

Christoph Gusy

Considérations sur le « droit politique »

I. Le débat allemand : de l'ancienne « théorie de l'Etat » à la théorie du Politique

En Allemagne, « droit » et « politique » furent longtemps envisagés essentiellement sous l'angle de leur antagonisme plutôt que sous celui de leurs points communs. Le point culminant de cette approche fut le constitutionnalisme du XIX^e siècle. A cette époque, le Politique passait pour une forme de l'action de l'Etat ; plus précisément : de l'action de la monarchie, de son gouvernement et parfois de sa bureaucratie. Ce Politique était perçu comme lié au bien commun et à l'intérêt général, ses contenus perçus comme multiples, évolutifs, et ainsi peu prévisibles ; dès lors, il apparaissait comme irrationnel, peu accessible au commun, et caractérisé par des décisions rapides et flexibles. Le droit, en revanche, apparaissait non pas comme expression mais comme limite du Politique. Il n'était pas conçu pour servir le bien commun mais les intérêts individuels. C'est pourquoi dans certains cas, les décisions ne devaient pas être prises par la monarchie et sa bureaucratie seules, mais avec la participation des représentants du peuple ou par eux-mêmes. Les éléments fondamentaux du droit étaient sa généralité, sa stabilité et sa prétention à la rationalité.

En ce sens, droit et politique apparaissaient comme antagonistes, devant servir à des buts différents, soumis à des conditions et opérant selon des moyens différents, qui s'excluaient mutuellement : irrationalité contre rationalité, flexibilité contre non-flexibilité, etc.. Cette différence entre les deux sphères se marquait particulièrement dans la répartition des compétences dans la monarchie constitutionnelle. Tandis que le Politique demeurait réservé à l'Etat et au monarque, le droit devait exprimer la revendication de participation des citoyens - et des juges - à l'exercice des tâches publiques. La différence entre droit et politique était ainsi une manifestation de la différence entre la première et la seconde puissance.

Jus Politicum

Le primat du Politique était indéniable. Parce lui seul était fondé sur le bien commun, il lui revenait une valeur supérieure, une prééminence sur le droit. En ce sens, le droit ne pouvait diriger le Politique ; tout au plus pouvait-il le limiter. A l'inverse, le Politique ou tout au moins son noyau dur, le « domaine interne » étatique, était fondamentalement soustrait au droit. Le Politique excluait le droit tout comme, à l'inverse, le juridique n'était pas immédiatement ouvert au Politique.

Ces théories se présentaient volontiers comme des « théories générales de l'Etat », revendiquant de s'appliquer pour tous les Etats et toutes les époques. Rétrospectivement, toutefois, nous savons qu'elles n'étaient que des formules d'explication et de légitimation du constitutionnalisme allemand, une forme d'Etat qui n'était certes pas nécessairement « typiquement allemande », mais tout de même liée et marquée par une certaine époque et qui, en Allemagne, se termina en 1918. La doctrine publiciste mit du temps à admettre que le passage de la monarchie constitutionnelle à la république démocratique posait de manière nouvelle la question du rapport entre Etat, politique et droit. Entre-temps, ces conceptions anciennes ont été remplacées par d'autres théories, plus différenciées.

Néanmoins, des éléments importants des anciennes théories demeurent à l'époque contemporaine. La « politique » est souvent associée à l'Etat, au pouvoir et à la décision. De tels concepts centrés sur l'Etat et la domination se trouvent chez des auteurs aussi différents que Max Weber et Carl Schmitt ; deux théoriciens dont l'importance dépasse leur propre époque. On notera d'ailleurs que de telles associations ne sont pas complètement fausses en soi. Elles sont seulement trop étroites. En l'occurrence, il s'avère que dans une république démocratique, peuvent être « politiques » des phénomènes qui sont éloignés de l'Etat, du pouvoir et de la décision. Cela vaut notamment pour la discussion ou la communication « politique », qui peut aussi se développer sans l'Etat et qui peut être d'une grande importance pour l'élaboration et le contenu du droit, même si elle ne le lie pas formellement. Quoique éloignés de l'Etat et du pouvoir, ces phénomènes n'en demeurent pas moins « politiques ». La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne a très tôt admis cela, en reconnaissant à la liberté d'expression une fonction « rien moins que constitutive de la démocratie », dans une affaire qui mettait aux prises un réalisateur et un journaliste à propos d'une oeuvre d'art, c'est-à-dire un objet entièrement non étatique.

