

Thibault Carrère

SUR LE NÉO-RÉPUBLICANISME ET LA SCIENCE DE L'HISTOIRE CONSTITUTIONNELLE¹

Les anciens, Monsieur, sont les anciens, et nous sommes les gens de maintenant. Les grimaces ne sont point nécessaires dans notre siècle, et quand un mariage nous plaît, nous savons fort bien y aller, sans qu'on nous y traîne.

Angélique, in Molière, *Le Malade imaginaire*, Acte II, Scène 6.

Si le libéralisme a pu, à une époque, faire figure de « doctrine démodée² », l'histoire des idées politiques lui aura consacré la plus grande attention dans l'étude de la modernité. Définir le libéralisme de façon univoque constitue un risque non négligeable tant ce terme a été très souvent utilisé, voire revendiqué, pour qualifier des pensées très diverses³. Toutefois il est possible de considérer les points communs à toutes les théories libérales de la politique, et ainsi définir le libéralisme, à la manière de Léo Strauss, comme

[l]a doctrine politique pour laquelle le fait fondamental réside dans les droits naturels de l'homme, par opposition à ses devoirs, et pour laquelle la mission de l'État consiste à protéger ou à sauvegarder ces mêmes droits⁴.

À en croire l'historiographie dominante encore aujourd'hui, la modernité juridique serait le résultat de la montée en puissance de ce courant de pensée, illustrée par l'avènement des philosophies du Contrat social, et celui des droits subjectifs de l'individu⁵. Pour le droit constitutionnel, cela se serait traduit par la victoire du constitutionnalisme⁶, doctrine d'origine anglo-saxonne reposant essentiellement sur une philosophie libérale de

¹ Ce texte est une version amendée et complétée d'une contribution au 9^e Congrès français de droit constitutionnel qui s'est tenu à Lyon du 26 au 28 juin 2014. http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLE/E-carrere_T2.pdf.

² A. SIEGFRIED, *L'âme des peuples*, Paris, Hachette, 1950, p. 12.

³ C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme? Éthique, politique et société*, Paris, Gallimard, 2009, 843 p.

⁴ L. STRAUSS, *Droit naturel et histoire*, Flammarion, 1953 trad. 1986, p. 166-167.

⁵ L. JAUME, « Libéralisme », in D. ALLAND & S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 937.

⁶ *Ibid.*

limitation du pouvoir⁷. Ainsi, la naissance des constitutions modernes, et notamment la constitution américaine, a souvent été analysée sous le prisme de l'avancée irrémédiable du constitutionnalisme et donc du libéralisme⁸.

Toutefois, ce constat se doit d'être nuancé. Il semble, en effet, qu'un courant de pensée particulier – le républicanisme – ait pu jouer un rôle primordial dans cette période moderne. Le républicanisme n'est pas moins difficile à définir que le libéralisme. Néanmoins, il semble également possible d'identifier certains principes communs aux auteurs républicains. Le républicanisme doit s'entendre comme une théorie politique visant la protection de la liberté des individus, en rejetant toutefois, partiellement ou entièrement, la notion de droits naturels. Cette théorie se fonde sur l'idée selon laquelle la vertu civique, c'est-à-dire la participation des individus à la vie politique, permet de protéger plus efficacement la liberté des individus. L'État, dans ce cadre, n'a pas pour seul et unique but de protéger les droits naturels de l'individu, mais protège un intérêt général transcendant les intérêts particuliers. Dans cette perspective, le républicanisme doit être appréhendé comme une critique interne au libéralisme⁹, produisant une théorie de la démocratie et, par voie de conséquence, une théorie politique et constitutionnelle originale.

À partir des années 1960, l'histoire des idées politiques¹⁰, à la faveur d'une évolution épistémologique¹¹ importante – le *linguistic turn*¹² –

⁷ P. RAYNAUD, « Constitutionnalisme », in D. ALLAND & S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 266.

⁸ *Ibid.*

⁹ S. MESURE & A. RENAUT, « La discussion républicaine du libéralisme moderne », in A. RENAUT (dir.), *Histoire de la philosophie politique*, Tome 4 : *Les critiques de la modernité politique*, Paris, 1999, p. 317.

¹⁰ Nos développements sont fondés sur l'idée selon laquelle l'histoire des idées politiques, l'histoire de la pensée juridique, ou l'histoire du droit, sont des disciplines distinctes. Par l'histoire des idées politiques, nous entendons l'histoire des réponses apportées par des penseurs et philosophes aux questions relatives à l'ancrage collectif des individus, c'est-à-dire à leur inscription dans la vie de la Cité, de la *polis* (voir J.-C. RICCI, *Histoire des idées politiques*, Paris, Dalloz, 2014) Cette discipline connaît des points de convergences avec l'histoire de la pensée juridique qui se définit, elle, comme une discipline historique relative aux questionnements théoriques sur le droit, sa nature et sa connaissance. Dans la mesure où l'organisation de la vie de la Cité se fait essentiellement par le droit, les réflexions de l'histoire des idées politiques sont rarement dissociables des considérations de la pensée juridique, ou même des considérations plus concrètes de l'histoire du droit en général et de l'histoire constitutionnelle en particulier.

¹¹ L'épistémologie peut se définir étymologiquement comme la théorie de la science. Dans un sens général, elle renvoie à la théorie de la connaissance. Plus particulièrement, l'épistémologie est l'étude des méthodes et procédés pertinents, au sein d'un champ particulier du savoir, pour produire une connaissance scientifique. Cette définition se rapproche de l'interrogation philosophique de Kant sur les conditions de possibilités de la connaissance. G. G. GRANGER, « Épistémologie », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/epistemologie/>.

¹² L'origine de l'expression *linguistic turn* est souvent attribuée à Richard Rorty pour sa préface de l'ouvrage : R.M. RORTY, « Introduction. Metaphysical Difficulties of Linguistic Philosophy », in R. M. RORTY (dir.), *The Linguistic Turn: Essays in Philosophical Method*, Chicago, University of Chicago Press, 1992, p. 1.

connaîtra une remise en cause de l'hégémonie libérale dans la naissance de la modernité. Cette remise en cause se traduira par une relativisation, en histoire constitutionnelle, de l'origine libérale des constitutions modernes, et notamment de la Constitution américaine. Jusqu'alors, l'ouvrage de référence était celui de Louis Hartz¹³, qui présentait une Amérique « naturellement libérale¹⁴ » et une constitution américaine largement imprégnée de la philosophie libérale de John Locke¹⁵. C'est l'ouvrage de John Greville Agard Pocock, *Le moment machiavélien*¹⁶, paru en 1975¹⁷ aux États-Unis, qui reste l'ouvrage de référence dans l'appréhension du républicanisme à l'époque moderne. Il fait apparaître à l'origine de la modernité politique, aux côtés du langage libéral largement fondé sur un vocabulaire juridique, un autre vocabulaire, républicain celui-ci, qui aurait eu une influence déterminante, notamment sur les révolutions anglaises et américaine. S'agissant de la révolution américaine, des historiens tels que Bernard Bailyn¹⁸ et Gordon Stewart Wood¹⁹ – mais aussi des philosophes comme Hannah Arendt²⁰ – ont fait apparaître, dès les années 1960, l'origine républicaine de la naissance des États-Unis, et de la Constitution américaine. Cette redécouverte de l'héritage moderne du républicanisme a été prolongée dans les travaux de l'historien et philosophe Quentin Skinner²¹. En France, ce renouveau a été perçu relativement tardivement,

¹³ L. HARTZ, *The Liberal Tradition, in America: An Interpretation of American Political Thought since the Revolution*, New York, Harcourt, 1955 (trad. fr. : L. HARTZ, *Histoire de la pensée libérale aux États-Unis*, Paris, Economica, 1990).

¹⁴ F. MICHAUT & F. I. MICHELMAN, *Le mouvement des Critical Legal Studies entre républicanisme et libéralisme. Traces de gouvernement de soi par soi : préface à la session 1985 de la Cour suprême*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2010, p. 3.

¹⁵ À ce titre Cass R. Sunstein parle du dépassement de la croyance en un « Lockean consensus in the founding period » : C.R. SUNSTEIN, « Beyond the Republican Revival », *Yale Law Journal*, vol. 97, 1988, p. 1540. Cette présentation des constituants acquis à la cause libérale court encore de nos jours en France : « Les Américains ont longtemps affirmé, selon la célèbre formule de Thomas Jefferson, que le meilleur gouvernement est celui qui gouverne le moins. En réalité, les constituants gagnés à la cause libérale, se méfiaient de tous les pouvoirs » (J. GICQUEL & J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22^e éd., Paris, Montchrestien Editions, Lextenso Editions, 2008, p. 259).

¹⁶ J. G. POCOCK, *Le moment machiavélien*, Paris, PUF, 1997.

¹⁷ J. G. POCOCK, *The Machiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition.*, Princeton, Princeton University Press, 1975.

¹⁸ B. BAILYN, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Harvard, Harvard University Press, 1967 (trad. fr. : B. BAYLIN, *Les origines idéologiques de la révolution américaine*, Paris, Belin, 2010).

¹⁹ G. S. WOOD, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, The University of North Carolina Press, 1969 (trad. fr. : G. S. WOOD, *La création de la république américaine, 1776-1787*, Belin, 1991).

²⁰ H. ARENDT, « De la révolution », in *L'humaine condition*, Gallimard, 2012, p. 525.

²¹ Q. SKINNER, *The Foundations of Modern Thought, Volume I: The Renaissance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978 ; Q. SKINNER, *The Foundations of Modern Political Thought, Volume II: The Age of Reformation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978 ; Q. SKINNER, *Machiavelli*, Oxford, Oxford University Press, 1981 ;

très souvent parce que l'apport des autres pays à la réflexion républicaine a été négligé²². Ainsi, la somme de Claude Nicolet sur ce sujet²³ ne fait pas référence aux éventuels apports internationaux à la philosophie républicaine. Il faudra attendre les travaux de Jean-Fabien Spitz pour qu'une généalogie plus internationale du concept de République soit faite, notamment par la réception de la tradition continentale du républicanisme civique dégagée par J.G.A. Pocock²⁴. Les travaux de Blandine Kriegel²⁵ ont pu apporter un éclairage différent sur cette tradition républicaine, non sans échapper à certaines contradictions et orientations idéologiques qu'il ne convient pas de développer dans ces lignes²⁶.

Ce travail *historique* s'est accompagné d'un renouveau *théorique* de la pensée républicaine dans des travaux nombreux, tant en philosophie politique²⁷ qu'en philosophie du droit. Ainsi, la doctrine constitutionnaliste américaine a largement été influencée par cette relecture²⁸, grâce à laquelle

Q. SKINNER, *Liberty before Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998 ; Q. SKINNER, *La liberté avant le libéralisme*, Paris, Seuil, 2000 ; Q. SKINNER, *Machiavel*, Paris, Seuil, 2001 ; Q. SKINNER, *Les fondements de la pensée politique moderne*, Paris, Albin Michel, 2001 ; Q. SKINNER, *Hobbes et la conception républicaine de la liberté*, Paris, Albin Michel, 2009.

²² Pour une perspective générale de la réflexion républicaine française voir la postface très éclairante de Serge Audier à l'édition française du livre de Maurizio Viroli : S. AUDIER, « Postface. Le républicanisme à repenser », in M. VIROLI, *Républicanisme*, Paris, Le Bord de l'eau, 2011, p. 121-237.

²³ C. NICOLET, *L'idée républicaine en France, 1789-1924*, Paris : Gallimard, 1982 (rééd. 1995), 528 p.

²⁴ J.-F. SPITZ, *La liberté politique*, Paris, PUF, 1995.

²⁵ B. KRIEDEL, *Philosophie de la République*, Plon, 1998.

²⁶ À titre de critique, voir : S. AUDIER, « Postface. Le républicanisme à repenser », in M. VIROLI, *Républicanisme*, *op. cit.*, p. 130-131) ; L. FERRY & A. RENAULT, *Philosophie politique*, Tome III : *Des droits de l'homme à l'idée républicaine*, Paris : PUF, 1985.

²⁷ En philosophie politique, le débat républicanisme *versus* libéralisme est avant tout un débat autour du concept de liberté, de sa définition et de ses concrétisations. À ce titre voir : J.-F. SPITZ, *La liberté politique*, *op. cit.* ; P. PETTIT, *Républicanisme: une théorie de la liberté et du gouvernement*, Paris, Gallimard, 2004 ; J.-F. SPITZ, *Le moment républicain en France*, Paris, Gallimard, 2005 ; Q. SKINNER, *La liberté avant le libéralisme*, *op. cit.* ; M. VIROLI, *Républicanisme*, *op. cit.* Ces auteurs représentent un courant particulier du républicanisme ayant plusieurs dénominations : républicanisme moderne, républicanisme néo-romain ou néo-républicanisme. Par ailleurs un autre courant existe appelé humanisme civique qui n'est pas sans rappeler le courant communautarien en philosophie politique, à titre indicatif voir J.G. POCOCK, *Le moment machiavélien*, *op. cit.* ; H. ARENDT, « De la révolution », *L'humaine condition*, Paris, Gallimard, 2012, p. 525. Pour une analyse générale du mouvement et une bibliographie générale voir S. AUDIER, « L'idée républicaine dans la pensée politique contemporaine », in P. BAQUIAST & E. DUPUY (dir.), *L'idée républicaine en Europe XVIII^e-XXI^e siècles. Histoire et pensée universelles, Europe*, Volume 1 : *La République universelle*, Paris, L'Harmattan, 2007 ; S. AUDIER, *Les théories de la république*, Paris, La Découverte, 2004 ; F. LOVETT, « Republicanism », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2014, disponible en ligne à l'adresse : <http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/republicanism/>.

²⁸ Voir notamment en ce sens : B. ACKERMAN, *Au nom du peuple. Les fondements de la démocratie américaine*, Paris, Calmann-Lévy, 1998 ; « Symposium : The republican civic tradition », *Yale Law Journal*, vol. 97, 1988 ; F. MICHELMAN, « Law's republic », *Yale Law*

certains professeurs de droit ont pu produire de nouvelles interprétations du texte constitutionnel. Cette partie de la doctrine ne s'est pas contentée de recevoir cette relecture, mais s'est engagée dans une véritable actualisation de cette pensée d'un point de vue notamment constitutionnel. Il s'agit par ailleurs d'un signe de la particularité de la doctrine américaine qui fait un « recours généralisé aux sciences humaines et sociales²⁹ », et qui n'hésitera donc pas à puiser des éléments de réflexion dans ce renouveau de l'histoire des idées politiques et de la philosophie politique³⁰, là où la doctrine française a toujours voulu réaffirmer et protéger l'autonomie de la discipline constitutionnelle³¹.

