

Renaud Baumert

Les programmes doctrinaux en droit constitutionnel*

Pour Anissa, mon effet-boucle à moi.

INTRODUCTION

Considérant que son activité consiste surtout à interpréter le droit, le juriste est volontiers enclin à concentrer son attention sur la pratique juridique. Dès lors, la doctrine lui apparaît souvent comme un phénomène quelque peu périphérique. Il n'est toutefois pas illégitime de renverser le point de vue, et de l'ériger en objet d'étude à part entière. C'est même absolument nécessaire lorsque l'on pratique certaines « sous-disciplines » juridiques, comme la théorie ou la philosophie du droit¹. Il en va de même pour l'histoire des idées juridiques – qu'elle soit cultivée pour elle-même ou comme un simple accessoire d'une histoire du droit plus large². Par parenthèse, on remarquera que ces disciplines sont par nature « transversales ». Elles peuvent porter sur n'importe quelle branche du droit, de sorte que les enseignements que l'on en peut tirer pourraient irriguer la matière tout entière. Quoi qu'il en soit, pour ces spécialités, le discours doctrinal constitue en lui-même un objet de spéculation privilégié. Or, il me semble, qu'en la matière, la réflexion des juristes demeure assez « casuistique ». Je veux dire par-là

* Cet article est tiré d'une conférence, prononcée à Rouen, le 7 novembre 2014, à l'occasion de la septième rencontre du *Cercle franco-allemand pour le droit public*. La manifestation était consacrée aux « rapports entre doctrine et pratique ». Une version allemande de cet article (trad. H. Jaschinski, a été publiée sous le titre : R. BAUMERT, « Rechtswissenschaftliche Zugänge zum Verfassungsrecht », in J. MASING, M. JESTAEDT, D. CAPITANT, O. JOUANJAN (dir.), *Rechtswissenschaft und Rechtspraxis. Ihr Verhältnis im Verfassungs-, Verwaltungs- und Unionsrecht*, Dokumentation des 7. Treffens des Deutsch-Französischen Gesprächskreises für Öffentliches Recht, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020, p. 1-30.

¹ Par exemple, É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006, p. 19, estime que la théorie du droit est un « métalangage » de la « science du droit » laquelle est pratiquée par la doctrine. N. BOBBIO, « Nature et fonction de la philosophie du droit », *Archives de philosophie du droit*, 7/1962, p. 1 *sqq.*, distingue une forme de philosophie du droit qu'il nomme « méthodologie juridique ». Elle consiste en des « études de la science juridique, plus exactement de l'œuvre des juristes (ou des juges) s'appliquant à la découverte, à l'interprétation et à la formulation de règles [...] ».

² Par exemple, O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris, PUF, 2005, p. 2-3 : « Ce livre [...] s'occupe de l'histoire de quelques doctrines [...]. Pourtant, il est aussi, sous un certain point de vue une histoire *du droit*. Il l'est dans la mesure où l'on voudrait bien admettre [...] qu'il est vain, et peut-être absurde, de vouloir tracer une "frontière absolue" entre l'histoire du droit et celle de la littérature juridique ».

que nous avons tendance à étudier des doctrines singulières : celle de tel auteur, ou celle de tel courant, ou encore celle qui s'est penchée sur telle question juridique. En revanche, il est bien rare que l'on prenne le risque de proposer une *théorie générale de la doctrine* – situation qui contraste avec le sort réservé aux systèmes juridiques eux-mêmes.

Faut-il y voir le signe d'une certaine paresse ou d'une remarquable prudence ? Je ne saurais le dire exactement. Aussi me contenterais-je ici de deux remarques. En premier lieu, il est vraisemblable que la diversité des savoirs juridiques et la spécialisation consécutive des juristes freinent les entreprises de ce genre. Comment proposer une théorie générale de la doctrine lorsqu'il est déjà difficile de comprendre, sur plus d'un siècle, celle d'une sous-branche du droit public ou du droit privé ? Cette remarque invite à la prudence, mais elle ne condamne pas pour autant le projet. En effet, on ne peut pas exclure *a priori* que des droits matériellement très différents engendrent des fonctionnements doctrinaux similaires.

En second lieu, j'ai le sentiment que cette question fait l'objet de grosses « oscillations » dans les sciences humaines et sociales. Je me trompe peut-être – et cette réserve est sincère –, mais j'ai l'impression que l'histoire et la sociologie connaissent des vagues et des ressacs de ce type. Il y aurait ainsi des époques où ces disciplines, cherchant à se saisir elles-mêmes, seraient travaillées par le démon de l'épistémologie et de l'abstraction méthodologique. À quoi succéderaient des phases où, redoutant le péril des généralisations hâtives, les spécialistes se replieraient sur l'étude de cas et la singularité des terrains. Si ces mouvements de balancier existent ailleurs que dans mon imagination, on pourrait sans doute tirer profit de leur étude.

Toujours est-il que, pour mieux se représenter l'activité doctrinale, il pourrait être heureux de se doter d'un petit modèle, même schématique. Cela permettrait, tout d'abord, de préciser les rapports entre la doctrine et la pratique. Il se pourrait, en outre, qu'une telle construction attire notre attention sur certaines difficultés propres à l'étude de la doctrine et que cela débouche à terme sur un certain nombre de préconisations méthodologiques. Dans les pages qui suivent, j'essaierai de tracer les premiers contours d'un modèle de ce genre. Pour ce faire, je m'inspirerai du modèle des « programmes de recherche », développé par le philosophe et historien des sciences Imre Lakatos³. Pour des raisons qui apparaîtront plus nettement par la suite, je crois que cette théorie peut nous apprendre quelque chose sur le fonctionnement de nos disciplines, en attirant notre attention sur des éléments auxquels on ne prête pas toujours l'attention qu'ils méritent.

Ce projet appelle toutefois quelques précisions générales. Premièrement, il est évident que les sciences que Lakatos avait en vue en construisant son modèle n'incluaient pas notre discipline. Une simple transposition paraît donc assez périlleuse. Aussi proposerai-je *d'adapter* le modèle de Lakatos pour tenir compte des spécificités de l'objet juridique. Il s'agira donc de dériver un « sous-modèle » qui sera simplement inspiré de celui de Lakatos. Pour signaler formellement la distance, je parlerai, relativement au droit, de « programmes doctrinaux » plutôt que de « programmes de recherche ». Deuxièmement, je ne prétendrai évidemment pas traiter

³ V. I. LAKATOS, *Histoire et méthodologie des sciences : programmes de recherche et reconstruction rationnelle*, éd. de L. Giard, trad. C. Malamoud et J.-F. Spitz, Paris, PUF, 1994. Cet ouvrage est la traduction française des chapitres 1, 2 et 4 de I. LAKATOS, *Philosophical Papers: The Methodology of Scientific Research Programmes*, éd. de J. Worall et G. Currie, Cambridge, Cambridge University Press, vol. I, 1978. Il s'agit donc d'une compilation d'articles initialement publiés ailleurs.

de toutes les formes de doctrines, mais seulement de celles que ma pratique d'historien des idées constitutionnelles m'a amené à étudier. Troisièmement, on ne trouvera pas dans les pages qui suivent un modèle aussi précis et détaillé que ceux développés par Thomas Kuhn, Karl Popper ou Imre Lakatos. J'aimerais simplement indiquer quelques pistes de réflexion, en espérant, à l'avenir, pouvoir les compléter, les préciser ou les réformer s'il le faut. Quatrièmement, je me concentrerai ici sur la question des rapports entre la doctrine et la pratique.

Afin de clarifier les choses, je distinguerai l'une de l'autre en fonction d'un critère très simple. Conformément à un usage très répandu, le terme de « pratique » sera réservé à ceux dont le travail juridique *est suivi d'effets de droit*. Schématiquement, cela recouvre à la fois les organes créateurs de droit, qui produisent des actes juridiques, et ceux qui en arrêtent la signification normative par une interprétation authentique. C'est le système juridique lui-même qui confère leur qualité aux praticiens ainsi entendus⁴. Conformément à un usage non moins répandu, je réserverai le terme de « doctrine » à ces professionnels du droit dont *l'interprétation est dépourvue d'effets juridiques*. Il importe peu, ici, de déterminer la finalité ou l'autorité sociale qui s'attache à cette interprétation. Le point essentiel est que la parole doctrinale sera conçue comme privée d'effets juridiques directs – précisément parce que le système juridique ne lui en confère pas. J'ai bien conscience que la distinction ainsi tracée est à la fois sommaire et problématique. Il est certain, par exemple, que pour qualifier un organe « d'interprète authentique », il faut mobiliser une théorie complexe et discutable. Pour la clarté de ce qui suit, je supposerai toutefois – de manière artificielle – que cette difficulté est levée.

Tout d'abord, j'exposerai les éléments qui, dans la théorie de Lakatos, pourraient intéresser notre discipline (I). Puis, je préciserai en quoi les objets de recherche des sciences exactes me semblent différer des nôtres (II). Enfin, je chercherai à tirer des développements précédents quelques éléments de méthode propres à l'histoire des idées constitutionnelles (III).

I. DES « PROGRAMMES DE RECHERCHE » AUX « PROGRAMMES DOCTRINAUX »

Lakatos insiste non seulement sur la multiplicité des programmes de recherche, mais aussi sur leur faculté à résister aux falsifications empiriques. On pourrait en dire autant des programmes doctrinaux.

A. Multiplicité et rivalité des programmes doctrinaux

L'une des idées fondamentales de Lakatos est que la science ne procède pas d'un programme de recherche unique mais d'une multiplicité de programmes particuliers qui se font concurrence pour expliquer la réalité empirique. Selon lui, « l'histoire des sciences a été et devrait être celle de la rivalité entre programmes de recherche⁵ ». Cette remarque doit être comprise comme une critique très explicite de

⁴ En droit constitutionnel, ce principe connaît une exception qu'il faut relever : les organes constitutants originaires (à condition, bien sûr, qu'ils soient réellement originaires).

