

Jus Politicum

Revue de droit politique

Numéro 30 – 2023

*Mémoire :
Droit constitutionnel
et notion de constitution
dans la pensée de Georges Vedel*



INSTITUT
VILLEY

Institut Villey

pour la culture juridique et la philosophie du droit

DIRECTEURS

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas)

DIRECTEUR DE LA PUBLICATION

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)

FONDATEURS

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas),
Armel Le Divellec (Université Panthéon-Assas),
Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines)

CONSEIL DE RÉDACTION

Manon Altwegg-Boussac (Université Paris-Est Créteil), Denis Baranger (Université Panthéon-Assas), Renaud Baumert (CY Cergy Paris Université), Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas), Samy Benzina (Université de Poitiers), Eleonora Bottini (Université de Caen), Jean-Félix de Bujadoux (Université Panthéon-Assas), Bruno Daugeron (Université Paris-Descartes), Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas), Quentin Epron (Université Panthéon-Assas), Cécile Guérin-Bargues (Université Panthéon-Assas), Thibault Guilluy (Université de Lorraine), Jacky Hummel (Université de Rennes I), Julien Jeanneney (Université de Strasbourg), Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas), Mathilde Laporte (Université de Pau), Philippe Lauvaux (Université Panthéon-Assas), Elina Lemaire (Université de Bourgogne), Emilien Quinart (Université Panthéon-Sorbonne), Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines), Céline Roynier (CY Cergy Paris Université), Christoph Schönberger (Universität Konstanz), Adam Tomkins (University of Glasgow), Patrick Wachsmann (Université de Strasbourg)

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Klaus von Beyme (Universität Heidelberg), Dominique Chagnollaude (Université Panthéon-Assas), Jean-Claude Colliard † (Université Panthéon-Sorbonne), Vlad Constantinesco (Université Robert-Schuman, Strasbourg), Jean-Marie Denquin (Université Paris Nanterre), Christoph Gusy (Universität Bielefeld), Ran Halévi (CNRS), Josef Isensee (Universität Bonn), Lucien Jaume (CNRS), Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas), Claude Klein (University of Jerusalem), Franck Lessay (Université Sorbonne Nouvelle), Corinne Leveleux-Teixeira (Université d'Orléans), Martin Loughlin (London School of Economics), Ulrich K. Preuß (Freie Universität Berlin), Philippe Raynaud (Université Panthéon-Assas), Pierre Rosanvallon (Collège de France), François Saint-Bonnet (Université Panthéon-Assas), Cheryl Saunders (University of Melbourne), Michel Troper (Université Paris Nanterre), Neil Walker (University of Edinburgh).

SECRÉTAIRE DE RÉDACTION

Thibault Desmoulins (Université Panthéon-Assas)

ASSISTANTS D'ÉDITION

Romane Lerenard (Université de Rennes)

Yassine Grall

Droit constitutionnel et notion de constitution dans la pensée de Georges Vedel

« Une rangée d'arbres là-bas au loin, là-bas
vers le coteau.
Mais qu'est-ce qu'une rangée d'arbres ? Des
arbres et voilà tout.
Rangée et le pluriel arbres ne sont pas des
choses, ce sont des noms.

Tristes âmes humaines qui mettent partout de
l'ordre,
qui tracent des lignes d'une chose à l'autre,
qui mettent des pancartes avec des noms sur
les arbres absolus réels,
et qui tracent des parallèles de latitude et de
longitude sur la terre même,
la terre innocente et plus verte que tout ça ! »

Fernando Pessoa, « Le gardeur de
troupeaux », XLV.

INTRODUCTION

Si l'esprit juridique doit sa dignité à son inlassable labeur de clarification, certains objets juridiques semblent se dérober à cette volonté de systématisation ; échappant aux catégorisations habituelles, refusant de se cristalliser en une définition, leur seule existence vient troubler une raison juridique qui aspire à la clarté par la quiète certitude conceptuelle. La confusion saisit alors le juriste qui réalise que sa grille de lecture -dont la rigueur quasi-géométrique devait garantir la pérennité- ne parvient pas à enserrer toute la réalité. La notion de constitution fait partie de ces objets : facteurs de doute doctrinal par son irréductibilité à un prisme unique, elle échappe à nos découpages traditionnels et nous impose de délaissier certains de nos réflexes juridiques les plus solidement ancrés.

En effet, la constitution est, dans le discours juridique actuel, une notion floue, vague, aux contours incertains. L'indétermination dans laquelle baigne la notion de constitution permet à la doctrine constitutionnelle de tenir à son propos un ensemble de discours dont la teneur et l'ambition varient largement. On voit le terme

utilisé pour renvoyer indifféremment au fondement formel de l'ordre juridique, à la loi fondamentale que se donne un peuple libre, au système politique d'un État ou encore à une charte des droits et des libertés que la société se voit garantir. La notion revêt une succession d'acceptions diverses, sans que ces dernières ne soient homogénéisées dans un cadre théorique unique qui en ferait harmonieusement la synthèse.

Décontenancé par l'incapacité doctrinale à arrêter une signification que devrait revêtir la notion de constitution, le chercheur ne peut que partager la grave question formulée par le professeur Armel Le Divellec : « la notion de constitution est-elle vraiment bien saisie par ceux-là mêmes qui sont censés au premier chef être capables d'en parler avec autorité, à savoir les juristes-universitaires ? »¹. Sa réponse, inquiétante (« Il est permis d'en douter, d'en douter très fortement »²), doit alors nous alerter. D'abord, un tel déficit doctrinal se mesure objectivement par la faible quantité d'ouvrages abordant frontalement, et spécifiquement, la notion de constitution. Cet état de fait s'explique en premier lieu par le peu d'enthousiasme que suscite le genre *essai* chez les universitaires français dont la production doctrinale prend quasi exclusivement la forme d'articles et de manuels. Les quelques essais contemporains, qui démentent brillamment la désuétude de ce format, permettent certes de nourrir une réflexion théorique sur la notion de constitution, mais aucun ne propose une vue d'ensemble centrée sur cette notion. Par exemple, l'ouvrage de Claud Klein sur le pouvoir constituant³, ou encore celui de Pierre Avril sur les conventions de la constitution⁴, donnent du grain à moudre à quiconque s'intéresse à la notion de constitution, mais ne prétendent pas en fournir une approche générale et systématique. De sorte que l'on peut tirer le constat d'après lequel « on ne trouve, dans la littérature française des cinquante (ou même des cent trente) dernières années, presque aucun ouvrage portant directement sur la notion de constitution elle-même »⁵. On serait ainsi bien en peine d'identifier un équivalent français, à la somme théorique que représente la *Théorie de la Constitution*⁶ de Carl Schmitt. Aucun auteur français n'a endossé le projet auquel s'était astreint le juriste allemand, c'est-à-dire enfanter un « lourd traité systématique et exhaustif »⁷, afin d'éclairer dogmatiquement la notion de constitution.

En dépit de tels ouvrages, il faut donc se tourner vers les manuels de droit constitutionnel pour comprendre la manière dont les universitaires se saisissent de la notion de constitution. Classiquement, ces manuels présentent la notion de constitution dans une première partie qui, précédant les éléments historiques et comparatistes, vise à définir les concepts fondamentaux du droit constitutionnel. La définition de la constitution suit alors généralement celle de l'État. Or, là où les manuels s'accordent à ramener l'État à ses trois éléments canoniques (un territoire,

¹Armel le Divellec, « La notion de constitution dans la doctrine constitutionnelle de la Troisième République : le pays où l'on n'arrive jamais », Armel le Divellec (dir.), *La notion de constitution dans la doctrine constitutionnelle de la Troisième République*, Éditions Panthéon-Assas, 2020, p. 9.

² *Ibid.*

³Claude Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, 1996.

⁴Pierre Avril, *Les conventions de la constitution*, PUF, 1997.

⁵Armel Le Divellec, *op. cit.*, p. 10.

⁶Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, PUF, 1993.

⁷Olivier Beaud, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, PUF, 1993, p. 14.

une population, un monopole), la notion de constitution fait l'objet d'un certain éparpillement. Une grande constante dans la présentation de la notion de constitution tient au fait que les manuels ne définissent jamais directement la notion de constitution. Les définitions n'apparaissent qu'une fois la constitution préalablement qualifiée de différentes manières. Les auteurs lui accolent toutes sortes de qualificatifs, la constitution serait successivement « juridique », « politique », « écrite », « coutumière », « formelle », « matérielle », « organique », « dogmatique », etc. De la sorte, les auteurs procèdent à un fractionnement de la notion avant de se lancer dans un travail définitionnel. La première difficulté que relève la lecture des manuels est donc la difficulté de la doctrine à donner une définition unitaire de la notion de constitution. De prime abord, cette fragmentation de la notion de constitution laisse transparaître une grande richesse des significations s'y attachant. Toutefois, par-delà cette diversité, la distinction classique qui s'impose est celle qui traite de la constitution « matérielle » et de la constitution « formelle ». On retrouve cette présentation duale dans le manuel de référence écrit par Francis Hamon et Michel Troper. La Constitution « au sens matériel » serait l'« ensemble des règles relatives à l'organisation de l'Etat, c'est-à-dire, à la désignation des hommes qui exercent le pouvoir, à leurs compétences, à leurs rapports mutuels »⁸, tandis que la Constitution formelle devrait être comprise comme l'« ensemble des règles, quel que soit leur objet, qui sont énoncées dans la forme constitutionnelle : elles sont en général contenues dans un document spécial, mais surtout, elles ont une valeur supérieure à celles de toutes les autres normes positives et ne peuvent être modifiées que conformément à un document spécial »⁹. La grande variété des significations auxquelles renvoie la notion de constitution tend alors à s'estomper. En effet, la plupart des auteurs font, plus ou moins ouvertement, le choix de restreindre la notion aux mêmes caractéristiques. Ainsi que l'écrit le professeur Armel Le Divellec, « une très nette majorité d'auteurs (en France comme à l'étranger) prétendent que la constitution au sens formel obéit à certaines particularités d'adoption (du moins chez certains auteurs, mais pas tous) et, en tout cas, de révision ; et en outre, ils lui reconnaissent une valeur supérieure à celle des lois ordinaires »¹⁰. En présentant alors la constitution comme formelle, écrite, rigide et à la suprématie sanctionnée, la doctrine relaye une conception normative de la notion de constitution. Comme l'affirme le professeur Olivier Beaud, « de façon très majoritaire, sinon hégémonique, la doctrine française présente, actuellement, la Constitution comme une norme (ou un ensemble de normes juridiques) dont la qualité serait d'être suprême(s) »¹¹. En effet, la conception normativiste à laquelle fait référence le professeur Olivier Beaud est attachée au critère formel et procédural. La justification n'est pas toujours explicitée par les auteurs, mais elle tient toujours en substance à l'argument suivant développé par Francis Hamon et Michel Troper : « on privilégie le point de formel, parce que c'est celui qui est adopté par la pratique

⁸Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, LGDJ, 2020, p. 32.

⁹*Ibid.*, p. 57.

¹⁰Armel Le Divellec, « De quelques facettes du concept juridique de constitution. Essai de clarification sémantique. », *Penser le droit à partir de l'individu, mélanges en l'honneur d'Elizabeth Zoller*, Dalloz, 2018, p. 742.

¹¹Olivier Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », Denis Alland, Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 2003, p. 258.

juridique »¹². Pour ces auteurs, le point de vue matériel serait insuffisamment précis car la forme et la matière constitutionnelle ne coïncident pas : « l'exemple le plus célèbre est celui d'une disposition de la Constitution helvétique qui interdisait l'abattage des animaux selon le rite juif [...] A l'inverse, une norme relative à l'élection des députés, qui, comme en France, n'est pas contenue dans le texte constitutionnel, mais dans une loi ordinaire, est constitutionnelle matériellement, mais non formellement »¹³. Surtout, la question du critère de la constitution matérielle se pose. En effet, il est difficile de tracer avec précision les contours d'une constitution matérielle. Comment identifier l'appartenance d'une règle à la matière constitutionnelle ? Les règles concernant l'organisation des pouvoirs publics et les libertés individuelles sont si nombreuses qu'il est indispensable d'user d'un critère d'importance permettant de délimiter la constitution matérielle. Or, un tel critère entraîne une nécessaire subjectivité dans l'identification de la matière constitutionnelle.

Face à cette indétermination du critère matériel, qui prive le juriste de toute certitude définitive, le critère formel apparaît salubre par sa simplicité d'usage. En effet, le critère d'identification formel d'une constitution serait d'une rigueur et d'une clarté parfaites : la procédure d'adoption et de révision de la norme constitutionnelle lui seraient spécifiques, la distinguant ainsi des lois ordinaires et protégeant alors sa suprématie en lui conférant une valeur juridique supérieure. En raison de cette clarté apparente, l'analyse juridique pourrait alors prétendre à la certitude, et serait dès lors véritablement scientifique car rigoureuse, neutre et objective.

L'identification de la constitution à certaines caractéristiques formelles est pourtant porteuse d'un risque de réduction de la notion. Tout d'abord, comme le note Marie-Anne Cohendet, « on néglige d'établir le rapport entre la définition formelle et la définition matérielle de la Constitution, alors même qu'il est essentiel »¹⁴. En effet, « si les règles relatives à l'attribution du pouvoir et aux droits de l'homme sont placées dans un texte plus difficile à modifier que la loi ordinaire, c'est parce que l'auteur de la Constitution, le peuple en démocratie, estime que ces règles sont très importantes et qu'elles doivent donc être protégées contre des modifications intempestives »¹⁵. La spécificité formelle et procédurale des textes constitutionnels s'explique donc par des considérations relatives à la matière même dont ils sont porteurs. Le formel ne s'explique qu'en perspective avec le matériel. De même, on notera que le Conseil constitutionnel, dont l'activité juridictionnelle est considérée par la doctrine contemporaine comme un des critères garantissant la juridicité du droit constitutionnel¹⁶, a pu lui-même mobiliser une définition matérielle de la constitution. C'est bien ce qui apparaît, dans la décision n°13-669 DC

¹² *Ibid.* p. 41.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Marie-Anne Cohendet, *Droit constitutionnel*, LGDJ, 2021, p. 79.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Le droit constitutionnel devient du droit parce qu'il est sanctionné par le juge. Xavier Magnon, « Commentaire sous « Le droit constitutionnel, Constitution du droit, droit de la Constitution » de L. Favoreu », *Les grands discours de la culture juridique*, 2017, fhal-01725353f, p. 9. (nous utilisons la pagination du document disponible en ligne : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01725353/document>).

du 17 mai 2013, *Ouverture du mariage aux couples de personnes du même sexe*, dans laquelle le Conseil constitutionnel affirme que la règle qui réserve le mariage aux couples hétérosexuels « n'intéresse ni les droits et libertés fondamentaux, ni la souveraineté nationale, ni l'organisation des pouvoirs publics », de sorte qu'elle ne pourrait être consacrée comme un Principe fondamental reconnu par les lois de la République. Une telle formule semble bien renvoyer à la *matière constitutionnelle*. Cela n'est d'ailleurs pas surprenant si on considère que sa jurisprudence fait, depuis la décision n°71-44 DC « liberté d'association », référence à des principes dont les liens avec les textes constitutionnels sont souvent évanescents. Récemment, l'utilisation par le Conseil constitutionnel d'un « principe de fraternité » dans la décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018 témoigne bien d'une telle échappée hors du texte constitutionnel¹⁷ et ne se comprend qu'au regard de la mission de protection des droits et libertés fondamentaux que semble poursuivre le juge constitutionnel. La juridictionnalisation du droit constitutionnel qui, selon une doctrine majoritaire inspirée par les écrits du doyen Favoreu, devait assurer sa juridicité, redonne cependant une importance à l'appréhension matérielle de la notion de constitution.

La seule appréhension formelle de la notion constitution apparaît donc lacunaire et il est étonnant qu'elle continue d'être privilégiée par la communauté universitaire. L'explication des difficultés de la doctrine à théoriser la notion de constitution, et sa consécutive réduction de la notion par une approche formelle, passe selon nous par la mise en lumière du *paradigme*¹⁸ dans lequel elle baigne. Pour le dire sans ambages, l'arrière-plan conceptuel qui irrigue la doctrine majoritaire est largement dirigé par un paradigme *normativiste*. On désigne ici par normativisme « toute théorie du droit, d'inspiration positiviste, qui envisage le droit comme un ensemble de normes »¹⁹ et qui, largement influencée par l'œuvre de Kelsen, accepte la scission être et devoir-être²⁰ puis en tire une séparation des plans juridique et politique²¹. En effet, la pensée normativiste offre « un ensemble de conceptions ontologiques très cohérentes »²² et facilite donc le travail juridique en fournissant

¹⁷Le professeur Olivier Beaud parle à propos de l'argumentation du Conseil constitutionnel d'un « syllogisme plus que douteux ». Olivier Beaud, « Où va le droit (constitutionnel) ? », *La Semaine Juridique Édition Générale*, n°40, 1er Octobre 2018, p. 1768.

¹⁸Nous employons le terme paradigme comme désignant « l'ensemble de croyances, de valeurs reconnues et de techniques qui sont communes aux membres d'un groupe donné », T.S. Kuhn (1962), *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 1972, p. 207.

¹⁹M. Troper, « Normativisme », Denis Alland, Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1074.

²⁰Denis Baranger présente « le fond de la pensée normativiste contemporaine » comme « vision d'un monde où il n'est pas permis de déduire de l'être des conclusions relatives au devoir être, où les causalités naturelles se distinguent des imputations normatives, où le droit, fait de prescriptions, et la science du droit, consistant en des propositions falsifiables, vivent des existences séparées », Denis Baranger « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels. A propos de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac », *Jus Politicum*, n° 11, 2013, p. 3.

²¹Le normativisme selon Denis baranger se caractérise par une ontologie particulière qui se prolonge dans une manière de penser les rapports entre le droit et le politique tendant à isoler le droit et la politique, menant à une certaine « menace de l'oubli du politique », *ibid.*, p. 10.

²²Denis Baranger, « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels. A propos de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac », *Jus Politicum*, n° 11, 2013, p. 3.

une ossature toute trouvée pour une doctrine peu désireuse de renouveler la question méthodologique. Elle est ainsi d'un grand secours et présente « toute la séduction qu'on peut trouver à une formulation convaincante des évidences partagées d'une époque »²³.

Une partie de l'explication du triomphe du paradigme normativiste s'explique par le tournant de la doctrine française qui, dans le sillage de Joseph Barthélemy et faisant suite à la « doctrine constitutionnelle classique »²⁴, « rejette le dogmatisme constitutionnel »²⁵ et se détache des ambitions totales du « temps des cathédrales », dont les constructions intégraient la part technique du droit au sein d'un ensemble rendu cohérent par des positions philosophiques et théoriques consciencisées. Le normativisme, en raison de la modestie de son projet -qui vise avant tout à la *description* du droit positif-, est ainsi particulièrement susceptible d'être adopté par une doctrine n'aspirant plus à élaborer de grands systèmes conceptuels. De plus, le désintérêt de la doctrine pour la théorie juridique la rend particulièrement sensible à reconduire les options théoriques du paradigme normativiste triomphant. Ce pouvoir attractif d'un paradigme cohérent se paye cependant par le risque encouru de plonger la discipline juridique dans un état pathologique : la doctrine, croyant pouvoir faire l'économie d'un questionnement épistémologique, accepte l'hégémonie des présupposés normativistes qui perdent alors en vigueur car n'étant plus interrogés -le danger étant alors de voir la théorie normativiste réduite à une simple vulgate communément admise²⁶. Or, c'est bien cette vulgate qui limite aujourd'hui la doctrine dans sa théorisation de la notion de constitution.

Le formalisme normativiste permet de mieux expliquer cette démarche visant à fragmenter la notion de constitution. Inspirée par le normativisme kelsenien, la doctrine aspire à la pureté du discours juridique par une *claire délimitation* de son objet d'étude. Héritière d'un certain kantisme²⁷, la raison normativiste procède alors par *scissions* successives comme s'il s'agissait d'extraire d'un mélange une substance pure débarrassée de tout élément étranger. La scission originaire qui fonde le paradigme normativiste²⁸ est celle que proclama le maître autrichien lorsqu'il jugea nécessaire de trancher entre le monde de l'être et celui du devoir-être, et donc, entre le droit et la politique, mais également entre le droit posé et le droit appliqué. Toutes ces précautions épistémologiques trouvent un écho dans la construction de la discipline du droit constitutionnel qui entend se montrer comme véritablement *juridique*. Visant à dégager une notion de constitution propre à la

²³ *Ibid.*

²⁴Olivier Beaud, « Joseph Barthélemy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits*, n° 32, PUF, 2000, p. 90.

²⁵ *Ibid.*, p. 98.

²⁶L'on tombe alors dans le risque d'une « pratique irréfléchie, c'est-à-dire non théorisée, d'un positivisme qu'on peut appeler « amorphe » en ce sens qu'il n'est pas pris en charge ni mis en forme par un méta-discours épistémologique », Olivier Jouanjan, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales* vol. XLI, 2003, p. 142.

²⁷Par le canal kelsenien qui adopte la méthode critique de Kant visant à délimiter les champs de connaissances.

²⁸Étant entendu qu'au sein d'un même paradigme diverses sensibilités peuvent coexister. Le paradigme est donc entendu au sens de Kuhn non comme un consensus absolu et définitif mais comme le partage en commun par une communauté scientifique d'un certain nombre de présupposés, méthodes et valeurs.

discipline juridique, le libre déploiement de cette logique continue son œuvre de segmentation : la constitution formelle s'oppose à la constitution matérielle, la constitution écrite à la constitution coutumière, la constitution souple à la constitution rigide. Dans une telle perspective, il est logique que la doctrine majoritaire se rabatte sur une notion formelle, écrite et rigide. Au terme de ce processus d'émondage, elle apparaît comme la seule notion de constitution réellement juridique. Mais se pose alors la question de la portée heuristique d'une telle conceptualisation car, en refoulant la vie effective des normes et de leur application, la notion de constitution tend à enfermer la discipline constitutionnelle dans l'exégèse commentaire des dispositions constitutionnelles textuelles.

On comprend alors que le « renouveau du droit constitutionnel » se soit structuré autour de la figure du juge constitutionnel à partir des années 1980. Ne voulant proposer des constructions conceptuelles qui lui sembleraient trop détachées du droit positif, la discipline, se voulant scientifique et rigoureuse, avait besoin d'un objet d'observation extérieur. L'exégèse des textes constitutionnels apparaissait cependant peu stimulante étant considéré le décalage des textes et de la pratique que la nouvelle science politique, utilisée par les juristes sous l'impulsion de Duverger, soulignait. L'émergence d'une jurisprudence abondante du Conseil constitutionnel fournissait alors un objet d'étude idoine en donnant à commenter un droit positif en pleine mutation. Par là, le droit constitutionnel entendait se montrer comme une discipline véritablement juridique. C'est dans ce sens que Xavier Magnon affirme que ce recentrement de l'école aixoise vers le juge constitutionnel « s'explique car c'est précisément parce qu'il n'existait pas de juge constitutionnel, et donc de sanction du principe de constitutionnalité, que l'analyse du droit constitutionnel est longtemps demeurée dans le champ d'analyse exclusif de la science politique. La revendication [tenant] à une autonomie de l'approche juridique du droit constitutionnel passe par la valorisation de son juge qui lui a conféré ses galons de discipline juridique »²⁹. L'opération était alors double : le droit constitutionnel gagnait son autonomie disciplinaire tout en affirmant sa juridicité³⁰.

Toutefois, surgit le risque que notion de constitution devienne un objet secondaire du discours doctrinal. Jean-Marie Denquin note que cette mutation du droit constitutionnel, « [...] en fait aussi un droit quelconque, c'est-à-dire qui produit le même type d'objets et fonctionne selon les mêmes mécanismes que les autres disciplines juridiques. [...] C'est donc à la fois, selon le point de référence, une promotion et une régression de la discipline »³¹. La notion de constitution apparaît précisément comme un de ces concepts, spécifiques au droit constitutionnel classique, que le tournant jurisprudentiel de la discipline tend à reléguer à un second plan. Si le droit constitutionnel doit être un droit banalisé, la notion de constitution tend à n'être qu'une norme comme les autres. Plus précisément, la notion de constitution

²⁹Xavier Magnon, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexion et tentative de reconstruction », *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 242-243.

³⁰Alexandre Viala affirme en ce sens que « tenant le politique en respect, le droit constitutionnel paie son autonomisation en devenant un droit comme les autres ». Alexandre Viala, « De la promotion d'une règle à la normalisation d'une discipline », B. Mathieu (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 522

³¹Jean-Marie Denquin, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits*, 2000, n° 32, p. 35.

tend à être réduite à celle qu'utilise le juge constitutionnel dans son office juridictionnel. En effet, si les « vraies » Constitutions³² sont celles qui sont protégées par la sanction juridictionnelle, la notion de constitution se réduit *in fine* aux normes de référence utilisées par le Conseil constitutionnel pour assurer le contrôle de constitutionnalité³³.

Ainsi, la difficulté à conceptualiser la notion de constitution s'explique tant par un tropisme normativiste que par ce recentrement de la discipline autour de la jurisprudence constitutionnelle. Au regard de l'ensemble des faiblesses que la doctrine française présente relativement à la notion de constitution, il apparaît opportun de s'intéresser plus précisément à la pensée d'un auteur tel que Georges Vedel. Ce grand homme s'impose en effet comme une figure majeure de la génération de publicistes qui parcourt la deuxième moitié du XX^e siècle et décline au tournant du nouveau millénaire. Parce qu'il représente cette génération, la figure de Vedel est intéressante à plus d'un titre.

Tout d'abord, il témoigne de la fin du gigantisme conceptuel qui animait la doctrine classique. Là où les grands auteurs comme Hauriou, Duguit ou Carré de Malberg étaient tous animés par la volonté d'édifier de gigantesques édifices théoriques, dans lesquels chaque problème juridique trouvait une place dans un ensemble plus grand, Vedel se distingue de ces auteurs par une méfiance vis-à-vis de cette *hubris* théoricienne. Agrégé en 1936, c'est précisément dans cette doctrine faisant suite au « Temps des cathédrales » que le Doyen Vedel s'inscrit. Cela s'observe par la forme que prend sa pensée : *exit* les lourds traités entendant asseoir une vision dogmatique et systématique ainsi que les longs essais visant à donner une vision complète et exhaustive d'un problème. L'œuvre de Vedel privilégie les articles qui permettent un déploiement plus libre de la pensée. Cette différence de forme n'est pas que cosmétique, elle témoigne d'une modestie théorique : il ne s'agit plus de *fonder* une discipline en l'intégrant dans un tout conceptuel systématique et cohérent, mais d'*étudier* certains problèmes circonscrits et précis. Il apparaît en effet que Vedel n'est ni un dogmatique, ni l'homme d'une école : sa pensée se détend avec souplesse, hors de cadres méthodologiques qui, rendus explicites, seraient source de rigidité et de contrainte pour un esprit attaché à la fluidité de son déploiement. Il confesse lui-même ce refus de trancher définitivement en faveur d'une école de pensée déterminée :

J'ai certainement dû, à de nombreuses reprises, proposer une définition du droit à mes étudiants [...]. En effet, je me rappelle très bien que, disposant comme il se

³²Francis Delpérée, « Le renouveau du droit constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, 2008, n°74, p. 230

³³Cela s'explique par la difficulté qu'une discipline jurisprudentielle peut éprouver à penser au-delà des concepts utilisés par le juge. Xavier Magnon écrit en ce sens que « telle est sans doute la critique la plus forte adressée à l'école jurisprudentielle du droit constitutionnel : le renoncement à une conceptualisation au-delà de celle, spontanée, à laquelle procède le juge par l'usage de certaines notions ou une conceptualisation liée au seul discours du juge par une systématisation de celui-ci sans aller au-delà de ce qui est dit ». Le droit constitutionnel devient du droit parce qu'il est sanctionné par le juge. Xavier Magnon, « Commentaire sous « Le droit constitutionnel, Constitution du droit, droit de la Constitution » de L. Favoreu », *Les grands discours de la culture juridique*, 2017, fhal-01725353f, p. 10. (nous utilisons la pagination du document disponible en ligne : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01725353/document>).

doit de la panoplie des théories classiques, de la controverse entre jusnaturalistes et positivistes, des constructions institutionnalistes, sociologiques, historicistes, néo-kantiennes, marxistes, que sais-je encore, allant d'Aristote à Kojève, *je présentais, sous forme d'échantillons, chacun de ces grands édifices, mais sans conclusion*³⁴.

Deuxièmement, il assiste à l'émergence de la jurisprudence constitutionnelle, et l'accueille avec enthousiasme. Il siègera ainsi au Conseil constitutionnel de 1980 à 1989 où il mettra à profit ses immenses qualités de juriste à un moment où devaient être rendues les décisions fondatrices de cette nouvelle jurisprudence. Comme le note le professeur Beaud, « on lui doit, semble-t-il, l'essentiel des grandes décisions de cette époque et notamment les décisions relatives aux lois concernant les nationalisations (1982 et 1986) et une autre décision, moins connue, mais essentielle, sur la séparation des juridictions administratives et judiciaires »³⁵. Surtout, il fait une large place à la justice constitutionnelle dans sa construction de la discipline constitutionnelle. Il étaye souvent ses argumentations par la jurisprudence du Conseil constitutionnel et il considère que la suprématie de la constitution n'est réellement assurée que lorsqu'elle est garantie par un contrôle juridictionnel. Ainsi, s'il ne fit jamais partie de l'école constitutionnelle d'Aix-en-Provence, il n'est pas opposé à cette banalisation du droit constitutionnel autour de la figure du juge.

Enfin, Vedel fait partie de cette génération de constitutionnalistes qui furent également politistes. Il participe ainsi à l'engouement que suscite la science politique dans le milieu juridique : il collabore très régulièrement avec l'Association française de science politique (il en sera le président de 1983 à 1992), écrit un nombre d'articles important pour la revue de l'organe et se rapproche des Instituts d'études politiques³⁶.

Toutes ces sensibilités en font un exemple privilégié dès lors que l'on désire s'intéresser à la manière dont la doctrine française a abordé la notion de constitution, d'autant plus qu'il fut une figure majeure de cette doctrine. Ainsi, « dans les années 1960-1970, il était certes considéré en France comme l'un des meilleurs publicistes français, mais à égalité avec d'autres éminents collègues comme l'étaient ses aînés (Charles Eisenmann, Marcel Prélot, René Capitant, ou encore Georges Burdeau), ou ceux de sa génération (Maurice Duverger, Jean Rivéro – son grand ami – et André de Laubadère). Mais il a acquis, sur le tard, presque un statut d'icône de la doctrine publiciste française, notamment en raison de son étonnante longévité (il meurt à 92 ans et fut actif jusqu'en 2001) »³⁷. Outre son importante œuvre doctrinale, prolifique et stimulante, la place particulière qu'il occupa dans la doctrine française fut le reflet de son activité au sein des institutions. Il fut d'abord un doyen

³⁴Georges Vedel, « Indéfinissable mais présent », *Droits*, PUF, 1990, n°11, p. 67-68. (nous soulignons)

³⁵Olivier Beaud, « Le cas français : l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle », *Jus politicum*, 2017, n°18, p. 103.

³⁶Comme en témoigne sa participation à l'article collectif « Enseignement et recherche dans les Instituts d'études politiques », André Siegfried, Raymond Aron, Jacques Chapsal, J.-J. Chevallier, François Goguel, Maurice Duverger, Jean Stoetzel, Georges Vedel, Jean Touchard, *Revue française de science politique*, 1957, n°7-1, p. 144-154. Georges Vedel assure également entre 1953 et 1957 un cours d'introduction à la science politique à l'Institut des études politiques de Paris.

³⁷Olivier Beaud, *op. cit.*, p. 103.

respecté de la Faculté de droit de 1962 à 1967, puis, il fut désigné par le Président de la République pour présider le *Comité consultatif pour la révision de la Constitution* qui aboutit à la révision constitutionnelle de 1993. Enfin, il rejoignit les immortels de l'Académie française le 28 mai 1998, ultime reconnaissance d'une carrière universitaire extraordinaire. L'abondance de son œuvre, ses hauteurs de vue, sa participation décisive aux institutions les plus importantes, en font une figure majeure de la doctrine publiciste. Ses apports sont décisifs et, peu après sa disparition, ses collègues les plus éminents en rendaient déjà compte lors d'un Congrès de l'Association française des constitutionnalistes se tenant à Toulouse³⁸. La presse non-spécialisée participa aux hommages. *Le Monde* communiqua les réactions du Président de la République et du Premier ministre qui accompagnaient une touchante nécrologie de Guy Carcassonne et Olivier Duhamel, élèves rendant un ultime hommage au maître regretté³⁹. La *Revue française de droit constitutionnel* salua également la mémoire de ce grand homme en lui consacrant un numéro spécial⁴⁰. A l'heure de la disparition de cet illustre professeur, le sentiment qui prévalait était celui d'une multitude de juristes ayant perdu l'un de leur guide et qui avaient conscience du devoir d'honorer la mémoire de leur « maître à tous »⁴¹.

La prééminence de Vedel au sein de la doctrine s'explique avant tout par l'importance de son œuvre doctrinale. Sa pensée se distingue par sa grande élégance, que son style cristallise à merveille. Loin de tout dogmatisme, elle se caractérise par une grande habileté, Vedel cherchant souvent à se départir des positions trop rigides. Cette tournure d'esprit vedélienne, visant à concilier les contraires, apparaît de manière idéal-typique dans son article « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme ? »⁴². On y découvre une pensée séduisante, visant à préserver dans le même temps un discours matériel, portant sur le contenu des droits de l'homme dont le leg est présenté comme intouchable, et un discours formaliste témoignant d'un tropisme normativiste plus sceptique sur la valeur de ces droits. Chaque discours serait également porteur de vérité, mais serait simplement destiné à des publics différents. De la sorte, des positions qui sont usuellement présentées comme antagonistes, trouvent, sous la plume de Vedel, des possibilités de coexistence. Cette habileté, appuyée par un style distingué et imagé -Vedel laissera à la postérité nombre de formules bien frappées que la doctrine se plaît à citer-⁴³, fait de Vedel un auteur particulièrement représentatif de l'esprit juridique français qui « se distingue à la fois des deux autres idéaux types professionnels que sont le juriste anglais et le juriste allemand : comparé à l'anglais, le légiste français est logique et rationaliste. Comparé à l'Allemand,

³⁸Pierre Delvolvé, "Georges Vedel et l'École de Toulouse" ; Allocution de François Luchaire ; Jean-Luc Parodi, "Georges Vedel et la science politique",

³⁹*Le Monde*, 26 février 2002.

⁴⁰*Revue française de droit constitutionnel*, n° hors-série, 2004.

⁴¹Didier Maus, *Revue française de droit constitutionnel*, n° hors-série, 2004, p. 13.

⁴²Georges Vedel, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme ? », *Pouvoirs*, n°45, 1988, p. 149-159.

⁴³On pense à l'image du lit de justice que tous les étudiants continuent d'apprendre par cœur : « Si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme Constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts », Georges Vedel, « Schengen et Maastricht (à propos de la décision no 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *Revue française de droit administratif*, n° 8, 1992, p. 179.

il est pragmatique et se méfie des systèmes »⁴⁴. En effet, Georges Vedel est à l'aise avec les discours théoriques et conceptuels, mais conservera toute sa vie une sensibilité pragmatique. S'il apparaît se rattacher au normativisme qui triomphe dans la doctrine de sa génération, cette sensibilité le préservera de tout excès. Pourtant, son tropisme normativiste est évident. Il défend une approche formelle de la constitution dès son *Manuel de 1949* où il affirme que « la Constitution est l'acte qui ne peut être fait ou modifié que selon certaines procédures ayant une valeur supérieure aux autres procédures d'établissement des règles de droit »⁴⁵, position qu'il continuera d'exploiter en 1992 en affirmant « qu'en droit, il n'existe pas de définition matérielle de la Constitution »⁴⁶. De même, l'ardeur qu'il mettra à défendre et à asseoir la légitimité du Conseil constitutionnel s'explique par une vision normativiste d'après laquelle la notion de constitution n'est pleinement juridique que lorsqu'elle est juridictionnellement sanctionnée. Son pragmatisme réapparaît pourtant lorsque l'on considère que sa compétence de politiste lui permet de s'ouvrir à une approche matérielle de la constitution, par laquelle il s'attache à étudier les pratiques institutionnelles et la manière dont le droit constitutionnel est appliqué. De même, malgré sa participation au développement d'une théorie de la justice constitutionnelle légitimant le contrôle de constitutionnalité des lois, il s'efforce dans le même temps de contenir son expansion en affirmant l'irréductible autonomie des différentes branches du droit. Une autre illustration de cet oscillement dû à son tropisme normativiste tempéré par son pragmatisme est visible dans l'évolution de sa pensée. S'il reprend à son compte la distinction normativiste entre l'être et le devoir-être, certains de ses derniers écrits témoignent d'une féconde réflexion sur les limites d'une épistémologie purement normativiste.

Toutes ces raisons font de la pensée de Vedel un terrain particulièrement propice à la recherche. D'une part, sa double compétence de juriste-politiste, son attachement à la justice constitutionnelle ainsi que son tropisme normativiste en font une figure à la confluence des différentes tendances doctrinales majeures ayant largement pesé sur la conceptualisation actuelle de la notion de constitution. De plus, son emprise sur la doctrine est à la hauteur de son éminence, de sorte que son influence fut décisive et continue de rayonner sur la manière d'appréhender la notion de constitution. Enfin, il est l'un des plus brillants représentants de cette génération de publicistes, de sorte que la qualité intrinsèque de ses écrits en font un fructueux objet d'étude.

La pensée de Vedel est cependant difficilement saisissable car -signe d'une vitalité jamais asséchée- elle ne cesse de fluctuer, de se nuancer, de se raffiner. Ne se figeant jamais en un système définitivement exposé, elle nécessite une certaine reconstruction de la part du lecteur qui doit rassembler différents écrits. Le doyen Vedel est l'auteur d'une œuvre abondante, tant en droit constitutionnel, qu'en science politique et en droit administratif. Une sélection s'impose donc. Étant donné le sujet de notre présente étude, les écrits de droit constitutionnel ont été privilégiés. Le *Manuel élémentaire de droit constitutionnel* de 1949, ainsi que des photocopiés de ses *Cours de droit constitutionnel et institutions politiques* professés devant ses étudiants, forment ainsi les fondements du corpus étudié. Ils permettent

⁴⁴Carl Schmitt, cité par Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, 1994, p.50.

⁴⁵Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, réédité chez Dalloz, 2002, p. 112.

⁴⁶Georges Vedel, « Schengen et Maastricht (à propos de la décision n°91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *Revue française de droit constitutionnel*, n°8, 1992, p. 178.

de retracer l'arrière-plan conceptuel sur lequel Vedel entend développer sa doctrine, et seront ainsi particulièrement utilisés pour comprendre le logiciel théorique et épistémologique qui imprègne sa pensée. Nous avons ensuite privilégié l'étude de ses longs articles, restés fameux et ayant marqué la doctrine constitutionnaliste, qui développent certains points précis et permettent de retracer la manière dont Vedel pense la notion de constitution. Enfin, ses articles de politistes ont été étudiés dans une perspective visant à montrer que la pensée vedélienne ne pouvait se résumer à un normativisme étriqué car elle reste préoccupée par l'application effective du droit. En outre, ces textes politistes permettent de mettre en lumière un certain nombre de présupposés du Vedel juriste, en ce qu'ils servent de compléments à son analyse juridique. Ils permettent donc de bien comprendre quelles limites sont assignées par Vedel à l'analyse juridique et la perspective dans laquelle le juriste doit penser la notion de constitution. Enfin, la lecture d'articles à l'ambition plus restreinte comme les préfaces, les avant-propos ou encore les recensions d'ouvrages, est fructueuse car la pensée de Vedel y est plus spontanée et laisse parfois jaillir avec plus d'évidence les présupposés guidant sa démarche.

Tous ces éléments nous poussent à chercher chez Vedel la manière dont une pensée classiquement normativiste de la constitution s'articule avec un pragmatisme qui lui est propre. L'étude permettra ainsi de défricher une œuvre importante de la doctrine constitutionnelle française. Elle devra nous permettre de comprendre certaines des difficultés que rencontre la doctrine actuelle pour penser la notion de constitution, ainsi que les solutions mises en œuvre pour éviter ces difficultés. Enfin, il s'agira de s'intéresser à l'unité -ou à la diversité- de la pensée étudiée.

Le premier temps de notre étude sera donc consacré à explorer l'attachement de Vedel à des présupposés classiquement normativistes et à la notion formelle de constitution qui en ressort (chapitre 1). En un second temps nous chercherons à démontrer que le pragmatisme vedélien est le signe d'une conscience partiellement inavouée des limites de la conception formelle (chapitre 2).

I. UNE CONCEPTION FORMELLE DE LA NOTION CONSTITUTION TRIBUTAIRE DE PRÉSUPPOSÉS NORMATIVISTES.

Ce premier chapitre sera l'occasion de mettre en lumière une certaine orthodoxie de la pensée de Vedel. En effet, ce dernier représente bien une génération de publicistes avec laquelle il partage un certain nombre de présupposés. Son œuvre est ainsi dépendante d'une épistémologie s'inscrivant dans un paradigme normativiste dominant (section 1), ce qui ressurgit sur l'appréhension qu'il fait de la notion de constitution lorsqu'il consacre le primat de la notion formelle de la Constitution (section 2).

A. Une épistémologie s'inscrivant dans un paradigme normativiste dominant

Georges Vedel s'inscrit dans le cadre d'une « science » du droit constitutionnel appuyée sur un normativisme peu théorisé. Ainsi, il déploie un effort d'autonomisation du droit constitutionnel qui mène à la réduction d'une discipline (paragraphe 1) alors fondée sur une vulgate kelsenienne insuffisamment interrogée (paragraphe 2).

1. Une volonté d'autonomiser le droit constitutionnel aboutissant à une réduction de la discipline juridique

Le projet d'autonomisation de la discipline du droit constitutionnel passe par la définition d'un objet propre au droit permettant de spécifier l'approche juridique. Vedel s'inscrit à cet égard dans le paradigme normativiste lorsqu'il fait des normes écrites l'objet privilégié d'une discipline purement juridique (A). Cette optique normativiste n'apparaît toutefois pas contrairement à l'ensemble de la démarche de Vedel, la notion de droit n'étant jamais définie explicitement, rendant floue la délimitation d'une sphère qui serait proprement juridique (B).

a) Les normes écrites, objet privilégié d'une discipline purement juridique

L'ambition de dessiner une sphère propre au juriste en vue de délimiter un domaine juridique autonome est une constante dans l'œuvre de Georges Vedel. Si aucun écrit programmatique ne permet au doyen d'explicitement cette ambition, il est manifeste que cette dernière sert de fil rouge à la pensée d'un juriste soucieux d'éviter tout syncrétisme des approches.

De nombreuses formules permettent de témoigner de ce souci méthodologique, qui traverse l'ensemble de son œuvre, et qui vise en premier lieu à séparer le juridique du politique. Il distingue ainsi à de nombreux endroits les « données de droit constitutionnel » de la « pratique politique »⁴⁷ ; la « dimension du droit » de celle de la « pratique institutionnelle »⁴⁸ ; le « plan juridique » du « plan de la pratique politique »⁴⁹ ou encore le « droit » des « sentiments, des idées, des rites, des traditions, des inventions »⁵⁰. Cette volonté de juridiciser le discours constitutionnaliste apparaît dès ses premiers écrits, et passe par une véritable *summa diviso* entre le droit et le politique. Ce motif s'esquisse dès son *Manuel élémentaire de droit constitutionnel* de 1949 dans lequel apparaît une scission entre les « problèmes politiques » et les « problèmes juridiques »⁵¹ -l'auteur souligne ici les deux termes, témoignant ainsi de la nécessité de les différencier avec vigueur. Ainsi, Vedel postule une différence substantielle entre droit et politique, cette position étant considérée comme une prémisse nécessaire à l'établissement d'une discipline véritablement juridique et purifiée de tout corps étranger. Il hérite en cela d'une longue tradition aspirant à la *scientification* du droit constitutionnel. Ce projet remonte à « L'École "Gerber/Laband" » qui vise à autonomiser le droit par « la purification de la dogmatique

⁴⁷Georges Vedel, « Tunc (André) - Les Etats-Unis. Préface de Georges Burdeau. », *Revue française de science politique*, 10^e année, n°2, 1960. p. 441.

⁴⁸ Georges Vedel, « Préface », Guy Carcassonne et Marc Guillaume, *La Constitution*, Editions du Seuil, 2019, p. 12.

⁴⁹Georges Vedel, « Rapport général sur le problème des rapports du législatif et de l'exécutif présenté au Congrès de l'Association internationale de science politique », *Revue française de science politique*, 8^e année, n°4, 1958. p. 763.

⁵⁰Georges Vedel, « préface », *Histoire des idées et idées sur l'histoire. Etudes offertes à Jean-Jacques Chevallier*, Editions Cujas, 1977, p. VIII.

⁵¹Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, réédité chez Dalloz, 2002, p. 113.

de tous les éléments « méta-juridiques » que sont les considérations politiques, philosophiques et éthiques »⁵² et inspirera, puis sera dépassé, par la recherche de pureté de la science du droit kelsenienne⁵³. Cette volonté de construire une discipline du droit autonome procède d'une quête de scientification du savoir juridique : « le droit constitutionnel doit faire l'objet d'une construction véritablement *scientifique* »⁵⁴. Il s'agit de délimiter l'objet d'une science autonome en vue de construire une méthode qui lui sera propre. Chez Vedel, ce programme implique la nécessité de renier le penchant d'une partie de la doctrine dite classique pour un certain « syncrétisme méthodologique »⁵⁵. Cette méthode, dont l'oeuvre d'Hauriou serait un exemple paradigmatique, forme avec la « globalisation de l'objet » l'une des « deux attitudes traditionnelles chez ces juristes »⁵⁶. Il s'agit d'une « méthode impure si l'on veut, peut-être contradictoire »⁵⁷ dont « on peut contester la légitimité »⁵⁸. Ce syncrétisme est caractéristique des auteurs refusant de voir dans le phénomène juridique une « pure normativité »⁵⁹ et leur permet d'instaurer un « va-et-vient entre la *validité juridique et l'existence sociale* »⁶⁰ par le recours à des savoirs non-juridiques tels que la sociologie, la science politique ou encore la science administrative. A l'inverse, l'attention portée par Vedel à une exigence de pureté de la science juridique apparaît nettement dans cet article : la sphère purement juridique est celle de la normativité qui est fondée sur le critère de la « validité juridique »⁶¹ et nécessite donc un « point de vue normatif »⁶². Face à ce domaine proprement juridique existerait la sphère de « l'existence sociale » dont l'étude, elle, se ferait à partir d'un « point de vue « factuel » »⁶³. Le droit s'oppose donc au factuel, et la « technique

⁵²Olivier Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, PUF, 2005, p. 193.

⁵³Ce projet d'autonomisation de la science du droit est explicite chez Kelsen : « Dès les débuts de cette entreprise, j'ai eu ce but présent à l'esprit : élever la science du droit, la « jurisprudence », qui – de façon ouverte ou de façon dissimulée – se perdait presque complètement dans le raisonnement de politique juridique au niveau et rang d'une véritable science l'une d'entre les sciences morales. Il s'agissait pour cela de développer les tendances qui s'y rencontraient à poursuivre comme objectif uniquement la connaissance du droit, à l'exclusion de son information et de rapprocher les résultats de cette œuvre de connaissance de l'idéal de toute science, l'objectivité et l'exactitude ». Hans Kelsen, « Préface », *Théorie pure du droit*, Editions de la Baconnière, 1953, p. VII.)

⁵⁴Olivier Jouanjan, « Histoire de la science du droit constitutionnel », Michel Troper, Dominique Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 1, Dalloz, 2012, p. 88.

⁵⁵A propos de Maurice Hauriou, Georges Vedel, « La Pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence », Pédone, 1969, p. 91-109 (texte repris dans *Pages de doctrine I*, Paris, LGDJ, 1980, p. 43-58). Cette expression pourrait s'appliquer également à un Duguit qui « choisit de réunir droit et sociologie », Evelyne Pisier-Kouchner, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, LGDJ, 1972, p. 13.

⁵⁶*Ibid.*, p. 48

⁵⁷*Ibid.*, p. 49-50

⁵⁸*Ibid.*, p. 49

⁵⁹*Ibid.*, p. 48

⁶⁰*Ibid.*, p. 50

⁶¹*Ibid.*, p. 50

⁶²*Ibid.*, p. 43,

⁶³*Ibid.*, p. 43

juridique »⁶⁴ à des disciplines telles que « la science administrative, la sociologie judiciaire, la science politique »⁶⁵. L'indépendance de la science juridique est donc fondée sur la spécificité de son objet qui est restreint au normatif. Par ces constructions, se révèle une logique procédant par scissions : le normatif s'oppose au factuel ; le droit rompt avec le politique ; enfin, la science juridique s'autonomise par rapport aux autres sciences sociales.

La construction d'une science juridique indépendante passe ainsi par la prétention à dégager un objet d'étude qui lui serait spécifique. Si l'article écrit en 1968 précédemment abordé, semblait faire de la norme cet objet d'étude, la sémantique de Vedel n'est pas figée et le terme de *règle* est souvent utilisé de manière interchangeable avec celui de norme. Cela transparait clairement dans le *Manuel* de 1949 dans lequel Vedel use abondamment de ce terme. La règle est ainsi au coeur de la définition de Vedel du droit public qui doit s'entendre comme « l'ensemble des *règles de droit* qui concernent l'organisation et l'activité de l'État »⁶⁶, et de celle du droit constitutionnel qui renvoie à « l'ensemble des *règles* qui forment le statut juridique des gouvernants »⁶⁷ ou à « la science des *règles juridiques* suivant lesquelles s'établit, se transmet et s'exerce l'autorité politique »⁶⁸. Si, en tant que tel, le droit n'est jamais défini distinctement, la notion de *règle* semble bien être le point central autour duquel gravitent les définitions des différentes branches du droit. Pour le jeune Vedel, le droit semble donc prioritairement avoir à faire à des règles, et cette conviction traversera toute son œuvre. L'on retrouve un tel axiome dans toute sa nudité dans le *Cours de droit constitutionnel et Institutions politiques* où Vedel affirme clairement que « le droit constitutionnel a pour objet l'étude de règles de droit »⁶⁹, conviction qui sera réaffirmée à divers endroits⁷⁰.