Ces nouvelles théories prendront le nom de républicanisme. Alors que les auteurs anglo-saxons parlent de *republican revival*, ce qui laisserait entendre une simple résurgence d'un fond théorique ancien, il y a bien une véritable nouveauté théorique dans le but de purger certains aspects de la

Journal, vol. 97, 1988, p. 1493 ; C. R. SUNSTEIN, « Beyond the republican revival », *Yale Law Journal*, vol. 97, 1988, p. 1539 ; K. ABRAMS, « Law's Republicanism », *Yale Law Journal*, vol. 97, 1988, p. 1591 ; D. BELL & P. BANSAL, « The republican Revival and Racial politics », *Yale Law Journal*, vol. 97, 1988, p. 1609 ; P. BREST, « Further Beyond the Republican Revival: Toward Radical Republicanism », *Yale Law Journal*, vol. 97, 1988, p. 1623 ; M. A. FITTS, « Look Before You Leap: Some Cautionary Notes On Civic Republicanism », *Yale Law Journal*, vol. 97, 1988, p. 1651 ; L. R. KERBER, « Making Republicanism Useful », *Yale Law Journal*, vol. 97, 1988, p. 1663 ; J. R. MACEY, « The Missing Element in the Republican Revival », *Yale Law Journal*, vol. 97, 1988, p. 1673 ; J. MASHAW, « As if Republican Interpretation », *Yale Law Journal*, vol. 97, 1988, p. 1685 ; H. JEFFERSON POWELL, « Reviving republicanism », *Yale Law Journal*, vol. 97, 1988, p. 1703 ; K. M. SULLIVAN, « Rainbow Republicanism », *Yale Law Journal*, vol. 97, 1988, p. 1713 ; R. A. EPSTEIN, « Modern Republicanism – or the Flight from Substance », *Yale Law Journal*, vol. 97, 1988, p. 1633 ; R. FALLON, « What is Republicanism and is it Worth Reviving », *Harvard Law Review*, May, 1989 ; F. I. MICHELMAN, « The Supreme Court 1985 Term. Foreword: Traces of Self-Government », *Harvard Law Review*, 1986, vol. 100, p. 4 ; S. G. GEY, « The Unfortunate Revival of Civic Republicanism », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 141, 1993, p. 801.

²⁹ P. JESTAZ & C. JAMIN, *La doctrine*, Pairs, Dalloz, 2004, p. 300.

³⁰ La doctrine américaine n'hésitera pas à utiliser d'autres disciplines : O. JOUANJAN, « Histoire de la science du droit constitutionnel », in M. TROPER & D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de Droit constitutionnel*, Tome 1 : *Théorie de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012, p. 109-110 : « Le renouveau rationaliste des années 1950, qui n'avait pas mis au pas l'activisme de la Cour suprême, dont l'ère « Warren » commença par le coup d'éclat que fut l'arrêt *Brown*, fut vite débordé, dans le contexte de crise intellectuelle et morale des années 1960, par plusieurs alternatives théoriques qui mettaient en cause la possibilité même d'une adjudication rationnelle purement juridique : ou bien l'ordre des raisons politiques et sociales brouille nécessairement la prétention logique du droit (notamment *Critical Legal Studies* [CLS], féminisme) ou bien la rationalité économique est convoquée pour dire la vérité d'un système légal qui doit être pensée comme marché (*Law and Economics*), ou bien encore il s'agit de rapporter les rationalités prétendues du droit à ses conditions linguistiques, littéraires et rhétoriques (mouvement droit et littérature, rhétorique juridique) ».

³¹ Sur l'évolution de l'autonomie de la science du droit constitutionnel et ses limites voir : A. VIALA, « De la promotion d'une règle à la normalisation d'une discipline », in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008 Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 519. ; O. PFERSMANN, « Relativité de l'autonomie ontologique, confirmation de l'autonomie disciplinaire institutionnelle, paradoxe de l'hétéronomie épistémologique », in *ibid.*, p. 527.

théorie qui ne peuvent plus s'appliquer pour décrire ou comprendre le monde présent. D'ailleurs, la doctrine française a préféré utiliser l'expression de « renouveau républicain³² », voire de « révisionnisme républicain³³ », le terme renouveau pouvant signifier d'une part un retour à un état précédent après un déclin, et d'autre part, une apparition de formes nouvelles et plus riches d'une pensée. C'est ainsi que Cass R. Sunstein avance que le travail des républicains modernes n'est pas seulement d'excaver des conceptions anciennes et de les appliquer directement à notre réalité, mais de conserver certains éléments qui restent utiles pour comprendre le temps présent³⁴. En somme, les théories ne peuvent que valoir pour résoudre des problèmes déterminés, précis, et, historiquement définis. Les néo-républicains rejettent en bloc toute idée de réutilisation d'une théorie du passé, sans appropriation ou modification. Cette posture peut être qualifiée d'historiciste, au sens où l'histoire détermine les théories, ces dernières ne pouvant passer outre les contingences historiques qui les ont vues naître.

La distinction entre histoire et théorie, dans la doctrine juridique, se fonde sur l'idée selon laquelle une théorie du droit est, par définition, anhistorique puisqu'elle a pour vocation, par une série de propositions, de décrire ce qui est commun à plusieurs systèmes juridiques³⁵, quelle que soit leur époque. L'approche historique du droit, quant à elle, vise à distinguer, sur le fondement de la contingence historique, les systèmes juridiques et les systèmes de pensée qui les accompagnent. Le néo-républicanisme est paradoxalement au carrefour de ces deux approches. Le problème majeur de ce courant réside dans la volonté de ses auteurs d'ancrer leur réflexion dans des cadres théoriques anciens, et dans le même temps de s'en séparer. Le terme néo-républicanisme renferme en lui-même ce paradoxe. Le préfixe *néo-* exprime la nouveauté et est souvent utilisé en philosophie pour désigner le rattachement à un courant de pensée antérieur que le néo-courant continue à certains égards. En utilisant ce préfixe, il y a bien recherche d'une parenté, c'est-à-dire la reprise d'un certain nombre d'arguments éprouvés. Cependant, comment concilier une approche théorique, visant l'universalité³⁶, et des éléments issus de théories antérieures, historiquement marqués ? L'appel à un héritage républicain serait-il alors une simple tactique rhétorique, dans le but de donner à des théories présentes une certaine respectabilité ? Cette vaste interrogation, qui ne se limite pas à l'exemple du néo-républicanisme, invite à s'interroger sur le point de savoir s'il est possible d'utiliser, à l'heure actuelle, des théories créées dans un

³² S. AUDIER, *Les théories de la république*, op. cit., p. 71.

³³ J.G. POCOCK, *Le moment machiavélien*, op. cit., p. XVII-XXV.

³⁴ C. R. SUNSTEIN, « Beyond the Republican Revival », art. cit., p. 1540 : « For modern republicans, the task is not simply one of excavation. History does not supply conceptions of political life that can be applied mechanically to current problems ».

³⁵ A. VIALA, *Philosophie du droit*, Paris, Ellipses, 2010, p. 7-12.

³⁶ Voir *supra*.

cadre spatio-temporel, politique, sociologique et même scientifique différent.

Cette contribution propose d'apporter un éclairage sur le lien entre histoire et théorie du droit, à partir de l'exemple du néo-républicanisme, et tend à démontrer que les nécessités théoriques du présent conditionnent les relectures historiques du passé. L'étude du républicanisme met pourtant en exergue un paradoxe, puisque l'invocation d'arguments historiques, pourtant contextualisés, s'accompagne d'une démarche profondément anhistorique, tendant à compromettre l'autorité des arguments historiques. Ainsi, les constitutionnalistes américains se revendiquant du républicanisme, s'appuient sur une analyse historique pour affirmer que les pères fondateurs de la Constitution de 1787 se fondaient sur des arguments républicains. Mais cette analyse leur permet d'utiliser ces arguments pour une controverse contemporaine à propos des formes prises par la démocratie. À l'instar de ces auteurs, la doctrine française gagnerait à prendre en compte la place du républicanisme dans l'élaboration de la Constitution de la V^e République, et enrichir ainsi les controverses constitutionnelles actuelles. Controverses qui, justement, concernent de plus en plus la question démocratique³⁷. Dès lors, l'exemple du néo-républicanisme montre que la redécouverte et la réactualisation d'un courant de pensée ancien revêt un intérêt pour la science du droit constitutionnel, tant sur le plan historique que théorique. D'un point de vue historique, l'apport du néo-républicanisme est indéniable (I). D'un point de vue théorique, il s'agit d'un apport indirect. En effet, c'est l'étude, distanciée, du néo-républicanisme qui permettra d'illustrer le rôle de l'histoire dans l'élaboration des théories du droit, et de produire une réflexion renouvelée sur l'épistémologie du droit (II).

I. L'APPORT DU NÉO-RÉPUBLICANISME À L'HISTOIRE CONSTITUTIONNELLE

La découverte et la réactualisation d'anciens courants de pensée a tout d'abord un intérêt pour l'histoire constitutionnelle. Ces argumentations entendent se fonder sur une « vérité » historique s'inscrivant en rupture avec

³⁷ L'émergence et l'enracinement du contrôle de constitutionnalité des lois en France ont mené une partie de la doctrine à redéfinir le concept de démocratie, faisant ainsi naître un certain nombre de controverses. À titre d'exemple, voir D. ROUSSEAU, « De la démocratie continue », in D. ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue. Actes du colloque de Montpellier organisé par le CERCOP avec le parrainage de l'Association française de Science politique. 2-4 avril 1992.*, Paris, LGDJ-Bruylant, 1995, p. 5. ; L. FAVOREU, « De la démocratie à l'État de droit », *Le Débat*, mars-avril 1991, n° 61, p. 158. ; J. BONNET & M. PHILIP-GAY, « Démocratie et multiplication des droits », in *Nouvelles questions sur la démocratie*, Paris, Dalloz, 2010, p. 15. ; A.-M. LE POURHIET, « Définir la démocratie », *RFDC*, 2001, vol. 3, n° 87, p. 453 ; S. MILACIC, « L'éclipse de la démocratie », in A. DELCAMP *et al.* (dir.), *Nouvelles questions sur la démocratie, op. cit.*, p. 121 ; J.-M. DENQUIN, « Que veut-on dire par "démocratie" ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 2, mars 2009.

l'historiographie dominante. Il y a donc un intérêt purement historique derrière l'émergence des débats sur l'histoire constitutionnelle au sein de la doctrine. À ce titre, le néo-républicanisme illustre de façon topique cet apport, tant au regard des aspects épistémologiques de l'histoire constitutionnelle (A), que de son objet (B).

A. Une épistémologie bouleversée

L'apport du néo-républicanisme est tout d'abord épistémologique. Les liens qui unissent le résultat d'une recherche historique et la méthode utilisée sont complexes. Un résultat original peut résulter d'une évolution de la méthode historique³⁸, à l'inverse il arrive que la méthode soit déterminée par le but recherché par le savant au sein d'une controverse doctrinale³⁹. Ainsi, la méthode utilisée et le résultat obtenu sont liés réciproquement, de telle façon qu'il est difficile de savoir lequel a engendré l'autre. Le républicanisme est un exemple topique de ce phénomène. La redécouverte du républicanisme a été le résultat des prémices du tournant linguistique en épistémologie de l'histoire, tout en constituant une revendication scientifique, visant à combattre l'hégémonie libérale sur la philosophie politique occidentale. S'agissant de l'apport épistémologique du renouveau républicain, le tournant linguistique se caractérise par une méthode contextualiste (2) centrée sur le langage (1), qui a influencé les méthodes utilisées pour l'histoire constitutionnelle.

1) L'influence des philosophies du langage

L'histoire des idées, au même titre que d'autres branches de l'histoire et de la philosophie, a connu à partir des années 1960 un renouveau épistémologique important connu sous le nom de tournant linguistique. Ce tournant linguistique a été la pierre angulaire de la réflexion méthodologique entreprise par la fameuse *École de Cambridge*⁴⁰ avec comme chefs de file Quentin Skinner et John Greville Agard Pocock notamment. Si le tournant linguistique regroupe des philosophies et des

³⁸ P. COSTA, « Histoire, Théorie et Histoire des théories », in C. M. HERRERA & A. LE PILLOUER (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris, Kimé, 2012, p. 19.

³⁹ F. SAINT-BONNET, « Regards critiques sur la méthodologie en histoire constitutionnelle. Les destinations téléologiques des options épistémologiques », *Jus Politicum*, mars 2009, n° 2.

⁴⁰ Nous remarquerons avec Christopher Hamel tous les risques que peut engendrer l'utilisation de l'expression *École de Cambridge* « dont la commodité n'égale sûrement pas l'inadéquation, que Skinner lui-même n'utilise d'ailleurs que très rarement et avec la plus grande circonspection, et qu'il ne revendique pas » (C. HAMEL, « Quentin Skinner entre histoire et philosophie », in Q. SKINNER, *La vérité et l'historien*, Paris, Éditions EHESS, 2012, p. 12). Cette appellation nous semble, malgré tout, pertinente dans la mesure où elle permet de désigner un mouvement complexe et protéiforme certes, mais dont les membres ont tous participé à la remise en cause des paradigmes épistémologiques et ontologiques de l'historiographie de l'époque.

méthodologies diverses, ce « babélisme philosophique⁴¹ » se réunit sous l'idée de la centralité du langage. L'idée principale pour la méthodologie historique est non plus de s'attarder sur des faits, mais de remarquer qu'en histoire et plus particulièrement concernant l'histoire intellectuelle, « les « faits du passé avec lesquels l'historien entre concrètement en contact sont des textes, qui n'ont toutefois pas été créés pour être des expressions verbales inoffensives, mais pour produire des effets, pour peser sur la dynamique intersubjective dans un contexte spécifique⁴² ».

