UNIVERSITÉ DE LORRAINE

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4
Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10
http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php
http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm

Université de Nancy 2

Recherches sur la catégorie juridique de constitution et son adaptation aux mutations du droit contemporain

Thèse

en vue de l'obtention du grade de

Docteur en droit
(doctorat nouveau régime – mention droit public)

présentée et soutenue publiquement le 20 novembre 2009

par Yann Laurans

Membres du jury

Pierre Brunet
Professeur de droit public à l'Université de Paris X-Nanterre, rapporteur.

Olivier Cayla
Directeur d'études à l'EHESS.

Jean-Denis Mouton
Professeur de droit public à l'Université de Nancy 2.

Stéphane Pierré-Caps
Professeur de droit public à l'Université de Nancy 2, directeur de thèse.

Alexandre Viala
Professeur de droit public à l'Université de Montpellier I, rapporteur.

La faculté n’entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans la thèse, celles-ci devant être considérées comme propres à leur auteur.

CORPS ENSEIGNANT DE LA FACULTE DE DROIT, SCIENCES ECONOMIQUES ET GESTION – ANNEE UNIVERSITAIRE 2008-2009

Doyen M. Cachard Olivier

Doyens honoraires MM. Tallon, Gross, Jacquet, Criqui

Professeurs émérites

M. Vitu	Professeur de droit pénal
M. Charpentier	Professeur de droit public
M. Jacquet	Professeur de droit public
M. Coudert	Professeur d'histoire du droit
Mme Gay	Professeur d'histoire du droit
M. Borella	Professeur de droit public
Mme Marraud	Professeur de droit privé
M. Gross	Professeur de droit privé

Professeurs

M. Ray Jean-Claude	Professeur de sciences économiques
M. Seurot François	Professeur de sciences économiques
M. Seuvic Jean-François	Professeur de droit privé
M. Mouton Jean-Denis	Professeur de droit public
M. Jacquot François	Professeur de droit privé
M. Criqui Etienne	Professeur de science politique
M. Billoret Jean-Louis	Professeur de sciences économiques
M. Pierré-Caps Stéphane	Professeur de droit public
M. Gartner Fabrice	Professeur de droit public
M. Eboue Chicot	Professeur de sciences économiques
M. Maziau Nicolas	Professeur de droit public
M. Dereu Yves	Professeur de droit privé
M. Bismans Francis	Professeur de sciences économiques
M. Astaing Antoine	Professeur d'histoire du droit
M. Stasiak Frédéric	Professeur de droit privé
M. Cachard Olivier	Professeur de droit privé
M. Gry Yves	Professeur de droit public
M. Lambert Thierry	Professeur de droit privé
M. Henry Xavier	Professeur de droit privé
M. Plessix Benoît	Professeur de droit public
Mme Spaeter-Loehrer Sandrine	Professeur de sciences économiques
M. Tafforeau Patrick	Professeur de droit privé
M. Parent Antoine	Professeur de sciences économiques
M. Perreau-Saussine Louis	Professeur de droit privé
Mme Tuffery-Andrieu Jeanne-Marie	Professeur d'histoire du droit
Mme Gramain Agnès	Professeur de sciences économiques
M. Foncel Jérôme	Professeur de sciences économiques
M. Petit Yves	Professeur de droit public
Mme Goldie-Genicon Charlotte	Professeur de droit privé

Mme Marino Laure	Professeur de droit privé

Maîtres de conférences

M. Bourgaux Claude	Maître de conférences de droit privé
M. Pellissier Dominique	Maître de conférences de sciences éconimiques
Mme Chardin France	Maître de conférences de droit privé
M. Germain Eric	Maître de conférences de droit public
M. Luisin Bernard	Maître de conférences de droit public
Mme Mansuy Francine	Maître de conférences de droit privé
M. Venandet Guy	Maître de conférences de droit privé
Mme Tillement Geneviève	Maître de conférences de droit privé
Mme Ganzer Annette	Maître de conférences de droit privé
M. Olivier Laurent	Maître de conférences de science politique
M. Dieller Bernard	Maître de conférences de sciences économiques
M. Guigou Jean-Daniel	Maître de conférences de sciences économiques
M. Gasser Jean-Michel	Maître de conférences de droit privé
Mme Jankeliowitch-Laval Eliane	Maître de conférences de sciences économiques
M. Aimar Thierry	Maître de conferences de sciences économiques
Mme Kuhn Nicole	Maître de conférences de droit public
Mme David-Balestriero Véronique	Maître de conférences de droit privé
Mme Etiennot Pascale	Maître de conférences de droit privé
Mlle Barbier Madeleine	Maitre de conférences d'histoire du droit
M. Andolfatto Dominique	Maître de conférences de science politique
Mme Deffains Nathalie	Maître de conférences de droit public
Mme Sierpinski Batyah	Maître de conférences de droit public
M. Moine André	Maître de conférences de droit public
Mlle Lebel Christine	Maître de conférences de droit privé
Mlle Le Guellaf Florence	Maître de conférences d'histoire du droit
M. Py Bruno	Maître de conférences de droit privé
M. Evrard Sébastien	Maître de conférences d'histoire du droit
M. Fenoglio Philippe	Maître de conférences de sciences économiques
Mme Bourreau Dubois Cécile	Maître de conférences de sciences économiques
Mlle Gardin Alexia	Maître de conférences de droit privé
M. Klotgen Paul	Maître de conférences de droit privé
Mme Derdaele Elodie	Maître de conférences de droit public
M. Damas Nicolas	Maître de conférences de droit privé
M. Gicquel Jean-François	Maître de conférences d'histoire du droit
Mme Lelievre Valérie	Maître de conférences de sciences économiques
M. Prevot Jean-Luc	Maître de conférences de sciences économiques
M. Weber Jean-Paul	Maître de conférences de sciences économiques
Mme Chaupain-Guillot Sabine	Maître de conférences de sciences économiques
M. Chopard Bertrand	Maître de conférences de sciences économiques
Mlle Pierre Nathalie	Maître de conférences de droit privé
M. Pierrard Didier	Maître de conférences de droit public
Mme Houin-Bressand Caroline	Maître de conférences de droit privé
M. Ziane Ydriss	Maître de conférences de sciences économiques
M. Gabuthy Yannick	Maître de conférences de sciences économiques
Mlle Blairon Katia	Maître de conférences de droit public
M. Ferey Samuel	Maître de conférences de sciences économiques
M. Muller François	Maître de conférences de droit public

Mlle Aballea Armelle	Maître de conférences de droit public
M. Thierry Jean-Baptiste	Maître de conférences de droit privé
Mlle Dubuy Mélanie	Maître de conférences de droit public

Maîtres de conférences associés

M. Ferry Frédéric	Maître de conférences de droit privé
Mme Moukha Stéphane	Maître de conférences de droit privé
M. Gaudel Pierre-Jean	Maître de conférences de droit public
M. Guenot Jacques	Maître de conférences de droit privé
M. Gregoire Christian	Maître de conférences de sciences économiques
M. Bernardeau Ludovic	Maître de conférences de droit privé

Assistants – PRAG

M. Eckersley David	Assistant d'anglais
M. Lovat Bruno	PRAG de mathématiques
Mme Diehl Christel	PRAG d'anglais
M. Perrin Yves	PRAG d'économie et gestion

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à exprimer ma profonde reconnaissance au Professeur Pierré-Caps qui a accepté de diriger ce travail. Son soutien constant et ses précieux conseils ont été déterminants mener à bien ce projet.

Je remercie également les Professeurs Brunet, Cayla, Mouton et Viala pour avoir bien voulu faire partie du jury de soutenance et le Professeur Viala pour avoir nourri ma réflexion.

J'adresse aussi mes remerciements au personnel des bibliothèques universitaires de Nancy pour leur aide essentielle et leur professionnalisme.

Je souhaite enfin remercier mes proches pour leur patience et leurs encouragements durant ces années de thèse.

LISTE DES ABREVIATIONS

AFDI	Annuaire français de droit international
AFHIP	Association française des historiens des idées politiques
AIDC	Association internationale de droit constitutionnel
AIJC	Annuaire international de justice constitutionnelle
AJDA	Actualités juridiques – Droit administratif
AJIL	*American Journal of International Law*
AOC	Appellation d'origine contrôlée
APD	Archives de philosophie du droit
BYBIL	*British Yearbook of International Law*
CCC	Cahiers du Conseil constitutionnel
CDE	Cahiers de droit européen
CE	Conseil d'État
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier.
CEDECE	Commission pour l'étude des Communautés européennes
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CIJ	Cour internationale de justice
Civ. Eur.	*Civitas Europa*
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CMLR	*Common Market Law Review*
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
CPJI	Cour permanente de justice internationale
CUP	*Cambridge University Press*
CURAPP	Centre universitaire de recherche sur l'action publique et la politique
D	Recueil Dalloz
DA	Droit administratif
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
EJIL	*European Journal of International Law*
ELJ	*European Law Journal*
ELR	*European Law Review*
EUI	*European University Institute*
FAO	*Food and agriculture organization*
FIDE	Fédération internationale pour le droit européen
FMI	Fond monétaire international
HLR	*Harvard Law Review*
HUP	*Harvard University Press*
ICLQ	*International and Comparative Law Quarterly*
ICON	*International Journal of Constitutional Law*
JCMS	*Journal of Common Market Studies*
JCP	Juris-classeur périodique – La Semaine juridique
JDI	Journal du droit international
JSLC	Journées de la Société de législation comparée
JT	Journal des tribunaux
JTDE	Journal des tribunaux – Droit européen
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LGF	Librairie générale française

LPA	Les petites affiches
LQR	*Law Quarterly Review*
MLR	*Modern Law Review*
NoFo	*No Foundations – The Journal of Extrem Legal Positivism*
OJLS	*Oxford Journal of Legal Studies*
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONU	Organisation des Nations Unies
OUP	*Oxford University Press*
PU	Presses universitaires
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUB	Presses universitaires de Bruxelles
PUF	Presses universitaires de France
PUG	Presses universitaires de Grenoble
PUR	Presses universitaires de Rennes
PUS	Presses universitaires de Strasbourg
PUSST	Presses de l'université de sciences sociales de Toulouse
RAE	Revue des affaires européennes
RBDI	Revue belge de droit international
RCADC	Recueil des cours de l'Académie de droit constitutionnel
RCADE	Recueil des cours de l'Académie de droit européen
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international
RDP	Revue du droit public et de la science politique
RDS	Revue de droit suisse
RDUE	Revue du droit de l'Union européenne
Rec.	Recueil
Rev. adm.	Revue administrative
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RFSP	Revue française de science politique
RGDIP	Revue générale de droit international public
RHDFE	Revue historique de droit français et étranger
RHFDSJ	Revue d'histoire des facultés de droit et des sciences juridiques
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIEJ	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RJEP	Revue juridique de l'économie publique
RMCUE	Revue du Marché commun et de l'Union européenne
RMM	Revue de métaphysique et de morale
RRJ	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
S	Recueil Sirey
SCR	*The Supreme Court Review*
SFDI	Société française de droit international
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne
ULB	Université libre de Bruxelles
UNESCO	*United Nations educational, scientific and cultural organization*
YEL	*Yearbook of European Law*

SOMMAIRE

Introduction 17

Partie I : La catégorie dogmatique de constitution 93
Titre I : La difficile identification de la constitution en tant que norme positive 97
Titre II : La règle constitutive, vecteur de la compréhension de l'adaptation de la constitution 239
Conclusion de la première partie 373

Partie II : La catégorie théorique de constitution 377
Titre I : Présentation critique des critères classiques de la catégorie théorique de constitution 381
Titre II : L'adaptation de la catégorie théorique de constitution 539
Conclusion de la deuxième partie 731

Conclusion générale 733

Bibliographie générale 739

Index 955

Table des matières 961

INTRODUCTION

L'important travail de théorisation entamé dans les années 1980 et achevé par deux célèbres articles publiés en 1990[1] a semblé un temps mettre fin aux incertitudes entourant la notion de constitution dans la doctrine française. Les débats anciens sur sa disparition[2] ou sur la réduction de la constitution à la loi[3] paraissaient dépassés par l'évolution doctrinale induite par la juridictionnalisation croissante du droit constitutionnel. L'étude du concept même de constitution devait alors logiquement être délaissée au profit d'approches plus concrètes ou remplacée par des travaux abstraits sur la justice constitutionnelle.

En réalité, la doctrine postérieure a emprunté une toute autre direction. La réflexion conceptuelle consacrée à la constitution a connu un véritable regain en raison du défi représenté par l'internationalisation du droit. En effet, le droit contemporain est marqué par un renforcement considérable des relations entre les droits international et communautaire[4] et le droit interne, y compris le droit constitutionnel. Cette mutation est caractérisée par la combinaison de multiples phénomènes allant de l'accentuation de la tendance historique à l'ouverture accrue des ordres juridiques nationaux au droit international[5] à l'émergence d'organisations internationales aux fonctions de plus en plus importantes, en passant par l'apparition de normes internationales dans des sujets traditionnellement délaissés par le droit international public[6]. Elle a déclenché des interrogations sur le concept de constitution chez les internationalistes et les communautaristes qui ont finalement atteint les spécialistes du droit interne. Face aux hésitations sur l'existence d'une ou plusieurs constitutions

---

[1] FAVOREU Louis, « Le droit constitutionnel : droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC* 1990, p. 71-89 et ROUSSEAU Dominique, « Une résurrection : la notion de constitution », *RDP* 1990, p. 5-22. Malgré quelques divergences et des styles très différents, ces deux articles esquissent les caractéristiques fondamentales de la nouvelle conception française de la constitution : une constitution incontestablement juridique et protégée par un juge, qui donne ses fondations à l'ensemble du système juridique et garantit l'État de droit.

[2] Dans un fameux article, Georges Burdeau annonçait ainsi la « déchéance [du] concept de constitution » qui n'était plus qu'un « temple allégorique habité par des ombres » (« Une survivance : la notion de Constitution », *in L'évolution du droit public. Études en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 55 et 62).

[3] Pour un exemple typique, voir CARRÉ DE MALBERG Raymond, *La loi : expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, notamment p. 103, 111 et 119. Notons pour être précis que l'auteur ne rejette pas le concept de constitution mais estime qu'il n'a aucune place en droit français.

[4] Nous ne nous engageons pas à ce stade sur l'épineuse question du caractère international du droit communautaire. Ce point sera abordé dans le dernier chapitre de la deuxième partie.

[5] Ce mouvement est ancien puisqu'il a déjà pu être souligné à propos des constitutions « rationalisées » élaborées dans les années 1920 (MIRKINE-GUETZÉVITCH Boris, « Les nouvelles tendances du droit constitutionnel », *RDP* 1928, p. 49) puis dans celles qui ont suivi le second conflit mondial (pour un bilan, voir par exemple CASSESE Antonio, « Modern Constitutions and International Law », *RCADI* 1985-III, p. 331-476). Il tend toutefois à s'accélérer, particulièrement dans les États membres de l'Union européenne. Pour quelques exemples de révisions constitutionnelles réalisées dans ce cadre, voir DE BERRANGER Thibaut, *Constitutions nationales et construction communautaire*, Paris, LGDJ, 1995, 564 p. ou RIDEAU Joël (dir.), *Les États-membres de l'Union européenne : adaptations, mutations, résistances*, Paris, LGDJ, 1997, 540 p.

[6] Nous pensons notamment ici à la multiplication des normes internationales, aussi bien conventionnelles que coutumières voire unilatérales, portant sur les droits de l'homme et sur le mode de gouvernement des États.

internationales ou européennes, la doctrine a parfois proposé de redéfinir la constitution[1] et a en tout cas recommencé à s'interroger sur l'usage qu'il convient de faire de ce terme[2]. Les certitudes apparentes du début des années 1990 n'ont finalement permis qu'une stabilité précaire, vite remplacée par de nouveaux questionnements. Leur légitimité n'est pas contestée car il règne une forme de consensus sur le caractère significatif de l'acquisition d'une qualité constitutionnelle par des normes inter-étatiques au regard de la transformation qu'elle marquerait pour le droit constitutionnel comme corps de règles et comme discipline.

Cette unanimité a mené à de nouveaux efforts théoriques qui ne visent pas simplement à éclairer la notion classique de constitution mais portent aussi sur la nécessité et l'opportunité de son adaptation aux mutations actuelles du droit[3]. Des questions inédites se posent en effet, puisque l'on sort du cadre purement national qui a toujours caractérisé les constitutions. Dans ce contexte, l'idée d'adaptation renvoie tout d'abord au changement de la notion même de constitution, éventuellement nécessaire pour rendre compte de la variation du droit contemporain. Elle couvre ensuite la survenance de nouvelles constitutions qualitativement différentes des normes usuellement considérées comme constitutionnelles, même si elle intervient sans transformation du concept de constitution. Ce dernier cas de figure concerne évidemment l'hypothèse de normes internationales répondant aux conditions habituellement exigées des normes constitutionnelles. Cependant, il est tentant de croire que ce débat appartient désormais au passé. L'adoption d'un projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe l'avait mené à son apogée, du moins si l'on se fie au nombre d'études qui lui étaient consacrées. De ce fait, l'échec final de ce projet et le retour de la construction européenne à une sorte de modestie sémantique aurait pu déboucher sur son recul, voire sa disparition. Toutefois, l'idée de constitutionnalité inter-étatique préexistait au projet de traité rejeté par les référendums de 2005. Elle ne s'est jamais limitée à l'émergence d'un acte international unique revendiquant clairement une qualité constitutionnelle. Au contraire, le traité établissant une Constitution pour l'Europe a parfois été considéré comme une trahison

---

[1] Comme nous le verrons, cette idée est extrêmement répandue dans la doctrine communautaire. Pour un exemple, voir MICHEL Valérie et BOUVERESSE Aude, « La notion de constitution », *in* CONSTANTINESCO Vlad, GAUTIER Yves et MICHEL Valérie (dir.), *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Strasbourg, PUS, 2005, p. 52.

[2] Le meilleur exemple de cette attitude est la place laissée à des contributions générales portant sur le concept même de constitution dans les colloques et ouvrages collectifs consacrés au thème de la constitution européenne. Outre l'article cité à la note précédente, l'on peut relever deux articles qui partagent le titre évocateur « Qu'est-ce qu'une constitution ? » écrits par les professeurs Aubert (*in* KADDOUS Christine et AUER Andreas (dir.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 107-114) et Pini (*RAE* 2001-2002/6, p. 655-658).

[3] La construction européenne est ainsi souvent présentée comme l'occasion de proposer une révision générale des concepts de la science du droit construits dans le cadre étatique. En ce sens, voir SNYDER Francis, « Editorial : Ratification, the European Union Constitution and European Union Legal Scholarship », *ELJ* 2005, p. 259 et TROPER Michel, « L'Europe et les principes », *Droit et Société* n°20-21/1992, p. 259. Notons que le concept de constitution est mentionné dans le second article.

de l'originalité du constitutionnalisme post-moderne qui caractériserait la sphère internationale[1]. Ce serait donc une erreur de réduire l'adaptation de la constitution à une telle hypothèse et d'abandonner les recherches à ce sujet en raison du caractère improbable de sa réalisation dans un futur prévisible. Surtout, les problèmes théoriques rencontrés lors de l'analyse du traité de 2004 sont révélés, et non pas créés, par ce traité. Si nous sommes incapables de concevoir l'idée même de constitution internationale, ou en tout cas s'il existe des désaccords fondamentaux à ce propos, le fait que les situations ayant démontré l'existence de cette incapacité ou de ces désaccords n'aient pas vocation à se reproduire ne change rien aux imperfections ou à l'imprécision de la notion de constitution que nous utilisons.

Les réflexions consacrées à l'internationalisation du concept de constitution ont justement été marquées par l'apparition de fortes divergences et par l'adoption de positions apparemment inconciliables sur la notion de constitution. Par exemple, il a pu être soutenu que l'Union européenne avait déjà une constitution[2], qu'elle connaissait un processus de constitutionnalisation[3] ou qu'elle était incapable de se doter d'une constitution en l'état actuel des choses[4] mais aussi que le traité établissant une Constitution pour l'Europe était une constitution[5], l'était dans une certaine mesure[6] ou ne l'était pas du tout[7] voire transcendait toutes les catégories existantes[8]. Au-delà d'éventuelles préférences politiques, ces oppositions s'expliquent par la présence d'une série de problèmes sur lesquels la doctrine est très divisée. Ainsi, la teneur du lien unissant la constitution et l'État est controversée. Faut-il être un État pour pouvoir se doter d'une constitution ? Inversement, l'adoption d'une constitution implique-telle la qualité étatique de l'entité régie par cet acte ? Les liens supposés entre peuple, pouvoir constituant et constitution, influencent-ils cette relation ? De même, la possibilité pour un traité international d'être ou de devenir une constitution est très discutée. Enfin, l'existence actuelle ou potentielle de normes internationales ou supra-nationales bénéficiant d'un statut hiérarchique supérieur à celui des constitutions nationales est elle aussi contestée. Tous ces problèmes sont déterminants pour savoir si l'on peut adapter la notion de

---

[1] En ce sens, voir WEILER J.H.H., « In Defence of Statu Quo : Europe's Constitutional Sonderweg », *in* WEILER J.H.H. et WIND Marlene (dir.), *European Constitutionalism beyond the State*, Cambridge, CUP, 2003, p. 7 et 21.
[2] JACQUÉ Jean-Paul, « Cours général de droit communautaire », *RCADE* vol. 1, book 1, p. 317.
[3] WEILER J.H.H., « The transformation of Europe », *The Yale Law Journal* 1991, p. 2419.
[4] DEBARD Thierry, « Textes interinstitutionnels, constitutionnalisation et révision des traités », *in* CEDECE, *Les procédures de révision des traités communautaires : du droit international au droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 289.
[5] FRANCK Claude, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe a appelé une modification de la Constitution française », *JCP* 2005, p. 634.
[6] ELEFTHERIADIS Pavlos, « Constitution or Treaty ? », Federal Trust Online Paper n°12/04, p. 3.
[7] DORD Olivier, « Le Conseil constitutionnel face à la Constitution européenne : contrôle des apparences ou apparence de contrôle ? », *AJDA* 2005, p. 212.
[8] MERCADIER Marie-Françoise, « Pouvoir constituant et transferts de souveraineté. Les expériences d'intégration régionale : de la CEE à l'Union européenne », Intervention au colloque *Le pouvoir constituant aujourd'hui*, Tunis, 16-17 novembre 2006, p. 6.

constitution aux mutations contemporaines du droit. Or, ils partagent tous une caractéristique commune : ils paraissent insolubles[1] car il semble possible de soutenir arbitrairement à chaque fois l'une ou l'autre des réponses envisageables. Les auteurs s'opposent sur ces sujets par des affirmations peu ou pas justifiées. En fait, nous ne sommes pas confrontés à une absence de solution claire mais plutôt à une difficulté pour comprendre les termes du dilemme, c'est-à-dire déterminer quel type d'argument serait susceptible de le trancher. Dès lors, savoir si l'Union européenne possède une constitution entre dans la catégorie des questions « qu'il est plus facile de résoudre que de comprendre »[2].

Ces problèmes apparemment indécidables conduisent la doctrine à se partager entre des écoles opposées et hermétiques. Pour essayer de sortir de ce blocage, se ranger dans l'une d'entre elles ne sert à rien. Il nous paraît au contraire nécessaire de chercher à « penser » l'adaptation, c'est-à-dire de construire les outils permettant de savoir si la notion de constitution a changé ou s'il est nécessaire de la changer. Nous n'entendons donc pas trancher directement les problèmes insolubles précités mais plutôt établir les instruments intellectuels permettant de les comprendre. Pour atteindre ce but, nous devrons revenir sur le concept de constitution afin de permettre l'évaluation de son adaptation. Il est en effet impossible de se prononcer sur l'adaptation de la constitution sans maîtriser d'abord le concept de constitution. Autrement dit, pour penser l'adaptation de la constitution, il faut d'abord être capable de penser la constitutionnalité. Nous adoptons ici une démarche analytique consistant à saisir les problèmes en cause dans toute leur complexité plutôt qu'à chercher absolument à les solutionner immédiatement[3]. L'analyse de la notion de constitution est indispensable pour penser l'adaptation de la constitution au regard des obstacles qui se dressent face à cet objectif. La division de la doctrine justifie cette approche car elle n'est sûrement pas le fruit du hasard : il faut en comprendre et en expliciter les causes pour tenter de la dépasser. Cela revient finalement à vouloir préciser les questions plutôt que leur donner une réponse arbitraire. La clarification des enjeux et des causes du blocage est presque plus importante que la solution proposée, forcément teintée d'une part de subjectivité.

---

[1] Les discussions sur le lien entre constitution et État ont ainsi été qualifiées de « débat impossible » (HALPÉRIN Jean-Louis, « La Constitution européenne : un événement juridique ? », *ERA-Forum scripta juris europaei* 2004, t. 3, p. 331).

[2] BARBER N.W., « The Constitution, the State and the European Union », *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2005-2006, p. 37. Les débats à ce sujet sont « stériles et interminables car [leur] objet […] n'est pas clair et le type d'argument susceptible de les trancher non plus » (KUMM Mathias, « Beyond Golf Clubs and the Judicialization of Politics », *American Journal of Comparative Law* 2006, p. 505). Notons ici que, sauf précision inverse, toutes les traductions de citations issues de publications en langue étrangère sont réalisées par nos soins.

[3] Pour une vision comparable de la démarche analytique, voir STYLIANIDIS Nikos, *Les fondements épistémologiques du positivisme analytique : vers une théorie du droit pré-institutionnelle*, Thèse, Paris X, 1994, p. 6.