C'est pourquoi, dans la discussion contemporaine en Allemagne, on distingue parfois entre le concept de « la politique » (*die Politik*) et celui « du Politique » (*das Politische*). Alors que la politique (ancienne) touche à l'Etat et au pouvoir, et envisage la communauté d'en haut, le Politique (nouveau) est appréhendé comme communication et n'englobe pas seulement la communication étatique et de domination, mais également des discours sur des questions « politiques ». Relèvent de ces dernières notamment

Gusy : Considérations sur le droit politique

- la question de la légitimation : est politique ce qui n'est pas laissé aux personnes directement concernées elles-mêmes, mais qui est ouvert à des tiers aux fins de coopération, codécision ou co-direction. La légitimation d'une telle coopération de tiers est en ce sens « politique ».

- la question du caractère obligatoire : est politique ce qui est obligatoire - ou du moins ce qui revendique cette obligatorité - au-delà du cercle des personnes directement concernées.

- la question de la constance (*Nachhaltigkeit*), autrement dit ce qui perdure : est politique ce qui vaut, produit de l'effet ou revendique de la validité au-delà d'un instant ; ce qui est en principe stabilisé et porte au-delà de sa simple existence.

Dans les sens évoqués ci-dessus, le nouveau concept du Politique ne désigne pas fondamentalement quelque chose de différent de l'ancien concept de la politique. Bien plutôt, il le dépasse à bien des égards. L'accent mis sur le caractère communicatif des actions politiques telles que la violence, le terrorisme ou la guerre n'exclut pas mais interroge de façon différenciée la pertinence au-delà du cas particulier. Un acte de violence - par exemple un attentat - n'est pas en soi politique mais s'épuise dans l'acte de violence. Il peut toutefois devenir politique en tant que, au-delà du seul acte de violence, il s'accompagne de menaces, revendications et exigences exprimées envers des tiers ou formulées pour l'avenir. Ces « messages », explicites ou non, peuvent contenir un contenu « politique ».

II. Le droit comme décision politique – Un inventaire

Le droit est décision politique. Politique est le problème qui fonde la nécessité du droit lui-même. Le processus d'édiction du droit est politique. Et la légitimation du droit est également politique. En ce sens, le droit est le résultat du Politique dans une certaine forme. Ainsi, le droit apparaît comme l'émanation du Politique. Cela ne signifie pas que l'intégralité du droit ne serait que politique. Bien plus, à côté des questions et réponses politiques circulent aussi des éléments propres à la matière du domaine qui fait l'objet d'une réglementation ; par exemple une composante technique, économique, culturelle ou sociale. Autrement dit : le droit n'est pas « que » politique ; mais il est - plus ou moins, selon la matière réglementée - aussi politique.

Mais, par ailleurs, le droit n'est pas aussi simplement « politique » comme la communication politique, la vie politique ou les partis politiques. Le droit est une forme spécifique de la transformation des modifications du Politique. Le Politique, qui produit du droit, se modifie de manière caractéristique.

Jus Politicum

(1) La forme juridique fonde le caractère obligatoire. Elle ne vaut pas seulement pour ceux qui ont pris directement la décision, mais en principe pour tout un chacun.

(2) La forme juridique fonde aussi une certaine stabilité : le processus d'édiction du droit est généralement complexe et long. Une norme édictée ne peut pas (ou pas toujours) être simplement et rapidement abrogée ou remplacée. Dès lors, les normes une fois édictées acquièrent nécessairement une certaine stabilité.

(3) La forme juridique fonde par là une certaine transparence et prévisibilité du Politique. Le Politique n'est que partiellement public [i.e. : sujet à publicité], le droit doit toujours être public. C'est ainsi que tout individu est à même de prendre connaissance de la décision. Et tout individu peut avoir confiance dans la décision tant qu'elle n'est pas modifiée ou abrogée.

