prétendent formaliser une règle indépendamment de sa pratique » (C.-M. Pimentel : « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *op. cit.*).

dans toute sa spécificité consiste certes à mettre en évidence sa dimension politique, mais sans que cela implique le moins du monde de renoncer à une approche juridique de cet objet ; au contraire, l'analyse du comportement des acteurs de même que l'exégèse des textes sur lesquels il se fonde doivent être opérées à l'aune des grandes théories du droit constitutionnel – qui ne sont rien d'autre que l'expression du projet constitutionnaliste de la limitation du pouvoir par le droit.

C'est précisément ce qui permet aux auteurs qui se réclament du droit politique de « prendre position » dans les grands débats qui agitent la discipline. En témoignent les questions que soulève Pierre Avril dans son texte : à propos des règles non écrites qui résultent de la pratique constitutionnelle et qui donnent ensuite lieu à l'édiction de nouveaux actes juridiques, il note que « le juriste ne peut donc se borner à constater leur édicition sans s'interroger sur leur fondement ».

Or, le « réalisme nanterrois », tout au contraire, envisage les doctrines ou théories sur lesquelles les pratiques constitutionnelles s'appuient de la même façon qu'il regarde les textes constitutionnels : seulement comme des arguments qu'il convient de décrire, et non comme des étalons à l'aune desquels lesdites pratiques devraient être évaluées. Si bien qu'un réaliste « nanterrois » aurait sans doute pu exprimer (à l'égard des actes juridiques résultant des pratiques constitutionnelles) une position correspondant à l'antithèse parfaite de celle de Pierre Avril : « le juriste *doit* se borner à constater leur édicition *sans* s'interroger sur leur fondement ». Selon cette position en effet, la recherche du « fondement » est une quête scientifiquement vaine – parce qu'elle est par nature idéologique. On ne peut dès lors que décrire (et s'efforcer de comprendre) la façon dont les acteurs « fondent » leurs décisions, sans chercher à déterminer s'ils avaient (juridiquement) tort ou raison de procéder de la sorte.

Il convient néanmoins de noter qu'en adoptant une telle position, le « droit politique » se conforme à une tradition doctrinale éprouvée, qui renvoie à la façon de penser habituelle des juristes : il s'agit de chercher à expliquer la production de règles inférieures par l'existence de règles supérieures. Appliquée au droit constitutionnel, une telle approche soulève un problème évident : il arrive très fréquemment, dans ce champ, que des autorités paraissent par leur comportement, voire leur discours se conformer à une règle, alors même qu'aucune disposition écrite n'exprime une telle règle. Lorsque Pierre Avril propose de « s'interroger sur leur fondement », on comprend qu'il s'agit en réalité de déterminer quelle « règle » peut fonder de semblables comportements, dans la mesure où aucune disposition écrite ne le peut. Tel est le sens du recours à l'idée des « conventions de la constitution » en particulier : fournir un fondement juridique à des pratiques qui n'en ont pas²⁶.

²⁶ Pierre Avril établit du reste un parallèle à cet égard avec le rôle joué par la jurisprudence des tribunaux : la « jurisprudence » est en effet elle aussi présentée comme le « fondement juridique » de décisions qui n'en trouvent aucun dans le droit écrit. Il écrit en effet : « Il est d'ailleurs significatif que ce soit la jurisprudence des tribunaux qui ait inspiré à Eugène Pierre sa fameuse formule sur le droit politique : “ceux qui l'appliquent sont précisément ceux qui le créent” ». Or, cette idée est très précisément défendue par Michel Troper depuis fort longtemps (notamment dans « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *op. cit.*, p. 294 *sqq.*) : partant de la théorie réaliste de l'interprétation, il estime que les autorités constitutionnelles (y compris le Conseil constitutionnel) sont les véritables auteurs des normes constitutionnelles, par l'interprétation concurrente qu'elles donnent du texte constitutionnel. Le parallèle entre la jurisprudence et les interprétations non-juridictionnelles de la Constitution est

Pour le « réalisme nanterrois », une telle entreprise ne ressortit pas à la science du droit, car elle revient (du fait de la théorie réaliste de l'interprétation) à justifier le droit au lieu de simplement le décrire. C'est pourquoi il est dans cette perspective nécessaire d'opérer un « renversement de perspective » : au lieu de chercher le fondement juridique adéquat à tel ou tel comportement d'une autorité constitutionnelle (ou de contester celui qu'elle s'est choisi), il s'agit de partir dudit comportement, afin de s'efforcer de comprendre comment elle a été amenée à l'adopter et surtout comment elle a cherché à le justifier (en invoquant tel fondement juridique plutôt qu'un autre par exemple). Le « renversement » consiste donc, plutôt que de « partir des règles pour comprendre (ou évaluer) les comportements », à « partir des comportements pour comprendre les règles (c'est-à-dire la fonction justificative qu'elles remplissent) ».