Il reste que, rejoignant peut être le constat de Jean Dabin selon lequel il est « difficile de donner de la règle de droit une définition satisfaisante »⁷¹, Georges Vedel n'offre aucune définition théorique de ce que recouvre précisément cette notion. Là encore, il convient donc de rassembler ce qui est éparé pour essayer d'en restituer les critères tacites. La règle de droit semble d'abord être une règle *écrite*. Cela se déduit de phrases telles que : « on désigne par là, le droit qui étudie ces règles essentielles à la vie de l'État, et qui par voie de conséquences sont *inscrites* en général, mais non pas toujours dans un acte de forme spéciale, la Constitution »⁷². Si les « règles essentielles » dont il est question peuvent être réunies ou non dans le texte nommé constitution, il semble être de leur nature d'être *inscrites* dans

⁶⁴ *Ibid.*, p. 49

⁶⁵ *Ibid.*, p. 49

⁶⁶ Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, réédité chez Dalloz, 2002, p. 3. (nous soulignons)

⁶⁷ *Ibid.*, p. 4. (nous soulignons)

⁶⁸ *Ibid.* (nous soulignons)

⁶⁹ Georges Vedel, *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques 1957-1958*, p. 11.

⁷⁰ En témoigne cette préface où jaillit cette formule explicite : « la règle de droit [est l']objet des disciplines juridiques », Georges Vedel, « Préface », *Histoire des idées et idées sur l'histoire. Etudes offertes à Jean-Jacques Chevallier*, Editions Cujas, 1977, p. VIII.

⁷¹ Jean Dabin, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 3e édition, 1969, p. 17.

⁷² Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, réédité chez Dalloz, 2002, p. 113. (nous soulignons).

un *document* (qu'il soit le document nommé constitution ou non), de sorte qu'une règle juridique est avant tout une règle *écrite*. Ce caractère écrit de la règle juridique se manifeste nettement dans la réfutation par Vedel de l'existence d'une coutume qui serait source d'un droit constitutionnel de même nature que celui émanant de la constitution écrite :

Il semble que dans cette thèse encore, il y ait une équivoque. Veut-on dire que, en fait, la vie est plus forte que les textes et que certaines nécessités politiques conduisent à tolérer des « égratignures » sinon des atteintes à la Constitution ? On en tombera d'accord aisément, mais ce n'est pas une constatation juridique. Veut-on dire au contraire, en pesant les mots, qu'une pratique inconstitutionnelle finit, si elle se répète suffisamment longtemps, par modifier la Constitution ? En ce cas, l'affirmation pour être cohérente doit aller jusqu'à ses conséquences logiques : à savoir que toute Constitution écrite et même tout système de droit écrit ne vaut que comme formulation de règles coutumières sous-jacentes et perd sa valeur dès lors qu'il est en désaccord avec les transformations de celles-ci⁷³.

En refusant toute existence à la création de règles juridiques par la coutume, Vedel admet que les règles juridiques ne présentent qu'un seul mode d'existence : l'écrit⁷⁴. C'est bien sur le fondement de cette spécification de la règle par l'écrit que Vedel pourra par exemple soutenir que « le droit constitutionnel est en France un droit écrit »⁷⁵.

Le deuxième caractère implicite que présente la règle juridique selon Vedel est son caractère *contraignant*. Cela ressort dans un passage où Vedel affirme que le préambule de la Constitution de 1946 a acquis un « caractère de véritable règle de droit ». En effet, il en déduit d'une part qu'il doit maintenant exister la possibilité d'opposer « la question préalable à toute proposition de loi dont le contenu violerait les dispositions du préambule ». D'autre part, le juge des actes administratifs doit « se refuser à reconnaître comme réguliers les règles ou décisions violant les droits garantis par le Préambule »⁷⁶. Cette caractéristique est importante car elle pousse notamment à ne conférer la qualité de règle juridique qu'aux seuls textes présentant un degré suffisant de *précision* permettant que soit exercée une réelle contrainte. Vedel refuse ainsi de reconnaître une valeur juridique aux « parties du Préambule qui, à raison de leur imprécision, ne peuvent être ramenées à des prescriptions assez rigoureuses pour être de véritables règles de droit »⁷⁷. Ce terme de « prescription » est intéressant car il témoigne du fait que la pensée de Vedel n'a pas encore intégré l'ensemble des apports du normativisme kelsenien. En effet, la prescription renvoie à l'idée d'émission d'un ordre, d'un commandement exprès imposant de tenir une conduite déterminée, à une obligation de faire ou de ne pas faire. Cela apparaît plus clairement dans son *Cours* où il affirme explicitement que

⁷³ *Ibid.*, p. 121.

⁷⁴ Cette affirmation vaut dans le cas d'un « système de droit écrit comme celui caractérisant le droit français, il reconnaît la possibilité de « constitutions coutumières » en prenant le modèle anglais. C'est la constatation de coexistence de la coutume avec des règles écrites dans un système de droit écrit qui lui semble intenable.

⁷⁵ Georges Vedel, « Préface », Guillaume Drago, Bastien François, Nicolas Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, p. XIII.

⁷⁶ Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, réédité chez Dalloz, 2002, p. 326-327.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 326.

« lorsqu'on se trouve en présence d'énonciations qui ne sont pas à l'évidence des règles juridiques, c'est-à-dire qui ne sont pas susceptibles de se traduire en règles de conduite imposant un comportement déterminé »⁷⁸. Or, Paul Amselek montre que le grand apport de Kelsen est d'avoir donné de manière décisive une place cruciale à l'idée de « norme », cette dernière se distinguant de celle de règle : « alors que le terme « règle » dénotait surtout l'idée d'« obligatoire » ou de « contraignant », le mot norme renvoie, lui, avec plus d'évidence à l'idée de « mesure » ou d'« étalon » »⁷⁹. Cette notion de norme comprise comme « mesure » ou « étalon » permet d'englober une diversité de significations que le terme traditionnel de règle, plus restreint, ne recouvrait pas. Comme le note Eric Millard, l'une des fonctions assignées à l'usage de ce terme est « de mobiliser un concept plus général que les concepts classiquement utilisés jusqu'alors comme celui de règle »⁸⁰. Le terme de norme est, depuis Kelsen, utilisé pour désigner un « concept plus général que celui de « règle » ou de « loi », couvrant toutes les variétés d'« obligations, de permissions ou d'interdictions, quel que soit le domaine (droit, morale, etc.) et quel que soit le degré de généralité ou de particularité, d'abstraction ou de concrétisation »⁸¹. Il permet ainsi de penser « une variété possible de contenus »⁸² comme « une permission, une habilitation, une interdiction, une obligation etc. »⁸³. Plus fondamentalement, en permettant de penser le droit par le prisme de la mesure ou de l'étalon, le concept de norme laisse la possibilité d'y inclure des énoncés à la signification plus indéterminée. C'est bien cette démarche que reprend par exemple un auteur comme Dworkin, cette terminologie lui permettant de distinguer, au sein de l'ensemble « normes », les sous-ensembles relatifs aux règles et aux principes⁸⁴. Il apparaît donc que l'attachement de Vedel au terme de règle ne lui permet pas pleinement de « rompre avec les habitudes de pensée liées à l'ancienne terminologie »⁸⁵ comme en témoigne son refus de considérer certaines parties du préambule comme étant de « véritables règles de droit ». Ainsi, lorsqu'il affirme que « la formule selon laquelle la nation garantit à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement est *trop vague* pour qu'on puisse en déduire une

⁷⁸Georges Vedel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Licence 1ere année, Les cours de droit, 1960-1961, p. 785. L'on retrouve cette idée exprimée clairement tout au long de son oeuvre : « une proposition ne constitue une règle de droit que si elle prescrit positivement ou négativement à ses destinataires une certaine conduite », Georges Vedel, « *La place de la Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité »* », Conseil constitutionnel (dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989, p. 55.

⁷⁹Paul Amselek, « Le regard critique de Paul Amselek sur l'oeuvre de Kelsen. Dialogue avec Alexandre Viala », *Revue de Droit Public*, 2021, n°1, p. 9.

⁸⁰Eric Millard. « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Conseil constitutionnel, 2006, pp.59-62., halshs-00126527, p. 2.

⁸¹Otto Pfersmann, « Norme », D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1079.

⁸²Eric Millard, *op. cit.*, p. 5.

⁸³*Ibid.*

⁸⁴Là où la règle de droit valide « oblige à faire ou à s'abstenir de faire quelque chose » le principe est lui utilisé « pour désigner toute la gamme des standards autres que les règles », Ronald Dworkin, « Le positivisme », *Droit et société*, n°1, 1985, p. 31-51.

⁸⁵Paul Amselek, « Le regard critique de Paul Amselek sur l'oeuvre de Kelsen. Dialogue avec Alexandre Viala », *Revue de Droit Public*, 2021, n°1, p. 10.

norme juridique véritable »⁸⁶, il est manifeste qu'il ne tire pas profit de la réelle plasticité que la notion de norme apporte, restant enfermé dans la rigidité que charrient avec elles les anciennes représentations induites par la notion de règle. De plus, on voit bien que les termes de normes et de règles ne sont ici pas distingués par l'auteur, qui les utilise sans réellement clarifier leurs significations respectives : le terme de norme se substitue au terme de règle préalablement utilisé, sans que l'on soit en mesure de tirer de cette modification sémantique une réelle nouveauté.

La pensée de Vedel, s'attachant à la vieille notion de règle de droit écrite, apparaît alors construire un objet proprement juridique très restreint. Par ricochet, la sphère proprement juridique est également largement limitée dès lors qu'elle se consacrerait avant tout à l'étude de cet objet ainsi défini.

En enserrant le point de vue juridique dans l'analyse des règles écrites, contraignantes et précises, la tâche qui échoit au juriste apparaît certes circonscrite, conformément au vœu d'ériger une science autonome, mais également restreinte, voire appauvrie (A). Cependant cet appauvrissement est contrebalancé par le fait que la définition du droit et de ce qui relève du juridique n'est jamais cristallisée, permettant ainsi au juriste de tenir des propos de diverses natures (B).

b) Une incertaine définition du droit et la discipline du droit constitutionnel

Si l'on a ainsi clarifié ce qui constitue l'objet de la discipline juridique selon Vedel, il est plus difficile d'énoncer clairement ce qui tiendrait lieu d'une définition du droit et de la discipline juridique. Là encore, le *Manuel élémentaire* pêche par manque de précision et laisse dans la pénombre un certain nombre de points dont la formulation claire serait essentielle pour porter un projet scientifique explicitant sa méthode et ses fondements. La majeure partie des écrits de Vedel baigneront dans cette indétermination, ce qui permettra au doyen de s'essayer à diverses approches du droit, mais ce qui fera obstacle à la formulation de d'une définition claire de ce que sont le droit et la discipline du droit constitutionnel.

Les définitions que l'on trouve dans le *Manuel* sont succinctes et s'apparentent plus à la reprise de formules toutes trouvées qu'au fruit d'un labeur conceptuel visant à élaborer un projet épistémologique engageant. Comme dit précédemment, le droit constitutionnel fait l'objet d'une rapide définition par Vedel : « le droit constitutionnel est constitué par l'ensemble des règles qui forment le statut juridique des gouvernants »⁸⁷ ; celle-ci étant complétée par une définition proposée par M. Prélot qui définit le droit constitutionnel comme « la science des règles juridiques suivant lesquelles s'établit, se transmet et s'exerce l'autorité politique »⁸⁸. Il n'est pas anodin de noter que ces définitions ne sont pas seulement formelles, mais sont avant tout matérielles : le droit constitutionnel aurait à voir avec les « gouvernants » et la manière dont « s'établit, se transmet et s'exerce l'autorité politique ». De telles définitions sont intéressantes car elles ne sont pas construites

⁸⁶Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, réédité chez Dalloz, 2002, p. 326. (nous soulignons)

⁸⁷Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, réédité chez Dalloz, 2002, p. 4.

⁸⁸ *Ibid.*

autour de la notion de constitution mais autour de la matière propre au droit constitutionnel, ce qui témoigne d'une certaine méfiance vis-à-vis de la définition du droit constitutionnel comme seul droit de la constitution.

Cependant, une lacune essentielle dans cette construction conceptuelle apparaît lorsque l'on confronte la définition élaborée par Vedel et celle qu'il se contente de reprendre de Prélôt. Il semble en effet que pour Vedel, ces deux définitions portent sur un seul et même objet : le *droit constitutionnel*. Or, la définition de Prélôt est celle du droit constitutionnel comme « science des règles juridiques » alors que celle de Vedel définit le droit constitutionnel directement comme « ensemble des règles ». L'on se trouve alors face à des définitions bien différentes : celle de Prélôt porte sur une *discipline étudiant un phénomène déterminé* (ici les règles suivant lesquelles s'établit, se transmet et s'exerce l'autorité politique) alors que celle de Vedel porte sur le *phénomène* lui-même (le statut juridique des gouvernants). L'expression « droit constitutionnel » est en effet polysémique : elle renvoie à la fois à une discipline étudiant un certain objet juridique (définition de Marcel Prélôt) et à cet objet juridique lui-même (définition de Georges Vedel). Or, Vedel ne s'attarde pas sur cette différence, comme en témoigne son *Cours de droit constitutionnel et institutions politiques* de 1961 où il paraphrase la définition de Prélôt en l'altérant : « Une autre formule proposée par M. Prélôt, définit le droit constitutionnel comme l'ensemble des règles de droit selon lesquelles s'acquiert, s'exerce et se transforme l'autorité politique »⁸⁹. L'on constate alors la disparition du terme de *science* qui était central dans la définition de Prélôt : la science et l'objet de la science se confondent entièrement dans la pensée de Vedel. En ne distinguant pas ces deux sens de l'expression droit constitutionnel, Vedel s'empêche de penser réellement la construction épistémologique qui doit prélude à la pratique du droit constitutionnel entendue comme discipline juridique. Il opère selon la croyance selon laquelle une fois l'objet juridique dégagé (les règles juridiques) la discipline étudiant cet objet se dégagerait d'elle-même et n'aurait pas à être construite. La définition de la discipline étudiant un objet se déduit directement de la définition de cet objet. L'impensé dont atteste l'équivalence établie entre deux définitions est précisément l'articulation entre l'objet étudié et la méthode d'étude de cet objet. Or, la construction d'une discipline scientifique ne s'épuise pas une fois l'objet dégagé et délimité. Cette étape n'est au contraire que le prologue d'une réflexion épistémologique. Les problèmes surgissent dès lors que l'on s'interroge sur les méthodes adéquates devant permettre d'étudier cet objet, sur la teneur du *discours* que l'on entend porter sur cet objet. Un même objet est en effet susceptible de donner lieu à une variété infinie de discours, de sorte qu'il est indispensable de spécifier quel type de discours l'on désire porter à son égard, c'est-à-dire quel projet vise la construction d'une discipline se proposant de l'étudier. Enfin, une fois l'ambition conscientisée, se pose la question des *méthodes* pertinentes permettant de réaliser de manière satisfaisante cette ambition. La caractérisation de l'objet étudié n'est ainsi qu'une étape d'une construction comprenant également des réflexions sur la nature du discours que l'on souhaite tenir sur cet objet, c'est-à-dire la spécification d'une certaine *ambition scientifique*, ainsi que des *méthodes* à même de concrétiser cette ambition⁹⁰.

⁸⁹Georges Vedel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Licence 1ère année, Les cours de droit, 1960-1961, p. 8.

⁹⁰Ce sont ces trois étapes que l'on estime retrouver par exemple dans la construction par Weber de la discipline sociologique : les sciences sociales visent à étudier la signification culturelle de

La méthode de Vedel pâtit de cette trop grande centralité laissée au seul *objet* de la discipline, objet qui est de plus restreint aux seules règles écrites et contraignantes. Alors même que la définition matérielle du droit constitutionnel pouvait laisser présager une ouverture vers une conception « classique » ou « politique » de la discipline, la centralité de l'objet, de la « règle de droit » plonge la pensée vedélienne dans l'orbite de la « conception normative » de la constitution⁹¹. Il apparaît en effet que la discipline du droit constitutionnel se définit avant tout par « l'étude des textes et de la jurisprudence » qui sont selon Vedel, les « méthodes juridiques les plus caractéristiques »⁹². Cette conclusion s'impose en effet si l'on considère que la règle de droit écrite et contraignante est l'objet juridique par excellence et que le droit, se distinguant de la politique, gît entièrement dans les textes, de sorte que son application serait une affaire politique et non juridique. Sensible aux seules règles écrites, le travail du juriste serait alors réduit à un pur travail d'exégèse et de clarification des textes. Une telle vision de la discipline juridique ne peut qu'entraîner le constat de sa pauvreté, de sorte que l'avertissement de Duguit continue de résonner : « Si le rôle du professeur de droit devait se borner à commenter les lois positives, il ne vaudrait pas une minute d'effort et de travail. La mission des facultés de droit va encore plus loin »⁹³. Or, Vedel est éminemment conscient de l'indigence d'une pratique réduite à une plate exégèse de textes. En effet, sa propre production ne se borne pas à un commentaire des règles écrites, à leur classification et à leur explicitation. De sorte que, malgré un objet bien identifié, l'on peine à savoir quelle doit être selon lui l'activité du juriste-savant, quelle matérialité doit recouvrir la discipline constitutionnelle.

Cette obscurité est présente dans le *Manuel* de 1949 dans lequel Vedel est loin de se confiner à la seule analyse des textes écrits. L'une des originalités de ce manuel tient en effet à l'ancrage de tous les développements traditionnels de droit constitutionnel dans la problématique générale liée à l'idée de démocratie. Prolongeant les réflexions qu'il tenait dans un article de 1946⁹⁴, Vedel y étudie longuement cette notion, à partir de la distinction entre la « démocratie classique » et la « démocratie marxiste ». La première partie de l'ouvrage permet donc de mettre en perspective les problématiques traditionnelles de droit constitutionnel autour de cet antagonisme existant au sein même de l'idée de démocratie. Les recensions de l'époque ne s'y trompent pas et voient bien que c'est cet horizon supérieur qui «

la structure économique et sociale et d'établir ses évolutions historiques (objet), elles doivent se départir du projet d'établir des lois générales et se contenter de saisir des causalités concrètes entre un phénomène et une cause (ambition), la notion d'idéal-type doit alors permettre de faire le lien entre une causalité historique et un fait singulier (méthode). Max Weber, « l'objectivité de la connaissance dans les sciences et la politique sociales », *Essais sur la théorie de la science (1904-1917)*, Editions Plon, 1965.

⁹¹ « De façon très majoritaire, sinon hégémonique, la doctrine française présente, actuellement, la Constitution comme une norme (ou un ensemble de normes juridiques) dont la qualité serait d'être suprême(s) ». Olivier Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », Denis Alland, Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 2003, p. 258.

⁹² Georges Vedel, « Tunc (André), Tunc (Suzanne) - Le Système constitutionnel des Etats-Unis d'Amérique. II, Le Système constitutionnel actuel », *Revue française de science politique*, 5^e année, n°1, 1955, p. 180.

⁹³ Léon Duguit, *Leçons de droit public général*, Paris, Editions de Boccard, 1926, p. 27.

⁹⁴ Georges Vedel, « Existe-t-il deux conceptions de la démocratie ? », *Études*, janvier 1946, p. 5-33.

donne à l'oeuvre son unité »⁹⁵ et qui révèle le « grand mérite de l'auteur »⁹⁶. De longs passages sont réservés aux sources historiques et au développement dans le temps de ces conceptions de la démocratie. Si ces vues là ne semblent guère prétendre à être considérées comme juridiques, il est notable qu'un auteur attaché à la centralité des *règles* dans l'analyse juridique laisse une si large place à de telles considérations. Bien plus, les notions classiques telles que l'État, la constitution, la séparation des pouvoirs, le bicaméralisme ou les droits individuels sont étudiés en les frottant à cette notion de démocratie. Il en ressort que l'étude juridique ne semble pas pouvoir faire l'économie d'un certain conceptualisme, d'une dimension idéologique et politique si elle entend conserver toute sa sève et prétendre exercer un réel intérêt intellectuel. L'étude du droit constitutionnel nécessite ainsi d'adopter une certaine optique, un point de vue privilégié sur la règle juridique, permettant de porter à son propos un discours fécond. Dès lors, le discours juridique ne se limite pas à un discours purement technicien, à ce « pur travail de manœuvre »⁹⁷ que décriait Duguit. En l'espèce, la problématisation de de l'objet juridique est trouvée dans la notion de démocratie classique. L'étude du droit constitutionnel doit alors permettre de saisir, au-delà des règles isolées et techniques, la manière dont le droit garantit la liberté politique. En effet, ces règles voient leur logique orientées vers un « idéal démocratique classique » qui « suppose à la fois une direction de l'Etat par la volonté du plus grand nombre, mais aussi un certain nombre d'écrans, de filtres, entre cette volonté et sa réalisation pour protéger la liberté de chacun »⁹⁸. L'on peut ainsi considérer que c'est une :

Théorie Générale à deux têtes » qui est élaborée au sein du manuel de Georges Vedel. Non seulement elle permet à Georges Vedel de déterminer la signification de la démocratie (d'essayer d'identifier « la "vraie" conception de la démocratie »), mais elle lui permet également d'interroger par déduction, l'acceptation de la démocratie en vigueur dans le droit positif de la IV^e République⁹⁹.

En cela, Vedel reste l'héritier de toute une tradition doctrinale française qui ne considère l'étude du droit constitutionnel classique pertinente que si elle entretient un lien avec l'idée de liberté¹⁰⁰. Il apparaît alors que l'étude du droit dépasse largement l'objet que s'était donné Vedel, ou plus précisément que le discours relatif à la règle de droit ne peut être fructueux s'il s'isole, s'il se spécialise et s'il coupe l'objet étudié de toute préoccupation autre que technicienne.

⁹⁵Recension, Georges Vedel. - Manuel élémentaire de Droit Constitutionnel, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 1, n°3, 1949, p. 390-391

⁹⁶André Mathiot, « Le « Manuel élémentaire de droit constitutionnel » de Georges Vedel », *Revue française de science politique*, n°1, 1951, p. 216.

⁹⁷Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e édition, tome I, Editions de Boccard, 1930, p. 175.

⁹⁸G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, 1949, Paris, Dalloz, 2002, p. 186.

⁹⁹Julien Lainé, *Empirisme et conceptualisme en droit constitutionnel*, Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2011, p. 168.

¹⁰⁰On peut penser à Adhémar Esmein qui prend la liberté comme fondement du droit constitutionnel, « L'État garant de la liberté individuelle, c'est tout l'objet de la démonstration d'Esmein », Antoine Chopplet, *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, Mare & Martin, 2016 ou encore à Hauriou dont le second chapitre du *Précis* s'intéresse à « la liberté politique moderne », M. Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1930.

Cela étant, il n'est plus permis de définir le droit constitutionnel par la seule règle de droit, et la définition de la discipline juridique constitutionnelle demeure introuvable et bien mystérieuse. Le mystère ne cesse d'ailleurs de s'épaissir lorsque l'on prend note que Vedel range lui-même des considérations bien hétéroclites sous l'adjectif « juridique ». Il est saisissant de remarquer que le « schéma » distinguant classiquement le régime parlementaire du régime présidentiel est considéré comme « purement juridique »¹⁰¹. Or, ce sont des « schémas [qui ont été] dessinés par les auteurs du XIX^e siècle »¹⁰², et qui ne sont pas posés par les règles juridiques elles-mêmes, mais qui sont bien plutôt des constructions doctrinales reposant sur des concepts hérités de l'histoire des idées politiques¹⁰³. Comme le note Alexandre Viala, « le régime parlementaire n'existe pas comme phénomène [...] c'est une construction intellectuelle, un concept *a posteriori* que fabrique notre constitutionnaliste savant. [...] Aucune Constitution dans le monde n'énonce qu'elle est « la Constitution d'un régime parlementaire ». Cette terminologie ne se trouve que dans les écrits du constitutionnaliste »¹⁰⁴. Il est donc manifeste que ce « plan juridique » visé par Vedel ne peut être borné aux règles textuelles et ne se réduit donc pas à l'objet conférant le critère de juridicité à la discipline constitutionnelle. Le plan juridique englobe ici une dimension qui n'est pas définie par le doyen et qui fragilise la construction d'une discipline qui ne ferait qu'une avec l'objet étudié, d'une discipline constitutionnelle qui se bornerait à la pure étude des règles juridiques écrites. A partir de là, il est alors bien difficile de déterminer avec précision ce qui relève précisément, pour Vedel, de la discipline juridique.

Orpheline d'un cadre méthodologique clairement explicité, la démarche épistémologique de Vedel achoppe sur la question de la définition positive du droit et de l'art juridique. Il n'est dès lors guère étonnant de noter que cette définition est purement apophatique et ne permet donc pas de dégager une image claire, délimitée et stable de ce que est le droit et la discipline juridique. La définition du droit ne trouve une consistance que dans les oppositions, qui ont déjà été mises en valeur, du droit avec la politique, avec son application effective et avec la réalité sociale. A l'inverse d'un film négatif, il n'est pas possible d'invertir la photographie ainsi captée pour passer de l'ombre à la lumière par un subtil procédé d'inversion. Nulle image claire et lumineuse ne se laisse déduire des zones d'ombres marquées par les champs que doit délaissier la discipline juridique : la définition de cette dernière reste vague et vaporeuse.

Vedel entend ainsi construire une discipline constitutionnelle autonome et contribue alors à réduire le champ de cette discipline (paragraphe 1). Cette réduction s'explique par le logiciel normativiste qui détermine le projet vedélien. Il convient alors de s'interroger sur les fondements épistémologiques dirigeant les écrits du

¹⁰¹Georges Vedel, « Rapport général sur le problème des rapports du législatif et de l'exécutif présenté au Congrès de l'Association internationale de science politique », *Revue française de science politique*, n°4, 1958, p. 762.

¹⁰²*Ibid.*, p. 761.

¹⁰³Dans son cours de 1961, Vedel reconnaît fait remonter ce schéma à Montesquieu et Locke. Georges Vedel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Licence 1^{ère} année, Les cours de droit, 1960-1961, p. 662.

¹⁰⁴Alexandre Viala, « Le regard critique de Paul Amssek sur l'œuvre de Kelsen. Dialogue avec Alexandre Viala », *Revue de Droit Public*, 2021, n°1, p. 23.

doyen. La recherche de ces fondements nous mène alors à dévoiler une construction fondée sur une vulgate kelsenienne insuffisamment interrogée (paragraphe 2).

2. Une construction fondée sur une vulgate kelsenienne insuffisamment interrogée

La diffusion des conceptions kelseniennes dans le champ juridique français fut rapide et importante. Si l'on conçoit bien les avantages d'une telle reprise par la doctrine française -l'impressionnant édifice kelsenien apportant cohérence et légitimité scientifique à qui s'en réclame-, la reprise des thématiques kelseniennes manque parfois de réflexivité, les juristes français reprenant alors une vulgate trop peu interrogée. L'œuvre de Vedel témoigne à certains endroits de ce phénomène. Nous nous focaliserons successivement sur la reprise du paradigme d'une science juridique descriptive et positiviste (A) puis sur l'intenable attachement à la radicale césure épistémologique être/devoir-être (B).

a) La reprise du paradigme d'une science juridique descriptive et positiviste

Si la pensée de Vedel ne s'embarrasse guère à reformuler explicitement les contours de l'assise théorique portant son discours, c'est probablement car elle croit trouver chez Kelsen son ossature épistémologique. L'apport de Kelsen est décisif et marque une nouvelle manière d'envisager le droit par l'apport d'un renouvellement méthodologique qui signe le début d'une nouvelle ère de la discipline juridique. C'est bien un changement de paradigme, une révolution scientifique que Vedel semble mettre au crédit du juriste autrichien dans son « Eloge de Hans Kelsen »¹⁰⁵. Payant tribut au théoricien du droit, il reconnaît d'abord sa « dette de reconnaissance »¹⁰⁶ avant de décrire l'ampleur des bouleversements que Kelsen apporta à discipline juridique.

Voici une quarantaine d'années, commencèrent à se répandre en Europe ces vues sur la science juridique, qu'avaient déjà préfigurées avant la Grande Guerre la thèse d'agrégation de Hans Kelsen, et qui trouvaient une formulation déjà classique dans l'*Allgemeine Staatslehre*, les juristes remirent en question l'idée même qu'ils se faisaient de leur science. Voici que, distinguant le monde du Sein et celui du Sollen, la sociologie des sciences normatives, puis le droit de la morale et la politique, nous étions invités à mettre à la base de nos travaux une théorie et une méthodologie cohérentes, dont les bases étaient empruntées à Kant, rajeuni par l'apport phénoménologique.¹⁰⁷»

« [...] Les idées de Hans Kelsen ont été passionnément discutées, souvent contestées, plus souvent encore mal comprises. Mais, après lui, on ne pourra plus écrire et parler du droit sans ressentir l'emprise de sa pensée¹⁰⁸.

Dans son éloge, Vedel accorde à Kelsen le crédit d'avoir clarifié quelle devait être l'ambition scientifique de la science du droit, et par là-même, à quelle tâche le juriste devrait s'astreindre :

¹⁰⁵Georges Vedel, « Eloge de Hans Kelsen », Carlos Miguel Herrera (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, LGDJ, 2001, p. 3-4.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 3.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 4.

La science du droit a pour objet propre la connaissance d'un ou plusieurs ordres juridiques positifs. L'ordre juridique est un système de normes spécifiques, c'est-à-dire la réglementation de la conduite des êtres humains, suivant une certaine technique, celle de l'institution d'éventuelles sanctions sociales comportant avant tout l'emploi de la contrainte. Connaître ces normes comme telles, les élaborer et les systématiser scientifiquement est la tâche propre du juriste¹⁰⁹.

A la lecture de ces phrases, il apparaît qu'en adhérant aux conceptions héritées de Kelsen, Vedel s'inscrit dans un projet juridique *scientifique* se caractérisant par sa visée *descriptive*, l'objet de cette description étant la connaissance de ces normes et leur systématisation. Vedel s'inscrit ainsi clairement dans une vision *positiviste* du droit.

Le positivisme qui irrigue l'ensemble des disciplines à partir du XIX^e siècle¹¹⁰ est indissolublement lié à la volonté d'accorder l'ensemble des champs intellectuels au modèle des sciences de la nature. Il témoigne d'un esprit *scientiste* qui considère qu'un discours vrai ne peut être atteint dans les limites de la raison que par la construction de méthodologies inspirés par ces sciences¹¹¹. Ainsi, les différents courants positivistes ont pour point commun de penser l'objet de leur étude comme « extérieur à son examinateur »¹¹², ce dernier ayant alors pour tâche de tenter de le « décrire ou de l'expliquer, objectivement, à partir d'une observation »¹¹³. Concernant les disciplines juridiques, une approche positiviste implique alors de distinguer le *droit* de la *science du droit*¹¹⁴. Cette « distinction, [formant] l'un des éléments de la conception positiviste de la science du droit »¹¹⁵ est centrale chez Kelsen, et Vedel adhère ici à ce schéma en reprenant l'expression de « science du droit ». Kelsen se rattache en effet aux options positivistes lorsqu'il cherche à construire une science du droit descriptive, et qu'il affirme ainsi que la théorie du droit doit se contenter de dire « ce qu'est le droit et comment il est »¹¹⁶. Cette fondation de la science du droit comme science descriptive doit permettre d'éviter deux écueils

¹⁰⁹Georges Vedel, « Eloge de Hans Kelsen », Carlos Miguel Herrera (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, LGDJ, 2001, p. 3.

¹¹⁰Durkheim en sociologie, Taine et Renan en histoire, Comte en philosophie pour ne prendre que les exemples français les plus connus.

¹¹¹Le trait épistémologique de ces sciences de la nature qui intéresse particulièrement le positivisme est leur *empirisme*.

¹¹²Eric Maulin, « Positivisme », D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 1171. Cette ambition du positivisme est par exemple très visible chez Auguste Comte qui « insistait sur la nécessité de faire des observations, directes ou indirectes, des faits concrets et réels, pour ensuite se servir de ces faits afin de créer des lois scientifiques qui expliquent comment opèrent les phénomènes, et non pourquoi. » Mary Pickering, « Le positivisme philosophique : Auguste Comte », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Université Saint-Louis, 2011, n° 67, p. 58.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴Comme le note Michel van de Kerchove, « la volonté d'élever la théorie du droit au rang d'une « véritable science » a toujours été le principal souci de Kelsen, et l'un de ses points de rupture essentiels d'avec la théorie traditionnelle », Michel van de Kerchove, « L'influence de Kelsen sur les théories du droit dans l'Europe francophone », dans *Théorie pure du droit*, Hans Kelsen, Editions de la Baconnière, 1988, p. 231.

¹¹⁵M. Troper, *La philosophie du droit*, PUF, 2015, p. 27.

¹¹⁶Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduction Eisenmann, Dalloz, 1962, p. VII.

épistémiques identifiés par Vedel. Il s'agit d'une part de distinguer « la sociologie des sciences normatives » et d'autre part « le droit de la morale et la politique ».

La distinction du droit de la sociologie se trouve être un combat essentiel de Kelsen qui entend bien fonder un positivisme *juridique*, distinct de tout positivisme sociologique. Ce tropisme sociologique, qui se revendique également du positivisme, considère « que seule l'étude expérimentale de la réalité sociale permettrait de dégager le vrai droit effectivement et spontanément à l'œuvre derrière les phénomènes sociaux observés »¹¹⁷. Une telle doctrine, qui imprègne largement la doctrine française de l'entre-deux-siècles¹¹⁸, considère le droit comme un *fait*, de sorte que le monde observé par le juriste serait celui de la réalité sociale d'où émergerait le droit. Kelsen, lui, est soucieux de délimiter un objet d'observation spécifique à la science juridique car « un discours juridique ne peut être tenu que sur un objet juridique »¹¹⁹. Dès lors, il refuse les conceptions tenant le droit pour un fait et indique que « la science du droit devra décrire non ce qui est, mais ce qui doit être », précisant que ce devoir-être est « objectif, indépendant de la volonté et des préférences de celui qui procède à la description. C'est ce qui doit être selon le droit »¹²⁰. La science du droit est donc une science descriptive dont les propositions de droit portent sur du devoir-être. Sur ce point, la pensée de Vedel présente quelques faiblesses dans sa réception de la doctrine kelsenienne. Il affirme en effet que :

L'on retrouve ici la distinction entre les disciplines normatives et les disciplines descriptives. Le droit constitutionnel a pour objet essentiel l'étude de normes, en l'espèce des règles de droit, et son langage normal est l'impératif : voici comment il faut agir. La science politique a pour objet l'étude de faits, son mode normal c'est l'indicatif : ceci est ou ceci n'est pas¹²¹.

Ici, le doyen ne semble pas voir que « la science du droit est à la fois descriptive et normative : descriptive au sens où elle ne prescrit pas ; normative au sens où ce qu'elle décrit n'est pas constitué de faits, mais de normes »¹²². Cette confusion, qui est contraire à sa démarche qui est en pratique bien *descriptive* et non *normative* est due selon nous à cette confusion entre l'objet étudié et à la science l'étudiant que nous avons déjà relevé : l'objet est bien un objet *normatif*, appartenant au monde du devoir-être, mais la science juridique est elle *descriptive*, elle décrit ce que les normes prescrivent mais ne peut indiquer directement « comment il faut agir » sans se référer à ces dernières.

¹¹⁷Paul Amsselek, « Propos introductif », in *Théorie du droit et science*, P. Amsselek (dir.), PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 9.

¹¹⁸Par exemple, pour Duguit, « la règle juridique (repose sur le fondement de la structure sociale », Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Editions de Boccard, p. 18. Outre Duguit qui en est le tenant le plus représentatif au sein de la doctrine publiciste, des auteurs comme Gény ou Gurvitch s'y apparentent dans d'autres branches du droit.

¹¹⁹Xavier Magnon, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexion et tentative de reconstruction », *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 237. (vérifier)

¹²⁰Troper, *La philosophie du droit*, PUF, 2015, p. 37.

¹²¹Georges Vedel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Licence 1ere année, Les cours de droit, 1960-1961, p. 11.

¹²²Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, LGDJ, 1998, p. 186.

Malgré cela, Vedel s'inscrit bien dans la démarche kelsenienne descriptive et il reconnaît ainsi au maître autrichien d'avoir redonné à l'objet du droit son « unité », ce dernier étant limité aux seules *normes*, permettant alors distinguer fermement la science juridique des méthodes historiques et sociologiques. Ceci était chose nécessaire pour Vedel « car [elles] risquaient, à force d'usage, de dissoudre la connaissance juridique dans un vaste folklore »¹²³.

A partir de cette perspective kelsenienne, les soubassements de la démarche de Vedel apparaissent plus clairement. On comprend mieux son opiniâtreté à tracer une sphère purement juridique distincte de la sociologie ou encore de la science politique. L'œuvre du juriste serait avant tout la connaissance et la systématisation des normes posées par l'autorité compétente. L'analyse de l'application des normes ou règles de droit, ainsi que la *vie effective* de ces dernières n'intéresseraient pas le juriste, de même que les comportements effectifs des institutions publiques seraient étrangers à cette science du droit désintéressée des faits. Comme l'écrit Xavier Magnon : « La juridicisation de la matière passe par le choix de l'étude du droit constitutionnel *tel qu'il existe dans les textes constitutionnels positifs*. Le clivage entre le droit et la pratique du droit, entre le « devoir être » et l'« être », singularise le discours positiviste et surtout le discours normativiste »¹²⁴. La science du droit est alors placée loin de la réalité sociale, assurant sa pureté, mais au prix d'une discipline décharnée. La volonté d'enfermer la discipline dans une pure visée descriptive aboutit, en effet, à la condamner à errer dans les cieux de l'abstraction. Cette abstraction est *in fine* la caractéristique principale de la discipline juridique et constitue réellement le dénominateur commun de ce que recouvre l'analyse dite « juridique » chez Vedel. C'est notamment ce qui explique qu'il puisse qualifier de « purement juridique » les schémas relatifs au parlementarisme alors même que ces derniers sont issus d'écrits d'auteurs du XIX^e siècle et ne sont pas contenus textuellement dans les énoncés à prétention normative : le caractère « purement juridique » serait en dernière analyse le caractère purement *abstrait*. Cette réduction du juridique apparaît explicitement lorsque dans le même article survient la phrase suivante : « Entre le régime parlementaire britannique et le régime parlementaire français ou italien la ressemblance est purement juridique et à tout prendre nominale »¹²⁵. Le « purement juridique » aboutirait ainsi à la production d'analyses purement *nominales*¹²⁶. La science du droit serait une science désincarnée, dont la

¹²³Georges Vedel, « Eloge de Hans Kelsen », Carlos Miguel Herrera (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, LGDJ, 2001, p. 3

¹²⁴X. Magnon, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexion et tentative de reconstruction », *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 237.

¹²⁵Georges Vedel, « Rapport général sur le problème des rapports du législatif et de l'exécutif présenté au Congrès de l'Association internationale de science politique », *Revue française de science politique*, 8^e année, n°4, 1958, p. 764.

¹²⁶Cette abstraction de l'analyse juridique est témoignée également dans ce passage : « Olivier Duhamel distingue le *régime* et le *système*. Pour le premier, concept essentiellement juridique, il accepte la théorie de Maurice Duverger ; pour le second qui se réfère à la pratique politique, il se rallie au qualificatif « présidentieliste » avancé par Jean Gicquel ». Il apparaît ici que le juridique est précisément ce qui se tient éloigné de la réalité de la pratique politique. Georges Vedel, « Préface », Jean Massot, *Chef de l'État et chef du gouvernement. Dyarchie et hiérarchie*, La documentation française, 1993, p. 9.

pureté descriptive se payerait par le lourd tribut d'une certaine cécité. Cette abstraction semble en effet mener à des descriptions lacunaires, dont la portée heuristique serait réduite. On lit par exemple dans son *Cours* que :

Si l'on se livre à une étude du système politique britannique suivant des pures méthodes de droit constitutionnel, on obtiendra à peu près l'image suivante : la Grande-Bretagne est une monarchie constitutionnelle dans laquelle le pouvoir est exercé par deux chambres, Chambre des Communes et Chambre des Lords, inégales d'ailleurs en puissance, et par un gouvernement désigné par le roi et devant posséder la confiance de la Chambre des Communes. Du point de vue constitutionnel cette description est correcte.

Une étude très élémentaire des faits montre cependant combien la réalité s'est décalée des règles de droit¹²⁷.

L'on est alors en droit de se demander : « À quoi bon ne décrire que des opérations juridiques méthodologiquement licites, si on finit par ne plus rien expliquer de la vie du droit ? »¹²⁸. Le grief est d'autant plus important que Georges Vedel ne remet jamais en question que l'objet de la science juridique soit les normes ou les règles juridiques. Ayant intériorisé le paradigme kelsénien et positiviste, sa pensée accueille sans réflexivité cet objet, comme s'il s'agissait d'un donné extérieur à l'activité scientifique. Or, toute descriptive qu'elle soit, la science ne trouve jamais son objet dans un état de déjà-là : « la description supposée construit nécessairement son objet, en choisissant les éléments qui doivent l'informer sur ses composantes et en déterminant ceux qui constitueront des données et ceux qui laissent une liberté d'appréciation et de discussion. Avant même que ne s'engage le commentaire, toute neutralité est exclue »¹²⁹. En ne voulant pas voir la part de *construction* qui prélude à la détermination de l'objet de la discipline juridique, la pensée de Vedel contribue à renforcer « le mythe, positiviste par excellence, de la « description » du droit positif »¹³⁰ ; il contribue à figer une science juridique autour d'un objet qui aurait une existence propre et indépendante, d'un objet qui serait donc *naturalisé*. L'intériorisation de la vulgate kelsenienne donne naissance à une cristallisation de la science juridique autour de présupposés admis et insuffisamment interrogés, alors même que ces derniers mènent à une réduction de cette science. Or, cette naturalisation de l'objet juridique qui serait extérieur à son observateur et pourrait être décrit en toute objectivité, voile le fait décisif que « toute description du droit

¹²⁷Georges Vedel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Licence 1ere année, Les cours de droit, 1960-1961, p. 12.

¹²⁸Denis Baranger « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels. A propos de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac », *Jus Politicum*, n° 11, 2013, p. 3. Dans le même sens : « La tendance, assez compréhensible, du normativisme est de ne retenir comme objets que les manifestations du droit pour lesquelles il constitue une théorie efficace. Une manière d'y parvenir consiste à ramener le phénomène juridique à un squelette extrêmement dépouillé, et décrit dans un langage devenu quasi-privé et d'une si haute abstraction, qu'on ne le reconnaît plus. En se détournant du droit comme culture, comme dépôt de pratiques humaines qui ont une existence propre, irréductible, on finit par parler d'un droit conçu a priori et qui n'existe pas réellement », *Ibid.*, p. 7.

¹²⁹Christian Atias, *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis Dalloz. Série droit privé, 2002, p. 175.

¹³⁰Olivier Beaud, *Théorie de la Fédération*, PUF, Léviathan, 2007, p. 23.

est aussi une interprétation de ce droit »¹³¹. Ce faisant, la voie descriptive, telle qu'elle est intériorisée par Vedel, mène à une absence de réflexivité dommageable pour l'objectivité du juriste, cette dernière étant pourtant prioritairement poursuivie dans l'élaboration de la discipline juridique comme science descriptive¹³².

De plus, il peut sembler étonnant que Vedel, en cela représentatif d'une large portion de la doctrine, ait accepté sans ciller la tâche attribuée à la science du droit par Kelsen si l'on considère que celle-ci risquait d'entraîner une réduction de la discipline constitutionnelle. En tant que métathéorie, la doctrine de Kelsen contient en effet une dimension prescriptive : « elle ne se contente pas d'analyser le comportement des juristes qui décrivent l'ordre juridique ; elle leur indique les conditions auxquelles devrait satisfaire ce comportement pour être « scientifique » ; elle leur prescrit de se borner de décrire »¹³³. Il semble y avoir là un véritable paradoxe : les juristes n'aspirent-ils avant tout pas à pouvoir porter un discours ambitieux, saisissant le phénomène juridique dans sa richesse et sa diversité ? Pourquoi se faire le relais direct d'une vision appauvrissante de la discipline ? Il nous semble, qu'outre la forte puissance des écrits de Kelsen dont les constructions intellectuelles séduisent et impressionnent, la réception insuffisamment critique de l'appareil doctrinal kelsenien, est due à l'assèchement théorique de la doctrine française postérieure à la doctrine dite « classique ». Le projet d'une science juridique *descriptive* se marie en effet particulièrement bien à une doctrine qui s'est résignée à élaborer des grandes théories relatives à l'État ou à la Constitution au profit de la technique juridique. Là où la volonté de bâtir, de construire de grands édifices conceptuels a déserté, la *description* apparaît comme une ambition scientifique toute trouvée. Ainsi, le risque d'appauvrissement de la discipline juridique n'a pas été identifié comme une menace quant à la pertinence de l'analyse juridique tout simplement car il répondait à un état d'appauvrissement déjà présent de la doctrine. Olivier Beaud dépeint bien cette doctrine française qui, suite à l'extinction des auteurs classiques ayant fait les beaux jours du temps des cathédrales, rompt avec la

¹³¹ *Ibid.*

¹³² Olivier Jouanjan synthétise avec clarté le problème posé par cette absence de réflexivité : il existe souvent chez les juristes une naïveté d'approche et de traitement du « droit », pour laquelle celui-ci est un donné brut déjà constitué en soi et pour soi, un objet extérieur au monde de la science et des doctrines juridiques. Chez les « positivistes réflexifs », disons pas ou peu ou moins naïfs, cette condition d'extériorité de l'objet « droit » par rapport aux « sujets » juristes de sa connaissance est condition même d'une « science » du droit, c'est-à-dire d'une science « objective » de cet objet particulier. Mais l'on rate alors un aspect essentiel que je crois constitutif de l'objet droit lui-même : il nous faut le représenter, l'imaginer, à partir de schèmes qui ne sont pas dans l'objet, mais dans le « sujet » de la connaissance », Olivier Jouanjan, « Justifier l'injustifiable », *Astéris. Philosophie, histoire des idées, pensée politique*, n° 4, 2006, p. 124.

¹³³ Michel Troper, « Contribution à une critique de la conception kelsénienne de la science du droit », *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, p. 45. Norberto Bobbio critique par ailleurs cette orientation scientifique : « on rend « prescriptif » synonyme d'« impératif » ; comme la science du droit n'a pas, au moins dans nos ordres juridiques, de fonction impérative, on nie qu'elle puisse avoir une autre fonction que descriptive », N. Bobbio, « Être et devoir-être dans la science du droit », *Essais de théorie du droit*, LGDJ, 1998, p. 203.

théorie de l'État et la théorie constitutionnelle et perd sa vertu créative en se recroquevillant sur la *technique juridique*¹³⁴. Or, Vedel ne semble pas échapper à ce scepticisme face aux grands monuments conceptuels. Tout habile qu'elle soit, son œuvre s'ancre bien dans ce scepticisme face à l'*hubris* théoricienne et ne vise pas à édifier de grandes théories de l'État ou du droit. Une métathéorie du droit prescrivant de circonscrire l'analyse juridique à une analyse descriptive se coule alors parfaitement dans le cadre analytique d'une pensée ayant déjà réfréné tout gigantisme conceptuel.

Enfin, le deuxième précepte méthodologique au cœur de la démarche épistémologique kelsenienne qui a été intériorisée par Vedel est la volonté de purger la science juridique de tout jugement de valeur pouvant infléchir l'analyse. On retrouve ici encore une sensibilité scientiste : le juriste ne peut s'inscrire dans une démarche proprement *scientifique* sans clarifier son rapport aux valeurs, à l'idéologie, afin d'abstraire son analyse de ces considérations qui feraient obstacle à son *objectivité*. Il s'agit en effet d'inscrire la description dans une visée objective : la *subjectivité* du juriste ne doit pas s'exprimer dans son analyse scientifique. En effet, si « est objectif ce qui se rapporte à l'objet de la connaissance « tel qu'en lui-même », ce qui en rend compte sans risque de déformation subjective, autrement dit ce qui est observable par tous et vaut universellement »¹³⁵, il convient que le *sujet* procédant à la description s'efface devant l'*objet* décrit¹³⁶. A cet égard, Kelsen rejoint la « conception dominante dans le domaine des sciences [qui] est d'affirmer qu'une connaissance ne peut prétendre se constituer comme science qu'à condition que le chercheur adopte une posture de « neutralité axiologique », seul gage d'une connaissance objective »¹³⁷. Ainsi, pour Kelsen, tant l'idéologie que la morale et les jugements de valeurs doivent être tenus éloignés de l'analyse juridique en ce qu'ils contribuent à jeter un « voile sur la réalité » et s'enracinent « dans une volonté et non dans la connaissance »¹³⁸. Cet hermétisme de l'analyse au droit et à la morale repose sur un relativisme axiologique qui constate, dans une perspective wébérienne, le polythéisme des valeurs et que les « divers ordres de valeurs s'affront[ent] dans le monde en une lutte inexpiable »¹³⁹. Or, rejoignant la critique kantienne de la raison¹⁴⁰ Kelsen considère que ce conflit des valeurs est insoluble

¹³⁴Olivier Beaud, « Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits*, n° 32, 2000, p. 89-108. et Olivier Beaud, « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *Jus Politicum*, n° 11, 2013.

¹³⁵Bernard Jolibert, « Subjectivité et vérité », *Place et statut de la subjectivité dans les sciences sociales*, EME éditions, 2014, p. 2.

¹³⁶Hans Kelsen affirme ainsi que « toute science prise comme moyen de connaissance s'attache à révéler son objet », Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, LGDJ, 2010, p. 48.

¹³⁷Albane Geslin, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche juridique », *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2015. Disponible en ligne, ffhalshs-01534669, p. 6.

¹³⁸Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, LGDJ, 2010, p. 48. Le normativisme est ici tributaire du non-cognitivism éthique selon lequel les jugements de valeurs ne sont ni vrais ni faux en ce qu'ils ne sont pas aptes à être objectivement vrais. La morale n'est pas un objet de connaissance.

¹³⁹Max Weber, « L'objectivité de la connaissance dans les sciences et la politique sociale », in M. Weber, *Essais sur la théorie de la science*, trad. J. Freund, Paris, Plon, 1965, p. 112.

¹⁴⁰Pour Kant, la raison pure est bornée à la connaissance des phénomènes et ne peut aller au-delà de ses limites pour atteindre une connaissance du monde nouménal. La détermination des

par la raison théorique et cherche ainsi à fonder une « science [qui] doit aussi être pure de tout jugement de valeur »¹⁴¹. Cette délimitation tracée entre la science du droit et le monde des valeurs est largement reprise par Vedel qui considère que l'un des apports de Kelsen est d'avoir séparé « le droit de la morale et la politique »¹⁴². Il est ainsi conscient du risque épistémologique qu'entraînent les jugements de valeurs lorsqu'il pointe la faiblesse de démarches qui « s'obstina[ent] à des références théoriques ou étai[ent] grevées de jugements de valeur infléchissant l'analyse »¹⁴³. C'est également ce scepticisme épistémologique qui alimente le thème du « gouvernement des juges » qui fait office de repoussoir chez Vedel. Les juges devant faire preuve d'objectivité, ils ne pourraient se référer à des arguments relatifs aux valeurs : « j'ajoute que, dans le même temps, nous ne sommes pas tombés dans le « gouvernement des juges ». Nous nous sommes refusés [...] à invoquer des principes non puisés dans les textes, mais résultant de la philosophie politique ou morale reconnue par les juges »¹⁴⁴. Cet interdit évoqué par Vedel tient bien au fait que les jugements de valeurs viendraient redonner place à la subjectivité du juge, en cela qu'ils sont individuels et arbitraires : « Le gouvernement des juges commence quand ceux-ci ne se contentent pas d'appliquer ou d'interpréter des textes, mais imposent des normes qui sont en réalité des produits de leur propre esprit »¹⁴⁵.