Pour autant, la relation entre politique et droit n'est pas aussi unidimensionnelle. Certes, le droit est essentiellement une résultante du Politique, mais il n'est en revanche pas sans effet sur le Politique : caractère obligatoire, stabilité et transparence dans les secteurs juridicisés rétroagissent sur le Politique. Celui-ci n'est, sous l'effet du droit, plus seulement irrationnel, imprévisible et décisionnel (traits qui, on l'a vu, le caractérisaient dans l'ancienne théorie de l'Etat). La politique apparaît dans ces secteurs au moins en partie comme rationalisée et prévisible : la décision stable des instances législatives est valide aussi longtemps qu'elle n'a pas été abrogée ; elle s'applique avec son contenu initial, tant que celui-ci n'a pas été modifié. Ce caractère obligatoire vaut pour toutes les personnes juridiques et les organes de l'Etat. L'instance productrice du droit a le droit d'abroger ou de modifier la norme, mais tant qu'elle ne l'a pas fait, elle doit la considérer comme valide et ne peut l'ignorer. Dans ce sens, le droit représente également pour les instances productrices de droit une certaine auto-limitation. De telles liaisons par le droit limitent aussi les possibilités d'action politique de l'Etat : la politique n'est ici possible que dans la mesure où elle respecte le droit en vigueur. Cela ne signifie pas qu'une complète dépolitisation serait ainsi induite, mais plutôt que les options et possibilités d'action politiques sont limitées.

- Du point de vue de leur contenu, elles sont liées par le droit en vigueur, tant que ce dernier n'est pas abrogé ; elle ne sont donc « politiquement libres » que dans le cadre du droit en vigueur et dans le domaine de ses lacunes.

- Du point de vue de la compétence, elles sont liées à certains organes étatiques ; à savoir ceux qui sont habilités à abroger ou à modifier le droit en vigueur.

Gusy : Considérations sur le droit politique

- Du point de vue formel, elles sont liées à certaines procédures d'édiction du droit.

Tout cela ne signifie pas que le droit remplace la politique et expulse celle-ci de son domaine propre. Au contraire : il n'y a pas dans les domaines réglés par le droit une alternative entre droit et politique. Le droit n'efface pas la politique mais la modifie. Après l'édiction de règles de droit, la politique ne peut plus agir comme avant cette édiction.

La relation entre droit et politique n'est ainsi pas unilatérale mais multilatérale. La politique conditionne le droit. Mais le droit conditionne également la politique. Il peut le faire de différentes façons : le droit peut politiser. Et il peut aussi dépolitiser. Ce n'est un paradoxe qu'en apparence. Dans les faits, il s'agit de l'examen des effets du droit sur la politique sous différentes perspectives.

(1) *Le droit peut politiser.* La juridicisation d'un sujet ou d'une relation sociale fonde la prétention que celle-ci ne sera pas façonnée ou réglée par les seuls acteurs directement concernés. Ces derniers ne seront plus autorisés à régler toutes les questions concernant leurs relations de façon complètement autonome. L'instance de production du droit vient s'ajouter comme tiers dans la régulation. Elle pose certaines règles, dont l'observation est souvent - mais pas toujours - assurée par des moyens de contraintes. Le point important est ici que, dans la réglementation des relations concernées, le droit posé ne tient pas seulement compte des intérêts des seuls intéressés mais aussi d'autres considérations. Il peut s'agir de droits des tiers, individuels ou de groupes sociaux ou bien encore de la totalité - c'est alors l'intérêt public. Ces intérêts externes fondent en principe la légitimation de la norme en question. (...) C'est ainsi que la régulation sociale peut produire une politisation, dont l'intensité varie.