La concentration sur la notion de texte, va aboutir au recentrage du questionnement épistémologique en philosophie politique autour des questions d'interprétations et d'herméneutique⁴³. Ce recentrage autour des textes et de l'herméneutique va faire apparaître une tension entre le texte et ses interprètes. Les apports de l'herméneutique nous apprennent que c'est avant tout l'interprète qui construit et reconstruit le sens du texte, bien plus qu'il ne le découvre. Dès lors, le problème de la subjectivité de l'historien interprétant les textes passés se pose. Les méthodes reconnues comme scientifiques sont censées permettre d'éviter cet écueil de la subjectivité. Ainsi, la question de la méthode deviendra centrale pour savoir comment restituer le plus objectivement possible la pensée d'un auteur passé. Cette question de méthode est primordiale par exemple dans l'œuvre de Quentin Skinner.

2) *L'influence de la démarche contextualiste*

Il est possible de percevoir, chez les auteurs ayant fait redécouvrir la pensée républicaine, une méthodologie historique particulière : le contextualisme. Ainsi, les travaux sur la réinterprétation de la modernité juridique et politique par les historiens des idées politiques de l'école de Cambridge sont le fruit d'une mise en contexte des textes étudiés. Par ailleurs on retrouve la même démarche, même si celle-ci est moins explicitement revendiquée, chez les historiens à l'origine de la réinterprétation des idéologies fondatrices de la Révolution et de la Constitution américaines.

S'agissant des historiens de l'*École de Cambridge*, la démarche est pleinement revendiquée comme en témoignent leurs articles importants en matière d'épistémologie historique⁴⁴ ainsi que des rappels méthodologiques

⁴¹ P. COSTA, « Histoire, Théorie et Histoire des théories », in C. M. HERRERA & A. LE PILLOUER (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, op. cit., p. 19.

⁴² *Ibid.*, p. 33.

⁴³ J. GREISCH, « Herméneutique », *Encyclopaedia Universalis*, en ligne : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/hermeneutique/>.

⁴⁴ Les travaux de Quentin Skinner notamment : Q. SKINNER, « The Limits of Historical Explanations », *Philosophy*, vol. 41, n° 157, 1966, p. 199 ; Q. SKINNER, « Motives, Intentions and the Interpretation of Texts », *New Literary History*, vol. 3, n° 2, 1972, p. 393. Q. SKINNER, « Some Problems in the Analysis of Political Thought and Action », *Political Theory*, vol. 2, n° 3, 1974, p. 277. Quentin Skinner a opéré une véritable somme de sa pensée méthodologique dans le premier tome de *Visions of Politics* :

écrits au début de leurs ouvrages de référence⁴⁵. Ainsi, pour prendre l'exemple des deux historiens du républicanisme les plus célèbres et membres de cette école, John Pocock et Quentin Skinner ont développé une épistémologie en totale opposition avec la méthodologie historique de l'époque. J. Pocock s'intéresse essentiellement au contexte langagier de production des écrits intellectuels, là où Q. Skinner empreint de la pragmatique austinienne de la théorie des actes de langage, s'intéressera davantage au contexte politique dans lequel s'inscrit l'écrit étudié, c'est-à-dire non seulement ce qu'a voulu dire l'auteur mais aussi ce qu'il a voulu faire⁴⁶. J. Pocock quant à lui insiste sur l'étude des « vocabulaires », « discours », ou « langages »⁴⁷ d'une époque et cherche à comprendre comment ces objets naissent, persistent ou disparaissent. Il insiste particulièrement sur les différents contextes dans lesquels ces vocabulaires, discours ou langages interagissent⁴⁸. Ainsi, la nouveauté épistémologique consiste à prendre en compte au-delà des grands textes ou des grands auteurs, le contexte discursif dans lequel les auteurs se déplacent⁴⁹. Ce

Q. SKINNER, *Visions of Politics*, Volume I: *Regarding Methods*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

⁴⁵ À titre d'exemple voir : J.G. POCOCC, *Le moment machiavélien*, *op. cit.*, p. XLVII-LVII ; J.G. POCOCC, *Vertu, commerce et histoire: essais sur la pensée et l'histoire politique au XVIII^e siècle*, *op. cit.*, p. 15-54 ; Q. SKINNER, *Les fondements de la pensée politique moderne*, *op. cit.*, p. 8-14 ; Q. SKINNER, *Hobbes et la conception républicaine de la liberté*, *op. cit.*, p. 11-13 ; J. DUNN, *La pensée politique de John Locke*, Paris, PUF, 1991, p. 15-20, notamment p. 19 : « Au milieu de ce désordre, la présente étude, dans le meilleurs des cas, voudrait résoudre des problèmes de deux ordres différents. Elle voudrait expliquer comment un livre a pu revêtir des sens si divers pour un si grand nombre de lecteurs, en replaçant l'œuvre dans l'histoire de ses interprétations, de telle sorte que celles-ci puissent devenir intelligibles alors qu'elles paraissent inexplicables. En outre, elle voudrait la resituer à l'intérieur de sa propre histoire, c'est-à-dire par rapport à ce que Locke avait précisément en tête aux diverses périodes de composition de cette œuvre, pour autant que nous en ayons connaissance. On verra ainsi qu'étant donné les circonstances prédominantes, c'était bien là l'ouvrage que Locke était susceptible d'écrire » (nous soulignons).

⁴⁶ Quentin Skinner est largement influencé par la philosophie de Wittgenstein et John Langshaw Austin. À ce titre voir : J. L. AUSTIN, *Quand dire c'est faire*, Paris, Seuil, 1991 ; L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, Paris, Gallimard, 2001. Pour une première approche des philosophies du langage voir : S. AUROUX, *La philosophie du langage : sens et essences des langues*, Paris, PUF, 2013 ; J.-P. COMETTI & P. RICÉUR, « Langage (Philosophies du) », *Encyclopaedia Universalis*, en ligne : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/philosophies-du-langage/>, accès : Septembre 2014.

⁴⁷ J.G. POCOCC, *Le moment machiavélien*, *op. cit.*, p. 4.

⁴⁸ « L'historiographie qui en naquit possédait des centres d'intérêts caractéristiques : tout d'abord, la diversité des idiomes, ou « langages », dans lesquels l'argumentation politique était exprimée (ainsi le langage du droit coutumier en tant qu'élément de ce que nous appelons l'ancien constitutionnalisme) ; ensuite, sur les agents de l'argumentation politique en tant qu'acteurs de l'histoire, dialoguant au sein de contextes linguistiques, politiques et historiques divers qui conféraient une grande richesse à l'histoire que l'on pouvait faire de leur argumentation. » J.G. POCOCC, *Vertu, commerce et histoire: essais sur la pensée et l'histoire politique au XVIII^e siècle*, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁹ Cette approche peut faire penser à l'approche de Pierre Rosanvallon, lorsqu'il revendique une histoire conceptuelle du politique. En effet, ce dernier estime que « [c]ontrairement à l'histoire des idées, la matière de cette histoire du politique, que je qualifie de

contexte discursif qui conditionnera la formation de leurs théories peut se comprendre en termes de contraintes argumentatives perceptibles également dans la création de certaines théories du droit⁵⁰. C'est ainsi qu'à côté du langage libéral essentiellement juridique, autour de notions telles que le droit subjectif, a perduré un langage républicain, essentiellement éthique et politique, fondé sur les concepts de vertu⁵¹, de *vivere civile*⁵², de lutte contre la corruption et d'indépendance. À travers les travaux républicains, il est aisé de voir apparaître l'influence du tournant linguistique sur la méthode historique.

Mais c'est plus encore dans les travaux de Quentin Skinner que cette influence est remarquable. Les travaux de l'auteur britannique sur l'épistémologie de l'histoire sont d'une importance considérable. Son approche qualifiée de contextualiste⁵³ pourrait se définir comme l'idée selon laquelle « plus d'histoire [et] moins de philosophie⁵⁴ » sont nécessaires pour

“conceptuelle”, ne peut donc se limiter à l'analyse et au commentaire des grandes œuvres, même si celles-ci peuvent souvent être considérées à juste titre comme des “moments” cristallisant les questions qu'une époque se pose et les réponses qu'elle tente d'y apporter. Elle emprunte notamment à l'histoire des mentalités le souci d'incorporer l'ensemble des éléments qui composent cet objet complexe qu'est une culture politique : le mode de lecture des grands textes théoriques, la réception des œuvres littéraires, l'analyse de la presse et des mouvements d'opinion, la vie des pamphlets, la construction des discours de circonstance, la présence des images, la prégnance des rites et même la trace éphémère des chansons. Penser le politique et faire l'histoire vivante des représentations du vivre ensemble se superposent dans cette approche. Car c'est au niveau “bâtard” qu'il faut toujours appréhender le politique, dans l'entrelacs des pratiques et des représentations » (P. ROSANVALLON, *Pour une histoire conceptuelle du politique. Leçon inaugurale au Collège de France faite le jeudi 28 mars 2002*, Paris, Éditions du Seuil, 2003, p. 30).

⁵⁰ « En revanche, il y a des cas où les théories du droit sont elles-mêmes le produit de l'histoire. C'est ce qui arrive lorsque, dans certaines situations historiques, le discours des juristes obéit à une logique ou à des contraintes argumentatives, qui se répètent, si bien que la théorie du droit ne fait que le reproduire à un plus haut degré d'abstraction » (M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, p. 277).

⁵¹ J.G. POCKOCK, *Vertu, commerce et histoire: essais sur la pensée et l'histoire politique au XVIIIe siècle*, op. cit., notamment Chapitre II : « Vertus, droits et mœurs : un modèle pour les historiens de la pensée », p. 57-72 ; J.G. POCKOCK, *Le moment machiavélien*, op. cit., p. 35 sq.

⁵² J.G. POCKOCK, *Le moment machiavélien*, op. cit., p. 55 sq ; H. ARENDT, « De la révolution », *L'humaine condition*, op. cit., p. 525.

⁵³ S. MARCOTTE-CHÉNARD, « Le contextualisme de Quentin Skinner à l'épreuve du cas Machiavel », *Methodos*, avril 2013, en ligne : <http://methodos.revues.org/3168> ; DOI : 10.4000/methodos.3168.

⁵⁴ A. HERLA, « Histoire de la pensée politique et théorie du langage : Skinner, Pocock, Johnston lecteurs de Hobbes », *Dissensus. Revue de philosophie politique de l'Université de Liège*, n° 3, février 2010, p. 164. Reprenant une phrase de Quentin Skinner : « *If there is to be any prospect of clearing up the confusions into which study of Hobbes's work has fallen, it is less philosophy, and more history which is needed* » in, Q. SKINNER, « Hobbes's Leviathan », in *Hobbes*, vol. I, sous la dir. de J. DUNN & I. HARRIS, Northampton, Edward Elgar Publishing, 1997, p. 380. En d'autres termes, la méthode traditionnelle en histoire des idées politiques concentrée sur le texte uniquement (et cachant une croyance singulièrement cognitiviste par ailleurs) relève finalement et paradoxalement d'une approche profondément anhistorique : « Une de mes réserves vis-à-vis de la méthode traditionnelle « textualiste » tient à ce que ses représentants, tout en prétendant en général écrire l'histoire des théories

comprendre au mieux les textes du passé. Pour Skinner l'important est moins la mise en valeur exclusive des textes fondamentaux, et leur compréhension *in abstracto*, que la prise en compte du contexte intellectuel mais aussi social, dans lequel le théoricien s'inscrit⁵⁵. En somme, pour reprendre la phrase de l'historien Paul Veyne, « [l]'homme ne peut pas penser n'importe quoi, n'importe quand⁵⁶ ». Il en résulte deux corollaires méthodologiques. Le premier, commun avec Pocock, commande de ne pas uniquement se concentrer sur certains auteurs réputés comme majeurs, mais bien sur l'intégralité de la production intellectuelle d'une époque donnée pour mieux comprendre et interpréter ce qu'a voulu dire et faire l'auteur. On retrouve ici, l'idée d'un contexte argumentatif chère à J.G.A Pocock. Ce contexte argumentatif que Skinner nomme « contexte idéologique⁵⁷ » est déterminé par un « vocabulaire⁵⁸ » particulier, permettant la justification et la légitimation des actions et discours des acteurs politiques ou juridiques⁵⁹. Ainsi, cette méthode contextualiste permet de traiter de l'histoire des théories de façon réellement historique, en prenant en compte le contexte de production de ces théories. Le deuxième corollaire de cette posture méthodologique est la prise en compte de l'action de l'auteur au sein de ce cadre argumentatif. Ainsi *via* l'influence de la philosophie des actes de langage, Skinner aborde les textes philosophiques, politiques ou juridiques des auteurs également comme des actes, c'est-à-dire des interventions politiques dans les débats politiques d'une époque particulière. C'est ainsi que Skinner peut faire appel au concept d'intention⁶⁰ du texte, qui réside dans la recherche de la « destination pragmatique [du texte], comme un moment de sa stratégie rhétorique⁶¹ ». Cette méthode ne consiste pas à rechercher les intentions de l'auteur ce qui reviendrait à une forme de

politiques, ne nous ont que rarement proposé de véritable histoire » (Q. SKINNER, *Les fondements de la pensée politique moderne*, op. cit., p. 10).

⁵⁵ Q. SKINNER, *Les fondements de la pensée politique moderne*, op. cit., p. 9.

⁵⁶ P. VEYNE, *Le quotidien et l'intéressant. Entretiens avec Catherine Darbo-Perchanski*, Paris, Hachette littératures, 2006, p. 205.

⁵⁷ Q. SKINNER, *Les fondements de la pensée politique moderne*, op. cit., p. 9.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*, p. 11.

⁶⁰ « *The first is that if it is now said that what the policeman is doing in saying "The ice over there is very thin" is warning the skater, this is to provide, at least in the standard case of speaking with such illocutionary force, an account of the speaker's intention* » (Q. SKINNER, « On Performing and Explaining Linguistic Actions », *The philosophical quarterly*, vol. 82, 1971, p. 3 ; « *But an equivalent way of putting the same point, which is crucial to my present argument, would be to say that an understanding of the illocutionary act being performed by an agent in issuing a given utterance will be equivalent to an understanding of that agent's primary intentions in issuing that particular utterance* » (Q. SKINNER, « Motives, Intentions and the Interpretation of Texts », *New Literary History*, art. cit., voir p. 402). En somme pour reprendre les termes de Christopher Hamel parlant de Skinner: « Si dire x c'est faire quelque chose, alors décrire ce qui est fait c'est décrire les intentions du texte » (C. HAMEL, « Quentin Skinner entre histoire et philosophie », in Q. SKINNER, *La vérité et l'historien*, op. cit., p. 12).