En nous limitant à penser l'adaptation de la notion de constitution, nous restreignons intentionnellement notre champ d'étude. Il ne s'agit pas de rendre compte de l'ensemble des évolutions du droit constitutionnel liées à l'internationalisation du droit, mais bien de celles qui concernent le concept même de constitution. La nécessité de cette recherche conceptuelle est démontrée par l'incertitude qui pèse sur cette notion : la constitution « ne connaît pas de définition uniforme dans la doctrine juridique »[1] et fait donc « partie des notions faussement claires de la science juridique »[2] car elle a « un contenu incertain »[3] et « plusieurs sens »[4]. C'est pourquoi, « la notion de constitution pose de véritables problèmes de définition »[5]. Cette faiblesse n'est pas spécifiquement française mais concerne aussi la doctrine étrangère[6]. Cette caractéristique du terme « constitution » est particulièrement notable si nous l'opposons à la relative clarté dont bénéficient *a priori* des termes voisins comme « traité international » ou « loi ». Cette incertitude complique la communication dans la doctrine et empêche de penser l'adaptation de la constitution pour au moins deux raisons. En premier lieu, elle contribue largement au caractère apparemment insoluble des problèmes que nous avons énumérés. L'indétermination du sens d'un terme présente toujours le risque de faire passer des problèmes verbaux pour des problèmes de fond[7]. Mieux, faute de saisir l'aspect sémantique du désaccord, le problème semble insoluble, tout simplement parce que l'on parle alors de choses différentes sans même s'en rendre compte[8]. Dans ce cas, la dissipation de l'ambiguïté constitue déjà une bonne partie de la solution[9]. En second lieu, penser la constitutionnalité impose de pouvoir répondre de manière fondée à la question « la norme X est-elle une constitution ? » car l'utilisation d'un énoncé utilisant le concept de constitution repose sur cette capacité. Dès lors, penser l'adaptation de la constitution impose de pouvoir répondre à cette question dans un contexte nouveau ou à propos de normes qualitativement distinctes de celles auxquelles la qualité constitutionnelle est habituellement reconnue. Or, en l'absence d'une catégorie claire de constitution, il est impossible de mener à bien cette tâche. Pour y

---

[1] BEAUD Olivier, « Constitutions et droit constitutionnel », *in* RIALS Stéphane et ALLAND Denis (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 258.
[2] GREWE Constance et RUIZ FABRI Hélène, *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995, p. 33.
[3] LAVROFF Dmitri Georges, « À propos de la constitution », *in L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 284.
[4] PINI Joseph, article précité, p. 655.
[5] MICHEL Valérie et BOUVERESSE Aude, article précité, p. 31.
[6] Voir par exemple, DOUGLAS-SCOTT Sionaidh, « A Constitution for Europe, in Defence of Public Reason », Working Papers da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisbao n°11/2001, p. 2.
[7] En ce sens, voir ROBINSON Richard, *Definition*, Oxford, Clarendon, 1950, p. 67 et LAVROFF Dmitri Georges, « L'instrumentalisation de la Constitution », *in* AFHIP, *La constitution dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 67.
[8] AGO Roberto, « Droit positif et droit international », *AFDI* 1957, p. 14 et GUASTINI Riccardo, « La théorie du droit comme analyse du langage des juristes », *in* GRZEGORCZYK Christophe, MICHAUT Françoise et TROPER Michel (dir.), *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1992, p. 101.
[9] RAZ Joseph, « The identity of legal systems », *in The authority of law*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 78.

parvenir, un travail d'ordre conceptuel est indispensable. Plus précisément, l'ampleur des désaccords sur la notion même de constitution impose un travail centré sur la définition de la constitution. Cette définition n'est pas une fin en soi mais bien une étape inévitable pour pouvoir penser l'adaptation de la constitution. Les deux démarches peuvent même se confondre car adapter le concept, c'est avant tout adapter sa définition. L'adaptation concerne aussi bien l'évolution des réponses à la question « la norme X est-elle une constitution ? » que celle des méthodes et des références utilisées pour y répondre.

La définition que nous cherchons ne pourra pas être dotée d'une portée illimitée car la notion de constitution est utilisée dans des cadres variés. Même en demeurant dans le domaine de l'internationalisation du droit, force est de constater qu'elle a largement été utilisée dans une perspective politique pour fixer l'orientation de la construction européenne. Nous n'avons bien entendu aucune intention de contribuer à ce débat. Le discours politique répond à des impératifs spécifiques, distincts de ceux qui pèsent sur les discours juridiques. Qui plus est, il passe par des méthodes et des techniques argumentatives qui lui sont propres. Certes, les discours juridiques et politiques se croisent parfois, comme cela a été le cas lors de la campagne référendaire sur la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe[1]. Cependant, nous voulons ici nous prononcer exclusivement sur le concept juridique de constitution, ou, pour employer un terme consacré, sur la catégorie juridique de constitution[2]. Notre recherche portera sur l'adaptation de la catégorie juridique de constitution en se concentrant prioritairement sur sa définition dans une perspective analytique. Il s'agira donc de déterminer quelle(s) définition(s) de la catégorie juridique de constitution doi(ven)t être retenue(s) pour comprendre et résoudre les difficultés posées par les mutations du droit contemporain en dépassant les contradictions apparentes. Notre approche conceptuelle impose de ne pas délaisser une perspective générale sur le concept de constitution et implique un rapport particulier à l'adaptation. Cette dernière nous intéressera en tant que telle, mais aussi pour les carences de l'analyse actuelle de la constitution qu'elle met en lumière. Elle joue le rôle d'un élément déclencheur qui ne porte en aucun cas la condamnation des conceptions

[1] Dans ce débat, les implications supposées du terme « constitution » ont joué un rôle particulièrement marquant (voir VIALA Alexandre, « Aux sources de la controverse juridique : la force des mots », *in* SUEUR Jean-Jacques (dir.), *Interpréter & traduire*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 202). Cet exemple peut inciter à une certaine prudence lors de l'usage des termes juridiques dans les débats politiques mais cela ne veut pas dire que les idées répandues sur leur sens et les conséquences qui s'attachent à leur emploi aient vocation à jouer un rôle déterminant dans la fixation de définitions destinées à des spécialistes avertis.

[2] De ce fait, nous n'étudierons pas les diverses prises de positions politiques sur le thème de la constitution européenne et plus largement le débat politique au long cours rythmé par les interventions du Parlement européen, de la Commission et d'importants responsables des États membres. Son étude justifierait un travail autonome qui relèverait d'ailleurs de la science politique plutôt que du droit. Pour une approche du même ordre insistant sur la nécessité de préserver l'analyse juridique malgré la dimension politique de l'usage du terme « constitution », voir MATHIEU Bertrand, « Propos liminaires », *RAE* 2001-2002/6, p. 654.

ayant cours mais permet l'explicitation de leurs limites. Celles-ci sont tout à fait légitimes, car un outil intellectuel n'est construit que pour faire face à certaines tâches et a besoin d'être révisé quand les éléments qu'il permet de décrire se transforment. Les incertitudes longtemps évitées par intuition ou grâce à l'absence de cas douteux resurgissent dans un contexte d'internationalisation du droit qui montre des carences négligées jusque-là[1]. La précision des « frontières » du concept devient alors essentielle pour éviter toute confusion. Notre travail vise donc autant à penser l'adaptation qu'à penser la constitutionnalité malgré les difficultés révélées par l'adaptation. Il vise autant à éclairer les mutations du droit grâce au concept de constitution qu'à éclairer le concept de constitution grâce aux dites mutations. Sur ce point, il s'écarte des options généralement retenues par la doctrine française à propos de l'adaptation du concept de constitution qui partent plutôt des caractéristiques du droit européen pour démontrer l'apparition d'une constitution européenne[2].

Le choix d'une démarche définitoire donne une direction à notre recherche mais nous ne devons pas occulter les difficultés qu'il entraîne. La doctrine actuelle n'est pas caractérisée par l'absence de définition de la constitution, mais par une véritable surabondance. Ajouter une nouvelle définition, fixée arbitrairement, contribuerait plus au problème qu'à sa solution. En conséquence, nous préférons opter pour un réexamen général. Or, faute de méthodologie juridique assurée sur ce point, nous ne disposons pas de critères nous permettant aisément de juger du bien-fondé d'une définition afin d'éviter d'opérer une sélection purement subjective. Dès lors, notre objectif d'analyse conceptuelle de la constitution impose un travail préalable permettant de déterminer la méthodologie que nous devons suivre. Nous retrouvons ici la dimension analytique de notre approche. Plutôt que de choisir arbitrairement entre les définitions de la constitution, il faut chercher à comprendre comment il est possible de choisir et donc changer les questions plutôt que les réponses. Un approfondissement des conditions de définition des catégories juridiques doit donc être mené avant de pouvoir travailler sur la constitution et déterminer l'organisation même de cette réflexion. Il fera l'objet d'un chapitre préliminaire.

---

[1] Chaïm Perelman notait ainsi : « une notion paraît suffisamment claire aussi longtemps que l'on ne voit pas de situations où elle se prêterait à des interprétations divergentes » (*Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1983, p. 181). Cette formule correspond tout à fait à l'idée que nous nous faisons du rapport entre les mutations du droit contemporain et l'explicitation des imprécisions de la notion de constitution.

[2] Pour des exemples citons trois thèses importantes soutenues dans les quinze dernières années : DAUPS Thierry, *L'idée de constitution européenne*, Thèse, Paris X, 1992, 519 p. ; GERKRATH Jörg, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe : modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des Communautés et de l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1997, 425 p. et BLANCHARD David, *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, Rennes, Apogée, 2001, 476 p.

Chapitre préliminaire : Éléments de méthodologie de la catégorisation et de la définition en droit

L'étude du concept juridique de constitution impose, comme nous l'avons vu, un travail de définition et de catégorisation. Or, dans la recherche de la définition la plus appropriée de la catégorie juridique de constitution, il faut isoler les arguments susceptibles de fonder un choix rationnel. Le dépassement des hésitations actuelles exige une méthodologie[1] permettant un regard neuf sur une question déjà souvent posée. Les principes retenus doivent être présentés de manière argumentée car ils forment la base du renouvellement souhaité de l'analyse du concept de constitution. C'est pourquoi, il est nécessaire de justifier de manière détaillée les choix méthodologiques opérés.

Cette démarche préliminaire est indispensable car la méthodologie de la recherche juridique est un domaine « relativement peu exploré »[2]. Les juristes pratiquent quotidiennement la définition et la catégorisation mais le plus souvent sans développer leurs présupposés méthodologiques. La catégorisation fait tout de même l'objet d'études très variées, car elle intéresse aussi bien les juristes que les philosophes, les linguistes ou les psychologues. Cela nous oblige à effectuer un travail de synthèse, portant aussi bien sur les aspects implicites qu'explicites, et d'innovation, sous peine de voir s'effondrer les constructions bâties sur des fondations trop instables. Cet effort se placera dans un cadre général pour éviter la tentation de se servir d'arguments *ad hoc*, orientés vers la justification d'une définition du terme « constitution », mais qui ne seraient pas tenables au-delà de ce cas précis. Pour autant, notre ambition doit être clairement circonscrite : l'étude de la catégorie juridique de constitution est le principal dont les développements méthodologiques ne constituent que l'accessoire. Nous exclurons donc tout aspect historique et n'inclurons des éléments de philosophie ou de théorie du langage que dans la mesure nécessaire à la résolution des problèmes concrets qui se posent à nous. Les idées exposées ne visent qu'à disposer des outils utiles pour définir la catégorie juridique de constitution.

La méthodologie de la définition et de la catégorisation, comme toute méthodologie, peut être soit descriptive soit prescriptive[3]. Plutôt que de choisir entre ces deux approches, il nous

---

[1] Définie comme une « technologie dont la tâche principale serait de formuler une série de règles destinées à guider […] les spécialistes dans leur activité de recherche », VILLA Vittorio, *La science du droit*, Paris, LGDJ, 1991, p. 27.

[2] JOUANJAN Olivier, « Présentation », *in* MÜLLER Friedrich, *Discours de la méthode juridique*, Paris, PUF, 1996, p. 6.

[3] En ce sens, voir VILLA Vittorio, *op. cit.*, p. 27-35. Norberto Bobbio soutient la même position à propos de ce qu'il appelle la « méta-science » (voir BOBBIO Norberto, « Être et devoir-être dans la science du droit », *in Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, p. 190). La méta-science descriptive se contente de présenter les principes méthodologiques et les présupposés épistémologiques effectivement utilisées par les spécialistes d'une discipline donnée quand la méta-science prescriptive entend poser des principes qu'ils devront respecter.

semble opportun de les combiner. Négliger l'aspect descriptif ferait courir le risque de se couper des spécificités de l'étude du droit pour appliquer un modèle *a priori* issu d'autres disciplines[1]. À l'inverse, renoncer à l'aspect prescriptif empêcherait de dissiper les incertitudes[2] qui sont la cause de l'interrogation méthodologique. Nous proposerons donc une analyse et une reconstruction des pratiques doctrinales (Section 1) avant de formuler des propositions méthodologiques fondées sur l'adhésion à une vision positiviste de l'étude du droit (Section 2).

SECTION 1 : APPROCHE DESCRIPTIVE DE LA METHODOLOGIE

L'approche descriptive de la méthodologie de la catégorisation et de la définition juridique consiste à exposer ces opérations telles qu'elles sont effectivement pratiquées par les acteurs de l'étude du droit, sans prendre parti sur l'opportunité de leurs méthodes. Il s'agit donc d'un constat valable indépendamment de l'adhésion à une quelconque théorie générale du droit. Néanmoins, choisir de rapporter le comportement des acteurs plutôt que de le prescrire n'implique pas d'adhérer à leur pré-compréhension de leurs propres pratiques. La partie descriptive dépend inévitablement d'une vision du langage et de la signification permettant d'appréhender les usages des acteurs. Cette idée ne remet pas en cause sa différence avec la partie prescriptive car il s'agit toujours uniquement de présenter le comportement effectif des acteurs dans le cadre d'une grille d'analyse choisie et non de tenter de le modifier. Nous n'entendons donc pas critiquer les pratiques des acteurs mais les exposer d'une façon qui ne correspond pas forcément à la perception qu'ils en ont. Cette description devra s'inspirer, s'enrichir mais aussi se confronter aux analyses existantes.

En étudiant le discours des acteurs de l'étude du droit, nous devons d'abord souligner le rôle qu'y jouent les catégories et les définitions qui le structurent (I). Il convient ensuite de démontrer qu'en raison de la variété des contextes d'énonciation nous sommes face à une pluralité de discours et de catégories juridiques devant être distingués (II).

[1] VILLA Vittorio, *op. cit.*, p. 40.
[2] BOBBIO Norberto, article précité, p. 205. C'est pourquoi, dans un cadre plus spécifique, le professeur Troper estime que tout auteur construisant une théorie du droit formule forcément implicitement une méta-théorie prescriptive. L'aspect descriptif ne vaut que pour ceux qui étudient les théories du droit existantes. Voir TROPER Michel, « Les juges pris au sérieux. La théorie du droit selon Dworkin », *in La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 37.

I. LE ROLE DES CATEGORIES ET DES DEFINITIONS EN DROIT

Le discours juridique sous toutes ses formes fonctionne sur la base de catégories qui méritent une attention particulière quant à leur rôle et leur structure (A). Leur construction passe nécessairement par une opération de définition (B).

A. La catégorisation, base ambiguë de la technique juridique et de son étude

Le concept de constitution nous intéresse uniquement en tant qu'il vise une catégorie juridique. L'étude de ce concept exige donc de comprendre ce que l'on entend par ce terme (1) mais aussi la fonction des catégories dans le discours juridique (2).

1. LE CONCEPT DE CATEGORIE

Tout discours, et plus largement toute « activité cognitive », passe nécessairement par une série de concepts[1], c'est-à-dire d'idées générales[2] exprimées par des mots[3]. Les concepts juridiques sont classiquement rangés en différents groupes dont les catégories juridiques. Les théoriciens du droit civil se sont largement intéressés à la question. Pourtant, il ne paraît pas utile de détailler ici les diverses typologies qu'ils ont construites[4] car elles n'ont pas été créées et surtout ne sont pas utilisées à des fins méthodologiques : le classement d'un concept dans l'un de ces types n'implique pas un mode de définition précis. De plus, elles sont construites sur des bases métaphysiques[5] critiquables. La particularité des catégories civilistes est de servir ainsi à ranger l'ensemble du droit dans un nombre restreint de classes définies *a priori*. L'origine de cette habitude réside dans l'utilisation de la logique aristotélicienne par le droit romain pour distinguer les personnes, les choses et les actions[6]. Ce mode de pensée a été fort justement décrit par François Gény comme un vestige du réalisme pré-moderne[7] reposant sur des « entités métaphysiques » et menant à de graves erreurs[8]. Son intérêt est essentiellement historique. Le terme de « catégorie juridique » est aujourd'hui généralement utilisé dans un

---

[1] STOCKINGER Peter, « Concept », *in* ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 87.
[2] LALANDE André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 16e éd., Paris, PUF, 1988, p. 160.
[3] RICKERT Heinrich, *Théorie de la définition*, Paris, Gallimard, 1997, p. 216 et 221.
[4] Pour des exemples divers, on peut consulter par exemple ROUBIER Paul, *Théorie générale du droit*, 2e éd., Paris, Sirey, 1951, p. 15-24 ; BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, 4e éd., Paris, Dalloz, 2003, p. 191-224 ou encore DABIN Jean, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Paris, Sirey, 1935, p. 110-205.
[5] Pour un exemple, voir DABIN Jean, *op. cit.*, p. 111.
[6] VILLEY Michel, « Logique d'Aristote et droit romain », *RHDFE* 1951, p. 325.
[7] GÉNY François, *Méthodes d'interprétation des sources en droit privé, essai critique*, Paris, Sirey, 1923, T. I, p. 129-132.
[8] *Ibid.*, p. 130.

sens beaucoup plus large, rejoignant donc l'évolution de la philosophie[1]. Il ne doit plus être compris comme renvoyant à une série de constructions *a priori*. Il convient donc de rompre avec les typologies civilistes comme pré-compréhensions des concepts juridiques.

Une fois écartées ces conceptions discutables, la différence entre concepts et catégories devient pour le moins trouble. Ces deux termes, ainsi que celui de « notion »[2], sont souvent utilisés indifféremment l'un pour l'autre[3] voire même explicitement assimilés[4]. Certains ont tenté d'établir des distinctions entre eux sur la base de différents critères tel que la généralité[5] ou le rapport à « l'essence » d'une institution[6] sans qu'aucune ne puisse s'imposer ni jouer un rôle dans la méthodologie de la définition. Faute d'usage clair et utile, nous entendrons ici par « catégorie » une idée générale susceptible d'individualisation en ce qu'elle crée une collection d'objets possédant des propriétés communes. Ce choix présente deux avantages. D'une part, il permet, nous le verrons, de distinguer les définitions se rapportant aux catégories de celles visant d'autres concepts. D'autre part, il fait le lien entre la notion de catégorie connue en droit et celle classiquement utilisée dans d'autres disciplines telles que la psychologie[7] ou la biologie[8]. Il permet ainsi de renvoyer clairement à la détermination d'une classe d'objets. Les notions de classes et de catégories sont donc synonymes[9]. À ce propos, il semble opportun d'opérer une précision quant aux objets ou aux faits[10] que regroupent les catégories juridiques. Ces termes ne doivent pas être compris dans un sens restrictif car il en est fait un usage étendu dans la pratique et la théorie juridique. La catégorisation peut ainsi porter sur des normes ou sur des modes d'acquisition de la propriété, c'est-à-dire sur des phénomènes dépassant largement ceux issus du « monde naturel »[11]. La qualification porte ainsi souvent sur des « faits sociaux ou institutionnels »[12] tels que des contrats, des transactions financières ou des services publics. Certes, les éléments catégorisés sont

---

[1] NADEAU Robert, *Vocabulaire technique et analytique de l'épistémologie*, Paris, PUF, 1999, p. 48.
[2] SOURIOUX Jean-Louis, *Introduction au droit*, Paris, PUF, 1987, p. 42.
[3] CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 4e éd., Paris, PUF, 2003, p. 132 (troisième sens) ou DU PASQUIER Claude, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 2e éd., Neuchâtel, Delachaux & Niestlé, 1942, p. 179
[4] FORTSAKIS Théodore, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1987, p. 285 ou STOCKINGER Peter, article précité, p. 87.
[5] La catégorie regrouperait ainsi plusieurs concepts. Voir par exemple BERGEL Jean-Louis, *Méthodologie du droit*, Paris, PUF, 2001, p. 106 ; SANDEVOIR Pierre, *Introduction au droit*, Paris, Dunod, 1991, p. 134 ou LARROUMET Pierre, *Introduction à l'étude du droit privé*, 4e éd., Paris, Economica, 2004, p. 84.
[6] BÉNOIT Francis-Paul, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel », *in Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, Grenoble, PUG, 1995, p. 23-38.
[7] DORON Roland et PAROT Françoise, *Dictionnaire de psychologie*, 2e éd., Paris, PUF, 1998, p. 107.
[8] HUSSON Léon, *Les transformations de la responsabilité. Étude sur la pensée juridique*, Thèse, Paris, 1947, p. 182 ou GHESTIN Jacques (dir.), *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4e éd., Paris, LGDJ, 1994, p. 35.
[9] DORON Roland et PAROT Françoise, *op. cit.*, p. 107 et 122.
[10] JANVILLE Thomas, *La qualification juridique des faits*, Thèse, Paris, 2002, p. 10 ou 59.
[11] STOCKINGER Peter, article précité, p. 87.
[12] SÈVE René, « L'institution juridique, imposition et interprétation », *RMM* 1990, p. 324. Les conclusions du professeur Sève paraissent toutefois abusives car il nie la possibilité de catégoriser des faits bruts en se détachant largement de la réalité du droit et en confondant deux aspects de la signification (voir *infra*, p. 122 et s.).

généralement réductibles en dernière analyse à une certaine réalité matérielle puisque le droit vise à modeler cette réalité. Mais les catégories sont utilisées et conçues en dehors d'une telle réduction. Nous ne voyons donc aucune raison de limiter la notion de catégorie juridique aux rares classes ne comprenant que des faits bruts *a fortiori* dans une optique descriptive.

Dans la typologie que nous avons retenue, la catégorie juridique s'oppose aux autres types de concepts en ce qu'elle vise à étiqueter des faits, au sens large, réunis dans une classe, légale ou théorique. La catégorisation prépare donc l'usage d'un mot en précisant à quels faits il se rapporte permettant ensuite d'utiliser ce mot à des fins descriptives ou prescriptives. Le terme signifiant une catégorie[1] permet un acte de référence, c'est-à-dire son utilisation pour renvoyer à un objet particulier. Cette précision est utile car quelques théoriciens ont affirmé que les termes juridiques ne dénotent rien[2]. Cette idée paraît excessive quand on l'applique à tous les termes juridiques[3]. En revanche, il semble possible de soutenir que certains termes juridiques ne dénotent rien. Dans ce cas, les concepts signifiés par ces termes ne seraient pas des catégories au regard du critère de distinction établi. Nous pouvons donner comme exemple les « concepts conséquents » de Dabin qui correspondent à un ensemble de règles dont l'application est déclenchée par le classement d'un fait dans une catégorie[4]. De même, les « concepts techniques » ne dénotent aucune réalité[5] : ils ont une utilité purement instrumentale dans le fonctionnement du langage du droit en reliant entre elles diverses catégories. La distinction parmi les concepts serait susceptible de transformer leur mode de définition : tenter de définir la créance ou le patrimoine en fonction de leur dénotation semble être une entreprise périlleuse impliquant un engagement ontologique particulièrement fort sur lequel nous n'avons pas à nous prononcer.

Quoi qu'il en soit, il ne nous revient pas d'étudier plus en détails les concepts apparemment privés de dénotation, car le terme « constitution » signifie manifestement une catégorie juridique en tant qu'il renvoie à certains objets spécifiques et individualisés. En revanche, maintenant que nous avons cerné le concept de catégorie, il semble utile de s'intéresser aux fonctions que les catégories jouent dans le discours juridique (2).

---

[1] Une précision s'impose ici : la catégorie n'est pas le terme mais sa signification. « Le mot [...] désigne ainsi une catégorie […] et s'interroger sur les membres pour lesquels il peut être employé revient à s'interroger sur les membres qui font partie de la catégorie qu'il représente » (KLEIBER Georges, *La sémantique du prototype*, Paris, PUF, 1990, p. 17).
[2] Voir MOORE Michael, « A Natural Law Theory of Interpretation », *Southern California Law Review* 1985, p. 303.
[3] Voir *infra*, p. 41.
[4] DABIN Jean, *op. cit.*, p. 106.
[5] MAHDAVY Hussein, *L'analyse logico-philosophique du langage juridique*, Thèse, Paris, 1957, p. 199.