(2) *Le droit peut dépolitiser.* La forme juridique fonde et limite les compétences de décision. L'administration et les juridictions doivent faire appliquer ce que le législateur a posé. Cela vaut notamment lorsqu'une décision ne peut être prise que sur le fondement d'une norme juridique (principe de la « réserve de la loi »). De plus, une décision ne peut violer le droit, parce qu'elle est liée par lui (principe de la « primauté du droit »). Les décisions politiques doivent respecter le droit posé, dans la mesure où celui-ci contient des dispositions concrètes. Plus une norme est exigeante, plus elle lie les instances d'application et plus sont exclues les considérations politiques de celles-ci. Au contraire moins la norme est exigeante ou précise, moins elle est capable de déterminer les décisions des autorités administratives ou juridictionnelles. Il demeure alors beaucoup d'espace pour des considérations politiques. Que signifie cela pour les instances d'application et d'exécution du droit ? Certes, leurs décisions sont également politiques ; mais elles ne le sont pas autant que s'il n'y avait pas de droit positif. Leur possible marge de manœuvre est en effet

Jus Politicum

circonscrite par ce qui est juridiquement admissible. Cette réduction du champ de décision est une forme de dépolitisation. Ce qui a été déjà politiquement décidé revêt un caractère contraignant et ne peut plus être décidé politiquement par les instances liées par le droit. Tel est précisément le sens du caractère contraignant du droit. Les instances liées par le droit ne peuvent donc décider politiquement que dans la mesure où le droit posé n'a pas déjà tranché. Un second élément vient s'ajouter à ce point : les normes juridiques déplacent les compétences de décision. Dans le cadre du droit en vigueur, les conflits ne sont en principe plus décidés par l'instance législative - celui qui a posé la norme - mais par les instances d'application du droit, c'est-à-dire l'administration et les juridictions. Cependant, la procédure de ces instances n'est pas politisée de la même façon que celle des instances législatives. Au contraire : elle est plus fortement formalisée et agencée de telle façon qu'elle exclut la décision d'un seul. Devant l'administration se confronte le citoyen et l'agent public ; devant le tribunal se confrontent les parties. Des tiers ne sont qu'exceptionnellement associés - et lorsqu'ils ne sont, ce n'est pas en raison de leur intérêt politique mais seulement lorsque le droit en vigueur le prévoit. Ainsi, l'association à la procédure et à la décision est limitée, et par suite, l'influence des positions et intérêts l'est aussi. Ce n'est pas une dépolitisation complète mais bien une limitation des possibles influences politiques. Le droit ne dépolitise jamais intégralement - il n'y a presque jamais une seule « bonne » décision du point de vue juridique ; et il ne dépolitise que dans la mesure où il contient des exigences particulières et ainsi exclut de façon suffisamment nette des marges de décision libres (que ce soit du point de vue procédural ou du point de vue du contenu).

Un problème-limite intéressant est celui fourni par *le droit non écrit*. Son importance concrète est devenue plutôt marginale dans la plupart des Etats du continent européen. Il reste que le droit non écrit ne se situe pas simplement à mi-chemin entre la norme juridique positive et la norme sociale. Il marque une limite du droit écrit et peut aussi être une porte d'entrée de la politique dans le droit, notamment lorsque l'on écarte le droit écrit en invoquant des normes non écrites (par exemple : un droit de nécessité supra-légal). En tout cas, le droit non écrit peut déplacer les lignes entre le droit et la politique.

III. Droit politique

Si donc tout est (également) politique, quand peut-on parler de « droit politique » ? Cette question est discutée depuis Aristote. Pour lui, était du droit politique celui qui devait garantir la liberté et la juste répartition ; autrement dit tout le droit qui devait contribuer à la réalisation du but tant de la *polis* que des citoyens de celle-ci. Le droit arbitraire ou injuste ne serait ainsi pas du droit politique. Aujourd'hui,

Gusy : Considérations sur le droit politique

on formulerait sans doute la même idée ainsi : le droit politique est le droit qui exprime la liberté et l'égalité des hommes et des femmes de manière démocratique. Mais si tout droit est censé être démocratique, qu'est donc le droit politique ? Et quand y a-t-il droit non politique ?