⁵ I. LAKATOS, « La falsification et la méthodologie des programmes de recherche scientifiques » (1970), in I. LAKATOS, *Histoire et méthodologie des sciences : programmes de recherche et reconstruction rationnelle*, op. cit., p. 95.

la position développée par Thomas Kuhn dans la *Structure des révolutions scientifiques*⁶. Kuhn soutient en effet que la « science normale » ne serait rendue possible que par le partage, universel au sein de la communauté scientifique, d'un même paradigme⁷. Lakatos estime au contraire que les scientifiques travaillant sur un même objet se partagent toujours entre divers « programmes de recherche » concurrents. Il me semble qu'il en va de même de la communauté doctrinale. En ce sens, les « écoles » ou les « traditions » entre lesquelles se répartissent les spécialistes du droit constitutionnel sont autant de « programmes doctrinaux ». Au demeurant, les lecteurs attentifs de Kuhn remarqueront qu'il aboutit à une solution tout à fait analogue lorsqu'il évoque non les sciences exactes, mais les *sciences sociales* (desquelles nous pourrions rapprocher le droit constitutionnel)⁸. Selon Kuhn, en effet, ces disciplines seraient restées au stade « pré-paradigmatique » ; ce qui suppose qu'elles se partageraient entre différentes écoles rivales dont les grilles de lecture demeurent largement incommensurables. De la sorte, même en appliquant le modèle de Kuhn à notre objet, nous aboutirions sans doute à une solution très proche de celle que défend Lakatos (c'est-à-dire une pluralité de programmes concurrents)⁹.

Il me semble donc qu'on peut se figurer la communauté doctrinale comme un ensemble de « programmes doctrinaux » concurrents portant sur un objet de même nature (le droit constitutionnel). La chose me paraît vraie y compris lorsqu'on se limite à la doctrine constitutionnelle d'un État donné. Ce qu'on nomme un courant (comme le « positivisme ») n'est que le rapprochement d'un ensemble de programmes doctrinaux en réalité assez différents. Ainsi, il y a des différences essentielles entre les « positivistes » français selon qu'ils se réclament de Hans Kelsen, d'Alf Ross ou de Michel Troper. Tous peuvent étudier un même objet (le droit constitutionnel français) sans mettre en œuvre le même programme. Cette pluralité se nourrit aussi de la possibilité d'importer un programme initialement conçu pour s'appliquer à un autre droit constitutionnel. Ainsi du programme doctrinal de Raymond Carré de Malberg, qui appliqua au droit public français de nombreux outils empruntés au programme de Paul Laband.

On objectera peut-être que recourir au modèle de Kuhn aurait été plus fructueux, dans la mesure où cela permettrait de rendre compte de la succession des périodes de « crise » et de « normalité ». Il me semble toutefois que l'on peut obtenir le même résultat par le biais que j'indique. En ce sens, une « crise doctrinale » nationale apparaît lorsque les programmes concurrents se multiplient et se distin-

⁶ *Ibid.* : « en réalité, il est très rare que des programmes de recherche aient établi un monopole total [...]. Le « pluralisme théorique » est préférable au « monisme théorique » : sur ce point, Popper et Feyerabend ont raison et Kuhn a tort ».

⁷ V. Th. KUHN, *La Structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1983, chap. 1, p. 29 *sqq.*

⁸ Cette idée apparaît déjà très clairement dans *ibid.*, p. 35 : « on peut se demander quelles branches des sciences sociales ont déjà trouvé de tels paradigmes ». Dans un sens analogue, v. le commentaire de P. HOYNINGEN-HUENE, *Thomas S. Kuhn's Philosophy of Science*, Chicago, University of Chicago Press, 1993, p. 4 *sqq.*

⁹ C'est d'ailleurs ce qui ressort nettement des tentatives sérieuses d'adaptation du modèle kuhnien aux sciences sociales. V. en ce sens C.G.A. BRYANT, « Kuhn, Paradigms and Sociology », *The British Journal of Sociology*, XXVI, 3, sept. 1975, p. 354-359 ; D.L. ECKBERG et L. HILL Jr., « The Paradigm Concept and Sociology », in G. GUTTING (dir.), *Paradigms and Revolutions*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1980, p. 117-136.

guent les uns des autres. Au contraire, une doctrine nationale se « normalise » lorsque le nombre de programmes diminue et que ceux-ci se rapprochent. L'une des tâches de l'historien des idées constitutionnelles est sans doute d'expliquer ces phénomènes *in concreto*. S'il est impossible d'en donner une explication générale, on peut au moins faire ici quelques remarques.

Il semble, tout d'abord, qu'un bouleversement de la *pratique* – par exemple une rupture constitutionnelle consécutive à une révolution – entraîne souvent une crise doctrinale. Il ne fait guère de doute que la révolution de 1918-1919 et l'émergence de la constitution de Weimar encouragèrent considérablement la crise doctrinale que l'on sait. Mais il ne faut pas perdre de vue qu'une crise doctrinale peut aussi résulter du mouvement propre de la *doctrine*. Il est très plausible qu'un « *Methodenstreit* » puisse procéder de causes endogènes à la pensée doctrinale, voire d'un vif débat qui déchirerait une discipline intellectuelle connexe – pour peu que la doctrine s'y abreuve. Ainsi de la philosophie, de la sociologie, de l'histoire ou de la théorie du langage. La crise qui secoua la doctrine weimarienne en fournit un bon exemple. Elle n'opposait pas seulement les partisans et les critiques de la nouvelle constitution, mais aussi les tenants du « positivisme traditionnel » et ses adversaires qui le jugeaient déliquescents. Ces derniers s'appuyaient largement sur des travaux philosophiques ou sociologiques qui leur permettaient de prendre leurs distances avec le néo-kantisme (dont le positivisme traditionnel était variablement imprégné)¹⁰. Vraisemblablement, la conjonction des facteurs exogènes et endogènes à la doctrine est particulièrement propice à son entrée en crise.

B. Heuristique négative et heuristique positive

En m'inspirant de Lakatos, je postulerais volontiers que les programmes doctrinaux doivent être compris comme des *conceptions structurées qui façonnent l'appréhension du droit positif*. Ils ne sont pas seulement des amas de théories, de postulats et de concepts hétéroclites. Ainsi, au sein d'un programme doctrinal, les concepts utilisés n'ont de sens que dans les rapports qui s'établissent entre eux et qui permettent de forger des théories.

L'idée centrale de Lakatos est qu'« un programme se compose de règles méthodologiques sur les voies de recherche à éviter (heuristique négative) ou à poursuivre (heuristique positive)¹¹ ». L'*heuristique négative* résulterait d'un choix méthodologique. Ce choix, opéré par le chercheur, consiste à isoler un « noyau dur » d'hypothèses et de théories qui ne doivent jamais être rejetées ou modifiées. Cela signifie que, « par décision méthodologique », ce noyau dur ne sera pas considéré comme falsifié, même si une expérience empirique semble le remettre en question. Confrontés à une telle expérience, les partisans du programme supposeront plutôt qu'il faut élaborer des « hypothèses auxiliaires » rendant compte de l'*apparente* falsification empirique. Autrement dit, et toujours par choix, ils supposeront que c'est dans *les conditions de l'expérience* ou dans *la théorie qui informe cette expérience* qu'il faut chercher la cause de l'anomalie. Ainsi se forme peu à peu, autour du noyau dur, une sorte de « glacis protecteur » fait « d'hypothèses "d'observation" auxiliaires et de conditions initiales ». Schématiquement, l'heuristique négative

¹⁰ V. par exemple E. KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, Tübingen, Mohr, 1921. Ou encore : R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München, Leipzig, Duncker & Humblot, 1928, où le patronnage de Theodor Litt est fréquemment revendiqué.

¹¹ I. LAKATOS, « La falsification et la méthodologie des programmes de recherche scientifiques », *op. cit.*, p. 62-63 pour cette citation et les suivantes.

consiste à accepter la modification progressive du glacis protecteur *afin de protéger* le noyau dur. Le programme progressera en préservant son noyau dur, tandis que ce glacis protecteur se modifiera au fur et à mesure.

Il me semble que cette idée peut être, peu ou prou, transposée aux programmes doctrinaux. Prenons l'exemple du programme doctrinal que constitue la « théorie pure du droit » développée par Hans Kelsen. L'idée selon laquelle le droit positif serait un système hiérarchisé de normes liées entre elles par la seule validité appartient manifestement à son noyau dur¹². Comme le fit Raymond Carré de Malberg, on peut objecter à cette thèse que les ordres juridiques ont d'abord un caractère organique et secondairement un caractère normatif¹³. C'est, selon Carré de Malberg, ce que prouverait le droit public français. Or, cette tentative de falsification empirique n'arrêtera pas le programme kelsénien. Le normativiste décidera plutôt qu'il faut modifier les hypothèses qui président à l'appréhension du phénomène empirique. Il y parviendra, par exemple, en affirmant que les organes de l'État eux-mêmes ne sont appréhendables que comme des ensembles de normes (celles qui prévoient leur formation et leurs compétences)¹⁴. De la sorte, l'existence sociale et historique des organes est indifférente pour le juriste. Ainsi se forme une hypothèse auxiliaire qui permet de protéger le noyau dur du programme d'une falsification empirique potentielle. Cet exemple est évidemment trivial, mais on pourrait facilement montrer que l'enrichissement progressif du « glacis protecteur » aboutit, à terme, à des problèmes beaucoup plus complexes.

Dans le même programme doctrinal, la théorie de la norme fondamentale en offre une illustration encore plus parlante. Comme chacun sait, dans le système kelsénien, une norme n'est juridiquement valide que si elle a été confectionnée conformément à une ou plusieurs normes valides qu'on qualifiera de dynamiquement supérieures¹⁵. On pourrait naturellement objecter à cette thèse qu'une constitution issue d'une rupture juridique ne saurait présenter ce caractère¹⁶. La théorie serait ainsi « falsifiée » par l'expérience empirique. Mais Kelsen préserve le noyau dur de son programme en « supposant » la norme fondamentale, c'est-à-dire en formant une hypothèse auxiliaire. Dès lors, il n'est plus nécessaire de faire découler la validité de la constitution de son efficacité. Par conséquent, on peut continuer à appréhender le système juridique comme une cascade de normes valides, c'est-à-dire liées entre elles par la seule relation d'imputation.