La construction d'une discipline constitutionnelle positiviste et descriptive (A) ne s'explique que par l'ontologie fondant le projet kelsenien que reprend Vedel. C'est ainsi logiquement que Vedel fait preuve d'un attachement intenable à la radicale césure épistémologique être/devoir-être (B).

b) L'attachement intenable à la radicale césure épistémologique être/devoir-être

Afin de continuer le dévoilement de l'épistémologie vedélienne, il est nécessaire de s'intéresser à la scission épistémologique entre l'être et le devoir-être¹⁴⁶, héritée de Kelsen, tant elle semble diriger la démarche juridique de Vedel.

Dans l'éloge précité, Vedel reconnaît bien la centralité de cette distinction qui est au cœur de sa méthodologie : « Voici que, distinguant le monde du Sein et celui du Sollen, [...] nous étions invités à mettre à la base de nos travaux une théorie et une méthodologie cohérentes »¹⁴⁷. L'une des préoccupations méthodologiques constantes de Vedel tient en effet à séparer le monde du droit de celui du fait,

fins et donc la morale relèvent ainsi de la raison pratique alors que la raison théorique ne peut connaître que le monde phénoménal.

¹⁴¹M. Troper, *La philosophie du droit*, PUF, 2015, p. 36.

¹⁴²Georges Vedel, « Eloge de Hans Kelsen », Carlos Miguel Herrera (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, LGDJ, 2001, p. 3.

¹⁴³Georges Vedel, « Préface », Jean Massot, *Chef de l'État et chef du gouvernement. Dyarchie et hiérarchie*, La documentation française, 1993, p. 10.

¹⁴⁴Georges Vedel, « Neuf ans au Conseil constitutionnel », *Le Débat*, n° 55, 1989, p. 48-49.

¹⁴⁵*Ibid.*

¹⁴⁶« véritable pierre d'angle du positivisme non comtien appliqué à l'étude des phénomènes juridiques ». Éric Maulin, « Positivisme », *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1173.

¹⁴⁷Georges Vedel, « Eloge de Hans Kelsen », Carlos Miguel Herrera (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, LGDJ, 2001, p. 3.

l'ordre de l'esprit de celui de la chair, la tranquillité des règles juridiques de la vie agitée des forces politiques. Comme cela a été dit, la science juridique se caractérise chez Vedel par sa visée descriptive et s'attache à décrire les normes ou règles juridiques. Nous avons à cet égard soulevé une première critique en montrant qu'une telle aspiration entraîne un risque d'appauvrissement de la science juridique alors même que l'objet de la description n'était pas suffisamment interrogé par Vedel. Il accueille en cela un objet déjà donné alors que ce dernier faisait en réalité nécessairement l'objet d'une construction. Il apparaît que cette naturalisation de l'objet juridique s'explique en dernière instance par l'acceptation de la césure épistémologique être/devoir-être qui irrigue l'ensemble de l'oeuvre vedélienne.

Cette réception de l'ontologie kelsenienne est indéniable, Vedel affirme par exemple devant ses étudiants que :

[la norme] appartient à ce que Kelsen, à qui nombre de ces développements sont empruntés, appelle l'ordre du « Sollen », c'est-à-dire l'ordre de ce qui doit être, alors que les lois de la physique, par exemple, s'expriment à l'indicatif, appartiennent à l'ordre du « Sein », à l'ordre de ce qui « est »¹⁴⁸.

Kelsen distingue en effet deux mondes : celui de l'être (*sein*) qui est régi par le principe de causalité et au sein duquel peuvent être dégagées des lois de nature, et celui du devoir-être (*sollen*) au sein duquel se meuvent les normes. Inspirée par la « loi de Hume »¹⁴⁹, cette séparation vise à libérer le droit tant du jusnaturalisme que du positivisme sociologique en affirmant que le droit n'a d'autre fondement que lui-même. Selon cette logique d'auto-référentialité du droit, ni la morale (jusnaturalisme) ni la réalité sociale (positivisme sociologique) ne peuvent, par eux-mêmes, engendrer du droit car « d'une proposition normative on ne peut dériver qu'une autre proposition normative, jamais une proposition factuelle »¹⁵⁰.

C'est animé par la croyance en la pertinence de cette scission que le normativisme conçoit les normes comme « la formulation de « devoir-être » qui n'ont, par définition, qu'une prise limitée sur le réel et qui doivent s'étudier dans une stricte autonomie à l'égard du fait »¹⁵¹. Cette ontologie kelsenienne, profondément « cli-vante »¹⁵² car coupant les ponts entre le juridique et le factuel, irrigue le normativisme de Vedel, qui se caractérise par sa méfiance face à la dimension factuelle du droit. Vedel apparaît ainsi imprégné par cette dualité ontologique lorsqu'il affirme que « chaque proposition de l'auteur est à la fois juste en droit et exacte en fait

¹⁴⁸Georges Vedel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Licence 1ere année, Les cours de droit, 1960-1961, p. 489-490

¹⁴⁹Qui peut être exprimée comme suit : « De ce qui est, on ne peut pas dériver ce qui doit être », R. Ogien, *L'influence de l'odeur des croissants chauds sur la bonté humaine*, Grasset, 2011, p. 193. Ou formulée par Kelsen de cette manière : « Personne ne peut nier que, du fait que quelque chose est, il ne peut pas suivre que quelque chose doive être, non plus qu'inversement de ce que quelque chose doit-être, il ne peut pas suivre que quelque chose est », Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, p.14. (vérifier la page)

¹⁵⁰Carlos Miguel Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Les Presses de l'Université Laval, 2004, p. 17.

¹⁵¹Elsa Kohlhauer, *Le droit politique comme théorie constitutionnelle : proposition de systématisation*, Université Montpellier, 2019, p. 58.

¹⁵²Denis Baranger « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels. A propos de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac », *Jus Politicum*, n° 11, 2013, p. 8.

»¹⁵³ ou lorsqu'il décrit des professeurs de droit et de sciences politiques « admett[ant] à la fois le monde des normes et celui des faits »¹⁵⁴. Cette scission apparaît particulièrement clairement dans son *Cours* où est simplement énoncé que « le droit constitutionnel a pour objet l'étude de règles de droit alors que la science politique se donne pour objet la connaissance des faits »¹⁵⁵. L'analyse juridique ne devrait ainsi guère s'intéresser à l'analyse des faits, et la question de l'effectivité et de la vie réelle des règles juridiques serait étrangère aux préoccupations du juriste. Le domaine du juriste n'entretiendrait aucun lien avec la réalité sociale et flotterait loin du monde factuel dans la sphère idéale du pur devoir-être. La caractérisation de la règle juridique écrite comme objet spécifique de la discipline juridique trouve alors son ultime justification : en tant que *document*, la règle juridique trouve un support extérieur permettant l'observation objectivée du juriste, et, en tant que *texte*, c'est-à-dire en tant que séquence de *logos*, elle continue de s'inscrire dans le monde idéal du devoir-être détaché du monde de l'être. Le texte écrit permet de donner au juriste un objet d'observation extérieur à sa subjectivité sans ternir la pureté de l'analyse par des considérations factuelles. Autrement dit, la règle juridique comme texte *objectivise* la description tout en assurant l'*autonomie* ontologique du droit.

Toutefois, ce recours à la séparation épistémologique kelsenienne nous semble également faire l'objet d'une réception insuffisamment critique. Il sera soutenu qu'une lecture moins radicale de Kelsen aurait pu être possible en nous appuyant sur la lecture de Kelsen par Eisenmann. Ce dernier décrit en premier lieu la posture traditionnelle tenue par la majorité des juristes abordant Kelsen, et qui correspond bien à la lecture qu'en fait Vedel dans la majeure partie de ses écrits.

Telle est, à l'étape du système, la tâche du juriste, sa seule et unique tâche propre : dégager, analyser, ordonner des systèmes normatifs, des ordres juridiques ou des branches d'ordres juridiques.

S'il en est ainsi, cette Science du droit ne diffère-t-elle pas essentiellement de la Sociologie, n'est-elle pas de toute évidence, n'apparaît-elle pas immédiatement d'une autre nature ? La Sociologie s'occupe d'un « *Sein* », de faits naturels, et l'on peut admettre qu'elle ambitionne de dégager au bout du compte des lois naturelles (telle a bien été en tout cas l'idée avouée de ses fondateurs tant français qu'anglais). la Science du droit, elle, s'attache à un « *Sollen* », elle ne s'occupe pas de problèmes relatifs aux rapports de fait entre les normes juridiques et d'autres réalités ; non plus qu'aucune autre science sociale normative, elle « ne s'intéresse pas aux relations causales entre phénomènes sociaux »¹⁵⁶.

Or, Eisenmann, principal passeur francophone de l'œuvre du maître autrichien, va montrer qu'une lecture plus nuancée de l'ontologie dualiste kelsenienne est pertinente, d'après les textes mêmes de Kelsen. L'argument principal d'Eisenmann

¹⁵³Georges Vedel, « Préface », Jean Massot, *Alternance et cohabitation sous la V^e République*, La documentation française, 1997, p. 10.

¹⁵⁴Georges «Vedel, « Réformer les institutions... Regard rétrospectif sur deux Commissions », *Revue française de science politique*, 1997, n°3-4. p. 317.

¹⁵⁵Georges Vedel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Licence 1^{ère} année, Les cours de droit, 1960-1961, p. 11.

¹⁵⁶Charles Eisenmann, « Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen », *Méthode sociologique et droit*, Dalloz, 1958, réédité dans *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Editions Pantheon-Assas, 2002, p. 396.

tient au fait que le normativisme de Kelsen est également un positivisme. Or, « le positif, n'est-ce pas ce qui existe en fait ? Un droit positif, ne sont-ce pas des normes auxquelles des faits correspondent, qui ont (si l'on peut s'exprimer ainsi) des faits conformes, avec lesquelles les faits sont en accord ? »¹⁵⁷ En effet, la définition kelsenienne de l'ordre juridique rétablit un pont qui semblait définitivement coupé entre l'être et le devoir-être : « le droit est un ordre qui, en gros, est appliqué, obéi et efficace »¹⁵⁸. Or, cette définition réintroduit la notion d'effectivité qui est une condition de la validité : « le Normatif est dépendant de l'Effectif »¹⁵⁹. Et cette condition concerne tant l'ordre juridique pris dans son ensemble que les normes prises une à une :

Il existe encore une autre relation entre la validité d'une norme et les faits auxquels elle s'applique... Une norme cesse d'être valable quand les individus dont elle règle la conduite ne l'observent pas dans une mesure suffisante. L'efficacité d'une norme est donc une condition de validité¹⁶⁰.

Cette dépendance du normatif à l'effectif est comprise par Eisenmann comme impliquant une nécessaire liaison du monde des normes à celui des faits¹⁶¹ ; l'exigence de positivité du normatif comble la profondeur du fossé qui semblait radicalement tracé entre ces deux sphères, elle désenclave l'ordre des normes qui cesse de planer au-delà des contingences sociales et l'enracine dans la matérialité des faits :

En tout cas, puisque le caractère de normes juridiques suppose, implique la positivité, puisque seules peuvent être reconnues comme normes juridiques des normes positives, on ne peut en décider qu'en fonction de faits. Si la validité, c'est-à-dire le caractère de norme juridique, était une qualité en soi, indépendante des faits, il y aurait bien isolement complet du monde des normes juridiques par rapport au monde des faits. Mais ce n'est pas du tout le cas, dans la thèse même de Kelsen¹⁶².

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 401. « La jurisprudence normative n'affirme la validité d'une norme, autrement dit son existence, que si la norme fait partie d'un ordre juridique qui, pris globalement, est efficace, c'est-à-dire si les normes de cet ordre sont en gros obéies par les sujets de l'ordre et, si elles ne sont pas obéies, sont en gros appliquées, par ses organes ». Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État, suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, LGDJ, 1997, p. 223.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ Hans Kelsen, cité par Charles Eisenmann, *op. cit.*, p. 401.

¹⁶¹ Il faut toutefois prendre garde à ne pas en déduire un mélange entre l'être et le devoir-être : la validité qui fonde les normes est bien un devoir-être qui entretient des liens mais ne se confond pas avec l'efficacité qui la conditionne mais qui appartient bien elle au domaine de l'être : « Puisque la validité d'une norme constitue un Sollen, et non un Sein, elle est quelque chose de différent de son efficacité, c'est-à-dire du fait de Sein que la norme est effectivement appliquée et obéie ou suivie [...], que le comportement humain qui y correspond se produit effectivement », Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, LGDJ, 1999, p. 19.

¹⁶² Charles Eisenmann, *op. cit.*, p. 402.

En définitive, le normativisme de Kelsen n'est pas un normativisme pur ; la recherche de pureté qui prélude au projet kelsenien est celle de la pureté de la *science du droit*¹⁶³ :

il est loin de couper le contact entre ordre juridique et faits sociaux ; mais il maintient entièrement la thèse du dualisme de nature de la Science du droit et de la Sociologie : la Sociologie juridique n'est pas la Science du droit, et la Science du droit n'a pas à s'occuper de ses problèmes¹⁶⁴.

Ainsi, le désintéret du juriste pour les faits ne se justifie que dans le cadre de la *science du droit*, dans son acception stricte, telle que définie par Kelsen. Plusieurs remarques doivent ici être faites : d'une part, Vedel ne s'inscrit pas entièrement dans cette démarche, ses écrits juridiques sont variés et débordent largement le cadre restreint que l'exigence de pureté assigne selon Kelsen à la science du droit. Cela n'est absolument pas dommageable car comme le note Eisenmann, la science du droit n'épuise pas la matière juridique :

j'entends par là l'idée qu'il y a des sciences du droit -et ce sont toutes les disciplines qui s'occupent de problèmes y ayant rapport, quels qu'ils soient ; au nombre de ces disciplines figurent en tout cas, d'une part la traditionnelle Science du droit, science normative ainsi que le dit Kelsen, la science du « juriste » et d'autre part la Sociologie juridique¹⁶⁵.

Les problèmes juridiques dépassent ainsi les seuls soucis concernant la science du droit. Cependant, dès lors que Vedel ne se contente pas du cadre étroit de la science du droit, la scission qu'il opère entre factuel et normatif apparaît trop radicale et n'est plus justifiée par la théorie kelsenienne dont la pureté concernait la seule science du droit. Cette réception en demi-teinte de l'épistémologie kelsenienne par Vedel qui en adopte certains préceptes sans en tirer toutes les conséquences est illustrée par certaines observations qui témoignent de prises de liberté du doyen vis-à-vis de l'orthodoxie kelsenienne. Alors qu'il avait pu, dans une perspective normativiste très classique, exiler la question de la « réalité des institutions » hors du plan juridique pour le rattacher au « plan de la pratique politique »¹⁶⁶, il semble, dans son cours de *Droit constitutionnel et institutions politiques*, replacer la question institutionnelle dans l'orbite d'un droit constitutionnel qui ne s'entendrait alors juridiquement pas uniquement d'un point de vue normatif :

Sans doute ne faut-il pas attacher aux termes du règlement du Ministère de l'Éducation nationale relatif à la Licence en droit une valeur scientifique et ne convient-il pas de tomber dans de profondes méditations à propos de l'intitulé : "institutions politiques". (...) [Ce terme] marque d'abord que l'on doit insister plutôt sur les aspects concrets du droit constitutionnel que sur les théories abstraites. Il

¹⁶³Comme le note Michel Troper : « la pureté [est] ici une caractéristique non du droit lui-même, qui est tout à fait impur, mais de la théorie », Michel Troper, *La philosophie du droit*, PUF, 2015, p. 37.

¹⁶⁴Charles Eisenmann, *op. cit.*, p. 404.

¹⁶⁵*Ibid.*, p. 403.

¹⁶⁶Georges Vedel, « Rapport général sur le problème des rapports du législatif et de l'exécutif présenté au Congrès de l'Association internationale de science politique », *Revue française de science politique*, 1958, n°4, p. 763.

invite davantage à l'observation qu'au syllogisme. Le dictionnaire nous apprend en effet que les institutions sont des "choses établies". On pourrait dire que les institutions sont les choses de la vie sociale. Le terme d'institutions politiques nous invite à considérer la vie politique comme un objet d'étude par-delà les règles de droit qui la régissent, et auxquelles d'ailleurs elle est plus ou moins fidèle. Mais le terme d'institutions politiques a surtout pour objet, non point de transformer ce cours en un cours de science politique, mais de le faire déboucher sur la science politique¹⁶⁷.

Il considère ainsi que l'étude des institutions appartient aux « choses de la vie sociale » (donc logiquement au monde de l'être dans une vision kelsenienne), ce qui incite le juriste à s'attarder sur les « aspects concrets du droit constitutionnel » (rompant alors avec l'abstraction qui caractérise dans l'ensemble sa vision du droit) en allant au-delà des règles de droit, sans pour autant quitter l'analyse juridique (Vedel affirme que le cours reste un cours de droit et non un cours de science politique et se place bien « à l'intérieur même de l'analyse juridique »¹⁶⁸). Il est ainsi clair que Vedel prend ici une certaine distance par rapport à la théorie de Kelsen, de sorte que ce passage illustre deux aspects de la pensée de Vedel. Premièrement, sa pensée est vivante, fluide et évolutive : le doyen refuse de la ceindre dans cadre théorique figé qui la cristalliserait. Ainsi, le cadre normativiste, qui donne cependant une cohérence à l'ensemble de l'œuvre vedélienne, ne rend pas compte de tous les balancements d'une pensée qui, par saillies, se défait du carcan kelsenien. Deuxièmement -et il s'agit certainement du revers de la médaille-, le normativisme kelsenien lui fournit une structure théorique dont il ne tire pas toutes les conséquences logiques dans sa pratique de la discipline juridique. La liberté d'esprit se paye alors d'une certaine perte de cohésion, Vedel ne se défaisant jamais totalement d'un arrière-plan normativiste alors même qu'il s'en dépend à certains endroits. Il est donc difficile de ne pas émettre à Vedel le reproche d'avoir accepté une vulgate normativiste, dominante et prête à l'emploi, alors même que le projet dans lequel il s'inscrit ne correspondait pas réellement à la science du droit théorisée par Kelsen. Si cette vulgate a fourni une certaine homogénéité à l'ensemble, il nous est apparu qu'elle a également limité l'approche juridique de Vedel sans que cette limite ne soit rétribuée par une totale cohérence épistémologique.

La volonté d'autonomiser le droit constitutionnel aboutit ainsi à une réduction de la discipline juridique (section 1). L'attachement de Vedel aux règles écrites et à une approche normativiste du droit va ressurgir sur la manière dont il va appréhender la notion de constitution. Le normativisme étant fondamentalement une science des formes et des procédures, la conceptualisation de la notion de constitution devra également répondre à cette perspective. C'est ainsi logiquement que la conceptualisation de la notion de constitution par Vedel fait primer la notion formelle de la constitution (section 2).

¹⁶⁷Georges Vedel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Licence 1ere année, Les cours de droit, 1960-1961, p. 7 et suiv.

¹⁶⁸Armel Le Divellec, « Droit constitutionnel et institutions politiques ? Sur un malentendu conceptuel de la doctrine constitutionnelle française », à paraître aux mélanges Hasegawa, disponible en ligne, <https://www.a-ledivellec.net/a-paraitre>, p. 4.

B. Le primat de la notion formelle de la constitution

Le primat de la notion formelle de la constitution entraîne Vedel à envisager la constitution comme une loi constitutionnelle, c'est-à-dire comme une norme juridique spéciale (paragraphe 1) se caractérisant par son autosuffisance (paragraphe 2).

1. *La loi constitutionnelle, une norme juridique spéciale*

Penser la notion de constitution comme une norme juridique spéciale présuppose de faire primer une approche formelle et procédurale (A) permettant d'identifier comme caractéristique propre à la constitution sa supériorité hiérarchique dans l'ordre interne (B).

a) **Le primat d'une approche formelle et procédurale**

Le traitement de la notion de constitution par Vedel obéit à trois distinctions cardinales : le point de vue matériel et le point de vue formel ; les constitutions écrites et les constitutions coutumières ; les constitutions rigides et les constitutions souples. Ces couples conceptuels témoignent d'un certain classicisme de l'analyse de Vedel à cet endroit¹⁶⁹.

La première distinction essentielle au traitement de la notion de constitution est la distinction entre le point de vue formel et le point de vue matériel. Il s'agit d'une distinction matricielle de laquelle découlent les deux autres distinctions, ces dernières étant déterminées par une vision formelle (écrit/coutumier) et procédurale (souple/rigide). Ce vocabulaire, qui, selon le professeur Armel Le Divillec, se diffuse en France à partir de Raymond Carré de Malberg¹⁷⁰, a largement imprégné la doctrine française de sorte que son usage semble maintenant faire partie des passages obligés de tout manuel de droit constitutionnel. Vedel présente d'abord cette distinction dans sa généralité :

Le point de vue matériel s'attache à l'*objet* de l'activité ou de l'acte considéré, à sa *matière*.

Le point de vue formel s'attache aux *procédures* que cet acte ou cette activité met en œuvre, c'est-à-dire aux formes¹⁷¹.

On peut dès à présent noter une certaine confusion des points de vue formel et procédural. Là où l'expression « point de vue formel » renvoie avant tout à la manière dont se présente la constitution, c'est-à-dire à son apparence physique (type de document, écrit ou non écrit, unique ou pluriel etc.), Vedel fait de la *procédure*

¹⁶⁹Comme l'écrit le professeur Armel Le Divillec, ces notions font partie des éléments classiquement utilisés pour appréhender la notion de constitution : « pour présenter le concept de constitution, les juristes sont obligés de recourir à des distinctions qui aboutissent à une série de définitions au sein desquelles on retrouve presque toujours au moins les syntagmes suivants : constitution écrite, formelle, matérielle, souple, rigide ». Armel Le Divillec, « De quelques facettes du concept juridique de constitution. Essai de clarification sémantique. », *Penser le droit à partir de l'individu, mélanges en l'honneur d'Elizabeth Zoller*, Dalloz, 2018, p. 729.

¹⁷⁰Armel Le Divillec, *op. cit.*, p. 734.

¹⁷¹Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, réédité chez Dalloz, 2002, p. 112.

l'élément central de sa définition. Au-delà de la signification première du terme, le point de vue formel est donc défini ici comme un point de vue procédural.

Appliquant ces grilles de lecture à la notion de Constitution, Vedel définit la constitution du point de vue matériel comme « l'ensemble des règles de droit les plus importantes de l'État »¹⁷² donnant comme exemple de règles constitutionnelles « celles qui déterminent la forme même de l'État (unitaire ou fédéral), la forme de son gouvernement (républicain ou monarchique), les organes qui la dirigent et la manière dont ils sont constitués, les compétences dont ils sont investis, les droits des citoyens »¹⁷³. Cette définition est rapide et Vedel ne tient pas à la raffiner. Il élude en effet le point central de la définition -à savoir la détermination des règles les plus *importantes*- en affirmant : « cette définition ne va pas sans problèmes de frontières, car où commencent et où finissent ces règles les « plus importantes », « essentielles » ? C'est souvent difficile à dire ». Posant le bon problème, mais ne tentant pas d'y apporter des éléments de réponse, il traite alors la notion de constitution du point de vue formel. Dans cette perspective la constitution est donc définie comme « l'acte qui ne peut être fait ou modifié que selon certaines procédures ayant une valeur supérieure aux autres procédures d'établissement des règles de droit »¹⁷⁴. Cette définition formelle caractérise la constitution par trois éléments principaux : un écrit central -si ce n'est unique- (« l'acte ») ; la spécificité de la procédure d'édition et de révision de cet écrit (la rigidité) ; une idée de supériorité hiérarchique par rapport aux autres règles de droit.

Si deux approches de la constitution sont donc possibles, elles ne revêtent pas la même importance pour Vedel car il confère à l'approche formelle une primauté intellectuelle. Cette primauté s'explique d'abord par l'imprécision de la définition matérielle qui a été donnée. En effet, Vedel a noté la difficulté de dégager un critère permettant de définir les règles « importantes », de sorte que les contours de cette notion ne sont pas nettement délimités. Le doyen en conclut alors qu'« une définition matérielle ne peut être absolument rigoureuse »¹⁷⁵. La deuxième explication à cette primauté, encore plus décisive, tient au fait que seul le point de vue formel serait purement *juridique*¹⁷⁶ :

Mais ceci dit, il faut observer que ce qui est essentiel du point de vue de la technique juridique dans la théorie générale de la Constitution, c'est le point de vue formel. Ceci est assez difficile à expliquer de façon abstraite. On peut pourtant l'éclairer par l'idée suivante : le point de vue matériel concerne le contenu de la Constitution, le système politique auquel elle fait appel. Les problèmes essentiels que ce point de vue pose sont donc des problèmes *politiques*. Au contraire, le

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ Georges Vedel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Licence 1ère année, Les cours de droit, 1960-1961, p. 524.

¹⁷⁶ On se rapproche ici de certaines positions défendues par Carré de Malberg pour qui : « en droit, le critérium qui permet de discerner les lois constitutionnelles des lois ordinaires, réside uniquement dans un élément de forme : la notion de Constitution est purement formelle ». Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, Sirey, 1922, tome II, p. 572.

point de vue formel pose surtout des problèmes *juridiques* : qu'est ce qui distingue la Constitution des lois ordinaires, quelle sanction donner à la violation de la Constitution par une loi ordinaire, etc.¹⁷⁷ ?

Le propos n'est pas démonstratif et n'explique pas comment s'articule la distinction entre le politique et le juridique. Ne parvenant pas à « l'expliquer de façon abstraite », c'est-à-dire à la fonder théoriquement, Vedel se contente de poser l'équation suivante : « contenu = politique ; forme = juridique » afin d'en déduire le caractère juridique du point de vue formel et le caractère politique du point de vue matériel. S'il « mobilise une ressource classique, dans la doctrine positiviste, qui consiste à mettre à son profit la distinction entre le juridique et le politique »¹⁷⁸, il est regrettable que Vedel ne soit pas en mesure de nous dévoiler le fondement de cette distinction et de préciser *pourquoi* le contenu ne poserait que des problèmes politiques et la forme des problèmes juridiques. Ce qui se présente ici sous forme de postulat nous semble encore procéder d'une logique kelsenienne intériorisée. Kelsen prend en effet acte que le contenu du droit est impur en ce qu'il est toujours imprégné par des valeurs, déterminé par des choix politiques et saturé d'idéologie. En conséquence, la pureté recherchée par Kelsen pour fonder la science du droit ne saurait être trouvée dans le contenu des normes. C'est alors tout naturellement qu'à « l'impureté du contenu des normes, s'oppose selon Kelsen, la pureté de leur structure formelle »¹⁷⁹ ; le point de vue procédural permet de rompre avec le contenu idéologique de la norme, l'abstraction et l'indépendance de la forme vis-à-vis du contenu fournit l'assise à une science prétendant à la pureté.

La distinction entre le point de vue matériel et le point de vue formel est originaire et cruciale car elle commande les caractéristiques attribuées à la notion juridique (c'est-à-dire formelle) de la constitution.

Cette conception formelle suppose en premier lieu le caractère écrit de la constitution. En effet, ce qu'il ressort de la définition de la constitution du point de vue formel lorsque Vedel parle d'un « acte » au singulier, terme qui doit être entendu comme renvoyant à un document écrit. Il prend bonne note du fait qu'il est empiriquement constatable que, dans la « très grosse majorité des cas à notre époque »¹⁸⁰, la constitution se présente sous forme d'un document écrit -relevant au passage le seul contre-exemple que constitue l'Angleterre. Il présente donc une opposition canonique entre « constitution écrite » (*principe*, modèle de référence presque unanimement accepté) et « constitution coutumière » (*exception*, modèle rare et propre à un ordre juridique particulier). Cette « fausse opposition »¹⁸¹ se présente classiquement sous la plume de Vedel comme un couple antagonique car les deux membres de ce derniers ne pourraient coexister. La pensée de Vedel procède ici par une logique disjonctive-exclusive d'après laquelle ces deux qualités ne pourraient se réunir. Vedel refuse conséquemment toute place à la coutume dans

¹⁷⁷ Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, réédité chez Dalloz, 2002, p. 113.

¹⁷⁸ Olivier Beaud, « Le cas français : l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle », *Jus politicum*, n°18, 2017, p. 105.

¹⁷⁹ Alexandre Viala, *Philosophie du droit*, Ellipses, 2019, p. 108.

¹⁸⁰ Georges Vedel, *op. cit.*, p. 119.

¹⁸¹ Armel le Divellec, *op. cit.*, p. 730.

des systèmes juridiques de droit écrit. En premier lieu, il considère que la coutume ne peut jamais être la source de règle supra-constitutionnelles en affirmant que :

[...]si l'on n'admet pas le droit naturel sous l'une ou l'autre de ses formes, l'on ne conçoit pas comment, à la supposer acquise, une coutume acquerrait une force juridique telle qu'elle lierait le pouvoir constituant lui-même. Or, si l'on admet que certaines coutumes ont un caractère supra-constitutionnel, la modification de leur contenu est interdite par définition au pouvoir constituant et, *a fortiori*, à toutes les autorités et à tous les individus. [...] En réalité l'idée de coutume supra-constitutionnelle n'est qu'un moyen malheureux pour réintroduire le droit naturel dans le système juridique¹⁸².

En second lieu, la coutume ne peut pas être non plus considérée comme la source d'un droit de simple valeur constitutionnelle. Vedel accepte dans un premier temps le fait que « la vie est plus forte que les textes »¹⁸³ et que certaines nécessités politiques conduisent à tolérer des « égratignures, sinon des atteintes à la Constitution »¹⁸⁴. Mais, reprenant sa distinction entre la pratique et le droit, il considère que telles constatations ne sont pas juridiques et évite ainsi le problème. Enfin, il refuse fermement la thèse de la modification de la constitution par une pratique répétée suffisamment longtemps. Cela signifierait en effet que « toute Constitution écrite et même tout système de droit écrit ne vaut que comme formulation de règles coutumières sous-jacentes et perd sa valeur dès lors qu'il est en désaccord avec les transformations de celles-ci. L'idée est insoutenable »¹⁸⁵. Se dévoile ainsi une « présentation habituelle du couple constitution coutumière/constitution écrite » qui se formule « en termes d'alternative ; l'une exclurait [...] l'autre »¹⁸⁶. Si Vedel n'insiste pas sur la notion d'écrit dans l'élaboration de sa notion de constitution formelle, elle est pourtant cruciale à la bonne compréhension de son concept de constitution. En effet, il importe, « de souligner la valeur (idéale) en soi de l'écrit, que le préjugé doctrinal contemporain en faveur de la rigidité a fait quelque peu oublier »¹⁸⁷ en ce qu'il atteste « de la solennité du pacte entre personnes libres décidant de fonder un corps politique »¹⁸⁸. La place centrale de l'écrit, qui est si bien enracinée

¹⁸²Georges Vedel, *op. cit.*, p. 121.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶Armel Le Divillec montre bien le caractère insoutenable d'une telle opposition se présentant sous forme d'alternative. D'une part, « la Constitution britannique, toujours désignée comme l'exemple même (pour ne pas dire : le «plus pur») du type coutumier, comprenait depuis longtemps certains textes, en particulier depuis la Glorieuse Révolution de 1688 », et d'autre part, « le Canada, l'Australie, l'Irlande et même la Nouvelle-Zélande possèdent, au contraire (en apparence) de la mère patrie, une « constitution écrite » (et même une « constitution formelle», comme on le verra plus loin), mais celle-ci se combine avec l'esprit coutumier hérité de Westminster. Ces textes n'ont pas la (folle et illusoire) prétention à la complétude mais tentent de s'articuler aux règles coutumières préexistantes ». Armel le Divillec, *op. cit.*, p. 731-732.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 745.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 746. Sur ce point, Esmein qui consacre un long chapitre de ses à « La théorie des constitutions écrites » exprime nettement cette idée « les hommes du XVIII^e siècle considéraient volontiers une constitution nouvelle édictée par la souveraineté nationale comme un véritable renouvellement du contrat social : il fallait donc en rédiger les clauses dans la forme la plus solennelle et la plus complète ». Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Editions Panthéon-Assas, 2001, p. 566.

dans nos représentations juridiques, a partie prenante avec un certain *volontarisme* juridique au fondement de notre perception du droit. Le droit moderne est conçu comme un *artifice*, et ne trouve ainsi sa légitimité dans aucune source qui lui serait extérieure¹⁸⁹ : il est produit consciemment par l'homme, qui s'oblige lui-même à le respecter. Ni les cieux, ni la nature ; ni l'histoire, ni la tradition, ne peuvent fonder sa légitimité. Seul le droit *positif*, c'est-à-dire le droit posé par une collectivité d'elle-même est considéré comme du droit :

c'est précisément dans le fait qu'il est « posé » par la volonté humaine que réside, par rapport au droit naturel, la « positivité » d'un droit ; c'est un fondement de validité essentiellement étranger au droit naturel, précisément parce que celui-ci, en tant qu'ordre « naturel », n'est pas produit par l'homme, et qu'il est même considéré comme ne pouvant être le produit d'un acte humain¹⁹⁰.

C'est bien à cette vision volontariste d'un droit posé consciemment que répond la valeur du texte dans l'œuvre de Vedel. Le refus de la coutume et du droit naturel exprime ce double refus d'une source du droit *inconsciente* (la coutume) ou *extérieure* à la volonté humaine (le droit naturel). Ainsi, « le droit écrit est celui qui tire son autorité de ce qu'il est édicté par un organe déterminé », de sorte que Vedel ajoute assez finement qu'il « ne faudrait donc pas opposer droit écrit et droit coutumier, mais droit édicté à droit coutumier¹⁹¹ ».

De fait, c'est bien la production du droit que l'écrit permet de cristalliser, de réguler et donc de maîtriser en l'enfermant dans une *procédure écrite déterminée*. La forme écrite apparaît alors comme une condition fondamentale à la pensée formelle de la constitution. Le point de vue procédural *suppose* en effet au préalable qu'un *texte* soit adopté et puisse être modifié. En effet, la centralité de la procédure n'a de sens que dans un système largement réglé par l'écrit. Or, la notion formelle de la constitution élaborée par Vedel repose fondamentalement sur une vision procédurale de la constitution. Précisément, il ressort de sa définition formelle que ce qui fonde la spécificité de la constitution est en dernière instance la « valeur supérieure »¹⁹² de sa procédure d'édition ou de modification, c'est-à-dire ce qu'il convient d'appeler sa *rigidité*. Cette notion de rigidité témoigne également de cette logique disjonctive en ce qu'elle est inévitablement opposée à son pendant conceptuel antagonique : la notion de souplesse. Une constitution pourrait ainsi être souple ou rigide, ces deux qualités s'excluant :

[...] une Constitution rigide est celle qui ne peut être révisée que par des organes et selon une procédure distincts de ceux auxquels on a recours pour les lois ordinaires. Dès lors, on voit que, dès qu'il y a une Constitution au point de vue *formel*,

¹⁸⁹Comme le note Simone Goyard-Fabre, « la philosophie soulignera le rôle primordial de l'homme comme instituteur du droit, ce qui provoquera le basculement des thèses jusnaturalistes traditionnelles ». Simone Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, PUF, 1992, p. 67.

¹⁹⁰Hans Kelsen, « La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique », *Théorie générale du droit et de l'État*, LGDJ, 2010, p. 438.

¹⁹¹Georges Vedel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Licence 1ère année, Les cours de droit, 1960-1961, p. 530.

¹⁹²Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, réédité chez Dalloz, 2002, p. 112.

il y a nécessairement rigidité, puisque la Constitution se définit du point de vue formel comme la règle de droit qui est édictée selon des formes spéciales¹⁹³.

La définition formelle de la constitution est ainsi entièrement absorbée par le problème procédural, qui n'en est pourtant qu'une facette. Selon les termes de Luc Heuschling, « l'adjectif « formel » change ici de sens : identifié d'abord à la forme (écrite ou non-écrite) de l'*instrumentum*, le mot renvoie ensuite au régime juridique « formel » de droit positif (rigidité/souplesse) »¹⁹⁴. Cette importance conférée à la spécificité de la procédure d'adoption ou de modification de la constitution s'inscrit dans une longue tradition formaliste. Kelsen, dans sa *Théorie pure du droit* caractérisait ainsi la « forme constitutionnelle » par les « dispositions aux termes desquelles les normes contenues dans ce document ne peuvent pas être abrogées ou modifiées de la même façon que les lois ordinaires, mais seulement par une procédure particulière, à des conditions de difficultés accrues »¹⁹⁵. La procédure a en effet ceci de rassurant qu'elle permet de fournir un *critère* permettant de déterminer de manière *neutre* et *objective* quelles dispositions seraient constitutionnelles au sein d'un ordre juridique donné. Il suffirait pour cela de se reporter à sa procédure d'adoption ou de modification. A partir de là, l'attachement à la procédure est précieux car cette dernière permet justement d'expulser hors de l'analyse juridique tout ce qui pourrait venir troubler sa pureté et sa rigueur : à l'inquiétant flou s'attachant à la notion matérielle de constitution est opposée la limpide simplicité du critère procédural. Le juriste aurait ainsi à sa disposition un outil dont la clarté lui permettrait de ne pas s'aventurer dans les sables mouvants des jugements politiques : ne s'attachant pas au contenu, et n'ayant donc pas à qualifier quels en sont les « plus importants », c'est-à-dire n'ayant pas à porter de *jugement de valeur*, le juriste pourrait remplir sa mission d'observateur objectif par la voie d'une analyse purement juridique grâce à ce seul critère procédural.

La distinction entre constitution souple (qui est définie comme « celle qui peut être modifiée (révisée) par les mêmes organes et selon les mêmes procédures que les lois ordinaires »¹⁹⁶) et constitution rigide n'apparaît alors plus comme une subdivision de la notion formelle de constitution car seules les constitutions rigides appartiennent réellement à cette notion :

¹⁹³ *Ibid.*, p. 116.

¹⁹⁴ Luc Heuschling, « La Constitution formelle », Michel Troper, Dominique Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, 2012, p. 266.

¹⁹⁵ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, p. 225. L'on peut remonter encore plus loin et noter avec le professeur Armel Le Divellec que cette doctrine formaliste « semble en apparence fidèle aux promoteurs initiaux de la notion de constitution formelle, les auteurs allemands : à la suite de Laband, Jellinek écrivait ainsi en 1887 : « Au sens formel cependant, les lois constitutionnelles sont celles qui sont soumises à des formes plus difficiles relativement à leur modification, celles auxquelles, dès lors, revient une force législative formelle renforcée » », Armel Le Divellec, *op. cit.*, p. 742.

¹⁹⁶ Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, réédité chez Dalloz, 2002, p. 116.

Quand une Constitution est totalement souple, comme par exemple en Grande-Bretagne, cela veut dire en réalité, qu'il n'y a pas de Constitution au point de vue *formel* puisqu'aucune condition de forme ne différencie la révision constitutionnelle des modifications législatives ordinaires¹⁹⁷.

Vedel est ici représentatif de ces auteurs formant le courant doctrinal majoritaire et qui « assimilent en réalité constitution formelle et constitution rigide¹⁹⁸ ». Cette affirmation de Georges Vedel est pourtant étonnante si on la replace dans l'ensemble de sa pensée et si on en tire toutes les conséquences. Par exemple, il affirme que : la Grande-Bretagne se caractériserait par sa constitution entièrement souple ; qu'une dose minimum de rigidité est nécessaire pour caractériser une constitution formelle ; que seul le point de vue formel est un point de vue juridique ; que le point de vue matériel est un point de vue politique. Si l'on tire la conclusion logique de ce syllogisme, on en conclut naturellement que le système constitutionnel de la Grande-Bretagne ne pourrait aucunement faire l'objet d'une analyse juridique mais seulement d'une analyse politique. Il ne s'agit plus seulement d'affirmer que le point de vue purement juridique laisserait de côté un certain nombre d'éléments essentiels, mais bien d'affirmer l'impossibilité de l'existence même d'une analyse un minimum juridique.

Cet épuisement du problème formel par le traitement de la question procédurale est également problématique d'un point de vue conceptuel. Comme le note le professeur Armel le Divillec, « la question de la force (technique, si l'on peut dire) d'une constitution formelle vis-à-vis des autres lois est, conceptuellement, une question distincte de sa forme en soi et prise dans sa généralité »¹⁹⁹. Ce dernier montre que l'on ne peut fonder une théorie générale de la notion formelle de constitution à partir du seul critère procédural. L'histoire dément tout d'abord une telle assimilation : « nombreux furent les textes constitutionnels solennels, réunis dans un document unique, mais dépourvus du caractère rigide »²⁰⁰. De même, il n'existe aucune raison qui, en bonne logique, impose de lier la forme écrite de la constitution et son caractère rigide. Une telle assimilation revient à nier la valeur *en soi* du caractère écrit de la constitution qui est pourtant essentiel dans le cadre d'une modernité politique qui se caractérise par son volontarisme juridique. Cette focalisation sur la rigidité de la constitution, élevée comme point central de la définition

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ Armel le Divillec, *op. cit.*, p. 742.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 742-743.

²⁰⁰ Des exemples sont cités en abondance pour étayer cette thèse : « ce fut le cas des chartes des colonies anglaises d'Amérique du Nord, de plusieurs constitutions d'États de cette même Amérique dans leurs premières années, de la Constitution espagnole de Bayonne de 1808, des Chartes constitutionnelles françaises de 1814 et 1830, le Statut Albertin du Royaume de Piémont-Sardaigne de 1848, qui devient progressivement la Constitution du royaume d'Italie à mesure de son unification. Mais il en fut d'autres : celles du Royaume d'Espagne de 1834, 1837, 1845 et 1876, de petites principautés et Duchés allemands comme la Saxe-Meiningen (Const. du 4 septembre 1824, refondue le 23 août 1829), la Saxe-Altenbourg (Const. du 19 mars 1818 et 29 avril 1831), Anhalt (Const. du 31 août 1859), Reuss branche cadette (Const. du 14 mai 1852). De même les Constitutions de l'Afrique du Sud de 1909, 1961 et 1983, la première Constitution de l'URSS de 1918 (celle de 1936, en revanche, fut rigide), la Constitution de l'État libre d'Irlande de 1922 et celles de Nouvelle-Zélande (depuis 1947 et, aujourd'hui, pour l'essentiel, celle de 1986). » *Ibid.*, p. 743.

formelle alors qu'elle ne devrait n'en constituer qu'un aspect, s'explique par la conséquence qui est attachée à cette rigidité. C'est parce qu'elle permet d'assurer la hiérarchie de la constitution que la rigidité est survalorisée. Dit autrement, c'est parce que la rigidité fonde la supériorité de la constitution²⁰¹ qu'elle apparaît comme un élément central de la définition formelle de celle-ci.

L'approche formelle et procédurale (A) entraîne donc une définition de la constitution comme norme dotée d'un statut hiérarchique supérieur (B).

b) La constitution comme norme hiérarchiquement supérieure dans l'ordre juridique interne

La définition formelle de la notion de constitution donnée par Vedel induit une certaine idée de hiérarchie. En effet, en la définissant comme « l'acte qui ne peut être fait ou modifié que selon certaines procédures ayant une *valeur supérieure* aux autres procédures d'établissement des règles de droit »²⁰², le doyen fait de la supériorité hiérarchique de la constitution vis-à-vis des autres normes un élément caractérisant la constitution formelle. Pour être plus précis, on peut noter avec le professeur Olivier Beaud que sa définition repose sur une idée « assez surprenante » qui revient à hiérarchiser, non les normes issues de la procédure, mais les procédures elles-mêmes²⁰³. En effet, la formule de Vedel interpelle lorsqu'elle affirme que certaines procédures auraient une « valeur supérieure », tant il est difficile de concevoir ce qui permettrait d'attribuer une *valeur* à une procédure. Le projet sous-tendant cette définition cherche à fonder non pas une hiérarchie des procédures, projet étonnant, mais une hiérarchie des normes *à partir de la procédure*. Cette dernière est prise comme un critère permettant d'évaluer les valeurs respectives des normes à hiérarchiser. Cela apparaît clairement lorsque Vedel parle de la « suprématie de la Constitution » : son objectif est bien de fonder la suprématie de la Constitution et non pas celle de la procédure constitutionnelle²⁰⁴. Outre ces zones de flous syntaxiques, il n'en reste pas moins que l'idée de supériorité hiérarchique de la constitution formelle est un élément prépondérant de la définition de cette notion. Cette conception de la notion de constitution est selon nous alimentée par deux univers conceptuels distincts dont Vedel se fait conjointement l'héritier : la tradition faisant du pouvoir constituant un principe de légitimité de l'ordre juridique et de la hiérarchie des normes pensée en termes kelsenien.

La notion de pouvoir constituant est centrale chez Vedel. Elle est d'abord partie prenante de sa théorisation de la Constitution au point de vue formel :

²⁰¹« Juridiquement, ce n'est qu'autant que la Constitution est rigide qu'on peut parler de sa suprématie, puisque si elle n'est pas rigide, elle ne se distingue pas du point de vue formel des lois ordinaires », Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, réédité chez Dalloz, 2002, p. 117.

²⁰² *Ibid.*, p. 112. (nous soulignons).

²⁰³Olivier Beaud, « Le cas français : l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle », *Jus politicum*, n°18, 2017, p. 105.

²⁰⁴Et si l'on peut retorqueur que la constitution formelle est définie avant tout par sa procédure, il n'est pas possible de la réduire à cette dernière. Elle n'est pas une procédure mais l'ensemble de normes prises par la voie de certaines procédures spécifiques. La procédure est un critère d'identification de la constitution, pas la seule vérité de la constitution.

La première conséquence de la notion formelle de Constitution, c'est qu'il existe, tant au point de vue des organes que des formes, une compétence spéciale à laquelle on donne le nom de pouvoir constituant, qui est le pouvoir d'établir ou de modifier la Constitution.

[...]

Le pouvoir constituant a un caractère particulier : c'est que, manifestant la souveraineté de l'État dans sa plénitude, puisqu'il n'est pas autre chose que l'État édictant ses propres règles de structure et de fonctionnement, il est un pouvoir *originaire*²⁰⁵.

Cette définition apparaît d'abord comme une désubstantialisation du pouvoir constituant qui n'est pas pensé comme un sujet transcendant l'ordre juridique et ayant une existence concrète et indépendante de l'ordre juridique, mais comme une *compétence*. Le pouvoir constituant est alors compris comme une notion fonctionnelle et procédurale et est dépouillé de toute épaisseur ontologique : il n'appartient plus à l'ordre de la chair mais à l'ordre désincarné du droit. Ce cadre, très kelsenien, qui semble refuser de considérer l'existence d'une « entité mystique qui, dissimulée derrière le droit, commanderait sa création et lui donnerait force obligatoire »²⁰⁶ n'est pourtant pas le seul soubassement théorique de la pensée de Vedel. Cette dernière apparaît en effet tributaire de la tradition française du pouvoir constituant. Il reprend ainsi constamment la fameuse distinction des pouvoirs constituant et constitués qui a été forgée par Sieyès²⁰⁷. Il affirme donc que « les pouvoirs constitués, par opposition aux pouvoirs constituants, sont ceux qui tirent leur compétence de la Constitution elle-même »²⁰⁸. Le problème est alors que sa pensée, contrairement à ce que sa définition initiale du pouvoir constituant laissait entendre, est empreinte d'une vision substantielle de celui-ci. Le pouvoir constituant est perçu comme ontologiquement autosuffisant, comme un sujet conscient de lui-même et doté d'une volonté propre. Cette représentation du pouvoir constituant comme *sujet* et non comme *compétence* formelle apparaît clairement lorsque Vedel attribue au pouvoir constituant la capacité de *vouloir* :

Finale­ment dans cette perspective, le droit, ce n'est pas ce qu'a *voulu* le constituant ou le législateur mais le juge, qui est ainsi le dernier et irréfutable maître du sens de la règle. »²⁰⁹ ; ou encore, « Mais alors ce n'est plus la *volonté subjective* du constituant (c'est-à-dire le peuple) qui est invoquée²¹⁰.

²⁰⁵Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, réédité chez Dalloz, 2002, p. 114.

²⁰⁶Jacques Chevallier, « Souveraineté et droit », D. Maillard Desgrées du Loû (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, 2006, p. 205.

²⁰⁷En effet, l'utilisation du terme « compétence » n'est pas « anodin, car il désigne nécessairement une faculté juridiquement déterminée, limitée par la règle qui l'octroie ». Denis Baranger, « Un chantier qui ne prend jamais fin. Le juge, les révisions, et les autres formes de changement constitutionnel dans la France contemporaine », *Jus politicum*, n°18, 2017, p. 58.

²⁰⁸Georges Vedel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Licence 1ère année, Les cours de droit, 1960-1961, p. 534.

²⁰⁹Georges Vedel, « Préface », Guillaume Drago, Bastien François, Nicolas Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, p. XIV. (nous soulignons)

²¹⁰Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité », Conseil constitutionnel (dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, 1989, p. 45 (nous soulignons)

De telles formules, caractérisant le pouvoir constituant par un pouvoir de volonté témoignent d'une incapacité à penser le pouvoir constituant autrement que sous la forme d'un sujet. Le vouloir est en effet une capacité qui n'est concevable que s'il existe une conscience, c'est-à-dire un *sujet* capable de mettre en œuvre ce vouloir librement. Il est dépourvu de sens d'attribuer une volonté à une compétence : la compétence est bien plutôt la traduction juridique du pouvoir de volonté d'un sujet préexistant. Vedel s'inscrit alors dans le cadre d'une pensée classique du pouvoir constituant qui se représente le pouvoir constituant avant tout comme une *volonté* à l'instar d'un Sieyès qui posait le problème en ces termes : « il faut à la communauté une volonté commune ; sans l'*unité* de volonté, elle ne parviendrait point à faire un tout voulant et agissant »²¹¹. Cette pensée du pouvoir constituant amène Vedel à le penser classiquement comme un *auteur substantiel* de la constitution²¹². Surtout, Vedel considère que le pouvoir constituant est le Souverain : « Au nom de quelle investiture les neuf juges de la rue Montpensier pourraient-ils se substituer non seulement au législateur ou au gouvernement mais au pouvoir constituant, c'est-à-dire au Souverain ? ». Ce rapprochement de la notion de Souverain débouche sur une pensée du pouvoir constituant comme *principe de légitimité* de la constitution : la dignité du texte constitutionnel tient à ce qu'il est le lieu d'expression de la volonté du Souverain de sorte qu'il ne doit pouvoir être modifié que par ce dernier. « Or la légitimité du juge est au péril de ces dérives. Sa légitimité tient justement à ce que le juge constitutionnel n'est pas une source du droit ; il est un pouvoir constitué ». ²¹³ En effet, la notion de souveraineté a un « premier usage [...] relatif à son titulaire *légitime* »²¹⁴. En ce sens, elle est une notion juridique qui, dans le cadre d'une pensée volontariste propre à la modernité politique, « sert à désigner le titulaire légitime de la puissance susceptible [...] d'être imposée unilatéralement »²¹⁵. Ces représentations apparaissent clairement dans la théorie du lit de justice par laquelle Vedel entend nier la maîtrise de la constitution par le juge constitutionnel :

C'est pourquoi à tout moment, sans état d'âme, le constituant doit pouvoir briser ce qu'a décidé le juge et ceci en modifiant le texte constitutionnel sur lequel le juge s'est appuyé. [...] lorsque le Souverain, c'est-à-dire le constituant paraît, le pouvoir constitué s'incline.