⁶¹ P. COSTA, « Histoire, Théorie et Histoire des théories », in C. M. HERRERA & A. LE PILLOUER (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris, Kimé, 2012, p. 19.

psychologisme⁶². En somme, il s'agit de comprendre les circonstances et les raisons pour lesquelles les auteurs utilisent tel ou tel concept, théorie ou stratégie argumentative⁶³. Cette démarche lui permettra par exemple de replacer la philosophie de Hobbes dans le contexte d'un affrontement entre deux conceptions de la liberté, républicaine et libérale. Les écrits de Hobbes sont abordés comme une intervention polémique au sein d'un conflit historiquement situé⁶⁴, et permettent de mieux comprendre certains concepts développés par cet auteur.

Une même démarche, bien que moins formalisée, est présente chez les historiens américains à l'origine du renouveau républicain⁶⁵. Ainsi, Bernard Baylin revendique aisément son approche « profondément contextualiste de l'histoire⁶⁶ », en insistant sur toute la production littéraire de l'époque. À partir de pamphlets, essais et commentaires de toutes sortes sur des supports divers, il a constaté que la révolution avait été pensée dans un contexte précis, par des hommes d'action. La littérature révolutionnaire, mais aussi les débats constitutifs s'inscrivent dans un débat politique dont les idées ne peuvent se détacher⁶⁷. Il reconnaît lui aussi certains thèmes chers aux républicains et présents dans les débats révolutionnaires⁶⁸, sans pour autant admettre la présence d'une véritable doctrine républicaine formalisée en tant que telle⁶⁹. Gordon Wood adopte également une démarche contextualiste⁷⁰,

⁶² Quentin Skinner distingue d'ailleurs entre le terme « *motive* » et « *intention* », pour marquer cette différence. Q. SKINNER, « On Performing and Explaining Linguistic Actions », art. cit., voir p. 16-19. Voir également Q. SKINNER, « Motives, Intentions and the Interpretation of Texts », art. cit., p. 393.

⁶³ A. HERLA, « Histoire de la pensée politique et théorie du langage : Skinner, Pocock, Johnston lecteurs de Hobbes », art.cit., p. 164.

⁶⁴ Q. SKINNER, *Hobbes et la conception républicaine de la liberté*, op. cit.

⁶⁵ « *Historians of political thought like Quentin Skinner and J. G. A. Pocock soon found themselves asking new questions about the interactions among ideas, politics, and social action, as did the American historians Bernard Baylin, Gordon Wood, Eric Foner, and David Brion Davis. The attention to systems of meaning only became more intense in the 1990s, as many subfields followed the philosopher Richard Rorty's invocation of a "linguistic turn", which in the hands of historians heightened the importance of rigorously contextualizing language and meaning* » (L. BUTLER, « Reconstructions in Intellectual and Cultural Life », in T.J. BROWN (dir.), *Reconstructions: New Perspectives on the Postbellum United States*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 178.

⁶⁶ B. BAYLIN, *Les origines idéologiques de la révolution américaine*, op. cit., p. 5.

⁶⁷ *Ibid.* p. 6 : « Mais les porte-parole de la révolution – les pamphlétaires, les essayistes et les commentateurs de toute sorte – n'étaient pas des philosophes et ils ne constituaient pas une *intelligentsia* séparée du reste de la société. C'étaient des hommes actifs, politiciens, commerçants, hommes de loi, planteurs ou pasteurs, qui ne cherchaient pas à se régler sur la pensée des grandes figures historiques de la philosophie politique que les critiques modernes qualifient maintenant d'influents. »

⁶⁸ *Ibid.* p. 6.

⁶⁹ *Ibid.* p. 6-7.

⁷⁰ Le terme contextualisme n'est pas utilisé par Gordon Wood lui-même à l'inverse de Bernard Baylin.

qu'il oppose à une démarche « profondément anhistorique⁷¹ » retenue par de nombreux historiens de la révolution, en insistant sur le caractère singulier du vocabulaire utilisé à l'époque révolutionnaire. Ce vocabulaire contraignait les acteurs politiques et les penseurs et réciproquement subissait des modifications importantes du fait de ces acteurs et penseurs⁷².

Quant à la doctrine constitutionnaliste américaine, elle s'est intéressée dans le même esprit à replacer la pensée des pères fondateurs dans leur dynamique intersubjective. Ainsi, sans se contenter de reprendre les grands écrits des pères fondateurs, elle a mis l'accent sur le discours des anti-fédéralistes largement imprégnés de philosophie républicaine⁷³. C'est dans ce rapport dialogique entre fédéralistes et anti-fédéralistes, que sont nés les États-Unis d'Amérique et c'est donc ce rapport dialogique qu'il faut étudier sans mettre de côté l'une ou l'autre des parties⁷⁴. Ainsi l'histoire en tant que discipline, et en l'espèce l'histoire des idées politiques, peut apporter à l'histoire constitutionnelle des méthodes nouvelles pour l'appréhension de son objet.

La redécouverte d'une influence républicaine dans l'histoire de la modernité politique et juridique semble avoir été le fruit d'un renouveau méthodologique en histoire des idées mais aussi en histoire constitutionnelle. Il est vrai que les deux mouvements sont concomitants. Toutefois comme le souligne Jean-Fabien Spitz, ce travail d'excavation de l'influence du républicanisme dans la pensée moderne est peut-être le fruit d'une insatisfaction sur l'histoire elle-même en tant que récit⁷⁵, c'est-à-dire sur la perception dominante de l'histoire de la modernité. Dès lors, les

⁷¹ G. S. WOOD, *La création de la république américaine, 1776-1787*, op. cit., p. 32 : « À mesure que j'explorais cet univers de pensée, il s'avéra que de nombreux problèmes historiographiques liés à l'interprétation de la Révolution et de la formation des Constitutions résultaient d'une méconnaissance de l'originalité de la culture politique au sein de laquelle avait agi la génération révolutionnaire. Trop souvent l'approche de nombre d'historiens de la Révolution américaine, semblait-il, avait été profondément anhistorique ; on avait été trop peu sensible à ce qu'il y avait d'irréductiblement singulier dans le monde du XVIII^e siècle. »

⁷² *Ibid.*, p. 32-33 : « Même si le vocabulaire politique de cette époque m'était familier, je trouvais étrange et inouïe la signification d'une bonne partie de ce vocabulaire, et je constatais que des mots tels que "liberté", "démocratie", "vertu", ou "républicanisme" ne pouvaient pas s'appliquer à toutes les époques. De fait, même dans les limites de la très courte période de temps que j'étudiais, il fut bientôt clair que les termes et les catégories de la pensée politique subissaient un changement rapide, sous la pression de polémiques et d'expériences politiques formidables. ».

⁷³ F. MICHAUT & F. I. MICHELMAN, *Le mouvement des Critical Legal Studies entre républicanisme et libéralisme*, op. cit., p. 76 ; G. R. Stone et al., *Constitutional law*, op. cit., p. 8-29.

⁷⁴ « *Aspects of classical republicanism found an American home in the work of the antifederalists; and antifederalist thought has exerted a continuing influence on American public law. But elements of republican thought can be found in the views of the federalists as well* » (C. R. SUNSTEIN, « Beyond the Republican Revival », art. cit., p. 1540 ; G. R. STONE et al., *Constitutional Law*, op. cit., p. 14.

⁷⁵ Jean-Fabien Spitz parle d'une « insatisfaction historiographique » (voir J.-F. SPITZ, Préface, in J.G. POCOCCO, *Le moment machiavélien*, op. cit., p. VII-XV).

controverses historiques au sein de la doctrine en histoire des idées et en histoire constitutionnelle seraient peut-être moins le fait d'une divergence de principe sur les méthodes, qu'une divergence indéniable sur le contenu de cette histoire, les problèmes de méthodes ne venant qu'*a posteriori* comme reconstruits une fois les travaux achevés⁷⁶. Elles ne seraient pas le fruit de divergences épistémologiques mais au contraire la source de ces dernières. Ainsi, le renouveau républicain au sein de la doctrine est peut-être avant tout lié à des controverses de fond.

B. Une histoire revisitée

Le renouveau républicain a également apporté une actualisation de l'histoire constitutionnelle comme objet. Ainsi, ce révisionnisme républicain a apporté un nouvel éclairage sur la période moderne (1) et, plus particulièrement, sur l'origine de la constitution américaine (2).

1) Une perception renouvelée de la modernité

L'histoire de la modernité a longtemps été dominée par une perception juriciste de cette période. La modernité serait l'avènement des principes du constitutionnalisme que nous pourrions qualifier de libéraux. C'est cette synthèse juridico-libérale qui domine l'historiographie jusque dans les années 1960. Ainsi, bien loin du problème de la recherche de l'autonomie de l'histoire du droit et de l'histoire constitutionnelle en particulier, on remarque que la tendance a davantage été une soumission de l'histoire intellectuelle à l'histoire du droit⁷⁷. L'histoire de la modernité serait l'histoire de l'avènement de l'État et la grande marche vers le subjectivisme juridique. La modernité était donc présentée avant tout comme la montée en puissance du libéralisme *via* l'avènement puis le développement des droits subjectifs de l'individu. La Liberté dans ce cadre est réduite aux droits et libertés. Toutefois, le grand apport de la philosophie républicaine a été de montrer qu'un discours concurrent existait à l'époque moderne, un discours qui montre que la Liberté n'a pas seulement été pensée en termes juridiques *via* le concept de droits et libertés de l'individu, mais par un discours à la

⁷⁶ F. SAINT-BONNET, « Regards critiques sur la méthodologie en histoire constitutionnelle. Les destinations téléologiques des options épistémologiques. », art. cit.

⁷⁷ Comme le souligne Jean-Fabien Spitz dans la préface à l'édition française du moment machiavélien : « Une telle perspective conduisait à aborder la question des origines de la philosophie politique moderne par les avenues larges et bien tracées de la philosophie du droit » (J.-F. SPITZ, Préface, in J.G. POCOCCO, *Le moment machiavélien*, op. cit., p. VIII) ; J.G. POCOCCO, *Vertu, commerce et histoire : essais sur la pensée et l'histoire politique au XVIII^e siècle*, Paris, PUF, 1998, 410 p.

fois éthique et politique⁷⁸. Là s'explique sans doute la faible réception de cette théorie républicaine par les juristes.

Cependant l'intérêt d'étudier une origine non entièrement juridique des évolutions de la modernité est double. D'une part, cela permet de remettre en question les certitudes que nous avons quant à l'importance du droit dans l'histoire. D'autre part, cela permet de faire avancer la connaissance de l'histoire constitutionnelle proprement dite. Ainsi le républicanisme semble être un levier puissant de mise à jour de l'histoire constitutionnelle. Évidemment il ne s'agit pas de remplacer une vision dogmatique par une autre mais de considérer que les sociétés, les États et les constitutions se forment par la rencontre de différents courants de pensée, par des controverses propres à leur temps mais qui ancrent leurs argumentations dans des références passées. Dès lors la redécouverte d'un courant de pensée oublié peut être une meilleure façon de comprendre l'origine et les développements de certains concepts ou objets constitutionnels particuliers. Ainsi peut-on comprendre toutes les particularités de la Constitution américaine, et notamment sa référence à la République, sans historiciser c'est-à-dire sans contextualiser le concept de République qui a dans le cadre de la naissance des États-Unis un sens particulier⁷⁹.

Malgré la modestie de ce simple « renouveau » républicain, il y a de véritables propositions novatrices à chaque étape de son développement. Ce courant évolue donc en conservant des principes historiques et en les adaptant aux nécessités, aux problèmes nouveaux. Il ne s'agit pas de ressusciter une pensée antique, mais bien de proposer une lecture différente de ce que pourrait être le constitutionnalisme. Dans cette perspective il n'est pas évident que le constitutionnalisme soit intrinsèquement et exclusivement lié au libéralisme. Il faut prendre en compte l'existence d'un discours républicain moins centré sur la « sphère juridique destinée à toujours mieux protéger les droits des individus pour que ceux-ci puissent se consacrer pleinement à leurs activités privées⁸⁰ ». Au contraire, ce discours insiste sur la nécessité de participation politique – la vertu civique⁸¹ – et la recherche d'un bien commun non corrompus par des intérêts privés⁸². Ce néo-

⁷⁸ Un discours n'excluant toutefois pas totalement le recours au concept de droits. Sur ce point, voir C. HAMEL, *L'Esprit républicain. Droits naturels et vertu civique chez Algernon Sidney*, Paris, Garnier, 2011.

⁷⁹ D. BARANGER, « Le piège du droit constitutionnel. », *Jus Politicum*, n° 3, décembre 2009, p. 17, disponible en ligne à l'adresse : <http://www.juspoliticum.com/Le-piege-du-droit-constitutionnel.html>.

⁸⁰ S. AUDIER, « L'idée républicaine dans la pensée politique contemporaine », in P. BAQUIAST & E. DUPUY (dir.), *L'idée républicaine en Europe XVIII^e-XXI^e siècles. Histoire et pensée universelles, Europe*, Vol. 1 : *La République universelle*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 43.

⁸¹ Maurizio Viroli définit la vertu civique des citoyens comme : « leur disponibilité et leur capacité à servir le bien commun. La vertu civique est le fondement ou [...] l'esprit du gouvernement républicain » (M. VIROLI, *Républicanisme*, Paris, Le Bord de l'eau, 2011, p. 70).

⁸² *Ibid.*

républicanisme a permis aux États-Unis de s'interroger sur les origines de la Constitution américaine et donc sur les justifications philosophiques de son agencement institutionnel.