Pour le droit politique, on pourrait imaginer au moins trois domaines :

(1) Le premier domaine concevable du droit politique est *le droit de l'organisation et de l'institutionnalisation des processus politiques*. En relèvent les constitutions mais aussi d'autres lois importantes qui précisent et concrétisent des données du politique : lois électorales, lois sur la juridiction constitutionnelle (lorsqu'elle existe), lois sur la presse et les médias, loi sur les rassemblements et les associations, sur les formations intérieures des organes constitutionnels, etc. Ces sujets - que l'on appelle traditionnellement, en Allemagne, la constitution au sens matériel - touchent d'abord à l'État, dont l'action est dans une large mesure politique. Mais il importe d'ajouter immédiatement que, particulièrement dans les démocraties, le processus politique dépasse de beaucoup le secteur étatique et s'étend à des pans importants de la formation de l'opinion dans la société civile, à la sphère privée et publique des individus et des associations privées. Le Politique n'est donc pas seulement l'Étatique.

Les limites du cercle du « droit politique » ici évoqué ne peut donc pas être tracé de façon définitive et exhaustive. En lui ne se reflète donc pas la dichotomie allemande traditionnelle entre État et société mais il convient plutôt de trouver les moyens de définir les critères adaptés non pas à un État abstrait mais à une république démocratique concrète. Ici, le comparatisme entre les pays peut particulièrement être éclairant.

(2) Le deuxième domaine concevable du droit politique est celui dont *l'application et l'interprétation se déroulent de façon (également) politique*. Il s'agirait de domaines dans lesquels la dépolitisation des fonctions juridiques évoquées plus haut (supra II.) échoue. Une norme peut avoir pour but avoué de faire échec à la dépolitisation, par exemple lorsqu'une instance productrice de droit voudrait déléguer une partie de sa compétence à une autre instance. Dans ce cas, l'échec de la dépolitisation n'est pas une lacune du droit mais bien son but avoué. Autrement formulé : la dépolitisation échoue par la volonté d'une instance productrice de droit. Dans d'autres cas, la dépolitisation peut échouer lorsque la norme juridique ne parvient pas à produire l'effet escompté par l'instance qui l'a émise. Cela peut être le cas lorsque la norme s'avère plus imprécise qu'il n'était initialement apparu à son auteur, par exemple, lorsque celui-ci n'avait pas imaginé certains cas d'application ou bien s'est exprimé de façon plus indéterminée qu'il ne le croyait subjectivement. La dépolitisation a donc échoué contrairement aux intentions des instances productrices du droit.

Jus Politicum

Cela peut être le cas lorsque des normes juridiques sont confiées non pas aux instances classiques d'exécution du droit -- l'exécutif ou les juridictions -- mais à des instances politiques. Un bon exemple est celui de la Constitution de l'Empire allemand de 1871, qui prévoyait que les litiges juridiques résultant de la Constitution étaient confiés au Bundesrat (art. 7 et 19). Mais ce genre de problème n'a pas disparu avec l'apparition des cours constitutionnelles et d'une protection étendue des droits, même en Allemagne. De nombreuses normes juridiques habilite des organes de l'Etat à émettre du droit (exemple connu : l'article 80 de la Loi fondamentale allemande) qui ne se limite pas à une application du droit mais consiste aussi dans des décisions politiques. Ces instances peuvent être plus ou moins liées constitutionnellement ou légalement. Mais des décisions politiques ne sont pas exclues pour autant. Elles sont, au mieux, limitées. Il en va de même lorsque des normes juridiques habilite des instances privées à émettre du droit. Par exemple des dispositions de caractère technique, sur les standards des échanges économiques et commerciaux, ou bien en matière médicale ou encore éthique. En réalité, contrairement aux idées reçues, de telles réglementations n'ont pas un contenu purement technique, économique, médicale ou éthique. Elles contiennent également un élément politique¹. Et si de tels dispositifs de réglementation sont (également) politiques, les normes qui habilite à leur production le sont également. Elles déterminent (plus ou moins explicitement) des compétences et procédures de décision, des droits de participation de personnes concernées ou de tiers ; et parfois aussi - dans certains cas particuliers -- des dispositions matérielles concernant les décisions et leurs limites. De même sont politiques les normes qui, certes, n'habilite pas explicitement à la production du droit, mais sont matériellement tellement vagues que leur contenu doit être précisé par les personnes concernées ou les tiers. C'est le cas, par exemple, dans le domaine des normes de la planification ou de l'aménagement de l'espace, qui ne sont que fort peu justiciables devant un tribunal. Les limites de la justiciabilité ne résultent généralement pas de règles légales explicites, mais bien plutôt du caractère vague et indéterminé du contenu matériel d'une norme. Ainsi lorsqu'il est dit que les intérêts publics ou privés doivent être « considérés de manière suffisante », ou bien qu'il faut les « mettre en balance ».