L'image du lit de justice est particulièrement éloquente. Le rapprochement avec la figure du Roi trahit cette représentation d'un pouvoir constituant considéré comme un *sujet ontologiquement fondé et transcendant l'ordre juridique*. Le pouvoir

²¹¹ Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, 3e édition, 1789, p. 107.

²¹² « Une constitution ne pouvant être attribuée à une forme quelconque de génération spontanée, il convient d'en situer l'auteur », Claude Klein, « Le pouvoir constituant », Michel Troper, Dominique Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 3, Dalloz, 2012, p.14. Voir encore, Olivier Beaud : « Cette volonté ne peut jamais être le fait d'une entité impersonnelle, mais elle est toujours une décision prise par un individu ou un groupe d'individus doués de volonté, et donc capables de prendre des décisions », Olivier. Beaud, « Le Souverain », *Pouvoirs* n°67, 1993, p. 34-35.

²¹³ Georges Vedel, « Préface », Guillaume Drago, Bastien François, Nicolas Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, p. XIV.

²¹⁴ Eric Maulin, « Souveraineté », Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire culture juridique*, PUF, 2003, p. 1434.

²¹⁵ *Ibid.*

constituant est l'auteur d'une constitution par laquelle il manifeste sa volonté, il détient alors une entière maîtrise de cette dernière et est le seul à pouvoir la modifier ou l'abroger. Il fonde l'identité de la constitution et lui confère sa légitimité. Le pouvoir constituant apparaît alors comme davantage qu'une simple compétence, il est véritablement « notion de légitimation, qui -au-delà de la seule explication de son élaboration- fonde la validité normative de la constitution, et ensuite une notion constructive et dogmatique ayant pour but de stabiliser cette validité »²¹⁶. En outre, en tant que principe de légitimité de la constitution, le pouvoir constituant apparaît, conformément à la tradition initiée par Sieyès, préexister à l'ordre juridique²¹⁷. C'est ainsi qu'il est un pouvoir *originnaire* :

Au moment de l'établissement d'une Constitution, le pouvoir constituant n'est pas, du point de vue juridique, limité dans ses conditions d'action, puisque, par définition, il n'y a pas de Constitution applicable²¹⁸.

Le pouvoir constituant représente la force établissant la constitution et donc, conformément à une pensée artificialiste du droit, le principe de légitimité de la constitution. Il semble donc que constitution soit pensée comme hiérarchiquement supérieure aux autres sources du droit en raison de cette ontologie du pouvoir constituant. Vedel représente à cet égard bien la situation dépeinte par le professeur Armel Le Divellec :

En fin de compte, l'insistance de la doctrine (française, au départ, depuis Carré de Malberg, infléchissant la position de Laband et Jellinek, mais elle s'est, depuis, généralisée au-delà des Français) à faire de la rigidité (et du caractère supra-législatif) un élément inhérent à la notion formelle de constitution s'explique par l'exaltation de la théorie du pouvoir constituant²¹⁹.

En effet, c'est parce que le pouvoir constituant confère aux pouvoirs constitués leur légitimité que ces derniers ne peuvent agir que dans les limites définies par la Constitution. Pour que cette subordination soit effective il faut donc que cette dernière soit hors de portée des pouvoirs constitués. C'est ainsi qu'une procédure spécialement contraignante, assurant la rigidité de la constitution, fonde la suprématie de la constitution. Celle-ci ne peut être révisée par le législateur ordinaire mais seulement par un sujet spécifiquement compétent : le pouvoir constituant. La pensée politique très classique du pouvoir constituant est donc l'arrière-fond conceptuel qui mène Vedel à la supériorité hiérarchique de la constitution fondée sur une procédure spécifique. Pour le dire autrement, la hiérarchie des normes, dominée par la constitution, retranscrit ici une hiérarchie entre les organes édictant ces normes.

La suprématie de la Constitution est, outre cette imprégnation de la mystique constituante, également justifiée par le paradigme normativiste qui exacerbe la lo-

²¹⁶Böckenförde, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, LGDJ, 2000, p. 208.

²¹⁷Il affirme ainsi, en parlant de la Nation qui selon lui détient ce pouvoir constituant, qu'elle : « existe avant tout, elle est l'origine de tout ». Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers Etat* (chapitre V).

²¹⁸Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, réédité chez Dalloz, 2002, p. 114. L'on peut noter qu'il est alors difficile d'expliquer la définition de ce pouvoir par la notion de compétence car celle-ci induit en effet l'idée d'une norme fondant cette compétence.

²¹⁹Armel Le Divellec, *op. cit.*, p. 746.

gique de la hiérarchie des normes. Vedel affirme ainsi que : « le principe de la supériorité de la Constitution sur toute autre règle de droit de nature interne est donc un cas particulier du principe général de la hiérarchie des normes »²²⁰. Le postulat de la hiérarchisation claire du système juridique fournit l'axiome principal à Vedel et Delvolvé sur leur article relatif à la Constitution comme base du système juridique : « Nous partons de l'idée selon laquelle un système juridique est un ensemble de normes hiérarchisées ayant un certain contenu »²²¹. Cette idée de hiérarchie des normes trouve encore une fois sa « conception la plus élaborée et la plus répandue »²²² chez Kelsen. Pour lui, la pluralité des normes d'un ordre juridique est unifiée lorsqu'une norme unique fonde leur validité. De plus, l'« ordre juridique, n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques »²²³. Vedel se fait l'héritier d'une telle vision hiérarchiquement structurée de l'ordre juridique lorsqu'il affirme que l'on « peut se représenter le droit comme un ensemble de normes hiérarchisées entre elles »²²⁴ et que « tout ordre juridique repose sur une norme fondamentale »²²⁵. A partir de telles prémisses, il identifie la Constitution comme la norme qui unifie l'ordre interne car elle est celle qui confère validité à toutes les normes inférieures. Il s'agit-là de ce qu'il nomme le « principe de constitutionnalité, c'est-à-dire le principe selon lequel toute règle de droit interne doit être conforme à la constitution »²²⁶. Cependant, alors que l'approche kelsenienne distingue le rapport hiérarchique de type statique et celui de type dynamique²²⁷ et présente alors le droit comme un « système principalement dynamique »²²⁸, Vedel affirme que le rapport hiérarchique n'est pas d'une seule nature mais est à la fois formel et matériel. Ainsi, il ne suffit « plus de rechercher si l'établissement de [...] règles relève d'organes et de procédures déterminés directement ou indirectement par la Constitution, mais de savoir si, quel que soit leur auteur, ces règles se rattachent aux normes fondamentales définies et imposées par le texte constitutionnel »²²⁹. La hiérarchie porte à la fois sur le respect des procédures et sur le respect du contenu des dispositions constitutionnelles.

²²⁰Georges Vedel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Licence 1ère année, Les cours de droit, 1960-1961, p. 531.

²²¹Georges Vedel, Pierre Delvolvé, « La Constitution, base du système juridique », *Journées de la Société de législation comparée*, 1979, p. 111.

²²²Paul Amssele, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu.*, Dalloz, 2007, p. 984.

²²³Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 299.

²²⁴Georges Vedel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Licence 1ère année, Les cours de droit, 1960-1961, p. 534.

²²⁵*Ibid.*, P. 535.

²²⁶*Ibid.*, p. 531.

²²⁷« Selon le principe dynamique, le fondement de la validité des normes réside dans une norme d'habilitation, selon le principe statique dans une norme impérative », Michel Troper, *Philosophie du droit*, PUF, 2015, p. 80.

²²⁸*Ibid.*

²²⁹Georges Vedel, Pierre Delvolvé, « La Constitution, base du système juridique », *Journées de la Société de législation comparée*, 1979, p. 122.

Par l'importance qu'il donne au thème de la hiérarchie des normes, qui est central dans sa conception de la notion de constitution, Vedel relève de ces juristes qui « semblent, dans leur discours, comme hypnotisés par l'idée de hiérarchie des normes, censément être la clef d'explication de tout problème, de toute approche véritablement juriste de la constitution »²³⁰. C'est en effet par cette représentation kelsenienne de l'ordre juridique que Vedel va justifier la nécessité d'un contrôle juridictionnel de constitutionnalité. Il lie ainsi le contrôle de constitutionnalité à l'idée de hiérarchie :

Le contrôle de constitutionnalité, ce n'est pas autre chose que la vérification par une autorité compétente que ce principe de constitutionnalité est respecté, avec, comme sanction, la possibilité d'annuler ou de paralyser l'acte inconstitutionnel²³¹.

Vedel est donc particulièrement attaché au contrôle de constitutionnalité en ce qu'il garantit la supériorité de la notion de constitution. En témoignent de nombreuses formules : « Grâce à la Constitution de 1958 et au dynamisme constructif du Conseil constitutionnel, les normes du degré le plus élevé dans notre ordonnancement juridique ne sont plus des vœux pieux adressés à un Parlement souverain et leur respect est substantiellement sinon totalement assuré »²³² ou encore : « sous le régime de la Constitution de 1958, non seulement la suprématie de la Constitution demeure affirmée mais elle l'est avec plus de force qu'à un moment quelconque de l'histoire constitutionnelle française et, pour la première fois, un système efficace et réel de contrôle de constitutionnalité des lois fonctionne en France »²³³. Là encore Vedel se rattache à la « théorie normativiste [selon laquelle] la hiérarchie des normes implique la nécessité d'une justice constitutionnelle »²³⁴. Il reconnaît d'ailleurs à Kelsen le mérite d'avoir favorisé l'éclosion de la pratique de la justice constitutionnelle :

« Longtemps l'énorme effort, révolutionnaire sur bien des points, que fit Kelsen pour donner à la science du droit des prolégomènes sans défaut, a passé pour un modèle de recherche théorique, en soi admirable, mais dont l'impact sur la vie juridique était faible. C'était naturellement une erreur puisque, précisément, le

²³⁰Armel le Divellec, « La « supériorité » des normes « infra-constitutionnelles ». Ou : la concrétisation normative textuelle des constitutions formelles », *Révolution, Constitution, Décentralisation. Mélanges en l'honneur de Michel Verpeaux.*, Dalloz, 2020, p. 365.

²³¹Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, réédité chez Dalloz, 2002, p. 122. Une telle conception tend à faire du contrôle de constitutionnalité une « mesure purement technique : Il a pour objet de garantir, sur un plan formel, la structure hiérarchique de l'ordre juridique », Elizabeth Zoller, *Droit constitutionnel*, PUF, 2e édition, 1999, p. 153.

²³²Georges Vedel, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I) », *Cahiers du Conseil constitutionnels*, n°1, décembre 1996, accessible en ligne :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/exces-de-pouvoir-legislatif-et-exces-de-pouvoir-administratif-i>

²³³Georges Vedel, Pierre Delvolvé, *La Constitution, base du système juridique*, *Journées de la Société de législation comparée*, 1979, p. 111.

²³⁴Eleonora Bottini, *La sanction constitutionnelle. Etude d'un argument doctrinal*, Dalloz, 2016, p. 74.

théoricien du droit avait été l'un des inspirateurs du texte constitutionnel autrichien et l'un des artisans de sa mise en œuvre²³⁵. »

En effet, l'idée selon laquelle la suprématie de la constitution dans l'ordre interne impliquerait nécessairement un contrôle de constitutionnalité est déterminante dans la pensée de Kelsen pour qui « l'idée que la constitution doit être garantie semble découler simplement [...] de ce que la constitution est supérieure aux autres normes »²³⁶. Vedel s'inscrit ainsi dans la « vision kelsénienne du droit-sanction »²³⁷ qui fait de la sanction le critère de la juridicité en ce qu'elle assure l'efficacité du droit²³⁸.

Plus radicalement, Vedel estime que ce contrôle de constitutionnalité se doit d'être *juridictionnel*. Si Vedel reconnaît que ce contrôle de constitutionnalité peut être exercé par un organe politique, il affirme que :

Si l'on veut que le contrôle de la constitutionnalité des lois se fasse comme il doit se faire d'un point de vue juridique, il faut le confier à un organe juridictionnel, c'est-à-dire à un ou à des juges²³⁹.

Il considère, par exemple, que la juridicisation des droits de l'homme est due à leur intégration dans l'institution juridictionnelle :

les droits de l'homme ont attesté leur présence dans le développement d'institutions positives prenant la forme qui certifie le passage du politique ou du philosophique au juridique, celle de la juridiction²⁴⁰.

La dimension juridictionnelle étant un élément central dans le passage au juridique²⁴¹, Vedel s'inscrit dans la démarche doctrinale visant à fonder la juridicité du droit constitutionnel sur l'essor de la justice constitutionnelle. Ainsi, il écrit que :

²³⁵Georges Vedel, « Avant-propos », *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Economica, 1986, p. XV.

²³⁶Michel Troper, « Kelsen et la Cour constitutionnelle », *La controverse sur le « gardien de la constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Éditions Panthéon-Assas, 2007, p. 85.

²³⁷Cécile Guérin-Bargues, « Le droit politique entre normativisme et *soft law* : À propos de l'ouvrage d'Eleonora Bottini, La sanction constitutionnelle, étude d'un argument doctrinal », *Jus politicum*, n°18, juillet 2017, p. 383.

²³⁸D'un point de vue critique, l'on peut noter qu'une telle représentation du droit « fait de la juridicité de la norme une qualité qui lui vient de l'extérieur : le fait qu'elle soit assortie d'une sanction qui est celle de l'État », Gérard Timsit, « une définition systémale du droit », *Droits*, n°10, 1989, p. 94.

²³⁹Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, réédité chez Dalloz, 2002, p. 125.

²⁴⁰Georges Vedel, « Les droits de l'homme : quels droits ? quel homme ? », *Humanité et droit international. Mélanges René-Jean Dupuy*, Pedone, 1991, p. 350.

²⁴¹Ce qu'une partie non négligeable de la doctrine normativiste semble avoir intériorisé comme une évidence, comme en témoigne cette affirmation de Xavier Magnon : « Le droit constitutionnel est du droit : preuve en est, il a son juge. Aussi convient-il de se tourner vers celui-ci, comme c'est le cas en droit civil ou en droit administratif, pour établir la signification des énoncés constitutionnels », X. Magnon, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexion et tentative de reconstruction », *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 242.

[...] en l'absence d'un contrôle juridictionnel couvrant l'ensemble des activités des organes étatiques, le droit constitutionnel n'avait avant 1958 qu'un statut de droit positif très incomplet²⁴².

Le problème est que cette représentation²⁴³ fait dépendre la notion de droit d'un « modèle apriorique de la réglementation juridique auquel le droit positif devrait être conforme pour être du vrai droit ; on rejoint sur ce point les mirages chimériques du mode de pensée jusnaturaliste... »²⁴⁴. Une telle vision tend à réduire le droit au juridictionnel, alors même qu'il est possible de considérer que :

Le droit, ce n'est pas quelque chose de fait essentiellement pour le juge : les normes juridiques sont d'abord et fondamentalement des règles de conduite, des instruments éthiques pour diriger la conduite des individus ; ce ne sont pas simplement des instruments destinés à permettre au juge de juger après coup la conduite de ceux qui l'ont saisi de leur litige²⁴⁵.

En bref, le modèle normativiste de la hiérarchie des normes pousse Vedel à considérer la constitution comme une norme véritablement *juridique* car elle l'objet d'une sanction juridictionnelle de sorte que la justice constitutionnelle apparaît alors comme un élément central venant parachever la notion juridique de constitution.

La pensée normativiste et formelle de la constitution aboutit donc à appréhender la loi constitutionnelle est une norme spéciale (paragraphe 1). Elle pousse également à simplifier l'approche de la notion de constitution en en faisant une loi constitutionnelle autosuffisante (paragraphe 2).

2. Une loi constitutionnelle autosuffisante

L'autosuffisance de la loi constitutionnelle apparaît implicitement dans la théorie de l'interprétation de Vedel qui en fait un acte d'application de celle-ci (A). Enfin, cette pensée de l'autosuffisance s'affirme explicitement lorsque Vedel pense la constitution comme dénuée de lacunes (B).

a) L'interprétation comme acte d'application de la loi constitutionnelle

La théorie de l'interprétation de Vedel est totalement imprégnée par son tropisme textualiste et par certains présupposés hérités de la mystique constituante. La constitution étant pensée comme un texte par lequel le pouvoir constituant exprime avec clarté son dessein, le pouvoir interprétatif du juge doit être neutralisé

²⁴²Georges Vedel, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 650.

²⁴³Paul Amselek note par ailleurs que la conception liant droit et juridiction correspond à la croyance commune : « Il y a, de fait, une forte tendance dans l'opinion publique -chez « l'homme de la rue », comme on dit, le profane non spécialiste- à se représenter l'ensemble de l'expérience juridique sous la figure emblématique du juge et du procès : le droit est confondu avec la justice, l'instance judiciaire ou juridictionnelle et son symbole de la Balance », Paul Amselek, « Le « juridique » se réduit-il au « judiciaire » ou « juridictionnel » ? », version enrichie disponible en ligne : <http://www.paul-amselek.com/textes/juridique-judiciaire-jurisdiction.pdf>, p. 1.

²⁴⁴*Ibid*, p. 11.

²⁴⁵Paul Amselek, « Réflexions sur la notion de « sources du droit » », *Ecrits de philosophie du droit*, Éditions Panthéon-Assas, 2019, p. 240.

afin de ne pas dénaturer la volonté originare du souverain. L'interprétation est ainsi enclose dans un cadre qui serait délimité par le texte constitutionnel²⁴⁶.

La théorie de l'interprétation vise donc à rattacher toute décision du juge constitutionnel au texte écrit : « [le Conseil constitutionnel] réserve au pouvoir constituant la « puissance initiale » » et « s'interdit de reconnaître comme norme juridique de valeur constitutionnelle toute règle qui ne résulterait pas d'un texte de façon directe ou dérivée »²⁴⁷. Cette présentation vise tout d'abord à faire apparaître les normes de référence du contrôle de constitutionnalité comme un ensemble clos, autonome et bien délimité. C'est ce qu'il ressort d'une formule prenant la forme d'une maxime : « Toute la constitution, rien que la constitution, tel paraît être le champ des règles applicables par le juge constitutionnel français »²⁴⁸, lorsque l'on sait que « la Constitution dont le Conseil constitutionnel assure le respect est un texte écrit »²⁴⁹. Cette théorie de l'interprétation ancre donc la jurisprudence du juge constitutionnel sur des « textes [...] qui ont une valeur objective et permanente »²⁵⁰ et lui dénie ainsi toute indépendance vis-à-vis de ce dernier. Est ainsi récusé tout pouvoir créateur du juge constitutionnel :

Le Conseil constitutionnel manifeste lui aussi sa volonté de ne pas se reconnaître un pouvoir initial de création de normes nouvelles sous prétexte d'interprétation. Il a pris depuis assez longtemps l'habitude de rattacher, fût-ce au prix d'une interprétation très constructive toutes ses décisions à un texte de force constitutionnelle²⁵¹.

Surtout, ce rattachement au texte constitutionnel est pensé sur le modèle mécanique de la *déduction logique*, ce qui se remarque dans le recours fréquent à un champ lexical relatif à l'*application des textes* : le Conseil constitutionnel est ainsi dépeint comme « n'a[yant] fait qu'appliquer des textes »²⁵² cet état de fait étant conforme au devoir du juge face à « des textes *qu'il avait à appliquer* »²⁵³. Cette

²⁴⁶Elle s'inscrit en cela dans le paradigme du « modèle descriptif de constitution comme norme » au sein duquel les auteurs « représentent habituellement l'interprétation constitutionnelle, comme l'interprétation de la loi, comme une espèce du genre interprétation juridique, cette dernière étant généralement définie comme une attribution de signification à un texte normatif ». La spécificité de l'interprétation constitutionnelle est ainsi peu mise en avant. Paolo Comanducci, « Epistémologie », Michel Troper, Dominique Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Tome I, Dalloz, 2012, p. 27.

²⁴⁷Georges Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, novembre 1993, p. 82.

²⁴⁸Georges Vedel, « Le précédent judiciaire en droit public français », *Journées de la Société de législation comparée*, vol. IV, 1984, p. 283

²⁴⁹Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité » », Conseil constitutionnel (dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989, p. 51.

²⁵⁰Georges Vedel, « Neuf ans au Conseil constitutionnel », *Le Débat*, n°55, 1989.

²⁵¹Georges Vedel, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I) », *Cahiers du Conseil constitutionnels*, n°1, décembre 1996, accessible en ligne :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/exces-de-pouvoir-legislatif-et-exces-de-pouvoir-administratif-i>

²⁵²Georges Vedel, « Préface », Guillaume Drago, Bastien François, Nicolas Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, p. XV.

²⁵³*Ibid.*, p. XII. (nous soulignons)

importance donnée à la mission d'application des textes illustre bien que Vedel hérite d'une théorie de l'interprétation pensée comme un acte de connaissance. Celle-ci est parfaitement représentée par les formules de René Chapus selon lesquelles « le juge explicite ce qu'a voulu l'auteur de la norme et c'est ce dernier qui s'exprime par la voix du juge »²⁵⁴ de sorte qu'interpréter c'est « représente[r] le contenu même de l'acte en cause »²⁵⁵. L'office juridictionnel se présente ainsi comme une œuvre de *médiation transparente* : le texte ne pouvant s'appliquer lui-même, la médiation du juge serait nécessaire mais celle-ci serait transparente car elle ne ferait que déduire une solution qui serait déjà contenue par le texte de référence²⁵⁶.

Cette théorie de l'interprétation trouve son origine dans la pensée révolutionnaire du pouvoir constituant. En effet, dès lors que la constitution est le produit du pouvoir constituant, qui est le souverain, cette dernière ne peut être modifiée que par ce même pouvoir constituant en raison du principe de parallélisme des formes. Ainsi, la constitution étant l'expression d'un pouvoir constituant souverain, cette dernière ne peut être modifiée par le juge constitutionnel qui est un pouvoir constitué. Or, une interprétation *créatrice* reviendrait à une modification de fait de la constitution, et permettrait au juge constitutionnel de censurer la loi, pourtant expression de la volonté générale, en dehors de la légitimité octroyée par le texte constitutionnel. Vedel explique ainsi que :

[...] le Conseil constitutionnel ne partage pas le pouvoir constituant et n'exerce qu'un pouvoir constitué. Ou, si l'on préfère encore, détenteur d'un large pouvoir d'interprétation des normes de valeur constitutionnelle il ne détient aucune compétence initiale pour créer une norme²⁵⁷.

C'est cette place de pouvoir constitué qui explique que la création normative par voie interprétative représente un réel tabou. Une telle liberté interprétative ne peut être lue, dans cette perspective, que comme un abus de pouvoir, une échappée illégitime du juge hors de la place qui lui est attribuée par la Constitution. C'est à un tel imaginaire que fait écho la notion de « gouvernement des juges » qui est brandie par Vedel comme un repoussoir à chaque fois qu'il entend asseoir sa théorie de l'interprétation. En attestent les extraits suivants :

²⁵⁴René Chapus, « De la soumission au droit des règlements autonomes », *L'administration et son juge*, PUF, 1999, p. 106.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶Plus profondément, le professeur Olivier Jouanjan note : « si l'État de droit paraît trouver son aboutissement dans la figure du juge, c'est que le juge semble une puissance effacée capable de donner corps à l'idée d'un pur gouvernement des normes. Mais les normes ne s'interprètent ni ne s'appliquent elles-mêmes et les théories modernes de l'interprétation signalent l'existence d'un moment créateur, producteur, dans l'opération juridictionnelle qui interdit de la réduire à un simple automatisme logique. Il en résulte que la juridictionnalisation la plus complète du droit public que tend à imposer la logique de l'État de droit ne peut être présentée sous la forme angélique d'un règne pur et abstrait du droit ; elle ne rature pas purement et simplement la domination politique [...] », Olivier Jouanjan, « État de droit », *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 652.

²⁵⁷Georges Vedel, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I) », *Cahiers du Conseil constitutionnels*, n°1, décembre 1996, accessible en ligne :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/exces-de-pouvoir-legislatif-et-exces-de-pouvoir-administratif-i>

Or, du moins à notre sentiment, la vraie pierre de touche du « gouvernement des juges » se trouve dans la liberté que le juge constitutionnel s'octroie non d'appliquer la Constitution ou de l'interpréter même de façon constructive, mais, sous quelque nom que ce soit, de la compléter sinon de la corriger par des règles qui sont sa propre création, fussent-elles débordantes de bonnes intentions²⁵⁸. Le gouvernement des juges commence quand ceux-ci ne se contentent pas d'appliquer ou d'interpréter des textes, mais imposent des normes qui sont en réalité des produits de leur propre esprit²⁵⁹.

En effet, la philosophie volontariste qui préside à la théorie du pouvoir constituant détache le droit de toute source de légitimité qui serait extérieure à la volonté humaine : le droit est un artifice qui tire sa légitimité du fait qu'il est créé par l'homme en toute *conscience*²⁶⁰ et qu'il est *reconnu* comme tel par les hommes. Rompant avec toute transcendance, la modernité juridique ne conçoit aucun au-delà qui fonderait l'autorité du droit : ni Dieu ni l'ordre naturel ne peuvent plus asseoir sa légitimité. Le seul foyer de légitimité est alors la volonté humaine ayant institué le droit, c'est-à-dire le pouvoir constituant. Cette philosophie volontariste conduit nécessairement à un *relativisme* car elle ne reconnaît plus d'absolu : le droit n'existe plus comme Idée ontologiquement fondée et extérieure au monde des hommes. Dès lors, le juste ne peut plus être atteint par la rationalité ou les vertus contemplatives du seul juge mais est déterminé entièrement par le souverain. La justice que doit découvrir le juge est alors celle qui a été posée par la volonté consciente du Souverain et, par conséquent, est donc réalisée lorsque le juge est parvenu à retrouver le sens que revêt l'acte constituant. L'unique pôle de légitimité est donc la volonté exprimée par le pouvoir constituant, de sorte que le juge ne peut s'en défaire sans usurper le titre de légitimité qui lui est conféré en tant que pouvoir constitué. C'est ce qu'exprime Vedel lorsqu'il affirme, avec son sens de la formule bien frappée, que « le juge constitutionnel a reçu la sainte ampoule de la légitimité le jour où le constituant lui a rappelé qu'il était un pouvoir constitué »²⁶¹ :

Au nom de quelle investiture les neuf juges de la rue Montpensier pourraient-ils se substituer non seulement au législateur ou au gouvernement mais au pouvoir constituant, c'est-à-dire au Souverain ? Dans ses interprétations construc-

²⁵⁸Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité », Conseil constitutionnel (dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989, p. 63.

²⁵⁹Georges Vedel, « Neuf ans au Conseil constitutionnel », *Le Débat*, n°55, 1989, disponible en ligne sur le site du conseil constitutionnel : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/neuf-ans-au-conseil-constitutionnel>

²⁶⁰En cela la doctrine classique nous semble reposer *in fine* sur une philosophie exaltant la conscience. Elle adhère à une représentation de l'homme comme maître absolu de ses actes et apparaît comme imperméable à la blessure narcissique infligée par les « Maîtres du soupçon » qui représentent l'Homme comme mû avant tout par des tendances profondes et inconscientes. Le droit ne serait que pur produit de la conscience et déterminé par la seule volonté humaine. Le moment constituant est alors vu comme l'acte conscient par excellence, portant avec éclat un projet dont le sens univoque est affirmé aux yeux de tous, faisant apparaître en pleine lumière une *intention* claire et déterminée par la seule volonté d'un sujet sûr de son projet.

²⁶¹Georges Vedel, « Propos d'ouverture », *La constitutionnalisation des branches du droit*, *Economica*, 1998, p. 18.

tives, le juge constitutionnel français s'est tenu très exactement à sa mission juridictionnelle et non pas à la mission prétendue de créateur initial de la règle de droit²⁶².

L'artificialisme prenant acte d'une désertion des cieux divins et du mutisme de l'opaque nature, l'homme ne peut être guidé que par lui-même, de sorte que le droit est institué à partir la seule volonté humaine. Le pouvoir constituant étant ce pouvoir instituant, « l'interprétation doit permettre de retrouver ce que voulait ordonner ce souverain »²⁶³. La Constitution apparaît alors comme l'expression de la volonté de ce souverain, le juge doit donc se contenter de *répéter* cette volonté déjà exprimée :

[...] l'organe chargé de contrôler la constitutionnalité des lois, n'oppose pas à la prétendue volonté nationale la sienne propre, mais *la Constitution qui est l'expression la plus solennelle et plus vigoureuse de la volonté nationale*²⁶⁴.

La Constitution apparaît clairement comme *l'expression de la volonté du pouvoir constituant* (en l'espèce, la Nation). La constitution comme texte écrit est alors pensée comme ayant cristallisé une vérité dont le sens serait déterminé, figé et connaissable. La théorie de l'interprétation vedélienne qui se dévoile appartient ici au modèle de « la science des Modernes » dégagé par B. Frydman dans lequel « le droit prend sens à partir de sa source, entendue ici comme l'intention de l'auteur manifestée dans un texte. Grammaire et logique aidant, il faudra remonter, éventuellement par delà le sens clair, jusqu'à cette volonté originelle qui fait le droit »²⁶⁵. Dès lors, la pensée de la constitution comme *texte* est survalorisée : ce dernier est le lieu d'édition du droit, le support manifestant la maîtrise de sa production, l'objectivisation d'un projet conscientisé. Par cette sacralisation du texte, Vedel appartient bien à cette doctrine classique qui nous semble plus profondément être rattachée à ce que Barthes nommait la philosophie de *l'auteur-dieu* dont les écrits seraient porteurs d'un « message » sur le modèle de la communication théologique²⁶⁶. Ayant intériorisé ces représentations, la doctrine majoritaire française tend à réduire la notion de constitution au *texte constitutionnel* qui, soutenu par une « réelle présence »²⁶⁷, contiendrait une vérité constitutionnelle que le juge se contenterait de dévoiler au gré de sa jurisprudence. Ce paradigme est révélée, selon le

²⁶²Georges Vedel, « Préface », Guillaume Drago, Bastien François, Nicolas Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, p. XII.

²⁶³Antoine Basset, *Pour en finir avec l'interprétation. Usages des techniques d'interprétation dans les jurisprudences constitutionnelles française et allemande*, Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 9.

²⁶⁴Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, réédité chez Dalloz, 2002, p. 112.

²⁶⁵Xavier Dijon, « Benoît Frydman, *Le sens des lois, Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*. Coll. Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2005, 696 p. », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2005/2, Volume 55, p. 274.

²⁶⁶Roland Barthes, « La mort de l'auteur », *Manteia*, 1968.

²⁶⁷Selon le titre du livre de Georges Steiner dans lequel il recherche une « présence théologique, ontologique ou métaphysique [rendant]— crédible l'affirmation qu'il y a « quelque chose dans ce que nous disons. » ». Il est alors intéressant de noter que la vulgate constitutionnelle rejoint ici une conception théologique du langage comme foyer d'une vérité. Ce qui se paye ontologiquement par le postulat d'une alliance entre le mot et le monde, et donc, par la croyance en une certaine transcendance garantissant ce mariage.

professeur Denis Baranger, par « une orientation contemporaine majeure du droit constitutionnel, selon laquelle *il n’y a plus – il ne doit plus y avoir – de différence entre ce qu’énonce le juge et ce que contient la constitution* »²⁶⁸.

La séquence logique est cohérente : l’ordre juridique n’étant légitime que parce qu’il est soutenu par le pouvoir constituant et ce dernier exprimant sa volonté dans le texte constitutionnel, la jurisprudence du juge -qui tient sa légitimité au fait qu’il soit un pouvoir constitué- doit nécessairement être rattachée à ce texte. L’interprétation jurisprudentielle est alors envisagée comme une application, un dévoilement ou une répétition d’une volonté déjà-là, déjà contenue dans le texte.

Vedel développe tout un argumentaire visant à accréditer une telle construction théorique en niant constamment le pouvoir créateur du juge. Cela passe avant tout par le fait que le juge constitutionnel est tenu par sa mission de faire respecter des sources préalablement délimitées par le souverain :

la plus sûre garantie de la stabilité, sinon de la pérennité de la jurisprudence constitutionnelle se trouve dans le fait que le Conseil constitutionnel, largement mis en garde contre le danger du “gouvernement des juges”, ne s’estime pas maître des sources du droit constitutionnel²⁶⁹.

Les sources se présentant sous la forme d’un « bloc en quelque sorte « hermétiquement clos », parfaitement scellé et dont les frontières sont à la fois correctement délimitées et parfaitement protégées contre les incursions extérieures »²⁷⁰, le Conseil constitutionnel n’exercerait aucun pouvoir de création de normes et se bornerait à appliquer un ensemble de normes stable et bien défini. La source serait ainsi un point de référence fixe, un fondement pérennisé par son inscription dans le marbre du texte, qui fournirait une assise stable au développement de la jurisprudence du juge constitutionnel. Une telle doctrine s’est vue confrontée à l’indéniable mutabilité des sources constitutionnelles lorsque le Conseil a commencé à dégager des *principes* dont le lien de rattachement au document constitutionnel semblait plus délicat à établir.

L’épineux problème s’est d’abord posé lorsque le Conseil constitutionnel a reconnu aux Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République leur caractère de normes de référence du contrôle de constitutionnalité, à partir de la décision n°71-44 DC « liberté d’association ». Cette catégorie de principes était certes inscrite dans le préambule de 1946, mais son contenu était vide, de sorte qu’en en faisant une norme de référence de son contrôle, et en se donnant la compétence pour les « dégager », le Conseil constitutionnel semblait s’accorder un pouvoir normatif s’apparentant à un pouvoir créateur. En effet, le Conseil définissait lui-même les critères de reconnaissance de tels principes et se donnait ainsi librement la capacité d’élargir ou de restreindre le périmètre des sources constitutionnelles. Le contre-argument utilisé par Vedel, mais également par Favoreu, est simple. Il consiste à rapatrier entièrement cette notion du côté des sources de droit écrites : « il fallait en effet dire tout à la fois, et comme si cela relevait de l’évidence, que le juge produit des normes de valeur constitutionnelle et que ces normes ne sont pas

²⁶⁸Denis Baranger, « Comprendre le « bloc de constitutionnalité » », *Jus politicum*, n° 20-21, 2018, p. 106.

²⁶⁹Georges Vedel, « Le précédent judiciaire en droit public français », *Revue internationale de droit comparé*, Journées de la société de législation comparée, volume 6, 1984, p. 287

²⁷⁰Denis Baranger, *op. cit.*, p. 115.

son œuvre, mais qu'elles sont directement tirées de la source positive qu'est la constitution formelle »²⁷¹. C'est ainsi que Vedel affirme que « malgré les à-peu-près de vocabulaire et les contresens », les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République « sont en réalité des composantes du droit écrit »²⁷² en ce que leur valeur constitutionnelle a été attribuée par le Préambule de 1946. Surtout, Vedel prend soin d'affirmer que le Conseil constitutionnel a fait de cette notion un usage fort raisonnable :

A tort, l'on a considéré que le Préambule ouvrait au Conseil constitutionnel un large pouvoir de création de normes autonomes dont le rattachement à une pratique législative antérieure pourrait être fort lâche. Mais la jurisprudence du Conseil constitutionnel a fait de ces dispositions un usage rigoureux pleinement conforme aux exigences du Préambule : exigence de textes législatifs de référence, exigence de la continuité de la législation dont le principe serait tiré, exigence du caractère républicain de cette législation et du caractère fondamental du principe par rapport à l'idée républicaine, antériorité de la législation par rapport au Préambule de 1946²⁷³.

Ainsi, deux arguments sont constamment invoqués pour nier le caractère créateur de la jurisprudence relative aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : la reconnaissance de cette notion dans le texte constitutionnel ; et la prudence du juge constitutionnel qui a circonscrit son utilisation par des critères strictes. Cela permet à Vedel de conclure qu'il « [...] est donc clair que ceux-ci ne constituent pas une source formelle étrangère au droit écrit et ne s'analysent pas en une manifestation du pouvoir normatif du juge »²⁷⁴.

L'argumentation n'est pourtant pas évidente. Le premier argument relatif à la présence de la notion dans le texte constitutionnel masque en effet le fait que le contenu de cette notion est laissée dans l'indétermination par ce dernier : aucun critère de reconnaissance de ces principes, formel ou matériel, n'est présent dans le texte. Dès lors, il revient au Conseil constitutionnel de dégager par lui-même ces critères, « il définit leur pedigree, c'est-à-dire les critères formels de leur validité »²⁷⁵. Ce faisant, le juge influe nécessairement sur le contenu des sources qu'il doit utiliser : en étant libre de déterminer des critères de reconnaissance plus ou moins lâches, il a le pouvoir de se donner à lui-même un ensemble de sources plus ou moins abondant. Le pouvoir de création normative dont dispose le juge constitutionnel semble ici difficilement contestable. On tombe alors sur le deuxième argument. Afin de démontrer l'inexistence du pouvoir de création normative du Conseil constitutionnel, Vedel a recours à un jugement sur la pratique de ce dernier, sur l'*usage* que ce dernier fait du pouvoir de déterminer les critères de reconnaissance des principes. L'argument nous semble ici inadéquat. En effet, il n'est pas contradictoire de disposer d'un pouvoir tout en faisant un usage restreint de ce dernier.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 107.

²⁷² Georges Vedel, « Introduction », *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996, p. 7.

²⁷³ Georges Vedel, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 666.

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ Denis Baranger, *op. cit.*, p. 112.

Ainsi, le juge peut bien faire un usage raisonnable de son pouvoir de création normative, il n'en est pour autant pas moins vrai qu'il détient un tel pouvoir.

Deuxièmement, Vedel prend acte qu'il arrive que le Conseil constitutionnel « invoque un principe général sans faire référence à un texte constitutionnel ni aux « lois de la République » »²⁷⁶. Le rattachement au texte constitutionnel passe alors par une théorie laissant plus de place à la part constructive du juge dans son interprétation :

Il s'agit de règles formulées ou impliquées par les textes constitutionnels et prises comme telles par le Conseil constitutionnel, par exemple la séparation des pouvoirs, la liberté d'aller et de venir, la protection de la santé et de la sécurité des personnes et des biens. *Dans tous ces cas le rattachement à un ou plusieurs textes écrits de valeur constitutionnelle est tellement aisé que l'absence de référence à ces textes répond à une simple facilité de rédaction*²⁷⁷.

Là encore l'argumentation est moins évidente que ce qu'elle n'y paraît. D'une part, en dépit de tous les griefs que l'on peut adresser à l'égard de la qualité rédactionnelle du Conseil constitutionnel, on ne conçoit pas pourquoi certaines décisions échapperaient à cette rigueur qu'il semble s'imposer. Cela est d'autant plus énigmatique que comme le note lui-même Vedel, « il a pris depuis assez longtemps l'habitude de rattacher, [...] toutes ses décisions à un texte de force constitutionnelle »²⁷⁸. Surtout, le lien de rattachement entre certains principes utilisés par le juge et le texte constitutionnel est loin d'être si facile à nouer. Vedel reconnaît par exemple que le principe de continuité des services publics utilisé dans la décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979 pose problème. Pourtant il se contente d'affirmer, non sans embarras, qu'il « est plus vraisemblable de considérer que, comme dans les autres espèces, quoique de façon moins justifiée le Conseil constitutionnel a cédé à une facilité de rédaction ». Il propose ensuite un rattachement du principe à l'article 5 de la Constitution :

En effet, le principe de continuité du service public trouve son fondement tout à la fois dans l'article 5 de la Constitution qui met la « continuité de l'État » au nombre des objectifs assignés à la fonction présidentielle et dans les lois de la République dont la continuité du service public constitue effectivement un principe fondamental.

Si l'argumentation est recevable et n'est pas dénuée d'une certaine cohérence, elle présente cependant d'une sorte dose de sophistication intellectuelle et n'est pas le simple fruit d'une *déduction évidente* à laquelle aurait procédé le juge. Surtout,

Il est intéressant de relever que ce lien serait alors d'origine doctrinale, le juge n'ayant pas cru bon de l'affirmer explicitement. Et, s'agissant de la notion de continuité, il faut remarquer que le juge l'a utilisée à plusieurs reprises sans lien avec l'article 5 : ainsi lorsque le Conseil a jugé qu'il « appartenait au Parlement

²⁷⁶Georges Vedel, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 666-667.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 667 (nous soulignons).

²⁷⁸Georges Vedel, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I) », *Cahiers du Conseil constitutionnels*, n°1, décembre 1996, accessible en ligne :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/exces-de-pouvoir-legislatif-et-exces-de-pouvoir-administratif-i>

et au Gouvernement, dans la sphère de leurs compétences respectives, de prendre toutes les mesures d'ordre financier nécessaires pour assurer la continuité de la vie nationale » en vue de résoudre les difficultés nées de la censure d'une loi de finances. L'article 5 n'explique donc pas tout. Il vaudrait mieux, pour cela, aller chercher du côté d'une théorie de l'État sous-jacente à ces usages de l'idée de continuité²⁷⁹.

Le professeur Baranger met bien évidence que l'utilisation de ce principe ne peut s'expliquer par le seul texte constitutionnel, mais que, contrairement à la théorie de l'interprétation vedélienne, elle s'explique par un arrière-plan conceptuel et théorique allant au-delà de la seule lettre du texte. L'interprétation peut donc difficilement être considérée ici comme un simple cas d'*application* du texte.

Ces difficultés nous poussent alors à s'interroger sur la nature du registre sur lequel Vedel entend positionner son discours relatif à l'interprétation constitutionnelle. Il ressort en effet que la théorie de l'interprétation semble parfois revêtue d'une portée plus prescriptive que descriptive. En somme, penser le juge comme étant dénué de pouvoir de création normative apparaît nécessaire à Vedel. Mais d'un autre côté il voit bien qu'une telle théorie de l'interprétation ne colle qu'imparfaitement avec une réalité qui fait ressortir une liberté jurisprudentielle manifeste. Le maintien de la théorie se fait alors par la voie d'une rhétorique parfois délicate comme en témoigne la distinction entre une jurisprudence *constructive* et une jurisprudence *créatrice* qui est utilisée à de nombreuses reprises. Cette distinction apparaît fragile, d'autant plus que le lien de rattachement au texte peut apparaître « au prix d'une interprétation *très constructive* »²⁸⁰ de sorte que cet adjectif ne semble être qu'un habile euphémisme pour voiler que la pratique interprétative du juge n'obéit pas à une logique déductive mais laisse bien une marge de liberté créatrice à l'interprète. Ainsi, cette volonté d'expurger conceptuellement toute part de création dans l'acte d'interprétation mène à certaines difficultés que la malaisée distinction entre interprétation constructive et interprétation constructive n'estompe que grossièrement. Elle s'inscrit dans ce que Jacques Chevallier nomme la « théorie classique de l'interprétation » selon laquelle « l'interprétation ne comporterait nulle part de création »²⁸¹. Mais le professeur Denis Baranger relève que tout acte interprétatif est déterminé par « l'existence de deux « règles du jeu » ou si l'on veut de deux principes qui sont les principes de l'interprétation : un principe de fidélité interprétative et un principe de liberté interprétative ». L'interprétation ne peut jamais être entièrement déterminée par un seul de ces principes car :

Si l'on se soumettait totalement au principe de fidélité, il s'agirait d'une pure réplique. Si l'on se soumettait totalement au principe de liberté, il y aurait une

²⁷⁹Denis Baranger, *op. cit.*, p. 116.

²⁸⁰Georges Vedel, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I) », Cahiers du Conseil constitutionnels, n°1, décembre 1996, accessible en ligne :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/exces-de-pouvoir-legislatif-et-exces-de-pouvoir-administratif-i>

²⁸¹Jacques Chevallier, « L'interprétation des lois », *Le titre préliminaire du code civil*, Economica, 2003, p. 128.

pure création. Mais dès lors, on ne se livrerait plus à une opération d'interprétation²⁸².

Ainsi, l'on peut affirmer « qu'interpréter, c'est créer en reproduisant »²⁸³, dépassant ainsi la dichotomie intenable entre reproduire et créer. Cette composante créative de toute interprétation s'explique par le fait que « la norme et le texte ne se confondent pas »²⁸⁴, affirmation largement étayée dans la doctrine française par la « Théorie réaliste de l'interprétation ». Troper affirme ainsi :

La norme n'est que la signification prescriptive d'un énoncé. Dire qu'un texte peut avoir plusieurs significations, c'est affirmer qu'il peut exprimer plusieurs normes.[...] L'idée formulée plus haut que, avant l'interprétation, il n'y a pas de signification, peut donc être retraduite dans les termes suivants : avant l'interprétation, il n'y a pas de norme, mais un simple texte²⁸⁵.

Or, « les énoncés juridiques sont par essence même polysémique »²⁸⁶ de sorte que la signification implique une nécessaire liberté de l'interprète qui doit arrêter la signification attribuée à l'énoncé textuel²⁸⁷. Cette part créatrice est d'autant plus présente concernant les énoncés constitutionnels que leur indétermination est souvent forte ou, pour reprendre les catégories de Hart, que leur texture ouverte laisse toujours flotter une certaine « pénombre de doute »²⁸⁸. Il est d'ailleurs intéressant de noter que Vedel semble en réalité conscient de cette part créatrice de l'interprétation lorsqu'il prend note l'indétermination de certaines dispositions constitutionnelles :

[...] en raison du caractère général des formules auxquelles le Préambule se réfère, l'interprétation devra en être plus souple et peut-être plus constructive qu'elle ne l'est lorsqu'il s'agit d'appliquer ou d'interpréter un texte législatif ou constitutionnel à caractère très précis²⁸⁹.

²⁸²Denis Baranger, « L'interprète est toujours en mauvaise posture - Propositions exploratoires pour une délimitation et une modélisation de l'interprétation juridique - (The Fall into Interpretation - For a Definition and Modelisation of Legal Interpretation) », 9 juin 2018, accessible à l'adresse suivante : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3401455, p. 1.

²⁸³ *Ibid.*, p.3.

²⁸⁴Pierre Moor, « Réflexions autour de la notion de constitution », *Revue de droit suisse*, 2008, p. 209.

²⁸⁵Michel Troper, *Philosophie du droit*, PUF, 2015, p. 105-106.

²⁸⁶Jacques Chevallier, « L'interprétation des lois », *Le titre préliminaire du code civil*, Economica, 2003, p. 126.

²⁸⁷On peut de plus affirmer que la théorie littéraire nous apprend que la pure copie d'un énoncé ne parvient jamais à reproduire le supposé sens attribué à l'énoncé premier. C'est bien ce sur quoi joue Borges dans sa nouvelle : le Quichotte de Pierre Ménard ne sera jamais le Quichotte de Cervantès alors même qu'il n'en est qu'une réécriture absolument fidèle.

²⁸⁸Herbert Hart, *Le concept de droit*, Presses de l'Université Saint-Louis, 1976, p. 153. Pour Stéphane Rials, « force est de considérer que les instruments fondamentaux de nos libertés, Déclaration des droits et préambule de 1946 (pour ne pas parler des principes non codifiés dans ces textes), comme ceux des autres démocraties libérales comparables, accueillent, pour l'essentiel, des énoncés de texture ouverte, voire très ouverte, dont l'interprétation, une fois écartées quelques éventuelles erreurs manifestes, ne saurait aspirer à un autre statut que celui d'une « vérité d'artifice » », *Le débat*, 1991, n° 64, p. 166.

²⁸⁹Georges Vedel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Licence 1ère année, Les cours de droit, 1960-1961, p. 786.

Dès lors, il apparaît que Vedel poursuit un objectif précis lorsqu'il présente sa théorie de l'interprétation : il s'agit d'un discours prescrivant ce qui doit être (minimiser la part créative de l'interprétation) et ne décrivant pas fidèlement ce qui est (l'irréductibilité de cette part de création). De manière éloquente, Vedel écrit ainsi que « l'attachement [...] à l'idée que le Conseil constitutionnel doit se référer au texte » s'explique surtout par le fait qu'il « *ne [doit] pas apparaître, un créateur des normes constitutionnelles* »²⁹⁰. Le discours relatif à l'interprétation apparaît donc porteur d'une dimension prescriptive, mais présente également une visée légitimatrice qui a pour but de pérenniser la justice constitutionnelle²⁹¹. Vedel reconnaît d'ailleurs à demi-mot que ce discours relatif à l'interprétation voile parfois une réalité épineuse quand il affirme : « Dans le cas du précédent judiciaire, l'on peut bien *feindre* que le juge n'est que l'interprète ou le serviteur d'une règle générale »²⁹². De même, c'est cet embarras qui subsiste dans la formule suivante :

De même, explicitement, le Conseil accepte que la « nécessité publique visée dans le texte de 1789 ait fait place, au fil des ans, à l'« utilité publique », ce qui est davantage qu'un simple glissement de vocabulaire²⁹³.

La structure grammaticale de la phrase dénote une volonté d'atténuer l'importance de l'interprétation du juge dans ce cas précis. Ici, c'est la nécessité publique qui a fait place à l'utilité publique comme si elle était un sujet actif, comme si le texte et les mots avaient une vie propre et faisaient par eux-mêmes évoluer leur signification. Cette tournure de phrase ne s'explique pas par une seule facilité de langage, mais traduit cette volonté de ne pas mettre à nu l'importance de l'interprétation du juge qui donne sens aux énoncés.

Cette théorie de l'interprétation, qui minimise la part créatrice de la jurisprudence constitutionnelle nous donne à voir un texte constitutionnel à la signification stable en ce qu'il exprimerait la volonté déterminée et consciente du pouvoir constituant²⁹⁴. Elle contribue donc à rabattre entièrement la notion de constitution sur celle de texte écrit dont l'autonomie serait reconnue.

La théorie de l'interprétation vedélienne présente donc le texte constitutionnel comme un acte doté d'un sens que l'interprète retrouverait. Ce dernier ne serait donc pas doté d'un pouvoir de création normative, de sorte que la constitution apparaît implicitement autosuffisante au regard de cette vision mécanique de l'interprétation (A). La pensée de l'autosuffisance s'affirme cependant avec d'autant plus

²⁹⁰Eleonora Bottini, *La sanction constitutionnelle. Étude d'un argument doctrinal*, Dalloz, 2016, p. 318.