2) *Une perception renouvelée de l'origine de la constitution américaine*

Il est possible de déceler une origine républicaine à la naissance des États-Unis. C'est d'ailleurs tout le travail entrepris comme nous l'avons vu par Bernard Baylin, Gordon Wood et John Greville Agard Pocock. Des récurrences de thèmes et de vocabulaires républicains semblent apparaître au moment de la Révolution américaine. Ainsi, les notions républicaines d'intérêt général – ou de bien commun –, et la soumission des intérêts privés à celui-ci, sont présentes dans les débats de la Révolution d'outre-Atlantique⁸³. C'est là tout le paradoxe du nouveau républicain. Il réside dans la volonté des historiens qui, en vertu de leurs choix méthodologiques, insistent sur le contexte particulier dans lequel la pensée d'un auteur s'inscrit, et, dans le même temps, cherchent à déceler une paternité à travers différentes époques, voire à prolonger, comme le fait Quentin Skinner, la réflexion contemporaine. Leur réflexion est ainsi à la fois historique, puisqu'ils s'attardent particulièrement sur le contexte d'élaboration des œuvres juridiques et politiques, et, anhistorique, puisqu'en faisant le lien entre différents auteurs, ils en viennent à négliger les particularités historiques de chacune de ces pensées. Ainsi même si l'on peut observer des récurrences dans le vocabulaire utilisé, dans les thématiques abordées, il ne faut pas négliger, en vertu de cette réflexion sur la pensée contextualisée des auteurs, les problèmes précis rencontrés par les hommes à une période donnée.

Il n'y a donc pas une pensée républicaine unique mais bien une pluralité de discours républicains à travers les âges⁸⁴. Chaque auteur reprend tout ou partie de cet héritage conceptuel, mais le réactualise à chaque fois de sorte qu'aucune étape ne correspond vraiment à celle d'avant. La pratique de l'histoire permet de mettre à jour, d'expliquer et de comprendre la filiation des théories, par exemple des théories républicaines. Ainsi comme le souligne Denis Baranger, la théorie républicaine comme son vocabulaire sont renouvelés au moment de la Révolution américaine⁸⁵. À l'inverse il ne

⁸³ « Le sacrifice des intérêts individuels au bien supérieur du tout formait l'essence du républicanisme et constituait aux yeux des Américains le but idéaliste de leur Révolution », (G. S. WOOD, *La création de la république américaine, 1776-1787, op. cit.*, p. 89).

⁸⁴ C. LEFORT, *Écrire. À l'épreuve du politique*, Paris, Calmann-Lévy, 1992, p. 181-208 : Foyers du républicanisme.

⁸⁵ D. BARANGER, « Le piège du droit constitutionnel. », *Jus Politicum*, n° 3, décembre 2009, p. 17-18 : « J'inclinerai à en dire autant de l'idée de République telle qu'elle sera refondée au moment de la révolution américaine. Il se peut bien que cette refondation ait été rendue possible par la persistance d'un discours politique parallèle à celui du libéralisme, et dont J.G.A. Pocock a retracé l'histoire dans un ouvrage célèbre. Mais, d'un point de vue qui est peut-être plus spécifiquement celui de l'histoire constitutionnelle que de celui de l'histoire des idées politiques adopté dans le Moment Machiavélien, la nouveauté est flagrante. On retrouve là un thème tocquevillien : à certains moments, il faut

faut pas négliger la volonté de certains auteurs révolutionnaires de revendiquer un héritage républicain plus ancien⁸⁶. Ainsi, c'est essentiellement dans les écrits des anti-fédéralistes que se retrouve cet héritage républicain⁸⁷, s'appuyant à la fois sur des sources antiques parfois vulgarisées⁸⁸, mais aussi sur une radicalisation de la pensée *whig*⁸⁹. Un humanisme civique attiré par le modèle des petites républiques antiques et largement inspiré par la pensée de Rousseau et de Montesquieu. Puisque le gouvernement républicain n'est possible que dans des républiques de taille restreinte, les anti-fédéralistes ont recherché des garanties dans la séparation des pouvoirs. Cependant, ils reprochaient au projet de Constitution de trop insister sur les aspects non-démocratiques du régime⁹⁰. Les anti-fédéralistes auront une influence déterminante dans l'écriture de la Constitution notamment dans l'adoption du *Bill of Rights*⁹¹. L'influence de la pensée républicaine n'est donc pas négligeable pour l'histoire constitutionnelle au-delà même de la période fondatrice car comme le souligne Philippe Raynaud,

... le conflit entre « Fédéralistes » et « Républicains », qui s'exprime notamment par l'opposition entre Hamilton et Jefferson, est en fait fondé sur une reprise des mêmes problèmes, posés cette fois à partir de l'interprétation de la constitution⁹².

S'agissant de la Révolution américaine, le renouveau historiographique permet d'avoir une compréhension plus complète de la naissance de la constitution américaine et, à ce titre, d'améliorer notre connaissance de l'histoire constitutionnelle américaine. Ainsi, il est possible d'induire de cet exemple du néo-républicanisme, que les débats pouvant exister au sein de la

une science politique nouvelle pour une époque nouvelle. On relèvera que lorsque les auteurs du Fédéraliste recensent les matériaux de leur nouvelle "science de la politique" (*science of politics*), ils font état d'innovations constitutionnelles propres aux "temps modernes" : la distribution du pouvoir en départements distincts, l'introduction de *checks and balances* législatifs, le principe représentatif, le fédéralisme. Ce qui rénove dans un pareil cas la pensée du politique, ce sont les conditions intellectuelles présentes pour agencer de manière originale les institutions. On peut voir alors comment les mots changent de sens. Des acteurs politiques se trouvent à un moment donné en possession d'un matériel intellectuel qui leur permet de conférer une signification dotée d'une certaine force, d'une certaine autorité, à une dénomination donnée – ainsi de la République chez les révolutionnaires américains, qui devient synonyme de régime représentatif ».

⁸⁶ G. S. WOOD, *La création de la république américaine, 1776-1787*, op. cit.

⁸⁷ G. R. STONE et al., *Constitutional Law*, op. cit., p. 8-29 ; B. ACKERMAN, « Storrs Lectures: Discovering the Constitution », *Yale Law Journal*, vol. 93, 1984, p. 1013.

⁸⁸ G. S. WOOD, *La création de la république américaine, 1776-1787*, op. cit., p. 83.

⁸⁹ *Ibid.*, voir p. 35-55.

⁹⁰ G. R. STONE et al., *Constitutional Law*, op. cit., p. 14 et p. 19-24 ; P. RAYNAUD, *Trois révolutions de la liberté. Angleterre, Amérique, France*, Paris, PUF, 2009, p. 152-153 ; P. RAYNAUD, « L'idée républicaine et Le Fédéraliste », in F. FURET & M. OZOUF (dir.), *Le siècle de l'évènement républicain*, Paris, Gallimard, 1993, p. 57.

⁹¹ Pour les apports des anti-fédéralistes à la Constitution américaine voir notamment : G. R. STONE et al., *Constitutional Law*, op. cit., p. 8-29

⁹² P. RAYNAUD, *Trois révolutions de la liberté. Angleterre, Amérique, France*, op. cit., p. 158.

communauté scientifique des historiens, peuvent avoir une influence décisive sur l'histoire constitutionnelle, tant d'un point de vue épistémologique, que substantiel, quand bien même l'histoire constitutionnelle serait une discipline autonome. Outre cet apport pour l'histoire constitutionnelle, il est possible de déceler un apport, peut-être plus insoupçonné, pour la théorie constitutionnelle.

II. L'APPORT DE LA MÉTHODE HISTORIQUE À L'ÉTUDE DE LA THÉORIE CONSTITUTIONNELLE

Les controverses historiques peuvent également avoir un intérêt pour la théorie constitutionnelle. Les auteurs néo-républicains n'entendent pas, en effet, seulement faire œuvre historique, mais entendent utiliser ce renouveau républicain pour enrichir la philosophie politique et juridique. Ils ne font plus œuvre d'historien du droit mais de théoricien. Il nous revient alors d'étudier *historiquement* l'utilisation des arguments républicains, par une approche contextualiste, pour mettre en question ce courant. Ainsi la volonté de rattacher leurs théories à des théories plus anciennes montre l'intérêt argumentatif du recours à l'histoire pour la théorie du droit (A). Le risque pour la théorie du droit résiderait alors dans l'utilisation arbitraire des arguments historiques. Cet écueil est évité du fait de la soumission de ces arguments à l'exigence de réflexivité (B).

A. Un renouveau argumentatif

Il est possible, en prenant l'exemple du néo-républicanisme, de constater deux types d'utilisation des arguments historiques par la doctrine constitutionnaliste. D'une part, la doctrine utilise les arguments historiques pour interpréter au mieux le droit constitutionnel existant (1). D'autre part elle utilise les arguments historiques pour proposer des modèles théoriques alternatifs aux modèles théoriques dominants (2).

1) Une argumentation utile dans l'interprétation du droit constitutionnel

Ce renouveau républicain a permis une analyse de la jurisprudence de la Cour suprême à l'aune de la doctrine républicaine. C'est notamment le cas chez Franck Michelman⁹³. Comme le souligne Françoise Michaut :

On pourrait dire que Frank I. Michelman reprend le flambeau là où Mark Tushnet a abandonné : il y a bien, pour lui, la possibilité de défendre un constitutionnalisme américain lisible à la lumière d'une tradition républicaine, américaine, spécifique, qui commande aux tribunaux et tout

⁹³ Sur ce point voir F. I. MICHELMAN, « The Supreme Court 1985 Term. Foreword: Traces of Self-Government », *Harvard Law Review*, vol. 100, 1986, p. 4 ; F. I. MICHELMAN, « Law's Republic », *The Yale Law Journal*, 1988, vol. 97, p. 1493.

spécialement à la Cour suprême exerçant le contrôle de constitutionnalité, une certaine ligne de conduite.

Ainsi pour reprendre les termes de Franck Michelman lui-même :

On peut débattre des problèmes constitutionnels et imaginer de nouvelles perspectives doctrinales en discutant à propos de la mesure dans laquelle l'« opposé » a survécu et a eu une influence significative, détectable sur la Constitution, qui peut être invoquée honnêtement dans le travail d'interprétation⁹⁴.

Michelman a utilisé ce travail historique pour interpréter les décisions de la Cour mais aussi les opinions dissidentes de certains juges dans des affaires importantes⁹⁵. Ainsi, il est possible de considérer cette théorie du droit républicaine comme un originalisme alternatif⁹⁶ aux conceptions conservatrices ou libérales⁹⁷.

Ces controverses historiques permettent donc une meilleure compréhension de la jurisprudence, notamment pour révéler les présupposés théoriques des juges de la Cour suprême par exemple dans leurs opinions dissidentes ou concordantes. Ainsi il nous semble possible d'analyser les récentes décisions en matière de financement des campagnes électorales par la Cour suprême comme la répétition de ce conflit entre libéralisme et républicanisme. On peut en effet percevoir des argumentations qui peuvent être lues à l'aune de ce conflit. Cass R. Sunstein avait déjà succinctement étudié la question du financement des campagnes électorales à l'aune du républicanisme⁹⁸ s'agissant à l'époque de l'arrêt *Buckley v. Valeo* de 1976⁹⁹. Cet arrêt invalidait les plafonds de financement des campagnes électorales par les personnes privées fixés par une loi de 1971, au nom du « libre marché des idées politiques » (« *marketplace of political ideas* »), les financements de candidats et de campagnes étant considérés comme des moyens d'expression au sens du Premier Amendement. Cette jurisprudence a opté pour une conception stricte du Premier Amendement et de la démocratie, affirmant que « [l]a conception selon laquelle le gouvernement pourrait limiter l'expression de certaines parties de la société de façon à

⁹⁴ F. I. MICHELMAN, « The Supreme Court 1985 Term. Foreword: Traces of Self-Government », *Harvard Law Review*, 1986, vol. 100, p. 18.

⁹⁵ Dans son article de 1986 Franck Michelman part de la décision de la Cour suprême fédérale de 1986 *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503 (1986). Dans son article de 1988 il s'agit de la décision de la Cour suprême fédérale de 1986 *Bowers v. Hardwick*, (478 U.S. 186 (1986))

⁹⁶ C'est d'ailleurs le fondement de la réflexion de Bruce Ackerman, qui développe sa propre conception d'un « républicanisme libéral » à partir de sa lecture historique de la Constitution américaine et du Fédéraliste, qu'il oppose à l'originalisme conservateur d'une partie de la doctrine américaine. Sur ce point, voir : B. ACKERMAN, *Au nom du peuple. Les fondements de la démocratie américaine.*, Paris, Calmann-Lévy, 1998.

⁹⁷ C'est ce que fait Mark Tushnet par ailleurs: M. TUSHNET, « L'état actuel des études juridiques critiques aux États-Unis », *Archives de la philosophie du droit*, n° 44, 2000, p. 419.

⁹⁸ C. R. SUNSTEIN, « Beyond the Republican Revival », art. cit., p. 1576-1577.

⁹⁹ 424 U.S. 1 (1976).

renforcer le poids relatif d'autres voix est totalement étrangère au premier amendement¹⁰⁰ ».

Il nous semble possible de prolonger et d'amplifier la réflexion de Cass R. Sunstein pour les suites jurisprudentielles et législatives de cet arrêt, à savoir le *Bipartisan Campaign Reform Act* de 2002, et les arrêts *McConnell*¹⁰¹ et *Citizens United*¹⁰², le premier ayant validé la limitation des hypothèses d'utilisation de *soft money*, le second ayant invalidé la limitation du financement des campagnes par des personnes morales. Cet arrêt affirme, en effet, que les personnes morales sont des orateurs disposant des mêmes droits politiques que les personnes privées, et qu'il n'y a, dès lors, aucune raison de refuser leur contribution au financement des campagnes. Cela a eu pour effet concret de rendre licite le financement par des grandes entreprises des spots de publicité durant les campagnes électorales¹⁰³ dont l'utilisation était limitée par le *Bipartisan Campaign Reform Act*. Là encore comme le souligne Jeremy Waldron¹⁰⁴ en faisant référence à un livre de Louis Michael Seidman¹⁰⁵, cette décision pourrait être analysée à l'aune des doctrines libérales et républicaines. Ainsi Seidman et Waldron opposent l'« engagement libéral » en faveur de la liberté d'expression (« *Free Speech* ») et la recherche d'intégrité (« *integrity* ») des procédures électorales, à la recherche d'égalité dans la participation au gouvernement de soi par soi¹⁰⁶, en faisant notamment référence aux écrits de Philip Pettit. Par ailleurs, Charles Fried souligne une jurisprudence « d'inspiration

¹⁰⁰ « *The concept that government may restrict the speech of some elements of our society in order to enhance the relative voice of others is wholly foreign to the First Amendment* » (*Buckley v. Valeo*, trad. fr. in F. MICHAUT & F. I. MICHELMAN, *Le mouvement des Critical Legal Studies entre républicanisme et libéralisme*, op. cit., p. 59).