Le programme doctrinal de Léon Duguit nous fournit une autre illustration d'heuristique négative. On peut assurément inclure dans le noyau dur du programme les thèses voulant que (1) le véritable fondement du droit soit « objectif »

¹² V. en particulier : H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, Bruylant/LGDJ, 1999 [1960], titre V, chap. 34, § c, p. 197 *sqq.* (publié originellement comme H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Vienne, F. Deuticke, 1960).

¹³ V. en ce sens R. CARRÉ DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933, p. 27 *sqq.*

¹⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, 1999, titre VI, chap. 41, § b, p. 285 *sqq.*

¹⁵ *Ibid.*, titre V, chap. 34, p. 193 *sqq.*

¹⁶ C'est une objection que Kelsen envisage d'ailleurs très ouvertement lorsqu'il évoque la « constitution historiquement première ». V. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, 1999, titre V, chap. 34, § c, p. 197-200.

et non « subjectif » et que (2) l'État soit limité par le droit objectif¹⁷. Or, Duguit aboutit rapidement à l'idée que la Déclaration de 1789 serait juridiquement valide et qu'elle s'imposerait non seulement à la loi mais à la constitution elle-même¹⁸. Elle est, en d'autres termes, un élément central de « l'hétéro-limitation » de l'État français. On pourrait toutefois objecter que, empiriquement parlant, la Déclaration de 1789 est un texte d'inspiration subjectiviste et individualiste. Pour préserver son noyau dur de cette potentielle falsification empirique, Duguit construit une sorte d'hypothèse auxiliaire. Elle consiste à dire que son droit objectif, « pour tout ce qui concerne la limitation négative des pouvoirs de l'État, ne vient point contredire les solutions dérivant de la doctrine individualiste », mais qu'au contraire il « les confirme¹⁹ ». Autrement dit, les dispositions de la Déclaration sont conformes à ce que la « masse des consciences individuelles » tient pour nécessaire à la préservation de la solidarité sociale, c'est-à-dire au droit objectif. De la sorte, si le contenu de ce document demeure inchangé et s'il est toujours censé lier l'État, le fondement de sa validité n'en est pas moins modifié. En d'autres termes, l'expérience empirique est réinterprétée et le noyau dur de la théorie est ainsi préservé de la falsification.

On pourrait évidemment multiplier les exemples de ce type. Et il est bien possible que toutes les « hypothèses auxiliaires » ainsi formées ne soient pas intrinsèquement convaincantes. Peu importe, à vrai dire. Ce que je voudrais surtout montrer est que la prise en compte de la réalité empirique (ici, le droit positif) est largement informée par les catégories doctrinales. Lakatos a développé cette conception dans un but très clair : expliquer comment des programmes de recherche naissants pouvaient rationnellement prospérer malgré certaines falsifications expérimentales (réelles ou supposées). Son but était de dépasser le falsificationnisme, tant dans sa variante « naïve » que dans sa variante « sophistiquée » (c'est-à-dire celle de Karl Popper)²⁰. En effet, un programme de recherche émergent est toujours confronté à d'autres plus anciens, mieux établis et plus développés. Par comparaison, le nouveau programme paraît souvent décevant, car sa portée est initialement très limitée. « L'heuristique négative » de Lakatos permet de comprendre comment les programmes nouveaux peuvent *résister* à la rude concurrence des programmes mieux établis, ainsi qu'aux falsifications empiriques qu'on leur oppose.

Lakatos considère en outre que les programmes de recherche mettent aussi en œuvre une *heuristique positive*. Ce concept n'est pas le plus clair de sa théorie. Il le définit comme « un ensemble de suggestions ou d'allusions partiellement articulé qui indique comment changer et développer les “variables réfutables” du programme de recherche, comment modifier et raffiner le glaciis protecteur “réfutable”²¹ ». Autrement dit, l'heuristique positive consiste à ordonner les priorités du programme et à définir un certain nombre de méthodes aptes à étendre le modèle.

¹⁷ Pour une formulation typique de ce crédo, v. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., vol. 1, Paris, É. De Boccard, 1927, vol. 1, p. 549-550 : « Ma doctrine est essentiellement objectiviste : [...] je ne reconnais à l'État qu'une puissance de fait dont l'objet et l'étendue sont déterminés par le droit objectif et je prétends que par-là seulement on peut arriver à fonder sur des bases solides la limitation de l'État par le droit. »

¹⁸ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., vol. 3, Paris, É. De Boccard, 1927, p. 606-607.

¹⁹ *Ibid.*, p. 605.

²⁰ Pour un exposé détaillé, v. I. LAKATOS, « La falsification et la méthodologie des programmes de recherche scientifiques », *op. cit.*, p. 1-62.

²¹ *Ibid.*, p. 66.

Sans doute, l'heuristique positive d'un Kelsen consiste-t-elle notamment à proscrire les prescriptions adressées aux praticiens du droit. Celle de Duguit implique que le juriste se fasse « sociologue » et qu'il éclaire la pratique sur ce que « la masse des consciences individuelles » appelle de ses vœux. Le programme doctrinal qui semble dominer aujourd'hui la doctrine constitutionnelle française – centré sur le traitement dogmatique de la jurisprudence constitutionnelle – n'est pas non plus exempt d'une heuristique de ce type. En se focalisant sur le « contentieux constitutionnel », il indique bel et bien une méthode de progression.

Je voudrais surtout souligner par là que les « faits » juridiques appréhendés par la doctrine sont largement informés par les catégories et les théories dont elle use. Qui plus est, ce processus produit une dynamique propre à l'intellection qui consiste en un déplacement progressif des problèmes. Or c'est une chose que la doctrine française contemporaine est régulièrement tentée d'oublier. Paradoxalement, cette tentation procède souvent d'une aspiration à se rapprocher de la pratique, accompagnée de quelques slogans plus ou moins percutants. Ainsi de la faillite bien connue des « faiseurs de systèmes » ou de la valorisation du « droit en action » au détriment du « droit dans les livres ». Je doute que ceux qui adhèrent à ces croyances échapperont à la détermination des faits juridiques par la théorie. Ce qu'ils occulteront de cette manière, c'est seulement la *conscience* de cette détermination, ainsi que la possibilité pour leur lectorat de la saisir clairement. Cette perspective est d'autant moins heureuse que son principal bénéfice – s'épargner quelques considérations théoriques jugées superfétatoires – me paraît extrêmement mince.

C. Résistance des programmes doctrinaux

Comme nous l'avons vu, l'une des visées du modèle de Lakatos est d'expliquer rationnellement la « résistance » des programmes de recherche ; particulièrement lors de leur émergence, alors qu'ils sont le plus vulnérables. À cet égard, j'aimerais souligner un phénomène remarquablement équivoque dans la vie doctrinale.

Il me semble en effet que les programmes doctrinaux peuvent se prévaloir d'une *forme de résistance singulière* que les programmes de recherche scientifiques ignorent. Cela tient au fait que les propriétés du droit positif sont changeantes, tandis que celles du monde physique ne le sont pas (du moins, j'en ferais l'hypothèse). Ainsi, une théorie juridique formulée au sein d'un programme doctrinal peut être juridiquement « falsifiée » à un moment donné, tout en ne l'étant plus à quelque temps de là. Il peut suffire pour cela que, sous l'effet de la pratique, l'état du droit positif ait changé dans l'intervalle. Lorsque cela se produit, il y a de fortes chances pour qu'un programme doctrinal initialement considéré comme falsifié connaisse ultérieurement une sorte de résurrection. Car on ira immanquablement chercher dans ces travaux « précurseurs » une manière de penser le phénomène juridique que constitue la confection d'une nouvelle norme ou la réinterprétation juridictionnelle d'une norme ancienne. Ainsi, un programme doctrinal initialement falsifié peut-il « résister » d'une manière singulière.

On objectera que les sciences dites « exactes » connaissent des phénomènes quelque peu similaires. Ainsi, il est possible que des techniques ou des instruments expérimentaux nouveaux permettent, à un moment donné, de produire des observations nouvelles. Et celles-ci peuvent relancer l'intérêt pour un programme de recherche ancien que l'on considérait jusqu'alors comme dépassé. C'est d'ailleurs une hypothèse dont Lakatos traite abondamment. L'un des mérites de son modèle est d'attirer notre attention sur de tels phénomènes. Toutefois, il me semble qu'une telle situation n'est pas exactement identique à celle qui vient d'être évoquée dans

la vie du droit. En effet, des observations nouvelles produites à propos d'objets physiques ne signifient pas que les propriétés du monde physique se soient modifiées. Cela signifie que des faits déjà anciens (et sans doute permanents) sont saisis au moyen de théories nouvelles : celles que les nouveaux instruments ou les nouvelles techniques expérimentales incorporent. Et c'est précisément ce qui peut ramener un programme de recherche ancien.

En droit, il me semble que les nouvelles observations sont rarement produites par des instruments ou des dispositifs expérimentaux nouveaux. Généralement, la doctrine lit les textes et les décisions. Il est plus rare qu'elle propose des dispositifs de saisie du droit novateurs²². Ainsi, les observations nouvelles résultent le plus souvent d'une modification de l'objet lui-même, c'est-à-dire d'une évolution de ce que nous avons appelé « la pratique ». Cette remarque triviale soulève des problèmes plus compliqués qu'il n'y paraît.

II. LES PARTICULARITÉS DE L'OBJET JURIDIQUE

Le modèle développé par Imre Lakatos n'a pas été conçu pour rendre compte des disciplines dont l'objet est juridique. Il a été essentiellement conçu pour décrire des sciences qui portent sur des objets physiques. Or, il me semble que ces objets ne sont pas exactement de même nature que le droit. Il en résulte des différences importantes entre la pratique scientifique et la pratique doctrinale.