(3) Un troisième domaine possible du droit politique peut être constitué de *normes dont la validité ou l'application demeure politiquement contestée*. Il ne s'agit pas ici -- contrairement au domaine précédemment envisagé -- de règles dont le contenu ne permet pas une dépolitisation suffisante, mais de normes qui, en dépit de leur contenu, ne parviennent pas à produire cette dépolitisation. Ce peut être le cas de dispositions normatives qui n'acquièrent pas de légitimation en ce qu'elles se heurtent à de telles résistances au sein des organes d'application, des personnes concernées et/ou de l'opinion publique qu'il devient impossible d'interpréter ou d'appliquer la réglementation comme les

¹ Rainer Wolf, *Der Stand der Technik*, 1986.

Gusy : Considérations sur le droit politique

autres normes juridiques. Il peut s'agir par exemple des lois considérées par des minorités politiques, sociales, religieuses ou ethniques comme attentatoires à leurs intérêts existentiels. Le processus d'application et d'interprétation du droit devient alors un combat contre le droit lui-même. Des procédures administratives ou des débats juridictionnels sont alors volontairement politisés pour remettre en cause le droit applicable lui-même. Un cas classique est ici celui du « droit pénal politique » ; le droit politique tourne alors à la « justice politique ».

D'autres hypothèses pourraient être trouvées. Reste ce constat : les critères pour le Politique sont vagues si bien que les critères du droit politique le sont également. Cela n'exclut toutefois pas qu'il n'existe jamais de domaine dépolitisés du droit et de son application, par exemple dans le droit civil, administratif ou processuel. Mais les critères de ce qui n'est pas politique ou de ce qui est a-politique sont pour le moins mouvants. Ils sont également variables selon le temps et les circonstances.

IV. Le droit politique dans la science du droit

Le droit politique n'est pas un droit déficient. Même si les observations qui précèdent (« échec de la dépolitisation », etc..) pourraient sembler suggérer cela. Le droit politique a sa propre raison d'être. Pour la science du droit se posent dès lors des questions pour partie anciennes, pour partie neuves.

Le droit politique pose des questions particulières à la dogmatique juridique. La tâche spécifique de cette dernière est de systématiser le droit positif et de permettre l'applicabilité des normes juridiques générales à des cas particuliers. Or, ici, il ne s'agit pas de la dogmatique en tant qu'interprétation des cas particuliers, mais des méthodes d'une science dogmatique du droit. La dogmatique juridique permet d'enseigner, d'apprendre, de comprendre et d'appliquer le droit. Elle le fait par l'érection de règles d'interprétation pour l'ordre juridique dans son ensemble comme pour les normes particulières. Ainsi, la dogmatique surmonte la différence entre les normes abstraites et générales et le cas particulier qui est nécessairement individuel et concret. Pour accomplir cette tâche, on ne pense, dans l'acte d'interprétation, pas seulement la norme mais aussi son environnement et le cas concret. Pour le droit politique, de tels cas se présentent comme politiques ; c'est-à-dire qu'ils sont marqués par les caractéristiques du Politique. Une telle influence se fait sentir dans l'interprétation de la norme. Cela ne vaut pas seulement pour les sujets qui déterminent, organisent ou limitent le processus politique, mais aussi pour les réglementations qui habilitent à la production du droit ou à d'autres décisions politiques. Là aussi, l'interprétation n'est pas possible sans tenir compte de leur fonction :

Jus Politicum

Ces interprétations doivent laisser ouvert le processus politique et non pas le rendre impossible.