¹⁰¹ *McConnell v. F.E.C.*, 540 U.S. 93 (2003)

¹⁰² *Citizens United v. F.E.C.*, 130 S.Ct. 876 (2010)

¹⁰³ À propos de cet arrêt voir notamment : M. ROSENFELD & E. COHEN, « La Cour suprême des États-Unis, les sessions 2008-2009 et 2009-2010 : un clivage idéologique marqué dans l'interprétation de la Constitution », *RDP*, vol. 5, 2011, p. 1345.

¹⁰⁴ J. WALDRON, « Book Review: Never mind the constitution: *On Constitutional Disobedience* by Louis Michael Seidman », *Harvard Law Review*, vol. 127, n° 6, 2014, p. 1147.

¹⁰⁵ M. SEIDMAN, *On Constitutional Desobedience*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

¹⁰⁶ « *For example, Seidman cites the case of campaign finance laws (p. 100-01). A civic republican might well believe that the integrity of our electoral arrangements matters more than the liberal commitment to free speech, which the First Amendment upholds. Or she might believe in a version of free speech that treats it as "the right to engage in public self-government" (p. 100) on an equal basis and therefore dovetails with the idea of restrictions on campaign contributions by the wealthy (p. 100-01). Or perhaps she might believe that what matters above all is that the fraught issue of campaign finance be settled freely among the citizenry now, by their own decisions, rather than that it be settled for them by some constitutional authority.* », J. WALDRON, « Book Review: Never mind the constitution: *On Constitutional Disobedience* by Louis Michael Seidman », art. cit., p. 1155. S'agissant de la conception républicaine du « free speech », voir C. R. SUNSTEIN, *Democracy and the problem of free speech*, 1^{er} éd., Free press, 1995 ; pour une analyse critique de cette position voir B. K. LEMLEY, « Effectuating censorship: civic republicanism and the secondary effects doctrine », *John Marshall Law Review*, n° 35, 2002, p. 189.

profondément libérale » en matière de liberté d'expression¹⁰⁷. L'arrêt récent *McCutcheon et al. v. Federal Election Commission* du 2 avril 2014¹⁰⁸, permet, lui aussi, de prolonger la réflexion. Ainsi, l'opinion majoritaire du *chief justice* Roberts et l'opinion dissidente du *justice* Breyer mettent en exergue une tension importante entre la protection des droits et libertés, en l'espèce la liberté d'expression (« *free speech* ») qui s'exprime par les contributions pécuniaires procurées aux candidats, et la prévention des risques de corruption. Le thème de la lutte contre la corruption est d'ailleurs un thème central de la littérature républicaine. On peut voir dans cet arrêt l'opposition entre deux théories de la démocratie. Selon un premier point de vue, la démocratie se dissout dans la protection des droits de l'individu et l'interférence avec une considération étrangère est considérée comme suspecte. Cette première conception de la démocratie est défendue, de nos jours, par la majorité conservatrice de la Cour suprême. Cette conception est d'inspiration largement libérale puisqu'elle considère les droits avant tout comme des libertés négatives. À l'inverse, la conception défendue par Stephan Breyer et les juges minoritaires est une conception bien plus républicaine dans le sens où le Premier Amendement est considéré dans une perspective plus large de démocratie sensible (« *responsive* ») aux idées et aux pensées des individus¹⁰⁹ et où la limitation d'un droit n'est pas considérée par essence comme attentatoire à ce droit, sauf dans le cas où cette limitation peut entraîner une quelconque domination¹¹⁰. La doctrine républicaine permet donc encore à ce jour d'éclairer de façon nouvelle le droit positif américain.

¹⁰⁷ C. FRIED, « Liberté d'expression, liberté de pensée, libertés hors du droit? Deux décisions controversées de la Cour suprême des États-Unis », *Les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n° 36, 2012, p. 157.

¹⁰⁸ 576 U.S. (2014).

¹⁰⁹ Cela apparaît très clairement dans un passage de l'opinion dissidente du juge Breyer : « *The upshot is that the interests the Court has long described as preventing « corruption » or the « appearance of corruption » are more than ordinary factors to be weighed against the constitutional right to political speech. Rather, they are interests rooted in the First Amendment itself. They are rooted in the constitutional effort to create a democracy responsive to the people – a government where laws reflect the very thoughts, views, ideas, and sentiments, the expression of which the First Amendment protects. Given that end, we can and should understand campaign finance laws as resting upon a broader and more significant constitutional rationale than the plurality's limited definition of “corruption” suggests. We should see these laws as seeking in significant part strengthen, rather than weaken, the First Amendment. To say this is not to deny the potential for conflict between (1) the need to permit contributions that pay for the diffusion of ideas, and (2) the need to limit payments in order to help maintain the integrity of the electoral process. But that conflict takes place within, not outside, the First Amendment's boundaries.* ».

¹¹⁰ Nous utilisons les termes de Philip Pettit. Sur la distinction entre liberté comme non-domination et liberté comme non-interférence voir P. PETTIT, *Républicanisme: une théorie de la liberté et du gouvernement*, , *op. cit.*

2) Une argumentation utile dans la transformation du droit constitutionnel

L'utilisation de l'histoire peut également servir à la mise en forme de théories normatives que nous devrions rejeter si nous suivions l'épistémologie positiviste selon laquelle il faudrait séparer l'être et le devoir être. Ce qui est ne peut se confondre avec ce qui doit être, le but de la science du droit étant de décrire ce qui est, non de prescrire ce qui doit être. Toutefois il nous semble que certaines théories normatives peuvent servir à la meilleure compréhension et conceptualisation de nos systèmes juridiques. Ainsi comme le souligne Franck Michelman,

... dans les spécialités professionnelles du droit constitutionnel et de la théorie constitutionnelle aux États-Unis, le républicanisme apparaît aujourd'hui, dans un certain rôle, adapté au travail de chacune de ces spécialités. C'est un rôle de contre-idéologie, une vision politique, normative à opposer à la vision considérée comme ayant prédominé dans la pensée des Pères fondateurs et dans la Constitution qu'ils ont élaborée. Une telle vision qu'on oppose, si elle est suffisamment claire et cohérente, peut remplir un certain nombre de fonctions heuristiques et argumentatives, importantes pour les juristes constitutionnels¹¹¹.

Cette conception peut être difficile à comprendre dans un cadre français très influencé par une philosophie rationaliste et un penchant positiviste¹¹². Toutefois, dans le cadre doctrinal américain marqué par l'importance fondamentale du réalisme¹¹³ et, à partir des années 1980, de l'interdisciplinarité¹¹⁴, cette position d'ouverture peut se concevoir. Elle se comprend d'autant plus que F. Michelman se rattache aux *Critical Legal Studies*. Si seulement une partie des auteurs rattachée aux *CLS* s'est inscrite dans la dispute républicanisme *versus* libéralisme, il semble que les bases de la réflexion des *CLS* se retrouvent dans la pensée de F. Michelman et

¹¹¹ « *In the professional specialties of American constitutional law and theory, republicanism now appears in a certain role adapted to the work of those specialties. The role is that of a counter-ideology, a normative political vision to set against the vision believed to have predominated in the thought of the framers and in the Constitution they framed. Such a visionary 'opposite,' if reasonably clear and coherent, may serve a number of heuristic and argumentative functions important to constitutional lawyers* » (F. I. MICHELMAN, « The Supreme Court 1985 Term. Foreword: Traces of Self-Government », *Harvard Law Review*, art. cit., p. 17-18 (trad. fr. in F. MICHAUT & F. I. MICHELMAN, *Le mouvement des Critical Legal Studies entre républicanisme et libéralisme*, op. cit., p. 105). Comme le note Françoise Michaut, Franck Michelman ne nous renseigne en rien sur ce que peuvent être ces fonctions heuristiques et argumentatives.

¹¹² P. JESTAZ & C. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ « En substance, les 8800 professeurs de droit américains (ils étaient 2800 en 1960), qui investissent chaque trimestre près de 600 revues, ont formulé un nombre considérable de propositions dans la continuité historique du réalisme, devenu "post-réalisme". Et ils ont exploré tous les autres champs du savoir, – en même temps d'ailleurs que leur masse de manœuvre les incitait à avancer les théories les plus audacieuses, voire les plus farfelues pour sortir de l'anonymat... » P. JESTAZ & C. JAMIN, *La doctrine*, op. cit., p. 292 ; O. JOUANJAN, « Histoire de la science du droit constitutionnel », in M. TROPER & D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de Droit constitutionnel*, Tome 1 : *Théorie de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012, p. 69.

Cass R. Sunstein. L'héritage du réalisme juridique américain et des théories sociales européennes, ainsi que le questionnement sur le constitutionnalisme sont à la base de la réflexion des *CLS* sur le droit. La réactualisation du républicanisme n'est qu'une forme, parmi d'autres, prise par cette réflexion¹¹⁵.

Nous pouvons observer que ces théories normatives ne sont pas purement spéculatives mais répondent à des nécessités de la théorie du droit à un moment donné¹¹⁶. Ainsi comme le souligne Cass R. Sunstein, au départ, la philosophie du droit américaine est dominée par une idéologie largement libérale¹¹⁷, rattachée à une conception pluraliste de la démocratie¹¹⁸. C'est contre ce présupposé idéologique dominant au sein de la doctrine que s'érige ce *republican revival*. À cette époque en effet, comme le souligne Mark Tushnet¹¹⁹, le modèle libéral a failli dans l'explication de l'évolution du système constitutionnel américain, par exemple s'agissant de la résolution de la « difficulté contre-majoritaire¹²⁰ ». Ainsi le *republican revival* au sein de la doctrine constitutionnaliste américaine arrive à une époque, les années 1970 et 1980, où la Cour suprême s'engage dans un tournant conservateur avec la Cour Burger¹²¹ et

¹¹⁵ Pour une étude détaillée du lien entre *CLS*, républicanisme et libéralisme voir F. MICHAUT & F. I. MICHELMAN, *Le mouvement des Critical Legal Studies entre républicanisme et libéralisme*, op. cit. ; M. TUSHNET, « L'état actuel des études juridiques critiques aux États-Unis », *Archives de la philosophie du droit*, n° 44, 2000, p. 419.

¹¹⁶ C. R. SUNSTEIN, « Beyond the Republican Revival », art. cit., p. 1540 : « *But the importance of Madison for current constitutional controversy does not depend solely on the quality of Madison's thought. The fact that the American constitutional regime at its outset owed a great deal to republican thought is an important corrective to approaches that purport to speak for the American constitutional tradition, but proceed from pluralist premises or invoke prepolitical rights. Decisions about the nature and direction of a constitutional democracy cannot be made in the abstract and acontextually; they must appeal to reasons. Interpretation of the meaning of the relevant tradition is always an important method of social criticism; an understanding of inherited beliefs is an inevitable part of the project of constitutionalism. The future of American public law depends in significant part on the way that its tradition is understood – a theme highly congenial to republicanism. And the republican elements of the framers' thought deserve credit for helping to launch many reforms that were in retrospect highly desirable* ».

¹¹⁷ C. R. SUNSTEIN, « Beyond the Republican Revival », art. cit., p. 1540.

¹¹⁸ Le terme démocratie pluraliste a une connotation particulière aux États-Unis, elle recouvre certains présupposés théoriques du libéralisme, notamment l'idée de l'existence de droits pré-politiques, ainsi qu'une conception décisionniste de la démocratie, selon laquelle les opinions des citoyens sont constituées par leurs désirs subjectifs et ne peuvent être appréhendées sous un prisme rationnel.

¹¹⁹ M. TUSHNET, *Red, White, Blue*, Harvard, Harvard University Press, 1988 ; F. MICHAUT & F. I. MICHELMAN, *Le mouvement des Critical Legal Studies entre républicanisme et libéralisme*, op. cit., p. 19.

¹²⁰ L'expression est d'Alexander Bickel, elle désigne le problème que pose le contrôle de constitutionnalité des lois en tant qu'il oppose la volonté des juges à la volonté d'une majorité démocratiquement élue. Voir A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.

¹²¹ M. TUSHNET, « L'état actuel des études juridiques critiques aux États-Unis », art. cit., p. 422-423.

plus fondamentalement la Cour Rehnquist¹²². Ce tournant pose problème aux constitutionnalistes libéraux quant à leur appréhension du pouvoir du juge constitutionnel américain au sein de leurs modèles de démocratie pluraliste. Ainsi le problème semble être à la fois politique et scientifique. Le renouveau républicain permet d'apporter à la fois une grille de lecture du droit positif, et un modèle démocratique cohérent, normatif et hypothétique, en somme une hypothèse heuristique¹²³. Il a pu proposer un modèle divergent du modèle de démocratie constitutionnelle pluraliste. Ce dernier montrait ses limites à la fois politiques et idéologiques¹²⁴, mais aussi heuristiques puisqu'il ne permettait plus de comprendre pleinement le système constitutionnel américain. Ce modèle divergent se fonde sur certaines récurrences argumentatives au sein de la littérature républicaine, notamment l'accent mis sur des questions de bien commun, plutôt que sur des questions d'intérêts particuliers : l'idée de vertu civique, d'universalité plutôt que de particularité, l'insistance sur le concept de citoyenneté.

Cela rejoint par ailleurs les interrogations de Jean-Fabien Spitz sur la redécouverte du courant républicain en histoire des idées politiques qui, selon lui, a pu être le fruit d'une « insatisfaction politique¹²⁵ », laissant penser que les historiens écrivent l'histoire dont ils ont besoin au moment où ils l'écrivent¹²⁶. Cette approche est également décelable en philosophie politique où les travaux de Quentin Skinner, Philip Pettit, ou Jean-Fabien Spitz pour la France, réagissent face à un tropisme libéral important au sein de cette discipline. Dès lors, il ne nous semble pas possible de séparer l'utilisation d'arguments historiques des nécessités présentes de la doctrine, nécessités à la fois scientifiques et politiques. Dans ce cadre, l'invocation de l'histoire a deux effets. Elle permet à la fois d'avoir à disposition des

¹²²Cette Cour a été à l'origine d'une jurisprudence très dynamique mais au profit d'une interprétation conservatrice en totale opposition avec la période de la Cour Warren. À ce titre voir : D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 2006, p. 16) ; J. GICQUEL & J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, p. 298 : la Cour réductrice de William Rehnquist). Il existe une bibliographie importante sur l'impact de la Cour Rehnquist sur le système constitutionnel américain, à titre indicatif voir : T. R. HENSLEY, *The Rehnquist Court: Justices, Rulings, and Legacy (1986-2001)*, Santa Barbara, ABC-CLIO, 2004 ; M. TUSHNET, *A Court divided: the Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, New York City, W.W. Norton, 2005 ; C. M. BRADLEY, *The Rehnquist legacy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006 ; D. L. HUDSON, *The Rehnquist Court: understanding its impact and legacy*, Westport, Praeger Publishers, 2007.