2. LA FONCTION DE LA CATEGORISATION JURIDIQUE

Les catégories structurent le discours juridique : « l'univers du droit est organisé autour de la notion de catégorie ou de classe »[1]. Cette caractéristique doit être mise en relation avec le processus de catégorisation dont la catégorie constitue le produit. C'est une « opération mentale » de classement de perceptions autonomes subsumées sous un terme général qui peut ensuite les désigner en passant par « certains critères »[2]. Les entités individuelles concernées sont alors considérées comme faisant partie d'un ensemble abstrait[3]. Cela permet à la fois de dépasser les réalités individuelles en « évitant la vision du monde comme chaos »[4] et de passer « du continu au discret »[5] en structurant nos perceptions dans un ordonnancement découpé en catégories. Pour mettre en relation ces éléments généraux avec le discours juridique, il paraît opportun de reprendre la distinction classique entre discours du droit et discours sur le droit[6]. Dans ces deux discours, les catégories sont absolument nécessaires mais elles ont des fonctions différentes. Dans le discours du droit, elles permettent de saisir les réalités individuelles en les assignant à une catégorie donnée, dont le nom les désignera dans ce discours. Le fonctionnement du droit dépend alors de ces catégories à travers l'opération de qualification qui conditionne l'application des règles juridiques[7]. Dans le discours sur le droit, elles permettent la compréhension du système juridique. Ses règles et institutions sont ordonnées au-delà d'une simple juxtaposition. Seule la catégorisation permet de dépasser leur individualité pour rendre compte du fonctionnement du système juridique. Dans les deux situations, la fonction dénotative est centrale : ces discours doivent se référer à certaines réalités que ce soit pour les transformer ou pour les décrire. L'éclaircissement des discours juridiques ne peut donc faire abstraction de la catégorisation qui constitue la base des énoncés et des raisonnements juridiques. Précisons ici que la catégorisation n'implique pas forcément la mise en relation des différentes catégories de manière hiérarchisée. Un tel procédé est sans doute opportun[8]. Toutefois, dans cette partie descriptive, nous ne pouvons que constater qu'il s'agit d'une option rarement suivie dans le discours du droit et le discours sur le droit. Il n'y a

---

[1] BOURCIER Danièle, « Argumentation et définition en droit », *Langages* n°42, p. 115 ou dans le même sens BOURCIER Danièle, « La novlangue ou comment rendre actifs les textes juridiques », *in* GUILLOREL Hervé et KOUBI Geneviève (dir.), *Langues et droits*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 372.
[2] DORON Roland et PAROT Françoise, *op. cit.*, p. 107.
[3] CROFT William et CRUSE Alan, *Cognitive Linguistics*, Cambridge, CUP, 2004, p. 74.
[4] KLEIBER Georges, *op. cit.*, p. 13. Voir aussi CRUSE Alan, *Meaning in Language*, 2e éd., Oxford, OUP, 2004, p. 125. Cette fonction est fondamentale : « sans l'aptitude à catégoriser, nous ne pourrions agir ni dans le monde physique, ni dans notre vie intellectuelle » (LAKOFF Georges, *Women, Fire and Dangerous Things. What Categories Reveal about the Mind*, Chicago, The University of Chicago Press, 1997, p. 6).
[5] HOUDÉ Olivier (dir.), *Vocabulaire de science cognitive*, Paris, PUF, 2003, p. 72.
[6] Pour un exemple voir PINTORE Ana, « Définition en droit », *in* ARNAUD André-Jean (dir.), *op. cit.*, p. 171.
[7] Voir *infra*, p. 51.
[8] EISENMANN Charles, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD* 1966, p. 30.

donc pas de lien absolu entre hiérarchisation et catégorisation : la catégorisation se limite au regroupement de différents faits sous un terme donné.

Dans ce cadre, les faits subsumés sous la catégorie « X » dans le discours du droit sont habituellement décrits comme ayant la nature juridique de « X ». Le choix de ce terme de « nature » doit faire l'objet d'une justification par rapport aux alternatives envisageables et plus particulièrement par rapport au terme de « signification » employé par Kelsen. Pour cet auteur, les normes sont des « schémas d'interprétation »[1] qui permettent de dégager la « signification juridique »[2] de certains faits. Au premier abord, ce terme semble plus approprié que celui de « nature ». Ce dernier est en effet parfois utilisé comme se rapportant à une propriété intrinsèque de l'objet concerné ou comme « l'essence d'une chose »[3] que la catégorisation ne créerait pas mais se contenterait de révéler[4]. Une telle vision est justement dénoncée comme métaphysique[5]. Néanmoins, nous estimons que l'usage du terme de « signification » serait dangereuse car celui-ci est utilisé par Kelsen dans deux sens différents et généralement confondus[6].

La signification désigne dans certains cas la valeur ou la nature juridique conférée par une norme à un fait donné. Ainsi, le fait de provoquer la mort d'un homme a la signification d'un meurtre[7]. Dans d'autres, elle est la règle exprimée dans un énoncé normatif : « la signification de cette phrase n'est pas [...] une énonciation relative à un certain événement effectif, mais une norme »[8] ou « la norme, qui est la signification d'un acte de volonté, est le sens d'une proposition […] la signification d'une proposition »[9]. Les deux sens sont liés notamment à travers l'idée de « signification objective »[10] mais pourtant pas assimilables. L'un des sens exprime un rapport entre un fait, pas forcément langagier, et sa nature juridique et l'autre entre un énoncé, pas forcément prescriptif, et sa signification. L'opération consistant à dégager la signification de l'élément en cause passe donc dans le premier cas par la technique

---

[1] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1999, p. 12.
[2] *Ibid.*, p. 10.
[3] GOYARD Claude, « Le fond et les apparences », *in Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 345.
[4] Sur ce sujet, voir PELLETIER David, *La nature juridique : référence, fondement… ?*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 48 et 89 ou pour un exemple, HUSSON Léon, *op. cit.*, p. 211 et 217.
[5] TROPER Michel, « Les classifications en droit constitutionnel », *in Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 259. Notons toutefois que le professeur Troper semble affirmer que toute qualification repose forcément sur des présupposés essentialistes. Nous ne partageons pas ce point de vue qui semble avant tout dicté par le réalisme de cet auteur qui le conduit à ne voir dans la qualification qu'un acte de volonté dissimulé. Pour un autre exemple de vision volontariste de la qualification, voir CAYLA Olivier, « Ouverture : la qualification ou la vérité du droit », *Droits* n°18, p. 12.
[6] Le professeur Cayla a proposé une distinction entre deux sens du terme signification chez Kelsen (*La notion de signification en droit. Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, Thèse, Paris, 1992, p. IX-XIX). Selon lui, Kelsen confond le sens et la force de l'énoncé. Nous verrons dans le premier chapitre de la première partie ce qui sépare cette distinction de celle que nous proposons.
[7] KELSEN Hans, *op. cit.*, p. 10.
[8] KELSEN Hans, *op. cit.*, p. 16.
[9] KELSEN Hans, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996, p. 217.
[10] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, précité, p. 18 et voir *infra*, p. 129 et s.

juridique et plus précisément par la connaissance des catégories juridiques (« schéma d'interprétation ») contenues dans les normes. Au contraire, dans le second, il s'agit d'un processus classique de compréhension langagière, comparable à celui qui relie une assertion à un énoncé assertif[1], en passant par des conventions langagières et non par des normes juridiques. Aussi, tenter de réduire les deux sens du terme « signification » chez Kelsen à l'un d'eux est risqué. Si nous le réduisons au premier, le processus de compréhension du langage ordinaire devra être considéré comme une opération de qualification passant par des normes juridiques qui n'existent évidemment pas. Si nous le réduisons au second, toute appréciation du rapport entre un fait et une norme devra être vue comme une opération de compréhension langagière et non de classification. Cela semble impossible : comment connaître la signification langagière d'un fait qui n'est pas un énoncé ni même un signe au sens large ? En outre, cela nous amènerait à méconnaître une distinction posée par Kelsen lui-même. Il distingue en effet l'opposition entre signification subjective ou objective[2], qui concerne le rapport entre acte et norme, et celle entre jugement de valeur subjectif et objectif[3], qui concerne le rapport entre un fait et la norme qui le qualifie.

Quoi qu'il en soit, la tendance à confondre les deux sens se comprend aisément pour deux raisons. Premièrement, la présentation de l'opération de qualification comme passant par la « signification » permet de montrer la dimension interprétative plus qu'expérimentale du phénomène. Deuxièmement, les deux sens de « signification » se complètent dans le cas d'un acte énonçant une norme : pour qu'il s'agisse d'une norme juridique, il doit signifier la norme aussi bien au premier sens du terme, à travers l'habilitation de son auteur, qu'au second, celui de la signification langagière. C'est l'idée de « signification objective » de norme. Toutefois, même dans le cas d'un acte normateur, les deux sens peuvent se séparer : l'acte peut être valide sans créer aucune prescription (cas des dispositions non normatives) et l'énoncé peut être prescriptif sans que son auteur ne soit habilité (cas de la signification subjective de norme). Surtout, seul le premier sens, celui de qualification, peut s'appliquer aux faits non langagiers tel le meurtre envisagé par Kelsen. Ainsi, il est possible de remplacer le mot « signification » par « nature » dans l'énoncé « le fait de tuer quelqu'un a la signification juridique de meurtre » mais pas dans « le fait de voter une loi a la signification juridique d'une norme »[4]. Soutenir l'inverse reviendrait à nier à la norme la qualité de règle de

[1] *Ibid.*, p. 16. Il s'agit de la signification d'une « phrase ».
[2] *Ibid.*, p. 17.
[3] *Ibid.*, p. 29.
[4] Nous faisons ici de la méthode des synonymes pour la détection de la polysémie (KLEIBER Georges, *Problèmes de sémantiques. La polysémie en question*, Villeneuve d'Ascq, PU du Septentrion, 1999, p. 59).

conduite[1] car le terme « norme » dénoterait dans cette phrase un acte matériel et non une règle. Il est d'ailleurs impossible de respecter un acte matériel tel qu'un vote[2], ou de s'en servir pour formuler des jugements de valeur, rôle pourtant assigné par Kelsen aux normes. Seule la prescription que signifie, au sens langagier, l'acte peut jouer un tel rôle. Les actes de la procédure législative ne peuvent donc pas avoir la signification de norme de la même manière que le fait de tuer a la signification de meurtre[3].

Nous sommes d'avis que pour le premier sens il faut préférer le terme de « nature » alors que le second doit être conservé en tant que « signification ». Cette précision quant au sens du terme « signification » est essentielle car nous l'utilisons largement dans cette étude sans reproduire l'ambiguïté présente chez Kelsen. Le placement dans une catégorie ne concerne que le premier sens : nous étudions donc la « nature » de constitution plutôt que la « signification » de constitution. Au final, l'explicitation des pratiques juridiques touchant à la catégorisation permet de mieux saisir l'objet de notre recherche : il s'agit de déterminer la catégorie juridique de « constitution » entendue comme une classe de faits qui ont la même nature. Il faut maintenant savoir comment se déroule cette opération de détermination. Elle passe, nous l'avons vu, par la sélection de certains critères liant les faits regroupés[4]. C'est donc une opération classique de définition qui crée une catégorie juridique[5] et permet ainsi son utilisation[6]. Le lien entre définition et catégorisation est tout à fait logique car chaque définition d'un mot détermine une catégorie[7], sous réserve de certains cas particuliers déjà évoqués. Chaque catégorie se présente comme la signification d'un terme. Or, la détermination de la signification d'un terme pose la question de la méthodologie de la définition (B).

B. La transformation de la catégorisation par l'abandon de la définition réelle

La définition juridique est considérée comme un élément essentiel des pratiques juridiques. Mieux, des travaux de philosophie[8], de logique[1] ou de linguistique[2] intègrent des références à

---

[1] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, précité, p. 79 ou *Théorie générale des normes*, précité, p. 1-2.
[2] KELSEN Hans, *Théorie générale des normes*, précité, p. 395.
[3] Les relations entre la double signification et le rapport entre acte normatif et normes présentent quelques complexités supplémentaires sur lesquelles nous reviendrons dans le premier chapitre de la première partie. Il n'est pas utile de les exposer ici car elles n'ont pas de pertinence quant aux choix d'une méthode de définition et de catégorisation.
[4] STOCKINGER Peter, article précité *in* ARNAUD André-Jean (dir.), *op. cit.*, p. 88.
[5] BOURCIER Danièle, « Information et signification en droit. Expérience d'une explication automatique des concepts », *Langages* n°53, p. 17 et 22 ; LARROUMET Christian, *Introduction à l'étude du droit privé*, précité, p. 85 ou BALIAN Serge, *Essai sur la définition dans la loi*, Thèse, Paris II, 1986, p. 198.
[6] GÉNY François, *Science et technique en droit privé positif. Introduction*, Paris, Sirey, 1914, p. 151 ou CORNU Gérard, *Linguistique juridique*, 2e éd., Paris, Montchrestien, 2000, p. 42-43.
[7] KLEIBER Georges, *La sémantique du prototype*, précité, p. 16-17.
[8] RICKERT Heinrich, *Théorie de la définition*, précité, p. 239.

la définition juridique soit comme un modèle, soit comme un repoussoir. Les juristes, quant à eux, portent un grand intérêt aux études sur la définition[3] ou de définition[4]. Celle-ci conserve donc une importance « fondamentale » en droit[5]. Toutefois, sa méthodologie et sa pratique font l'objet de désaccords profonds aussi bien sur le défini (1) que sur le définissant (2).

1. LE DESACCORD SUR LE DEFINI : DEFINITION REELLE ET DEFINITION NOMINALE

L'opposition entre définition réelle et définition nominale structure, depuis l'Antiquité, la théorie de la définition en philosophie[6]. Cette opposition part d'un désaccord ontologique, la querelle des universaux, qui a des conséquences inévitables sur la méthodologie de la définition, y compris en droit. La présentation de cette dichotomie n'est pas simple eu égard à la variété des travaux qui lui sont consacrés. Établir comme critère de classement des définitions la nature de l'objet défini, suivant l'exemple de Robinson[7], semble la meilleure solution pour une approche résolument méthodologique. La définition nominale est celle d'un nom c'est-à-dire celle d'un mot (*word definition*)[8]. La définition réelle, quant à elle, est celle d'une chose (*thing definition*)[9]. Cette deuxième approche pose un problème car les universaux n'existent pas en tant que chose dans le monde physique : un homme déterminé existe mais pas l'homme en général. La définition de l'homme doit donc se rapporter à une chose particulière, une entité idéelle[10], appelée classiquement « essence »[11], qui confère un mode d'existence aux entités collectives. La définition de chose porte moins sur une chose que sur cette fameuse essence[12]. La définition réelle entendue comme une définition de chose

---

[1] GINISTI Pierre, « Les problèmes de la définition », *Mathématiques, informatique et sciences humaines* n°116, 1991, p. 22.
[2] MARTIN Robert, « La définition naturelle », *in* Centre d'études du lexique, *La définition*, Paris, Larousse, 1990, p. 87.
[3] Voir par exemple le numéro 1986-4 de la *RRJ* consacré à la définition.
[4] Voir par exemple les numéros 10 et 11 de la revue *Droits* consacrés à la définition du droit.
[5] BOURCIER Danièle, « La novlangue du droit ou comment rendre actifs les termes juridiques », précité, p. 372.
[6] Notons tout de même que des typologies concurrentes existent. Voir par exemple AUROUX Sylvain, « La définition et la théorie des idées », *in* Centre d'études du lexique, *op. cit.*, p. 31.
[7] ROBINSON Richard, *Definition*, Oxford, Clarendon, 1950, p. 5-10, 18 ou 149. Robinson n'assimile pas « *thing definition* » et définition réelle car ce dernier terme peut avoir plusieurs sens dont celui de « *thing definition* » qui est le sens originel du mot. C'est pourquoi, dans un but de simplification, nous n'étudions la définition réelle que dans ce sens particulier suffisant pour les problèmes de méthodologie juridique qui tournent autour de la place de l'essentialisme, en étant conscient que le débat philosophique impliquerait d'autres exigences.
[8] Notons que certains ajoutent une troisième possibilité, située entre le nominalisme et le réalisme : le conceptualisme. Celle-ci n'est toutefois pas réellement autonome. Voir TAYLOR John, *Linguistic Categorization*, 3e éd., Oxford, OUP, 2003, p. XI.
[9] L'usage de cette expression est parfois plus complexe (ROBINSON Richard, *op. cit.*, p. 148-187 ; GINISTI Jean-Pierre, article précité, p. 8 ; LALANDE André, *op. cit.*, p. 210 et HUFSCHMITT Benoît, *Les fonctions philosophiques de la définition dans la pensée antique et classique. De la nécessité de la définition réelle, d'après la relecture de quelques grands auteurs*, Thèse de philosophie et d'épistémologie, Aix-Marseille, 1995, p. 19). Cependant, il n'est pas nécessaire de pousser si loin notre réflexion au regard des objectifs poursuivis ici.
[10] Il s'agirait d'une « réalité métaphysique au-delà de nos prises » (GINISTI Jean-Pierre, article précité, p. 9).
[11] Selon la formule consacrée, la définition « exprime l'essentiel de l'essence » (ARISTOTE, *Topiques*, Paris, Les Belles Lettres, 1967, p. 5). Voir aussi *Organon V*, Paris, J. Vrin, 1984, p. 242.
[12] GAUDIN Claude, « Un point de logique aristotélicienne : le définitionnel », *Mathématique, informatique et sciences humaines* n°116, 1991, p. 52. Nous ne prenons pas position ici pour savoir si le terme « essence » chez Aristote renvoie à une entité métaphysique car cette position est contestée (voir par exemple PAPAUX Alain, *Essai philosophique sur la*

essentialiste, a été très critiquée en philosophie[1] et a été pour ainsi dire abandonnée aussi bien en philosophie[2] que dans l'étude du langage[3].

Face à cette relative unanimité, la situation de la doctrine juridique paraît beaucoup plus contrastée. Certains auteurs ont dénoncé de manière vigoureuse et argumentée le goût des juristes pour les définitions réelles et ses effets dévastateurs[4]. Devons-nous alors en conclure que le nominalisme règne sur la pensée juridique française[5] ? Nous pensons au contraire que le constat fait à propos de la Pologne par Zimbinski selon laquelle les juristes pensent avoir recours à des « définitions réelles, qui saisissent l'essence »[6] est tout à fait transposable à la situation française[7]. Certes, nous trouvons dans la doctrine française des exemples de définitions nominales clairement assumées comme telles[8]. Cependant, la conviction ancienne[9] de pratiquer des définitions réelles se rapportant à l'essence des choses reste le principe. Il est revendiqué explicitement dans des développements méthodologiques[10] y compris en philosophie du droit[11]. Il existerait une définition réelle, « objective, substantielle, matérielle […] [portant] sur les choses mêmes »[12]. Cet héritage apparaît aussi implicitement lors de développements théoriques soit dans le vocabulaire employé[13] soit dans la démarche suivie qui vise clairement la découverte d'une « idée » préexistante[14] parfois teintée de

---

qualification juridique : de la subsomption à l'abduction, Paris, LGDJ, 2003, p. 104) et il n'est pas utile de répondre à cette question car la pratique définitoire, seule à nous intéresser dans le cadre d'une étude méthodologique, fonctionne bien comme si l'essence était une entité métaphysique.

[1] Voir par exemple DUBS Homer, « Definition and its Problem », *Philosophical Review*, 1943, p. 566.

[2] Même M. Husfschmitt, pourtant partisan de la définition réelle entendue dans un certain sens, affirme qu'il « est évident qu'une définition est définition d'un mot » (HUFSCHMITT Benoît, *op. cit.*, p. 100).

[3] M. Rey affirme ainsi que « la définition ontologique […] n'est plus acceptable de nos jours » *in* SAGER Juan (dir.), *Essays on definition*, Amsterdam, Philadelphia, John Benjamins Publishing Company, 2000, p. 12.

[4] Il faut ici renvoyer à deux articles incontournables : SCARPELLI Uberto, « La définition en droit », *Logique et analyse* 1958, p. 127-138 et ROSS Alf, « Definition in Legal Language », *Logique et analyse* 1958, p. 139-149. Voir aussi, OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Pub. des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 139-180 et PINTORE Ana, « Définition en droit », précité, p. 171-172.

[5] Dans ce sens, DIENER Pascal, « Idée nominaliste et déconstruction du droit », *APD* 1983, p. 232.

[6] ZIMBINSKI Zygmunt, « Les définitions persuasives en droit », *APD* 1989, p. 262.

[7] Dans le même sens voir PINTORE Ana, article précité, p. 172. Les juristes continentaux sont « rarement conscients de la nature du travail de définition opérée non seulement par le législateur mais aussi par eux-mêmes ».

[8] Voir par exemple TROPER Michel, « Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement », *in Pour une théorie juridique de l'Etat*, précité, p. 131 ou ARNAUD André-Jean, « Les théories structuralistes du droit », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 98.

[9] Voir par exemple DABIN Jean, *La technique de l'élaboration…*, précité, p. 111 ou GÉNY François, *op. cit.*, p. 129.

[10] Nous pensons ici à la distinction entre définitions terminologique (conventionnelle) et réelle initiée par un fameux article (CORNU Gérard, « Les définitions dans la loi », *in Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 77-92) et suivie par de nombreuses études s'en réclamant explicitement (voir les numéros spéciaux *RRJ* 1986-4 et dans une moindre mesure 1987-4). Il ne faut toutefois pas exagérer la portée de cette prise de position qui souffre de l'ambiguïté du sens du terme définition réelle avec un rapport variable avec l'essentialisme selon les cas.

[11] KALINOWSKI Georges, « Note sur Krzysztof Kozlowski 'Caractérisation de la définition philosophique du droit' », *APD* 1963, p. 327 ou GRZEGORCZYK Christophe, « Le concept du bien juridique, l'impossible définition », *APD* 1979, p. 260.

[12] CORNU Gérard, article précité, p. 81.

[13] Voir par exemple, DAUPS Thierry, « De la fédération d'États-nations et de sa Constitution », *LPA* 2002, n°141, p. 14. M. Daups y refuse la divisibilité de la souveraineté au titre de sa « nature » car « dans son essence elle est un absolu ». Voir aussi HAMON Léo, « L'État de droit et son essence », *RFDC* 1990, p. 699-712.

[14] PARTYKA Patricia, *Approche épistémologique de la notion de qualification en droit privé français*, Thèse, Montpellier, 2004, p. 383 ou BEAUD Olivier, « La fédération entre l'État et l'empire », *in* ALLAIN Annie, DUPONT Marilyne et HEARN Michael (dir.), *Les fédéralismes*, Villeneuve d'Ascq, PU du Septentrion, 1996, p. 37.

jusnaturalisme[1]. La survie de l'essentialisme dans la doctrine française ne peut surprendre car la défense de la définition nominale contre une longue tradition continentale a été menée par des juristes étrangers se rattachant à des écoles juridiques peu représentées en France[2].

Quoi qu'il en soit, la méthodologie de la définition variera selon que nous entendons produire une définition réelle ou nominale puisque l'une porte sur une chose et l'autre sur un mot. Il nous faut donc trancher entre ces deux interprétations de l'opération définitoire. De manière classique, la présentation de la définition comme une activité de connaissance d'une chose est rejetée car, pour les termes généraux, elle exige une référence à l'essence faute d'existence physique des réalités générales. Il est impossible de décrire une essence car « il n'existe rien de tel que des essences »[3] donc « au-delà des usages d'un mot […] il ne nous reste pas un autre phénomène à expliquer, que ce soit le Sens, la Nature, ou l'Essence »[4]. Alf Ross va même jusqu'à affirmer que « il ne devrait pas être nécessaire d'utiliser beaucoup de mots pour montrer que la conception aristotélicienne des essences est une chose complètement vide et dépourvue de sens. Pour autant que je sache, l'essentialisme ne joue plus aucun rôle dans la réflexion actuelle sur les sciences »[5]. Une telle position est défendable car l'essentialisme est intimement lié à la conception antique du monde comme cosmos[6]. Y adhérer implique de rejeter l'ensemble de la science contemporaine[7]. Pourtant cette argumentation recèle un défaut : elle impose de s'exprimer sur le mode d'existence des réalités ce qui dénote d'une démarche métaphysique[8]. Il s'agit d'un choix ontologique et donc arbitraire[9]. Il paraît dès lors préférable d'employer un argument méthodologique : même si nous admettions l'existence des essences, il n'existe pas de moyens d'accéder à de telles entités et de débattre de leur contenu. Il est donc inutile d'établir un lien entre définition et essence car il sera impossible d'évaluer le bien-fondé d'une définition sur la base d'une entité métaphysique inaccessible. Affirmer qu'une définition proposée exprime l'essence d'un terme n'est qu'un moyen de camoufler un choix arbitraire[10]. Le travail de définition ne peut donc

---

[1] Voir par exemple ATIAS Christian, *Théorie contre arbitraire*, Paris, PUF, 1987, p. 130.
[2] Notons de plus que le professeur Dworkin a renoué avec une forme d'essentialisme en avançant l'idée selon laquelle les concepts politiques, parmi lesquels le concept de droit, auraient une structure profonde indépendante des représentations des locuteurs et comparable dans une certaine mesure à l'ADN caractérisant les espèces animales (« Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy », *OJLS* 2004, p. 12). Cette idée semble toutefois inconnue de la doctrine française et ne peut donc expliquer sa dimension essentialiste résiduelle. Pour une critique de cette conception des concepts politiques, voir PATTERSON Dennis, « Dworkin on the Semantics of Legal and Political Concepts », *OJLS* 2006, notamment p. 553.
[3] ROBINSON Richard, *op. cit.*, p. 154.
[4] MAHDAVY Hussein, *op. cit.*, p. 96.
[5] ROSS Alf, article précité, p. 146.
[6] RICKERT Heinrich, *Théorie de la définition*, Paris, Gallimard, 1997, p. 206.
[7] VILLEY Michel, « Logique d'Aristote et droit romain », précité, p. 326.
[8] Dans le même sens, voir Bradley cité par AYER Alfred Jules, *Langage, vérité et logique*, Paris, Flammarion, 1954, p. 41.
[9] TROPER Michel, « Les théories volontaristes du droit, ontologie et théorie de la science du droit », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, précité, p. 55.
[10] ROBINSON Richard, *op. cit.*, p. 155.

que partir d'un mot et jamais d'une chose : il s'agit toujours d'une « *word definition* » au sens retenu par Robinson. La définition est ici finalement définie comme une opération servant à déterminer la signification d'un mot. La signification n'est pas vue comme une nouvelle entité métaphysique[1] mais uniquement comme l'usage du terme[2] ou plutôt, pour éviter les critiques faites aux excès de cette approche du langage [3], un certain nombre de « directives générales sur son utilisation […] pour référer ou asserter »[4] ou sur « ses conditions d'emploi »[5] donnant la capacité de comprendre les phrases utilisant ce mot[6].