L'interprétation du droit politique est donc également marquée par le Politique. Ce constat pose des questions de politique, de science politique mais aussi de théorie juridique². Celles-ci touchent à la concrétisation du Politique, lequel doit être et peut être reçu par la dogmatique juridique. Ce domaine du Politique doit-il être concrétisé uniquement de manière politique ? Ou bien juridiquement ? Seulement juridiquement ? La réponse est, en Allemagne, très controversée. Les réponses à ces questions ont varié selon les époques. Dans la théorie générale de l'Etat dominait, jusque dans les années 1960, l'idée que le Politique devait être compris « à partir de lui-même ». Cela, même lorsqu'il était en contradiction manifeste avec le droit positif. Résoudre cette collision était une des tâches de la science juridique. La position inverse, selon laquelle le concept de Politique devait être concrétisé par le seul droit et la science du droit, a trouvé peu de défenseurs. Il paraissait difficile de justifier que l'on intègre le Politique aux opérations d'interprétation, dès lors que le Politique ne trouvait son fondement que par le droit.

La position intermédiaire paraît la plus indiquée : il doit être recouru au Politique lorsque le droit l'exige. Et on doit y recourir seulement dans la mesure exigée par le droit. Le Politique ne doit donc pas être en contradiction avec l'ordre juridique, que les normes doivent être interprétées politiquement ou non. Cette tâche est très délicate. Elle pose de hautes exigences à la théorie du droit, la théorie des méthodes et la dogmatique.

La question centrale du droit politique reste la question de la légitimation³. A travers le droit politique, le système politique se dirige, s'organise et se limite lui-même. Une telle performance pose immanquablement la question de la justification d'une telle auto-régulation. Des éléments centraux de ce système sont prédéterminés par la Constitution. Où reste-t-il de la place pour l'auto-régulation ? Les électeurs peuvent et doivent désigner leurs élus, mais les élus peuvent-ils désigner leurs électeurs ? Ou déterminer leurs droits ? Se posent ici de délicates questions d'inclusion et d'exclusion des acteurs, d'ouverture ou non des organisations, processus et décisions politiques. Elles ne sont pas complètement prédéterminées par le droit positif, mais laissées à la décision des institutions et acteurs. Pour prendre les décisions de ce type, les acteurs ne peuvent pas toujours invoquer la Constitution, dans la mesure où celle-ci règle les compétences mais non le contenu des décisions. Pour établir ces contenus, la question de la légitimation se

² Oliver Lepsius, « Sozialwissenschaft im Verfassungsrecht », *Juristenzeitung*, 2006, p 1. Olivier Jouanjan, « Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'Etat ? », *R.U.D.H.*, 2003, p 99. Ch. Gusy, « "Wirklichkeit" in der Rechtsdogmatik », *Juristenzeitung*, 1991, p 213.

³ C'est le thème central de Otto Kirchheimer, *Politische Justiz*, 1967.

Gusy : Considérations sur le droit politique

pose toujours, tantôt comme une question de concrétisation, tantôt (dans le cas extrême) comme une question de nature du système lui-même. Le droit politique pose ici des exigences particulières : parvient-on à réaliser un domaine propre de stabilisation et organisation d'un système établi - par exemple à travers des règles de participation, de discussion et de décision stables ? Dans l'affirmative, une rationalisation du Politique peut réussir, qui permet que la discussion sur l'application d'une norme particulière ne dégénère pas en discussion remettant en cause le droit dans son ensemble. Dans la négative, ce n'est pas seulement l'existence de la norme particulière qui est sujette à discussion mais le système, l'ordre juridique lui-même. C'est pourquoi la question de la légitimation est la dernière mais aussi la plus extrême question posée au droit politique.

Christoph Gusy

Christoph Gusy est professeur de droit public à l'Université de Bielefeld (Allemagne)

(Traduction simplifiée par Armel Le Divellec)