¹²³ L'hypothèse heuristique se définit comme une hypothèse adoptée provisoirement comme idée directrice indépendamment de sa vérité absolue.

¹²⁴ C'est notamment à ce niveau que les principes fondateurs communs aux auteurs composant les *CLS* sont intéressants. Dans une appréhension téléologique des systèmes juridiques, les *crits* défendent une conception progressiste, voire « gauchiste » du droit, contre une conception ultralibérale et peu collective de la vie sociale. Voir F. MICHAUT & F. I. MICHELMAN, *Le mouvement des Critical Legal Studies entre républicanisme et libéralisme*, *op. cit.*

¹²⁵ J.G. POCOCK, *Le moment machiavélien*, *op. cit.*, p. XVI-XVII.

¹²⁶ « [...] tant il est vrai que les programmes historiographiques sont – dans le domaine des idées politiques du passé – liés aux questions politiques du présent. » (*ibid.*, préface p. VII).

arguments déjà éprouvés et de légitimer le propos du chercheur qui donne un poids plus important à sa pensée en l'inscrivant dans un héritage philosophique particulier¹²⁷. Le chercheur prétend alors que sa démarche théorique est anhistorique en établissant une paternité entre sa théorie, qui répond aux problèmes du présent, et des théories anciennes. Pourtant elle ne peut se comprendre qu'en étudiant le contexte, historique, social, linguistique dans lequel le chercheur l'établit, de sorte que sa théorisation est le fruit de l'histoire. Ainsi, lorsque Quentin Skinner se positionne non plus en historien mais en théoricien des idées politiques, il abandonne alors les présupposés de sa méthode contextualiste pour trouver une philosophie républicaine, avec des éléments de récurrences à travers les époques. Nous ne pouvons comprendre ce paradoxe¹²⁸ qu'en contextualisant nous-même la démarche de Skinner, qui en tant que philosophe politique répond aux déficiences de cette science dans l'époque à laquelle il se trouve¹²⁹.

Outre le fait de présenter un intérêt historique, la redécouverte d'un courant de pensée ancien répond avant tout aux problèmes rencontrés par la doctrine du présent. Elle met à disposition de la doctrine un réservoir d'arguments, susceptible d'être actualisé, mais lui donne également une autorité particulière en revendiquant une parenté qui dépasse et cache l'ancrage subjectif de ses théories. Cependant l'utilisation de ces arguments historiques par la doctrine n'est pas purement subjective, puisqu'ils sont soumis à l'exigence de réflexivité qui parcourt le champ disciplinaire dans lequel ils sont énoncés, en l'espèce la doctrine constitutionnaliste, et, plus largement, la doctrine juridique.

B. Un renouveau soumis à l'exigence de réflexivité

La réflexivité de la science du droit, c'est-à-dire sa capacité à réfléchir sur elle-même, à se prendre pour objet d'étude¹³⁰, permet de pallier les

¹²⁷ « Nous recherchons nos ancêtres au gré de ce que nous voulons affirmer dans le présent, nous nous forgeons des généalogies pour rendre nos discours respectables en montrant qu'ils sont les héritiers d'une tradition. En réalité, il ne s'agit pas seulement d'un souci de respectabilité : l'appel au passé vient tout simplement de ce qu'il nous offre des langages et des concepts pour dire ce que nous voulons dire ; sans l'appel au passé, nous resterions aphasiques, incapables de formuler ce qui nous préoccupe dans la réalité politique présente », in J.-F. SPITZ, *La liberté politique*, op. cit., p. 9.

¹²⁸ Sur le paradoxe similaire de la démarche de John Pocock, notamment concernant le concept de vertu, voir l'avant-propos de Denis Baranger à la version française de *Vertu, commerce, histoire* : J.G. POCOCC, *Vertu, commerce et histoire: essais sur la pensée et l'histoire politique au XVIIIe siècle*, op. cit., p. 1-14.

¹²⁹ Sur la distinction entre Skinner historien et Skinner philosophe et les paradoxes de sa démarche contextualiste voir : S. MARCOTTE-CHÉNARD, « Le contextualisme de Quentin Skinner à l'épreuve du cas Machiavel », art. cit.

¹³⁰ « Renvoyant au reflet, au réflexe ou à la réflexion de la pensée, le préfixe « re- » de la notion polysémique de la « réflexivité » indique toujours, d'une façon ou d'une autre, un retour du sujet sur l'objet par lequel le sujet se tourne vers ses propres opérations pour les soumettre à une analyse critique. Dans la mesure où ce retour implique le sujet de l'observation ou de la description dans l'observation ou la description elles-mêmes, la

lacunes de la subjectivité de l'utilisation des arguments historiques à laquelle elle a recours. Cette réflexivité est permise par l'utilisation d'un métalangage spécifique (1) et par l'intersubjectivité de la science du droit (2).

1) Une réflexivité par le métalangage de la science du droit

Le problème qui se pose est celui de l'objectivité des arguments historiques au sein de la science du droit. Ce problème se pose très clairement en théorie du droit. La représentation commune voudrait que la science du droit soit une science nomologique dès l'instant où elle s'évertue à dégager des invariants ou des constantes du type : « Le régime parlementaire est le régime dans lequel le Gouvernement est responsable devant la Chambre ». Cette aptitude à dégager de telles constantes semble faire défaut à la science historique qui est en réalité narrative¹³¹, même si elle a pu être considérée par certaines écoles comme nomologique¹³². Nous avons vu que l'invocation de l'histoire par la science du droit constitutionnel était essentiellement argumentative, ce qui pose le problème de l'objectivité de ces arguments, objectivité recherchée par la science. Cela pose plus généralement le problème de l'épistémologie du droit. Il est évident que dans une perspective positiviste inspirée du modèle des sciences de la nature, l'invocation d'arguments historiques est proprement fallacieuse. Attaché à la distinction être et devoir être, le juriste positiviste ne peut, sous peine de violer la loi de Hume, effectuer son travail d'historien qu'en décrivant ce que le droit a été, sans pouvoir en tirer de conclusion pour décrire le droit contemporain. Toutefois il nous semble nécessaire d'adopter une autre perspective. Celle selon laquelle l'objet de la science n'est pas de décrire mais de construire des lois permettant de comprendre, de rationaliser et de « se repérer¹³³ » dans le chaos observable. Cette perspective

réflexivité boucle la réflexion sur elle-même, que ce soit pour en assurer les conditions de possibilité (comme c'est le cas dans la tradition moderne, de Descartes et Kant jusqu'à Habermas) ou pour les saper (comme dans la tradition post-moderne, de Foucault jusqu'à Luhmann)... » (F. VANDENBERGHE, « Réflexivité », in S. MESURE et P. SAVIDAN (dir.), *Dictionnaire des sciences humaines*, Paris, PUF, 2006, p. 975).

¹³¹ P. RICŒUR, *Histoire et Vérité*, Paris, Seuil, 1955 ; P. RICŒUR, *Temps et récit*, Tome 1 : *L'intrigue et le récit historique*, Paris, Seuil, 1983 ; P. VEYNE, *Comment écrit-on l'histoire ?*, Paris, Seuil, 1996, p. 31). Pour une critique voir : M. DE CERTEAU, « Une épistémologie de transition : Paul Veyne », *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*, vol. 6, 1972, p. 1317 ; R. ARON, « Comment l'historien écrit l'épistémologie : à propos du livre de Paul Veyne », *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*, vol. 6, 1971, p. 1319.

¹³² Sur cette distinction entre histoire nomologique et histoire narrative voir notamment : P. RICŒUR, *Temps et récit*, Tome 1 : *L'intrigue et le récit historique*, op. cit.

¹³³ P. AMSELEK, *La part de la science dans les activités des juristes*, Paris, Dalloz, 1997, p. 337. : « Les outils mentaux ainsi construits ont pour fonction de permettre de se repérer dans les flux événementiels que la réalité déploie sous nos yeux, de les expliquer, c'est-à-dire littéralement de les dé-plier, de les démêler, d'y introduire mentalement de l'ordre, des ratios, de la rationalité ; par là nous est donné le pouvoir de contrôler les séquences du réel, d'anticiper ou d'interférer sur leur déroulement, de déclencher artificiellement la production de tel phénomène en réunissant les conditions de sa survenance, etc. »

subjectiviste et constructiviste, défendue par exemple par Paul Amselek, peut se traduire en philosophie du droit.

Cette démarche constructiviste se retrouve dans l'artificialisme et l'autonomie des théories du droit par rapport à l'objet qu'elles observent¹³⁴. Le scientifique part d'un chaos observable et reconstruit ce chaos à partir de théories. Ces théories sont construites artificiellement. Elles n'ont pas pour objet de décrire l'étant mais de proposer une grille de lecture. Dès lors, le métalangage de la science du droit crée un monde au-delà du monde sensible, permettant non pas de décrire des faits, des textes, ou des comportements mais de proposer une grille de compréhension de ces faits, textes et comportements. Dans ce cadre, les théories sont des représentations subjectives du monde réel, observables par le juriste. Nous pouvons qualifier cette approche de réalisme critique. Cette dernière, contrairement à une approche relativiste, ne remet pas en cause l'existence d'une réalité. Elle affirme cependant que la connaissance de cette réalité est multiple¹³⁵. Ainsi les théories du droit sont avant tout des représentations et des mises en ordres subjectives du monde sensible¹³⁶.

L'argument historique tient de cet effort de théorisation. Car l'histoire a elle aussi besoin de concepts et donc de théories, même « sans le savoir¹³⁷ ». Dès lors, l'histoire invoquée par un juriste, ne peut l'être que dans un cadre théorique déterminé. La limite de l'utilisation de ces arguments historiques est la théorie elle-même, puisque la théorie est composée d'énoncés analytiques, c'est-à-dire *in fine* de conventions de langages. Ces conventions de langages fixent le cadre dans lequel l'argument historique peut être invoqué. Dès lors, la théorie est première, elle se concrétise par la création de concepts permettant d'analyser l'histoire¹³⁸. Ainsi, pour reprendre le célèbre argument de Michel Troper, il n'est pas possible de parler de la Constitution de 1791 si nous n'avons pas préalablement admis l'existence d'un concept de Constitution¹³⁹. Ce concept théorique, que Michel Troper appelle métaconcept¹⁴⁰, est contemporain au travail de l'historien et non pas à l'époque qu'il décrit. Il y a donc un mouvement réciproque entre histoire et théorie : l'histoire n'est acceptée dans la science du droit qu'en vertu

¹³⁴ A. VIALA, *Philosophie du droit*, op. cit., p. 200.

¹³⁵ P. BASES, « Le réalisme critique », article disponible en ligne à l'adresse : <http://www3.unil.ch/wpmu/bases/2013/08/realisme-critique/#.U12EhFdTDgk>.

¹³⁶ A. VIALA, *Philosophie du droit*, op. cit..

¹³⁷ P. VEYNE, *L'inventaire des différences*, Paris, Seuil, 1976, p. 24.

¹³⁸ Cela renvoie à l'idée de « temps conceptualisé » de John Pocock : voir J.G. POCOCK, *Le moment machiavélien*, op. cit., p. 2. Pour une analyse de la démarche de Pocock voir l'avant-propos à l'édition française de *Vertu, commerce et histoire* par Denis Baranger : J.G. POCOCK, *Vertu, commerce et histoire: essais sur la pensée et l'histoire politique au XVIII^e siècle*, op. cit., p. 1-14.

¹³⁹ M. TROPER, « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 28, 2010, p. 4.

¹⁴⁰ Sur la distinction entre concept et métaconcept voir : M. TROPER, « Les concepts juridiques et l'histoire », in *Le droit et la nécessité*, op. cit., p. 255-264.

d'une approche théorique et l'histoire peut avoir pour objet des théories, comme le républicanisme par exemple. Cette réciprocité est mise en exergue par Pietro Costa notamment qui fait référence à « la nécessité de recourir à la théorie juridique du présent pour narrer l'histoire juridique du passé¹⁴¹ ». Ainsi, la théorie sera un instrument que le juriste adopte « pour interroger les textes du passé¹⁴² ». Or, les théories sont écrites à l'aide du métalangage du présent. C'est ce métalangage qui fait le pont entre l'objet étudié passé, son auteur et le sujet présent qui interprète. Le pari herméneutique réside dans l'idée selon laquelle l'historien peut rendre compte des spécificités du langage du passé à l'aide du métalangage du présent.

Dès lors, cette posture permettrait de résoudre le paradoxe inhérent à la démarche républicaine. Il ne s'agirait plus de faire l'histoire d'un concept, histoire impossible du fait de la tension entre historicité du moment et anhistoricité de la construction de la parenté historique. Mais bien d'utiliser le concept pour produire une lecture particulière de l'histoire¹⁴³. Il s'agit donc moins de comprendre le concept de République par son histoire mais bien plus de comprendre l'histoire de nos démocraties, du constitutionnalisme, des droits de l'homme par le concept de République. On peut ainsi considérer la République comme un « invariant » au sens que lui donne Paul Veyne. Pour lui, « l'invariant explique ses propres modifications historiques à partir de sa complexité interne ; à partir de cette même complexité, il explique aussi sa propre disparition¹⁴⁴ ». Il y a donc lieu de faire le lien entre la conception de Michel Troper précédemment décrite, et la méthodologie de Paul Veyne. Ce dernier nous invite en effet à théoriser l'histoire à l'aide de concepts¹⁴⁵ par « besoin d'intelligibilité scientifique¹⁴⁶ ». C'est la théorisation qui permet d'éviter l'écueil de la simple description qui reviendrait à répéter des mythes et des légendes plutôt que de les étudier. Comme le souligne Paul Veyne :

... même quand ils ne le savent pas, les historiens font de l'invariant, comme ils font de la prose. Car enfin, ils prétendent dire quelle fut la réalité des sociétés d'autrefois et ne se soucient pas de partager successivement les ignorances et les illusions que ces diverses sociétés se sont faites sur elles-mêmes. Un historien ne fait pas parler les Romains, les Tibétains ou les Nambikwara : il parle à leur place, il nous parle d'eux

¹⁴¹ P. COSTA, « Histoire, Théorie et Histoire des théories », in C. M. HERRERA & A. LE PILLOUER (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, op. cit., p. 19.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ C'est l'hypothèse émise par Denis Baranger à propos du concept de vertu, pierre cardinale de la pensée républicaine : « il n'y a pas d'histoire *du* concept qui soit possible, mais, par contre, il y a une intelligence possible de l'histoire *dans le* concept, telle que celui-ci éclaire les grands développements de la vie politique humaine » (in J.G. POCOCK, *Vertu, commerce et histoire: essais sur la pensée et l'histoire politique au XVIII^e siècle*, op. cit., p. 5).