²⁹¹A ce propos, il ne faut pas oublier que Vedel fut nommé membre du Conseil constitutionnel en 1980.

²⁹²Georges Vedel, « Réflexions finales », Pierre Avril et Michel Verpeaux (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Editions Panthéon-Assas, 2000, p. 255.

²⁹³Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité » », Conseil constitutionnel (dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989, p. 58.

²⁹⁴En se rattachant au texte comme porteur d'un « message » la doctrine constitutionnelle ne prend pas acte de l'illusion que représente la notion d'auteur comme sujet bien défini. Si comme le proclame Rimbaud « Je est un autre », et que la conscience n'est qu'une partie émergée de l'iceberg, le sujet-auteur lui-même ne suffit à garantir l'univocité du sens dont est censé être porteur le texte. La question est d'autant plus épineuse lorsque le sujet est non un être psychologique mais un être fictif comme le pouvoir constituant.

de force que Vedel ne conçoit pas la possibilité qu'existent des lacunes constitutionnelles (B).

b) Une la loi constitutionnelle conçue comme dénuée de lacunes

L'entreprise du doyen de nier l'existence de lacunes constitutionnelles met à jour une pensée de l'autosuffisance de la loi constitutionnelle. Vedel s'apparente en cela au « dogme de la complétude »²⁹⁵ selon lequel « le système juridique serait complet ou clos, c'est-à-dire qu'il ne comporterait aucune lacune »²⁹⁶. Cette idée, répétée à diverses occasions par Vedel²⁹⁷, permet, si elle est fondée, de penser la constitution comme le seul droit *édicte* par le constituant : n'étant pas lacunaire, la loi constitutionnelle n'aurait pas à être complétée par des autorités subordonnées de sorte que le texte constitutionnel serait suffisant pour appréhender la notion de constitution.

Une telle position est d'abord défendue par Vedel dans une perspective dogmatique. Le premier temps de la démonstration consiste à se placer sur ce qui est considéré comme le terrain proprement juridique : « on doit dire que, *en droit*, la Constitution ne saurait comporter de vraies lacunes. Ce que l'on appellerait des lacunes, en effet, se rapporterait à l'absence de règles que l'on jugerait désirables »²⁹⁸. Ainsi, il faudrait distinguer le désir *politique* de voir le texte constitutionnel enrichi de nouvelles dispositions, de la notion *juridique* de lacune : « on voit trop souvent des « lacunes constitutionnelles » dans le fait que la Constitution ne mentionne pas tels ou tels principes désirables *politiquement ou moralement* (selon les vues de l'intéressé) »²⁹⁹. Une fois encore, Vedel est soucieux de préserver l'analyse juridique de l'interférence des opinions politiques et morales. La lacune ne peut donc être pensée selon ces catégories et doit faire l'objet d'un traitement juridique rigoureux. Prétendre identifier des lacunes constitutionnelles chaque fois que l'on constate l'absence de règles jugées désirables reviendrait en effet à porter un discours normatif -la constitution *devrait* avoir tel contenu- et subjectif -le caractère *désirable* de la disposition regrettée marquant cette subjectivité³⁰⁰.

²⁹⁵Michel Troper, « Le « dogme » de la complétude », *Le droit et la nécessité*, PUF, 2011, p. 19-29.

²⁹⁶*Ibid.*, p. 19.

²⁹⁷Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité » », Conseil constitutionnel (dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989 ; Georges Vedel, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992 ; Georges Vedel, « Propos d'ouverture », Guillaume Drago, Bastien François, Nicolas Molfessis (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, 1998 ; Georges Vedel, « Réflexions finales », Pierre Avril, Michel Verpeaux (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Pierre Avril, Michel Verpeaux (dir.), Editions Panthéon-Assas, 2000.

²⁹⁸Georges Vedel, La place de la Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité » », Conseil constitutionnel (dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989, p. 51-52. (nous soulignons)

²⁹⁹Georges Vedel, « Propos d'ouverture », *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, 1998, p. 16-17.

³⁰⁰Dans le même sens, il qualifie de tels propos de « regret d'un point de vue politique de ce que telle matière soit abandonnée au non-droit », Georges Vedel, « Réflexions finales », *Les règles et principes non écrits en droit public*, Editions Panthéon-Assas, 2000, p. 254.

Vedel entend alors examiner le concept de lacune à travers un prisme strictement juridique. A partir de là, et conformément à ses présupposés épistémologiques, l'analyse doit consister en une analyse formelle faisant la part belle à la logique procédurale. Le doyen aspire alors démontrer l'impossibilité logique d'une lacune d'un point de vue juridique :

[...] une Constitution présenterait une lacune si, faute d'une disposition constitutionnelle, une matière déterminée était retirée à toute compétence étatique. Or, à strictement parler ceci ne peut se produire. En effet, toute Constitution répartit sans lacune possible les différentes matières (pouvant faire l'objet de normes) entre les pouvoirs constitués et détermine les conditions de validité de ces normes par rapport aux règles et principes constitutionnels³⁰¹.

Georges Vedel entend donc nier la possibilité même de l'existence de lacunes constitutionnelles en s'appuyant sur la manière dont les compétences sont réparties. Premièrement, les compétences seraient intégralement attribuées : « Il ne peut davantage exister de lacunes dans les dispositions constitutionnelles limitant les organes de l'État dans l'exercice des compétences qui leur sont attribuées » car « juridiquement, la prétendue lacune correspond tout simplement à la liberté de l'organe qui, en vertu de la Constitution, est compétent »³⁰². Dès lors que le droit constitutionnel n'a pas de matière propre qui pourrait être déterminée *a priori* et qui lui donnerait une substance propre ; mais qu'il est « un droit qui définit des droits et des compétences »³⁰³, les prétendues lacunes signifient seulement « que la décision jugée désirable revient au législateur qui, s'il « n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution », l'exprime valablement dans les matières pour lesquelles la Constitution ne comporte aucune prescription positive ou négative. C'est donc à lui de combler la prétendue « lacune » qui, en droit, n'est qu'une illusion »³⁰⁴. Le propos est affiné lorsque Vedel fait place, à côté du législateur, à l'ensemble des pouvoirs constitués pour combler les dites lacunes : « ce que la Constitution n'impose pas ou n'interdit pas relève du libre exercice de la compétence des « pouvoirs constitués » »³⁰⁵.

Une telle argumentation repose sur la logique de ce que Julien Jeanneney nomme un principe de liberté³⁰⁶ -selon lequel ce qui n'est pas expressément réglementé est permis- et s'approche en cela de la démonstration kelsenienne visant à établir la clôture de l'ordre juridique. D'après ce dernier, « lorsque l'ordre juridique n'établit pas l'obligation d'un individu d'adopter une certaine conduite, il permet la conduite contraire » de sorte que les lacunes n'existeraient que d'un point de

³⁰¹Georges Vedel, « Réflexions finales », Pierre Avril, Michel Verpeaux (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Pierre Avril, Michel Verpeaux (dir.), Editions Panthéon-Assas, 2000, P. 254.

³⁰²Georges Vedel, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992

³⁰³Georges Vedel, « Débats », *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Montchrestien, 1988, p. 233.

³⁰⁴Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité » », Conseil constitutionnel (dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989, p. 52.

³⁰⁵Georges Vedel, « Propos d'ouverture », *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, 1998, p. 16.

³⁰⁶Julien Jeanneney, *Les lacunes constitutionnelles*, Dalloz, 2016.

vue de la politique juridique lorsque « l'organe d'application du droit considère le défaut d'une telle norme juridique comme regrettable d'un point de vue de politique juridique, et qu'en conséquence il repousse l'idée d'appliquer le droit en vigueur, alors que cette application serait logiquement tout à fait possible »³⁰⁷. Si le juriste autrichien conçoit la possibilité qu'existent les lacunes juridiques, ces dernières n'apparaissent pas dans la perspective d'une logique juridique pure -et donc, formelle- mais se manifestent seulement lorsqu'un organe d'application refuse d'appliquer le droit pour des raisons de *politique* juridique. Kelsen considère donc qu'en bonne logique la lacune n'a pas droit de cité au sein de l'ordre juridique. Si elle s'apparente à cette forme de raisonnement dogmatique, la démonstration de Vedel diffère cependant de celle de Kelsen et se fonde sur une variante du principe de liberté, à savoir le principe général de liberté de droit commun. Ce principe est exposé par Julien Jeanneney comme suit :

Il pourrait être argué que les comportements constitutionnellement pertinents d'un point de vue matériel ne sont pas tous réglés par la Constitution conçue formellement, si bien qu'il ne peut être exclu que ceux des comportements matériellement constitutionnels qui ne sont pas réglés par la Constitution conçue formellement relèvent d'un principe général de liberté de droit commun³⁰⁸.

Toutes les règles non-prévues par la Constitution, mais jugées politiquement indispensables, n'attesteraient pas de l'existence d'une lacune dans la Constitution, mais relèveraient seulement droit commun. « Le « Vacuum juris » n'existe pas au niveau constitutionnel [...] Il n'y a pas de possibilité qu'une question soit « sans droit », pour l'excellente raison que là où il n'y a pas de règle de droit constitutionnel, c'est que la matière n'est pas de niveau constitutionnel »³⁰⁹ de sorte que « l'existence du droit commun priverait la Constitution de toute lacune »³¹⁰. L'argumentation de Vedel est ainsi fondamentalement adossée sur une appréhension formelle de la notion de la constitution qui pose « par hypothèse, équivalence entre la pertinence constitutionnelle d'un comportement et sa modalisation déontique »³¹¹. Dès lors, elle fait intervenir le principe de liberté de droit commun : là où un jugement politique constaterait l'absence d'une règle désirable dans la constitution, il ne ferait que constater que l'édition d'une telle règle relève du droit commun. La lacune n'aurait d'existence que dans l'analyse politique et non dans l'analyse juridique.

Toutefois, « si l'on s'attache à une représentation matérielle de la Constitution, ces lacunes sont possibles. La lacune apparaît, de ce point de vue, comme le lieu du surcroît équivoque de la Constitution matérielle par rapport à la Constitution formelle »³¹². Or, la position de Vedel ne semble pas parfaitement figée. Il lui arrive, dans ses analyses du droit positif, de repérer des lacunes constitutionnelles, endossant alors implicitement une vision matérielle de la constitution. Il reconnaît tout

³⁰⁷Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, p. 246.

³⁰⁸Julien Jeanneney, *Les lacunes constitutionnelles*, Dalloz, 2016, p. 271.

³⁰⁹Georges Vedel, « Débats », *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Montchrestien, 1988, p. 233.

³¹⁰Julien Jeanneney, *Les lacunes constitutionnelles*, Dalloz, 2016, p. 274.

³¹¹*Ibid.*, p. 272.

³¹²*Ibid.*

d'abord dans son *Manuel élémentaire de droit constitutionnel* de 1949 « que la coutume peut bien être une source du droit politique sur les points où la Constitution ou la loi sont lacunaires »³¹³. Cette expression de « droit politique » est étonnante et apparaît comme un résidu d'une vision matérielle du droit constitutionnel. Cette formule a été historiquement longtemps utilisée en lieu et place de l'appellation « droit constitutionnel »³¹⁴ et semblait marquer une approche plutôt matérielle, le droit politique renvoyant par exemple à : « la partie interne du droit public comme comprenant les règles relatives à la souveraineté, à ses droits, à son exercice, aux individus qui y participent »³¹⁵. En effet, la formule de « droit politique » telle qu'utilisée par Vedel s'affranchit du formalisme en ce qu'il relève à la fois de la loi et de la constitution, relativisant ainsi les critères formels et procéduraux qui sont usuellement déterminants, au profit d'un critère matériel. De même, lors d'une délibération du Conseil constitutionnel, le doyen Vedel reconnaît la possibilité de lacunes dans l'ordre juridique en affirmant que « pour accomplir sa mission le Conseil a dû, dans certaines circonstances, aller au-delà de ce que prévoyaient précisément les textes » car il existerait une « tradition qui nous [les juges] lie obligatoirement et qui consiste à prendre ses responsabilités dans les cas où le silence d'un texte suivi du silence du Conseil aboutirait à créer une lacune du droit »³¹⁶. Julien Jeanneney affirme que :

Cette apparente contradiction entre la justification dogmatique de l'impossibilité de lacunes dans toute la constitution et la dénonciation ponctuelle de ces dernières révèle que la négation de la possibilité théorique des lacunes peut se concevoir, dans une perspective dogmatique, comme utile et souhaitable, cependant que, dans une perspective scientifique et analytique, certaines manifestations très concrètes de ces mêmes lacunes peuvent utilement dénoncées³¹⁷.

Cette double attitude témoigne de l'impossibilité d'expurger totalement toute considération matérielle du discours juridique. Or, cette échappée hors de la seule logique formelle vient redonner une certaine place à la notion de *concrétisation* de la constitution en illustrant que le texte constitutionnel n'est pas auto-exécutoire. Comme le note le professeur Armel Le Divellec :

les rédacteurs des constitutions formelles n'ont pas la capacité de tout régler et que leurs textes, même fort développés (ce qui est la tendance contemporaine, depuis le second XXe siècle voire déjà auparavant), laissent forcément subsister, volontairement ou non, consciemment ou non, des questions ouvertes ou incertaines, sur des points qui ne sont pas toujours de détail mais peuvent être très importants voire capitaux. Autrement dit, que les énoncés formulés par le pouvoir constituant nécessitent toujours, à des degrés divers, des concrétisations³¹⁸.

³¹³Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, réédité chez Dalloz, 2002, p. 122.

³¹⁴V. Armel Le Divellec, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les cahiers Portalis*, Association des Cahiers Portalis, p. 92-96.

³¹⁵Cité par Armel Le Divellec, *op. cit.*, p. 95.

³¹⁶Cité par Julien Jeanneney, *Les lacunes constitutionnelles*, Dalloz, 2016, p. 275.

³¹⁷Julien Jeanneney, *Les lacunes constitutionnelles*, Dalloz, 2016, p. 275.

³¹⁸Armel le Divellec, « La « supériorité » des normes « infra-constitutionnelles ». Ou : la concrétisation normative textuelle des constitutions formelles », *Révolution, Constitution, Décentralisation. Mélanges en l'honneur de Michel Verpeaux.*, Dalloz, 2020, p. 364-365.

Une vision non formaliste permet de percevoir l'insuffisance des seuls textes constitutionnels qui ne peuvent fonctionner par eux-mêmes et nécessitent toujours le soutien d'opérations juridiques extérieures. La constitution ne sort pas telle Athéna toute armée de la tête de son créateur mais se construit avec des textes, des pratiques et une jurisprudence venant lui donner effectivité et complétant sa normativité. Présenter la constitution d'un point de vue formel et logique comme ne souffrant d'aucune lacune tend à représenter la constitution comme un tout autonome subsistant sur ses propres fondements. Une telle représentation empêche alors de penser la constitution comme un processus évolutif sur lequel influe une multitude d'acteurs (ce qui permettrait donc de se défaire de l'illusion d'un pouvoir constituant unique)³¹⁹. Si nous avons déjà évoqué le rôle créateur du juge, qui s'inscrit dans cette vision de la constitution, on peut également noter avec le professeur Armel Le Divellec « que les normes infraconstitutionnelles jouent un rôle essentiel pour faire advenir la normativité constitutionnelle véritable »³²⁰, ces dernières étant entendues comme « tout ce qui relève de la constitution matérielle à l'exclusion de ce qui est déjà mentionné dans la constitution formelle : tout type de textes normatifs à valeur juridique en principe contraignante »³²¹. Ainsi, les va-et-viens de Vedel entre une dogmatique juridique niant la possibilité de l'existence de lacunes et des analyses du droit positif constatant de telles lacunes mettent en lumière l'impossibilité de penser le droit constitutionnel dans le seul cadre d'un texte constitutionnel autosuffisant et prêt à l'emploi. Vedel ne parvient pas à se défaire entièrement d'une vision matérielle de la constitution, remettant par-là en question le dogme de la complétude du texte constitutionnel, et lui conférant ainsi une place plus modeste.

Si Vedel témoigne ainsi être fortement imprégné par des présupposés normativistes qui le poussent à conceptualiser formellement la notion de constitution (chapitre 1), sa pensée fait preuve d'une habileté qui lui permet de ne pas s'enfermer dans un tel cadre théorique. Son indépendance d'esprit et son pragmatisme l'immuniseront contre un normativisme aveugle. Son œuvre témoigne d'une distance critique toujours maintenue avec les différentes doctrines juridiques, y compris avec le normativisme. Les défauts du normativisme sont la restriction de la portée heuristique du droit qui, pour garantir sa pureté, doit se rendre aveugle à de nombreux phénomènes. C'est précisément contre une telle cécité que le pragmatisme de Vedel sera salutaire, en ce qu'il le poussera à garder constamment un œil ouvert sur ces réalités estompées par un normativisme orthodoxe. Il apparaît ainsi plus précisément que son pragmatisme est le signe d'une conscience partiellement inavouée des limites de la conception formelle (chapitre 2).

³¹⁹En s'en tenant à la *validité*, Vedel ne s'attarde pas assez sur la question de l'*effectivité* des textes constitutionnels. Or, le moment de la validité juridique ne coïncide pas avec celui de son effectivité. Entre les deux, « la chaîne qui, partant d'un texte adopté par le pouvoir constituant (et parfois modifié, plus tard, par le pouvoir de révision), mène à une constitution juridique véritablement normative, à un droit positif apte à l'effectivité, est plus longue, bien plus longue, que la majorité des juristes et politistes veulent bien le dire ouvertement ». Armel Le Divellec, « Constitution juridique, système de gouvernement et système politique », *Vies politiques. Mélanges en l'honneur de Hugues Portelli*, Dalloz, 2018, p. 90.

³²⁰Armel Le Divellec, « La "supériorité" des normes "infra-constitutionnelles". Ou : la concrétisation normative textuelle des constitutions formelles », *Révolution, Constitution, Décentralisation. Mélanges en l'honneur de Michel Verpeaux.*, Dalloz, 2020, p. 364.

³²¹*Ibid.*, p. 366.

II. LA CONSCIENCE PARTIELLEMENT INAVOUÉE DES LIMITES DE LA CONCEPTION FORMELLE

Il s'agira tout d'abord de mettre en évidence les limites d'une approche formelle de la notion constitution en démontrant son incapacité à fonder et protéger la légitimité de celle-ci (section 1). Il sera nécessaire de montrer en un second temps que Vedel tempéra cette conception formelle de la constitution en assumant tout au long de son œuvre le maintien d'une sensibilité pragmatique (section 2).

A. Un formalisme incapable de fonder et protéger la légitimité de la constitution

L'approche formelle de la constitution rend la science juridique aveugle vis-à-vis d'un certain nombre de points essentiels. En ce qu'elle refuse la pertinence d'une approche matérielle, elle aboutit à une relativisation de la notion de constitution (paragraphe 1) de sorte que son identité s'en trouve précarisée (paragraphe 2).

1. Une relativisation de la notion de constitution

L'approche purement formelle empêche le juriste de distinguer les dispositions constitutionnelles par un autre prisme que celui de la validité, ce qui mène à une indifférenciation des dispositions constitutionnelles (A) qui est renforcée par une volonté d'éluder la question des valeurs en affirmant le primat de la technique juridique (B).

a) L'indifférenciation des dispositions constitutionnelles

L'appréhension purement procédurale et formelle de la notion de constitution entraîne le doyen Vedel à répudier toute hiérarchie des dispositions constitutionnelles qui n'intègre dans son analyse que l'égalité formelle. Traitant la question de la valeur de ces dispositions à travers le seul prisme formel, l'étude de Vedel mène à une certaine homogénéisation de ces dernières, les différences matérielles étant, du point de vue de la valeur juridique, considérées comme non pertinentes.

La première question qui se pose est celle de la valeur des différents documents textuels composant le « bloc de constitutionnalité ». Défini par le père de l'expression comme « l'ensemble des principes et règles à valeur constitutionnelle dont le respect s'impose au pouvoir législatif »³²² ce bloc « est composé de plusieurs éléments d'origines différentes » de sorte qu'il « était inévitable que se pose la question de leur articulation »³²³. Le problème que Vedel propose de résoudre est alors posé dans les termes suivants : « Certains ne doivent-ils pas, en cas de conflit être préférés à d'autres ? Par exemple, la Déclaration de 1789 prime-t-elle ou non les

³²²Louis Favoreu, « Bloc de constitutionnalité », Olivier Duhamel et Yves Meny (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, P.U.F., 1992, p.87.

³²³Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 2020, p. 306.

dispositions du Préambule de 1946 ? Prime-t-elle les articles de la Constitution ?³²⁴ ».

L'auteur précise quels outils doivent lui permettre de répondre juridiquement à ce problème : « C'est l'appel à la hiérarchie des normes qui, dans un ordre juridique déterminé, fournit la règle de solution des conflits lorsque celles-ci sont de rang inégal »³²⁵, la question de la hiérarchie des différents documents textuels présents au sein du bloc de constitutionnalité est donc une question ayant avant tout à voir avec la notion de « validité »³²⁶. En se référant à ce cadre conceptuel normativiste, Vedel inscrit clairement son analyse dans une perspective formelle, de sorte que la réponse à la question passe par la mise en avant d'un élément procédural :

Au total, le bloc de constitutionnalité *stricto sensu* se compose exclusivement de textes de niveau constitutionnel, à savoir celui de la Constitution elle-même, celui de la Déclaration, celui du Préambule et des « lois de la République » en tant que ces dernières sont porteuses de « principes fondamentaux ». Il est aisé de voir qu'aucune hiérarchie ne peut être établie entre ces textes du point de vue de la validité. Leur valeur résulte pour tous du vote au référendum constituant de 1958 qui leur a conféré un statut juridique égal³²⁷. »

Jugeant que le problème posé ne peut être réglé juridiquement que par le critère de la validité, il constate l'égalité de valeur des différents textes composant le bloc de constitutionnalité. Affirmer une position inverse reviendrait en effet à soutenir que « les uns sont « plus valables » que les autres »³²⁸, proposition peu rigoureuse, la validité étant une qualité qui est ou n'est pas, et ne présentant pas de degrés d'existence plus ou moins importants.

Par cette réponse, Vedel s'inscrit dans un débat agitant la doctrine constitutionnelle française qui s'interrogeait alors sur une possible hiérarchie entre le Préambule de 1946 et la Déclaration de 1789. Leur utilisation par le Conseil constitutionnel en tant que normes de référence de son contrôle de constitutionnalité avait en effet nourri différentes tendances doctrinales que Vedel a identifiées. Ainsi, « la première consisterait à donner la primauté à la Déclaration. En ce sens, on invoquerait deux arguments. Ce serait d'abord que la Déclaration est le texte initial, celui qui a posé les fondements des droits et des libertés, notamment en dégagant l'idée même des Droits de l'homme et la définition des buts de la société »³²⁹.

Si les auteurs ne sont pas nommément cités par Vedel, François Goguel avait, dès 1981, affirmé la prééminence de la Déclaration de 1789 sur la base d'un tel raisonnement :

Il résulte des termes mêmes de la Déclaration de 1789 que celle-ci ne prétend pas correspondre à un état donné du développement de l'histoire de l'humanité et

³²⁴Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité » », Conseil constitutionnel (dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989, p. 48.

³²⁵*Ibid.*

³²⁶*Ibid.*, p. 48-49.

³²⁷Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité » », *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989, p. 52.

³²⁸*Ibid.*

³²⁹Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité » », *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989, p. 52.

de l'évolution des sociétés. Les droits qu'elle proclame appartiennent à l'homme en tant qu'il est homme. Ils sont absolus et imprescriptibles. Au contraire les principes énoncés par le Préambule de 1946 sont expressément déclarés « particulièrement nécessaires à notre temps ». Ils ont donc pu ne pas être nécessaires dans le passé, ils pourront ne plus l'être dans l'avenir... Les principes particulièrement nécessaires à notre temps, à la différence des Droits proclamés en 1789, sont donc affectés d'un certain coefficient de contingence et de relativité³³⁰.

Une partie de la doctrine française soutenait ainsi la primauté de la Déclaration en se fondant sur son caractère déclaratif, expliquant que les droits qu'elle reconnaît sont absolus et imprescriptibles, et donc intemporels, alors que le Préambule de 1946 semblait marqué par la relativité du temps présent. Dans le même ordre d'idée, Stéphane Rials avait accredité la thèse de la primauté de la Déclaration :

D'un côté, il y a quelques principes qui sont à la base de tout mouvement juridique, des principes que notre ordonnancement juridique, par le truchement de la déclaration de 1789, ne se permet pas de constituer mais reconnaît comme *antérieurs et supérieurs, naturels et imprescriptibles*. Ils bénéficient d'un exceptionnel consensus. De l'autre, il y a d'une part des principes qui correspondent à un moment donné de notre civilisation juridique – éminents certes, mais manifestement inférieurs aux précédents qu'ils se contentent souvent de préciser au regard de l'éthique du dernier siècle –, et d'autre part des propositions programmatiques qui ne font certes pas l'objet d'un sentiment unanime de l'opinion (les nationalisations par exemple), qui apparaissent étroitement marquées par les circonstances de leur élaboration, qui ont parfois le caractère de simples directives³³¹.

A la même époque, certains auteurs appuyaient sur le caractère *complémentaire* du Préambule de 1946 alors que la Déclaration de 1789 présenterait, elle, un caractère *fondateur*. Il s'agit du « second argument » identifié par Vedel qui est fondé sur le fait que « selon les termes mêmes du Préambule de 1958, le Préambule de 1946 « confirme » et « complète » la Déclaration »³³². C'est en substance la position que défendait Jean-François Flauss lorsqu'il affirmait que « les droits sociaux peuvent venir enrichir, mais non amputer, les droits et libertés issus de la Déclaration de 1789 »³³³, ce qui signifie « que les principes constitutionnels résultant de la Déclaration de 1789 sont, par rapport à ceux issus du Préambule de 1946, dotés d'une autorité supérieure. Par voie de conséquence, en cas de conflit les premiers primeront les seconds »³³⁴.

A l'inverse, d'autres auteurs défendaient la supériorité du Préambule de 1946. « En ce sens, encore deux arguments. Le premier serait de faire valoir que le texte

³³⁰François Goguel, « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux », Colloque international d'Aix-en-Provence des 19, 20, 21 février 1981, *Revue internationale de droit comparé*, 1981, p.444.

³³¹Stéphane Rials, « Les incertitudes de la notion de constitution sous la Ve République », *Revue de droit public*, 1984, p. 603.

³³²Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité » », Conseil constitutionnel (dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989, p. 52.

³³³Jean-François Flauss, « Les droits sociaux dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Droit social*, 1982, p. 652.

³³⁴ *Ibid.*

plus récent doit être préféré au plus ancien. Le second serait que les « principes particulièrement nécessaires à notre temps » doivent l'emporter sur des principes venant d'autres temps »³³⁵. Le premier argument avait été notamment défendu par Loïc Philippe qui affirme que :

les dispositions contenues dans la Constitution de 1958 l'emporteraient sur celles du Préambule de 1946, lesquelles prévaudraient sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, qui eux-mêmes l'emporteraient sur la Déclaration de 1789. Les dispositions contenues dans ce texte ne pourraient donc recevoir valeur constitutionnelle que dans la mesure où elles ne seraient pas con-tredites par d'autres dispositions constitutionnelles *postérieures* et leur portée de-vraient être définie compte tenu des limitations qui ont pu intervenir par la suite dans des textes de valeur constitutionnelle³³⁶.

Et le second par François Luchaire d'après qui :

[...] la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 répondait aux exigen-cés de son époque ; mais notre époque a d'autres exigences : la propriété '*droit in-violable et sacré*' est devenue une fonction sociale ; l'égalité en droit est dépassée par le souci d'une égalité matérielle ; la Déclaration de 1789 ne doit pas être inter-prétée comme elle l'aurait été au début de la grande révolution, mais en fonction de notre temps et naturellement des autres dispositions très gé-nérales de la Constitution de 1958 de son préambule comme celui de 1946. A cet égard une dis-positio-n de l'actuelle Constitution apparaît fondamentale 'la France est une République... sociale' ; cette affirmation apporte la clé d'interpré-tation de la Déclaration de 1789 qui la fait correspondre aux exigences de notre temps³³⁷.

Les griefs que Vedel fait à tous ces raisonnements peuvent se résumer en un argument : leur manque de rigueur juridique. Il s'oppose ainsi à ceux qui affirment la prééminence de la Déclaration de 1789 en remettant au centre du débat les notions de hiérarchie et de validité, ces dernières formant la grammaire élémentaire d'un discours qui aspire à l'objectivité :

L'un et l'autre arguments sont mal fondés du point de vue de la hiérarchie. Le premier en effet revient à créer, au sein de la Constitution, une sorte de « supra-constitutionnalité » au profit de la Déclaration. Cette supra-constitutionnalité ne peut, dans notre système juridique, se fonder sur le droit naturel. En droit positif, elle ne peut davantage se fonder sur aucune différenciation objective que la procédure d'édiction du texte établirait entre telle ou telle partie de la Constitution. Toujours en droit positif, elle ne peut se fonder sur le contenu du texte. Le fait que le Préambule de 1946 « confirme » et « complète » la Déclaration de 1789 n'empêche pas que le constituant a énoncé de façon positive en quoi consistent ces compléments. Aucune autorité ne peut retrancher tel ou tel de ces complé-

³³⁵Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité » », Conseil constitutionnel (dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989, p. 52.

³³⁶Loïc Philippe, « La valeur juridique de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Etudes offertes à Pierre Kayser*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, tome II, 1979, p. 335-336.

³³⁷François Luchaire, « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits et des libertés du citoyen », *Mélanges Marcel Waline*, LGDJ, 1974, p. 572-573.

ments ou l'invalider. Ils sont ce qu'ils sont. Il peut se poser à leur sujet un problème d'interprétation, mais non de validité. Ce sont deux points de vue tout à fait différents³³⁸.

Il rejette ainsi la prééminence supposée de la Déclaration, qui se fonderait sur le caractère fondateur et déclaratif de celle-ci, car elle ne serait qu'un relent jusnaturaliste ne pouvant s'expliquer en « droit positif ». En effet, le seul critère de différenciation objective fourni par le droit positif qui permette de hiérarchiser les normes repose dans la procédure d'édition de celles-ci. Avec cohérence, la réponse de Vedel à ceux qui affirment la supériorité du Préambule de 1946 repose sur la même logique :

« [...] si, historiquement, la Déclaration de 1789 est évidemment antérieure au Préambule de 1946, juridiquement leur édition en règles faisant partie intrinsèque de la Constitution de 1958 s'est faite simultanément et son effet dans le temps ne joue pas plus au profit de l'une que de l'autre »³³⁹.

Vedel cherche ici à rétablir la juridicité du raisonnement qui s'étiolait dans la prolifération de considérations lui semblant politiques, et par là même, subjectives. Trouvant dans le critère de la procédure d'édition un moyen objectif et neutre de hiérarchiser les normes, il réduit toute autre position à des discours non scientifiques, non juridiques, et donc n'ayant pas leur place dans le cadre de la discipline constitutionnelle. Selon Vedel, la hiérarchie des textes composant le bloc de constitutionnalité ne peut être fondée que sur la validité formelle. Le contenu matériel des ces différents textes et l'importance politique qu'on leur reconnaît ne permettrait en aucune façon d'établir une hiérarchie entre eux. Là encore, le formalisme tient lieu pour Vedel du critère garantissant au discours son caractère véritablement juridique, ce qui l'engage dans une certaine cécité volontaire vis-à-vis du point de vue matériel.

C'est armé de ce critère procédural que Vedel s'engage ensuite à nier la possibilité d'une hiérarchie entre les dispositions constitutionnelles entre elles (indépendamment de leurs différentes origines textuelles) :

La démonstration que l'on vient d'esquisser pourrait être généralisée. Elle servirait notamment à établir que l'ensemble formé par les principes, droits et libertés de 1789, 1946 et 1958 n'est pas hiérarchiquement supérieur aux autres dispositions, même jugées mineures, de la Constitution³⁴⁰.

Il s'agit encore une fois pour Vedel de reformuler la question posée par la doctrine en des termes purement juridiques. Naturellement, le gage de la scientificité du discours réside dans l'utilisation du critère procédural : « Il s'agit de dire que l'une et l'autre de ces règles, édictées dans la Constitution par le même vote et ne pouvant être modifiées, ou abrogées que selon la même procédure de révision, ne diffèrent l'une de l'autre ni en validité ni en force juridique »³⁴¹. Le repoussoir ultimement brandi par Vedel, et devant ôter toute crédibilité aux thèses alternatives,

³³⁸ Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité » », Conseil constitutionnel (dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989, p. 52-53.

³³⁹ *Ibid.*, p. 53.

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ *Ibid.*, p. 53-54.

est la « supraconstitutionnalité », elle-même renvoyant au droit naturel, à la subjectivité et à l'arbitraire :

Toute autre affirmation conduirait à construire de toutes pièces et hors de toute référence au droit positif, on l'a déjà dit, une théorie de la « supra-constitutionnalité », œuvre arbitraire et purement subjective³⁴².

Cette rhétorique vise à éloigner loin de la sphère juridique tout jugement subjectif, arbitraire,

afin de préserver ses canons de scientificité. En effet, tout jugement relatif au contenu des dispositions, toute appréhension matérielle visant à les hiérarchiser selon cette perspective, serait irrémédiablement obscurci par un voile d'idéologie ; les analyses charrieraient nécessairement des opinions politiques et morales car elle devraient classer des contenus eux-mêmes politiques et moraux ; l'impureté du contenu matériel des normes contaminerait la pureté de la science du droit. Sous les oripeaux d'un discours juridique, une part irréductible d'idéologie subsisterait. A cet égard, il est opportun de noter que le débat relatif à la hiérarchie des dispositions constitutionnelles a pris toute son intensité dans un contexte bien particulier :

Ce débat juridique ne peut se comprendre que si on le replace dans son contexte politique très tendu de l'époque qui culmine avec l'arrivée au pouvoir, en mai 1981, d'une majorité formée de socialistes et de communistes. Pour les uns, il faut alors faire en sorte que la « rupture (annoncée) avec le capitalisme » soit, sinon totalement empêchée juridiquement, du moins fortement tempérée, par la démonstration qu'en toute hypothèse, le système juridique français est prioritairement fondé sur des principes libéraux. Pour les autres au contraire, écartés du pouvoir pendant plus de vingt ans, il faut faire la preuve... mais que les principes politiques, économiques et sociaux définis dans le Préambule de 1946, sont plus particulièrement nécessaires à notre temps que ceux de 1789³⁴³.

Se cristallisant autour de la question très idéologique des nationalisations suite à la décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, le débat doctrinal est saturé d'idéologie et hautement déterminé par des arrières-plans idéologiques. C'est conscient d'une telle ambiance doctrinale que Vedel cherche à purifier le débat de toutes ces tensions politiques³⁴⁴. Le critère de validité est alors idoine pour refonder le débat sur un terrain pacifié, sur bases purifiées de toute idéologie. Comme l'exprime Troper, « La validité serait ainsi une qualité « objective », en ce sens qu'elle serait indépendante du jugement et des préférences du juriste (*legal scholar*), pourvu que celui-ci se borne à décrire, tandis que la légitimité ne pourrait être décrite, mais seulement attribuée par un jugement de valeur. L'un des termes relève, dans le

³⁴² *Ibid.*, p. 54.

³⁴³ Philippe Terneyre, « Point de vue français sur la hiérarchie des droits fondamentaux », *Études de droit constitutionnel franco-portugais*, Association française des constitutionnalistes et association portugaise des constitutionnalistes, Economica, 1992, p. 41.

³⁴⁴ Le discours politique ou idéologique est perçu par le normativisme comme antiscientifique : « toute science prise comme moyen de connaissance s'attache à révéler son objet. À l'inverse, l'idéologie politique jette un voile sur la réalité, elle la transfigure pour mieux la conserver et la défendre, ou elle la déforme afin de la combattre et de la détruire ou d'y substituer une autre réalité. Toute idéologie politique s'enracine dans une volonté, et non dans la connaissance ; dans la région émotionnelle de notre conscience, et non dans celle de la raison ; elle émane de certains intérêts, ou plutôt d'intérêts distincts de la recherche de la vérité », Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, LGDJ, 2010, p. 48.

langage de la théorie du droit, d'un discours descriptif, l'autre d'un discours prescriptif »³⁴⁵. Selon cette distinction apportée par Troper, Vedel reprocherait aux membres de la doctrine juridique de porter un discours relatif à la légitimité des dispositions constitutionnelles, un discours prescriptif et subjectif, alors que la science du droit ne devrait s'attacher qu'à décrire cette qualité objective que serait la validité, dans une position qui rejoint ici « le positivisme [qui] n'a jamais admis l'hypothèse que la validité puisse ne pas être quelque chose de relatif »³⁴⁶.

Les arguments portés par Vedel sont forts et ont souvent été repris³⁴⁷, mais, là encore, on peut s'interroger sur l'opportunité de réduire le raisonnement juridique au seul point de vue procédural. Le risque fondamental que porte une telle conception est en effet celui de la *relativisation*, écueil qui a été pointé par Carl Schmitt. En observant la constitution par ce seul prisme de la validité, le juriste, qui se détourne du contenu des dispositions constitutionnelles, est amené à homogénéiser ces dernières et, par conséquent, à relativiser l'importance des dispositions les plus décisives. Le critère de la validité, et c'est bien ce qui fait la force de l'argumentation de Vedel, met en effet en évidence que toutes les dispositions constitutionnelles sont également valides car issues de la même procédure. Le problème est qu'une telle méthodologie rend, en conséquence, impossible toute différenciation entre les dispositions constitutionnelles. Or, comme le note Schmitt :

Pour cette notion « formelle », il est indifférent que la loi constitutionnelle régit l'organisation de la volonté de l'État ou ait n'importe quel autre contenu. On ne se demande plus du tout pourquoi une précision apportée par une loi constitutionnelle doit être « fondamentale ». *Cette façon de voir relativisante, prétendument formelle, aboutit plutôt à effacer les différences entre les éléments qui composent une constitution en les posant comme pareils, c'est-à-dire pareillement relatifs*³⁴⁸.

³⁴⁵Michel Troper, « Droit ou légitimité », *Le droit et la nécessité*, PUF, 2011, p. 48.

³⁴⁶Eric Millard, « Quelques remarques sur la signification politique de la théorie de l'interprétation », *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Troper*, Economica, p. 727. Cette qualité attribuée à la notion de validité explique que « le propre de la conception positiviste du droit, dans sa version la plus classique, est d'admettre l'autonomie et la suprématie de la validité », Olivier Beaud, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, PUF, 1993, p. 83.

³⁴⁷Voir par exemple Dominique Rousseau : « Aucune hiérarchie ne peut prendre appui sur le défaut du mode d'élaboration de l'un ou de l'autre : les deux textes ont été proclamés dans les mêmes formes, par des assemblées également constituantes et selon une procédure également régulière. Aucune inégalité de valeur ne peut être tirée de la contrariété de leur contenu : sauf à introduire sa subjectivité, son opinion personnelle, les deux textes se présentent également comme des énoncés de droits », Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 2020, p. 309. ; voir également Thierry Di Manno qui assimile également une hiérarchie entre les dispositions constitutionnelles au retour de la notion de supraconstitutionnalité et considère que de telles thèses sont déterminées par des convictions politiques Thierry Di Manno, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1994 ; ou encore Henry Roussillon qui écarte les arguments relatifs à la date des différents textes formant le bloc de constitutionnalité car « ils ont été repris ensemble dans le Préambule de la Constitution de 1958, approuvés ensemble par un vote du Peuple français lors du référendum du 28 septembre 1958 et ils ont reçu, à la même date, le 16 juillet 1971 valeur constitutionnelle ; ils doivent en conséquence être considérés comme deux textes contemporains, dans tous les sens du terme », *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2^e édition, 1994, p. 65.

³⁴⁸Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, PUF, 1993, p. 141. (nous soulignons)

En effet, le juriste allemand remarque que, aveugle au contenu des dispositions constitutionnelles, le critère de la procédure revient à englober au sein d'une même catégorie un ensemble de dispositions hétéroclites qui ne présentent pas toutes la même dignité politique :

Dans la constitution de Weimar on rencontre une foule de dispositions constitutionnelles de ce genre, dont on voit immédiatement qu'elles ne sont pas fondamentales au sens d'une « loi des lois » ; ainsi l'art. 123 al. 2 : « les réunions à l'air libre peuvent être soumises par la loi du Reich à l'obligation de préavis, et interdits en cas de danger immédiat pour la sécurité publique » [...] Toutes ces dispositions sont des réglementations *par* loi qui ont été élevées au rang de lois constitutionnelles parce qu'elles ont été intégrées à « la constitution ». [...] On ne peut découvrir une raison de fond qui permettrait de distinguer par une nécessité juridique et logique ces dispositions particulières d'autres dispositions tout aussi importantes. [...] *De tels détails des lois constitutionnelles sont tous pareillement « fondamentaux » pour une perspective qui formalise et relativise tout indifféremment*³⁴⁹.

L'argument schmittien de la fundamentalité est fort et conduit inévitablement à s'interroger sur la pertinence de réintroduire une dimension matérielle dans l'analyse juridique. Le juriste, enfermé dans son projet visant à porter un discours entièrement neutre et scientifique, peut-il s'enfermer dans une telle cécité ? Pour être réellement rigoureux doit-il s'astreindre à affirmer qu'il serait impossible de différencier l'importance d'une disposition affirmant que la souveraineté nationale appartient au peuple et d'une disposition réglementant le nombre de jours de séance que chaque assemblée peut tenir au cours d'une session ordinaire ? Vedel prévoit et pare cet argument de la manière suivante :

Précisons une fois de plus ce que nous entendons par là. Il ne s'agit pas de dire que la prohibition de la censure de la presse n'est pas plus « importante » que celle du cumul de la fonction ministérielle et d'un mandat parlementaire. Il s'agit de dire que l'une et l'autre de ces règles, édictées dans la Constitution par le même vote et ne pouvant être modifiées, ou abrogées que selon la même procédure de révision, ne diffèrent l'une de l'autre ni en validité ni en force juridique³⁵⁰.

Une fois encore, la démonstration consiste à se retrancher derrière l'argument de la pureté du discours juridique. S'il est possible d'établir qu'il y a manifestement des dispositions constitutionnelles plus importantes que d'autres, de tels affirmations ne relèveraient pas d'un discours juridique mais seraient de nature politique. C'est bien cette rhétorique qu'il nous faut à présent examiner : une approche *juridique* peut-elle se passer d'une certaine différenciation des dispositions constitutionnelles fondée sur leur contenu ? Pour examiner cette question, nous nous appuyerons sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En effet, Vedel renforce sa démonstration en la prenant comme exemple garantissant la juridicité du discours, ce qui atteste donc de l'importance qu'il lui reconnaît pour étayer un dis-

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 141-142. (nous soulignons)

³⁵⁰ Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité » », Conseil constitutionnel (dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989, p. 53-54.

cours juridique. Vedel lit dans la jurisprudence constitutionnelle que toute résolution d'une confrontation entre des dispositions différentes passe par l'interprétation du juge qui essaierait de les *concilier*³⁵¹.

Cependant, contrairement à ce qu'affirme Vedel, il apparaît que le juge constitutionnel lui-même ne peut s'empêcher d'esquisser une certaine hiérarchie en fonction du contenu des dispositions constitutionnelles, s'inscrivant dans une logique de la fondamentalité. Le doyen posait avec humour le problème : « parodiant la boutade fameuse selon laquelle « tous les hommes sont égaux, mais certains sont plus égaux que les autres » ne pourrait-on pas dire que « toutes les règles écrites dans la Constitution sont constitutionnelles, mais certaines le sont plus que les autres » ? »³⁵². Or, une lecture de la jurisprudence semble montrer que le Conseil constitutionnel valorise davantage certaines dispositions, se départissant donc d'une réflexion qui en resterait au seul critère de la validité. Jean-Michel Blanquer affirme qu'il « existe ainsi une véritable hiérarchie interne des normes constitutionnelles elles-mêmes »³⁵³, et il démontre que le Conseil constitutionnel interprète la Constitution comme un système, c'est-à-dire que les normes entre elles interagissent. L'un des principes commandant le fonctionnement de ce système serait celui de la « distinction, selon les espèces, entre les normes-conditions et les normes-effets »³⁵⁴. Ainsi dans la décision 131 DC des 10 et 11 octobre 1984, « le Conseil constitutionnel définit la libre communication des pensées et des opinions de « liberté fondamentale d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés »³⁵⁵. Dès lors, « l'identification d'une norme-condition permet de poser sa supériorité par rapport à une norme-effet »³⁵⁶. Ce faisant, le juge constitutionnel procède à une lecture *conceptuelle* et *systématique* du texte constitutionnel, de sorte que la seule approche en termes de validité n'est plus suffisante. Certaines dispositions font l'objet d'un attachement plus grand de la part du juge constitutionnel, ce dernier n'hésitant pas à parler de la liberté de communication des pensées et des opinions comme étant « d'autant plus précieuse ». Cette plus grande importance conférée à de telles dispositions s'explique par leur *contenu* et non par leur procédure d'édition. Pourtant, cette appréhension du texte constitutionnel conserve toute sa teneur juridique et ne bascule pas dans l'analyse politique. En effet, le texte constitutionnel ne peut être perçu comme une simple succession d'énoncés distincts les uns des autres mais

³⁵¹ « C'est sur le terrain de l'*interprétation*, c'est-à-dire de l'activité propre du juge, que celui-ci traite les conflits qui apparaissent. Tantôt l'interprétation dissipera l'illusion du conflit et supprimera donc le problème ; tantôt elle constatera la réalité du conflit et elle en recherchera une solution qui ne peut être que de compromis. » et « La conciliation entre des exigences contraires mais de valeur formellement égale doit se comprendre comme faisant partiellement droit à l'une et à l'autre », Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité » », Conseil constitutionnel (dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989, p. 57 et p. 57.

³⁵² Georges Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 83.

³⁵³ Jean-Michel Blanquer, « Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel ? », *Mélanges Jacques Robert : libertés*, Montchrestien, 1998, p. 234.

³⁵⁴ *Ibid.*

³⁵⁵ *Ibid.*

³⁵⁶ *Ibid.*

doit être compris dans sa logique globale. Or, cet ordre dépend plus particulièrement de normes, que l'on peut appeler, avec Riccardo Guastini, « normes fondamentales », et qui permettent de comprendre la structure du texte constitutionnel pris dans son ensemble. De telles normes se caractérisent par le fait qu'elles permettent d'identifier la « physionomie du système », qu'elles donnent un « fondement axiologique à une pluralité d'autres normes » et qu'elles-mêmes n'exigent aucun fondement car elles sont conçues comme « évidemment « juste » ou « correcte » »³⁵⁷. Il est alors nécessaire de redonner une place à la logique de la fondamentalité, et de considérer que, y compris pour le Conseil constitutionnel, certaines dispositions sont plus fondamentales que d'autres. C'est ainsi qu'Edouard Dubout analyse l'usage des « principes inhérent à l'identité constitutionnelles française » qui implique que « les normes ainsi protégées [...] s'imposeraient nécessairement en cas de conflit avec une autre norme constitutionnelle au nom d'une valeur supérieure » et bénéficieraient ainsi d'une « autorité renforcée »³⁵⁸. Si cette catégorie récente n'a pas pu être analysée par le doyen Vedel, elle témoigne d'une certaine nécessité d'ordonner les dispositions constitutionnelles afin de rendre cohérent et fonctionnel l'ordre constitutionnel. Cette volonté de modeler un ordre, ou un système constitutionnel, c'est-à-dire un tout ordonné et cohérent en lieu et place d'une succession de dispositions constitutionnelles monadiques, se manifeste également par l'utilisation d'un vocabulaire essentialiste³⁵⁹ visant à identifier un cœur, un noyau dur de la « constitution » afin de « préserver la constitution par l'identification d'un contenu fondamental »³⁶⁰. Cette pensée de la fondamentalité témoigne du fait que la cohérence d'un système ne peut que difficilement faire l'économie d'une valorisation différentielle de ses composantes.

Cette approche purement formelle ne permettant pas de différencier les dispositions constitutionnelles à partir de leur contenu matériel (A) se prolonge par un aveuglement de leur portée axiologique, la question des valeurs étant éludée par le primat de la technique juridique (B).

b) La question des valeurs éludée par le primat de la technique juridique

Le formalisme de Vedel et son scepticisme vis-à-vis d'une approche matérielle le mènent à minimiser le rôle joué par les valeurs dans le système juridique. Le droit serait avant tout, et presque uniquement, une question de formes et de procédures. L'analyse juridique devrait être dénuée de toute dimension axiologique.

Ce positionnement est tout d'abord à l'oeuvre dans la théorie du juge-aiguilleur. Selon celle-ci, lorsque le juge constitutionnel censure une loi, il se contenterait de

³⁵⁷Riccardo Guastini, « L'interprétation constitutionnelle », Michel Troper, Dominique Chagnolaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Tome I, Dalloz, 2012, p. 490.

³⁵⁸Edouard Dubout, « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supraconstitutionnalité ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2010/3, n° 83, p. 458.

³⁵⁹Par exemple relatif aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » ou encore à « l'esprit de la constitution ».

³⁶⁰Denis Baranger, « Un chantier qui ne prend jamais fin. Le juge, les révisions, et les autres formes de changement constitutionnel dans la France contemporaine », *Jus politicum*, n° 18, 2017, p. 82.

soulever, ultimement, un vice d'incompétence. Le Conseil constitutionnel se bornerait ainsi à constater que le législateur est incompétent à édicter telle norme, la compétence appartenant alors au pouvoir constituant :

A aucun moment le juge constitutionnel ne s'arroge le pouvoir d'interdire aux représentants de la nation ou aux citoyens de définir souverainement les droits et les libertés en procédant à tous les changements qui leur paraîtraient nécessaires selon une appréciation totalement discrétionnaire. Il se borne à indiquer que, eu égard au contenu de cette définition ou de ce changement la procédure utilisable est non la procédure législative mais celle de la révision de la Constitution³⁶¹.

Cette théorie procédurale du contrôle de constitutionnalité des lois, héritée des écrits de Kelsen et Eisenmann³⁶², permet de représenter le juge constitutionnel comme ne se prononçant jamais sur les questions de fond. Il ne condamnerait jamais la teneur de la loi, mais simplement la voie procédurale empruntée, son rôle se réduisant alors à indiquer la procédure adéquate. Le contrôle de constitutionnalité des lois ne serait qu'un jugement procédural :

Pas plus que le Conseil d'Etat ne censure en soi quant au fond le contenu d'un règlement lorsqu'il juge que les dispositions qu'il comporte relèvent du domaine de la loi, le Conseil constitutionnel ne condamne en soi quant au fond les termes d'une loi ordinaire quand il juge que leur teneur ne pourrait trouver place que dans une loi de révision constitutionnelle³⁶³.