Pour conclure sur ce point, il semble important d'expliquer pourquoi l'abandon de la définition réelle prend place dans la partie descriptive de la méthodologie alors que les acteurs en usent couramment. Nous ne recommandons pas d'abandonner les définitions réelles : nous constatons qu'il ne peut exister de définition réelle puisqu'il s'agit d'une opération impossible dans la grille d'analyse retenue. Le choix d'une quelconque théorie générale du droit fondant l'aspect prescriptif de la méthodologie ne peut modifier cet état de fait. Nous nous bornons à relever que ce que les juristes appellent « définition » correspond à une définition de mot quand bien même ils ont parfois une pré-compréhension différente de cette opération.

Cette analyse de l'opération de définition en droit permet de mieux saisir la démarche à suivre lors de la définition de la « constitution » sans être gêné par les vestiges de l'essentialisme qui encombrent la méthodologie juridique. Présenter la définition comme un travail avant tout langagier[7] exige de reformuler la question à laquelle nous tentons de répondre. Classiquement, nous aurions pu nous demander « qu'est-ce qu'une constitution ? »[8].

---

[1] Sur ce danger voir AUSTIN John Langshaw, *Écrits philosophiques*, Paris, Seuil, 1994, p. 28 et QUINE V.O.W., *La poursuite de la vérité*, Paris, Seuil, 1993, p. 88.

[2] WITTGENSTEIN Ludwig, *Investigations philosophiques*, Paris, Gallimard, 1961, p. 128 et 135.

[3] SEARLE John, *Les actes de langage. Essai de philosophie du langage*, Paris, Hermann, 1972, p. 198. Pour cet auteur, cette théorie est utile pour évacuer toute dimension métaphysique mais constitue un « outil d'analyse » insuffisant.

[4] STRAWSON Peter Frederick, « De l'acte de référence », *in Etudes de logique et de linguistique*, Paris, Seuil, 1977, p. 18.

[5] RÉCANATI François, *Le sens littéral. Langage, contexte*, *contenu*, Paris, Tel Aviv, L'éclat, 2004, p. 11.

[6] AUSTIN John Langshaw, *op. cit.*, p. 23. Notons que cette approche de la signification s'oppose aux conceptions plus récentes défendues notamment par Kripke (*La logique des noms propres*, Paris, Les éditions de minuit, 1982, p. 115) et Putnam (*Représentation et réalité*, Paris, Gallimard, 1990, p. 171) qui estiment que la signification provient de la référence des mots, issue d'un « baptême » initial, et non d'une série de caractéristiques renvoyant à la référence. Sans nous prononcer de manière générale sur ces théories contestées, il faut noter qu'elles sont surtout défendues pour certaines catégories de noms utilisés dans le discours ordinaire : les noms propres et les termes désignant une espèce ou une substance naturelle. Elles paraissent difficilement utilisables dans des langages techniques qui reposent sur des définitions explicites et à propos d'entités sociales dépourvues de « structure profonde » (pour une idée proche appliquée au domaine juridique, voir BIX Brian, « Joseph Raz and Conceptual Analysis », *APA Newsletter on Philosophy and Law* 2007-2, p. 2 et au domaine politique, *supra*, p. 36). Le rôle conféré à certaines autorités dans le contexte spécifique du discours juridique ne favorise pas non plus leur utilisation (BIX Brian, « Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy ? », *Ratio Juris* 2003, p. 293). S'il est possible d'envisager qu'elles puissent servir à définir les termes juridiques issus du langage ordinaire et entrant dans les catégories concernées à titre principal par cette théorie, elles ne paraissent pas généralisables et surtout pas utilisables à propos du terme « constitution » dans les discours juridiques.

[7] Il en va de même de l'étude du concept qui ne peut être saisi que par le langage. Voir en ce sens, TROPER Michel, « Libre administration et théorie générale du droit. Le concept de libre administration », *in* MOREAU Jacques et DARCY Jules (dir.), *La libre administration des collectivités territoriales*, Paris, Economica, 1984, p. 57.

[8] Ainsi Carré de Malberg, voulant définir l'État, se demande « qu'est ce que l'État » (CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, T. I, p. 1).

Néanmoins, cette formulation risque de laisser penser que nous nous livrons à une recherche empirique ou métaphysique, à la description d'une chose ou d'une essence, alors que nous déterminons la signification d'un mot. C'est d'ailleurs à travers une telle question que les essentialistes de l'Antiquité envisageaient l'opération de définition[1]. Rechercher « ce que veut dire le mot 'constitution' » paraît donc préférable pour intégrer le tournant langagier et nominaliste que nous avons pris. Mieux, il convient de suivre l'exemple d'Austin[2], repris par Scarpelli[3] et Hart[4], en exprimant notre question comme « que veut-on dire quand on dit 'X est une constitution' ». Cela permet de comprendre « l'emploi ou certains emplois, du mot »[5], dans son contexte.

Par ailleurs, il arrive que les théoriciens s'interrogent non sur « ce qu'est X » mais sur « la nature de X ». Devrions-nous alors élucider la nature de la constitution en ne nous limitant pas à l'opération de définition telle que nous l'avons expliquée ci-dessus ? Il n'en est rien car il en va des natures comme des essences : il est difficile d'envisager leur existence et impossible en tout état de cause d'y avoir accès. Toutefois, il ne convient pas de rejeter les nombreuses études portant sur la « nature » des institutions juridiques comme dénuées de sens. L'interrogation de la nature d'une chose est à juste titre vue comme une demande de définition[6] telle que nous l'avons envisagée. Cette explication ne peut valoir que pour les termes généraux, susceptibles de définition, mais pas pour la recherche de la nature des termes individuels[7]. Dans ce second cas, il s'agit d'une demande de classification, autrement dit, de placement d'une réalité individuelle dans une catégorie. « Avoir la nature de X » s'entend donc simplement comme entrer dans la catégorie « X » : la nature n'a plus aucune dimension métaphysique mais renvoie à la classification retenue pour une réalité donnée.

La grille d'analyse appliquée nous permet de saisir en quoi consiste la détermination de la définition ou de la nature de la constitution en reformulant la question posée pour éviter tout

---

[1] REBEYROLLE Josette, *Forme et fonction de la définition en discours*, Thèse de linguistique, Toulouse, 2000, p. 6.

[2] « Qu'est-ce que la vérité ? […] en soi un nom abstrait, le chameau d'une construction logique qui ne peut même pas passer par le chas d'un grammairien. Nous l'approchons chapeau bas et nos catégories à la main » alors que le véritable problème est de savoir « que qualifions-nous de 'vrai' ou de 'faux' ? Ou bien comment l'expression 'est vrai' se présente-t-elle dans les phrases » (AUSTIN John Langshaw, *op. cit.*, p. 93).

[3] « Qu'est-ce que le positivisme ? Ou plutôt, pour poser la question selon les règles de la meilleure philosophie du langage, qu'entendons-nous précisément par l'expression 'juspositivisme' ? » (SCARPELLI Uberto, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, Paris, LGDJ, 1996, p. 3).

[4] HART Herbert Lionel Adolphus, « Definition and Theory in Jurisprudence », *LQR* 1954, p. 38 et 50. Notons toutefois qu'Hart pousse cette démarche plus loin que nous en rejetant les définitions par genre et différence spécifique. Pour des critiques des excès de cet article, voir BAYLES Michael, *Hart's Legal Philosophy*, Dordrecht, Kluwer, 1992, p. 6-11 et HACKER P.M.S., « Definition in Jurisprudence », *The Philosophical Quarterly* 1969, p. 343-347.

[5] AUSTIN John Langshaw, *op. cit.*, p. 93.

[6] Voir en ce sens AYER Alfred Jules, *Langage, logique et vérité*, précité, p. 77 ou WILLIAMS Glanville, « Language and the Law », *LQR* 1946, p. 389.

[7] L'interrogation sur la nature porte souvent sur des tels termes. Voir par exemple BRÉCHON-MOULINES Christine, « L'impossible définition du Conseil supérieur de la magistrature », *RDP* 1973, p. 600.

essentialisme. En outre, l'abandon de la définition réelle a aussi des effets quant au choix du définissant en permettant la diversification des modes de définition (2).

2. LE DESACCORD SUR LE DEFINISSANT : LES DIFFERENTS MODES DE DEFINITION

La définition, en tant que produit, se présente comme un rapport établi entre un défini et un définissant[1]. La définition en tant qu'opération peut donc être conçue comme l'élaboration de ce définissant. Dans le cadre de la définition réelle, ce définissant a pour seule fonction de décrire l'essence. Mais, une fois la définition réelle abandonnée, ce modèle n'a plus de valeur particulière et il convient de déterminer la fonction du définissant. L'opération de définition sert à préciser la signification, d'un mot, c'est-à-dire les règles régissant son usage[2]. Il y a deux manières de comprendre cet objectif : soit la définition vise à décrire ces règles, soit elle vise à les créer. Cette alternative s'incarne dans la différence entre définitions lexicale et stipulative[3]. La première vise à la connaissance d'un usage effectif ou de la règle d'usage appliquée. La seconde est une action sur le langage, dépassant la connaissance de l'usage actuel du mot, pour choisir le sens à retenir, autrement dit fixer la règle régissant l'usage de ce mot. Chacune d'entre elle recèle une part de connaissance et une part de décision mais la connaissance est centrale dans le premier cas alors que c'est la décision qui prévaut dans le second. Ces deux démarches ne sont pas incompatibles mais complémentaires car elles dépendent de l'objectif poursuivi par la définition, entre compréhension des énoncés existants et clarification des énoncés à produire[4]. L'une se rapporte au passé[5] et l'autre à l'avenir[6]. Cette distinction, inconnue des réalistes qui croient à l'existence d'un lien naturel entre un signe et certaines choses[7], est fondamentale car elle implique deux méthodologies différentes. La définition lexicale est dotée d'une valeur de vérité. Elle est donc contestable, en tant qu'elle rapporte un fait : l'usage du terme[8]. La définition stipulative, elle, n'est jamais fausse[9] puisqu'il ne s'agit pas d'une assertion mais d'une prescription[10]. Cet arbitraire[11] est inadmissible pour un réaliste pour qui une définition peut toujours être rejetée si elle ne

[1] BOURCIER Danièle, « Argumentation et définition en droit », *Langages* n°42, p. 116.
[2] SCARPELLI Uberto, article précité, p. 128.
[3] ROBINSON Richard, *op. cit.*, p. 35-85 ; PINTORE Ana, article précité, p. 172 ; SCARPELLI Uberto, article précité, p. 134 ou TROPER Michel, « Pour une définition stipulative du droit », *Droits* n°10, p. 102.
[4] ROBINSON Richard, *op. cit.*, p. 67.
[5] *Ibid.*, p. 35.
[6] *Ibid.*, p. 63.
[7] *Ibid.*, p. 66.
[8] SCARPELLI Uberto, *op. cit.*, p. 6 ou ROBINSON Richard, *op. cit.*, p. 39.
[9] TROPER Michel, article précité, p. 103.
[10] Mme Rebeyrolle évoque la nature « performative » de telles définitions (REBEYROLLE Josette, *op. cit.*, p. 25) alors que Robinson évoque une attitude normative (ROBINSON Richard, *op. cit.*, p. 59).
[11] Il s'agit d'un « choix délibéré, arbitraire et conscient » (*ibid.*, p. 60, voir aussi p. 66).

correspond pas à l'essence de la chose. Nous voyons ici la révolution que constitue, sur le plan méthodologique, le passage de la définition de chose à la définition de mot car elle remet en partie en cause l'idée de véracité d'une définition. Cette liberté de choix est admissible dans la mesure où nous restons conscients de ses limites : définir le mot « lampe » comme correspondant à un stylo ne doit pas laisser croire que le stylo va éclairer la pièce. Il en va de même pour la constitution : la définition stipulative de « constitution » n'implique pas que les objets désignés par le nouveau sens du terme hériteront des propriétés reconnues aux membres de l'actuelle catégorie de constitution. L'établissement du rapport entre la définition et l'usage permet de mieux saisir la possibilité d'une adaptation de la catégorie de constitution. Dans un cadre essentialiste, toute évolution est impossible puisque la définition, et donc la catégorie, se rapporte à l'essence universelle et éternelle de la constitution. Ici en revanche, l'adaptation peut se concevoir aussi bien dans le cadre d'une démarche lexicale, en cas d'évolution de l'usage du terme, que stipulative, si nous recommandons un tel changement. De ce fait, la définition proposée aura forcément une valeur limitée dans le temps et dans l'espace car une nouvelle évolution est toujours possible. Notons qu'il n'est donc pas possible pour le moment de statuer sur le type de définissant de la « constitution » qu'il convient d'élaborer car nous verrons que les définissants présents dans les discours juridiques répondent aux deux fonctions exposées ici[1].

Le report du choix sur la fonction du définissant n'exonère pas de l'étude de sa forme. Le définissant se présente dans la tradition aristotélicienne comme une série de conditions nécessaires et suffisantes passant par la détermination du genre prochain et de la différence spécifique caractérisant l'espèce définie. Ce modèle est lié historiquement à la définition réelle. L'abandon de la définition réelle pose donc la question de sa survie et de son remplacement car il fait l'objet de plusieurs grandes critiques.

Au regard de l'importance qu'elle a traditionnellement en droit depuis Rome[2], cette forme de définissant a fait l'objet d'une critique spécifique dans la théorie juridique. Il paraît justifié de rejeter le passage par le genre et la différence spécifique comme mode exclusif de définition en raison de l'abandon de l'essentialisme[3]. Cependant, la critique de certains théoriciens a été plus profonde excluant même l'idée d'une définition reposant sur une série de conditions permettant d'isoler la référence du terme juridique en soutenant que les termes

[1] La place de chacune d'entre elles est exprimée de manière imprécise dans les études actuelles (SCARPELLI Uberto, article précité, p. 138 ou PINTORE Ana, article précité, p. 172).
[2] CARBASSE Jean-Marie, *Manuel d'introduction historique au droit*, Paris, PUF, 2002, p. 59.
[3] PINTORE Ana, article précité, p. 172.

juridiques n'ont justement pas de référence[1]. Ils auraient seulement une fonction, qui peut être décrite en mettant en relation ce terme et les conséquences légales prévues ou prévisibles. Cette doctrine a été promue par Ross[2] et dans une moindre mesure par Hart[3]. Elle est peut-être défendable pour certains termes qui auraient la particularité de ne pas avoir de référence[4] mais ne peut valoir pour tous les termes juridiques[5]. Ainsi l'énoncé « X est un vol » peut être construit avec « X » en tant que fait. Dans l'énoncé « les vols sont interdits », le mot « vol » aura bel et bien une référence factuelle. C'est pourquoi nous estimons que le terme « vol » signifie une catégorie juridique. Accepter que le raisonnement de Ross, qui porte notamment sur la propriété, soit valable pour tous les termes juridiques[6] ne correspond pas à la réalité du discours juridique. Dans ces conditions, le définissant se rapportant à une catégorie juridique devra suivre le modèle de la « *word-thing definition* » proposé par Robinson : le défini est un mot et le définissant une chose[7]. Plus précisément, le définissant renvoie en dernière analyse à une chose car les différentes formes du définissant ne sont que des moyens variés de relier un mot à une chose[8] parmi lesquels nous retrouvons la méthode aristotélicienne de définition[9]. La définition n'est pas une fin en soi mais ne vise qu'à déterminer la référence du terme signifiant la catégorie, c'est-à-dire les membres de la catégorie[10], les « objets qui doivent rentrer dans la notion »[11]. « Il n'y a des mots à définir que parce que nous voulons parler […]

---

[1] Notons que Ross a finalement admis que les termes juridiques avaient une signification même s'ils n'avaient pas de référence. Pour des détails, voir BRUNET Pierre, « Alf Ross et la conception référentielle de la signification en droit », *Droit et Société* n°50/2002.

[2] ROSS Alf, « Tû-Tû », *HLR* vol. 70, n°5, 1957, p. 812-825.

[3] HART Herbert Lionel Adolphus, article précité, p. 45. Il ne faut toutefois pas assimiler les raisonnements de Ross et de Hart car le réalisme du premier amène des différences substantielles entre les deux théories (clairement explicitées dans ROSS Alf, « Definition in Legal Language », précité, p. 140-144). Nous ne les détaillerons pas ici car elles ne portent pas sur le problème qui se pose à nous, c'est-à-dire l'existence d'une référence.

[4] Voir *supra*, p. 29. Rappelons que nous n'entendons pas nous engager dans ce débat sur l'existence de certains termes juridiques sans référence. Dans la mesure où l'on admet que le terme « constitution » en possède une, le reste ne nous concerne pas. De ce fait, nous n'entendons pas nous engager dans une critique générale de l'approche de Ross, qui a d'ailleurs déjà souvent été menée (voir par exemple SIMPSON A.W.B., « The Analysis of Legal Concepts », *LQR* 1964, p. 535-558).

[5] Hart ne s'exprime d'ailleurs que sur certains termes sans prétendre généraliser ses conclusions. Il adopte une position plus modérée dans HART Herbert Lionel Adolphus, « Le concept de droit », Bruxelles, Pub. des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 27. Voir dans le même sens, WILLIAMS Glanville, article précité, p. 73.

[6] Voir par exemple TROPER Michel, « Libre administration et théorie générale du droit… », précité, p. 60 ou la vision de Strömberg (exposée dans STRÖMHOLM Stig et VOGEL Hans-Heinrich, *Le réalisme scandinave dans la philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1975, p. 77) qui estime que les qualifications ne renvoient à aucune réalité extérieure. Notons tout de même que le professeur Troper préfère généralement évoquer des termes particulièrement problématiques comme « État » ou « société » (voir « Le réalisme et le juge constitutionnel », *CCC* n°22, p. 189). Il a d'ailleurs de manière très étonnante décrit l'idée selon laquelle les termes juridiques auraient une référence comme une forme de réalisme ontologique (*ibid.*, p. 190). Il faut noter que les travaux de Ross portent surtout sur des concepts problématiques, notamment le concept de droit subjectif (*On Law and Justice*, Londres, Stevens & Sons Ltd., 1958, p. 170-188) ou celui d'État (« Sur les concepts État et organes d'État en droit constitutionnel », *in Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, LGDJ, 2004, p. 167-182).

[7] ROBINSON Richard, *Definition*, Oxford, Clarendon, 1950, p. 17.

[8] *Ibid.*, p. 93.

[9] *Ibid.*, p. 97.

[10] KLEIBER Georges, *La sémantique du prototype*, Paris, PUF, 1990, p. 17.

[11] EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1982, vol. 1, p. 18.

de quelque chose avec des mots »[1]. La définition consiste donc à préciser selon la formule classique l'intention du concept, la signification du mot, qui sert à déterminer l'extension du concept, la référence du mot[2]. Il faut qu'elle « renvoie d'une manière compréhensible à un objet réel »[3]. Cela peut tout à fait passer par une série de critères[4] ou de conditions nécessaires et suffisantes. Il faut bien ici insister sur le rapport de la définition et de la dénotation car « la sémantique n'a aucun sens si elle n'est pas tournée vers […] la réalité »[5].

Néanmoins, la critique de la forme aristotélicienne du définissant n'est évidemment pas propre à la théorie juridique. En philosophie, l'exclusivité de la définition par genre et différence spécifique est sans cesse contestée[6]. Plus personne ne soutiendrait aujourd'hui l'obligation de définir un terme par cette méthode. Qui plus est, une nouvelle critique a été formulée dans le cadre de la psychologie et de la linguistique cognitive : la catégorisation ne pourrait dans de nombreux cas s'expliquer par une sélection passant par une série de conditions nécessaires et suffisantes. Au contraire elle s'opérerait à travers un modèle dit « prototypique » dont la forme classique de définissant ne peut rendre compte[7]. Certains ont d'ailleurs proposé d'appliquer cette théorie au droit[8]. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce modèle complexe[9]. En attendant, bornons-nous à constater qu'il ne remet en cause ni le rapport entre un mot et une classe de choses ni l'existence de frontières entre les significations des mots. L'idée de « *word-thing definition* » que nous avons adoptée est donc *a priori* compatible avec une approche prototypique. Finalement, il apparaît clairement que diverses formes de définissant[10] sont envisageables pour les catégories juridiques, au-delà de la détermination du genre et la différence spécifique, sous la seule réserve de pouvoir relier un mot à une classe de choses. Le choix définitif de la forme du définissant à retenir pour le terme « constitution » dépend des buts affectés à la définition[11]. À ce stade du raisonnement,

---

[1] RIEGEL Martin, « La définition, acte du langage ordinaire », *in* Centre d'étude du lexique, *op. cit.*, p. 97. Au passage, cette idée fondamentale montre les limites de l'analyse de Ross : si elle permet d'envisager une étude externe du droit cherchant à comprendre pourquoi le droit a besoin d'un concept donné (BRUNET Pierre, article précité), elle ne permet en aucun cas d'envisager une qualification juridique, sauf à reconnaître que certaines catégories juridiques, les faits-conditions envisagés par Ross, ont bien une référence. Définir la constitution reviendrait alors à identifier le fait-condition qui entraîne l'application du régime juridique des normes constitutionnelles, ce qui donne bien au terme « constitution » une référence.
[2] SMITH Edward et MEDIN Douglas, *Categories and Concepts*, Cambridge, HUP, 1981, p. 20.
[3] FAVOREU Louis *et alii*, *Droit constitutionnel*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 58.
[4] BOBBIO Norberto, « Pour un lexique de théorie générale du droit », *in Essais de théorie du droit*, précité, p. 59. Bobbio assimile « intention » et « critères différentiels » dans le domaine du droit.
[5] KLEIBER Georges, *Problèmes de sémantique. La polysémie en question*, précité, p. 11 et 32.
[6] Voir par exemple SAGER Juan, *op. cit.*, p. 125 ou HUFSCHMITT, *op. cit.*, p. 297, 451 ou 510.
[7] Pour une vue générale, voir KLEIBER Georges, *La sémantique du prototype*, Paris, PUF, 1990, 199 p.
[8] BLANCHARD François, « Vers une théorie de la qualification juridique. Les théories épistémiques de la catégorisation », *in* BOURIER Danièle et MACKAY Pierre (dir.), *Lire le droit : langue, texte et cognition*, Paris, LGDJ, 1992, p. 232 ou JANVILLE Thomas, *La qualification juridique des faits*, Thèse, Paris, 2002, p. 58.
[9] Voir *infra*, p. 78 et s.
[10] Pour des exemples, voir ROBINSON Richard, *op. cit.*, p. 149-187 ou BORSODI Ralph, *The Definition of Definition. A New Linguistic Approach to the Integration of Knowledge*, Boston, Porter Sargent Publisher, 1967, p. 24-38.
[11] WILLIAMS Glanvile, article précité, p. 389 ou DUBS Homer, « Definition and its Problem », précité, p. 566.

nous ne pouvons donc statuer sur ce point, faute d'avoir précisé le but de la définition qui relève logiquement de la partie normative de la méthodologie.

Pour conclure, l'abandon de la définition réelle laisse place à diverses fonctions et formes pour le définissant d'un terme signifiant une catégorie juridique. Mais il permet également d'envisager une pluralité légitime de significations, et donc de catégories, pour un seul et même terme. Il ne faut donc pas tenter de réduire le multiple à l'unique en cherchant un point commun entre les divers usages d'un mot[1] car l'identité du signifiant n'implique pas celle des signifiés. Au contraire, il ne faut pas hésiter à prévoir plusieurs définitions d'un même mot pour mieux dissiper les confusions résultant de son usage. Or, cette division est encouragée par la variété des types de catégories juridiques (II).

II. LA TYPOLOGIE DES CATEGORIES JURIDIQUES

Nous avons déjà pu constater que les catégories du discours sur le droit et celles du discours du droit n'avaient pas la même fonction. Cette idée doit être précisée et généralisée : le placement des catégories juridiques dans différents types de discours justifie la construction d'une véritable typologie des catégories juridiques (A). En effet, leur structure varie considérablement selon le discours dans lequel elles se placent (B).

A. Le principe de la typologie : le placement des catégories dans un discours

Jusqu'ici nous avons pour l'essentiel traité le discours juridique comme un tout cohérent. Nous n'avons pas tiré de conséquences importantes de l'opposition entre discours sur le droit et discours du droit. Il est désormais utile de subdiviser de manière plus poussée le discours juridique pour saisir aisément les différents sens que peut prendre un terme juridique selon le contexte d'énonciation. Pour préciser cette idée il convient de détailler les diverses sortes de discours juridiques (1) puis la typologie des catégories qui en découle (2).