*
**

Comme son nom l'indique, le « droit politique » entend rompre avec une vision étroitement formaliste du droit constitutionnel, qui consisterait à ne voir les autorités constitutionnelles que comme des individus soumis au respect de règles extérieures par un juge impartial. Aussi cette théorie insiste-t-elle sur l'importance des rapports de force politiques en droit constitutionnel, et parvient à mettre en évidence que les autorités constitutionnelles façonnent elles-mêmes nombre de ces règles, au gré de ces rapports de force. Sur ce constat, il semble que l'accord avec le « réalisme nanterrois » soit à peu près complet. Pour autant, la question des rapports pouvant exister entre droit et politique est envisagée de façon toute différente selon la perspective adoptée.

Du point de vue du « droit politique », contrairement à ce que l'expression elle-même pourrait laisser croire, « droit » et « politique » demeurent deux phénomènes distincts, dont il s'agit de saisir les relations – notamment la façon dont la politique façonne le droit, ou s'immisce dans les interstices que ce dernier a laissés ouverts. Tout au contraire, pour le réalisme en général (pas seulement nanterrois), on ne saurait précisément opposer « droit » et « politique », car le droit ne peut être pensé que comme une *manifestation* du politique, y compris dans sa mise en œuvre (tel est le sens de la théorie dite « réaliste » de l'interprétation).

Pour autant, dans cette dernière perspective, la question des rapports entre droit et politique peut être envisagée (alors même que le premier est compris comme une simple « modalité » de la seconde) – mais elle l'est à rebours de la perspective adoptée par le « droit politique ». Le « réalisme nanterrois » suggère en effet que, pour une autorité, justifier une décision en se référant à la théorie de la représentation, désigner une autorité comme le souverain, ou invoquer le caractère illimité du pouvoir constituant (par exemple), ne sont pas seulement des façons de donner un « fondement juridique » à ses propres décisions : cela revient à façonner ces concepts ou ces théories, et à admettre qu'elles puissent être invoquées plus tard, par d'autres autorités, pour justifier d'autres décisions. On peut dès lors affirmer que la politique est impactée par le droit : il lui confère une certaine forme, et le

donc établi de façon tout à fait explicite. Cependant, le statut de la jurisprudence est très différent dans les deux cas : pour Pierre Avril, il s'agit d'un fondement aux décisions des tribunaux (qu'il convient donc d'étendre, symétriquement, aux autorités politiques) tandis que pour Michel Troper, il s'agit d'un argument justificatif, dont il convient de comprendre les spécificités.

« réalisme nanterrois » se propose précisément de décrire cette forme particulière qu'est la forme *juridique*. Il s'agit donc de regarder le phénomène politique seulement en tant qu'il adopte cette forme : tel est le caractère « spécifiquement juridique » de la théorie proposée.

Au contraire, pour le « droit politique », les deux phénomènes du droit et de la politique sont dissociés, car c'est seulement dans cette hypothèse qu'il est possible de poser la question de leurs relations : c'est ainsi que l'on peut, comme le fait par exemple Pierre Avril dans son texte, soulever la question des « limites qu'il convient juridiquement d'assigner à l'action des "forces" sur les "formes", c'est-à-dire de la politique sur le droit » – une question qui n'a tout simplement pas de sens pour le « réalisme nanterrois ». Mais cette dissociation est aussi ce qui permet à ces auteurs de décrire la façon dont la politique façonne, affecte, ou alimente le droit.

On pourrait dès lors exprimer les choses de la façon suivante : selon le « droit politique », il est question de saisir *ce que la politique fait au droit* (celui-ci étant regardé comme affecté par les rapports de force politiques), tandis que pour le « réalisme nanterrois », il convient de comprendre *ce que le droit fait à la politique* – au sens où si le droit est une manifestation du politique, il lui donne une forme qui n'est pas sans influence sur le fond des décisions adoptées.

La symétrie entre les deux formules ne doit cependant pas faire oublier ce qui sépare les deux thèses : outre une définition un peu discordante de l'objet « droit » et de ses rapports avec le politique, on doit surtout observer une conception très différente du rôle du juriste et de la discipline juridique en général. Néanmoins, malgré cette divergence (dont il ne faut pas minimiser le poids), il semble que les points de convergence soient suffisamment puissants et les références suffisamment communes, pour que le dialogue soit non seulement possible, mais fructueux et plaisant. Il l'est aujourd'hui – et l'on ne peut donc que former le vœu qu'il se poursuive.

Arnaud Le Pillouer

Arnaud Le Pillouer est professeur de droit public à l'Université Paris Nanterre. Il est co-directeur du Centre de Théorie et Analyse du Droit (CTAD – UMR 7074)