Cette théorie est prolongée la fameuse théorie vedélienne du lit de justice. D'après celle-ci, lorsque le Conseil constitutionnel s'oppose à la promulgation d'une loi pour non-conformité à la constitution, le pouvoir constituant peut toujours se manifester pour briser cet arrêt, à la manière du Roi de l'Ancien Régime tenant un « lit de justice » :

Cette formule justifie le contrôle de constitutionnalité, mais elle n'a cette vertu que parce qu'elle sous-entend que l'obstacle que la loi rencontre dans la Constitution peut être levée par le peuple souverain ou ses représentants s'ils recourent au mode d'expression suprême : la révision constitutionnelle. Si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme Constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts³⁶⁴.

Ainsi, le pouvoir constituant pourrait à tout moment réaffirmer son omnicompetence et mettre fin à la censure exercée par le juge constitutionnel sur le législateur. Le contrôle de constitutionnalité n'étant qu'une affaire de procédure, l'affirmation par le pouvoir constituant de sa compétence suffirait à mettre un terme à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Cette conception procédurale est rendue cohérente par la notion formelle de la constitution : s'il n'existe aucune matière

³⁶¹Georges Vedel, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme ? », *Pouvoirs*, n°45, 1988, p. 151.

³⁶²Eisenmann affirme ainsi que l'inconstitutionnalité d'une loi se ramène « toujours en dernière analyse à une irrégularité de procédure », Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Economica, 1986, p. 17.

³⁶³Georges Vedel, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme ? », *Pouvoirs*, n°45, 1988, p. 151.

³⁶⁴Georges Vedel, « Schengen et Maastricht (à propos de la décision no 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *Revue française de droit administratif*, n° 8, 1992, p. 179.

propre à la constitution ; que le seul critère est la procédure d'édition et la forme de la disposition ; alors il s'ensuit sans difficulté que n'importe qu'elle disposition peut être adoptée sous la forme de loi constitutionnelle, outrepassant ainsi un blocage du juge constitutionnel qui considère qu'une loi contrevient à la constitution.

Dans son article « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme ? », Vedel présente ce discours « essentiellement juridique » et technicien comme la première face d'un double discours fondant juridiquement et sociologiquement le Conseil constitutionnel³⁶⁵. Alors que le discours juridique est tourné vers le législateur et la classe politique, le second discours s'adresse à « l'opinion publique »³⁶⁶ et croit trouver « le fondement ou la raison d'être du contrôle de la constitutionnalité des lois [...] dans la transcendance des droits de l'homme par rapport à tout pouvoir politique ou social »³⁶⁷. Ces droits de l'homme protégés par le juge constitutionnel seraient le long fruit de sédimentation de l'histoire et représenteraient un « trésor fait d'accroissements sans retraits »³⁶⁸, expliquant « combien est étranger à l'esprit des Français l'idée que le juge constitutionnel ne serait pas le gardien inflexible d'un trésor inaltérable mais un factionnaire prêt à le livrer à qui prononce le mot de passe : révision constitutionnelle »³⁶⁹.

La coexistence de deux discours en apparence contradictoires est assez fine et démontre bien l'habileté de Vedel. Pour lui, chaque discours aurait sa place, l'un et l'autre représentant une vérité pour l'auditoire auquel il s'adresse :

Sur un mode moins désobligeant, on pourrait penser que chacun des deux discours livre à chacun des publics qui en est le destinataire la vérité qu'il est capable de recevoir. A chacun sa vérité. De même que, dans bien des domaines (la science, la religion, l'art), les représentations populaires et les représentations savantes ne coïncident pas, de même il existerait deux images des droits de l'homme. L'une serait inaccessible à la masse des individus, marquée des attributs de la transcendance, de l'universalité et de l'éternité ou plutôt de la pérennité. L'autre serait savante, contestant toute transcendance qui subordonnerait la société à ce qui n'est qu'un produit social et, partant, déniait aux droits et libertés tout caractère absolu dans le temps et dans l'espace.

Ainsi, sur des registres différents, pourrait-il être simplement donné acte des deux discours. De l'un à l'autre il n'y aurait d'autre passerelle qu'une explication de fait fondée sur la différence entre leurs destinataires respectifs³⁷⁰.

Si la tentative de conciliation entre deux discours pensés usuellement en des termes purement contradictoires est séduisante, elle revient en creux à affirmer que seule la première face du discours intéresserait le juriste. En effet, si le second discours a une certaine pertinence, le premier est qualifié d'« essentiellement juridique »³⁷¹ et se voit destiné à un public savant. Le premier serait ainsi scientifique

³⁶⁵ Georges Vedel, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme ? », *Pouvoirs*, n°45, 1988, p. 150.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 152.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 153.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 156-157.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 156.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 157.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 150.

et le second idéologique, politique ou historique, mais ne concernerait pas la discipline juridique ; l'un serait savant, l'autre poursuivrait un objectif non-scientifique de légitimation de l'institution. Est alors soutenue implicitement l'idée selon laquelle le second discours devrait être retranché du discours savant et juridique, ce dernier trouvant sa vérité dans la forme et la procédure.

Or, le premier discours, supposé savant et objectif, nous semble masquer une partie de l'activité du Conseil constitutionnel qui ne peut être réduite à cette vision techniciste. Il apparaît en effet que, loin de considérer le texte constitutionnel comme un simple document répartissant des compétences et prévoyant des procédures, le Conseil constitutionnel perçoit la constitution comme un ordre axiologique, qu'il s'efforce de modéliser et de défendre. Le discours faisant du juge constitutionnel un simple aiguilleur tend à invisibiliser cette dimension en « ni[ant] l'essence même du travail du juge constitutionnel qui est de construire un système constitutionnel cohérent »³⁷². Or, cette cohérence est largement trouvée par le Conseil constitutionnel en référence à un certain ordre axiologique, qu'il s'applique à harmoniser. Le Conseil constitutionnel n'est ainsi pas indifférent à la substance de la constitution, à son contenu qui est rempli de valeurs. Comme l'exprime le professeur Denis Baranger : « Les constitutions mobilisent un certain contenu axiologique. Je trouve déjà gênant de parler de système de valeurs, parce que parler de système, là encore, c'est probablement trop en dire. Mais il est hors de doute que ce que nous appelons constitutionnalisme est un projet tendant à concrétiser dans la réalité institutionnelle des valeurs sociales d'un certain genre. Le mot « libéralisme » est souvent celui qui est employé pour couvrir ce territoire de l'idéologie du constitutionnalisme »³⁷³. La constitution marquerait ainsi le passage de valeurs morales et politiques à des valeurs juridiques³⁷⁴, de sorte qu'il faudrait faire place à un modèle axiologique de la constitution³⁷⁵ pour comprendre l'activité d'un juge constitutionnel qui a, lui, pleinement pris conscience de cette dimension de la notion de constitution. En effet, « dans le modèle axiologique de constitution comme norme, l'intervention d'une juridiction constitutionnelle est perçue comme nécessaire afin de préserver – au sens fort du terme – l'ordre juridique contre des lois

³⁷²Jean-Michel Blanquer, « Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel ? », *Mélanges Jacques Robert : libertés*, Montchrestien, 1998, p. 234.

³⁷³Denis Baranger, « Le piège du droit constitutionnel », *Jus politicum*, 2009, n°3, p.11.

³⁷⁴Le professeur Jacky Hummel, reprend l'idée de « moralité légalisée » et identifie une certaine « [...] opération de conversion [grâce à laquelle] le pouvoir transforme les valeurs politiques et morales, identifiées lors du moment constituant, en « valeurs juridiques » », Jacky Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Michel Houdiard, 2010, p. 150.

³⁷⁵Modèle selon lequel : « la constitution comme norme ne se réduit pas à un agencement de compétences. Certes elle est là aussi dite supérieure aux autres normes mais elle tire cette supériorité de ce qu'elle contient un ensemble de principes légitimes qui sont la condition des « droits fondamentaux » des individus et dont nombre de constitutions modernes dressent un catalogue. Cette suprématie de la Constitution n'est donc pas seulement – voire pas du tout – logique mais axiologique : parce que la Constitution impose des fins au législateur et aux autres organes d'application, sa supériorité s'entend au sens formel et substantiel. En un mot, la constitution a une valeur en soi. », Pierre Brunet, « La constitutionnalisation des valeurs par le droit », *Les droits de l'homme ont-ils « constitutionnalisés le monde » ?*, Stéphanie Hennette-Vauchez, Jean-Marc Sorel (dir.), De Boeck, 2011, pp.245-260, halshs00009756v5f, p. 5. (nous utilisons la pagination du document en ligne).

incompatibles avec la Constitution »³⁷⁶, de sorte que la juridiction constitutionnelle ne conçoit pas sa mission comme assurant un froid respect de procédures décharnées. Cette dimension de l'activité du juge constitutionnel apparaît expressément à partir de la décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 qui permet au juge de contrôler les lois au regard d'un ensemble de droits, libertés et principes présentant un fort contenu axiologique. Par cette décision « le juge témoigne de son ambition de devenir gardien des droits et libertés constitutionnellement garantis » et se défait d'une vision logique et procédurale du contrôle de constitutionnalité, amorçant « solidement et durablement, une transformation profonde de la finalité de son institution »³⁷⁷. La vision purement logique du contrôle de constitutionnalité se conjugue en effet mal avec des normes de référence saturées de contenu axiologique³⁷⁸, de sorte qu'une représentation trop formelle et procédurale de la constitution ne rend pas compte du travail du Conseil constitutionnel. Ainsi, la jurisprudence du Conseil constitutionnel se construit autour de valeurs et de principes (le Conseil ne distinguant pas les deux et préférant parler invariablement de principes³⁷⁹) qui traduisent une certaine conception axiologique de la constitution. Ces principes et valeurs stabilisent et homogénéisent la production jurisprudentielle qui trouve alors sa cohérence dans la protection d'un corpus de valeurs fondamentales. Par exemple, une telle démarche est évidente dans la constitutionnalisation du « principe de fraternité » par la décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, le lien avec l'énoncé textuel étant alors particulièrement ténu³⁸⁰. On peut également citer le principe de dignité humaine. Dégagé dans la décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, il est rattaché par le Conseil constitutionnel au texte constitutionnel, mais a été dégagé par la Convention européenne des droits de l'homme et a été repris par un Conseil constitutionnel s'inspirant de la jurisprudence de la cour de Strasbourg³⁸¹. Or, le système européen de protection des droits de l'homme s'af-

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 7.

³⁷⁷ Elsa Kohlhauer, *Le droit politique comme théorie constitutionnelle : proposition de systématisation*, Université Montpellier, 2019, p. 221.

³⁷⁸ Ce que Kelsen avait compris, ce dernier s'opposant à la trop grande immixtion des valeurs et droits fondamentaux qui se paieraient pas une trop grande place laissée à la subjectivité du juge chargé de les faire respecter.

³⁷⁹ Pour reprendre l'expression du professeur Etienne Picard, on peut affirmer qu'il existe une apparente « phobie juridique des valeurs » du Conseil constitutionnel. Ce dernier refuse d'user de ce vocabulaire dans sa motivation alors même que le fond de sa démarche est en partie déterminé par ce recours aux valeurs. Le Conseil préfère alors user du terme en apparence plus neutre de « principe ». Sur cette question, v. Vincent Réveillère, « « Couvrez ces valeurs que je ne saurais voir » La discussion des valeurs au Conseil constitutionnel (1959-1985) », *Revue de droit public*, 2015, n° 2.

³⁸⁰ Comme en témoigne l'appréciation par le professeur Olivier Beaud de l'argumentation alors déployée par le Conseil : « Mais comment peut-on expliquer à des étudiants de première année en droit cette soudaine mutation du plomb en or par la seule vertu d'un syllogisme plus que douteux ? En effet, de ces deux membres de phrase cités par le Conseil, « il (ne) ressort (pas du tout), selon nous, que le principe de fraternité soit « à valeur constitutionnelle » », Olivier Beaud, « Où va le droit (constitutionnel) ? », *La Semaine Juridique Édition Générale*, n°40, 1er Octobre 2018, p. 1768.

³⁸¹ Olivier Dutheillet de Lamothe, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le conseil constitutionnel », 13 février 2009, visite du Président et d'une délégation de la Cour

ferme comme une défense de certaines valeurs fondamentales, de sorte que le Conseil constitutionnel en les intégrant dans l'ordre constitutionnel interne, se fait nécessairement le relais d'une telle conception substantielle. En définitive, il apparaît que, sous couvert de dégager des principes qui seraient prévus par le texte constitutionnel³⁸², le juge constitutionnel défend en réalité une conception axiologique de la constitution et esquisse les contours d'un ordre de valeurs qu'il aurait pour mission de protéger. La prolifération de principes dont les liens textuels sont évanescents ne s'explique que de cette manière et doit donc permettre de tempérer la vision d'un Conseil constitutionnel comme simple garant de la bonne utilisation des procédures. De même, la question de l'utilisation d'un vocabulaire essentialiste par le Conseil constitutionnel, que nous avons déjà effleurée, témoigne d'une effraction du Conseil dans le monde des valeurs et d'une sortie hors du texte : « [...] la recherche du cœur de la constitution nous fait paradoxalement basculer dans le monde extérieur. Le voyageur qui voulait atteindre « le centre », [...] de la constitution, se trouve soudainement redirigé vers des valeurs, des précédents historiques et des propriétés systémiques qui sont autant de caractéristiques du macrocosme dans lequel évolue la constitution »³⁸³, de sorte qu'au « bout du compte, de telles normes de référence renvoient pourtant à une constitution qui n'est ni neutre du point de vue des valeurs ni auto-suffisante d'un point de vue normatif »³⁸⁴.

Dès lors, le premier discours qu'identifie Vedel, à savoir le discours proprement juridique et savant, n'est plus à même de rendre compte de la réalité jurisprudentielle et du contenu axiologique que porte en elle la constitution³⁸⁵. En fin de compte, il nous semble possible de renverser les fonctions assignées à chaque discours. Si le premier était supposé être le discours savant et juridique, il a été établi qu'il ne permet pas de rendre compte du développement du droit positif. Le second discours était lui supposé légitimer l'institution aux yeux du grand public. Or, il apparaît plutôt que le premier discours, techniciste, est précisément un discours ayant une visée idéologique, c'est-à-dire visant à asseoir la légitimité du juge constitutionnel. Vedel en est d'ailleurs conscient :

Ce discours n'opère pas seulement sur le plan juridique. Il a un impact politique évident. Il désarme, il pacifie et il exorcise. Il désarme ou tend à désarmer les représentants de la nation en faisant ressortir que ce n'est pas leur volonté qui

européenne des droits de l'homme au Conseil constitutionnel, disponible en ligne sur le site du Conseil constitutionnel.

³⁸²Jean-Michel Blanquer montre par exemple que « par leur nature même, [les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République], le conduisent à trouver au travers d'une loi le principe qui la sous-tend et qui, pour des raisons historiques et philosophiques, peut être considéré comme fondamental ». Jean-Michel Blanquer, « Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel ? », *Mélanges Jacques Robert : libertés*, Montchrestien, 1998, p. 231.

³⁸³Denis Baranger, « Un chantier qui ne prend jamais fin. Le juge, les révisions, et les autres formes de changement constitutionnel dans la France contemporaine », *Jus politicum*, n°18, 2017, p. 82.

³⁸⁴*Ibid.*, p. 83.

³⁸⁵Stéphane Rials va jusqu'à y percevoir un immense retour du « théologico-politique », les juges étant les nouveaux prêtres chargés de dévoiler la loi naturelle, ce qui se manifesterait par une « extension continue des énoncés prétendument principiels venant à l'appui de ses interventions ». Stéphane Rials, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *Le débat*, 1991, n°64, p. 166.

est condamnée mais le mode selon lequel elle s'exprime. Il pacifie ou tend à pacifier en dissipant l'image d'un juge constitutionnel au sommet de la pyramide des pouvoirs et en le revêtant de l'habit d'un technicien des formalités. Il exorcise ou tend à exorciser le gouvernement des juges et l'arrogance d'un droit naturel subjectif opposable au peuple souverain³⁸⁶.

Ainsi, le discours présentant le Conseil constitutionnel comme simple juge-aiguilleur ne serait pas juridiquement le plus pertinent mais aurait une fonction de légitimation politique. Inversement, le discours faisant du juge le défenseur d'un ordre axiologique serait juridiquement plus à même de décrire l'activité du Conseil mais serait politiquement épineux. En effet, le discours techniciste permet de faire apparaître l'activité du juge constitutionnelle comme circonscrite à un rôle modeste et politiquement neutre. Au contraire, mettre en lumière la participation du juge constitutionnel à l'élaboration et à la défense d'un ordre de valeurs renverrait directement au motif du gouvernement des juges qui est un incontournable dans l'imaginaire politique collectif. En semblant trouver la vérité du droit dans la technique procédurale, Vedel élude la question de la constitution considérée comme un ordre de valeur, question essentielle afin de comprendre l'évolution du constitutionnalisme contemporain.

La relativisation de la notion de constitution est ainsi le fruit d'une approche purement formelle ne s'attachant qu'aux questions procédurales et formelles (paragraphe 1). Avec une telle démarche, il devient alors difficile de tenir un discours sur une identité constitutionnelle qui nécessiterait des considérations matérielles. L'analyse formelle entraîne ainsi une précarisation de l'identité constitutionnelle (paragraphe 2).

2. Une identité constitutionnelle toujours précaire

La précarisation de l'identité constitutionnelle apparaît avec netteté dans les écrits vedéliens relatifs au pouvoir constituant. En le réduisant à une compétence procédurale (A) il dématérialise cette notion qui n'est alors plus à même de fonder une quelconque identité pérenne, ce qui a pour effet de pousser Vedel à envisager le pouvoir de révision considéré comme omnipotent, éludant ainsi le problème de la légitimité constitutionnelle (B).

a) Un pouvoir constituant réduit à une compétence procédurale

La focalisation de Vedel sur une notion formelle de la constitution va se traduire par une conception formelle et procédurale du pouvoir constituant, posant alors le problème de la légitimité originare de la constitution.

Cette vision procédurale du pouvoir constituant est une des lignes de force structurant sa doctrine et révèle une certaine homogénéité de sa pensée. Dans son *Manuel*, il définit ainsi le pouvoir constituant comme une *compétence* :

³⁸⁶Georges Vedel, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme ? », *Pouvoirs*, n°45, 1988, p. 154.

La première conséquence de la notion formelle de Constitution, c'est qu'il existe, tant au point de vue des organes que des formes, une compétence spéciale à laquelle on donne le nom de pouvoir constituant, qui est le pouvoir d'établir ou de modifier la Constitution³⁸⁷.

La pensée de Vedel fait ici preuve d'une logique certaine en articulant la notion formelle de la constitution et la définition procédurale du pouvoir constituant : si la constitution « est l'acte qui ne peut être fait ou modifié que selon certaines procédures »³⁸⁸, le pouvoir constituant est naturellement défini d'un point de vue formel comme étant « avant tout, ici, une fonction, caractérisée par un régime procédural spécifique »³⁸⁹. Ce faisant, Vedel éloigne la question de l'*auteur* de la constitution loin des préoccupations des juristes car la procédure constituante peut être mise en marche par différents organes. Par exemple, il considère que le pouvoir constituant peut être exercé par le peuple par vote populaire lors d'un référendum constituant ou par une Assemblée élue. De manière un peu mystérieuse, il parle également du pouvoir constituant comme de l'État lorsqu'il affirme qu'« il n'est pas autre chose que l'État édictant ses propres règles de structure et de fonctionnement »³⁹⁰. Cette définition procédurale du pouvoir constituant permet de dépersonnaliser cette notion : « pour définir à la fois la notion de « constitution » et celle de pouvoir constituant, on serait tenté de faire prévaloir la question du « comment » (la manière dont la constitution est promulguée et révisée) sur celle du « qui » (l'auteur de la constitution) »³⁹¹. La logique implicite à l'œuvre est encore une fois tributaire d'une distinction entre la raison politique et la raison juridique : la question du *qui* serait politique, celle du *comment* serait juridique.

Une telle juridicisation de la notion du pouvoir constituant témoigne d'une certaine « défiance vis-à-vis de la substance »³⁹² et d'une volonté de rationaliser la matière juridique en l'éloignant d'une mystique conférant une *réalité ontologique* propre au pouvoir constituant. La vision d'un pouvoir constituant considéré comme une substance existant en soi et concrètement a, en effet, pu exercer une certaine fascination sur les juristes. Elle trouve par exemple une illustration idéaltypique dans la conceptualisation schmittienne qui définit le pouvoir constituant comme « une volonté politique, c'est-à-dire *un être politique concret* »³⁹³. Au contraire, en refusant de se poser cette lancinante question du *qui*, le « scepticisme constitutionnel »³⁹⁴ de Vedel permet d'épurer le droit d'un certain nombre de représentations mythologiques grevant ontologiquement l'analyse juridique. Cette

³⁸⁷Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, réédité chez Dalloz, 2002, p. 114.

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 112.

³⁸⁹Denis Baranger, « Un chantier qui ne prend jamais fin. Le juge, les révisions, et les autres formes de changement constitutionnel dans la France contemporaine », *Jus politicum*, n°18, 2017, p. 57.

³⁹⁰Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, réédité chez Dalloz, 2002, p. 114.

³⁹¹Denis Baranger, *op. cit.*, p. 57.

³⁹² *Ibid.*, p. 56.

³⁹³Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, PUF, 1993, p. 212. (nous soulignons)

³⁹⁴Denis Baranger, *op. cit.*, p. 56.

doctrine sceptique adhère à une économie des axiomes juridiques et refuse de considérer l'existence en soi d'un pouvoir constituant substantiel, originaire et fondateur, perçu sur le modèle théologique de la *causa prima* théologique ou de la *natura naturans* scolastique. Ce formalisme apparaît alors comme un refus de l'essentialisation, la conceptualisation vedélienne prenant ses distances vis-à-vis de cette mystique révolutionnaire transportant avec elle les représentations d'un pouvoir constituant ontologiquement fondé, d'une « nation-substance »³⁹⁵, d'un peuple immédiatement présent à lui-même et conscient de son existence³⁹⁶. De même, définir le pouvoir constituant comme une simple procédure exorcise l'attrait exercé par les pensées de l'*origine* d'après lesquelles existerait un moment absolument fondateur, un acte de création démiurgique qui légitimerait entièrement l'édifice constitutionnel en lui conférant sa réalité substantielle et son identité³⁹⁷. On peut toutefois percevoir une certaine tension entre cette volonté d'éviter la question du titulaire de ce pouvoir constituant, de l'*auteur* de la constitution, et la théorie de l'interprétation de Vedel. Il a été vu que celle-ci reposait sur une perception de l'interprétation comme d'un processus cognitif permettant de retrouver le sens fixé et abrité par le texte, et donc appuyé en dernière instance sur l'*intention* de l'auteur. Cette représentation de la constitution comme texte émanant d'un auteur conscient de son projet est ici contredite par une théorie du pouvoir constituant refusant de personnaliser ce dernier, de l'incarner en un auteur concret³⁹⁸. Or, sans *auteur*, les notions d'*intention* et de *message* fondant la théorie de l'interprétation-connaissance n'ont plus aucun point d'appui et se dissolvent nécessairement³⁹⁹, de sorte que l'interprétation ne peut plus être pensée comme un acte de déduction logique. La réduction juridique du pouvoir constituant à une simple procédure prive alors

³⁹⁵Eric Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, PUF, 2003, p. 151.

³⁹⁶Cette immédiateté d'un peuple existant au-delà de toute procéduralisation et représentation se payant chez Carl Schmitt par l'idée d'un peuple unifié dans un rapport de conflictualité existentiel avec l'adversaire, ou, plus insidieusement, par une unification purement raciale.

³⁹⁷Là encore, ce type de pensée a profondément à voir avec des schèmes de pensée religieux. Le mythe de l'origine est lié aux représentations du sacré selon lesquelles la réalité d'une société proviendrait d'un moment mythique et originel fondant sacralement l'ordre existant. Tout objet ou action n'acquerrait de sens et de réalité que par rapport à cette fondation, c'est-à-dire en renvoyant à un archétype sacré par la répétition d'une réalité originelle. V. Mircea Eliade, *Le mythe de l'éternel retour*, Gallimard, 1989.

³⁹⁸« Le volontarisme à l'œuvre derrière le concept de souveraineté impose en effet que la décision constituante émane d'un auteur *concret* », Elsa Kohlhauer, *Le droit politique comme théorie constitutionnelle : proposition de systématisation*, Université Montpellier, 2019, p. 352.

³⁹⁹C'est ainsi qu'en théorie littéraire la Nouvelle critique a reconstruit la notion d'interprétation en déboulonnant la figure de l'auteur comme autorité absolue garantissant l'existence d'un sens attaché au texte. Elle a alors rompu avec l'intentionnalisme qui faisait de l'intention l'objet même de l'activité interprétative : « l'intention de l'artiste ne joue aucun rôle en ce qui concerne l'interprétation de l'œuvre », Sherri Irvin, « L'œuvre d'art et l'intention de l'artiste », Jacques Morizot, Roger Pouivet (dir.), *Dictionnaire d'esthétique et de philosophie de l'art*, Armand Colin, 2007, p. 251. L'interprète retrouve alors sa liberté face à un texte dont « Nous savons maintenant [qu'il] n'est pas fait d'une ligne de mots, dégageant un sens unique, en quelque sorte théologique... mais un espace à dimensions multiples, où se marient et se contestent des écritures variées, dont aucune n'est originelle... », Roland Barthes, *Le Plaisir du texte*, Seuil, 1973, p. 45-46.

de fondement théorique la théorie de l'interprétation : en voilant la figure de l'auteur elle retire à l'activité interprétative l'objet qui lui était assigné, à savoir la découverte d'une intention, d'un message exprimé par cette figure d'autorité.

Cette réduction du pouvoir constituant à une procédure amène Vedel à assimiler le pouvoir constituant originaire et le pouvoir de révision au sein d'une catégorie plus large simplement dénommée le « pouvoir constituant ». Le pouvoir constituant est défini comme « le pouvoir d'établir ou de modifier la Constitution »⁴⁰⁰, sans que ces deux fonctions soient distinguées. C'est ainsi que le pouvoir constituant est conçu comme pouvant être qualifié de pouvoir constituant « originaire » ou de pouvoir constituant « dérivé », ces deux qualificatifs spécifiant des différences au sein d'une notion unique et plus large :

[...] s'agissant d'établir une Constitution au moment de la création d'un État ou après une Révolution qui a abrogé la Constitution préexistante, le pouvoir constituant est *inconditionné* ; par définition, il n'est soumis à aucune règle préalable ; il est vraiment un pouvoir *originaire*. Au contraire, quand le pouvoir est exercé en matière de révision, la Constitution fixe elle-même les conditions, au moins les conditions de forme, dans lesquelles ce pouvoir constituant est exercé ; par exemple, la révision sera confiée à telle Assemblée ou devra être approuvée par référendum. Dans ce cas, le pouvoir constituant de révision n'est plus *inconditionné*. C'est un pouvoir *dérivé*⁴⁰¹.

Ce développement reprend, selon le professeur Olivier Beaud, la distinction « canonisée » par Roger Bonnard qui est « devenue une sorte de lieu commun dans la doctrine constitutionnelle française »⁴⁰². Celle-ci adopte le vocabulaire diffusé en France par Sieyès mais, étonnamment, n'en tire pas toutes les conclusions. La notion de pouvoir constituant est en effet déglagée par Sieyès pour qui :

La nation existe avant tout, elle est à l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même. Avant elle et au-dessus d'elle il n'y a que le droit *naturel*. Si nous voulons nous former une idée juste de la suite des lois *positives* qui ne peuvent émaner que de sa volonté, nous voyons en première ligne que les lois *constitutionnelles*, qui se divisent en deux parties : les unes règlent l'organisation et les fonctions du corps législatif ; les autres déterminent l'organisation et les fonctions des différents corps *actifs*. Ces lois sont dites *fondamentales*, non pas en ce qu'elles puissent devenir indépendantes de la volonté nationale, mais parce que les corps qui existent et agissent par elles ne peuvent point y toucher. Dans chaque partie, la constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant⁴⁰³.

Le pouvoir constituant originaire est défini par Vedel comme un pouvoir *inconditionné* et *originaire* et correspond en effet bien à ce pouvoir constituant tel que conceptualisé par Sieyès. Par contre, le pouvoir constituant dérivé ne partage pas ce caractère inconditionné car il est exercé dans des conditions fixées par la constitution elle-même. Dès lors, il semble qu'il devrait être rattaché à la catégorie des « corps qui existent et agissent par elles », c'est-à-dire que le pouvoir de révision serait un pouvoir constitué et non un pouvoir constituant. Cela ferait voler en éclat

⁴⁰⁰Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, réédité chez Dalloz, 2002, p. 114.

⁴⁰¹*Ibid.*, p. 115-116.

⁴⁰²Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, 1994, p. 314.

⁴⁰³Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, PUF, 1982, p. 67.

la fusion vedélienne du pouvoir de révision et du pouvoir constituant originaire. En ce sens, Olivier Beaud affirme que :

l'on ne peut pas à la fois soutenir le caractère juridiquement inconditionné du pouvoir constituant originaire, celui juridiquement habilité du pouvoir dérivé, et les qualifier tous deux de pouvoir constituant comme s'ils étaient de nature identique. L'erreur de la doctrine -une faute logique en fait- est donc de ranger ces deux pouvoirs dans un genre unique, d'adopter une différenciation relative (différence de degré), alors qu'elle devrait être absolue. L'opposition entre un pouvoir absolu et un pouvoir non absolu constitue une différence de nature⁴⁰⁴.

Cette différence de nature est cependant brouillée par les termes utilisés par Vedel. En effet, la large définition du pouvoir constituant comme « le pouvoir d'établir ou de modifier la Constitution »⁴⁰⁵ indifférencie deux opérations qui ne sont pas de même nature. La fonction établissant une constitution à partir d'un néant normatif⁴⁰⁶ serait la même que celle s'exerçant dans le cadre d'une constitution existante et soumise à des contraintes normatives. Les adjectifs qualificatifs « originaire » et « dérivé » visent alors à masquer cette profonde différence de fonctions, en renvoyant à une différence seulement chronologique. Le pouvoir établissant la constitution serait temporellement premier, le pouvoir modifiant la constitution serait temporellement second, mais « il s'agirait de deux manifestations du même pouvoir »⁴⁰⁷. Il est alors possible de s'interroger avec le professeur Olivier Jouanjan sur la terminologie utilisée par Vedel :

En effet, dès lors que l'on voulait continuer de qualifier le pouvoir de révision de pouvoir constituant, pour désigner un pouvoir *établi par la Constitution*, il pouvait évidemment apparaître assez contradictoire de le nommer le « pouvoir constituant constitué ». On a certes effacé cette contradiction au plan terminologique en utilisant ces *euphémismes* que sont les adjectifs « dérivé » ou « institué ». Mais on a pas effacé la contradiction conceptuelle que dévoile pleinement l'idée, difficilement acceptable, d'un pouvoir constituant constitué⁴⁰⁸.

En effet, sur la base des définitions données par Vedel lui-même, il est possible d'en déduire une certaine *hiérarchie* entre les pouvoirs originaire et dérivé. Selon Claude Klein, « le pouvoir constituant originaire existe en dehors de toute habilitation juridique, alors que le second dérive du premier et généralement considéré comme lui étant inférieur, à tout le moins soumis aux conditions de forme et parfois

⁴⁰⁴Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, 1994, p. 314.

⁴⁰⁵Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, réédité chez Dalloz, 2002, p. 114.

⁴⁰⁶Selon une vision romantique du pouvoir constituant qui emprunte à la théologie la vision d'un pouvoir omnipotent fondant un *cosmos*. Comme le note Denis Baranger « d'un point de vue juridique [...], il semble tout aussi artificiel de considérer que le « peuple » constituant originaire n'était pas lié par des contraintes juridiques. S'agissant du processus constituant de 1958, il suffit pour s'en convaincre de renvoyer à la loi du 3 juin 1958, qui fixa les conditions d'adoption de la nouvelle constitution. », Denis Baranger, « Un chantier qui ne prend jamais fin. Le juge, les révisions, et les autres formes de changement constitutionnel dans la France contemporaine », *Jus politicum*, n° 18, 2017, p. 60.

⁴⁰⁷Olivier Jouanjan, « La forme républicaine du gouvernement, norme supraconstitutionnelle ? », B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *La République en droit français*, Economica, 1996, p. 281.

⁴⁰⁸*Ibid.*, p. 281.

de fond par lesquelles il a été établi »⁴⁰⁹. L'aporie logique face à laquelle se trouve Vedel (c'est-à-dire deux pouvoirs à la fois différents et identiques) ne peut ainsi être levée qu'à condition que les différences entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé puissent être effacées. C'est très logiquement à cela que va s'attacher Vedel en présentant le pouvoir constituant dérivé, le pouvoir de révision, comme un pouvoir souverain, soulevant alors la question de la pérennité de l'identité constitutionnelle.

Ainsi, si le pouvoir constituant n'est qu'une procédure (A), le pouvoir de révision doit être l'égal du pouvoir constituant originaire. C'est pour cela qu'il est pensé comme omnipotent, ce qui permet à Vedel d'éluder le problème de la légitimité constitutionnelle (B).

b) Un pouvoir de révision omnipotent éludant le problème de la légitimité constitutionnelle

L'introduction du motif de la souveraineté du pouvoir de révision dans la pensée vedélienne coïncide avec l'éclosion du débat doctrinal relatif à la ratification du traité de Maastricht. Certains auteurs faisaient valoir qu'un tel traité portait atteinte à la constitution en ce qu'il entraînerait des transferts de souveraineté trop importants. Répondant à ce grief, d'autres auteurs affirmaient qu'une simple révision constitutionnelle serait suffisante pour surmonter toute possible contrariété entre le traité et l'actuelle constitution. Le problème juridique de fond sur lequel portait le débat était donc celui de la limitation du pouvoir de révision. Ce pouvoir était-il libre d'apporter toute modification qui lui paraissait opportune ou était-il un pouvoir dont l'exercice était enserré par certaines limites ? La constitution était-elle modifiable à l'envie ou devait-on protéger certains de ses fondements sous peine de la dénaturer ? Vedel plongeait avec ferveur dans ce débat et défendait avec constance la première thèse. Avant même que le Conseil constitutionnel n'ait rendu ses décisions relatives au Traité de Maastricht⁴¹⁰, Vedel défendait sa position,

⁴⁰⁹Claude Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, 1996, p. 190. L'auteur cite également Guy Héraud d'après qui : « l'opposition du pouvoir originaire et des pouvoirs institués doit être, d'un point de vue strictement juridique remplacée par l'opposition du pouvoir à compétence totale (pouvoir originaire dans une nouvelle acception) et des pouvoirs à compétences limitées », Guy Héraud, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Toulouse, 1946, p. 4-5

⁴¹⁰Pour un résumé de la jurisprudence constitutionnelle : « En France, le président de la République a décidé de saisir le Conseil constitutionnel afin que celui-ci examine si cet « engagement international comporte une clause contraire à la Constitution » (art. 54). Dans l'affirmative, le même article précise que la déclaration de contrariété du traité à la Constitution implique que « l'autorisation de le ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution ». Dans sa décision en date du 9 avril 1992 (décision dite « Maastricht 1 »), le Conseil constitutionnel a déclaré que certaines dispositions du traité de Maastricht étaient non seulement contraires à certains articles de la Constitution de 1958, mais aussi qu'elles portaient atteinte à la souveraineté nationale. Cette décision juridictionnelle constituait, dans un premier temps, un obstacle à la ratification du traité. Pour le lever, et donc pour autoriser la ratification du traité, la loi constitutionnelle de révision du 25 juin 1992 a inséré dans le texte constitutionnel de la Ve République l'équivalent du contenu des dispositions du traité de Maastricht précédemment jugées inconstitutionnelles. Après le vote de cette révision constitutionnelle par le Congrès, assemblée de révision prévue par l'article 89, qui fut convoqué par le président de la République, le Conseil constitutionnel a été saisi par des parlementaires en vertu du nouvel article 54 de la Constitution de la question de savoir si le traité de Maastricht contenait une clause contraire à la Constitution ainsi modifiée. Dans sa décision en date du 2

qui fut ensuite partagée par le juge constitutionnel, en écrivant divers articles qui témoignent d'une conception formelle du pouvoir de révision. Il est intéressant de noter que le doyen, croisant le fer avec les tenants d'une limitation du pouvoir de révision, et voulant certainement consolider les bases théoriques de sa doctrine, semble procéder à une intensification de son tropisme formaliste qui apparaît alors en pleine lumière.

Il a été vu qu'en rangeant le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé sous la même catégorie tout en leur reconnaissant des différences substantielles, Vedel semblait commettre une certaine faute logique. Sa pensée reprend toutefois sa cohérence lorsque, à l'occasion des débats portant sur le traité de Maastricht, il s'évertue d'effacer ces différences en présentant le pouvoir constituant dérivé, à savoir le pouvoir de révision, comme un pouvoir *souverain*. Cet axiome est rendu explicite dès son article « Schengen et Maastricht » où il affirme avec beaucoup d'autorité que « l'idée simple et seule vraie (à moins qu'on ne recoure au droit naturel) est que, sauf les prohibitions rappelées plus haut, le pouvoir constituant dérivé est l'expression de la souveraineté dans toute sa plénitude sous la seule réserve qu'il s'exerce selon la procédure qui l'identifie »⁴¹¹. Ce passage condense les thèses que Vedel fera valoir tout au long du débat doctrinal : l'attribution du caractère souverain au pouvoir de révision ; l'attachement aux seules limites procédurales ; enfin, l'infamante qualification de toute thèse contraire de *jusnaturaliste*.

Reconnaître un caractère souverain au pouvoir de révision doit permettre de combler les différences des pouvoirs constituant originaire et dérivé, et donc d'assurer leur unification logique au sein d'une même catégorie. Dès lors, qu'il est souverain, « le pouvoir constituant dérivé n'est pas un pouvoir d'une autre nature que le pouvoir constituant initial »⁴¹². Cette affirmation passe par la démonstration de l'impossibilité d'imposer des limites matérielles au pouvoir de révision. Dans le cadre de sa construction théorique, Vedel va renvoyer toute limite matérielle au pouvoir de révision à la notion de supra-constitutionnalité. Une telle supra-constitutionnalité est en effet identifiée lorsque « l'autorité (abrégé) investie du pouvoir constituant ne peut ni abroger ni modifier une norme supraconstitutionnelle »⁴¹³. Ainsi, une norme serait supraconstitutionnelle dès lors qu'elle interdirait la modification de la constitution, c'est-à-dire, dès lors qu'elle limiterait l'exercice du pouvoir de révision. De manière cohérente, Vedel envisage deux cas de supra-constitutionnalité. Le premier cas désigne celui de la supra-constitutionnalité « à l'état pur,

septembre 1992 (dite « Maastricht 2 »), le juge a estimé que le traité sur l'Union européenne ne comportait plus de clause contraire à la constitution et que l'autorisation de le ratifier pouvait intervenir sur le fondement d'une loi de ratification. [...] Enfin, le peuple français, qui fut entre-temps sollicité par le président de la République en vertu de l'article 11 sur l'approbation des traités internationaux, a donné l'autorisation de ratifier ledit traité par le référendum du 21 septembre 1992. Le Conseil constitutionnel a refusé de contrôler cette loi référendaire par sa décision du 23 septembre 1992 (décision dite « Maastricht 3 »). Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, 1994, p. 457-458.

⁴¹¹Georges Vedel, « Schengen et Maastricht (à propos de la décision n°91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *Revue française de droit administratif*, n°8, 1992, p. 179.

⁴¹² *Ibid.*

⁴¹³Georges Vedel, « Souveraineté et supra-constitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p. 80.

[qui] supposerait qu'il existe des règles supérieures à la Constitution et non formulées par celle-ci »⁴¹⁴ ; le second cas une situation « en apparence paradoxale⁴¹⁵, celle où la supraconstitutionnalité trouverait son fondement et son contenu dans la Constitution elle-même. [...] La supraconstitutionnalité serait ainsi attachée à l'ensemble des normes que le pouvoir constituant originaire a soustrait tacitement ou expressément à toute révision »⁴¹⁶.

Le cas de la supraconstitutionnalité à l'état pur est vite résolu. Conformément à la philosophie volontariste qui sous-tend son normativisme, le postulat de l'existence de règles existant indépendamment de tout acte de volonté humaine est inacceptable : « ne rappelons pas toutes les pistes, anciennes ou modernes, par lesquelles on a tenté de trouver l'introuvable : un droit objectivement saisissable non posé, non formulé, non contrôlé par une autorité sociale »⁴¹⁷. Il va cependant confronter une thèse plus originale présentée par Favoreu⁴¹⁸. Selon cette dernière, la supraconstitutionnalité pourrait trouver un fondement stable, objectif et extérieur à l'État dans sa formulation par la société internationale. Pour Vedel, cette position est également intenable. Il la réfute à partir de sa grille de lecture normativiste selon laquelle seules des normes valides peuvent limiter le pouvoir constituant. Or, dès lors que l'on « n'est pas devant des règles conventionnelles ; [ni] davantage en présence de règles coutumières, [...] en vertu de quoi le fait que deux États se comportent de la même manière, chacun dans sa sphère propre, sans un assentiment réciproque, exprès ou tacite, manifesté dans une pratique commune, peut-il être

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 87.

⁴¹⁵ On verra que ce paradoxe n'est pas qu'apparent et qu'il n'est qu'un résultat de l'axiome préjudant toute cette construction : l'assimilation du pouvoir de révision à un pouvoir souverain.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 88-89.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 88. Une telle position s'explique par une imprégnation de Vedel par les thèses faisant de la l'acte constituant un *fiat*, un acte de création de originaire. La Constitution apparaît alors comme *arkhè*, comme commencement et commandement. En ne posant la question de ce qui préexiste à la constitution que sous la forme du problème d'un « droit objectivement saisissable », Vedel refuse de s'intéresser aux autres contraintes pesant sur le pouvoir constituant. Or, comme le note Böckenförde : une telle question est « mal posée [...] Elle suppose en effet que la volonté du pouvoir constituant serait d'abord complètement libre et sans limite, qu'elle serait pour ainsi dire normativement vide. Ce n'est qu'ensuite qu'elle se verrait liée et configurée par un contenu normatif apporté de l'extérieur, par un "devoir-être" juridique. A la base de cette thèse, il y a le dualisme méthodologique qui disjoint l'être et le devoir-être conformément à un postulat néo-kantien mais qui rate la réalité de la vie humaine et de la vie collective. La volonté et les représentations du pouvoir constituant pris dans une situation concrète ne sont aucunement purement factuelles, éthiquement et moralement vides : elles sont déterminées par certaines idées concernant l'ordre politique et social, par des conceptions, des principes moraux et éthiques comme par des impulsions politiques, autant de représentations vivantes et actuelles au sein d'un peuple, d'une Nation », « Le pouvoir constituant du peuple, notion limite du droit constitutionnel », *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, LGDJ, 2000, p. 221. En somme, au-delà de limites purement normatives, le pouvoir constituant n'est jamais pleinement libre et illimité, car, comme le disait Braudel, « les cadres mentaux, aussi, sont prisons de longue durée ». Fernand Braudel, *Ecrits sur l'histoire*, Flammarion, 1993, p. 51. Les réflexions de cette nature ne sont pas explorées par Vedel qui les considère certainement comme insuffisamment juridiques, et préfère donc présenter la constitution purement et simplement comme « un acte fondateur ». Georges Vedel, « Rapport de synthèse », Association française des constitutionnalistes, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Economica, 1990, p. 175.

⁴¹⁸ Louis Favoreu, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n°67, 1993, p. 71-77.

créateur d'une règle de droit ? »⁴¹⁹. Ne pouvant se fonder sur l'existence de normes juridiques valides, la supraconstitutionnalité présentée par Favoreu ne peut qu'être récusée par Vedel. Seules les limites normatives sont prises en compte par son concept de supraconstitutionnalité, toute autre réflexion est perçue comme insuffisamment juridique.

La seconde version du concept de supraconstitutionnalité à laquelle s'attaque Vedel est la situation où la supraconstitutionnalité serait fondée sur la Constitution elle-même, le pouvoir constituant originaire ayant soustrait tacitement ou expressément un ensemble de normes au pouvoir de révision. Le doyen pense une telle hypothèse comme un cas exemplifiant le vieux problème de l'autolimitation : « n'est-il pas possible au pouvoir constituant de se lier lui-même en proclamant l'immutabilité de certaines de ses dispositions ? »⁴²⁰. Une telle problématisation est conforme au postulat assimilant pouvoir constituant et pouvoir de révision : toute limitation posée par le pouvoir constituant originaire au pouvoir constituant dérivé ne serait qu'une autolimitation d'un unique pouvoir constituant qui se dédoublerait. C'est en partant de cette prémisse que Vedel attaque cette notion de supraconstitutionnalité : le pouvoir de révision étant l'expression du pouvoir constituant, il est souverain et ne saurait être limité :

[...]il faut bien qu'au-delà de ce réseau de compétences distribuées, il existe un lieu juridique où la souveraineté démocratique s'exerce sans partage. Ce lieu est celui du pouvoir constituant. Le pouvoir constituant dérivé n'est pas un pouvoir d'une autre nature que le pouvoir constituant initial : la Constitution lui donne sa procédure (qui, d'ailleurs, peut faire l'objet elle-même d'une révision comme le prouve la loi constitutionnelle du 3 juin 1958) elle ne borne point son étendue (car même la prohibition concernant la forme républicaine du Gouvernement portée à l'article 89, dernier alinéa, serait tenue en échec par une révision de ce même dernier alinéa)⁴²¹.

Cet argumentaire sera repris dans l'article « Supraconstitutionnalité et souveraineté » où Vedel martèle l'impossibilité de limiter matériellement le pouvoir de révision et insiste davantage sur la distinction entre la limitation matérielle et la limitation procédurale du pouvoir de révision, calquant son argumentaire sur celui du Conseil constitutionnel⁴²² :

[...] la révision compétemment opérée, ne saurait être enfermée dans des limites. Comme l'a récemment dit le conseil, le pouvoir constituant (en l'espèce « dérivé ») est souverain. Il n'est dérivé que sous l'aspect organique et formel ; il est l'égal

⁴¹⁹Georges Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n°67, 1993, p. 88.

⁴²⁰Georges Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p. 89.

⁴²¹Georges Vedel, « Schengen et Maastricht (à propos de la décision n°91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *Revue française de droit administratif*, n°8, 1992, p. 178.

⁴²²Conseil constitutionnel, Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, considérant 19 : « Considérant que sous réserve, d'une part, des limitations touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut pas être engagée ou poursuivie, qui résultent des articles 7, 16 et 89, alinéa 4, du texte constitutionnel et, d'autre part, du respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu desquelles « la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision », le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ».

du pouvoir constituant originaire du point de vue matériel, c'est-à-dire pour ce qui regarde le contenu de la révision⁴²³.

La démonstration passe par la distinction des points de vue matériel et formel : le pouvoir constituant serait souverain d'un point de vue matériel, il pourrait modifier le contenu de la constitution en dehors de toute limite et en toute liberté. Cette liberté matérielle tient d'abord à la notion de constitution formelle qui, à l'occasion de cette *disputatio*, apparaît dans toute sa radicalité : « [...] en droit, il n'existe pas de définition matérielle de la Constitution. Est constitutionnelle, quel qu'en soit l'objet, toute disposition émanant du pouvoir constituant »⁴²⁴. Une définition matérielle de la constitution reviendrait en effet à supposer, au-dessus de la Constitution, une norme réglant la question du contenu que pourrait transporter la constitution. Or, une telle idée tomberait sous le coup des objections faites à l'égard du droit naturel. En effet, une telle norme n'a pas été édictée par une autorité compétente et ne peut donc prétendre à l'existence juridique, à savoir à la validité. Une telle hypothèse ne peut ainsi contraindre le pouvoir constituant qui est matériellement entièrement libre⁴²⁵. Enfin, l'argumentaire s'attache à l'hypothèse délicate où la constitution prévoit elle-même une limite matérielle au pouvoir de révision. En pareil cas, dont le paragraphe 5 de l'article 89 de la constitution de la V^e République est un exemple typique, on ne peut se contenter de voir dans la limitation la résurgence du droit naturel. En effet, dans cette situation, ce serait le droit positif lui-même, le droit édicté, qui imposerait une limitation matérielle au pouvoir de révision. Vedel se fait alors l'héritier direct d'une partie de la doctrine de la III^e République qui défendait l'idée de la « double-révision ». D'après celle-ci, le pouvoir de révision serait toujours libre de pouvoir réviser les clauses lui imposant de telles limites matérielles⁴²⁶. Vedel affirme que rien « ne fait [...] obstacle, en bonne logique, à ce que soit opérée la révision du dernier alinéa de l'article 89, ce qui, dans le temps suivant, permettrait de remettre en cause la forme républicaine du Gouvernement »⁴²⁷. Cette thèse ne serait qu'une conséquence du fait que « le

⁴²³Georges Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p. 90.

⁴²⁴Georges Vedel, « Schengen et Maastricht (à propos de la décision n°91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *Revue française de droit administratif*, n°8, 1992, p. 178.

⁴²⁵Est alors repris l'exemple bien connu de « la loi constitutionnelle du 10 août 1926 [qui] avait pour objet de conférer à la caisse de gestion des bons de la défense nationale et d'amortissement de la dette publique une autonomie de « caractère constitutionnel » et de lui affecter certaines recettes fiscales. Georges Vedel, « Schengen et Maastricht (à propos de la décision n°91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *Revue française de droit administratif*, n°8, 1992, p. 178.

⁴²⁶Thèse bien formulée par le député républicain Andrieux : « quel obstacle allez-vous créer aux droits du pouvoir constituant, à la possibilité de changer la forme du gouvernement ? Mais quand le Congrès sera réuni, il commencera par réviser l'article 8, en le ramenant au sens ancien de l'article 8 et, cette première opération extrêmement simple une fois accomplie, il proclamera la monarchie, et alors il l'aura faite légalement », Louis Andrieux, JO, 2 juillet 1884, Débats parlementaires, Chambre des députés, p. 1544. De même, Duguit affirmait que « si tant que ce texte existe l'Assemblée nationale ne peut pas changer la forme du gouvernement, elle n'a qu'à l'abroger et la chose faite, elle pourra très constitutionnellement changer la forme du gouvernement », Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e édition, t. 4, Paris, 1924, p. 540.

⁴²⁷Georges Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p. 90.

souverain ne peut se lier lui-même » car « en vertu de sa souveraineté, il peut changer à tout moment la norme qui interdit de changer »⁴²⁸.