¹⁴⁴ P. VEYNE, *L'inventaire des différences*, op. cit., p. 23.

¹⁴⁵ « L'exigence d'invariants est tout simplement l'exigence d'une théorie qui fournisse à l'histoire ses concepts et ses instruments d'explication » (*ibid.*, p. 22).

¹⁴⁶ *Ibid.*

et il nous dit quelles furent les réalités et les idéologies de ces peuples ; il parle sa langue, il ne parle pas la leur ; derrière les apparences et les mystifications, il voit la réalité. S'il nous parle du XX^e siècle, il prétendra dire la vérité sur le siècle actuel et ne pas en partager les leurres ; il ne parle pas le langage erroné de ses héros : il nous parle d'eux en un métalangage, celui de la vérité scientifique¹⁴⁷.

Par ailleurs, le concept permet paradoxalement d'individualiser. Il ne s'agit pas d'utiliser un concept totalisant. Le concept de République peut être restreint au concept de République américaine, ou florentine, etc. Les concepts peuvent permettre d'individualiser ou au contraire de généraliser une situation en fonction de l'histoire qu'entend raconter le juriste. Le métalangage ainsi utilisé permet une réflexivité de la science du droit, car il fixe les conventions de langage sur lesquelles porte la discussion. Ce métalangage spécifique permet également d'identifier les discours entrant dans le champ disciplinaire juridique. Le débat portera sur l'exercice de la science elle-même, c'est pourquoi il peut être qualifié de réflexif. En somme pour pouvoir se comprendre encore faut-il avoir un langage commun. Dans le cadre de la science du droit, les arguments historiques sont lissés par le métalangage juridique, ce métalangage étant la matrice nécessaire et préalable à tout exercice réflexif au sein d'un champ disciplinaire donné. Par ailleurs, cet exercice réflexif de la science du droit est facilité par l'intersubjectivité de cette dernière.

2) Une réflexivité garantie par l'intersubjectivité de la science du droit

La subjectivité de l'utilisation des arguments historiques et des constructions théoriques dans lesquelles ils s'inscrivent est également réduite par l'intersubjectivité de la science du droit. La réflexivité de la science du droit se produit donc par la confrontation des arguments, c'est-à-dire par son intersubjectivité.

Il nous semble que l'épistémologie historique se rapproche de l'épistémologie juridique en cela qu'elles sont des épistémologies dialogiques. Le tournant herméneutique, issu de l'*École de Cambridge*, en faisant de l'histoire un ensemble de textes, fait entrer dans l'épistémologie historique les problèmes d'interprétation et en cela rapproche cette épistémologie historique de l'épistémologie juridique. Ces deux disciplines ne peuvent prétendre à une connaissance empirique comme les sciences de la nature, car l'histoire comme le droit sont des sciences fondées sur l'interprétation¹⁴⁸. Cette nuance de taille n'est pas étrangère à l'épistémologie de Wilhelm Dilthey. Dilthey n'aura de cesse de combattre le positivisme de son époque en affirmant la spécificité des sciences de l'esprit par rapport aux sciences de la nature, les positivistes voulant réduire les méthodes des premières aux méthodes des secondes. Pour Dilthey,

¹⁴⁷ *Ibid.* p. 24-25

¹⁴⁸ P. RICEUR, *Histoire et Vérité*, Paris, Seuil, p. 195 ; P. COSTA, « Histoire, Théorie et Histoire des théories », in C. M. HERRERA & A. LE PILLOUER (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, op. cit., p. 19.

... ces sciences [de l'esprit] ont un tout autre fondement et une tout autre structure que celles de la nature. Leur objet se compose d'unités données, et non pas déduites, qui nous sont compréhensibles de l'intérieur ; ici, nous avons d'emblée un savoir, une *compréhension*, pour seulement ensuite, peu à peu, parvenir à une *connaissance*¹⁴⁹.

Dans ce cadre, l'histoire et les sciences de l'esprit ne sont pas réduites à la compréhension par opposition aux sciences de la nature qui serait le seul lieu de l'explication et de la connaissance, mais les premières ont la particularité d'articuler les deux mouvements, compréhension et explication. Les sciences de l'esprit se fondent sur des faits qui existent, mais ces faits ne peuvent pas uniquement s'expliquer, ils doivent se comprendre¹⁵⁰. C'est ainsi que nous comprenons l'expression de François Saint-Bonnet selon laquelle en histoire « il n'y a pas de bonnes méthodes, il y a de bons travaux¹⁵¹ ». Cela signifie à notre sens qu'on ne peut réduire l'entreprise historique, comme on ne saurait réduire l'entreprise juridique, à la stricte recherche d'une hypothétique méthode objective¹⁵². Le problème se situe dans le fait que nous ne pouvons pas non plus tomber dans l'écueil inverse de la subjectivité absolue de la démarche scientifique, sans quoi il ne serait pas possible de discriminer les arguments fallacieux des arguments recevables.

Ce n'est que par une méthode dialogique et intersubjective¹⁵³ que l'écueil de la subjectivité de la reconstruction historique peut être évité.

¹⁴⁹ Nous soulignons. W. DILTHEY, *Critique de la raison historique. Introduction aux sciences de l'esprit et autres textes. Recueil de textes*, Paris, Édition du Cerf, 1992, p. 270.

¹⁵⁰ Voir en ce sens, la juste définition de la méthode diltheyenne par Sylvie Mesure : « Toutefois, les phénomènes historiques, tout en partageant la soumission de la nature au déterminisme, sont aussi des phénomènes signifiants ; comme tels, ils évoquent l'idée d'une causalité intentionnelle, celle des acteurs sociaux dont il faudrait, pour cerner cette dimension du sens, reconstituer les choix, sédimentés dans l'historicité. Ce pourquoi, en tant que la réalité historique, effet de causes antécédentes, présente aussi des « effets de sens », la démarche cognitive devra articuler explication et compréhension : une approche compréhensive doit venir compléter l'investigation causale dès lors que l'objet ne relève pas seulement de la nature, mais s'inscrit dans ce que Dilthey désigna comme « monde de l'esprit » » (S. MESURE, « Dilthey, Wilhelm (1833-1911) », *Encyclopaedia Universalis*, disponible en ligne à l'adresse : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/wilhelm-dilthey/>).

¹⁵¹ F. SAINT-BONNET, « Regards critiques sur la méthodologie en histoire constitutionnelle. Les destinations téléologiques des options épistémologiques », art. cit.

¹⁵² En ce sens la pensée de Dilthey est très intéressante. Ainsi souligne-t-il : « J'ai peu confiance en une tentative pour déterminer à l'avance la méthode d'explication des faits historiques, même si c'est simplement dans ses traits les plus généraux, et cela dans toutes les branches de l'histoire. Si un couteau est aiguisé, c'est en coupant qu'on l'éprouve le mieux. La fécondité d'une méthode ne peut finalement être établie que par la manière dont elle rend possibles des découvertes », W. DILTHEY, *Sur l'étude de l'histoire des sciences humaines et politiques*, 1875, in W. DILTHEY, *Critique de la raison historique. Introduction aux sciences de l'esprit et autres textes. Recueil de textes, op. cit.*, p. 55-56.

¹⁵³ P. RICŒUR, *Histoire et Vérité, op. cit.*. Les travaux de Ricœur ont largement été influencés par ceux de Dilthey qui à partir de ses réflexions sur la spécificité des sciences de l'esprit a abouti à une compréhension herméneutique des sciences de l'esprit et de l'histoire permettant de pallier la potentielle subjectivité de la compréhension historique. À

Cette méthodologie dialogique va permettre d'écarter les interprétations historiques fantaisistes. Le critère de scientificité en droit comme en histoire sera le contrôle de la communauté scientifique sur elle-même. L'objectivité de la science naîtra de la confrontation d'opinions argumentées au sein de la communauté scientifique, car le juriste ne peut faire de la science tout seul. Ce contrôle influera sur la forme du travail du juriste, qui devra défendre un point de vue argumenté, fondé sur des décisions de justice, des textes juridiques, des auteurs pour donner plus de gage à sa construction¹⁵⁴. L'argument historique fait partie intégrante de cette construction. Faire de l'histoire constitutionnelle revient donc à faire de la théorie du droit d'une façon différente. Il s'agit de produire une construction, de créer l'ordre à partir du désordre, tout en argumentant suffisamment cette construction pour lui donner un gage de scientificité. Il ne s'agit donc pas pour celui qui veut utiliser un argument historique de prétendre à l'objectivité de sa démarche, il s'agit pour lui de faire apparaître ses choix méthodologiques qui détermineront l'histoire qu'il veut écrire¹⁵⁵, et de produire cette histoire sous forme d'argumentation afin que cette argumentation soit réfutable. Dès lors, l'histoire ne peut être invoquée par la doctrine que sous la forme d'arguments au service d'une théorie qui demeure, chemin faisant, soumise à l'intersubjectivité de la démarche scientifique.

Cette épopée historico-théorique pourrait, dans une certaine mesure, servir la doctrine française. Certes les auteurs républicains n'ont pas accordé une grande part de leurs études à la Révolution française¹⁵⁶. Toutefois, le développement de la théorie normative de la liberté comme non-domination¹⁵⁷, ainsi qu'une étude comparative de la doctrine constitutionnaliste américaine, pourrait être utile à la doctrine française. Le républicanisme permettrait tout d'abord de mieux appréhender l'origine et les ambivalences philosophiques de certains grands textes français, notamment de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Ensuite, cette grille de lecture serait pertinente dans la compréhension de notre Constitution, et des interprétations susceptibles d'être invoquées par le Conseil constitutionnel. Ainsi, il semble possible de proposer une lecture,

ce titre voir : W. DILTHEY, *L'édification du monde historique dans les sciences de l'esprit*, Paris, Éditions du Cerf, 1988, p. 105 sq.

¹⁵⁴ Ainsi, François Saint-Bonnet parle de souci scientifique des historiens du XVIII^e siècle en ces termes : « Souci scientifique au sens où l'on renvoie aux textes pertinents dans des notes infrapaginales désormais nombreuses ou dans des citations identifiées et non au sens où l'on aurait la volonté d'être objectif. » (F. SAINT-BONNET, « Regards critiques sur la méthodologie en histoire constitutionnelle. Les destinations téléologiques des options épistémologiques », art. cit.).

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ La raison principale étant que la Terreur aurait discrédité l'apport de la Révolution française, incapable de fonder un régime stable. À ce titre, il est possible de se référer à Jean-Fabien Spitz dans la préface de l'édition française du *moment machiavélien*, J.G. POCOCCO, *Le moment machiavélien*, op. cit., p. XLIII sq.).

¹⁵⁷ P. PETTIT, *Républicanisme: une théorie de la liberté et du gouvernement*, op. cit. ; J.-F. SPITZ, *Le moment républicain en France*, Paris, Gallimard, 2005.

fondée sur l'opposition entre libéralisme et républicanisme, d'une partie de la jurisprudence du Conseil. Par exemple, sa jurisprudence en matière de pluralisme des courants d'expression socioculturels¹⁵⁸, se prête, semble-t-il, à une lecture républicaine. Encore faudrait-il que le contexte actuel d'étude de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, et du droit constitutionnel français en général, appelle l'émergence d'un courant républicain, qui pourrait répondre à certaines insatisfactions épistémologiques de la science du droit constitutionnel. En effet, les relectures républicaines du droit constitutionnel américain ont prouvé qu'elles ne sauraient mieux prétendre s'approcher de la vérité qu'une lecture libérale. C'est la rencontre des différents discours et des différentes argumentations qui produit une avancée scientifique, tant au regard des méthodes que du contenu du savoir. Pour comprendre quel type de lecture historique est invoqué – libérale ou républicaine –, il faut s'enquérir du contexte scientifique dans lequel s'inscrit l'historien ainsi que des nécessités présentes qui l'ont conduit à faire appel à des théories anciennes. Dès lors, en tant que juriste, prendre au sérieux l'histoire, c'est avant tout prendre au sérieux le contexte intersubjectif dans lequel l'histoire est écrite.

Thibault Carrère est doctorant en droit public et A.T.E.R. à l'Université de Montpellier.

¹⁵⁸ En refusant d'appliquer cet objectif de valeur constitutionnelle à d'autres domaines que la politique et les médias, le Conseil constitutionnel semble refuser toute idée de pluralisme politique. Il semble ainsi rejeter une conception pluraliste de la démocratie, conception à laquelle les constitutionnalistes républicains américains s'opposent. Cons. Const. n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe [Associations familiales]*, JO du 29 mai 2010 p. 9730, *Rec.* p. 97, Cons. 8. Les requérants invoquaient la violation du pluralisme des courants de pensées et d'opinion dans le cadre de la représentation des associations familiales auprès des pouvoirs publics. Le Conseil constitutionnel a tranché en arguant que : « Considérant, en second lieu, que la disposition législative contestée n'est relative ni à la vie politique ni aux médias ; que, par suite, le grief tiré de la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle du pluralisme des courants de pensées et d'opinions est, en tout état de cause, inopérant ». La même logique était à l'œuvre s'agissant des associations sportives : Décision n° 2004-507 DC du 9 décembre 2004, *Loi portant diverses dispositions relatives au sport professionnel*, JO du 16 décembre 2004, p. 21290, *Rec.* p. 219, Cons. 24.