1. LA DIVERSITE DES DISCOURS JURIDIQUES

Le contexte joue un rôle fondamental dans la compréhension du langage. L'approche pragmatique du langage enseigne que « le sens des mots […] est déterminé d'une façon

[1] Pour des pratiques de ce genre, voir DE PATER Walter Horatio, *Les topiques d'Aristote et la dialectique platonicienne. La méthodologie de la définition*, Fribourg, Éd. Saint Paul, 1965, p. 38.

déterminante par le contexte »[1]. Dans ces conditions, la détermination de la signification d'un mot ne peut avoir lieu que dans le contexte de son énonciation[2]. Exclure cet élément de l'étude de la signification du mot « constitution » ne peut donner de résultat satisfaisant[3] puisque le sens d'un mot change selon le contexte de son emploi[4]. L'éclaircissement de l'ambiguïté actuelle du terme « constitution » exige que nous prenions en considération le contexte car la polysémie ne peut être éliminée que dans un contexte donné[5]. Il faut donc passer de l'étude du langage à celle du discours, c'est-à-dire du langage en action[6]. Les différences que nous allons établir entre les discours juridiques reposent sur leur fonction et l'identité de leurs locuteurs. Ce sont des éléments fondamentaux de la détermination du contexte[7] mais cela ne peut suffire à le résumer car il comprend d'autres variables[8]. Il pourrait dès lors être tentant de nier toute possibilité de définition générale en limitant la compréhension d'un terme au contexte de son emploi. Une telle idée est envisagée par Hart[9] et surtout par l'école herméneutique[10]. Il s'agit d'un excès assimilable à la tentation inverse, celle de négliger totalement le contexte dans la compréhension des termes. La signification est déterminée par des rapports permanents entre les niveaux sémantique et pragmatique[11] car la signification de l'énonciation dépend en partie de celle de la phrase hors contexte[12]. Certes, la référence d'un terme, élément essentiel pour une catégorie juridique, n'est établie définitivement que dans un contexte précis mais elle dépend de certaines « conventions

---

[1] VAN HOECKE Mark, « Définitions légales et interprétations de la loi », *Droit et Société* n°8/1988. Précisons que le sens du terme « pragmatique » est relativement contesté. Mme Poggi distingue par exemple neufs sens distincts parfois utilisés (« Semantics, Pragmatics, and Interpretation », *Analisi e Diritto* 2007, p. 160). Nous nous référons ici uniquement à l'opposition entre la signification envisagée en dehors de tout contexte spécifique et la signification dans un contexte donné.

[2] GARRIC Nathalie et CALAS Frédéric, *Introduction à la pragmatique*, Paris, Hachette, 2007, p. 8. Pour des applications dans la science juridique, voir GUASTINI Riccardo, « Interprétation et description des normes », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 90 ; HAID Franck, *Les notions indéterminées dans la loi*, Thèse, Aix-Marseille, 2005, p. 47 ou ROSS Alf, *On Law and Justice*, précité, p. 114.

[3] BOURCIER Danièle, « La novlangue du droit ou comment rendre actifs les textes juridique », précité, p. 375.

[4] ZIMBINSKI Zygmunt, « Le langage du droit et le langage juridique, les critères de leur distinction », *APD* 1974, p. 26.

[5] VAN DE KERCHOVE Michel, « La théorie des actes de langage et la théorie de l'interprétation juridique », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, p. 224.

[6] ROSS Alf, *Directives and Norms*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1968, p. 3.

[7] AMSELEK Paul, « Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques », *RMM* 1990, p. 397. Pour une typologie des contextes, dans laquelle les éléments que nous retenons sont désignés comme le « contexte interactionnel », voir SARFATI Georges-Elia, *Précis de pragmatique*, Paris, Nathan, 2002, p. 25.

[8] STRAWSON Peter Frederick, « De l'acte de référence », précité, p. 29 et HAID Franck, *op. cit.*, p. 47.

[9] Notons cependant qu'Hart a finalement reconnu qu'il avait sous-estimé à tort le rôle des conventions du langage (« Introduction », *in Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon, 1983, p. 14).

[10] Voir pour un exemple MÜLLER Friedrich, *Discours de la méthode juridique*, Paris, PUF, 1996, p. 374-383.

[11] STRAWSON Peter Frederick, « Signification et vérité », *in Études de logique et de linguistique*, précité, p. 197 ; SEARLE John, *op. cit.*, p. 55 ou LANDOWSKI Eric, « Statut et pratiques du texte juridique », *in* BOURCIER Danièle et MACKAY Pierre (dir.), *Lire le droit : langue, texte et cognition*, précité, p. 449. La position de Hart correspond à une version philosophique radicale de la pragmatique aujourd'hui délaissée en linguistique au profit d'une étude des relations entre conventions et contexte dans le cadre d'une combinaison entre sémantique et pragmatique. Voir BRACOPS Martine, *Introduction à la pragmatique*, Bruxelles, De Boeck, 2006, p. 25 ; MEY Jacob, *Pragmatics. An Introduction*, 2e éd., Cambridge, CUP, 2001, p. 7-9 et RÉCANITI François, *op. cit.*, p. 11.

[12] MOORE Michael, article précité, p. 290. Il est ainsi nécessaire de combiner la signification de la phrase, de l'énoncé et de l'acte de communication (CRUSE Alan, *Meaning in Language*, 2e éd., Oxford, OUP, 2004, p. 19-22).

linguistiques »[1] qu'il faut combiner avec les intentions des locuteurs[2]. Une définition tenant compte du discours dans lequel s'inscrit le terme permet une précision aussi forte que possible sur ces conventions[3]. L'incertitude est donc réduite *a priori* par une sorte de prédétermination. Notons que la dimension syntaxique du discours ne joue aucun rôle ici car le discours juridique ne présente pas d'originalité de ce point de vue[4] et ne se différencie des autres que sur une base sémantique[5] et pragmatique[6]. La connaissance du discours dans lequel se place une catégorie est indispensable pour pouvoir la définir car « les buts communicatifs du discours déterminent les caractéristiques du langage, et en particulier de leur sémantique »[7]. Il faut donc établir une typologie de ces discours.

Envisager une classification de différents langages ou discours juridiques est une idée assez classique dans l'approche analytique ou sémiotique du droit[8]. Nous ne reviendrons pas sur chacune des typologies proposées. En effet, une telle typologie est créée dans une certaine optique[9]. Il n'est donc pas utile de détailler celles qui ont été construites sans chercher à préciser la signification ou la définition des termes. Nous ne prétendons pas proposer une typologie unique ou meilleure que les autres mais simplement adaptée à la distinction des divers sens des catégories juridiques. Il ne s'agit pas de la révélation d'une vérité sur la nature des discours mais d'une stipulation préparant une analyse. C'est donc un choix arbitraire qui se justifie par son utilité qui apparaîtra au fur et à mesure de son utilisation dans notre étude.

Notre typologie repose sur l'identité des locuteurs et sur la fonction du discours, critère assez classique de distinction[10]. La base de celle-ci est l'opposition déjà évoquée entre discours du droit[11] et discours sur le droit[1]. Dans le premier cas, le locuteur est habilité ou, ce

---

[1] STRAWSON Peter Frederick, « De l'acte de référence », précité, p. 18 et 29.

[2] Pour un bilan sur les rapports entre ces deux éléments, voir AVRAMIDES Anita, « Intention and Convention », *in* HALE Bob et WRIGHT Christian (dir.), *A Companion to the Philosophy of Language*, Oxford, Blackwell, 1997, p. 26-57.

[3] Elle permet notamment dans les cas de polysémie de préciser lequel des différents sens du terme doit être retenu. Il ne faut pas penser pour autant que le sens d'une énonciation est déterminé par l'ajout des termes qui la composent : le sens des termes et de l'énonciation sont solidairement et réciproquement déterminés. La compréhension ne peut se baser exclusivement ni sur les termes ni sur le contexte mais sur leur interaction.

[4] WROBLEWSKI Jerzy, « Les langages juridiques, une typologie », *Droit et Société* n°8/1988 ou JESTAZ Philippe, « Le langage et la force contraignante du droit », *in* INGBER Léon et VASSART Patrick, *Le langage du droit*, Bruxelles, Némésis, 1991, p. 75. Pour un avis contraire voir PAYCHÈRE François, *Théorie du discours juridique. Essai sur les rapports des sciences du langage à la théorie générale du droit*, Thèse, Paris, 1990, p. 78.

[5] RICHARD Pascal, « Les apports de Wittgenstein à la réflexion comparatiste », *RIDC* 2005, p. 901.

[6] WROBLEWSKI Jerzy, article précité.

[7] *Ibid*.

[8] Voir ainsi ZIMBINSKI Zygmunt, article précité, p. 25 ; PARTYKA Patricia, *op. cit.*, p. 74 ; WROBLEWSKI Jerzy, article précité ou KALINOWSKI Georges, « Sur les langages respectifs du législateur, du juge et de la loi », *APD* 1974, p. 63-74.

[9] WROBLEWSKI Jerzy, article précité.

[10] BOBBIO Norberto, « La norme », *in Essais…*, précité, p. 112 ou WROBLEWSKI Jerzy, « Legal Norm as the Object of Legal Science », *Archivum Iuridicum Cracoviense* 1969, p. 20.

[11] Nous n'entendons pas prendre position ici pour savoir si l'on peut considérer le droit uniquement comme un discours (sur ce débat voir PINTORE Ana, « Sur la philosophie du droit de tendance analytique », *Droit et Société* n°23-24/1993, p. 200 ; HABA Enrique, « Études en allemand sur les rapports entre droit et langue », *APD* 1974, p. 266 ou MOULIN Georges, « La linguistique comme science auxiliaire dans les disciplines juridiques », *APD* 1974, p. 15) mais seulement proposer de

qui revient au même, l'énoncé produit répond aux conditions prévues par le système juridique pour la reconnaissance d'une valeur juridique[2]. Dans le second cas, il n'en est rien : il n'a pas de qualité particulière. Le discours du droit est relativement homogène mais le discours sur le droit peut être considérablement subdivisé. Il est ainsi classique de distinguer la doctrine, la science, la sociologie, la théorie générale ou encore la politique juridique. En ce qui nous concerne, nous établissons une frontière entre le discours entendant influencer ou déterminer le discours du droit, que nous appelons politique juridique, et celui qui se contente de le décrire[3]. Pour le premier, nous pouvons encore distinguer une forme active, quand la prescription est explicite, et une forme passive, quand le discours de politique juridique se présente sous une forme faussement descriptive.

Le discours sur le droit descriptif mérite une attention plus particulière parce que ses énoncés sont extrêmement variés. Il faut distinguer deux grands types de discours descriptifs en fonction du point de vue adopté par le théoricien. Nous nous inspirons ici de la distinction entre points de vue interne et externe établie par Hart[4]. Le premier est celui partagé par les acteurs du système juridique et le second celui d'un observateur qui se place hors du système juridique et entend le décrire indépendamment de la compréhension qu'en ont les acteurs. Il faut noter que nous ne traiterons ici de cette opposition que sur son aspect cognitif, en tant que « niveaux de compréhension », et non volitif, en fonction de l'adhésion ou du rejet du système juridique[5]. Nous appelons discours dogmatique[1] celui qui se place du point de vue cognitif

---

l'étudier sous la forme dans laquelle il se présente. C'est une approche méthodologique et non ontologique. Pour une position comparable, voir MACCORMICK Neil, *H.L.A. Hart*, Londres, Edward Arnold, 1981, p. 12.

[1] L'opposition entre discours du droit et discours sur le droit recoupe en partie la dichotomie bien connue entre propositions de droit et normes juridiques chez Kelsen (*Théorie pure du droit*, précité, p. 78-82). Toutefois, les propositions de droit ne constituent qu'une partie du discours sur le droit : celle qui se limite à reformuler les normes juridiques car elles « sont des jugements hypothétiques qui énoncent qu'au regard d'un certain ordre juridique […] si certaines conditions définies par cet ordre sont réalisées, certaines conséquences qu'il détermine doivent avoir lieu » (*ibid.*, p. 79). Voir dans le même sens VERNENGO Roberto, « Kelsen's Rechtssätze as Detached Statements », *in* TUR Richard et TWINING William (dir.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon, 1986, p. 100. En outre certains proposent de reformuler les propositions de droit pour en faire ce que nous allons appeler un énoncé externe (GUASTINI Riccardo, « Sollsätze. An Exercise in Hard Legal positivism », *Rechtstheorie* 31, p. 193) ce qui confirme l'intérêt de l'écart avec la terminologie de Kelsen.

[2] Un acteur n'est en effet habilité que dans un domaine limité, celui dans lequel il peut produire des normes valides. Ses énoncés n'appartiennent au discours du droit que dans ce domaine. Autrement dit, un discours du droit X est constitué par l'ensemble des énoncés dont la signification est considérée comme une norme juridique valide dans le système juridique X. Nous ne nous engageons pas à ce stade sur les éléments susceptibles de conférer une telle validité car ceux-ci sont largement controversés. Cela complique évidemment l'identification concrète des énoncés du discours du droit mais ne nuit pas à la compréhension générale de ce concept qui est nécessaire pour saisir notre typologie des discours juridiques.

[3] Une distinction proche est proposée dans OPALEK Kazimierz, « Les normes, les énoncés sur les normes et les propositions déontiques », *APD* 1972, p. 357.

[4] HART Herbert Lionel Adolphus, *Le concept de droit*, précité, p. 115 et 124. Pour une critique voir ARNAUD André-Jean, « La valeur heuristique de la distinction interne-externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit. Éléments d'une démystification », *RRJ* 1986-3, p. 241-243.

[5] La distinction entre les points de vue interne et externe chez Hart est loin d'être claire. Son interprétation a donné lieu à des débats importants sur son rapport avec la connaissance et l'adhésion morale qui ont notamment opposé Neil MacCormick à Joseph Raz (MACCORMICK Neil, « Les deux sens de la distinction interne-externe », *in* GRZEGORCZYK Christophe, MICHAUT Françoise et TROPER Michel (dir.), *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1992, p. 229-231 ; RAZ Jospeh, « Legal Validity », *in The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 154-157 et pour un bon résumé critique de cette opposition, voir TAMANAHA Brian, *Realistic Socio-legal Theory*, Oxford, Clarendon, p. 179-182) et Scott Shapiro à

interne et qui se contente de décrire le discours du droit tel que les acteurs le conçoivent, constituant ainsi une sorte de discours indirect du droit déterminant « comment les gens doivent se conduire d'après le droit »[2]. Le discours théorique est celui qui adopte le point de vue cognitif externe et décrit donc le système juridique sans reprendre ses structures telles qu'elles se présentent[3]. Pour finir, au sein du point de vue externe, il faut dissocier un point de vue externe modéré, qui s'écarte du discours du droit tout en reconnaissant la pertinence des représentations des acteurs pour comprendre le monde[4], et un point de vue externe radical, qui entend décrire le monde sans tenir compte de l'existence du point de vue interne[5]. Chacun de ces discours, est structuré par des catégories. Étant donné que nos recherches portent sur une catégorie, il est nécessaire de bâtir une typologie des catégories juridiques correspondant à celles des discours juridiques (2).

2. LA DIVERSITE DES CATEGORIES JURIDIQUES

Malgré la conscience de l'existence de différences entre les termes juridiques, la mise en relation de la diversité des discours et des catégories juridiques ne semble pas avoir été menée de manière systématique[6]. Construire une typologie des catégories revient à préciser les particularités sémantiques de chacun des discours juridiques. Ce sont ces spécificités qui

---

Stephen Perry (voir notamment SHAPIRO Scott, « What is the Internal Point of View », *Fordham Law Review* 2006, p. 1157-1170 et PERRY Stephen, « Hart on Social Rules and the Foundations of Law : Liberating the Internal Point of View », *ibid.*, p. 1171-1209). Ces débats ne sont pas déterminants à ce stade de notre réflexion. Nous nous contenterons de stipuler le sens dans lequel il faut entendre l'opposition interne-externe sans prétendre pour autant que ce choix suffit à régler les débats occasionnés par la complexité de son utilisation par Hart. Nous nous limiterons donc ici à une approche basée sur la distinction de MacCormick. Il s'agira d'opposer un point de vue interne volitif (acceptation morale de la valeur des règles) qui ne nous intéresse pas à un point de vue interne cognitif (reprise des représentations communes aux acteurs) qui est déterminant pour nous. Pour une interprétation comparable du point de vue interne chez Hart, voir BIX Brian, « H.L.A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory », *Southern Methodist University Law Review* 1999, p. 176.

[1] Ce mot est entendu ici uniquement dans le sens que nous définissons sans entrer dans les débats portant sur sa signification. Voir, pour des conceptions proches de la nôtre, PLESZKA Krzysztof et GIZBERT-STUDNICKI Tomasz, « Le système du droit dans la dogmatique juridique », *APD* 1986, p. 109 ou WROBLEWSKI Jerzy, article précité, p. 22, et pour une affirmation du lien entre dogmatique et point de vue interne, AARNIO Aulis, *Le rationnel comme raisonnable*, Paris, LGDJ, 1992, p. 15.

[2] RAZ Joseph, « The Purity of the Pure Theory », *in* TUR Richard et TWINING William (dir.), *op. cit.*, p. 80.

[3] Notons que le professeur Magnon a récemment opposé théorie et dogmatique (*Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008, p. 6) mais le sens qu'il donne au sens théorie est assez indéterminé car s'il renvoie parfois à une description abstraite du droit (*ibid.*, p. 11), il désigne aussi la théorie générale (*ibid.*, p. 8) voire une « science positive » (*ibid.*, p. 15).

[4] Il s'agit alors de proposer des représentations sur les représentations des acteurs (voir *infra*, p. 150).

[5] Cette idée se rapproche de celle défendue dans OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *Jalons pour une théorie critique du droit*, précité, p. 77 ou *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p. 26. Pour un usage différent de cette expression, voir MACCORMICK Neil, *H.L.A. Hart*, précité, p. 38.

[6] Des approches partielles sont toutefois proposées par le professeur Varga (« Quelques questions méthodologiques de la formation des concepts en science juridique », *APD* 1973, p. 225) et surtout par Charles Eisenmann qui n'a toutefois pas construit de typologie systématique des catégories juridiques assortie d'une méthodologie adéquate voire a parfois considéré que certains critères relevaient par nature de l'analyse dogmatique quand d'autres permettaient de saisir « l'essence » d'une notion (*Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1982-1983, vol. 1, p. 593 et 741 et vol. 2, p. 44-52 et 728-736 ou « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications », *APD* 1966, p. 27-29).

contribuent à l'identification du discours dont relève un énoncé[1]. Pour construire une classification logiquement admissible il faut respecter le principe de non-contradiction[2]. Aussi, les catégories doivent s'opposer de manière binaire, ce qui exige que les distinctions reposent à chaque fois sur un critère unique[3]. Le critère séparant les catégories du discours du droit des catégories du discours sur le droit est facile à établir : les catégories définies dans un énoncé répondant aux critères de normativité d'un système juridique appartiennent au discours du droit dudit système, les autres relèvent du discours sur le droit. Le critère opposant les catégories politiques et descriptives dans le discours sur le droit dépend, quant à lui, de l'intention qui a présidé à leur création. Une catégorie créée à des fins prescriptives sera une catégorie politique alors que les autres seront descriptives. Le classement pourra être difficile à opérer en pratique car l'intention de l'auteur n'est pas toujours revendiquée mais il ne pose aucun problème sur le plan logique.

La situation est plus complexe en ce qui concerne les catégories descriptives du discours sur le droit. En effet, la distinction entre les points de vue interne et externe n'a pas été bâtie pour classer les catégories juridiques mais pour limiter le scepticisme sur la nature des normes. Toutefois, l'esprit de cette dichotomie est maintenu si nous dissocions les catégories en fonction de leur rapport avec les représentations des acteurs et donc selon le mode de choix des critères. Les catégories dogmatiques sont définies sur la base de critères juridiques, c'est-à-dire déterminées directement par le discours du droit. Les catégories théoriques sont définies à partir de critères fixés par les théoriciens. Les critères dogmatiques reflètent ainsi le point de vue des acteurs du système juridique sur la catégorisation qui structure le fonctionnement du droit alors que les critères théoriques permettent le détachement nécessaire à l'observateur extérieur[4]. La différenciation des catégories de théorie juridique (point de vue externe modéré) et de théorie externe (point de vue externe radical) n'est pas aisée non plus.

---

[1] Ainsi, c'est parce qu'un auteur utilise une catégorie de type dogmatique telle que nous la définissons ici qu'il est possible de constater qu'il se place du point de vue interne en respectant les représentations des acteurs. De même, c'est en utilisant une catégorie théorique externe, qu'il se place du point de vue externe radical en rompant avec les représentations des acteurs. Dans le cadre qui est le nôtre, ce qu'il croit être en train de faire n'a pas d'importance : nous proposons une interprétation de la pratique de l'étude du droit qui ne s'arrête pas aux pré-compréhensions des pratiquants. Si la démarche est inverse et que nous entendons mener un discours donné, il faudra alors utiliser les catégories appropriées pour atteindre cet objectif.

[2] TROPER Michel, « Les classifications en droit constitutionnel », *in Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 253.

[3] EISENMANN Charles, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications », précité, p. 37.

[4] Une idée proche, quoique ne prenant pas en compte l'aspect indirect de la dogmatique, est défendue dans EISENMANN Charles, « Essai d'une classification théorique des formes politiques », *in Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 334. Les travaux du professeur Pfersmann contiennent une proposition du même ordre (voir notamment « Carré de Malberg et la hiérarchie des normes », *RFDC* 1997, p. 504 ; « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC* 2001, p. 285 ou « The New Revision of the Old Constitution », *ICON* 2005, p. 385) même si elle n'est pas présentée de la même manière puisqu'elle se place dans un cadre hérité de Kelsen qui ne tient pas directement compte de l'opposition interne/externe qui structure notre démarche. De ce fait, le sens dogmatique (« doctrinal ») est associé à un texte précis et non à un point de vue spécifique (*ibid.*, p. 386).

Les catégories de théorie juridique ne peuvent se contenter de reprendre les critères juridiques sans quoi elles se confondraient avec les catégories dogmatiques. Elles ne peuvent pourtant pas non plus se détacher totalement du discours du droit puisqu'elles entendent éclairer son fonctionnement en tenant compte des représentations des acteurs. La réunion des éléments partageant le même régime juridique exclurait de la typologie des catégories relevant manifestement du point de vue externe modéré comme celle des normes originaires[1]. En revanche, les critères définissant les catégories de théorie juridique ont un point commun. Un critère de catégorisation n'est jamais qu'une propriété exigée des objets à classer pour que la qualité de membre de la catégorie leur soit reconnue[2]. Les catégories de théorie juridique sont définies sur la base de critères théoriques portant sur des propriétés juridiques, autrement dit des propriétés qui n'existent que dans et par le système juridique. Cela permet de bâtir des catégories utiles pour la description du droit sans se limiter aux catégories utilisées par les acteurs. Les autres catégories théoriques sont donc fondées sur des critères théoriques se rapportant à des propriétés non juridiques : sociologiques, psychologiques, *etc*.

Les définitions présentées sont arbitraires comme celles des discours sur lesquelles elles reposent. Elles doivent être jugées pour leur utilité et non leur véracité. Si ces différences ne sont pas toujours prises en compte par les théoriciens, il arrive souvent qu'elles apparaissent implicitement dans leurs démarches[3]. La typologie proposée entend expliciter, préciser et systématiser les différences entre catégories juridiques et sûrement pas les créer ou les révéler. La classification exposée reste descriptive en ce qu'il ne s'agit que d'une grille d'analyse possible. Chacun est libre de nier l'utilité de certaines des catégories ou d'estimer que le mélange entre les catégories est positif. Prendre position sur ces sujets dépend de la théorie générale du droit adoptée. Soutenir que la confusion n'est pas gênante peut remettre en cause l'utilité des définitions arrêtées mais les différences relevées existent même si l'on n'y attache aucune conséquence. Ainsi, il existe une différence entre un énoncé portant sur une catégorie définie par le discours du droit et sur une catégorie issue d'une typologie construite dans le discours sur le droit à des fins de connaissance. Plus largement, la diversité des énoncés juridiques se marie difficilement avec une prétention à l'unité des catégories qui les

[1] Celles-ci ne sont pas définies sur la base de critère juridique et ne sont donc pas dogmatiques. Elles ne peuvent pas non plus être définies en faisant abstraction du discours du droit puisqu'elles sont caractérisées par le fait que leur production n'est pas réglée par un tel discours. Or, ce critère ne tient pas non plus à leur régime juridique.
[2] TROPER Michel, article précité, p. 257.
[3] Ainsi Carré de Malberg propose deux définitions de l'État. La première repose sur des critères juridiques, des faits isolés par le système juridique : l'existence d'un peuple, d'un territoire et d'une autorité. La seconde repose sur des critères théoriques : la personnalité morale et la souveraineté. La seconde rapporte un régime juridique (la personnalité) qui ne peut qu'être considérée comme une propriété juridique fixée par le discours du droit et constatée *a posteriori* par le théoricien. Voir CARRÉ DE MALBERG Raymond, *op. cit.*, p. 2-10.

structurent et leur donnent un sens. Or, l'opposition entre un énoncé du législateur et d'un théoricien est quasi unanimement reconnue. Il en va de même entre les énoncés d'un observateur visant à rapporter les propos du législateur, à présenter une vision structurée du système juridique ou à prédire le comportement futur d'un juge. Quoi qu'il en soit, la partie descriptive de la méthodologie de la définition ne peut se limiter à la création d'une typologie et doit aussi expliciter les propriétés de ces catégories, prouvant ainsi l'utilité des définitions retenues pour penser la constitution (B).