Le fondement de la thèse vedélienne tient donc en dernière instance à la souveraineté supposée du pouvoir de révision et à la nécessité de pouvoir modifier le droit positif. Là encore, il rejoint certains auteurs de la III^e République qui voyaient dans l'immutabilité d'une disposition constitutionnelle un « simple vœu, sans force juridique obligatoire pour les successeurs des constituants et pour les générations futures »⁴²⁹, ou encore un « un acte de foi nécessairement dépourvu de sanction et qu'on ne saurait légitimement opposer à la volonté nationale si elle venait à mettre en cause la forme du gouvernement »⁴³⁰. A partir de telles constructions, l'immutabilité de dispositions constitutionnelles apparaît bien comme un avatar du droit naturel. En effet, seule une certaine transcendance permettrait de limiter un pouvoir immanent mais souverain : l'immutabilité est proprement impensable dans un système de droit positif posé par une volonté humaine. Vedel affirme ainsi dans son avant-propos à la thèse d'Eisenmann que « l'immutabilité juridique est une impossibilité, puisque la règle qui proclamerait cette immutabilité devrait être elle-même rendue intangible par une autre règle immuable qui à son tour peut être modifiée. L'autolimitation juridique est un néant logique »⁴³¹. L'on ne pourrait ainsi sortir de cette régression à l'infini qu'en faisant le postulat d'une norme transcendante, hors de portée de la volonté humaine, garantissant une certaine immutabilité. Si la chaîne logique structurant la démonstration vedélienne est cohérente (le pouvoir de révision est une émanation du pouvoir constituant ; le pouvoir constituant est souverain ; le pouvoir de révision est donc illimité et peut toujours lever les limites qu'il se serait imposé à lui-même), il faut examiner de plus près l'axiome principal (le pouvoir de révision est une émanation du pouvoir constituant) qui entraîne de nombreuses difficultés.

Nous avons relevé qu'assimiler en statut et en valeur le pouvoir constituant originaire et le « pouvoir constituant dérivé » posait certaines difficultés logiques tant leurs différences (l'un étant inconditionné, l'autre étant conditionné) semblaient résulter d'une différence de nature. Le fossé devait alors être comblé par l'assimilation du pouvoir de révision au pouvoir constituant : le premier devait être aussi souverain que le second pour que la démonstration vedélienne soit pleinement cohérente. Or, c'est bien cette étape du raisonnement qui peine à convaincre, l'assimilation entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir « constituant dérivé » n'apparaissant jamais clairement, de sorte que subsistent toujours des failles logiques. La plus grande difficulté réside dans l'utilisation de la distinction du point de vue matériel et du point de vue formel : le pouvoir de révision serait matériellement souverain à condition de suivre la procédure qui l'encadre formellement. Le raisonnement de Vedel est similaire à celui tenu par Carré de Malberg qui appuie sur les limites procédurales tout en continuant d'affirmer le caractère souverain du pouvoir de révision lorsqu'il affirme que ce dernier se trouve vis-à-

⁴²⁸ *Ibid.*

⁴²⁹J. Barthélémy et P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, 1933, Editions Panthéon-Assas, 2004, p. 231.

⁴³⁰Georges Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, thèse, Paris, 1930, p. 3.

⁴³¹Georges Vedel, « Avant-propos », Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Economica, 1986.

vis de la nation « dans une situation de parfaite indépendance »⁴³². Comme le pointe le professeur Olivier Beaud, « le doyen Vedel se contredit, tout autant que le Conseil constitutionnel, lorsqu'il énonce, d'une part, que le pouvoir de révision est souverain, tout en admettant, d'autre part, qu'il doit respecter certaines prohibitions fixées par l'article 89 de la Constitution »⁴³³, quand bien même celles-ci ne seraient que procédurales et formelles. Comme l'exprime clairement le professeur Olivier Beaud, « la subordination de l'organe de révision à la constitution, ne serait-ce que pour les règles formelles, interdit [...] de le qualifier de souverain, car dès qu'une autorité exerce une compétence, c'est-à-dire dès qu'elle est un organe lié par le droit positif, elle n'est plus souveraine »⁴³⁴. Il est surprenant que l'attachement habituel de Vedel aux formes et procédures ne se traduise pas par la reconnaissance de l'importance des limites procédurales dans la détermination de la nature du pouvoir de révision. De manière étonnante, le point de vue matériel (le pouvoir de révision est un pouvoir matériellement libre) passe devant le point de vue formel (le pouvoir de révision est un pouvoir limité) et permet à Vedel d'affirmer la souveraineté du pouvoir de révision. Cette position est d'autant plus délicate que la reconnaissance de seules limites procédurales au pouvoir de révision faisait initialement primer une approche formelle. Ainsi, la focale est d'abord mise sur le point de vue formel pour affirmer que les limites matérielles n'existent pas, puis sur le point de vue matériel pour affirmer que le pouvoir de révision est souverain alors même qu'il serait formellement limité. Dès lors, l'assimilation vedélienne du pouvoir de révision au pouvoir constituant originaire semble malaisée et il est difficile de nier que l'on se trouve en face d'un pouvoir constituant et d'un pouvoir constitué, soit de deux pouvoirs de natures différentes.

Il s'ensuit que la limitation matérielle du pouvoir de révision redevient constructible. D'une part, on ne voit pas pourquoi le pouvoir constituant originaire serait capable d'imposer au pouvoir de révision des limitations procédurales mais non des limitations matérielles. Comme exprimé par le professeur Olivier Jouanjan, « on affirme le caractère « inconditionné » du pouvoir constituant originaire ; il lui est dès lors loisible d'instituer un pouvoir de révision auquel il peut prescrire une procédure ; mais il apparaît alors difficile de lui refuser, dans le même temps, cette liberté de limiter la compétence matérielle de ce pouvoir « conditionné » qu'est le pouvoir de révision. Nous ne trouvons aucune explication juridique de la raison pour laquelle les règles de procédure imposées au pouvoir de révision seraient valides et efficaces mais pas, à l'inverse, les règles matérielles »⁴³⁵. En conséquence, il est également difficile de continuer à qualifier de telles limitations de règles supraconstitutionnelles car cette « nouvelle supraconstitutionnalité » résulte « avant tout de sa *positivisation*, c'est-à-dire de son inclusion dans la Constitution elle-même » de sorte que l'on est amené « à se poser la question de la justification du

⁴³²Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome 2, Sirey, 1922, p. 304.

⁴³³Olivier Beaud, « Le cas français : l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle », *Jus politicum*, 2017, n°18, p. 110

⁴³⁴Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, 1994, p. 321.

⁴³⁵Olivier Jouanjan, « La forme républicaine du gouvernement, norme supraconstitutionnelle ? », B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *La République en droit français*, Economica, 1996, p. 281.

recours au terme même de supraconstitutionnalité »⁴³⁶. Ainsi, « il convient de ne pas se tromper sur la portée ou sur l'efficacité de ces limitations matérielles : elles n'ont pas davantage de force normative que n'en a la Constitution elle-même. Parce qu'une Constitution n'est pas garantie pour l'éternité des siècles, le principe soustrait à la révision constitutionnelle ne l'est bien sûr pas davantage »⁴³⁷. Le qualificatif de droit naturel est dès lors inadapté. La limite à la révision de la constitution n'apparaîtrait que comme une limite imposée par le pouvoir constituant à un pouvoir constitué, c'est-à-dire comme une norme édictée par l'homme, comme un artifice trouvant sa légitimité et sa force dans l'immanence, et ne se présentant jamais comme un absolu ontologiquement indépendant de toute reconnaissance humaine⁴³⁸.

Ce que cette controverse met pleinement en lumière est la difficulté que Vedel rencontre à penser la *légitimité constitutionnelle* en raison de son logiciel normativiste. Cela s'explique d'abord par le « dogme de la hiérarchie des normes »⁴³⁹ qui, nous l'avons vu, empêche de considérer que certaines dispositions constitutionnelles soient plus importantes que d'autres et donc, qu'elles puissent être soustraites à la révision constitutionnelle : « L'absurdité consisterait à déclarer inconstitutionnelles des normes elles-mêmes constitutionnelles, car le principe de hiérarchie des normes enseigne la dissymétrie existant entre les normes à contrôler et les normes de référence : seule une norme inférieure à une norme supérieure peut être contrôlée par rapport à celle-ci et donc seule une norme à valeur législative peut être déclarée contraire à une norme constitutionnelle »⁴⁴⁰. La soustraction de certaines normes au pouvoir de révision ne pouvant être expliquée par le modèle de la hiérarchie des normes tel qu'utilisé par Vedel⁴⁴¹, seul le recours au droit naturel pourrait fonder la pérennité de telles dispositions⁴⁴². Cette position s'explique par

⁴³⁶Claude Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, 1996, p. 162.

⁴³⁷Olivier Jouanjan, *op. cit.*, p. 282.

⁴³⁸De manière plus générale Xavier Bioy récuse tout lien entre la supraconstitutionnalité et le droit naturel, quelque soit la forme empruntée par la supraconstitutionnalité : « la supraconstitutionnalité est donc soit l'idée de nature mise en oeuvre par le constituant, soit l'idée de nature qui limite le réviseur, soit le simple fait d'imposer au réviseur des limites non naturelles. Dans ces trois sens, l'idée de nature n'apparaît pas déterminante : soit qu'elle soit devenue du droit sous la plume du constituant ou des interprètes de la Constitution [...], soit l'idée de nature n'est pas concrètement dans les dispositions intangibles, soit enfin les normes contrôlées appartiennent à la Constitution et non au droit naturel », Xavier Bioy, « L'usage de l'idée de nature dans le droit constitutionnel », *Le droit, de quelle nature ?*, Montchrestien, 2010, p. 131.

⁴³⁹Olivier Beaud, « Le cas français : l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle », *Jus politicum*, 2017, n°18, p. 113.

⁴⁴⁰*Ibid.*

⁴⁴¹Il serait en effet possible de considérer avec Michel Fromont qu'en posant que certaines dispositions constitutionnelles ne peuvent être révisées, on « assiste simplement à une hiérarchisation des règles constitutionnelles comme il existe une hiérarchie des règles législatives ou des règles réglementaires ». Michel Fromont, « La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand », *Revue de droit public*, 2007, n°1, p. 89.

⁴⁴²C'est une position que l'on continue de retrouver et qui est bien explicitée par Alexandre Viala qui voit dans la supraconstitutionnalité un « avatar du droit naturel » et pour qui « Nul ne peut donc au nom du droit naturel, dont chacun détient d'ailleurs sa propre conception, établir une

la cécité d'une seule approche formelle. Une approche matérielle de la constitution se pose en effet « la question de la légitimité du pouvoir politique »⁴⁴³ portée par l'acte constituant. Le texte constitutionnel n'est plus seulement un ensemble de dispositions éparses, pouvant à l'envie être modifiées, mais un ensemble dont la cohérence est fondée sur certains principes et certaines valeurs, traduisant un principe de légitimité sur lequel repose l'identité constitutionnelle. De la sorte, « l'on ne peut séparer complètement une constitution des principes qui ont présidé à son adoption et que ceux-ci s'imposent à tous ceux qui prétendent agir dans le cadre constitutionnel indiqué »⁴⁴⁴. L'ordre constitutionnel fondé par le pouvoir constituant exprime donc une légitimité politique qui justifie pleinement que soit protégées certaines dispositions constitutionnelles, en raison de leur contenu, face à l'exercice d'un pouvoir de révision qui n'est qu'un pouvoir constitué. Une telle protection des fondements de la constitution s'explique par le fait que celle-ci doit présenter une certaine cohérence afin de conserver son identité, et donc, sa légitimité. La garantie de la pérennité du texte constitutionnel passe donc par une protection renforcée de certaines dispositions dont le contenu est fondamental⁴⁴⁵. Une fois encore, il convient de rappeler que de tels propos restent juridiques et sont même inévitables comme en témoigne le droit positif français qui ne fait pas l'économie d'une telle approche matérielle. Cela est manifeste dans les décisions du Conseil constitutionnel 2006-540 DC du 27 juillet 2006 (parlant de « principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ») et du 62-20 DC du 6 novembre 1962 (abordant « l'esprit de la Constitution ») qui recourent à une telle approche matérielle. Surtout, on voit extrêmement bien la relativisation de la notion de constitution qu'une telle lecture formelle et procédurale entraînerait si on la poussait à l'absurde : à condition de respecter la procédure de l'article 89, il serait loisible au pouvoir de révision de donner un sens différent à toutes les dispositions constitutionnelles (par exemple en rejetant tout libéralisme, en abrogeant les articles de la Déclaration de 1789 etc.) sans que l'analyste ne puisse affirmer *juridiquement* que l'on aurait changé de Constitution. La seule vision formelle et procédurale amène à un grand aveuglement du juriste dès lors qu'on la pousse dans ses ultimes conséquences.

De manière étonnante, Vedel est pourtant sorti de ce cadre trop étroit et a lui-même semblé considérer que la discussion sur les principes était nécessaire. Ainsi, à propos des débats relatifs aux transferts de souveraineté au Parlement européen, Vedel délaisse l'analyse formelle et procédurale pour y conduire une analyse des principes. Il admet que le principe démocratique est un « principe de légitimité »⁴⁴⁶ et, suite à une réflexion conceptuelle nourrie par l'histoire des idées, il en vient à

discrimination objective entre les valeurs qui peuvent être sacrifiées par une révision constitutionnelle et celles qui ne sauraient souffrir d'aucune entrave ». Alexandre Viala, « Limitation du pouvoir constituant, la vision du constitutionnaliste », *Civitas Europe*, 2014, n°32, p. 90.

⁴⁴³Pierre-Marie Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, Panthéon-Assas, 2014, p. 12

⁴⁴⁴Claude Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, 1996, p. 205.

⁴⁴⁵Ainsi « [...] La limitation de la révision fait partie des différentes techniques destinées à garantir l'inaliénabilité du pouvoir constituant et de la souveraineté », O. Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, 1994, p. 327.

⁴⁴⁶Georges Vedel, « Les racines de la querelle constitutionnelle sur l'élection du Parlement européen », *Pouvoirs*, n°2, 1977, p. 25

considérer que le principe démocratique n'induit pas nécessairement que ce dernier doive se déployer dans un cadre national. Ce qui est particulièrement frappant, c'est qu'il sent bien qu'une réflexion touchant à la légitimité constitutionnelle est nécessaire : « Cette question est au cœur des controverses actuelles. Qu'on les écoute bien : une fois échangés les arguments de textes, une fois conduite la discussion politique, le débat se fixe sur le problème de la légitimité des institutions supranationales, apprécié, comme il se doit, par rapport au principe de légitimité : la démocratie »⁴⁴⁷. Il consacre ainsi un principe de légitimité dont il reconnaît la « sacralité » (on est ici bien loin d'une position sceptique !) : « ce n'est au fond que par un véritable jeu de mots que l'on donne au caractère national de la souveraineté démocratique un sens sacré, alors que *cette sacralisation ne s'applique qu'au principe démocratique* lui-même qui, sans doute, trouve un lieu majeur d'application dans l'organisation et le fonctionnement du pouvoir national, mais qui n'est pas enfermé dans ce cadre »⁴⁴⁸. Et sa réflexion, qu'il place pourtant « sur le terrain juridique » finit par une conclusion étonnante : « Comme toute controverse juridique fondamentale conduite jusqu'à une certaine profondeur, celle que l'on vient d'examiner n'a pas sa solution finale dans le droit »⁴⁴⁹. Cette inattendue réflexion loin du cadre normativiste témoigne de ce que le professeur Stéphane Rials affirmait, à savoir que l' « on ne peut faire l'économie d'une « légitimité constitutionnelle » »⁴⁵⁰.

Les limites de l'approche purement formelle de la notion de la constitution ont ainsi été mises en valeur en ce qu'elles ont témoigné d'une incapacité à fonder et protéger la légitimité constitutionnelle (section 1). Toutefois, Vedel évite un formalisme excessif et conserve une ouverture aux considérations matérielles, témoignant ainsi d'une sensibilité pragmatique maintenue (section 2).

B. Le maintien d'une sensibilité pragmatique

Georges Vedel manifeste un attachement à mener deux fronts des analyses de juriste et de politiste. Cette double compétence traduit ainsi une volonté de ne pas s'enfermer dans un formalisme trop étriqué en adjoignant une démarche complémentaire à celle du juriste. Son pragmatisme est ainsi nourri par sa double compétence de juriste-politiste (paragraphe 1). Surtout, son pragmatisme apparaît également dans ses écrits de juristes qui témoignent d'une certaine méfiance vis-à-vis des excès normativistes (paragraphe 2).

1. Un pragmatisme nourri par sa double compétence de juriste-politiste

La science politique nourrit son pragmatisme en le rendant conscient des angles morts du paradigme normativiste qu'elle doit alors contribuer à remédier (A), ce qui l'entraîne notamment à appréhender le « régime politique » au-delà des textes constitutionnels (B).

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 29.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 34.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 35.

⁴⁵⁰ Stéphane Rials, « Les incertitudes de la notion de constitution sous la Ve République », *Revue de droit public*, 1984, p. 606.

a) Le recours à la science politique comme remède face aux angles morts du paradigme normativiste

L'appétence de Vedel pour la science politique doit être replacée dans un large mouvement qui traverse l'ensemble de la doctrine constitutionnelle française de la seconde moitié du XX^e siècle. Pour Pierre Favre, la « seconde naissance » de la science politique a lieu entre 1943 et 1956 et est marquée du sceau d'une nouvelle génération de constitutionnalistes qui ambitionne de renouveler l'approche juridique classique⁴⁵¹. L'engouement qui se crée autour de cette discipline se traduit institutionnellement par de nombreuses initiatives. A partir de 1945 sont créés les premiers Instituts d'études politiques ; en 1949 l'Association française de science politique voit le jour ; deux ans plus tard la Revue française de science politique est fondée. L'université témoigne également de la promotion de cette nouvelle discipline : une réforme de 1954 instaure un parcours en licence de « droit public et de science politique », et à partir de 1956 il devient possible de poursuivre des études de 3^e cycle en science politique. Georges Vedel fait partie de cette génération de publicistes qui participe à ce développement de la science politique.

L'enthousiasme suscité par la science politique s'explique avant tout par la prise de conscience des limites d'une analyse purement juridique lorsque celle-ci est perçue comme une science abstraite, une science des normes écrites, une science logique et exégétique. Plus radicalement, cette prise de conscience des limites d'une telle approche est doublée d'un certain scepticisme quant à la majesté des constitutions. Benjamin Fargeaud parle à ce propos d'une « crise du droit constitutionnel classique »⁴⁵² qui trouve une première explication dans l'essoufflement que connaît le projet libéral porté par le constitutionnalisme. L'aventure moderne de la liberté qui légitimait le constitutionnalisme n'a pas éteint le tragique de l'histoire : ni le déchaînement brutal de la force politique ni les barbaries sanglantes n'ont été empêchés par les mécanismes juridiques. Dans ce moment de crise, « les constitutions ont perdu de leur superbe et ne font naître aucun espoir particulier [...] le constitutionnalisme est donc une valeur en berne en Occident »⁴⁵³. Cette démythification du texte constitutionnel va se prolonger en une remise en cause de la méthode exégétique visant à faire apparaître le décalage entre la *réalité* et le droit constitutionnel. La cécité de la discipline juridique était en effet criante : refoulant la vie effective des normes et de leur application, la discipline constitutionnelle devait se borner à un commentaire des dispositions textuelles présentes dans le document écrit nommé constitution. Elle était alors inapte à saisir la manière dont les hommes sont, *en fait*, gouvernés, à saisir l'organisation réelle et concrète du pouvoir politique qui ne pouvait être expliquée par les seules règles de droit écrites. Cette sensibilité réaliste⁴⁵⁴ irrigue l'ensemble de la doctrine constitutionnelle dans laquelle le jeune Vedel émerge et apparaît particulièrement clairement dans l'entreprise de Duverger. Cet auteur, capital pour comprendre la diffusion de la science politique

⁴⁵¹Pierre Favre, *Naissances de la science politique en France (1870-1914)*, Fayard, 1989, p. 307.

⁴⁵²Benjamin Fargeaud, *La doctrine constitutionnelle sous la IV^e République. Naissance d'une nouvelle génération de constitutionnalistes*, Dalloz, 2020, p. 258.

⁴⁵³ *Ibid.*, p. 260.

⁴⁵⁴Ce tournant réaliste de la doctrine constitutionnaliste ayant été préparé en amont par l'œuvre de Joseph Barthélémy. V. « Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits*, 2000, n°32, p. 89-108.

durant ces années⁴⁵⁵, décrit son projet dans la préface à son manuel lors de sa 5^{ème} édition (1948) en affirmant qu'il s'inscrit dans « une tendance à insister sur l'aspect politique des problèmes constitutionnels [...] et surtout à l'envisager sous un angle scientifique... [Cela] conduit à moins tenir compte des définitions juridiques que des réalités pratiques. Ainsi, par exemple, avons-nous fait aux partis politiques une place de premier plan... »⁴⁵⁶. De fait, l'apport que doit entraîner la science politique ne se comprend qu'au regard de l'insuffisante portée heuristique d'une science juridique trop étroitement normativiste et positiviste. Dès lors que l'insuffisance des règles écrites à contraindre le réel était établie, les analyses juridiques ne pouvaient qu'échouer dans leur prétention à décrire le phénomène du pouvoir dans sa globalité⁴⁵⁷. Georges Burdeau, dans un article resté célèbre, étale ainsi « l'impuissance des Constitutions, non pas même à discipliner les modalités d'accomplissement de la fonction gouvernementale, mais simplement à en rendre compte »⁴⁵⁸, alors que Karl Loewenstein décrit cette « vérité pure et simple [selon laquelle] les décisions politiques vitales pour le bien-être de tous ne sont plus depuis longtemps prises intérieur du cadre constitutionnel »⁴⁵⁹. Ainsi, tous les éléments qui, au nom du dogme normativiste de la pureté de la science du droit avaient été expurgés de l'analyse juridique -le factuel, le droit tel qu'il vit et est appliqué par les institutions- apparaissaient de nouveau comme des éléments indispensables pour comprendre la manière dont fonctionne le pouvoir. Ne pouvant emprunter le canal étriqué d'une science juridique imposant des cadres trop étroits, ils furent réintégrés à l'analyse scientifique par une nouvelle voie, la science politique. On assistait alors à un véritable *retour du refoulé* : « l'être » qui avait été retranché de l'étude juridique signait un retour sous une nouvelle forme : le droit devait être étudié en lien avec la science politique, les règles en perspective avec les faits, le devoir-être avec l'être.

Vedel s'inscrit pleinement dans ce climat doctrinal marquant l'après-guerre. L'expérience de la IV^e République le mène, comme nombre de ses contemporains, à constater l'abaissement de la notion de constitution en raison d'un régime qui « met la Constitution et la constitutionnalité à un niveau tel que pratiquement, la

⁴⁵⁵Georges Vedel parle à ce propos d'une « Révolution Duverger », Georges Vedel, « Rapport de synthèse », Association française des constitutionnalistes, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Economica, 1990, p. 172.

⁴⁵⁶Cité par Didier Maus, « Relire Duverger, du cours de droit constitutionnel de 1944-1945 à la dernière édition du Thémis », *Maurice Duverger, l'héritage résistant d'un mal-aimé*, Classiques Garnier, 2021, p. 183.

⁴⁵⁷Il faut également noter, d'un point de vue de l'histoire des idées politiques, que le droit perd de sa superbe pendant l'entre-deux-guerres, période de formation intellectuelle de cette génération. Les marxistes y voient une superstructure pérennisant l'ordre établi, l'extrême-droite une molle valeur bourgeoise ne pouvant s'opposer à la vigueur politique. Le droit n'apparaît plus comme l'élément clé structurant la vie sociale, le pouvoir semble être régi par des lois propres et indépendantes de la causalité juridique. Entre ces deux éaux, le droit perd de sa superbe et apparaît dépassé face à la suprématie des idéologies politiques.

⁴⁵⁸Georges Burdeau, « Une survivance, la notion de Constitution », *L'évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 54.

⁴⁵⁹Karl Loewenstein, « Réflexions sur la valeur des Constitutions dans une époque révolutionnaire. Esquisse d'une ontologie des Constitutions », *Revue française de science politique*, n°1, 1952, p. 18.

Constitution n'est pas autre chose que la volonté de l'Assemblée nationale exprimée d'une manière un peu différente de ce qu'elle est dans la loi ordinaire »⁴⁶⁰. La constitution de 1946 est ainsi qualifiée d'« erreur fondamentale [car] les pères de la Constitution [...] ont sur la plupart des points aggravé les défauts de la IIIe République »⁴⁶¹. Relativisant la valeur de la constitution, Vedel est bien disposé à redonner toute sa place à des phénomènes échappant à l'analyse juridique. Il déplore alors l'aveuglement des ouvrages de droit constitutionnel français qui, restant prisonniers de cadres purement juridiques, ne permettant plus de rendre compte du réel : « s'il fallait excuser les ouvrages de droit constitutionnel français [...] on remarquerait que, en France, des principes comme ceux de la souveraineté nationale ou de l'autorité du Cabinet sont inscrits dans les textes et peu présents dans la réalité politique »⁴⁶². De tels principes, fondamentaux pour l'analyse juridique, ne permettent pas de tenir un discours réaliste qui permettrait d'analyser la vie politique concrète. Il oppose ce « point de vue strictement juridique » à la méthode utilisée par André Mathiot, à qui il rend hommage pour « le plan de son étude [qui] est modelé sur la dynamique même des institutions britanniques »⁴⁶³. Une telle méthode réaliste, si elle était appliquée en France, permettrait de voir ce que l'étude juridique ne saisit pas, à savoir « la souveraineté du Parlement français c'est-à-dire, en termes de science politique, d'un personnel parlementaire professionnalisé et se recrutant par cooptation ; à la limite, l'oligarchie »⁴⁶⁴. Ainsi, Vedel conclut à une certaine cécité de l'art juridique et, en cela, il appartient bien à cette nouvelle génération pour qui, « qu'elle se trouve dans le droit parlementaire, dans la souveraineté de l'Assemblée ou dans la loi électorale, la véritable constitution du pays a [...] la particularité d'être en dehors d'un texte constitutionnel dont la valeur est toute relative »⁴⁶⁵.

Le caractère problématique d'une telle entreprise est la dépréciation du droit qui est son corollaire nécessaire. Ces jeunes auteurs constatent en effet les lacunes d'une discipline juridique trop attachée aux textes écrits et peinant à décrire avec fidélité les phénomènes réels de la vie politique. Mais, plutôt que d'opérer un renouvellement méthodologique sur la base d'une remise en question de la vulgate normativiste, le paradigme fut conservé et des stratégies *ad hoc*⁴⁶⁶ furent alors mises en place pour tenter d'en conserver le noyau dur. L'aspiration de la doctrine de l'après-guerre à un certain réalisme ne se traduit pas par une refonte du logiciel épistémologique juridique, mais par le recours massif à une nouvelle discipline. Le problème fondamental d'une telle approche était que le droit, dont la pureté

⁴⁶⁰Georges Vedel, *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques 1957-1958*, p. 906.

⁴⁶¹Georges Vedel, « Y a-t-il une Quatrième République ? », *Revue française de science politique*, 1953, n°3, p. 615.

⁴⁶²Georges Vedel, « Inimitable Angleterre », *Revue française de science politique*, n°4, 1955, p. 858.

⁴⁶³ *Ibid.*

⁴⁶⁴ *Ibid.*

⁴⁶⁵Benjamin Fargeaud, *op. cit.*, p. 237.

⁴⁶⁶Une hypothèse est *ad hoc* lorsqu'elle modifie la théorie en la rendant moins falsifiable, c'est-à-dire lorsqu'après modification par une hypothèse *ad hoc*, la théorie ne puisse pas être testée d'une autre manière que la théorie originale. On protège sa théorie en la rendant imperméable à un test auparavant falsificateur. Il s'agit d'une attitude typiquement antiscientifique selon Popper en ce qu'elle cherche à éviter la réfutation et s'apparenterait presque à une certaine mauvaise foi scientifique.

devait assurer son autonomie, ne pouvait avancer sans une discipline extérieure, la science politique : le souhait de pureté aboutissait à une discipline aveugle devant être épaulée par la science politique. L'œuvre de Vedel témoigne bien de cette nécessaire complémentarité du droit et de la science politique qui sera toujours au cœur de sa démarche. Il écrit ainsi de manière exemplaire que « la science politique et le droit seront nécessairement les deux faces de notre tâche qui consistera à examiner ce qu'est une constitution ainsi que sa façon de l'appliquer »⁴⁶⁷. Le droit perdait ainsi son autonomie et devenait dépendant d'une science politique qui était alors la discipline sur laquelle reposaient tous les espoirs de conquêtes scientifiques. Ainsi, René Capitant caractérisait la « jeune école du Droit public » par son « dédain du droit »⁴⁶⁸. Il pouvait difficilement en aller autrement, car, en croyant pouvoir faire l'économie d'une réflexion sur les méthodes juridiques, en s'abstenant de renouveler les bases épistémologiques d'une discipline dont la cécité frappait tout le monde, cette dernière ne pouvait que décliner. Alexandre Viala décrit bien ce phénomène lorsqu'il affirme que « pour résister à toute tentation idéologique et mériter son statut spécifique, le droit constitutionnel dut renoncer à lui-même en développant, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, une science qui n'était plus normative, mais devenait explicative ou sociologique. Elle fut prise d'assaut par la science politique et perdit, fort logiquement, son autonomie »⁴⁶⁹. On peut alors regretter que la prise de conscience des angles morts de la science juridique telle qu'elle était pratiquée n'ait pas culminé dans une réflexion théorique remettant en cause les cadres normativistes qui lui assignaient un objet trop étroit. Vedel témoigne bien de cette impasse. Il était à la fois conscient des faiblesses d'une stricte approche juridique mais continuait pourtant d'être attaché à une définition normativiste du droit, ce qui apparaît très bien dans la phrase suivante : « entre le droit constitutionnel qui décrit ce qui devrait être et la science politique qui décrit ce qui est, s'ouvre une faille qui rend bien difficile l'adoption de plans simples et vigoureux, à moins qu'on n'écrive successivement deux livres, consacrés l'un à l'idéal et l'autre au réel »⁴⁷⁰. Alors qu'il est conscient des ornières de l'approche normativiste, Vedel continue de réaffirmer que le droit s'attache au devoir-être, à l'idéal, de sorte qu'il devrait constamment être accompagné d'une démarche parallèle qui,

⁴⁶⁷Georges Vedel, « Séance d'ouverture », Didier Maus, Louis Favoreu, Jean-luc Parodi (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Economica, 1992, p. 21.

⁴⁶⁸René Capitant, *Cours de Principes de droit public 1951*, p. 305 (cité par Benjamin Fargeaud, *op. cit.*, p. 235.)

⁴⁶⁹Alexandre Viala, « De la promotion d'une règle à la normalisation d'une discipline », *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 524. L'auteur continue en affirmant que le droit constitutionnel a alors été sauvé par le contentieux constitutionnel. Dans le même ordre d'idée, Xavier Magnon affirme que « [...] c'est précisément parce qu'il n'existait pas de juge constitutionnel, et donc de sanction du principe de constitutionnalité, que l'analyse du droit constitutionnel est longtemps demeurée dans le champ d'analyse exclusif de la science politique. La revendication à une autonomie de l'approche juridique du droit constitutionnel passe par la valorisation de son juge qui lui a conféré ses galons de discipline juridique », Xavier Magnon, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexion et tentative de reconstruction », *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 243. Nous ne partageons pas cette vue, l'hégémonie prise par le contentieux constitutionnel ne venant selon nous que confirmer la réduction du droit constitutionnel à partir de laquelle la science politique avait pu prospérer.

⁴⁷⁰Georges Vedel, « Inimitable Angleterre », *Revue française de science politique*, n°4, 1955, p. 858.

s'intéressant à l'être, ferait contrepoids et permettrait une analyse exhaustive. La faiblesse à laquelle une telle approche condamne la discipline juridique s'explique par le paradigme kelsenien auquel est attaché Vedel, notamment par la fameuse scission épistémologique entre l'être et le devoir-être. Il est cependant à déplorer que la prise de conscience des faiblesses heuristiques d'un tel dogme n'ait pas poussé Vedel à le remettre en question, de sorte que l'on peut parler d'une véritable occasion manquée. Le constat établi de l'autonomie du politique et de la vie réelle vis-à-vis d'un pur devoir-être représenté par les règles écrites aurait en effet pu permettre de sortir la discipline juridique des ornières normativistes. Comme le note le professeur Denis Baranger, : « La politique n'abdique jamais ses droits et elle produit sans cesse des réalités qui dépassent toujours les formes juridiques pré-établies. *Cela n'implique pas qu'il faille diagnostiquer la faillite du droit, mais cela conduit à insister sur sa permanente adaptation, et aussi sur le fait que par « droit », on doit comprendre dans ce contexte des formes de prise en charge du politique beaucoup plus souples et protéiformes que celles habituellement envisagées* »⁴⁷¹.

Charles Eisenmann sera conscient qu'une telle démarche, établissant un dualisme radical entre l'approche juridique et l'approche politiste, était porteuse d'un risque de réduction de la discipline juridique qui s'enfermait alors dans le corps de règles constitutionnelles écrites : « [le constitutionnaliste] se proposerait donc uniquement de déterminer et de dire ce qui doit se passer, ce qui doit être fait, ou ce qui peut se passer, ce qui peut être fait, selon ces règles, ou plutôt étant donné ces règles, sous leur empire [...] Ces propositions, le constitutionnaliste considérerait qu'il ne doit les tirer, par voies directes, ou indirectes, que des « textes législatifs » (au sens large) ; ceux-ci seraient la seule base de jugement qu'il reconnaîtrait »⁴⁷². Il s'insurge alors contre une telle réduction du droit constitutionnel en affirmant qu'elle repose sur une « thèse radicalement fautive »⁴⁷³ et que « sont faux tous ses corollaires, qui se ramènent à cette idée : le Droit constitutionnel, science de textes et de syllogismes, absolument indifférente aux faits »⁴⁷⁴. Face à ce réductionnisme, il rehausse le rôle du juriste et reconsidère l'opportunité de s'intéresser certes aux règles, mais également aux faits et à la manière dont sont appliquées ces règles écrites : « ils décrivent et essaient d'expliquer, non seulement la naissance et la mort des systèmes et des règles, mais encore -c'est le point qui nous importe surtout- leur vie, c'est-à-dire la façon dont ils ont été appliqués... ou dont ils ont été éliminés en fait par une pratique contraire. Ils ne se désintéressent donc absolument pas du « fonctionnement des régimes », c'est-à-dire du régime effectivement réalisé dans tel pays, à telle période »⁴⁷⁵. En fin de compte, on peut regretter que le réalisme de la doctrine constitutionnaliste d'après-guerre n'ait pas pris une telle voie visant à réarticuler l'étude du juridique et l'étude des faits. Vedel apparaît à

⁴⁷¹Denis Baranger « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels. A propos de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac », *Jus Politicum*, n° 11, 2013, p. 2. (nous soulignons).

⁴⁷²Charles Eisenmann, « Droit constitutionnel et science politique », *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, PUF, 1957, p. 72-85, réédité dans *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, p. 513.

⁴⁷³ *Ibid.*, p. 517.

⁴⁷⁴ *Ibid.*

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 518.

cet égard comme un auteur représentatif d'une telle doctrine qui, constatant l'incapacité d'une certaine optique juridique à saisir le mouvement réel de la politique, préfère simplement recourir à une autre grille de lecture, sans chercher à modifier de l'intérieur la discipline juridique pour essayer d'obtenir avec celle-ci une image plus fidèle du réel. Surtout, l'on peut regretter qu'une telle approche cristallise la définition du droit constitutionnel, qui aurait, *par essence* un objet lui revenant naturellement. Cela occulte le fait que, comme toute science, la discipline juridique doit être construite, de sorte que « l'idée de définition de droit implique [...] l'élimination de tout arbitraire dans la répartition des matières, dont les unes seraient nécessairement constitutionnelles, les autres nécessairement non constitutionnelles. Peut-on fonder en droit une telle distinction ? La réponse est certainement négative »⁴⁷⁶.

Si la science politique est ainsi un complément aux limites d'une approche juridique normativiste (A), cela permet à Vedel de s'intéresser à la dynamique concrète du droit appliqué par les institutions, et donc de relativiser l'importance des textes constitutionnels dans son appréhension du « régime politique » (B).

b) L'apport de la science politique : l'appréhension du « régime politique » au-delà des textes constitutionnels

Le réalisme apporté par la compétence de politiste permet à Vedel de relativiser l'importance des textes constitutionnels. Alors qu'en tant que juriste il semblait lui attribuer le caractère d'un tout autosuffisant, doté d'un sens clair que les acteurs doivent appliquer, la sensibilité pragmatique qui est à l'œuvre dans ses observations de politiste tendent à exorciser la sacralité prêtée à ces textes. La notion de *régime politique* lui permet en effet de considérer que la constitution ne règle pas l'ensemble de la vie politique, qu'entre les textes et son application par les acteurs subsiste un écart que l'on ne peut combler. En convoquant cette notion, Vedel aborde en effet la manière dont les institutions fonctionnent réellement, la manière dont le pays est, de fait, et de manière relativement stable, gouverné. Cette notion renvoie aux préoccupations de ces juristes-politistes de sa génération, qui se rendent bien compte que l'étude des textes constitutionnels est insuffisante pour modéliser de telles problématiques. La notion de régime politique semble ainsi proche de celle de système politique développée à la même époque par Olivier Duhamel, à laquelle Vedel fait référence⁴⁷⁷, et qui diffère du régime constitutionnel⁴⁷⁸, ou en-

⁴⁷⁶Jean-Marie Denquin, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits*, 2000, n° 32, p. 36.

⁴⁷⁷« La Cinquième République -elle aussi- semble en quête de son identité. [...] Olivier Duhamel distingue le *régime* et le *système*. » Georges Vedel, « Préface », Jean Massot, *Chef de l'État et chef du gouvernement. Dyarchie et hiérarchie*, La documentation française, 1993, p. 9.

⁴⁷⁸Résumé dans son *Droit constitutionnel et institutions politiques* comme suit : « Considérons que le régime constitutionnel est une certaine structure juridique, un ensemble de règles relatives à l'attribution et l'exercice du pouvoir. Admettons que ce sous-ensemble entre en relation avec les forces politiques, les majorités électorales, les pratiques des acteurs, bref, un autre sous-ensemble, celui de la vie politique (...). Reconnaissons que le système politique global peut être considéré comme l'ensemble formé par ces deux sous ensembles qui interagissent, de façon variable selon les régimes et selon les vies politiques », Olivier Duhamel et Guillaume Tusseau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 2016, p. 568-569

core à la notion de régime politique de Duverger qui distingue « le système institutionnel établi par les règles juridiques et le système de parti engendré par le jeu des forces politiques »⁴⁷⁹. Le point commun de ces différentes approches est de considérer qu'il existerait un champ où se déploieraient les forces politiques, un espace du fait et de la pratique, qui, tout en entretenant des liens avec les règles constitutionnelles écrites, conserveraient à leur égard une large part d'indétermination. Le « régime politique » dont parle Vedel traduit alors cette idée d'après laquelle les textes constitutionnels écrits ne parviennent jamais à enserrer totalement la pratique institutionnelle et les forces politiques, de sorte que le gouvernement effectif d'un pays ne peut se réduire à une vérité prédéterminée par les textes.

Vedel insiste fortement sur ce point : l'évolution d'un régime politique n'est pas déterminée par les textes constitutionnels, « la traduction d'une Constitution en institutions n'obéit pas, même dans un État de droit, à une logique sans alchimie »⁴⁸⁰. En premier lieu, ce constat est tiré à partir de l'observation du caractère indéterminé des énoncés constitutionnels. En effet, cette indétermination empêche que sourde des textes un sens univoque et définitif qui représenterait une vérité précieusement enclose par le texte constitutionnel. A rebours de sa vision juridique de l'interprétation comme déduction logique, Vedel insiste ici sur la pluralité de sens dont sont porteurs les textes : « s'il y a une chose frappante dans la Constitution, ce n'est pas la précision, ce n'est pas le caractère impératif des articles mais c'est au contraire leur ambivalence, leur ambiguïté. J'ai enseigné le droit constitutionnel à des étudiants et, sur chaque article, je donnais les deux ou trois interprétations possibles selon la pratique politique »⁴⁸¹. Cela le pousse alors à mettre en avant les marges de libertés que l'irrésolution des textes laisse exister : « toujours dans le cas de la France, la théorie n'éclaire pas les très larges incertitudes sur ce que les textes exigent, permettent ou interdisent, incertitudes que démontrent les interprétations assez variées selon les moments et les occasions avancées par l'auteur même de la théorie »⁴⁸². En effet, le caractère impératif du texte constitutionnel s'érode dès lors qu'est constatée les lacunes de la rédaction constitutionnelle, cette dernière étant « certainement impeccable du point de vue technique, mais certainement pas pour une Constitution impérative d'un bout à l'autre »⁴⁸³. A partir de là, les interprètes des textes constitutionnels ne peuvent aspirer à la certitude que laisse transparaître de clairs énoncés, et ils doivent plonger dans les eaux obscures de l'incertitude et de l'ambiguïté. En effet, l'équivocité des textes les rend susceptibles de faire l'objet de diverses lectures, sans que l'on puisse trancher *a priori* en faveur de l'une ou de l'autre. Vedel corrige donc les auteurs qui croient pouvoir lire dans le texte de la constitution que « le régime parlementaire, [est] la vérité de 1958 »⁴⁸⁴. Face à une telle prétention, il réaffirme la multiplicité des lectures qu'autorise

⁴⁷⁹Maurice Duverger, *Le système politique français*, PUF, 1985, p. 515.

⁴⁸⁰Georges Vedel, « Préface », Jean Massot, *Alternance et cohabitation sous la V^e République*, La documentation française, 1997, p. 10.

⁴⁸¹Georges Vedel, « L'écriture de l'exécutif. Débat », Didier Maus, Louis Favoreu, Jean-luc Parodi (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Economica, 1992, p. 254.

⁴⁸²Georges Vedel, « Variations et cohabitations », *Pouvoirs*, n°83, 1997, p. 114.

⁴⁸³Georges Vedel, « L'écriture de l'exécutif. Débat », Didier Maus, Louis Favoreu, Jean-luc Parodi (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Economica, 1992, p. 254.

⁴⁸⁴Georges Vedel, « Variations et cohabitations », *Pouvoirs*, n° 83, 1997, p. 108.

le texte de 1958 qui, dès le départ, rendait possible à la fois une lecture parlementariste et une lecture présidentialiste de la constitution : « dès le départ, en face de la lecture parlementariste de la Constitution que certains des hommes ou des partis l'ayant acceptée réservent pour un avenir possible, la lecture présidentialiste ou, si l'on préfère, consulaire est en 1958 assez argumentée et d'ailleurs assez soutenue par la montée des forces gaulliennes pour que de Gaulle envisage pour un temps assez long une mutuelle concordance entre le chef de l'État et la majorité parlementaire »⁴⁸⁵. Le texte constitutionnel de la V^e République apparaît alors à Vedel comme un exemple idoine du fait que des énoncés juridiques constants peuvent être l'objet de diverses applications : « cette Constitution se révèle vaporeuse. Elle s'est avérée plus qu'aucune autre de nos Constitutions apte à supporter les conjonctures politiques les plus variées »⁴⁸⁶. Cette dernière a permis l'existence tant d'un régime parlementaire par la voie de cohabitation que d'un « présidentialisme majoritaire »⁴⁸⁷, le jeu institutionnel et les mécanismes formels mis en place par le texte s'exerçant alors selon des modalités significativement différentes.

Il devient alors très net que le texte constitutionnel n'est pas apte à *déterminer* la manière dont le pouvoir est exercé, l'organisation institutionnelle effective et la vie des organes qu'il met en place. L'application des textes, la vie effective de ces derniers, ne répondent pas à une raison géométrique avançant par déductions logiques, mais à un mouvement imprévisible résultant des rapports de forces institutionnels, de la conjoncture politique et d'un ensemble de dynamiques sociales désordonnées. Le quiet ordonnancement apollinien auquel aspire la logique juridique est confronté à l'irrégularité des mouvements concrets. Ce débordement des forces réelles sur les textes s'explique par ce que Vedel nomme l'« insoutenable autonomie du politique »⁴⁸⁸. Cette dernière explique l'impossibilité de confier au droit le soin de déterminer, et prévoir, l'ensemble des évolutions des régimes politiques. L'évolution de ces derniers présenterait toujours une irréductible part de contingence, une imprévisibilité que l'on ne pourrait jamais maîtriser. Les énoncés constitutionnels ne détermineraient jamais entièrement l'application qu'en feraient les acteurs, ils n'enchaîneraient jamais le cours réel des événements à une causalité certaine : « c'est toute l'« autonomie du politique » qui est en cause. Elle existe évidemment lorsque le politique ne respecte pas le droit ; elle existe presque tout autant lorsque la règle de droit, par volonté ou par malfaçons, est pauvre en contraintes efficaces. Mais elle subsiste, quoique sous une autre forme, et coexiste avec la « revanche des juristes » même lorsqu'il existe un droit constitutionnel structuré et agissant. Elle se manifeste dans ce dernier cas par le fait que, dans des domaines essentiels, l'application même correcte de la norme juridique sert à tout autre chose que ce à quoi on la destinait »⁴⁸⁹. L'image du pouvoir constituant s'en trouve alors écornée, l'omnipotence qui lui était prêtée se retrouve défaite, cette autonomie du politique ne pouvant que dédire ceux qui y voyaient un pouvoir régissant par sa providence l'ensemble de l'évolution institutionnelle. Vedel note à ce propos que «

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 105.

⁴⁸⁶ Georges Vedel, « Séance d'ouverture », Didier Maus, Louis Favoreu, Jean-luc Parodi (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Economica, 1992, p. 22.

⁴⁸⁷ Georges Vedel, « Variations et cohabitations », *Pouvoirs*, n°83, 1997, p. 115.

⁴⁸⁸ Georges Vedel, « Le hasard et la nécessité », *Pouvoirs*, n°50, 1989, p. 28.

⁴⁸⁹ *Ibid.*

les *intentions* des auteurs de textes juridiques et spécialement de textes constitutionnels ne sont pas toujours pleinement réalisées. Il arrive même qu'ils vivent l'inverse de ce qui avait été prévu ; c'est un paradoxe qui n'a pas cessé d'être vrai »⁴⁹⁰. Toutes ces observations permettent à Vedel de concevoir la constitution comme ne *déterminant* jamais le jeu institutionnel, mais comme un simple *cadre de contraintes* : « Le droit peut bien et fortement structurer la vie politique ; il ne la détermine pas. Il crée des contraintes mais n'en fixe pas les effets »⁴⁹¹.

Ces pensées, fécondées par le pragmatisme apporté par l'approche politiste permettent alors de remodeler la notion de constitution que le Vedel juriste nous dépeignait. L'analyse du politiste permet en effet de démystifier la vision d'une constitution originaire et établie par un pouvoir constituant exprimant une intention déterminée. En remettant en valeur la multiplicité des régimes politiques qu'une même constitution peut supporter, elle contribue à revaloriser une approche diachronique du droit. Vedel effleure lui-même l'importance de la notion de *concrétisation* de la constitution qu'une pensée trop attachée à la seule validité tendait à reléguer hors de l'analyse juridique. Il affirme ainsi qu'il faut aussi prendre en compte « le rôle des « Jokers » [...] : les règlements des Assemblées, les lois électorales, la pratique parlementaire peuvent, à moindres frais, produire des effets aussi importants qu'une solennelle révision constitutionnelle »⁴⁹². Le texte constitutionnel n'apparaît ainsi plus comme un tout autonome directement applicable, mais comme devant être accompagné d'un ensemble d'éléments le concrétisant, lui donnant une réelle effectivité.

Cependant, l'ensemble de ces apports de l'approche politiste auraient pu mener à des avancées de la discipline juridique qui ont été minimisées par la distinction radicale entre le droit et la science politique, cette distinction reposant elle-même sur la soustraction des faits au champ juridique. En effet, Vedel ne tire pas l'ensemble des conclusions juridiques qu'une telle vision pragmatique imposait. D'abord, Vedel s'inscrit ici dans une doctrine selon laquelle « le droit de la constitution forme une structure, une base — certains pourront même admettre le terme de « cadre » — pour les institutions, à partir de laquelle l'analyste va pouvoir observer des pratiques politiques concrètes, qui seraient en quelque sorte la rencontre du droit et de la politique »⁴⁹³, de sorte que cette doctrine considère que « le cadre posé par le droit est un donné (un « don » du pouvoir constituant, matérialisé dans l'écriture d'une constitution formelle) »⁴⁹⁴. La diachronicité que l'analyse politiste remettait à l'honneur ne parvient ainsi pas à se faire une place dans l'analyse juridique. Le droit serait du côté du statique, la constitution posant directement un cadre bien déterminé, puis, à partir de ce cadre, la vie politique et institutionnelle reviendrait faire droit à une analyse dynamique en donnant lieu à différentes formes de régimes politiques. Dès lors, Vedel ne semble pas considérer que ce cadre

⁴⁹⁰Georges Vedel, « Séance d'ouverture », Didier Maus, Louis Favoreu, Jean-luc Parodi (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Economica, 1992, p. 21.

⁴⁹¹Georges Vedel, « Le hasard et la nécessité », *Pouvoirs*, 1989, n°50, p. 28.

⁴⁹²*Ibid.*, p. 22.

⁴⁹³Armel Le Divellec, « Constitution juridique, système de gouvernement et système politique », *Vies politiques. Mélanges en l'honneur d'Hugues Portelli*, Dalloz, 2018, p. 87.

⁴⁹⁴*Ibid.*

de contrainte que délimite la constitution « n'émerge pleinement sur un plan juridique opératoire qu'après les multiples interventions des acteurs auxquels il s'adresse, interventions qui sont autant de fruits de leurs volontés politiques »⁴⁹⁵. La dissociation trop tranchée entre droit et politique, entre droit et fait, l'empêche de considérer la constitution dans sa construction diachronique⁴⁹⁶. On peut également témoigner de cela en montrant que, s'il admet que les textes constitutionnels peuvent être le théâtre d'une variété de régimes politiques et ne déterminent jamais la vie politique, il ne semble pas aller jusqu'à admettre qu'en retour, la constitution est elle-même affectée par cette insoutenable autonomie du politique. Nous voulons pour cela mettre en parallèle les écrits de Vedel avec ceux de Jellinek. Le motif de l'insoutenable autonomie du politique peut en effet être rapproché des préoccupations du juriste allemand pour qui « la constitution même la plus rigide n'échappe pas à l'action des puissances sociales et politiques, à « cet irrationnel de la réalité »⁴⁹⁷, de sorte que « les règles de droit sont incapables de maîtriser effectivement la distribution du pouvoir politique. Les forces politiques réelles se meuvent d'après leurs propres lois, qui agissent indépendamment de toute forme juridique »⁴⁹⁸. Jellinek en tire cependant des conclusions bien plus radicales sur la constitution, qui est alors pensée dans le mouvement réel des événements. Affirmant que l'on ne peut se borner à constater « une simple *inadéquation* entre la norme et la vie » il en conclut que « l'action des forces politiques contribue à déterminer le sens des normes constitutionnelles »⁴⁹⁹. Ce déploiement incontrôlé de la vie politique rétroagit ainsi sur le cadre juridique lui-même qui est étroitement lié à ces forces politiques. C'est bien ce mouvement en retour de la vie politique sur la constitution que Vedel n'envisage pas, cette dernière étant perçue comme un donné séparé de la vie politique, un cadre l'enserrant mais n'étant pas lui-même affecté par cette dernière. Le paradigme normativiste empêchera Vedel d'aller dans la direction pointée par Jellinek, la scission entre le droit et la politique, entre le droit et les faits, pesant trop lourdement pour aller jusqu'à établir le constat étonnant selon laquelle il y a bien une « transformation de la norme par la « vie » quand la norme -ses auteurs en leurs intentions- croît, elle, unilatéralement transformer la vie »⁵⁰⁰.