A. Le droit comme « objet interactif »

Contrairement aux propriétés de la physique, le droit positif est évidemment une création humaine intentionnelle. Aussi les systèmes juridiques évoluent lorsque les praticiens en réécrivent les dispositions ou les réinterprètent. Évidemment, cette propriété n'a échappé à personne – et certainement pas à la doctrine. Et c'est précisément la *conscience* de ce phénomène qui distingue l'activité doctrinale de celle des chercheurs en « sciences exactes ».

En empruntant à Ian Hacking sa terminologie, on peut affirmer que le droit positif est un objet « interactif » et non un objet « indifférent »²³. Entendons par là : puisque le droit est une création consciente et volontaire, il *peut être affecté* par les discours qui circulent à son propos. Il suffit pour cela que la pratique soit sensible à ces discours, d'où qu'ils proviennent. Quand cela se produit effectivement, on peut parler, suivant la terminologie de Ian Hacking, d'un « effet boucle » (*looping effect*) ou d'une « boucle de rétroaction ». Il n'en va pas de même des « objets indifférents », c'est-à-dire indifférents aux discours que nous tenons à leur endroit. Ainsi, par exemple, des propriétés du monde physique. Vraisemblablement, l'orbite de notre planète ou la réfraction de la lumière ne sont pas susceptibles d'être affectées par nos discours.

²² Ce n'est pourtant pas une hypothèse qu'il faut exclure *a priori*. Il serait en effet tout à fait sensé de proposer d'autres formes d'appréhension de la pratique – par exemple, l'observation sociologique. C'est particulièrement vrai en droit constitutionnel où de nombreux phénomènes ne sont pas, à proprement parler, réglés par des dispositions normatives ou par des décisions. Ainsi par exemple des « conventions de la constitution ».

²³ Sur cette distinction, v. I. Hacking, *Entre science et réalité : la construction sociale de quoi ?*, Paris, La Découverte, 2001, p. 145 *sqq.* (originellement publié comme I. HACKING, *The Social Construction of what ?*, Cambridge, Harvard University Press, 1999).

Le caractère « interactif » du droit positif a des incidences sur la doctrine. Le « docteur » est placé dans une alternative bien connue : il *peut* chercher à décrire le droit positif, mais il *peut aussi* chercher à le modifier en tentant d'influencer la pratique. On peut considérer qu'une partie importante de « l'heuristique positive » d'un programme doctrinal consiste précisément à opérer l'un ou l'autre de ces choix et à préciser les modalités de sa mise en œuvre. Pour reprendre des exemples précédemment donnés, c'est notamment sur ce point que se distinguent les heuristiques positives des programmes respectifs de Kelsen et Duguit.

On observera que l'alternative disparaît lorsque l'objet étudié appartient au genre « indifférent », tout simplement parce qu'elle paraît absurde. Ainsi, si les astronomes s'abstiennent de prescrire une orbite triangulaire à notre planète c'est parce qu'ils ont conscience de la parfaite inutilité d'un tel discours. Cela n'exclut pas, toutefois, ce que nous pourrions appeler « l'utilisation technique » d'un objet indifférent. Lorsque l'objet est indifférent, il est en effet possible d'utiliser l'une de ses propriétés précédemment mise au jour par la science. Mais cette utilisation technique n'emportera pas une modification de l'objet étudié. Certes, le catadioptre utilise la réfraction de la lumière, mais il ne modifie pas les propriétés de la lumière à proprement parler. Cela dit, il n'est pas certain que la distinction entre objets interactifs et objets indifférents recoupe exactement celle des sciences sociales et des sciences exactes²⁴.

De ce qui précède, on peut conclure que l'activité doctrinale diffère (ou plutôt *peut* différer) de l'activité typique des « sciences exactes ». On objectera qu'il s'agit là d'un truisme. Toutefois, il me semble que de tels truismes méritent parfois d'être rappelés, au moins pour cette raison qu'ils nous épargnent des entreprises potentiellement inutiles. Ils nous permettent notamment d'éviter certaines confusions auxquelles un constructivisme débridé s'est parfois livré. Le livre que l'anthropologue Bruno Latour a publié sous le titre *La Fabrique du droit* en fournit un exemple assez frappant. L'un des chapitres de cet ouvrage est consacré à une comparaison entre le Conseil d'État et un laboratoire scientifique²⁵. Les résultats auxquels aboutit cette comparaison sont si décevants que même l'auteur semble parfois s'apercevoir de la vacuité de son entreprise²⁶. Il me semble que si la comparaison opérée par Bruno Latour est d'un intérêt médiocre, c'est parce qu'il ne distingue que très confusément les objets et les représentations qu'on peut s'en former, de sorte que tous les objets lui paraissent « interactifs » et que tout discours tenu à leur propos est présenté comme une production de la réalité elle-même.

Selon les vues que j'ai exposées plus haut, le Conseil d'État n'entretient pas avec le droit public français, le même type de rapport qu'un laboratoire scientifique avec les propriétés du monde qu'il étudie. Le Conseil d'État participe de la « pratique » : son rôle est de modifier l'objet juridique. Il en va bien autrement des chercheurs qui ne peuvent modifier leur objet d'étude en lui-même, mais seulement les repré-

²⁴ C'est la thèse générale défendue par Ian Hacking (I. HACKING, *Entre science et réalité*, op. cit., 2001, p. 151-152). Toutefois la suite de l'exposé nuance finement cette idée.

²⁵ B. LATOUR, *La Fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2004, p. 207-259.

²⁶ C'est l'interprétation la plus charitable que l'on puisse donner aux interrogations soulevées *ibid.*, p. 240-241 : « Quel juge accepterait de confier son jugement à une microscopie électronique [...] ? [...] Mais inversement, quel chercheur accepterait de rendre une décision dans un cadre aussi étroit que ce "ce qui ressort du dossier" ? ». On se le demande effectivement...

sentations qu'ils s'en forment. Dans cette optique, il aurait été beaucoup plus judicieux de comparer le laboratoire scientifique avec l'activité doctrinale. En effet, la recherche scientifique et la doctrine se trouvent dans une situation épistémologique *partiellement similaire* : la possibilité de modifier *directement* l'objet de leurs analyses respectives leur échappe. Toutefois, ces situations ne sont similaires que si l'on s'en tient au seul critère restrictif que je viens de mentionner. Elles diffèrent, en revanche, si l'on tient compte de la possibilité, qui existe toujours pour la doctrine de chercher à provoquer un « effet boucle ». Cette possibilité disparaît au laboratoire, et avec elle s'évanouissent les pratiques professionnelles qu'elle induit.

Comment rendre compte de ce phénomène lorsqu'on étudie la doctrine juridique ? Il semble qu'il existe une solution fort simple qui viendra assez naturellement à l'esprit de tous les juristes.

B. Les courants doctrinaux : description contre prescription ?

Si nous admettons que le droit est un objet interactif, et que cette propriété est connue de longue date, alors la doctrine peut poursuivre deux grands objectifs distincts : décrire ou prescrire. Pour mieux tenir compte de ce phénomène, on est immédiatement tenté de la plaquer sur une distinction bien connue : celle des principaux courants doctrinaux.

Très schématiquement, le courant qu'on qualifie aujourd'hui de « positiviste » rassemble des programmes qui entendent se limiter à la description du droit²⁷. Selon une formule galvaudée – mais qui a le mérite d'être économique –, la méthodologie positiviste prescrit (à la doctrine) de décrire (le droit). La première page de la *Théorie pure du droit* en fournit un exemple qui parle de lui-même²⁸. Contrairement à ce qui est encore parfois avancé, je ne vois rien de contradictoire dans ce projet. La « prescription de décrire » est simplement une règle méthodologique que la doctrine positiviste s'impose à elle-même. À ce titre, cette règle ne se situe pas au même niveau de discours que les énoncés produits par la doctrine positiviste et relatifs au droit (elle appartient à « l'heuristique positive »). Il résulte essentiellement de cette règle méthodologique que le positiviste ne cherchera pas *intentionnellement* à produire des « effets boucles », c'est-à-dire à influencer la pratique en lui indiquant ce qu'il serait souhaitable qu'elle fit. Si la règle méthodologique est observée, le discours doctrinal positiviste devrait se composer essentiellement de *propositions descriptives*.

Les doctrines non positivistes, au contraire, n'entendent pas renoncer à « l'effet boucle ». Ceux qui les mettent en œuvre pourront donc chercher, sans trahir leur programme doctrinal, à influencer les praticiens du droit. Le discours doctrinal ainsi produit contiendra vraisemblablement des *propositions prescriptives* adressées à une composante ou à une autre de la pratique (créateurs du droit et/ou interprètes authentiques), par exemple, qu'il serait souhaitable d'insérer telle disposition dans la constitution, ou de recourir à telle méthode d'interprétation pour en préciser le

²⁷ On sait que le terme de « positivisme » est très ambigu. Je l'emploie ici en un sens restreint, qui n'est pas historiquement très justifié. Je fais en effet abstraction des courants doctrinaux qui revendiquent l'appellation de « positiviste » tout en cherchant à prescrire le droit (comme le firent, chacun à sa manière, Paul Laband ou Léon Duguit).

²⁸ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, 1999 [1962], p. 9 : la théorie pure du droit « se propose uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire d'établir ce que le droit est et comment il est. Elle n'essaie en aucune façon de dire comment le droit devrait ou doit être fait. D'un mot : elle entend être science du droit, elle n'entend pas être politique juridique. »

contenu. Le cas échéant, certains discours doctrinaux s'en tiennent essentiellement à un ensemble plus ou moins cohérent de propositions de ce type. C'est ainsi que l'on peut analyser, par exemple, le rapport du « comité Balladur²⁹ ». Un programme de réforme juridique implique toujours de mobiliser un « système axiologique », c'est-à-dire un ensemble cohérent de valeurs et de préférences. Le droit constitutionnel ayant une forte teneur politique, les programmes doctrinaux réformistes, en la matière, véhiculent surtout les préférences politiques de leurs auteurs. Peut-être objectera-t-on que ce n'est pas nécessairement le cas, et que le système axiologique véhiculé par un programme de réforme peut être issu du droit positif lui-même ? Il me semble que l'objection ne résiste guère à l'examen. En effet, on peut plaquer sur un même système juridique un ensemble très vaste de valeurs ou de préférences politiques. Aussi, pour proposer un programme de réforme qui entendrait s'appuyer sur les prétendues « valeurs du droit positif », il faudrait encore préalablement en définir et en sélectionner certaines. Or, c'est la doctrine réformatrice qui se livre à cet exercice, ce qui suppose de sa part une opération de volonté.