B. Les propriétés des différentes catégories

La présentation des caractéristiques des divers types de catégories juridiques permet à la fois de confirmer l'importance de la classification et de préparer les choix méthodologiques qui constituent le but de ce chapitre. Il s'agit d'évaluer les implications de l'appartenance d'un objet à un type de catégorie mais aussi les conditions de vérité de la définition et des énoncés de classification[1]. Ce deuxième élément est fondamental car il permet d'envisager une réfutation potentielle à même de contribuer à la valeur scientifique des énoncés sur le droit[2] ou plus simplement de permettre de dépasser les affirmations gratuites[3]. Il faut donc expliciter les spécificités des différents types de catégories juridiques.

1. LES CATEGORIES DU DISCOURS DU DROIT ET LES CATEGORIES DOGMATIQUES

Les catégories du discours du droit établissent un rapport entre des critères et des règles. Ces critères permettent de déterminer la nature juridique, au sens défini précédemment, de certains faits. La reconnaissance de cette nature implique l'application d'un certain régime juridique, c'est à dire d'un complexe de règles[4]. Les critères sont, par définition, fixés par le discours du droit et peuvent porter sur n'importe quel type de propriétés y compris juridiques. Dans ce dernier cas la définition de la catégorie fait référence à une autre catégorie. La violation de domicile exige ainsi la catégorie juridique de domicile. Les catégories du discours du droit sont indispensables au fonctionnement du système juridique[5] car elles

[1] Le professeur Varga avait déjà lié la différence entre les catégories sociologiques et dogmatiques et les conditions de vérité de la définition. Voir, VARGA Csaba, article précité, p. 225.
[2] POPPER Karl, *La logique de la découverte scientifique*, Paris, Payot, 1982, p. 41 et *Le réalisme et la science*, Paris, Hermann, 1990, p. 1-7 et 177. Voir aussi SÈVE René, « L'épistémologie contractualiste de Karl Popper », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Théorie du droit et science*, précité, p. 49-61 ; RICCI Roland, « Le statut épistémologique des théories juridiques », précité, p. 157 ou VIRALLY Michel, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. XL.
[3] HACQUET Arnaud, « Existe-t-il des critères scientifiques d'évaluation des théories du droit ? », *Droits* n°30, p. 172.
[4] BERGEL Jean-Louis, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTDC* 1984, p. 263.
[5] GÉNY François, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1921, T. III, p. 167.

permettent l'opération de qualification[1], c'est-à-dire la détermination de la nature juridique d'un fait à travers une opération de subsomption[2] fixant le champ d'application d'une règle[3]. Au regard, de ce que nous avons vu sur la nature juridique, la qualification apparaît comme un processus essentiellement langagier[4] et non expérimental ou empirique[5]. Les catégories du discours du droit sont les tables de correspondance entre le langage ordinaire et le discours juridique permettant cette opération de « traduction » qu'est la qualification[6]. La détermination des critères, c'est-à-dire la définition du mot signifiant la catégorie, peut prendre diverses formes. Elle se présente souvent sous la forme de conditions nécessaires et suffisantes mais passe rarement par le genre prochain et la différence spécifique[7]. Pour autant, ce modèle est parfois repris[8], impliquant une étape supplémentaire dans la qualification. Le genre peut précéder l'espèce au sens où la détermination du genre précède celle de l'espèce dans la catégorisation. C'est le cas des différentes formes de services publics ou des infractions aggravées en droit pénal. L'espèce peut à l'inverse précéder le genre comme pour la qualité de délit du vol.

Au regard de la conception de la définition retenue, cette dernière se limite aux critères en excluant la prise en compte du régime juridique[9]. Toutefois, il paraît essentiel de tenir compte de cette particularité des catégories du discours du droit. Le cœur de l'opposition entre catégorie du discours du droit et catégorie théorique de constitution est justement le fait que la première implique un régime juridique précis pour ses membres alors qu'il n'en est rien pour la seconde. Une véritable compréhension contextuelle de la catégorie ne peut faire abstraction de sa raison d'être[10] : le régime juridique. La finalité de la qualification en tant qu'opération langagière n'est pas poétique mais juridique en ce qu'elle sert à fixer un régime juridique pour « diriger l'humain »[11]. La fixation de la nature juridique des faits n'est qu'une

---

[1] *Ibid.*, p. 260 ; CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 4e éd., Paris, PUF, 2003, p. 717 ou PARTYKA Patricia, *Approche épistémologique de la notion de qualification en droit privé français*, précité, p. 11.

[2] Pour une vision opposée dans le cadre d'une approche herméneutique, voir PAPAUX Alain, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsomption à l'abduction*, Paris, LGDJ, 2003, 532 p.

[3] JANVILLE Thomas, *La qualification juridique des faits*, Thèse, Paris, 2002, p. 57 ou 671.

[4] *Ibid.*, p. 677 ou TERRÉ François, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, LGDJ, 1956, p. 3.

[5] Sur cette conception de la qualification, voir PELLETIER David, *La nature juridique …*, précité, p. 48.

[6] JESTAZ Philippe, « La qualification en droit civil », *Droits* n°18, p. 46. Pour une vision de la qualification très différente de celle présentée ici car basée sur une conception très éloignée du langage et singulièrement du langage juridique, voir CAYLA Olivier, « Ouverture : la qualification ou la vérité du droit », *Droits* n°18, notamment p. 16.

[7] BERGEL Jean-Louis, « Importance, opportunité et rôle des définitions dans les textes législatifs et réglementaires », *RRJ* 1987-4, p. 1120 ou VAN HOECKE Mark, « Définitions légales et interprétations de la loi », précité. Elle n'est d'ailleurs pas tenue de suivre ce modèle. Voir en ce sens POUND Roscoe, « Classifcation of Law », *HLR* 1924, p. 936.

[8] SOURIOUX Jean-Louis et LERAT Pierre, « Méthodologie et modalités des définitions dans les textes législatifs et réglementaires », *RRJ* 1987-4, p. 1145 ou BALIAN Serge, *Essai sur la définition dans la loi*, précité, p. 134-161.

[9] D'autres conceptions de la signification peuvent mener à y intégrer le régime juridique (voir par exemple SARTOR Giovanni, « The Nature of Legal Concepts », EUI Working Papers LAW n°2007/08, p. 3-13) mais cette différence de présentation n'a pas de conséquences décisives sur les questions abordées dans ce chapitre préliminaire.

[10] EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1983, vol. 2, p. 729.

[11] ORIANNE Paul, *Introduction au système juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 116.

étape non autonome dans ce processus.[1]. Si les catégories du discours du droit ne sont pas caractérisées par le fait qu'elles impliquent un régime juridique, elles présentent en général une structure qui relie des critères à un régime juridique en passant par une nature juridique.

Étant donné que, par définition, le discours dogmatique doit correspondre au discours du droit, les catégories dogmatiques empruntent leur structure à celle des catégories du discours du droit. Elles établissent donc un rapport entre des critères, une nature et un régime juridiques. Précisons que ce rapport ne se confond pas avec celui présenté par Alf Ross dans le cadre de son raisonnement déjà évoqué réduisant la signification des termes juridiques à leur fonction et leur niant toute référence. Pour lui, il s'agit d'un lien de causalité[2] alors que la catégorie dogmatique unit les critères et le régime par un lien d'imputation[3]. Ajoutons que le dogmaticien qui définit la catégorie ne prétend pas ordonner l'imputation mais constate qu'un commandement existe dans le système juridique[4]. La différence entre ces deux approches est importante : la description du régime fait partie de la définition du terme chez Ross[5], car ce dernier n'est qu'un outil exprimant ce lien et ne dénotant rien, alors qu'elle en est exclue ici. Cependant, la correspondance entre discours du droit et discours dogmatique peut remettre en cause l'intérêt de ce dernier considéré comme un simple doublon. En réalité, les définitions dogmatiques dépassent le plus souvent la simple répétition des définitions du discours du droit. En effet, ce dernier se présente rarement spontanément sous une forme catégorielle. Un traitement préalable est donc nécessaire pour faciliter la qualification[6]. La définition dogmatique permet ainsi de combiner différents articles ou textes se complétant ou de reformuler une règle puisqu'il s'agit de partager un point de vue et non de répéter un discours. Surtout, le sens d'un terme peut être déterminé directement dans le discours du droit, par une

[1] Cependant, il faut faire mention du cas particulier des normes attributives qui se contentent de fixer une nature juridique sans impliquer de régime (voir AMSELEK Paul, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenman », *in* AMSELEK Paul (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Économica, 1986, p. 56 ou BOBBIO Norberto, « La norme », *in Essais…*, précité, p. 130). Elles ne se confondent pas avec les catégories théoriques puisque la valeur de l'énoncé qui la formule s'apprécie en termes de validité.

[2] Ross dit ainsi que la règle « sera » appliquée et non pas « devra être » appliquée (ROSS Alf, « Tû-Tû », *HLR* vol. 70, n°5, 1957, p. 816) et estime que le terme « punissable » renvoie simplement à la probabilité de la punition (ROSS Alf, « Definition in Legal Language », *Logique et analyse* 1958, p. 143). Les conséquences juridiques ne sont qu'une prévision de l'attitude du juge (voir pour un exemple sur la vente, ROSS Alf, *On Law and Justice*, précité, p. 172).

[3] Les conséquences juridiques doivent avoir lieu ce qui ne signifie pas que ce sera effectivement le cas car la réalisation de l'imputation dépend de l'intervention de l'homme. Autrement dit, l'imputation est « la liaison […] au travers de la copule 'devoir-être' » (ROSS Alf, « Qu'est-ce que la justice ? Selon Kelsen », *in Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, LGDJ, 2004, p. 124). Voir également KELSEN Hans, « Causality and imputation », *in What is justice ?*, Berkeley, University of California Press, 1957, p. 331 mais aussi BOBBIO Norberto, « Kelsen et les sources du droit », *APD* 1982, p. 141. Pour une vision voisine opposant relation juridique et causalité, voir AARNIO Aulis, *Le rationnel comme raisonnable*, précité, p. 78.

[4] BOBBIO Norberto, « Être et devoir-être dans la science du droit », *in Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, p. 198 ou VERNENGO Roberto, « Kelsen's Rechtssätze as Detached Statements », précité, p. 102.

[5] ROSS Alf, « Definition in Legal Language », précité, p. 143-144 ou *On Law and Justice*, précité, p. 172.

[6] ZIMBINSKI Zygmunt, « Le langage du droit et le langage juridique, les critères de leur distinction », *APD* 1974, p. 28.

définition, mais le sera le plus souvent indirectement, par l'usage[1]. Il faut alors pratiquer une définition lexicale reprenant les usages du terme pour en comprendre le sens[2].

Ici une objection peut être formulée. Le système juridique est généralement décrit comme un ensemble de règles de conduite[3]. Présenter ce système comme regroupant des catégories est donc contestable[4]. Il faut alors préciser notre démarche. Il ne s'agit pas de remplacer les règles mais de les reformuler sans les modifier pour permettre leur application. L'intérêt pratique d'une telle présentation a déjà été souvent relevé[5]. C'est donc une approche méthodologique et non ontologique. Nous ne nous servons de la catégorisation ni pour nier la qualité prescriptive des énoncés juridiques ni pour établir un nouveau mode d'existence des normes[6]. Dans notre situation, cette présentation vise à faciliter la définition[7] en en précisant la portée par la différenciation des types de catégories. Qui plus est, la plupart du temps, la recomposition catégorielle des règles n'est pas nécessaire et la pratique passe souvent par l'intuition. En revanche, elle est inévitable quand, comme pour la constitution, une formulation claire et fonctionnelle est exigée pour dissiper une incertitude.

L'identité de structure entre les deux types de catégories étudiés ne doit pas faire oublier les différences profondes qui résultent du fait que l'une se place dans le discours du droit et l'autre dans le discours sur le droit. Ces catégories partagent à la fois leur intention et leur extension. Pour le dire autrement, les mots qui les signifient ont la même signification et la même dénotation. Cette équivalence sémantique des termes n'empêche pas une opposition pragmatique de la valeur de leurs définitions respectives. Nous aurons l'occasion de développer ce sujet à travers la théorie des actes de langage[8]. Pour le moment, contentons-nous de noter qu'un même énoncé peut être utilisé comme une prescription ou une assertion. Les définitions du discours du droit sont des prescriptions : elles décident du sens d'un terme. Il s'agit en outre de prescriptions juridiques, dont la validité est donc susceptible d'être remise en cause. Une définition du discours du droit tel que « le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui »[9] ne décrit rien mais prescrit quelque chose[10]. Les acteurs, qui entendent

---

[1] Motulsky a à juste titre écrit que « la définition est, en effet, virtuellement contenue dans tout emploi que la loi fait d'une notion » (MOTUSLKY Henri, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, Sirey, 1948 p. 154).
[2] Pour un avis proche, voir MILLARD Éric, « L'analyse lexicologique de Norberto Bobbio », *Analisi e Diritto* 2005, p. 210.
[3] Voir pour un exemple BERGEL Jean-Louis, *Méthodologie du droit*, Paris, PUF, 2001, p. 17.
[4] AMSELEK Paul, « L'interprétation à tort et à travers », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Interprétation et droit*, précité, p. 22.
[5] Voir par exemple MOTULSKY Henri, *op. cit.*, p. 29.
[6] Une telle utilisation des catégories juridiques est proposée par le professeur Sève (SÈVE René, « L'institution juridique : imposition et interprétation », *RMM* 1990, p. 315).
[7] Une décomposition approchante a été proposée par Strömsberg pour faciliter l'analyse des termes du langage législatif (voir STRÖMHOLM Stig et VOGEL Hans-Heinrich, *Le réalisme scandinave dans la philosophie du droit*, précité, p. 88).
[8] Sur ce point, voir *infra*, p. 133 et s. ou BINDREITER Uta, *Why Grundnorm ?*, Dodrecht, Kluwer, 2002, p. 107.
[9] Article 311-1 du Code pénal.
[10] OPALEK Kazimierz, article précité, p. 362.

fixer le champ d'application d'une règle, procèdent par des définitions stipulatives[1] sans chercher à décrire l'usage existant[2]. De leur côté, les définitions dogmatiques sont de simples assertions portant soit sur l'existence d'une définition juridique préalable, soit sur l'usage d'un terme dans le discours du droit[3].

L'identité grammaticale des énoncés définitoires des deux discours en cause ne permet en aucun cas de les assimiler car ils ont une fonction différente[4]. Cette différence de fonction implique une opposition quant aux conditions de véracité, et donc de falsification, des définitions proposées. Une prescription ne peut pas être fausse. Les définitions du discours du droit ne sont donc jamais fausses[5]. Les acteurs sont soumis à des contraintes juridiques[6] mais pas à une quelconque vérité car ils ne décrivent rien[7]. Ils expriment un commandement particulier : la fixation de la nature juridique d'une série d'objets[8] à travers la détermination du sens d'un terme[9], c'est-à-dire de la règle d'usage de ce terme. Ces définitions peuvent être invalides, au sens juridique du terme[10], mais pas fausses. Au contraire, la définition dogmatique est susceptible de véracité et donc de réfutation si elle s'écarte du sens des termes retenus dans le discours du droit[11], c'est-à-dire des règles d'usage du terme dans ce discours. Nous retrouvons ici une distinction bien connue de la théorie du droit entre vérité des propositions de droit et validité des normes juridiques[12] qui n'est pas remise en cause par

---

[1] PINTORE Ana, « Définition en droit », *in* ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 171 ; HAID Franck, *op. cit.*, p. 64 ou BALIAN Serge, *op. cit.*, p. 202.

[2] Affirmer le caractère stipulatif des définitions du discours du droit, n'implique pas de nier que le sens de certains termes juridiques trouve son origine dans une tradition juridique plus profonde (voir en ce sens TUORI Kaarlo, « Validity, Legitimacy and Revolution », *in* ATTWOOL Elspeth (dir.), *Shaping Revolution*, Aberdeen, Aberdeen University Press, 1992, p. 38). Cependant, si la prise en compte de la culture juridique pour comprendre l'usage des termes dans le discours du droit peut être utile, elle ne doit pas aboutir à une forme de retour de l'essentialisme. Aucune règle juridique n'empêche les acteurs de s'écarter des concepts hérités de la culture juridique de sa société.

[3] Cet usage n'est pertinent que s'il a lieu dans une norme valide. Pour une approche soulignant le rôle des définitions lexicales dans la dogmatique, voir FERRAJOLI Luigi, « The Semantics of the Theory of Law », *in* PINTORE Ana et JORI Mario (dir.), *Law and Language. The Italian Analytical School*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1997, p. 272.

[4] Notons que cette différence ne remplace pas les critères de distinctions retenus jusqu'ici car les définitions théoriques du discours du droit sont aussi des prescriptions. La différence tient alors au fait qu'il ne s'agit pas de prescriptions juridiques.

[5] En ce sens, voir BOURCIER Danièle, « La novlangue ou comment rendre actifs les textes juridiques », *in* GUILLOREL Hervé et KOUBI Geneviève (dir.), *Langues et droits*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 377 et 388 ou BAYLES Michael, « Definitions in Law », *in* FETZER James, SHATZ David et SCHLESINGER Georges (dir.), *Definitions and Definability : Philosophical Perspective*, Dordrecht, Kluwer, 1991, p. 258.

[6] Notons que nous ne nous engageons ici ni sur la teneur de ces contraintes, ni sur l'identité des acteurs appelés à préciser le sens des termes juridiques par leurs définitions ou leur utilisation de ces termes. Il peut donc s'agir aussi bien d'une autorité législative que judiciaire. Il n'est possible d'être plus précis qu'en disposant d'éléments sur les conditions de validité des normes juridiques dans le système considéré, puisque le discours du droit se limite à ces normes. Évidemment, la réponse dépend aussi de la méthode adoptée pour interpréter les énoncés de ce discours.

[7] FRANCOIS Lucien, *Le problème de la définition en droit*, Liège, Faculté de droit, 1978, p. 133.

[8] GRZEGORCZYK Christophe, « L'impact de la théorie des actes de langage dans le monde juridique », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, p. 189 ou BOURCIER Danièle, article précité, p. 388.

[9] AMSELEK Paul, « L'interprétation à tort et à travers », précité, p. 22.

[10] La règle d'usage du langage stipulée par les acteurs du système juridique est en effet particulière car il s'agit d'une prescription juridique, ou d'une partie de prescription juridique, et non d'une règle langagière ordinaire.

[11] VARGA Csaba, « Quelques questions méthodologiques de la formation des concepts en science juridique », précité, p. 240.

[12] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1999, p. 29 et 81-82 ou *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996, p. 229.

l'identité des énoncés en cause[1]. En outre, si nous tenons compte du rôle du régime juridique dans la plupart des cas, l'opposition entre catégories dogmatiques et catégories du discours du droit s'accroît. En effet, non seulement la définition du discours du droit est une prescription mais elle entraîne aussi l'application d'autres prescriptions : celles qui forment le régime juridique de la catégorie. La catégorie dogmatique quant à elle décrit la relation entre catégorie du discours du droit et régime juridique sans l'ordonner. La différence entre catégories du discours du droit et catégories dogmatiques est donc considérable et justifie l'opposition retenue lors de la définition des types de catégories juridiques. Celle-ci rejaillit d'ailleurs profondément sur la méthodologie de la définition applicable, objet de notre étude puisque la définition d'une catégorie dogmatique connaît des contraintes particulières en termes de véracité. Les divergences profondes entre les discours se reflètent sur les catégories. Aussi, convient-il de poursuivre l'examen des autres types de catégories (2).

2. LES CATEGORIES DE THEORIE ET DE POLITIQUE JURIDIQUE

Toutes les catégories méritent d'être étudiées. Néanmoins, outre les deux types de catégories déjà traités, nous centrerons nos efforts sur les catégories de théorie juridique car les autres catégories restantes ne sont pas propres au discours juridique. La structure de la catégorie de théorie juridique est radicalement différente de celle de la catégorie du discours du droit ou de la catégorie dogmatique. Elle est dénuée de tout lien avec la qualification des faits et l'application des règles puisqu'elle est par définition détachée du point de vue des acteurs du droit. Elle se contente d'établir un rapport entre certains critères et une nature théorique sans influer sur le régime juridique applicable aux faits qu'elle classe. Sa définition se présente donc sous une forme simple du type « si X a la propriété Y alors il a la nature théorique de A » où « A » signifie simplement « avoir la propriété Y ». Elle n'est donc « qu'une relation de substitution entre cette expression et d'autres expressions déjà connues »[2] sans qu'aucune conséquence ne soit attachée au classement qui en découle.

Le professeur Troper a voulu dépasser cet aspect purement analytique[3] pour exiger qu'une catégorie théorique établisse un rapport entre une propriété apparente, qui est le critère de la

[1] BULYGIN Eugenio, « Norms, Normative Propositions and Legal Statements », *in* FLOISTAD Guttorm (dir.), *Contemporary Philosophy. A New Survey. The Philosophy of Action*, La Haye, Boston, Martinus Nijhoff, 1982, p. 131.
[2] FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PENA-SOLER Annabelle, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy et TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, 4e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 79.
[3] TROPER Michel, « Pour une définition stipulative du droit », *Droits* n°10, p. 103.

définition, et une propriété cachée qui en découle[1]. La catégorie se présenterait alors ainsi : « si X a la propriété Y alors il a la nature théorique de A ce qui signifie qu'il a aussi la propriété Z » où « Z » ne fait pas partie de la définition pour éviter tout aspect analytique. Cette propriété cachée ne se confondrait pas avec le régime juridique présent dans la catégorie dogmatique puisque le rapport entre le critère retenu et la propriété cachée n'est pas un rapport d'imputation, faute de règle en ce sens, mais de causalité[2]. Quoi qu'il en soit, nous ne voyons pas de raison d'exiger de manière générale une telle propriété cachée. Elle peut sans doute contribuer à l'intérêt d'une définition théorique mais rien n'interdit de construire des catégories théoriques qui en sont dépourvues. Ce modèle de catégorisation n'est d'ailleurs pas utilisé par les théoriciens[3], ce qui suffit à l'écarter dans cette partie descriptive. De ce fait, l'aspect tautologique de la catégorie est préservé. Puisque « A » signifie « avoir la propriété Y », « tout X qui a la propriété Y est A » signifie tout simplement « tout X qui a la propriété Y a la propriété Y ». Une telle proposition est donc toujours vraie. Il s'agit ici d'une définition stipulative qui ne peut être réfutée[4]. Ce n'est ni une proposition empirique, comme les définitions dogmatiques, ni une proposition métaphysique, comme les définitions réelles. En conséquence, le théoricien est totalement libre de ses définitions : il peut choisir arbitrairement les critères retenus[5].

Pour autant, nous ne pourrons parler de catégories de théorie juridique que si les classifications entretiennent un rapport avec le discours du droit pour conserver à la fois l'aspect juridique et descriptif de la catégorie. Il faut alors distinguer le stade de création de la catégorie, la définition arbitraire du terme, et celui de son application. Lors de cette deuxième étape, celle de la sélection des membres de la catégorie, la réfutation est possible. L'appartenance à la catégorie est conditionnée par la présence d'une propriété juridique. Or,

---

[1] TROPER Michel, « Les classifications en droit constitutionnel », *in* TROPER Michel, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 256. Le professeur Troper semble avoir abandonné ensuite cette exigence. Voir notamment « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », *in* BRONDEL Séverine, FOULQUIER Norbert et HEUSCHING Luc (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Pub. de la Sorbonne, 2001, p. 61 et « Regards croisés sur les notions », *in* SFDI, *Les compétences de l'État en droit international*, Paris, Pédone, 2006, p. 58.

[2] Notons que cette remarque ne vaut qu'en cas de rejet des conceptions réalistes et ne concerne donc pas le professeur Troper qui adhère à la vision d'Alf Ross en la matière (TROPER Michel, « Libre administration et théorie générale du droit. Le concept de libre administration » précité, p. 57) et assimile donc logiquement propriété cachée et régime juridique dans les catégories dogmatiques (TROPER Michel, « Autorité et raison en droit public français », *in Pour une théorie juridique de l'État*, précité, p. 114) puisque le rapport entre conditions et régime juridiques est dans ce cadre considéré comme un rapport de causalité. Cette approche confirme la confusion volontaire qu'il opère entre catégorie dogmatique et théorique que nous avions évoquée à propos de l'accusation d'essentialisme qu'il formule contre toute opération de qualification. Elle contribue sans doute en partie à expliquer son intérêt pour la « propriété cachée » qui permet de traiter des catégories dogmatiques sans rompre avec ses présupposés réalistes. Mieux, l'assimilation entre les deux types de catégories permet de condamner le raisonnement juridique dans son entier à cause de tendances essentialistes somme toute limitées. Nous rejetons cette analyse pour des raisons déjà largement exposées.

[3] Le cas des régimes politiques qui fait l'objet de l'étude en cause du professeur Troper semble être une exception.

[4] Pour une position proche, voir PFERSMANN Otto, « The New Revision of the Old Constitution », *ICON* 2005, p. 386.

[5] Voir en ce sens EISENMANN Charles, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD* 1966, p. 29 et 33 ou « Essai d'une classification théorique des formes politiques », précité, p. 330.

son existence dépend du discours du droit. Pour prendre un exemple, un théoricien peut arbitrairement décider d'appeler « infractions graves » les infractions qui sont punies d'une peine de prison mais pas de décider que le stationnement interdit en droit français est une « infraction grave » au sens retenu. Un tel énoncé de classification peut être réfuté sur la base des normes du système juridique français. Pour conclure, les différences dans l'implication de l'appartenance à la catégorie et les méthodes de définition ou de falsification confirment l'opposition entre les catégories dogmatiques et théoriques.