La sensibilité pragmatique de Vedel n'est pas seulement due aux apports de ses analyses politistes (paragraphe 1). Doué d'une certaine fluidité d'esprit, Vedel prend soin de ne pas enfermer ses analyses juridiques dans un cadre trop étroit qui scléroserait sa pensée. Ainsi, ses analyses juridiques laissent transparaître un certain pragmatisme qui le préserve des excès normativistes (paragraphe 2).

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 90.

⁴⁹⁶ Pour une approche récusant une scission caricaturale entre droit et politique et réintégrant alors dans l'analyse juridique toutes ces considérations permettant de penser la constitution comme construction dynamique nous renvoyons à la féconde notion de « système de gouvernement » explorée par le professeur Armel Le Divellec dans l'article déjà cité.

⁴⁹⁷ Cité par Olivier Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, PUF, 2005, p. 319.

⁴⁹⁸ *Ibid.*

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 320.

⁵⁰⁰ *Ibid.*

2. *Un pragmatisme le préservant d'un normativisme excessif*

Cette plasticité d'esprit rendant Vedel hostile à tout excès est illustrée par sa pensée de la justice constitutionnelle. S'il a contribué à élaborer une théorie du contrôle de constitutionnalité des lois dans une perspective normativiste, il insiste également sur la nécessité de refuser un impérialisme du droit constitutionnel qui serait fondé sur une pensée strictement hiérarchisante (A). Surtout, sa pensée a évolué tout au long de son œuvre, et ses derniers écrits remettent explicitement en question l'épistémologie normativiste (B).

a) **Le refus d'un impérialisme du droit constitutionnel fondé sur une pensée strictement hiérarchisante**

Le dogme de la hiérarchie des normes, hérité du normativisme kelsénien, et dont nous avons vu qu'il était un élément matriciel de la doctrine constitutionnelle française, pousse à se représenter l'ordre juridique comme une structure en cascade où chaque échelon inférieur découlerait d'un échelon supérieur. C'est à partir de cette représentation que Vedel développera la bien connue démonstration de l'existence des « bases constitutionnelles du droit administratif » dans son article de 1954⁵⁰¹. Sans reprendre en détail le fond de l'argumentation et le fameux échange avec Eisenmann, nous voudrions insister ici sur la notion de constitution sous-tendant un tel discours. Cet article témoigne tout d'abord de l'importance que prend la hiérarchie des normes dans la pensée de Vedel. Comme le note Emmanuel Breen, « l'apport du Doyen Vedel a en effet consisté à articuler la question de la définition de l'administration avec celle de la hiérarchie des normes et, plus précisément, des rapports du droit administratif et du droit constitutionnel »⁵⁰². La démonstration est ainsi structurée autour de l'idée d'après laquelle l'ordre juridique interne repose sur des « bases », que la constitution, entendue comme la norme suprême soutenant cet ordre, représente. Le terme de « bases » utilisé par Vedel est relativement flou en ce qu'il semble amalgamer à la fois une hiérarchie formelle et une hiérarchie matérielle. C'est bien ce qu'il ressort lorsque Vedel amorce sa démonstration par une définition de la notion de constitution :

[...]tout le monde tombera d'accord que la Constitution est la base nécessaire des règles dont l'ensemble compose le droit administratif. Cette affirmation n'a pas besoin d'être démontrée ; elle découle de la nature même de la Constitution, fondement de l'ordre juridique français et charte de l'organisation étatique⁵⁰³.

Il appert ici que la Constitution serait immanquablement le fondement de l'ordre juridique, conformément au modèle hiérarchique, de sorte qu'elle serait la « base nécessaire des règles dont l'ensemble compose le droit administratif », c'est-à-dire qu'elle ne peut, par la force des choses, que contenir « les données élémentaires constitutives du droit administratif et partant, de sa définition »⁵⁰⁴. L'intuition du doyen Vedel, qu'Eisenmann attaquera en mettant en lumière les silences de

⁵⁰¹Georges Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », EDCE, n°8, 1954, p. 21-53.

⁵⁰²Emmanuel Breen, « Le Doyen Vedel et Charles Eisenmann : une controverse sur les fondements du droit administratif », *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 2002, p. 232.

⁵⁰³Georges Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », EDCE, n°8, 1954, p. 21.

⁵⁰⁴Antoine Faye, *Les bases administratives du droit constitutionnel français. Recherche sur la culture administrative du droit constitutionnel*, Institut universitaire Varenne, 2017, p. 9.

la constitution⁵⁰⁵, tient donc au fait que, la constitution étant la norme suprême, la « base » de l'ordre juridique, elle ne peut être muette sur une question aussi cruciale que celle de la définition de l'administration et du droit administratif. La pensée de la constitution comme « base » mène donc Vedel à postuler que, *matériellement*, la constitution devrait être le point de départ obligé des différentes composantes essentielles de l'ordre juridique interne. Tout en conservant comme substrat le modèle de la hiérarchie des normes, la pensée de Vedel ne se contente pas du point de vue formel (les normes supérieures régissant la production des normes inférieures) mais injecte de la matérialité dans ce dogme. Cette démonstration tient donc en deux points. Tout d'abord, à l'idée selon laquelle « la relation entre le droit constitutionnel et les autres branches du droit, au premier rang desquelles le droit administratif, est hiérarchique »⁵⁰⁶, et d'autre part, que cette hiérarchie est un minimum matérielle, c'est-à-dire que la constitution régit les règles essentielles de l'ordre juridique. C'est à partir de cette deuxième idée qu'il affirme l'impossibilité même de nier l'existence de bases constitutionnelles du droit administratif : « même si l'on admet que je me suis trompé dans la recherche des « bases constitutionnelles », il ne me paraît pas possible de nier qu'elles existent, quitte à en proposer d'autres que celles que j'avais cru trouver »⁵⁰⁷.

C'est à partir de prémisses similaires que le thème de la constitutionnalisation du droit, porté par l'importante figure de Louis Favoreu, se développera et imprégnera le discours doctrinal. La pensée de Favoreu dénote également d'une conception de la constitution selon laquelle cette dernière, norme suprême d'un ordre hiérarchisé, devrait s'appliquer à l'ensemble des branches du droit, esquissant ainsi une hiérarchisation formelle et matérielle⁵⁰⁸. Cette expression désigne ainsi une « reconstruction des sources du droit autour de l'axe constitutionnel »⁵⁰⁹. Celle-ci serait une reconstruction matérielle comme le démontre le constat établi par Favoreu selon lequel « le « constitutionnel » est en train de « colorer » progressivement l'ensemble des branches du droit »⁵¹⁰. Favoreu va, sur la base d'observations de

⁵⁰⁵« les faits (...) font apparaître en toute évidence qu'il n'était pas juste d'affirmer que la nature même de la Constitution, de toute Constitution, veuille qu'elle définisse « l'administration et le droit administratif ». Il ne s'agissait en vérité que d'un postulat parfaitement arbitraire, - que l'expérience française - entre bien d'autres - ne confirme pas du tout », Charles Eisenmann, « La théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif » », *Revue de droit public*, 1972, p. 1422.

⁵⁰⁶Antoine Faye, *op. cit.*, Institut universitaire Varenne, 2017, p. 17.

⁵⁰⁷Georges Vedel et Pierre Delvolvé, *Droit administratif*, PUF, 1980, 7^{ème} édition, p. 26.

⁵⁰⁸Favoreu témoigne pourtant d'un souci de bien distinguer la constitutionnalisation du droit de la théorie des bases constitutionnelles : « il est piquant de constater qu'aujourd'hui [...] on semble considérer que ce mouvement de constitutionnalisation du droit a été perçu et signalé depuis longtemps, et si l'on suit certains, avant même qu'il se soit produit. À cet égard, c'est de manière erronée qu'est invoquée la célèbre étude du doyen Vedel sur « les bases constitutionnelles du droit administratif » », Louis Favoreu, « Préface », Marc Frangi, *Constitution et droit privé : les droits individuels et les droits économiques*, Economica, 1992, p. II. S'il n'est ici pas opportun de gloser sur cette différence revendiquée, il nous semble indéniable que les représentations présupposant les deux théories sont relativement similaires et partagent *a minima* un certain arrière-plan conceptuel.

⁵⁰⁹Louis Favoreu, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2006, p. 140.

⁵¹⁰Louis Favoreu, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », *Mélanges Léo Hamon*, Economica, 1982, p. 244.

droit comparé, chercher à montrer que ce phénomène est inéluctable : « Le phénomène de constitutionnalisation des branches du droit n'est pas le fruit d'une quelconque volonté soit du juge constitutionnel soit même d'une doctrine soucieuse de voir augmenter son influence : c'est un phénomène qui se développe de manière inéluctable dès lors qu'existent une justice constitutionnelle et une Charte des droits fondamentaux »⁵¹¹. On voit bien qu'une telle pensée emprunte les mêmes schèmes de pensées que ceux de Vedel démontrant l'existence des bases constitutionnelles. La justice constitutionnelle renvoie à une hiérarchie des normes qu'elle rend pleinement effective et les droits fondamentaux donnent une substance matérielle à une hiérarchie qui pourrait n'être que logico-formelle. Il est ainsi intéressant de noter que la doctrine française conserve ici certains dogmes normativistes -une pensée hiérarchisante-, tout en leur faisant subir un certain infléchissement -leur rematérialisation-. Conformément à cette pensée, la Constitution est la norme suprême qui doit alimenter l'ensemble de l'ordre juridique. Elle est alors le point central autour duquel doit s'organiser les autres branches du droit⁵¹², de sorte que le droit constitutionnel s'affirmerait comme un « nouveau droit commun »⁵¹³ régissant les principes et l'organisation élémentaire de l'ensemble de l'ordre juridique.

Face à un tel mouvement, Vedel va se dresser pour dénoncer l'illusoire projet d'un « impérialisme constitutionnaliste dont la Constitution, son juge, ses commentateurs détiendraient toutes les clés et garderaient toutes les voies »⁵¹⁴. La pensée de Vedel est ici particulièrement intéressante car son pragmatisme va le pousser à nuancer un certain nombre de représentations qui, nourries par des concepts kelseniens altérés, irriguaient alors la doctrine. C'est dans cette optique que le doyen va, de manière répétée, s'évertuer à montrer que la constitution n'est pas la source matérielle de l'ensemble des branches du droit. C'est donc à une relativisation de la pensée de la constitution comme origine que va procéder Vedel, au profit d'une vision plus pragmatique rendant visible les mouvements de fond échappant à la représentation d'une volonté constituante toute-puissante. Il va tout d'abord combattre la représentation de l'ordre juridique qu'une certaine relecture de la hiérarchie des normes tendait à diffuser :

Le premier mythe à combattre est l'idée que la Constitution pose une axiomatique génératrice de rigidités ; que l'on va en « déduire le droit » par une série de théorèmes s'enchaînant les uns les autres. Dans une autre version, c'est un livre sacré où il faut trouver tout ce dont on a besoin depuis les grandes croyances jusqu'aux détails de la vie quotidienne. Nous sommes alors totalement à rebours de notre réalité⁵¹⁵.

⁵¹¹Louis Favoreu, « Préface », Marc Frangi, *Constitution et droit privé : les droits individuels et les droits économiques*, Economica, 1992, p. IV.

⁵¹²« le droit aura une seule armature ou charpente le soutenant tout entier », Louis Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 1, 1990, p. 88.

⁵¹³Dominique Rousseau, « Du droit constitutionnel sous-ensemble du droit public au droit constitutionnel droit d'harmonie », *Journées de la Société de législation comparée*, n°17, 1995, p. 338.

⁵¹⁴Georges Vedel, « Propos d'ouverture », Bertrand Mathieu, Michel Verpeaux (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, 1999, p. 14.

⁵¹⁵*Ibid.*, p. 114

On voit ici le pragmatisme vedélien à l'œuvre : face à une représentation doctrinale faisant de l'ordre juridique une série de déduction successives, Vedel se réfère à la « réalité » pour mettre à jour son inadéquation avec un tel dogme. C'est à partir d'un tel point de vue réaliste et pragmatique qu'il va énoncer une thèse qui sera majeure dans ses derniers écrits :

En regardant les choses telles qu'elles sont, en faisant notre métier qui est d'abord non pas celui de constitutionnaliste mais celui de juriste, le phénomène juridique n'est pas la création d'un constituant quelconque. L'enseignement du droit romain un peu oublié aujourd'hui dans les facultés de droit nous garderait de beaucoup d'illusions. Il nous apprendrait tout le temps qu'il a fallu pour « inventer » le contrat, l'action en justice, la responsabilité, morale, pénale, civile. Dans cette invention, comme dans celle de la roue ou du collier, les Constituants et les Constitutions n'ont rien eu à faire. La construction du droit comme technique de contrôle social, comme expression de nos individualités et de nos altérités est absolument étrangère au constitutionnalisme⁵¹⁶.

C'est ainsi que Vedel relativise la pensée de la constitution comme origine qui découlait de la confluence du mythe du pouvoir constituant et des théories normativistes. Il met en lumière qu'une certaine réalité juridique préexiste à la constitution en se désintéressant de la *rupture* de l'acte constituant qu'une philosophie volontariste tend à exalter, et en se focalisant au temps longs des mouvements de fond, aux structures mentales et conceptuelles qui informent nos représentations juridiques au-delà (ou en-deçà) de notre volonté. Une observation pragmatique tend alors à exorciser la mystique d'un pouvoir constituant démiurgique qui jaillirait *ex nihilo* pour construire un ordre nouveau à partir d'une table rase. La sensibilité pragmatique de Vedel le pousse, dans un souci de réalisme, à réintégrer l'observation du social et de l'histoire. Loin des théories constitutionnelles classiques⁵¹⁷, il faut tempérer l'importance du phénomène constituant qui ne peut être tenu comme le point de naissance à partir duquel seraient enfantés tous les objets juridiques. Les catégories juridiques n'émanent pas d'un acte déterminé de volonté comme la philosophie volontariste tend à le représenter. Elles émergent bien plutôt au terme d'un lent processus de maturation, fait de continuité plutôt que d'épisodes fondateurs, redonnant au social toute son importance car, « c'est la pratique sociale qui forge le droit de la société civile »⁵¹⁸. La pensée de Vedel s'éloigne ainsi du volontarisme et flirte avec un sociologisme juridique lorsqu'elle fait voir que l'acte constituant n'intervient que dans ce que l'on peut appeler avec Bernard Lahire un *état de fait*⁵¹⁹, à partir duquel seulement l'ordre juridique est élevé. En ouvrant ainsi

⁵¹⁶ *Ibid.*

⁵¹⁷ C'est le sens que nous semble revêtir la déconcertante distinction entre le métier de juriste et le métier de constitutionnaliste : ce dernier serait l'homme de théories et de concepts, le juriste serait lui ancré dans le monde des faits et du réel.

⁵¹⁸ Georges Vedel, « Propos d'ouverture », Bertrand Mathieu, Michel Verpeaux (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, 1998, p. 16.

⁵¹⁹ « Le présent de nos pratiques est déterminé par un passé, plus ou moins long, qui s'impose sous la forme d'états de faits (institutions, bâtiments, machines, outils, textes, catégories de perception, de représentation, de jugement), c'est-à-dire d'un ordre des choses plus souvent méconnu et opaque que connu et transparent". [...] « Cela ne signifie pas que le passé accumulé fige l'histoire et ne permet que l'éternelle répétition ou la reconduite de l'existant. Les produits de l'histoire sont, au contraire, en permanence réappropriés par les acteurs présents en fonction des nouveaux enjeux qui sont les leurs. Mais le présent ne s'appartient pas totalement et le

les yeux sur ce qui devance et influe sur la constitution, le juriste peut affirmer que « ce n'est pas dans la Constitution que les notions fondamentales du droit puisent leur existence, c'est la Constitution qui s'enracine dans des notions fondamentales préexistantes »⁵²⁰.

A partir d'un tel point de départ théorique relativisant le caractère originaire de la constitution, Vedel va chercher à démontrer que les différentes branches du droit sont animées par des logiques internes indépendantes de celles du droit constitutionnel, de sorte que la constitutionnalisation ne peut être qu'un phénomène limité. Le premier argument est génétique : « le droit constitutionnel n'est ni la source historique et juridique de l'ensemble du droit ni le démiurge ces concepts et des méthodes de celui-ci »⁵²¹. Or, si cela apparaît comme une évidence de sorte que « la démonstration est surabondante »⁵²², la confusion qui saisit la doctrine est due au fait qu'elle part de la suprématie de la constitution pour en inférer une nécessaire suprématie du droit constitutionnel : « je crains que la faveur dont bénéficie chez les constitutionnalistes le terme de « constitutionnalisation » n'engendre une analyse inexacte et peut-être des prétentions injustifiées qui ajouteraient à la suprématie de la Constitution, évidemment hors de cause, la suprématie du droit constitutionnel, ce qui est une toute autre affaire »⁵²³. Cette confusion résulte d'une mauvaise appréhension de la hiérarchie des normes, qui règle avant tout la dévolution de compétences, et non pas le contenu des normes. Ainsi, si « en géométrie, l'on va de théorème en théorème ou en corollaire. Mais dans un ordre juridique, on va de compétence en compétence hors de tout rapport bi-univoque »⁵²⁴. Il s'ensuit que l'unité du droit que poursuit la suprématie de la constitution ne doit pas être hypertrophiée ; elle ne concerne qu'un rapport de compatibilité et ne doit pas être entendue comme un rapport de déductions substantielles. A partir de là, on peut conclure que « l'exigence d'unité ne se rapporte qu'à l'ordre juridique et il y est satisfait dès lors que le juge peut éliminer de celui-ci, quelle que soit son origine, toute norme déviante par rapport à la hiérarchie normative. Tout ce qui irait au-

nouveau, lorsqu'il advient, n'est jamais indépendant de tout le passé qui en constitue les conditions de possibilité. » Bernard Lahire, *Ceci n'est pas qu'un tableau. Essai sur l'art, la domination, la magie et le sacré*, La découverte, 2015, p. 31 et p. 34.

⁵²⁰ Georges Vedel, « Propos d'ouverture », Bertrand Mathieu, Michel Verpeaux (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, 1998, p. 14-15. On est ici pas loin d'une approche de droit politique. Denis Baranger utilise lui la notion de *culture* qui préexiste à la constitution : « cet ensemble composé d'actes de pensée et d'institutions est ce qu'on pourrait appeler une culture. [...] elle est le terreau à partir duquel germent les formes qui finiront par être appelées « constitution » et par faire l'objet d'un « droit constitutionnel ». Identifier une telle culture permet de rendre apparent l'arrière-plan sur lequel se dégagent les données du droit existant ». Denis Baranger, *Écrire la Constitution non écrite. Une introduction au droit politique britannique*, PUF, 2008, p. 6. Une telle approche éloigne le droit d'une approche purement normativiste qui se méfie de tout syncrétisme méthodologique.

⁵²¹ Georges Vedel, « Aspects généraux et théoriques », *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996, p. 6.

⁵²² *Ibid.*

⁵²³ *Ibid.*, p. 5-6.

⁵²⁴ *Ibid.*, p. 6.

delà de cette nécessité serait sans justification »⁵²⁵. Chaque branche du droit pré-existe ainsi à la constitution, est dotée de concepts, de représentations et de principes propres dont le contenu n'est pas déterminé par les textes constitutionnels. Cette antériorité du droit non-constitutionnel sur le droit constitutionnel doit même conduire à soutenir que c'est ce dernier qui est déterminé par ce qui lui pré-existait : « Non seulement les corps de règles juridiques diversifiés ont forgé leurs concepts et leurs instruments logiques sans référence à une norme fondamentale mais ce sont eux qui ont fourni au futur constitutionnalisme nombre de matériaux de construction. L'arbre généalogique se lit en sens contraire du schéma déductif »⁵²⁶. Cette situation est attestée par la jurisprudence constitutionnelle par laquelle « le Conseil reçoit des diverses branches du droit les notions de base et les techniques » sans les « remodel[er] à sa guise »⁵²⁷. En tant que publiciste, Vedel est notamment particulièrement attentif à la réception par le droit constitutionnel de notions et principes issus du droit administratif. Il affirme ainsi que « le droit public français n'avait pas attendu le Conseil constitutionnel pour exister. Ses notions fondamentales, et au premier rang, la notion de service public avaient déjà été construites par la jurisprudence et la doctrine »⁵²⁸. L'exemple du service public permet de témoigner de ce phénomène par lequel le Conseil constitutionnel a reçu dans sa jurisprudence une notion forgée hors des textes constitutionnels par le juge administratif⁵²⁹. Cette modestie du Conseil constitutionnel se faisant le réceptacle de notions lui préexistant serait une constante de sa jurisprudence qui respecterait toujours l'autonomie des différentes branches du droit. L'on serait alors en droit de se demander si « [...] plutôt que de parler d'une constitutionnalisation du droit civil ou du droit administratif, ne faudrait-il pas parler d'une « civilisation » ou d'une « administrativisation » du droit constitutionnel ? » car « dans le corps des concepts et des opérations du juge constitutionnel, il y a plus de droit civil, de droit administratif, de droit pénal qu'il n'y a de Constitution dans ces diverses branches du droit »⁵³⁰. La jurisprudence du Conseil constitutionnel permettrait ainsi d'esquisser la figure d'un juge apparaissant sous les traits d'un modeste censeur, épurant à la marge ce qui est contraire aux textes constitutionnels, plutôt que sous ceux d'un fondateur, d'un démiurge recréant l'ensemble du droit en le coulant dans l'unique moule constitutionnel. Dès lors, ces constatations permettent d'écarter « une conception fantasmagorique selon laquelle le Conseil constitutionnel et, à sa suite, les « constitutionnalistes » formeraient une sorte d'aréopage souverain qui serait le compositeur d'une grande symphonie juridique ou du moins un chef à la baguette magique. Les règles écrites ou jurisprudentielles qui composent le droit civil, le

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 8.

⁵²⁶ Georges Vedel, « Préface », Bernard Stirn, *Les sources constitutionnelles du droit administratif. Introduction au droit public*, LGDJ, 2019, p. 10.

⁵²⁷ Georges Vedel, « Préface », Guillaume Drago, Bastien François, Nicolas Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, p. XI.

⁵²⁸ Georges Vedel, « Préface », Pierre Esplugas, *Conseil constitutionnel et service public*, LGDJ, 1994, p. II.

⁵²⁹ Ainsi, dans une décision n°9-105 DC du 25 juillet 1979 le Conseil constitutionnel reconnaît le principe de continuité des services publics sans s'appuyer sur aucun texte constitutionnel précis. La réception d'une notion provenant du droit administratif est alors explicite.

⁵³⁰ Georges Vedel, « Aspects généraux et théoriques », *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago.*, Economica, 1996, p. 8.

droit pénal, le droit commercial, etc... ne sont, ni dans leur existence ni dans leur essence, les produits de déductions juridiques à partir de l'axiomatique constitutionnelle. »⁵³¹.

L'ensemble de ces observations qui se veulent neutres et descriptives vont alimenter une position prescriptive de Vedel qui cherche à tempérer les ambitions visant à faire de la constitution la source matérielle de toutes les branches du droit⁵³². Il est intéressant de noter que de tels projets sont vus par Vedel comme des excès normativistes : « c'est précisément le Conseil constitutionnel lui-même qui invite les juristes à se garder des excès du normativisme pur et dur et de l'ordonnement en cascade »⁵³³. Le normativisme renvoie alors principalement à l'idée de hiérarchie des normes, Vedel affirmant que la mission du Conseil n'est pas de « construire la grande Pyramide des normes »⁵³⁴. De même, Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, considéreront que par les positions de Vedel, « la conception kelsenienne de la hiérarchie des normes est mise en cause »⁵³⁵. Le normativisme contre lequel le pragmatisme de Vedel le prémunit est pourtant un normativisme bien différent de celui de la pensée de Kelsen. Là où le juriste autrichien développait l'idée d'une hiérarchie formelle et logique articulée avant tout sur les compétences⁵³⁶, la réception française de la hiérarchie des normes la modifie en la rématérialisant à partir des droits fondamentaux. Le pragmatisme de Vedel est ici salutaire contre ce normativisme revisité en ce qu'il permet de s'extraire d'une pensée hiérarchique voulant enserrer le droit dans des représentations forgées *a priori* et

⁵³¹Georges Vedel, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I) », Cahiers du Conseil constitutionnels, n°1, décembre 1996, accessible en ligne :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/exces-de-pouvoir-legislatif-et-exces-de-pouvoir-administratif-i>

⁵³² « Le terme « les bases » désignait certes des fondements mais assez peu visibles ou même assez peu connus. [...]Or, c'est à bon droit et de façon concrètement convaincante que Bernard Stirn, traite, lui, des « sources constitutionnelles » du droit administratif. Le terme désigne rigoureusement l'évidence de l'agencement hiérarchique, la limpidité -sans jeu de mot- de l'enchaînement d'un niveau à l'autre, tant en ce qui concerne les règles que les juridictions compétentes ». Georges Vedel, « Préface », Bernard Stirn, *Les sources constitutionnelles du droit administratif. Introduction au droit public*, 2019, p. 9-10. Ainsi, le terme base aurait une portée plus restreinte que celui de sources. Le premier ne concernerait que les prémisses les plus nécessaires alors que le terme source renverrait à des règles plus substantielles. Ainsi, la constitutionnalisation du droit viserait à faire du texte constitutionnel non plus la base mais la source de tout l'ordre juridique interne.

⁵³³Georges Vedel, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I) », Cahiers du Conseil constitutionnels, n°1, décembre 1996, accessible en ligne :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/exces-de-pouvoir-legislatif-et-exces-de-pouvoir-administratif-i>

⁵³⁴Georges Vedel, « Préface », Bernard Stirn, *Les sources constitutionnelles du droit administratif. Introduction au droit public*, GDJ, 2019, p. 11.

⁵³⁵Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, Bertrand Mathieu, Michel Verpeaux (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, 1999, p. 6.

⁵³⁶« Les systèmes de normes qui se présentent comme des ordres juridiques ont pour l'essentiel un caractère dynamique. Une norme juridique n'est pas valable [valide] parce qu'elle a un certain contenu, [...] elle est valable parce qu'elle est créée d'une certaine façon, et plus précisément, en dernière analyse, d'une façon qui est déterminée par une norme fondamentale ». Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, p. 197.

« ne ressembl[ant] en rien à la réalité historique et sociologique »⁵³⁷. Surtout, en s'intéressant à ce qui précède l'acte constituant, en mettant en avant l'importance matricielle du contexte dans lequel la constitution apparaît et dont elle est tributaire, Vedel exorcise les représentations faisant de l'ordre juridique « un système normatif efflorescent et hiérarchisé dans lequel toute norme serait logiquement pré-déterminée pour l'essentiel de son contenu par une ou plusieurs règles de valeur constitutionnelle »⁵³⁸ et se défait d'une pensée hiérarchisante trop prégnante dans la doctrine constitutionnelle française. Enfin, en réintégrant le rôle des forces sociales dans la création du droit et en défendant leur autonomie face à la captation du pouvoir constituant qui en détiendrait le monopole, Vedel fait preuve d'un pragmatisme qui l'éloigne d'un normativisme classique et le rapproche à certains endroits d'un type de pensée sociologique⁵³⁹. Cette salutaire relativisation des dogmes classiquement partagés par la doctrine constitutionnelle française est l'un des signes de sa sensibilité pragmatique qui rend sa pensée si évolutive. En cela, ces réflexions doivent certainement beaucoup à sa formation de politiste le rendant attentif aux considérations sociologiques et historiques usuellement voilées par un normativisme classique⁵⁴⁰.

Si cette prise de position contre l'impérialisme d'un droit constitutionnel appuyé sur un normativisme excessif de la doctrine française témoigne d'une certaine méfiance vis-à-vis de certains excès (A), ces écrits épistémologiques tardifs font apparaître en pleine lumière une certaine prise de distance de Vedel vis-à-vis de l'épistémologie normativiste (B).

⁵³⁷Georges Vedel, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I) », Cahiers du Conseil constitutionnels, n°1, décembre 1996, accessible en ligne :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/exces-de-pouvoir-legislatif-et-exces-de-pouvoir-administratif-i>

⁵³⁸Georges Vedel, « Réflexions finales », Pierre Avril, Michel Verpeaux (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Editions Panthéon-Assas, 2000, p. 255.

⁵³⁹Le droit est en effet vu de manière étonnante comme enregistrant le droit émanant du corps social. Et le droit constitutionnel n'apparaît pas comme le plus adapté pour cela : « c'est la pratique sociale qui forge le droit de la société civile. Sans doute faut-il mettre ce droit en forme normative mais ce doit être dans des textes moins rigides que la Constitution sous peine de voir le pouvoir constituant mobilisé à tout moment pour suivre les changements sociaux ». Georges Vedel, « Propos d'ouverture », Bertrand Mathieu, Michel Verpeaux (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, 1998, p. 16.

⁵⁴⁰La sociologie est en effet particulièrement sensible à mettre en avant le cadre souvent inconscient au sein duquel se détend l'action humaine et permet de se défaire du mythe d'une volonté se déterminant par elle-même que véhicule en creux la philosophie volontariste sous-tendant la modernité juridique. Par exemple Durkheim relève : « Nous parlons une langue que nous n'avons pas faite ; nous nous servons d'instruments que nous n'avons pas inventés ; nous invoquons des droits que nous n'avons pas institués ; un trésor de connaissances est transmis à chaque génération qu'elle n'a pas elle-même amassé, etc. C'est à la société que nous devons ces biens variés de la civilisation et si nous ne voyons généralement pas de quelle source nous les tenons, nous savons, du moins, qu'ils ne sont pas notre œuvre », Emile Durkheim, *Les Formes élémentaires de la vie religieuse*, PUF, 1985, p. 303.

b) Une remise en question de l'épistémologie normativiste dans les écrits tardifs

A partir du début des années 1990, c'est-à-dire dans la dernière phase de sa production théorique, Vedel entreprend une réflexion épistémologique, qui était jusque-là absente de ses écrits et qui le mène à adopter une position pragmatique questionnant l'orthodoxie normativiste.

Cette interrogation des présupposés normativistes est amorcée dès 1990, à l'occasion d'un numéro spécial de la revue *Droits* recensant des parutions visant à définir le droit. Georges Vedel, dans son article « Indéfinissable mais présent », témoigne d'un certain scepticisme à l'endroit de l'épistémologie normativiste, notamment en ce qui concerne son *monisme méthodologique* : « Pour moi au moins, le nœud de la difficulté est que le droit se déploie dans deux univers contradictoires, celui de la normativité et celui de la facticité ou, si l'on préfère, celui du *Sollen* et celui du *Sein* »⁵⁴¹. Par là, Vedel marquait une rupture avec le logiciel normativiste qui avait pourtant irrigué une bonne partie de ses réflexions. Le normativisme kelsenien se construit en effet autour de l'ambition d'unifier l'objet juridique. Ce projet s'explique par l'aspiration à fonder une science juridique dotée d'une méthodologie unifiée et autonome. Ce monisme épistémologique présuppose donc l'unité de l'objet juridique qui se réfléchit nécessairement sur l'unité de la science devant l'étudier⁵⁴², de sorte qu'« affirmer l'unité et donc l'autonomie du droit, c'est donc affirmer l'unité et l'autonomie de la science du droit »⁵⁴³. Cette entreprise « se fonde essentiellement sur l'objectif affiché par Kelsen d'éviter tout « syncrétisme des méthodes » »⁵⁴⁴, et entraîne donc une prétention normativiste à monopoliser l'explication scientifique du phénomène juridique. Chez Kelsen, l'unité du système juridique est en conséquence bâtie sur la notion de validité, mode d'existence des normes juridiques qui reposent alors entièrement dans la seule sphère du devoir-être⁵⁴⁵.

C'est face à cette construction prétendant fonder une méthodologie unique autour d'un phénomène juridique ontologiquement homogène que Vedel va manifester une certaine défiance. Il énumère ainsi un certain nombre de phénomènes juridiques qu'une pure approche en terme de validité empêche au juriste d'expliquer

⁵⁴¹Georges Vedel, « Indéfinissable mais présent », *Droits*, PUF, 1990, n°11, p. 68.

⁵⁴²En vertu du principe hérité du positivisme philosophique du XIX^e siècle d'après lequel « le phénomène ne peut être expliqué que par le phénomène », Éric Maulin, « Positivisme », Denis Alland, Stéphane Rials (dir.) *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1172.

⁵⁴³Marc Doray, « Le (néo)normativisme, constructivisme inachevé », *Les Annales de droit*, 2014, n°8, p. 173-174.

⁵⁴⁴François Ost, Michel van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 452.

⁵⁴⁵« Son unité [de l'ordre juridique] résulte de la connexion entre éléments qui découle du fait que la validité d'une norme qui est créée conformément à une autre norme repose sur celle-ci ; qu'à son tour la création de cette dernière a été elle aussi réglée par d'autres, qui constituent à leur tour le fondement de sa validité ; et cette démarche régressive débouche finalement sur la norme fondamentale, norme supposée. La norme fondamentale hypothétique – en ce sens – est par conséquent le fondement de validité suprême, qui fonde et scelle l'unité de ce système de création », Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, p. 224.

: « Comment une violation de la Constitution peut-elle, selon son ampleur, sa constance ou sa réussite, soit laisser la règle de droit intacte, soit la modifier, soit la détruire par la révolution ? Comment une jurisprudence construite *contra legem* (ce qui est un cas assez fréquent dans l'histoire de notre droit administratif) exprime-t-elle irréfragablement le droit positif ? Comment, en dépit de l'unité de l'ordonnement juridique national, existe-t-il des vérités relatives, variables selon la branche du droit et l'ordre de juridiction qui soit en cause ? »⁵⁴⁶

A ces « questions qui ne brillent pas par leur originalité »⁵⁴⁷, Vedel ajoutera la problématique soulevée par la notion des conventions de la constitution. La première occurrence de cette notion apparaît dans une contribution de 1996 où elle vient étoffer la liste des problèmes traditionnels que le seul point de vue de la validité peine à rendre compte : « plus quotidiennement, quel statut assigner à une norme jurisprudentielle ou à une convention de la Constitution qui s'est développée *contra legem* ? »⁵⁴⁸. Ce thème prend une certaine importance dans le renouvellement de la réflexion théorique de Vedel au point où il en parle comme étant à l'origine d'une « fracture logique [...] dans l'ordre juridique »⁵⁴⁹. En effet, « lesdites conventions s'établissent sur des comportements que la Constitution ne prévoit pas mais qui, précisément, formant un « précédent » font l'objet d'une certaine croyance touchant leur force obligatoire »⁵⁵⁰. Le thème des conventions de la constitutions est en effet développé dans la doctrine constitutionnaliste par le professeur Pierre Avril, qui signe la parution d'un ouvrage majeur sur ce concept en 1999⁵⁵¹. Les conventions de la constitution, qui permettent de « qualifier l'ensemble des normes non-écrites, qu'elles fussent fondatrices, interprétatives ou créatrices »⁵⁵², replace en effet l'analyse du droit constitutionnel sur le terrain de l'effectivité qui avait été reléguée à un plan secondaire par le normativisme : « Par norme constitutionnelle, on entend ici la norme effective, c'est-à-dire celle qui s'impose aux comportements. Subjectivement reconnue par ceux qui sont chargés de l'appliquer, elle se constate objectivement à travers l'application qui en est faite. Or l'expérience révèle que la norme qui est effectivement appliquée ne résulte pas nécessairement de la lettre du texte qui est censé la contenir »⁵⁵³. Le droit constitutionnel déborde ainsi le seul texte constitutionnel mais également la jurisprudence, phénomènes pouvant s'analyser en termes de validité. La pratique constitutionnelle à l'origine de ces conventions de la constitution représente donc un angle mort de l'épistémologie normativiste qui, reléguant le droit du côté du devoir-être, refuse de s'intéresser à son application concrète par les acteurs institutionnels et délaisse ainsi le phénomène de l'effectivité. Au contraire, la démarche de Pierre Avril « suppose

⁵⁴⁶Georges Vedel, « Indéfinissable mais présent », *Droits*, PUF, 1990, n°11, p. 69.

⁵⁴⁷*Ibid.*

⁵⁴⁸Georges Vedel, « Aspects généraux et théoriques », *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago.*, Economica, 1996, p. 2.

⁵⁴⁹Georges Vedel, « Réflexions finales », Pierre Avril, Michel Verpeaux (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Editions Panthéon-Assas, 2000, p. 255.

⁵⁵⁰*Ibid.*

⁵⁵¹Pierre Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique.*, PUF, 1997, 202 p.

⁵⁵²*Ibid.*, p. 148.

⁵⁵³*Ibid.*, p. 27.

d'adopter un parti-pris sur la notion de norme, qui revint à privilégier l'effectivité »⁵⁵⁴. Ce qui semble déstabiliser Vedel est notamment l'impossibilité de rattacher de telles conventions à une norme supérieure qui leur conférerait leur validité : « Et lorsque le juriste pour expliquer cette croyance se tourne vers son recours habituel : « sur la foi de quelle norme supérieure s'établit-elle ? », il trouve le néant »⁵⁵⁵. En effet, en s'attachant aux comportements concrets, les conventions, normes effectives, font échec au principe d'inférence kelsenien qui structure le système juridique en assurant la validité de chaque norme, et donc, l'unité du droit. Selon ce principe, toute norme voit sa validité conférée par la norme qui lui est supérieure, de sorte qu'il n'existerait qu'un seul mode d'existence juridique, la validité, et que le système serait clos sur lui-même⁵⁵⁶. En n'étant fondées par aucune norme valide préexistante, les conventions de la constitution brisent ainsi la chaîne logique qui devait assurer l'homogénéité du droit et mettent à mal la prétention à fonder son autarcie sur la seule notion de validité.

La pureté ontologique du droit apparaît ainsi à Vedel comme une illusion : « je n'ai jamais trouvé de réponse à la difficulté, à mes yeux, dirimante, que présente la déchirure de la notion même d'existence de l'objet quand il s'agit du droit : s'exprime-t-elle en termes d'indicatif ou en termes d'impératif ? Est-elle SEIN ou SOLLEN ? Son existence dépend-elle d'un raisonnement sur sa validité ou d'une constatation sur son effectivité, cette dernière entendue comme un ensemble de faits en amont et en aval (de l'origine historique à l'efficacité de la norme ?) »⁵⁵⁷. Face à cette difficulté, Vedel ne peut que conclure sur la nécessité de « prendre le droit tel qu'il est dans sa double nature »⁵⁵⁸. Cet éloignement vis-à-vis de l'ontologie normative se répercute alors nécessairement sur la construction de la science juridique telle que conceptualisée par Kelsen : « [...] je ne crois pas qu'il [le droit] puisse être construit comme objet scientifique, c'est-à-dire intégré à un mode de connaissance impliquant un critère d'existence unique des phénomènes étudiés et une méthodologie unifiée qui en est le corollaire »⁵⁵⁹. Ainsi, face à un normativisme affirmant que les juristes sont « des hommes du Sollen »⁵⁶⁰, Vedel répond que « L'ennui, c'est

⁵⁵⁴Olivier Beaud, « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle - A propos d'un ouvrage récent », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, n°6, disponible en ligne (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-droit-constitutionnel-par-dela-le-texte-constitutionnel-et-la-jurisprudence-constitutionnelle-a>).

⁵⁵⁵Georges Vedel, « Réflexions finales », Pierre Avril, Michel Verpeaux (dir.) *Les règles et principes non écrits en droit public*, Editions Panthéon-Assas, 2000, p. 255.

⁵⁵⁶Cette autonomie et cette unité du système juridique autour de la validité étant en dernière instance assurée par la norme fondamentale : « le coryphée de l'école viennoise établit donc une auto-régulation du droit. Le droit est autofondé par la norme fondamentale et le système fonctionne sur lui-même ». Sandrine Pina, « La connaissance pure du droit et ses limites », Communication présentée lors du VIe congrès français de droit constitutionnel, congrès de Montpellier, AFDC, 9-11 juin 2015, atelier 4 : « Quels outils théoriques pour comprendre le droit ? », p. 10. (disponible en ligne).

⁵⁵⁷Georges Vedel, « Aspects généraux et théoriques », *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago.*, Economica, 1996, p. 2.

⁵⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 2.

⁵⁶⁰ *Ibid.*

que [...], tout de même, il y a une mutilation, une réduction des données juridiques et du Droit lui-même lorsqu'on ne veut pas tenir compte de ce qu'à l'intérieur même de la règle de droit, l'analyse juridique est mutilée »⁵⁶¹.

L'enjeu est alors d'éviter la mutilation de l'analyse juridique. Il est ainsi nécessaire de reconstruire une méthodologie tenant compte de cette nature duale du droit, et permettant de faire le lien entre les deux modes d'existence du phénomène juridique. C'est face à cette difficulté déterminante que Vedel va d'abord buter lorsqu'il affirme qu'« aucune clé de passage de l'un à l'autre mode de pensée n'est en vue »⁵⁶².

En fin de compte, la solution pour lier les sphères de la validité et de l'effectivité, du devoir-être et de l'être, sera trouvée dans la notion de probabilité : « L'évaluation de cette probabilité est d'ailleurs l'une des parties les plus délicates de la pratique juridique. C'est de ce sentiment mélangé de droit et de fait que, par l'intervention d'une expectative fondée sur la probabilité, le précédent judiciaire et le précédent de fait ont en commun un statut équivoque. La notion de probabilité et sa dérivée, celle de norme quasi juridique n'a peut-être pas été assez étudiée par les juristes. Elle est assez dérangement, il est vrai »⁵⁶³. La démarche épistémologique de Vedel est, en raison de son développement tardif, inaboutie car ces idées sur la probabilité n'auront pas bénéficiées du temps nécessaire pour être développées. Il apparaît cependant que par la notion de probabilité la pensée de Vedel effleure les théories de l'intériorité du droit. En effet, le calcul de probabilité est une action psychique réalisée individuellement. C'est donc dans le for intérieur de chacun que le normatif émerge, l'obligation étant le fruit d'une conviction individuelle postulant qu'il faut se contraindre à adopter un certain comportement. De ce point de vue là, il serait possible de rapprocher cette notion de Vedel avec les idées de Jellinek qui permettent de résoudre un certain nombre de problèmes. Comment la probabilité ferait-elle naître la normativité ? Pour répondre à une telle question, il faudrait peut-être se défaire de la notion de positivité usuelle, et emprunter celle de Jellinek qui voit avant tout le droit comme un phénomène psychologique et intériorisé. Ainsi, « la positivité du droit repose en conséquence toujours, en dernière analyse, sur la conviction de sa validité. C'est sur cet élément purement subjectif que s'édifie tout l'ordre juridique. Cela résulte nécessairement de notre connaissance de ce que le droit se trouve en nous, qu'il est une fonction de la communauté humaine et qu'il doit donc reposer sur des éléments purement psychologiques. »⁵⁶⁴ A partir d'une telle analyse, la notion de reconnaissance permettrait de rendre compte de la force normative du fait, à partir de la tendance psychologique à « élever le factuel en normalité ». Comme le note le professeur Olivier Jouanjan, « si les normes sont « intérieures », il faut bien découvrir une tendance psychologique productrice du normatif en tant que tel, une sorte de goût pour la répétition des événements du monde en tant que seule cette répétition donne à des sujets la possibilité de s'y orienter. Cette tendance permet seule de comprendre pourquoi la

⁵⁶¹ *Ibid.*

⁵⁶² *Ibid.*, p. 4.

⁵⁶³ Georges Vedel, « Réflexions finales », Pierre Avril, Michel Verpeaux (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Editions Panthéon-Assas, 2000, p. 256.

⁵⁶⁴ Cité par Olivier Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, PUF, 2005, p. 313

conviction ou la reconnaissance donne validité aux normes : c'est d'elle que naît la représentation de l'obligatorité d'un comportement, d'un jugement de valeur qui discrimine entre diverses possibilités d'agir, c'est en elle que réside la capacité éthique des humains »⁵⁶⁵.

En définitive, il apparaît que le renouvellement de la réflexion épistémologique apportée par Vedel dans ces écrits tardifs n'ait pu être menée à son terme et soit ainsi inaboutie. Si ce caractère se doit avant tout à la tardiveté de cette réflexion qui n'a pas pu prendre toute l'ampleur qu'elle aurait pu avoir, on peut également regretter un attachement trop important de Vedel aux canons épistémologiques kelseniens. Cela apparaît tout d'abord dans son incapacité à se détacher du couple être/devoir-être légué par le juriste viennois alors même qu'il apparaît comme inapte à fonder un discours méthodologique adapté à l'objet juridique. La voie de l'intériorité du droit, suggérée par la notion de probabilité, aurait pu être une voie de sortie hors du carcan normativiste, mais n'aura pu être suffisamment nourrie pour qu'elle fructifie réellement. Si la critique d'un kelsenisme aura finalement été menée par Vedel, signe d'une fluidité d'esprit extraordinaire lorsque l'on se rend compte qu'elle survient à la fin de sa carrière, la reconstruction n'aura pu être complète.

CONCLUSION

Au terme de cette étude, plusieurs conclusions peuvent être tirées.

La notion de constitution vedélienne répond d'abord à une appréhension normativiste du droit. Vedel est à cet égard représentatif d'une génération de publicistes qui, imbibée par la perspective kelsenienne, voit dans le droit un ensemble de normes valides, et dans son étude une science formelle et procédurale. La constitution est alors perçue comme une norme, certes spécifique, mais pouvant être analysée à partir d'une optique juridique classique, c'est-à-dire, à partir de ses caractéristiques formelles et procédurales. Dans cette perspective, la constitution apparaît comme une loi constitutionnelle qui se définit comme une norme hiérarchiquement supérieure, fondant la validité de l'ordre juridique interne, dont la suprématie est assurée par sa rigidité et garantie par une sanction juridictionnelle. Tel serait le modèle idéal-typique de la constitution. Le problème d'une telle notion de constitution réside toutefois dans son réductionnisme. En effet, ces caractéristiques ne renvoient *in fine* qu'au document dénommé « Constitution », c'est-à-dire au *texte* constitutionnel, et rendent aveugle à un ensemble de problématiques que nous avons mis en lumière et qui nécessitent une approche matérielle. Par exemple, le seul point de vue procédural ne peut permettre de penser l'identité constitutionnelle et tend alors à déprécier la notion de constitution. D'un point de vue de la théorie du droit, cette notion de constitution est basée sur un kelsenisme insuffisamment interrogé.

Cependant, cette notion de constitution est conforme à celle utilisée majoritairement par la doctrine actuelle. La pensée de Vedel répond ici à la *doxa* universitaire et, par la forte influence du doyen sur ses pairs, a contribué à la consolider.

⁵⁶⁵Olivier Jouanjan, *op. cit.*, p. 316.

Cette influence décisive de Vedel sur la doctrine actuelle est particulièrement prégnante lorsque l'on considère certains problèmes juridiques. Le débat relatif au Traité de Maastricht semble avoir été déterminant pour la doctrine actuelle. Plus particulièrement, la position du doyen Vedel qui revendique la pertinence d'une double révision et la souveraineté du pouvoir de révision est aujourd'hui la position dominante. De même, si la question de la hiérarchie au sein des dispositions constitutionnelles est débattue, la majorité des juristes insistent sur la nécessaire conciliation qui doit être opérée entre ces dernières et reprend donc la pensée vedélienne qui continue de faire autorité. De même, ses écrits sur la légitimité du Conseil constitutionnel, qui tiendraient à son rôle de pouvoir constitué pouvant être mis en échec par l'apparition en majesté du pouvoir constituant, fournissent l'assise au discours dominant visant à légitimer le juge constitutionnel. Ainsi, l'œuvre de Vedel continue de rayonner sur la pensée juridique française, son empreinte formaliste et procédurale reste contemporaine.

Il est cependant difficile de parler d'une unité de la pensée du doyen Vedel. D'abord, si son tropisme formel et procédural donne une certaine homogénéité à sa pensée, il a été établi que son pragmatisme ne permet pas de l'assimiler à un simple normativiste. De plus, sa doctrine présente des points de tensions qui rendent difficile l'érection d'un cadre unique qui la résumerait. Par exemple, nous avons mis en lumière qu'il pensait le pouvoir constituant comme existence concrète douée d'une volonté consciente d'elle-même (dans le cadre de sa théorie de l'interprétation) mais également comme une procédure (dans le cadre du débat relatif au Traité de Maastricht), sans que la coexistence de ces deux points de vue ne soit explicitée. De même, si son formalisme tend à exalter le texte lorsqu'il forge sa notion juridique de constitution, sa compétence politiste tend au contraire à relativiser l'importance de celui-ci, qui ne serait qu'un cadre ne déterminant jamais la manière dont il serait appliqué. A une pensée imprégnée d'une mystique révolutionnaire faisant de l'origine un point déterminant s'oppose ainsi une pensée pragmatique attachée à penser l'évolution de l'ordre constitutionnel dans sa dynamique. Là encore, la synthèse entre ces deux positions n'est pas dévoilée. Enfin, l'évolution épistémologique de Vedel est intéressante et démontre la grande souplesse de sa pensée ainsi que sa capacité à évoluer. Dès lors, il est délicat de parler chez Vedel « d'une notion de constitution », celle-ci apparaissant sous différentes facettes, éclairée par différentes lumières et n'étant jamais cristallisée par une définition définitive et exhaustive. On comprend alors que Vedel n'ait jamais écrit de traité dogmatique présentant de manière systématique son droit constitutionnel et sa notion de constitution -expliquant également que le *Manuel élémentaire de droit constitutionnel* de 1949 n'ait connu qu'une unique édition.

Enfin, s'il faut louer l'intelligence de Vedel, qui a fourni à la doctrine majoritaire nombre de raisonnements permettant de défendre une approche formelle de la constitution, les limites d'une telle approche ont été soulevées. Sans renier ce qu'elle doit à de tels écrits, il semble indispensable que la doctrine française se questionne de nouveau sur la notion de constitution et se défasse de présupposés qu'elle n'interroge plus.

Yassine Grall

| Université Paris Panthéon-Assas.