On remarquera surtout qu'aucun discours doctrinal ne saurait se composer *exclusivement* de propositions prescriptives. Même lorsqu'il se présente sous la forme prescriptive la plus radicale, un discours doctrinal est toujours *aussi* composé de propositions à prétention descriptive. Il est évident, par exemple, que le « comité Balladur » n'a pas entendu faire œuvre descriptive. Pourtant, les réformes prescrites sont justifiées non seulement par un système axiologique, mais aussi par une certaine lecture du droit positif. Si l'on estime, par exemple, qu'il faut renforcer le contrôle parlementaire, cela ne signifie pas seulement qu'on valorise cette fonction du parlement, mais aussi que, dans l'état du droit positif, on la juge insuffisante. Un jugement de ce type repose donc aussi, ultimement, sur des propositions descriptives (par exemple : « dans le droit positif français, le contrôle parlementaire s'exerce selon telles modalités »). C'est pourquoi des discours doctrinaux qui se présentent ouvertement comme essentiellement prescriptifs contiennent toujours aussi un volet descriptif (généralement, sous la forme d'un « diagnostic »). La chose est tout aussi vraie des doctrines qui, très explicitement, entendent mêler la description et la prescription. Ainsi par exemple de la doctrine du doyen Hauriou. À l'évidence, un juriste positiviste n'adhèrera pas à la méthode. À l'évidence, un adversaire politique – mettons, un « communiste moscoutaire » – en rejettera la visée conservatrice. Mais tous deux pourraient néanmoins y trouver certaines propositions descriptives qui leur paraîtront convaincantes. La réciproque, d'ailleurs, n'est pas moins vraie. Qu'on me comprenne bien : je n'entends pas ici réconcilier les frères ennemis du droit public ou faire vibrer les accents pathétiques d'un solennel appel à la tolérance. Il me semble simplement que le juriste peut légitimement condamner certaines visées doctrinales ou certains programmes sans en déduire *ipso facto* que ceux qui s'y rallient n'ont rien à lui apprendre.

De cette remarque, l'historien de la doctrine peut tirer un petit enseignement méthodologique. Dans l'optique qui est la mienne (et qui tend à rapprocher l'histoire de la doctrine de celle des autres domaines du savoir), on pourrait en effet être tenté d'exclure certains discours doctrinaux comme « pseudo-scientifiques ». C'est d'ailleurs une tentation très commune chez les historiens et philosophes des sciences les plus éminents. Et naturellement, dans notre domaine, l'anathème pourrait aisément frapper les discours doctrinaux essentiellement prescriptifs. Cette

²⁹ Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions, *Une Cinquième République plus démocratique*, Paris, La Documentation française, 2007.

tentation pourrait exister chez les historiens du droit d'orientation positiviste, car les écoles positivistes considèrent souvent la doctrine prescriptive comme n'étant pas scientifique³⁰. Au regard de ce qui précède, il me semble qu'il ne faut pas céder à cette tentation, *au moins* pour cette raison que les doctrines prescriptives prétendent aussi, au moins en partie, dire ce qu'est le droit. *A fortiori*, et même s'il considérait que le rôle de la doctrine devrait être exclusivement descriptif, l'historien des idées juridiques ne saurait ignorer les doctrines ouvertement prescriptives.

Une autre raison milite en faveur de ce découpage large de l'objet doctrinal. Elle résulte de la différence qui existe toujours, potentiellement, entre la définition d'un programme méthodologique et sa mise en œuvre effective. Qu'un auteur positiviste se donne pour règle de ne pas prescrire n'emporte pas nécessairement la stricte observation de cette règle. Il se peut que l'auteur se « laisse aller », de temps à autre, à indiquer son sentiment politique. Il se peut également qu'il s'autorise à prescrire le droit, sous réserve que certaines conditions déterminées soient satisfaites. Par exemple, lorsque Hans Kelsen présente la justice constitutionnelle, il la dépeint comme une « mesure technique » destinée à assurer « l'exercice régulier des fonctions de étatiques³¹ ». Cela signifie que, si l'on veut la fin *x* (l'exercice régulier...), alors le moyen *y* (la justice constitutionnelle) est adéquat (éventuellement, ce serait même le moyen le plus adéquat). L'idée de Kelsen est surtout d'indiquer que ce n'est pas la science du droit qui arrête ici la fin, et qu'en se bornant à indiquer comment la poursuivre efficacement, elle ne compromet pas sa pureté axiologique. Les raisonnements de ce type ne sont pas rares dans la doctrine positiviste³². Cela nous amène à relativiser l'idée, très répandue, qui voudrait que les programmes positivistes s'en tiennent strictement à la description. Dans bien des cas, la règle méthodologique que s'imposent les positivistes est (1) de décrire et (2) de ne prescrire que sous certaines conditions.

Mais refermons cette parenthèse et résumons notre propos. À ce stade du raisonnement, il semble que, contrairement à certains objets de connaissance qualifiés d'« indifférents », le droit appartient au genre « interactif ». Il peut être modifié par les discours qui circulent à son propos, pour peu que la pratique accepte d'en tenir compte. Cette propriété est bien connue, de sorte qu'elle façonne les programmes doctrinaux selon des modalités diverses. *Typiquement*, les programmes positivistes entendent se limiter à la description juridique, tandis que les programmes non positivistes cherchent aussi bien à prescrire qu'à décrire le droit.

C. Les loupés du « looping effect »

On pourrait en conclure que la nature descriptive ou prescriptive du discours tenu par la doctrine nous renseigne sur ses intentions. Il me semble cependant que cette idée est trop schématique pour être vraiment utile à l'historien de la doctrine.

³⁰ Du moins ceux d'entre les positivistes qui considèrent que la condition de la scientificité est de ne pas prescrire.

³¹ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p. 197-257 (citation p. 198). Originellement publié comme : H. KELSEN, « Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit », *VDSStRL*, 6/1928, p. 30-88.

³² Il est d'ailleurs possible qu'il s'agisse ici d'un emprunt tacite de Kelsen à Weber. En ce sens : M. WEBER, « Essai sur le sens de la "neutralité axiologique" dans les sciences sociologiques et économiques » (1917), in M. WEBER, *Essais sur la théorie de la science*, Paris, Plon, 1992, p. 365-433.

Pour mieux faire entendre ce qu'elle a de problématique, je m'appuierai sur deux exemples.

Le premier est une interprétation doctrinale que Maurice Hauriou commença à développer quelques années avant la Première Guerre mondiale et soutint jusqu'à sa mort. Comme on le sait, les lois constitutionnelles de 1875 ignoraient la question du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. La doctrine dominante observait, en outre, que les juridictions françaises s'abstenaient d'opérer ce contrôle. En doctrine, certains s'en félicitaient tandis que d'autres le déploraient. Hauriou était un ardent partisan du contrôle de constitutionnalité des lois, et il prescrivit abondamment au juge de se montrer plus audacieux en la matière. Mais l'originalité de sa position ne résidait pas là. Selon lui, *de lege lata*, le juge français contrôlait *d'ores et déjà* la constitutionnalité de la loi. Hauriou ne soutenait pas seulement qu'un principe juridique supérieur l'autorisait à le faire, mais aussi que le juge mettait bel et bien ce principe en œuvre et que la jurisprudence du Conseil d'État en attestait³³. Schématiquement, la doctrine du doyen Hauriou peut donc être décomposée en deux thèses. La première, ouvertement prescriptive, recommande au juge de contrôler la loi ; elle est justifiée par une théorie du droit et par des préférences politiques dont Hauriou ne fait d'ailleurs pas mystère. Elle sera rejetée par le Conseil d'État en 1936 avec l'arrêt *Arrighi*³⁴. La seconde thèse est formulée de manière descriptive : elle postule que le juge français contrôle bel et bien la constitutionnalité de la loi. Cette assertion est fondée sur une certaine interprétation de la jurisprudence du Conseil d'État. Le moins que l'on puisse dire, c'est que cette seconde thèse fut fraîchement accueillie en doctrine. À l'instar de Gaston Jèze, bien des juristes y virent une « œuvre de pure imagination³⁵ ».

L'actualité récente du droit constitutionnel français offre un exemple du même type. Avant l'adoption de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, des voix se sont élevées dans la doctrine pour faire valoir un obstacle constitutionnel. Selon un auteur écrivant sous le pseudonyme de Luce Candide, le droit constitutionnel français comporterait un principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR) qui empêcherait le législateur ordinaire de prendre une telle mesure³⁶. Ce discours se présentait comme descriptif, dans la mesure

³³ V. Maurice Hauriou, *Notes d'arrêts sur les décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits publiées au recueil Sirey de 1882 à 1928*, Paris, Sirey, 1929, vol. 3, en particulier les notes sous les arrêts *Winkell* et *Rosier* (Conseil d'État, 7 août 1909), p. 154-174 ; *Tichit* (Conseil d'État, 1^{er} mars 1912), p. 174-181. Cette jurisprudence aurait été complétée par l'arrêt *Heyriès* (Conseil d'État, 28 juin 1918), note de M. Hauriou au recueil *Sirey*, 1922, 3^e part., p. 49 *sqq.* Pour un aperçu plus général de la thèse développée dans ces notes, v. M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1929, p. 283-287.

³⁴ V. la note anonyme : « Contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois [Note de jurisprudence sous Conseil d'État, 6 nov. 1936, *Arrighi, Coudert*] », *RDP*, 53/1936, p. 670-681. Les deux arrêts sont reproduits p. 679-681.