Les catégories de théorie externe sont *a priori* assez proches de celles que nous venons de décrire. Toutefois, la réfutation des énoncés de classification ne provient pas du discours du droit mais d'autres réalités sociales puisque les propriétés servant à sélectionner les membres de la catégorie ne sont pas des propriétés juridiques. La différence au niveau des conditions de réfutation[1] est fondamentale car elle implique une méthodologie différente. Pour terminer, intéressons-nous brièvement aux catégories normatrices non habilitées : les catégories de politique juridique. Le discours de politique juridique s'oppose aux autres discours sur le droit car il se compose de prescriptions qui visent à agir et non à connaître. Certaines catégories de politique juridique, que nous qualifierons « d'actives », se présentent sous une forme explicitement normative. Elles reprennent alors la structure des catégories du discours du droit en établissant un rapport d'imputation entre des critères et un régime juridique en passant par une nature juridique. Elles sont en revanche déterminées arbitrairement par un énoncé sans validité juridique même si cette spécificité n'est pas forcément consciente. Ensuite, il existe des catégories de politique juridique passives qui entendent influencer les choix des autorités habilitées par les critères choisis sans prendre une forme clairement normative. Une telle catégorie est évidemment dure à déceler puisqu'elle ne se différencie des catégories théoriques que par l'intention de leur créateur avec ses conséquences en termes de valeur illocutoire. Toutefois, certains exemples sont particulièrement clairs. Citons la classification proposée par Jeremy Bentham qui différenciait les institutions juridiques en fonction de leur « utilité » entendue comme leur capacité à contribuer au bonheur[2] de manière à permettre la critique du système juridique[3]. La réfutation des catégories de politique juridique dépend de considérations politiques ou morales qui dépassent largement nos ambitions. Nous devons tout au plus les identifier pour rejeter leur contribution à la définition de la constitution.

---

[1] Cette différence avait déjà été relevée par certains auteurs dans le cadre d'une typologie partiellement concordante des catégories juridiques. Voir ainsi VARGA Csaba, article précité, p. 240 ou ZIMBINSKI Zygmunt, « Le langage du droit et le langage juridique, les critères de leur distinction », *APD* 1974, p. 28.
[2] BENTHAM Jeremy, *Fragments sur le gouvernement*, Paris, LGDJ, 1996, p. 104.
[3] *Ibid.*, p. 105.

En conclusion, la diversité des discours juridiques influence profondément les énoncés de définition et de classement. Les différences relevées au niveau de la structure des catégories mais aussi de leur mode de définition et de falsification jouent donc un rôle majeur dans la compréhension des discours juridiques et *a fortiori* dans l'élaboration d'une méthodologie efficace. Elles confirment également la fertilité de la typologie retenue pour saisir et décrire les pratiques existantes. Le rôle respectif des différentes catégories peut être utilement résumé par la description des modes de « traduction » qu'elles autorisent. Deux d'entre eux nous servent pour l'étude de la constitution. D'une part, la qualification, qui est le passage du discours ordinaire au discours du droit[1] est permise par les catégories du discours du droit voire par les catégories dogmatiques. Elle rend possible la détermination de la nature et du régime juridique d'un objet quelconque. D'autre part, le classement de théorie juridique, qui est le passage du discours du droit, puisqu'il s'appuie sur les propriétés juridiques, au discours de la théorie juridique aboutit à la fixation de la nature théorique des objets concernés.

L'abandon de la définition réelle implique qu'un seul terme peut avoir plusieurs significations qui peuvent être des catégories juridiques très différentes selon le discours dans lequel il se place. La polysémie du terme « constitution » peut donc sans doute s'expliquer en partie par le placement de celui-ci dans différents discours. En outre, l'adoption de la définition nominale exclut toute vérification par l'essence et permet diverses méthodologies. Cela correspond d'ailleurs à la réalité des pratiques particulièrement variées des théoriciens. C'est pourquoi, les décrire, comme nous l'avons fait, ne saurait suffire à nous guider dans la définition de la constitution. Dès lors, il faut se baser sur cette description pour opérer des choix méthodologiques selon les fonctions affectées à la théorie juridique (Section 2).

SECTION 2 : APPROCHE PRESCRIPTIVE DE LA METHODOLOGIE

La régulation de la méthodologie impose de ne pas se contenter pas de refléter la pratique des théoriciens mais d'essayer d'influer sur elle. Une telle méthodologie prescriptive vise ici à acquérir la capacité d'évaluer l'acceptabilité d'un énoncé définitoire. La portée de son aspect normatif doit être bien comprise. Les normes formulées ici sont d'ordre méthodologique, voire épistémologique, et non juridique. Il s'agit de proposer des conventions sur la qualité souhaitable des connaissances juridiques. Les choix opérés en la matière sont arbitraires et donc forcément non-neutres. Nous entendons opter pour une approche positiviste de la

[1] JANVILLE Thomas, *op. cit.*, p. 677.

connaissance du droit dont les contours seront précisés au fur et à mesure de nos développements. Il convient tout de même de préciser ici quels sont les impératifs minimums qui caractérisent le positivisme auquel nous adhérons, sans que ceux-ci ne soient nécessairement représentatifs de tous les usages du terme « positivisme ». Notre démarche repose sur quatre éléments essentiels : la théorie sociale des sources du droit, c'est-à-dire le fait de considérer le droit comme un fait social[1], le caractère descriptif de l'étude du droit, la séparation entre l'être et le devoir-être (principe de Hume) et enfin la séparabilité du droit et de la morale[2]. Elle se justifie par la volonté d'éviter la « confusion […] entre le moment de la recherche et celui de la critique éthico-politique »[3]. Cette volonté dépend d'un jugement de valeur subjectif sur l'opportunité d'une telle séparation et d'une affirmation d'ordre épistémologique sur la possibilité de décrire le droit. Nous n'entendons pas débattre sur le plan moral du premier élément. En revanche, notre recherche nous mènera parfois à discuter du second.

La dimension positiviste de la démarche choisie n'est pas exclusive d'une certaine part de constructivisme. En effet, nous ne nions pas que l'observateur joue un rôle dans la production des connaissances. Ainsi, nous avons reconnu que la connaissance théorique implique une décision du sujet lors de la création des catégories d'analyse[4]. Surtout, nous concevons l'étude du droit comme l'étude d'une pratique sociale essentiellement discursive. Le passage par l'étude du langage implique une démarche interprétative qui s'oppose à l'importation directe d'un modèle issu des sciences naturelles. Pour autant, le maintien de la séparation entre l'étude et l'objet étudié qui est indispensable pour garantir l'aspect descriptif de la science du droit reste présent à travers l'opposition entre le discours du droit et le discours sur le droit[5]. Notre positivisme impose de passer ici de la description à la prescription : non seulement ces deux discours forment objectivement des pratiques sociales séparables mais surtout il faut veiller à conserver leur séparation. La compréhension séparée et hiérarchisée des discours

---

[1] Pour diverses formulations de cette idée, voir TOH Kevin, « An Argument Against the Social Fact Thesis », *Law and Philosophy* 2008, p. 449.

[2] Pour des définitions en partie comparables du positivisme, voir MARMOR Andrei, « Legal Positivism : Still Descriptive and Morally Neutral », *OJLS* 2006, p. 686 ; RAZ Joseph, « Legal Positivism and the Sources of Law », *in The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 38 ou HIMMA Kenneth Einar, « Inclusive Legal Positivism », *in* Coleman Jules et Shapiro Scott (dir.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, OUP, 2002, p. 125-135.

[3] BOBBIO Norberto, « Sur le positivisme juridique », *in Mélanges Paul Roubier*, Paris, Dalloz, 1961, p. 73.

[4] Nous reconnaissons ici le bien-fondé d'une des affirmations importantes des post-positivistes. Voir en ce sens VILLA Vittorio, *La science du droit*, Paris, LGDJ, 1991, p. 159.

[5] Le professeur Troper estime ainsi que dans une démarche positiviste, la science du droit doit être un « métalangage descriptif [portant sur] le langage-objet prescriptif qu'est le droit lui-même » (« Le positivisme juridique », *in Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 32). Dans le même sens, voir JORI Mario, « The Object and Method of Legal Science », *in* PINTORE Ana et JORI Mario (dir.), *op. cit.*, p. 292 ou LINDAHL Lars, « Norms, Meaning Postulates and Legal Predicates », *in* GARZON VALDES Ernesto, KRAWIETZ Werner, VON WRIGHT Georg Henrik et ZIMMERLING Ruth (dir.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, p. 295.

juridiques est centrale car elle permet de réserver la création du droit au discours du droit, ce que refusent précisément les approches non-positivistes. Les définitions juridiques devront donc être élaborées dans le cadre fixé par ce principe fondamental. La relation établie entre catégorie dogmatique et définition lexicale d'un côté et catégorie théorique et définition stipulative de l'autre est une étape importante mais insuffisante. En effet, l'existence de critiques générales sur la catégorisation juridique impose de préciser certains aspects transversaux de la méthodologie positiviste de la catégorisation (I). En outre, les définitions stipulatives posent des problèmes spécifiques. Le rejet de la définition réelle rend nécessaire des indications sur les éléments permettant d'apprécier l'intérêt des définitions retenues sans rompre avec les principes positivistes (II).

I. LES ASPECTS TRANSVERSAUX DE LA METHODOLOGIE POSITIVISTE

Le plan adopté ici est conditionné par le type de critiques que se voit opposer la catégorisation juridique. Les attaques portent à la fois sur l'intérêt de catégories précises et sur la séparation entre les différents types de catégories. Aussi convient-il d'abord de justifier le choix d'une définition précise du terme « constitution » (A) puis de prouver que la différence entre les catégories s'analyse comme une polysémie dont la description exacte exige de respecter un principe de non-confusion entre les catégories (B).

A. Le problème de la précision des catégories

L'intérêt de la précision des définitions, et donc des catégories, fait face à des critiques d'une portée variable. Certains nient tout intérêt aux catégories (1) quand d'autres se contentent de repousser toute précision dans l'opération de détermination des catégories (2).

1. LA FORME EXTREME DE LA CRITIQUE : LA NEGATION DES CATEGORIES

L'existence même des catégories juridiques est depuis longtemps l'objet d'une contestation multiforme. Évoquons d'abord rapidement quelques critiques naïves, qui dépassent d'ailleurs la théorie juridique. Nous pensons ici à l'idée selon laquelle les concepts seraient condamnables car éloignés de la réalité[1]. Elle connaît une variante intellectualisée à travers le nominalisme extrême qui exclut toute utilisation des termes généraux en raison de l'individualité indépassable des réalités physiques. Ces visions partagent un défaut majeur.

[1] MORIN Gaston, « Vers la révision de la technique juridique. Le concept d'institution », *APD* 1931, p. 73.

Elles négligent le fonctionnement du langage qui exige le dépassement des cas individuels par des termes ou des concepts généraux[1]. Le réel n'est perceptible qu'à travers les catégories[2]. La catégorisation est donc inévitable pour dépasser le chaos des perceptions[3] et permettre la communication[4], la mémorisation[5] ou encore la prise de décision[6].

Néanmoins, il existe une version plus élaborée de la critique des catégories juridiques : la dénonciation du conceptualisme et la défense de l'empirisme. Ce mouvement a connu une vitalité particulière à propos du discours du droit administratif[7] sous couvert d'un existentialisme[8] potentiellement applicable à d'autres branches du droit. Cette théorie présente surtout un intérêt historique mais nous devons l'évoquer car il s'agit de la principale forme élaborée de refus total des catégories juridiques. Le principe est simple : il convient de rejeter toute catégorisation en préférant un choix au cas par cas des règles applicables. La définition générale des termes du discours du droit est donc exclue. Kelsen a, à juste titre, souligné la proximité entre cette théorie et le jusnaturalisme[9]. En effet, la solution est considérée comme induite de la réalité, « l'existence » des choses, et non déduite de l'application d'une catégorie générale, « l'essence » des choses. L'induction du droit sur la base de la réalité suppose la violation du principe de Hume et n'est donc pas compatible avec le positivisme. À défaut de pouvoir déduire des normes sur la base de simples faits, l'approche existentialiste s'analyse comme une simple préférence pour la création juridictionnelle du droit. Il s'agit moins de la négation des catégories, théorie insoutenable[10], que de celle de la stabilité des catégories au profit de l'arbitraire du juge[11]. L'intérêt d'un tel système est une question de politique juridique et non une caractéristique du langage humain ou juridique. Nous ne nous exprimerons pas à ce sujet car nous entendons décrire le sens du terme « constitution » dans le discours du droit actuel et non proposer une nouvelle catégorie de constitution ou un nouveau mode de création de cette catégorie.

---

[1] DABIN Jean, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Paris, Sirey, 1935, p. 108.
[2] DAVIDOVITCH André, « Catégories juridiques et catégories sociologiques, remarques sur l'emploi en sociologie de quelques classifications juridiques », *Épistémologie sociologique 1967-4*, p. 260.
[3] KLEIBER Georges, *La sémantique du prototype*, Paris, PUF, 1990, p. 13.
[4] SMITH Edward et MEDIN Douglas, *Categories and Concepts*, Cambridge, HUP, 1981, p. 1.
[5] CROFT William et CRUSE Alan, *Cognitive Linguistics*, Cambridge, CUP, 2004, p. 74.
[6] KLEIBER Georges, *op. cit.*, p. 13.
[7] En ce sens, voir FORTASKIS Théodore, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1987, p. 32-36.
[8] CHENOT Bernard, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *EDCE* 1950, p. 77-83.
[9] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1999, p. 252.
[10] En ce sens, voir WALINE Marcel, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? » *in Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1963, T. I, p. 367 et 371.
[11] Pour une analyse comparable, voir EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1982, vol. 1, p. 742 ou RIVERO Jean, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.* 1951, p. 100-102.

Quoi qu'il en soit, la condamnation du conceptualisme s'est aussi étendue au discours sur le droit[1]. Elle s'incarne ici dans le refus des abstractions créées pour soumettre les catégories positives à des conceptions *a priori*[2]. Elle passe généralement par la dénonciation des définitions réelles[3] car le conservatisme du conceptualisme vient de la conviction que les catégories anciennes révèlent l'essence éternelle des institutions. Nous adhérons à cette critique. En faisant passer de simples définitions stipulatives ou lexicales pour une vaine recherche métaphysique, le conceptualisme classique tend à discréditer les catégories et définitions juridiques. En effet, il laisse croire qu'on peut soumettre le droit positif, ou sa description, à des frontières fixées par la métaphysique. S'il faut sans aucun doute rejeter ces dérives, la négation du conceptualisme ne peut aller plus loin sous peine de nier les catégories et de souffrir de la naïveté déjà dénoncée.

Pour conclure, le passage à la définition nominale permet à la fois d'éviter les excès de l'existentialisme et du conceptualisme en démystifiant le rôle des définitions et des catégories. Les doctrines niant l'intérêt des catégories juridiques reposent donc soit sur une confusion, entre définition réelle et définition, soit sur une volonté politique anti-positiviste[4]. Il nous reste alors à examiner les critiques plus modérées portant sur la précision des définitions (2).

2. LA FORME MODEREE DE LA CRITIQUE : LA NEGATION DES DEFINITIONS PRECISES

Si le rejet total des catégories juridiques est rare, celui des définitions ou surtout des définitions précises est très répandu[5]. La réflexion sur la précision des définitions exige de reprendre la distinction classique entre les langages naturels et les langages formels. Les discours juridiques utilisent très clairement des langages naturels[6] puisqu'ils ne sont pas exprimés par un système de signe particulier, sauf dans le cadre de la formalisation déontique dont nous ne traiterons pas ici. Or, il est extrêmement commun de rejeter toute tentative de

---

[1] GÉNY François, *Méthodes d'interprétation des sources en droit privé, essai critique*, Paris, Sirey, 1923, T. I, p. 129-147 ou DEMOGUE René, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Éd. Arthur Rousseau, 1911, p. 236.

[2] FORTSAKIS Théodore, *op. cit.*, p. 128.

[3] GÉNY François, *op. cit.*, p. 129 ou CHENOT Bernard, « L'existentialisme et le droit », *RFSP* 1953, p. 57-59.

[4] Il faut tout de même noter que les catégories juridiques ont parfois été critiquées dans une perspective différente de celles évoquées par des auteurs contestant la possibilité même du syllogisme juridique (pour l'exposé de quelques-unes de ces critiques, voir BRUNET Pierre, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits* n°39, p. 197-217.). S'il est impossible de déduire d'une règle générale les normes applicables à des cas individuels, les catégories juridiques ne peuvent jouer de rôle dans la qualification. Nous ne développerons toutefois pas ces théories car leur critique exigerait des développements importants, notamment sur l'applicabilité de la logique au droit, qui dépassent les ambitions de cette étude. De plus, elles ne concernent que les catégories dogmatiques et y adhérer impliquerait de rompre à la fois avec la pratique juridique générale que nous avons constatée dans la partie descriptive de notre examen de la méthodologie de la définition et avec celle que nous constaterons à propos de la constitution (voir *infra*, p. 104).

[5] La distinction de ces deux types de critique n'est pas toujours évidente car les notions de définition et de précision sont souvent, à tort, confondues (voir en ce sens SORENSEN Roy, « Vagueness and the Desiderata for Definition », *in* FETZER James, SHATZ David et SCHLESINGER Georges (dir.), *Definitions and Definability…*, précité, p. 71).

[6] VISSER'T HOOFT Hendrik Philip, « La philosophie du langage ordinaire et le droit », *APD* 1972, p. 275 ou OPALEK Kazimierz, « Les normes, les énoncés sur les normes et les propositions déontiques », *APD* 1972, p. 367.

progrès vers l'univocité dans les langages naturels. Celle-ci serait à la fois impossible à atteindre et dangereuse. Toutefois, il faut rappeler les spécificités des discours juridiques. Ils s'opposent au discours ordinaire par leurs fonctions sociales. Si les définitions stipulatives univoques ne servent à rien dans le discours ordinaire du fait de la diversité de ses usages – persuasion[1], expression artistique, *etc*. – elles sont indispensables aux discours juridiques pour remplir leurs fonctions propres. Le rôle central de la dénotation pour permettre l'application des règles à des faits ou pour formuler des énoncés réfutables a déjà été évoqué. La précision de la définition permet d'isoler clairement les faits auxquels le discours juridique se réfère. Les discours juridiques ne s'expriment pas dans un langage formalisé mais ne connaissent pas non plus la relative anarchie du discours ordinaire. L'importance de la définition en droit est justement une réaction des locuteurs à l'imprécision des termes du discours ordinaire[2] de manière à garantir la « praticabilité »[3] des termes juridiques pour l'application[4] ou la réfutation[5]. Il s'agit à la fois de limiter les ambiguïtés et de garantir la cohérence des usages du terme[6] en forgeant une « langue semi-artificielle »[7]. La recherche de la précision n'est pas une attaque contre les caractéristiques du langage ordinaire, mais la prise en compte des règles de certains langages spécifiques relativement rigides[8]. Cette précision se conçoit d'ailleurs en termes de degrés et non d'absolu. En effet, les définitions juridiques utilisent toujours en dernière analyse des termes du discours ordinaire[9] sans quoi elles seraient purement circulaires[10]. Cette idée est essentielle puisque les termes du discours ordinaire présentent souvent une certaine ambiguïté, une souplesse[11] ou une texture ouverte[12]. Les termes

---

[1] Dans un cadre positiviste, cette fonction persuasive n'a pas sa place dans le discours sur le droit car elle porte atteinte au caractère descriptif de l'étude du droit en masquant la réalité des conceptions défendues sur le plan théorique. Sur la défense de la fonction persuasive du langage, on se reportera à PERELMAN Chaïm, *Justice et raison*, Bruxelles, PUB, 1963, p. 84-93 ou « Perspectives rhétoriques sur les problèmes sémantiques », *Logique et analyse*, 1974, p. 241-252.

[2] RICHARD Pascal, « Les apports de Wittgenstein à la réflexion comparatiste », *RIDC* 2005, p. 901 ou BERGMANS Bernhard, « L'enseignement d'une terminologie étrangère comme mode d'approche du droit comparé », *RIDC* 1987, p. 90.

[3] Celle ci exige « une suffisante définition » (DABIN Jean, *Théorie générale du droit*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1953, p. 207).

[4] Voir, parmi de nombreux exemples, BATTIFOL Henri, « La spécificité du vocabulaire juridique », *in Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, PUSST, 1978, p. 40 ou FORTSAKIS Théodore, *op. cit.*, p. 301.

[5] RICCI Roland, « Le statut épistémologique des théories juridiques », précité, p. 168 ou DUBS Homer, « Definition and its Problem », *Philosophical Review*, 1943, p. 567.

[6] SALMON Jean, « Langage et pouvoir en droit international » *in* INGBER Léon et VASSART Patrick (dir.), *Le langage du droit*, Bruxelles, Némésis, 1991, p. 305-306.

[7] FAVOREU Louis *et alii*, *Droit constitutionnel*, 11 éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 92. Pour une idée proche appliquée au discours théorique sur le droit, voir MILLARD Éric, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006, p. 60.

[8] HABA Enrique, « Études en allemand sur les rapports entre droit et langue », *APD* 1975, p. 192.

[9] WAGNER Anne, « Les apports de l'analyse linguistique dans la conception du flou », *JCP* 2005, p. 2355.

[10] Le problème classique des termes indéfinissables est de ce fait renvoyé à la philosophie du langage et est abandonné faute d'intérêt méthodologique pour nous. Sur ce sujet voir par exemple ROBINSON Richard, *Definition*, Oxford, Clarendon, 1950, p. 44-52 ou FETZER James, « Primitive Concepts, Habits, Conventions and Law », *in* FETZER James, SHATZ David et SCHLESINGER Georges (dir.), *op. cit.*, p. 51-67.

[11] RICCI Roland, article précité, p. 171 ou FAVOREU Louis *et alii*, *Droit des libertés fondamentales*, précité, p. 80.

[12] Sur ce concept, voir HART Herbert Lionel Adolphus, *Le concept de droit*, précité, p. 153-162.

juridiques conservent donc par ce biais une part d'indétermination[1] même quand leur texture peut sembler relativement fermée au regard de la précision de la définition. Les définitions précises ont donc droit de cité dans les discours juridiques. Leur place dans les divers discours juridiques est néanmoins variable.

Le degré de précision des catégories dogmatiques dépend de celui du discours du droit. Le dogmaticien n'est donc pas maître de le déterminer s'il entend s'en tenir à un discours descriptif. Il est conditionné par le mode de définition choisi par les acteurs ou par la précision qu'ils adoptent dans l'usage du terme concerné. Il faut donc éviter de donner une définition stricte d'une catégorie souple[2]. Pour les mêmes raisons, donner une définition souple d'une catégorie stricte n'est pas non plus acceptable. Or, il est assez commun de prétendre qu'il ne peut exister que des catégories floues[3], c'est-à-dire aux frontières peu ou pas définies[4], en se basant sur des conceptions du langage inspirées par la philosophie critique[5] ou les sciences cognitives[6]. Il s'agit de souligner le rôle essentiel du destinataire dans la situation de discours pour nier le rôle du locuteur. Le juge, destinataire, ne saurait être lié par une définition du législateur, locuteur[7]. Ces théories aboutissent en dernière analyse à une forme particulière de réalisme juridique[8], limitant la création du droit à l'activité du juge, ou au retour de la raison pratique[9]. Cette conception du langage s'éloigne largement de l'approche pragmatique qui est la nôtre[10]. Le réalisme auquel elle aboutit pose de nombreux problèmes sur lesquels nous reviendrons largement dans les développements consacrés à la définition de la constitution[11]. Pour le moment, notons simplement que cette vision de la pratique juridique semble radicalement incompatible avec le point de vue interne qui caractérise le discours dogmatique. En outre, une catégorie reste une catégorie, même si elle est définie par le juge. Les catégories floues sont aussi défendues non comme imposées par les caractéristiques du langage mais

---

[1] En ce sens, voir WILLIAMS Glanville, « Language and the Law », *LQR* 1946, p. 191; JANVILLE Thomas, *La qualification juridique des faits*, précité, p. 136 ou HAID Franck, *Les notions indéterminées dans la loi*, précité, p. 34.

[2] Pour un exemple de proposition méthodologique de cet ordre, voir SALLÉ DE LA MARNIÈRE Edmond, *Éléments de méthodologie juridique*, Paris, Librairie du journal et des avocats, 1976, p. 45.

[3] MOORE Michael, « A Natural Law Theory of Interpretation », *Southern California Law Review* 1985, p. 307.

[4] Le concept de « concept flou » est lui-même un concept flou. Voir en ce sens JANVILLE Thomas, *op. cit.*, p. 620-635.

[5] Voir par exemple MÜLLER Friedrich, *Discours de la méthode juridique*, Paris, PUF, 1996, p. 376-385.

[6] Voir par exemple BOURCIER Danièle, « L'émergence d'une problématique : l'approche cognitive du droit », *in* BOURCIER Danièle et MACKAY Pierre (dir.), *Lire le droit : langue, texte et cognition*, Paris, LGDJ, 1992, p. 24.

[7] TIMSIT Gérard, « La science juridique, science du texte », *ibid.*, p. 459.

[8] GUASTINI Riccardo, « Interprétation et description des normes », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 101.

[9] PERELMAN Chaïm, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, p. 71-85 et 176 ou MÜLLER Friedrich, *op. cit.*, p. 215-222.