³⁵ G. JÈZE, « Le contrôle juridictionnel des lois », *RDP*, vol. 41, 1924, p. 411. Dans le même sens et sans exclusive, v. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, vol. 1, 1920, p. 340, note n° 8 ; P. LAROQUE, *Des Garanties juridictionnelles du droit public*, Paris, École libre des sciences politiques, 1927, p. 176 *sqq.* ; J. BARTHÉLEMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, p. 221-223 ; Ch. EISENMANN, « [Note sous] Conseil d'État, 6 nov. 1936, *Arrighi, Coudert* », *Dalloz*, 1938, 3^e part., p. 1.

³⁶ L'auteur(e) signe « Luce Candide, agrégée des facultés de droit », ce qui montre qu'elle (ou il) a plus facilement renoncé à son nom qu'à son titre. Cf. L. CANDIDE, « Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gazette du Palais*, 278, 4 oct. 2012, p. 7.

où il prétendait décrire un état du droit. Qu'il poursuivît *aussi* une visée pratique n'est guère douteux³⁷. Manifestement, l'auteur n'avait pas la naïveté de croire que sa tribune ferait reculer le législateur. La chose est d'autant moins probable que la voie de la révision constitutionnelle aurait été difficilement praticable pour la majorité. Le but de ce soi-disant Candide était plutôt d'influencer le Conseil constitutionnel en lui fournissant un argument juridique pour censurer la future loi. Ainsi, le Conseil, s'il avait suivi cette suggestion, aurait pu prudemment éviter de se prononcer sur le bien-fondé du débat, s'épargnant ainsi de vives critiques. Comme on le sait, l'entreprise de Luce Candide s'est soldée par un échec³⁸. Sur le plan doctrinal, il est intéressant de constater que le débat s'est étendu à une autre question : celle de savoir ce qu'imposait la déontologie doctrinale, et s'il fallait considérer la neutralité axiologique comme l'une de ses exigences³⁹.

Ces deux exemples sont évidemment choisis à dessein. Dans les deux cas, on observe une sorte de *solidarité entre la prescription et la description*. Une solution est préférée par l'auteur, et le droit est supposé confirmer cette solution, en dépit de l'opinion générale. On peut raisonnablement faire un pas de plus, et conjecturer que la description du droit est ici, au moins en partie, dictée par la préférence politique de l'auteur. C'est d'ailleurs ce que suggérerait Charles Eisenmann lorsqu'il affirmait que Maurice Hauriou « avait pris ses désirs pour des réalités⁴⁰ ». Toutefois, il n'est pas nécessaire, pour l'historien de la doctrine, d'en retirer une condamnation morale ou méthodologique. L'intérêt de ces exemples me semble ailleurs. Ils signalent surtout qu'*un discours doctrinal peut très bien se présenter comme descriptif tout en poursuivant des finalités essentiellement pratiques*. Autrement dit, qu'un discours se présente comme descriptif ne signifie pas que son auteur ait renoncé à influencer la pratique, précisément pour *faire advenir* ce qu'il présente comme déjà existant. Il est vraisemblable que de tels discours existent aussi en sociologie ou en économie, précisément parce que les objets étudiés sont, à des degrés variables, « interactifs ». En revanche, je doute que les chimistes ou les physiciens se livrent à de tels exercices.

Accepter cette idée ne signifie pas qu'il faille renoncer à la distinction entre « discours prescriptifs » et « discours descriptifs ». Cela signifie seulement qu'il ne faut pas lui attribuer hardiment une portée qu'elle n'a pas. Plus explicitement :

(1) Lorsque la doctrine tient un discours prescriptif, elle manifeste *ouvertement sa volonté* d'influencer la pratique et d'obtenir un « effet boucle ». Pour cela, elle diffuse des propositions relatives à ce qu'elle attend de la pratique. La visée du discours doctrinal est ici *explicitement pratique*.

(2) Lorsque la doctrine tient un discours descriptif, elle publie des propositions relatives aux propriétés qu'elle prête au droit. Il s'agit toujours de diffuser certaines

³⁷ Assez maladroitement, Luce Candide estimait (*ibid.*) que la réforme était de nature à « traumatiser l'intimité des structures personnelles et familiales de la population française ».

³⁸ V. Cons. const., Décision n° 2013-669 DC, 17 mai 2013. Pour une analyse critique de cette décision : *RFDA*, 5/2013.

³⁹ Voir : A. VIALA, « Un PFRLR contre le mariage gay ? », *RDLF*, 2013, chron. n° 4 [<http://www.revuedlf.com/droit-constitutionnel/mariage-gay-article/>] ; J. ROUX, « Le “mariage pour tous” et la constitution : réponse à Alexandre Viala », *RDLF*, 2013, chron. n° 6 [<http://www.revuedlf.com/droit-constitutionnel/le-mariage-pour-tous-et-la-constitution-la-methode-et-le-fond-reponse-a-alexandre-viala-article/>].

⁴⁰ Ch. EISENMANN, « [Note sous] Conseil d'État, 6 nov. 1936, *Arrighi, Coudert* », *op. cit.*, p. 1.

représentations qu'elle estime bonnes. Mais l'*intention* qui motive ce type de discours est potentiellement équivoque.

(a) Ces représentations peuvent être jugées bonnes parce qu'elles permettraient à ceux qui les adoptent une meilleure intellection du droit (plus pertinente, plus précise, plus actuelle, etc.). L'intention qui oriente un tel discours est donc *heuristique*.

(b) Ces représentations peuvent être jugées bonnes parce qu'elles encourageraient, chez les praticiens qui les adopteraient, certaines actions plutôt que d'autres. Le discours doctrinal, bien que descriptif, est alors orienté par une intention essentiellement *pratique* même celle-ci demeure complètement ou partiellement *occulte*.

Nos deux exemples montrent aussi que la doctrine a pleinement conscience de cela. Autrement dit, elle peut *préférer* la seconde stratégie d'influence (2b) à la première (1), tout simplement parce qu'elle la juge plus efficace. Il y a au moins deux bénéfices à en attendre. En premier lieu, celui qui tient un discours descriptif à visée pratique peut se passer *d'exposer* son système axiologique. C'est une manière de couper court aux critiques que pourraient formuler ceux qui ne partageraient pas les mêmes valeurs morales ou politiques. Ainsi, le discours produit se présente-t-il comme le résultat d'une « expertise doctrinale » et non comme une prise de position personnelle. En second lieu, c'est sans doute une manière plus efficace de s'adresser aux interprètes authentiques du droit – du moins tels qu'on a tendance à les concevoir traditionnellement. S'il y a évidemment de solides raisons de repousser la conception syllogistique de l'interprétation juridictionnelle, il peut être dans l'intérêt du juge d'en conserver les apparences. Or, une doctrine descriptive à visée pratique facilite ce dessein, précisément parce qu'elle occulte les justifications axiologiques.

En un mot, ces exemples montrent que les « enseignements » de la doctrine, même quand ils se présentent ainsi, relèvent parfois d'une tout autre catégorie.

III. REMARQUES HISTORIOGRAPHIQUES

De ce qui précède, il me semble qu'on peut tirer quelques pistes de réflexion. Elles permettront de préciser le modèle, encore embryonnaire à ce stade, des programmes doctrinaux.

A. *Multiplécité des programmes et intentions des auteurs*

Comme nous l'avons dit, l'une des grandes caractéristiques du modèle de Lakatos est d'affirmer – contre Kuhn – qu'il existe toujours, à un moment donné, une *multiplécité* de programmes concurrents. Je crois que la doctrine juridique, dont la doctrine constitutionnelle est une espèce, offre inmanquablement un tableau de ce genre. Et si je doute sérieusement qu'un « paradigme » unique parvienne jamais à s'imposer dans nos disciplines, c'est précisément parce le droit est un objet interactif. Aussi est-il assez invraisemblable qu'une doctrine nationale renonce au projet d'améliorer les systèmes constitutionnels ou à celui de mieux les comprendre. Or, à partir du moment où ces deux tendances coexistent, il y aura *toujours* une pluralité de programmes nettement distincts. Surtout si l'on songe aux nombreuses possibilités qu'ouvre chacune d'entre elles. Pour les mêmes raisons, je gagerais que leur concurrence est, et demeurera, à la fois d'ordre heuristique et pratique. Il n'en est pas moins vrai que les différents programmes doctrinaux investissent très différemment ces deux visées. Par parenthèse, et toujours pour la même raison, je

hasarderais volontiers que l'on peut étendre cette thèse aux autres branches de la doctrine juridique. Il est même assez vraisemblable que des disciplines comme l'économie ou la sociologie connaissent des fonctionnements similaires. C'est sans doute ainsi que s'expliquent les débats relatifs au « rôle social de l'expert » ou à la « neutralité axiologique » que ne manquent pas de connaître ces disciplines.

Cela dit, les remarques qui précèdent nous amènent aussi à infléchir le modèle de Lakatos dans un autre sens. En premier lieu, il faut souligner que sa théorie visait avant tout à permettre une *reconstruction rationnelle* du progrès scientifique. C'est pourquoi l'historien des sciences demeurerait très largement indifférent aux données « socio-psychologiques » et aux intentions des scientifiques⁴¹. Or, il me semble qu'une telle méthode aurait des conséquences assez malheureuses pour l'étude de la doctrine constitutionnelle. À mon sens, l'historien des idées constitutionnelles ne doit pas renoncer à mettre au jour les *intentions des juristes*, car il se priverait ainsi d'un élément d'intellection essentiel⁴². L'existence de discours doctrinaux qui se présentent comme descriptifs mais qui visent en réalité à modifier le droit nous incite vraiment à le penser (voir *supra*, les exemples de Maurice Hauriou et de Luce Candide). Dans les cas de ce genre, l'identification même du programme suppose que l'on détecte – ou au moins que l'on conjecture – les intentions des auteurs. Cette opération est évidemment souvent délicate, mais on ne peut y renoncer sans prendre le risque d'une interprétation naïve de la doctrine et de ses visées.

Quand on analyse un programme qui vise – explicitement ou non – à influencer la pratique, je crois en outre qu'il est essentiel de comprendre le système axiologique qui le justifie et les visées pratiques qu'il poursuit. Cela évite de considérables et fréquentes erreurs de perspectives. Que de nombreux constitutionnalistes, sous la III^e République, aient prescrit l'extension du droit de suffrage aux femmes, ne signifie pas que tous se fondaient sur les mêmes valeurs, ni qu'ils en attendaient les mêmes bénéfices. Le suffrage féminin peut avoir été prescrit en vertu d'une certaine théorie de l'électorat, d'une conception déterminée du rôle social des femmes ou encore de certains calculs politiques immédiats. Ceux qui l'ont prescrit n'étaient pas d'accord sur tout, et il est très possible que certaines des significations qu'ils prêtaient à l'institution soient devenues caduques. Car, *a fortiori*, les vertus qu'on pouvait prêter dans le passé à une institution donnée ne sont pas nécessairement les mêmes que celles que nous lui attribuons aujourd'hui. J'ai bien conscience que ces remarques peuvent paraître très triviales, mais elles sont fréquemment ignorées par les historiens français de la doctrine constitutionnelle.

Or, il est évident qu'en procédant de la sorte on occulte la signification historique des programmes doctrinaux. Qui plus est, on perd aussi de vue le caractère historiquement relatif des significations prêtées au droit et aux institutions. J'ai bien peur que la mauvaise histoire doctrinale aille souvent de pair avec la mauvaise

⁴¹ Dans ce sens, v. I. LAKATOS, « L'histoire des sciences et ses reconstructions rationnelles », in I. LAKATOS, *Histoire et méthodologie des sciences : programmes de recherche et reconstruction rationnelle*, op. cit., p. 185 sqq. (en particulier p. 209 sqq.).

⁴² L'« intention » qu'il s'agit de saisir ici est celle que Quentin Skinner qualifie d'« illocutoire ». Pour un traitement approfondi, v. Q. SKINNER, *Visions Politiques*, vol. 1, *Sur la méthode*, Paris, Droz, 2018, chap. V, p. 119-134.

histoire tout court. À quelques exceptions près⁴³, la manière dont les publicistes français écrivent l'histoire de la justice constitutionnelle en offre un exemple assez saisissant. Partant, on est souvent tenté de remplacer une explication complexe, ancienne, et donc exotique, par un récit simple, contemporain et parfaitement familier. Hélas, il est aussi souvent erroné. La voie est alors grande ouverte à une sorte de reconstruction téléologique, dont la principale fonction est de légitimer le droit contemporain en recourant à une doctrine mal comprise, à laquelle on fait jouer un rôle proprement prophétique. Au cours de nos lectures, combien avons-nous croisé de ces juristes immortels, visionnaires jusqu'à la prescience, qui ne manquèrent pas « d'annoncer », avec un siècle d'avance, l'épiphanie juridique à laquelle nous aurions le privilège d'assister ?

Cela dit, la prise en compte des intentions doctrinales ne suffit pas. Elle est assurément essentielle, mais elle ne rend pas compte, à elle seule, du « succès » d'un programme doctrinal. Pour préciser cette idée, il convient d'opérer une nouvelle distinction.

B. Succès heuristique d'un programme doctrinal

Dans le modèle de Lakatos, les programmes de recherche connaissent des phases de progression avant de dégénérer. La progression suppose deux choses. Un programme est réputé *théoriquement* progressif lorsque sa « modification amène des prédictions nouvelles inattendues » ; il est *empiriquement* progressif « si quelques-unes au moins de ces prédictions inédites sont corroborées⁴⁴ ». Au contraire, le programme dégénère lorsqu'il cesse de produire de tels effets. L'historien des sciences souligne toutefois qu'un programme qui dégénère n'est pas nécessairement perdu. Il se peut qu'une modification tardive mais astucieuse de son « glacis protecteur » lui permette d'entamer une nouvelle phase de croissance. Il n'empêche qu'un programme en pleine dégénérescence est naturellement fragilisé et risque d'être supplanté par un programme concurrent. La chose arrive lorsque le programme concurrent parvient à prédire ce que le programme dégénératif prédisait déjà, tout en prédisant *quelque chose de plus*. Dans l'esprit de Lakatos, ce processus devait permettre de rendre compte du progrès de la science sans sombrer dans l'irrationalisme qu'il reprochait à Kuhn et à Feyerabend. Toutefois, étant donné la résistance des programmes de recherche et leur faculté à connaître une « seconde jeunesse », Lakatos soulignait qu'il fallait du temps et du recul à l'historien des sciences pour constater un tel phénomène. Il serait même extrêmement difficile, voire impossible, de constater la chose au moment même où elle se produit.

Je ne suis pas complètement convaincu qu'une telle vue puisse être purement et simplement transposée à l'histoire de la doctrine constitutionnelle. Premièrement, les programmes doctrinaux ne se donnent pas toujours pour fin de *prédire* de nouveaux phénomènes juridiques. Souvent, ils consistent simplement en une réinterprétation du droit. Deuxièmement, la question de la prédiction est ici polluée

⁴³ Je pense surtout ici à M.-J. RÉDOR, *De l'État légal à l'État de droit : l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1879-1914)*, Paris, Economica, 1992, ; O. JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, PUS, 2001 ; C. GREWE, O. JOUANJAN, É. MAULIN et Ph. WACHSMANN (dir.), *La Notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, 2005.

⁴⁴ I. LAKATOS, « Pourquoi le programme de recherche de Copernic a-t-il supplanté celui de Ptolémée ? » (1976), in I. LAKATOS, *Histoire et méthodologie des sciences : programmes de recherche et reconstruction rationnelle*, *op. cit.*, p. 164. Pour plus de précisions, v. I. LAKATOS, « L'histoire des sciences et ses reconstructions rationnelles », *op. cit.*, p. 200 *sqq.*

par la possibilité précédemment évoquée de « l'effet boucle ». Autrement dit, il est tout à fait possible qu'un programme doctrinal, loin de prédire à proprement parler un phénomène juridique, en soit la *cause indirecte*. Cela ouvre une seconde possibilité que j'évoquerai bientôt. Troisièmement, je dois avouer que je n'ai pas de religion très arrêtée sur la croissance de la connaissance en doctrine. C'est assurément une question épistémologique de première importance, mais elle me dépasse.

Quoiqu'il en soit, je crois que l'historien de la doctrine peut tirer quelques enseignements de ce qui précède. Tout d'abord, il lui est au moins loisible d'identifier des phases de progression théorique des programmes doctrinaux. Il est évident, par exemple, qu'entre la première et la seconde édition de la *Théorie pure du droit*, le programme kelsénien s'est enrichi d'un point de vue théorique. J'entends par là que la grille de lecture normativiste a été progressivement étendue à des objets qu'elle ne saisissait pas initialement. On pourrait dire la même chose du programme doctrinal de Duguit, qui s'est considérablement étoffé entre le début des années 1900 et la fin des années 1920. Remarquons au passage que ces phases de progression théoriques s'accompagnent d'un certain nombre de glissements qui sont autant de modifications successives du « glaci protecteur ». L'une des tâches propres à l'histoire de la doctrine consiste précisément à reconstituer ces progrès en identifiant les « expériences cruciales » qui les ont stimulés.

Il me semble aussi que l'historien de la doctrine ne doit pas renoncer à évaluer les différents programmes concurrents en confrontant les théories et les concepts qu'ils engendrent. Il sera alors à même de signaler ce qu'on pourrait appeler les « succès heuristiques » des différents programmes. De tels succès s'évaluent évidemment de manière relative. On considèrera qu'un programme (ou une de ses théories) l'emporte sur un autre quand il parvient à rendre compte d'un trait de la réalité juridique que l'autre programme (ou l'autre théorie) ignore. Prenons un exemple bien connu. Dans la doctrine constitutionnelle française, plusieurs théories concurrentes prétendent décrire le système institutionnel nord-américain. Certains estiment qu'il se caractérise par une « séparation rigide des pouvoirs », laquelle suppose l'indépendance des organes et leur spécialisation fonctionnelle⁴⁵. D'autres jugent qu'il s'agit plutôt d'un système de « balance des pouvoirs », ce qui suppose qu'une même fonction soit exercée concurremment par plusieurs organes dont les intérêts ne sont pas nécessairement solidaires⁴⁶. Or, il me semble que la seconde théorie parvient à rendre compte du droit de veto législatif dont dispose le président de l'Union, tandis que la première n'y parvient pas (sauf à introduire un certain nombre d'hypothèses *ad hoc*). Je serais tenté d'y voir un « succès heuristique » de la seconde théorie sur la première.

Il faut également souligner que les succès heuristiques sont indépendants de l'intention qui est à l'œuvre. Un succès heuristique enregistré par un programme peut tout à fait résulter d'une intention essentiellement pratique. En cherchant à

⁴⁵ Dans ce sens, v. J. GICQUEL et J.-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 24^e éd., Paris, Montchrestien, 2010, p. 132 : le régime présidentiel « combine la *spécialisation fonctionnelle* et l'*irrévocabilité mutuelle* ». V. également M. VERPEAUX, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2010, p. 113 : « dans le régime présidentiel, chacun des pouvoirs a une fonction spécifique, réalisée sous forme de spécialisation fonctionnelle, et les pouvoirs n'ont pas de moyens d'actions réciproques ». Dans un sens analogue, v. Ph. ARDANT et B. MATHEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 22^e éd., Paris, LGDJ, 2010, p. 292.

⁴⁶ Dans ce sens, v. F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 31^e éd., Paris, LGDJ, 2009, p. 94 et 286 *sqq.*

influencer la pratique, un juriste peut être amené à découvrir une propriété jusqu'alors inaperçue de son objet. Le programme de Carl Schmitt en offre un exemple stimulant. Dans sa *Théorie de la Constitution*, publiée en 1928, il souligne que la Constitution du Reich allemand du 11 août 1919 (la WRV) peut donner lieu à quatre pratiques distinctes⁴⁷. Il me semble que Schmitt a une inclination particulière pour la quatrième forme, c'est-à-dire pour la lecture présidentialisée de la constitution. C'est sans doute celle qu'il appelle de ses vœux et cherche à encourager. La visée pratique me semble donc à peu près établie, et elle sera corroborée par ses écrits ultérieurs – et d'ailleurs plus radicaux – sur ce thème⁴⁸. Indépendamment des finalités politiques de cette doctrine (et de ce qu'on peut en penser), il me semble que Schmitt révèle ici une propriété de la WRV que ses contemporains n'envisageaient guère. Pour le coup, et bien qu'imparfaitement, il me semble qu'il a « révélé » une propriété de l'objet qui allait hélas se réaliser (à partir de la formation du gouvernement Brüning, en mars 1930). Je ne crois pas qu'on puisse sincèrement accuser Schmitt d'en avoir été la cause effective, dans la mesure où les conditions qui permirent l'établissement de cette pratique nouvelle des institutions ne dépendaient pas de lui. J'ai donc tendance à voir dans cette doctrine un authentique succès heuristique.

Bien entendu, les succès de ce genre sont difficiles à établir, et ils demandent un examen beaucoup plus long et approfondi que les exemples précédents ne le suggèrent. L'idée de Lakatos selon laquelle ces succès ne peuvent se constater que tardivement me paraît précieuse. Il semble bien que, ici comme ailleurs, la chouette de Minerve ne prenne son envol qu'au crépuscule. On remarquera toutefois qu'en doctrine, de tels « succès » n'assurent pas toujours la disparition des théories ou des programmes « vaincus » (comme le montre notre premier exemple). Peut-être même sont-ils en mesure de résister indéfiniment ? Vraisemblablement, ils se maintiennent d'autant mieux qu'ils sont liés à des intérêts idéologiques ou politiques puissants. Si l'historien de la doctrine parvient à le démontrer de manière vraisemblable, il aura au moins fait œuvre critique.

C. Succès pratique d'un programme doctrinal

Contrairement aux « programmes de recherche » décrits par Lakatos, les programmes doctrinaux peuvent prétendre à une autre forme de succès qui dépend de leur efficacité pratique. Le « succès pratique » se mesure à l'*incidence effective* d'un programme doctrinal sur la pratique du droit. Si l'on préfère, cela revient à savoir si le programme a suscité un « effet boucle ». Le succès pratique est particulièrement manifeste quand une doctrine parvient à susciter une série cohérente d'effets de ce type. Quelques précisions sont ici nécessaires.

Tout d'abord, cette question ne recoupe pas exactement celle des intentions, explicites ou implicites, des partisans du programme. Comme on l'a vu, il se peut qu'une autorité doctrinale cherche à influencer la pratique sans le dire ouvertement. En outre, il est tout à fait possible qu'une boucle de rétroaction ne soit pas causée de manière intentionnelle. Dans une optique différente, Alf Ross défendait

⁴⁷ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993 [1928], Part. II, chap. 27, p. 489 *sqq.*

⁴⁸ V. sa réflexion sur le « gardien de la constitution » qui culmine dans C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1931. Dans une optique encore plus radicale, v. C. SCHMITT, *Legitimität und Legitimität*, Berlin, Duncker & Humblot, 1932.

une idée assez similaire⁴⁹. Il se peut, par exemple, qu'une autorité doctrinale cherche simplement à exposer une jurisprudence constitutionnelle étrangère sans se prononcer sur sa valeur intrinsèque. Pour peu que la cour constitutionnelle de son État se saisisse de ses travaux et décide « d'importer » ladite solution étrangère, la boucle se referme. Évidemment, la chose est plus probable lorsque la doctrine fait valoir les avantages qu'il y aurait à retenir la solution concernée.

Cela signifie que l'historien de la doctrine peut établir ou conjecturer des liens de causalité entre un programme doctrinal et état ultérieur du droit. Une entreprise de ce genre est d'ailleurs plus aisée pour l'historien du droit qu'elle ne l'est dans d'autres domaines, comme l'économie ou la sociologie. Néanmoins, elle suppose de prendre quelques précautions élémentaires.

En premier lieu, il faut établir aussi précisément que possible les *intentions* à l'œuvre dans le programme doctrinal concerné. Visait-il ou non à influencer la pratique ? Le cas échéant, quel système axiologique était à l'œuvre et quelles visées concrètes étaient poursuivies ? Du reste, il faut se demander si d'autres programmes doctrinaux prescriptifs prescrivaient une réforme pratique similaire (le cas échéant, cela permettrait d'écarter de bons candidats à l'explication). En second lieu, il faut établir l'existence d'une *prise en compte par la pratique* du programme concerné. Les travaux préparatoires d'un texte, la motivation d'une décision peuvent en témoigner de manière probante. Sans doute des preuves plus indirectes peuvent être également recevables (témoignage oral, correspondance écrite, relation connue entre le docteur et le praticien, etc.). Si de telles preuves font défaut, il reste la possibilité d'opter pour une simple conjecture, à condition de la présenter comme telle. En troisième lieu, il faut pouvoir rendre compte d'un *éventuel écart* entre le discours doctrinal et la réalisation pratique. Il y a fort à parier que des écarts de ce genre soient hautement révélateur des intentions et des visées des praticiens. Dans l'hypothèse où ces « tests » élémentaires seraient satisfaits, il devient possible d'établir, ou au moins de conjecturer, un lien de cause à effet entre le discours doctrinal et la réalisation pratique.

J'ai bien conscience que les « règles » historiographiques de ce type prêtent un peu à sourire tant elles paraissent évidentes. Toutefois, elles sont régulièrement violées dans la littérature constitutionnelle française, et des mythes très puissants sont ainsi engendrés. Combien de manuels français persistent, par exemple, à attribuer la paternité intellectuelle du Conseil constitutionnel à un Hans Kelsen soigneusement expurgé ? Si cette filiation me paraît largement imaginaire, ce n'est pas seulement parce que « comparaison n'est pas raison ». Lorsqu'on la soumet aux trois « tests » que j'ai évoqués, on s'aperçoit qu'elle ne satisfait véritablement à aucun d'entre eux. En France, ce mythe est pourtant assez largement consacré par la littérature spécialisée. Sans doute cela ne résulte pas seulement d'un défaut de méthode, mais aussi d'une volonté, plus ou moins explicite, de légitimer l'institution en l'adossant à un nom prestigieux. En effet, j'ai l'impression que bien des mythes constitutionnels naissent précisément d'une *confusion* opérée entre les

⁴⁹ A. Ross, *On Law and Justice*, Londres, Stevens & sons, 1958, p. 49 : « Les assertions relatives au droit valide sont, au regard de leur contenu réel, des prédictions qui portent sur des événements sociaux futurs. Ces derniers sont fondamentalement indéterminés et ne sauraient être prédits sans ambiguïté. Toute prédiction est en même temps un facteur réel susceptible d'influencer le cours des choses, et dans cette mesure, un acte politique. C'est pourquoi, fondamentalement, l'étude cognitive du droit ne peut pas être séparée de la politique juridique » (notre traduction).

deux types de succès doctrinaux précédemment distingués. Cette distinction me paraît absolument essentielle pour l'historien des idées juridiques – du moins tant qu'il se donne pour mission d'expliquer et non de justifier.

Aussi « évidentes » soient-elles, les petites règles méthodologiques précédemment évoquées peuvent donc jouer un double rôle à la fois constructif et critique. D'une part, elles peuvent nous aider à bâtir une histoire constitutionnelle plus attentive à l'histoire des idées doctrinales. D'autre part, elles peuvent nous aider à purger les récits historiques dont nous disposons d'un certain nombre d'approximations ou d'erreurs plus ou moins intéressées. Mon impression est qu'il y a là un chantier important qui, vraisemblablement, ne se limite pas au seul droit constitutionnel.

CONCLUSION

J'ai conscience que les pages qui précèdent peuvent paraître un peu étranges. Il est notamment possible que le rapprochement opéré avec l'histoire des idées scientifiques semble déroutant. À vrai dire, il ne s'agit là que d'une étape dans une réflexion que j'aimerais prolonger dans les années à venir. Si le recours à la théorie de Lakatos m'a paru intéressant, c'est précisément parce qu'il attire notre attention sur des problèmes qu'on passe souvent sous silence. En particulier : la question de la concurrence entre les programmes doctrinaux, celle de leurs développements et de leurs résistances, et celle enfin de la détermination des observations par les théories. Il est bien possible que le recours à d'autres traditions de pensée ait les mêmes vertus. C'est cette littérature qui a attiré mon attention sur ces problèmes, aussi suis-je parti de là. Mais je ne doute pas que d'autres chemins puissent y mener – et peut-être de manière plus directe.

Ma principale visée a surtout été de défendre ici une forme particulière *d'histoire des idées*. Elle se caractérise par une attention marquée aux constructions théoriques, précisément parce que celles-ci informent la prise en compte de la réalité juridique. Il s'agit, comme l'écrivait mieux que moi Olivier Jouanjan, de saisir ce moment où les doctrines se « décrochent d'elles-mêmes pour s'accrocher à des assemblages métajuridiques de thèses et de représentations⁵⁰ ». Je crois que cette entreprise est nécessaire non seulement pour comprendre la doctrine, mais aussi pour mieux saisir le droit lui-même, car il finit presque nécessairement par incorporer certains de ces « assemblages ». La question du passage des idées à la pratique demeure donc essentielle. À mes yeux, l'un des intérêts majeurs de l'histoire des idées réside justement dans sa capacité à articuler la double nature de la doctrine. Elle est à même de la saisir à la fois comme une entreprise *heuristique*, qui vise à *l'intellection* du droit, et comme une entreprise *pratique*, qui peut aboutir indirectement à sa *transformation*.

Cette forme d'histoire des idées implique sans doute de tenir compte d'éléments qui ne sont pas exclusivement juridiques. Cependant, étant donné sa forte orientation « internaliste », elle ne saurait être menée à bien sans de solides connaissances juridiques. Aussi je forme le vœu que les juristes n'y renoncent pas.

Renaud Baumert

Professeur de droit public à l'Université de Cergy-Pontoise, membre du Centre de philosophie juridique et politique (CPJP).

⁵⁰ O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, op. cit., p. 2.