[10] « Dans la vie réelle, c'est-à-dire entre les utilisateurs du langage réel, il n'existe pas d'ambiguïté, sauf dans des occasions spéciales où l'on veut tromper son interlocuteur ou 'laisser une porte ouverte' […] l'ambiguïté n'existe qu'hors des situations concrète de langage ; les phrases abstraites peuvent être ambiguës, les locuteurs réels ne le sont pas » (MEY Jacob, *Pragmatics. An Introduction*, 2e éd., Cambridge, CUP, 2001, p. 12-13).

[11] Voir *infra*, p. 192 et s.

comme outil pour atteindre la justice ou l'efficacité. Il s'agit manifestement d'une position de politique juridique[1], d'un arbitrage entre sécurité et équité[2], si ce n'est entre démocratie et technocratie. En effet, la souplesse est généralement justifiée par une volonté d'accroître les pouvoirs du juge[3] à travers l'augmentation de sa marge de manœuvre[4] ou au moins l'adaptabilité du droit[5] rejoignant la conception romaine[6] dans un cadre clairement anti-positiviste[7]. Notons qu'une dimension prescriptive[8] est parfois assumée ouvertement par les approches centrées sur le langage[9]. Le bien-fondé de ce modèle dépend de valeurs subjectives et est de toute façon sans effet direct sur la réalité du droit.

Finalement, il convient d'adopter une position médiane. Il faut admettre qu'il existe des catégories imprécises[10], ou que chaque catégorie se place dans une échelle de précision. La catégorisation dogmatique doit suivre le droit sans lui appliquer un modèle *a priori* du degré de précision souhaitable. L'acceptabilité d'un mode de définition dépend de l'état du discours du droit si l'on entend s'en tenir à une dogmatique positiviste, c'est-à-dire descriptive. Reconnaître la possibilité d'une définition floue permet de lutter efficacement contre ceux qui prétendent nier tout intérêt aux définitions en raison de la part de flou présente dans toutes les catégories[11]. Notons d'ailleurs qu'une définition précise réduit l'indétermination mais n'est pas incompatible avec la polysémie. Le discours du droit peut contenir des termes signifiant plusieurs catégories[12]. La dogmatique doit alors rapporter cette polysémie « dans la transparence »[13] sans la supprimer[14].

Dans la théorie juridique en revanche, le flou et la polysémie ne présentent pas vraiment d'intérêt. Les catégories de théories juridiques ont vocation à servir à la formulation

---

[1] En ce sens, voir HAID Franck, *Les notions indéterminées dans la loi*, Thèse, Aix-Marseille, 2005, p. 31.
[2] *Ibid.*, p. 137 ou WAGNER Anne, article précité, p. 2356.
[3] HAID Franck, *op. cit.*, p. 237 ; JANVILLE Thomas, *op. cit.*, p. 675 ; BAUER-BERNET Hélène, « Notions indéterminées et droit communautaire », *in* PERELMAN Chaïm (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 269 ou THIBIERGE Catherine, « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », *RTDC* 2003, p. 617.
[4] HABA Enrique, « Droits de l'homme, concepts mouvants, idéologie », *APD* 1984, p. 326.
[5] FORTSAKIS Théodore, *op. cit.*, p. 315 ; BERGEL Jean-Louis, *Méthodologie du droit*, Paris, PUF, 2001, p. 105 ou PUIGELIER Catherine, « Mots à sens multiples et règles de droit », *APD* 2005, p. 383.
[6] « *Omnio definitio in jure periculosa* » cité par exemple dans BERGEL Jean-Louis, « Importance, opportunité et rôle de définitions dans les textes législatifs et réglementaires », *RRJ* 1987-4, p. 1119.
[7] PERELMAN Chaïm, *Logique juridique…*, précité, p. 71 ou PAPAUX Alain, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsomption à l'abduction*, précité, p. 389.
[8] ARNAUD André-Jean, « Vers un processus de décision complexe en droit », *in* BOURCIER Danièle et MACKAY Pierre (dir.), *op. cit.*, p. 79 ou BOURCIER Danièle, article précité, p. 25.
[9] La référence à Gény (BOURCIER Danièle, article précité, p. 14) ou à la théorie économique du droit (MACKAAY Ejaan, « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », *Langages* n°53, p. 33-50) est ici particulièrement notable.
[10] Sur ce sujet, voir notamment HAID Franck, *op. cit.*, 372 p. et RIALS Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, 1980, 564 p.
[11] SORENSEN Roy, « Vagueness and the Desiderata for Definition », précité, p. 78.
[12] EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1983, vol. 2, p. 730 ou SALMON Jean, « Les mots à sens multiples en droit international public », *in* PERELMAN Chaïm (dir.), *Les notions…*, précité, p. 251-254.
[13] JESTAZ Philippe, « La qualification en droit civil », *Droits* n°18, p. 53.
[14] CORNU Gérard, *Linguistique juridique*, 2e éd., Paris, Montchrestien, 2000, p. 108-118.

d'énoncés falsifiables. Or, la falsifiabilité dépend de la capacité à déterminer précisément la dénotation[1]. Recourir à une notion floue implique une augmentation du degré d'incertitude concernant le sens[2] ou la valeur des énoncés produits et donc la valeur des connaissances théoriques. Au-delà du problème de la falsification, la polysémie et le flou peuvent empêcher tout débat sérieux. En effet, des désaccords pourront passer inaperçus car couverts par une homonymie[3]. De même des questions empiriques pourront être prises pour des questions de mots[4]. Faute de conscience du problème, la polysémie[5] et le flou[6] rendent aisé l'usage de la rhétorique au détriment de la logique en jouant sur les différents sens que peut prendre un même terme pour donner une apparence logique à un sophisme[7]. Plus largement, l'incertitude favorise les confusions[8] occasionnées par le glissement entre les sens du mot[9]. Les définitions précises et univoques sont utiles pour éliminer les malentendus linguistiques en permettant un accord sur les mots. Elles sont nécessaires au débat[10] et à la transmission des connaissances[11]. Mieux, il paraît impossible de penser précisément sur la base de notions floues[12]. Tous ces éléments sont renforcés dans un cadre positiviste pour conserver un caractère descriptif en limitant la rhétorique et la subjectivité. Cela exige la possibilité de comprendre sans ambiguïté les énoncés produits et d'évaluer leur véracité. Tout cela passe par des définitions précises qui éliminent l'indétermination et explicitent voire suppriment lorsque c'est possible la polysémie.

Une précision s'impose alors quant à la forme du définissant. Nous l'avons dit, l'abandon de l'essentialisme pose la question de la survie de la définition par genre et différence spécifique. Pourtant, il ne semble pas opportun d'éliminer cette forme de définissant. Derrière ce choix essentialiste se cache une intuition fertile. Il est évident que le rapport entre les termes « véhicule » et « bus » n'est pas le même qu'entre les termes « bus » et « camion ». Le genre peut être sauvé en tant que catégorie par rapport à une espèce conçue comme une sous-

---

[1] STRAWSON Peter Frederick, « Signification et vérité », *in Etudes de logique et de linguistique*, Paris, Seuil, 1977, p. 205.
[2] RICCI Roland, article précité, p. 168 ou PETRAZYCKI Leon, *Law and Morality*, Cambridge, HUP, 1955, p. 4.
[3] BOBBIO Norberto, « Pour un lexique de théorie générale du droit », *in Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, p. 56.
[4] GUASTINI Riccardo, « La théorie du droit comme analyse du langage des juristes », *in* GRZEGORCZYK Christophe, MICHAUT Françoise et TROPER Michel (dir.), *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1992, p. 100 ou ARISTOTE, *Topiques*, Paris, Les Belles Lettres, 1967, p. 31.
[5] *Ibid.*, p. 39 ; OHANA Joseph, « Avant-propos », *in* AYER Alfred Jules, *Logique, langage et vérité*, précité, p. 26.
[6] PERELMAN Chaïm, « Perspectives rhétoriques sur les problèmes sémantiques », précité, p. 248-250.
[7] PERELMAN Chaïm, *Justice et raison*, précité, p. 10.
[8] FORTSAKIS Théodore, *op. cit.*, p. 303 ou ROBINSON Richard, *Definition*, précité, p. 67.
[9] Voir en ce sens AMSELEK Paul, « Brèves réflexions sur la notion de sources du droit », *APD* 1982, p. 254.
[10] Voir CONDOMINE Paul, *Essai sur la théorie juridique et sa fonction*, Lyon, Imprimerie de la revue judiciaire, 1912, p. 154 ou l'intervention du professeur Pfersmann dans les débats du colloque publié à la *RAE* 2001-2002/6, p. 692.
[11] REBEYROLLE Josette, *Forme et fonctions de la définition en discours*, Thèse de linguistique, Toulouse, 2000, p. 62.
[12] En ce sens, voir BENTHAM Jeremy, *Manuel de sophismes politiques*, Paris, LGDJ, 1996, p. 335 ; CARBASSE Jean-Marie, *Manuel d'introduction historique au droit*, précité, p. 58 ; VIGNAUX Georges, *Le démon du classement*, Paris, Seuil, 1999, p. 24 et 73 ou GÉNY François, *Science et technique en droit privé positif. Introduction*, Paris, Sirey, 1914, p. 156.

catégorie. C'est pourquoi ce type de définissant a été repris au-delà de l'essentialisme. Les termes « genre » et « espèce » ont parfois été remplacés mais l'idée d'organisation hiérarchique a été préservée dans les domaines logique[1], sociologique[2], linguistique[3] ou psychologique[4]. Il ne faut pas oublier ici que l'idée de genre premier[5] ou naturel[6] a été éliminée au profit d'un choix correspondant à une classification précise. Ce mode n'est plus désormais une nécessité logique[7] mais une possibilité[8], coûteuse mais utile pour abréger le propos et préciser les objets concernés[9].

Pour conclure, il est légitime dans une perspective positiviste de proposer une définition précise du terme « constitution » sur le plan théorique, voire sur le plan dogmatique si le discours du droit en fasse un usage précis. Dans tous les cas, la nécessité de produire plusieurs définitions du terme « constitution » est conditionnée quant à elle par la valeur d'un principe de non-confusion catégorielle (B).

B. Le principe de non-confusion catégorielle

Il est désormais établi que la définition du terme « constitution » devra mettre en évidence toute polysémie voire l'éliminer dans le domaine théorique. Pour autant, il est tout à fait possible de soutenir qu'un terme signifiant deux catégories de type différent n'est pas un exemple de polysémie. La signification, et donc la définition, pourrait être identique pour deux types de catégories. L'existence de critères de distinction fixés arbitrairement n'entraîne pas l'obligation de respecter la classification créée. Ainsi, si nous avions distingué les catégories créées par les théoriciens de plus de soixante kilos et de moins de soixante kilos, il est bien évident que nous ne serions pas tenu d'éviter la confusion entre lesdites catégories. L'exigence de définition autonome des catégories théorique et dogmatique de « constitution » est conditionnée par l'exclusion du mélange entre catégories de notre typologie. Or, certains auteurs ont soutenu des positions qui, de ce point de vue, s'analysent comme des confusions catégorielles qu'il faut maintenant analyser.

---

[1] DUBS Homer, « Definition and its Problem », *Philosophical Review* 1943, p. 568.
[2] DAVIDOVITCH André, article précité, p. 260.
[3] Nous faisons ici référence aux hyperonymes et hyponymes (REBEYROLLE Josette, *op. cit.*, p. 42-50).
[4] KLEIBER Georges, *op. cit.*, p. 45 ; DORON Roland et PAROT Françoise, *Dictionnaire de psychologie*, précité, p. 120.
[5] ARISTOTE, *La métaphysique*, Paris, J. Vrin, 1991, T. I, p. 420.
[6] DABIN Jean, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Paris, Sirey, 1935, p. 166.
[7] Pour un avis contraire voir ARISTOTE, *Organon V*, Paris, J. Vrin, 1984, p. 242.
[8] RICKERT Heinrich, *op. cit.*, p. 208 et 274 ou SAGER Juan (dir.), *Essays on Definition* , précité, p. 152.
[9] ROBINSON Richard, *op. cit.*, p. 96-97.

1. CATEGORIES DE POLITIQUE JURIDIQUE ET CATEGORIES DU DISCOURS DU DROIT

Nous pouvons dissocier deux formes de confusions entre les catégories de politique juridique et celles du discours du droit. La première consiste à défendre la création doctrinale des règles et donc à donner une force juridique aux catégories de politique juridique active. Le droit naturel classique s'inscrit dans ce cadre puisque le régime juridique des faits, notamment la licéité des comportements, est déterminé par des critères fixés arbitrairement par un théoricien. Certes, pour les tenants du droit naturel ces règles sont simplement constatées dans la nature des choses. Cependant, dans le cadre de la théorie générale choisie, les catégories en question ne peuvent prétendre correspondre au droit puisque leur existence ne repose pas sur un fait social. Dès lors, même si nous devions reconnaître que les critères n'ont pas été arrêtés arbitrairement par le théoricien, c'est lui qui a décidé de se référer à des critères issus d'une source extra-juridique, ce qui en fait des catégories de politique juridique active. Il s'agit donc d'une confusion catégorielle puisque les catégories de politique juridique sont utilisées pour la qualification et la sélection des règles en lieu et place des catégories du discours du droit. Cette vision s'écarte soit de la théorie sociale des sources du droit soit du caractère descriptif de l'étude du droit. Cela aboutit à la confusion entre les discours des autorités habilitées et non-habilitées, bref à une science du droit normatrice. Notons que la survie de la définition réelle joue un rôle particulier ici. Elle permet à la doctrine de soutenir la création de constructions présentées comme empiriques[1] voire universelles et obligatoires[2]. Il est ainsi classique de prétendre déduire des conséquences juridiques de « l'essence d'une institution » ou au moins de comparer le droit positif à de tels modèles. Ce genre d'évaluation « est en réalité un jugement moral ou politique […] dépourvu de toute portée juridique »[3].

La seconde forme de cette confusion, plus modérée, consiste à conférer aux théoriciens une place équivalente ou supérieure à celle des acteurs dans la définition des termes du discours du droit[4]. Cette position diffère de la précédente car elle affirme que la doctrine peut définir certains termes et non créer des règles de toutes pièces[5]. Cette attitude peut paraître étonnante car les différences relevées plus haut entre les définitions théoriques et celles du discours du droit ne sont même pas contrées par une théorie cohérente du droit naturel. Toutefois, deux

---

[1] En ce sens, voir TROPER Michel, « La théorie dans l'enseignement du droit constitutionnel », *in Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 250.
[2] *Ibid.*, p. 247 ou TROPER Michel, « Les classifications en droit constitutionnel », précité, p. 259-262.
[3] TROPER Michel, « En guise d'introduction la théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif », *CCC* n°9, p. 138.
[4] Pour des exemples, voir MOORE Michael, article précité, p. 332 et 396 ; BERGEL Jean-Louis, « Typologie des définitions dans le Code civil », *RRJ* 1986-4, p. 31 ; STICHWEH Rudolf, « Motifs et stratégies de justification employés pour fonder la scientificité de la jurisprudence allemande au XIXe siècle », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 173 ou PARTYKA Patricia, *Approche épistémologique de la notion de qualification en droit privé français*, Thèse, Montpellier, 2004, p. 383, p. 157.
[5] ATIAS Christian, *Théorie contre arbitraire*, Paris, PUF, 1987, p. 131.

éléments peuvent expliquer le succès de cette vision. Tout d'abord, la renaissance de la rhétorique a incité à voir dans la définition un lieu d'argumentation destiné à produire des solutions raisonnables[1]. Or, les acteurs n'ont pas d'avantage sur le théoricien en ce qui concerne la raison pratique[2]. Ensuite, si la définition est assimilée à la recherche des essences, elle appartient à « la sphère de l'intelligence »[3]. La compétence juridique des acteurs n'implique pas de capacité spécifique pour cette opération qui est même parfois vue comme relevant de la philosophie[4]. Les définitions stipulatives sont exclues car une définition ne peut jamais être arbitraire[5] ce qui implique qu'un acteur se livrant à la définition fait « œuvre de savant »[6] à égalité avec les théoriciens[7]. Le refus de toute contrainte issue du discours du droit dans l'opération définitoire[8] démontre l'aspect presque jusnaturaliste de cette conception[9]. La nature juridique est ici considérée comme une propriété intrinsèque de l'objet qui s'impose aux acteurs. L'aspect modéré que cette conception présente est trompeur. Nous l'avons vu, l'application des règles dépend de la définition des catégories. Aussi, nier la compétence de définition aux acteurs revient à leur nier toute compétence normative puisqu'ils ne peuvent plus fixer le champ d'application des règles : « le décideur est celui qui décide de qui décide du sens des mots »[10]. Cette méthode permet à la doctrine de se libérer de la légalité[11]. En dernière analyse, nous sommes face à une confusion catégorielle car les critères de la catégorie du discours du droit sont fixés par une autorité non-habilitée dissimulée par une définition réelle.

Notons que certains arguments qui camouflent des choix doctrinaux arbitraires peuvent être rattachés à cette vision et donc exclus avec elle. C'est le cas des recours isolés à l'essence pour fonder un argument dogmatique[12], de l'exigence du respect de la « nature des choses »[13], de l'utilisation de l'étymologie ou encore du rejet de définitions considérées, sans justification, comme abusives[14]. Même si elles ne passent pas par une théorisation complète,

---

[1] PERELMAN Chaïm, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, p. 106, 121 et 162.
[2] ATIAS Christian, « Définir les définitions juridiques ou définir le droit ? », *RRJ* 1987-4, p. 1091 et 1093.
[3] SCARPELLI Uberto, « La définition en droit », *Logique et analyse* 1958, p. 135.
[4] GRZEGORCZYK Christophe, « Le concept du bien juridique, l'impossible définition », *APD* 1979, p. 259.
[5] ATIAS Christian, article précité, p. 1092-1093.
[6] SCARPELLI Uberto, article précité, p. 135.
[7] STICHWEH Rudolf, article précité, p. 173.
[8] ATIAS Christian, « Réflexions sur les méthodes de la science du droit », *D.* 1983, p. 147-148.
[9] Celui-ci est d'ailleurs parfois assumé (ATIAS Christian, article précité, p. 148 ou MOORE Michael, article précité, p. 398).
[10] BOURCIER Danièle, « La novlangue ou comment rendre actifs les textes juridiques », *in* GUILLOREL Hervé et KOUBI Geneviève (dir.), *Langues et droits*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 388.
[11] PINTORE Ana, « Définition en droit », précité, p. 172 ou SCARPELLI Uberto, article précité, p. 135. Le professeur Atias illustre cette idée quand il n'hésite pas à affirmer que quoi que fasse le législateur, « l'enfant né d'un couple non marié et, de surcroît, reconnu par un seul de ses parents, ne sera jamais un enfant légitime » (ATIAS Christian, *op. cit.*, p. 130).
[12] DAUPS Thierry, « De la fédération d'États-nations et de sa Constitution », *LPA* 2002, n°141, p. 14.
[13] PARTYKA Patricia, *op. cit.*, p. 360.
[14] LEGROS Pierre, « Les notions à contenu variable en droit pénal », *in* PERELMAN Chaïm (dir.), *op. cit.*, p. 23.

ces argumentations renvoient au même présupposé anti-positiviste : l'existence d'un sens naturel ou métaphysique des catégories situé au-delà des mots. Enfin, il existe une dernière variante[1] centrée sur la négation de la liberté de définition du législateur. Il s'agit cette fois-ci de prétendre qu'il serait limité non par une hypothétique essence mais par le respect de l'usage présent dans le langage ordinaire. Certes, il ne fait aucun doute que reprendre le sens ordinaire facilite la communication de l'intention du législateur[2]. Toutefois, l'autonomie constatée au plan du discours impose une autonomie des concepts[3] ou du sens[4] qui est reconnue[5] et pratiquée[6] de manière générale. Elle est d'ailleurs nécessaire pour permettre de fixer librement le champ d'application des règles[7]. L'exemple du droit international public où les définitions sont âprement négociées et font parfois l'objet de réserves le démontre amplement[8]. Une fois la définition réelle abandonnée, aucun impératif langagier ne peut s'opposer à la liberté du législateur voire du juge[9]. De même, aucun impératif juridique n'impose le respect du sens commun. Les grenouilles peuvent être des poissons en droit[10]. Les positions contraires reviennent à préférer des critères théoriques aux critères dogmatiques.

Pour conclure, le positivisme juridique exclut toute confusion entre les catégories de politique juridique et les catégories du discours du droit. La création des catégories dogmatiques ne peut être opérée que par la reprise d'une définition stipulative issue du discours du droit ou par une définition lexicale fondée sur ce même discours pour éviter la construction d'une science du droit normatrice prétendant se substituer aux acteurs. La définition dogmatique de la constitution devra donc suivre ce modèle.

2. CATEGORIES THEORIQUES ET CATEGORIES DU DISCOURS DU DROIT

La pratique du discours sur le droit offre de nombreux exemples de confusions catégorielles. Certaines catégories théoriques, bâties à l'origine pour la description systématique du droit positif, sont utilisées ensuite pour la qualification comme si elles étaient dotées d'une force normative. Ce cas diffère des précédents en ce que les catégories

---

[1] Nous avons distingué trois variantes pour faciliter l'exposé de ces théories. Dans la pratique, elles sont souvent confondues et utilisées indifféremment.
[2] JANVILLE Thomas, *La qualification juridique des faits*, précité, p. 46.
[3] MAHDAVY Hussein, *L'analyse logico-philosophique du langage juridique*, Thèse, Paris, 1957, p. 20-21.
[4] HABA Enrique, « Études en allemand sur les rapports entre droit et langue », *APD* 1974, p. 270.
[5] SOURIOUX Jean-Louis, *Introduction au droit*, Paris, PUF, 1987, p. 43 ; WAGNER Anne, article précité, p. 2357 ou GÉMAR Jean-Claude, « Le langage du droit au risque de la traduction. De l'universel au particulier », *in Français juridique et science du droit*, Bruxelles, Bruylant, p. 134.
[6] LECLERCQ Pierre, « Les problèmes posés par les définitions dans la conception et l'application des textes législatifs et réglementaires », *RRJ* 1986-4, p. 24.
[7] Pour une idée proche, voir BALIAN Serge, *Essai sur la définition dans la loi*, Thèse, Paris II, 1986, p. 132 et 256.
[8] FLORY Maurice, « Les définitions en droit international », *RRJ* 1986-4, p. 87-93.
[9] BAYLES Michael, « Definitions in Law », précité, p. 253.
[10] BOURCIER Danièle, « Argumentation et définition en droit…», précité, p. 115-124

théoriques sont élaborées à partir d'une sélection des données du système juridique et non crées arbitrairement par les théoriciens pour formuler des règles de conduite. Les théoriciens ajoutent des catégories supplémentaires au discours du droit sans nier la compétence des acteurs. Plutôt que de proposer un point de vue interne alternatif[1], les auteurs mélangent le point de vue interne et le point de vue externe. L'utilisation des catégories descriptives comme catégories normatives montre une confusion entre l'étude du système juridique et les normes de ce système. Cela débouche sur une science du droit conservatrice puisque les données du discours du droit constatées à un moment précis, par la sélection de certaines propriétés juridiques, sont reconduites pour l'avenir comme des règles indépassables. Ce comportement est parfois soutenu par un essentialisme caché qui entend comparer les règles positives à des « idées » dotées d'une durée de vie supérieure. Différentes habitudes répandues dénotent une telle attitude. Ainsi, considérer que la doctrine est chargée d'assurer la cohérence du système juridique[2] et non de la science juridique risque de faire reconnaître un aspect normatif aux catégories qu'elle crée. De même, des assertions sur les règles classiques des systèmes juridiques sont souvent confondues avec des prescriptions prétendant limiter ou remplacer des règles positives atypiques[3]. Par exemple, avoir la volonté de faire correspondre un système politique donné aux régimes parlementaire ou présidentiel revient à oublier que ceux-ci ont été formulés pour décrire les régimes existants et non comme des modèles à suivre[4]. Citons aussi la croyance selon laquelle la définition théorique de la loi comme règle générale pourrait jouer un rôle en plus ou à la place des critères de reconnaissance de la loi du discours du droit[5]. Dans tous ces cas, des catégories de théorie juridique descriptives sont assimilées aux catégories normatives. Cela implique la mise sur le même plan des choix des théoriciens et des acteurs et donc, une fois de plus, une science du droit non positiviste.

Notons qu'il peut arriver que les acteurs s'inspirent des constructions doctrinales descriptives pour définir des catégories du discours du droit[6]. En effet, les autorités habilitées sont libres du choix de leurs influences et ne peuvent être soumises au principe de non-confusion. Cependant, la définition de ce type de catégorie sur le plan dogmatique prendra

---

[1] Sur cette idée de point de vue interne alternatif, voir OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, « De la bipolarité des erreurs ou de quelques paradigmes de la science du droit », *APD* 1988, p. 186.

[2] Voir parmi de nombreux exemples BERGEL Jean-Louis, *Méthodologie du droit*, Paris, PUF, 2001, p. 27.

[3] Sur les liens de cette démarche avec l'essentialisme voir TUSSEAU Guillaume, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, p. 32.

[4] Le refus de se détacher de ces deux modèles restrictifs a été ainsi qualifié par le professeur Avril de « métaphysique constitutionnelle […] sans limites et sans fond » (AVRIL Pierre, « La nature de la Vème République », *Cahiers français* n°300, p. 3). Voir dans le même sens TROPER Michel, « Les classifications en droit constitutionnel », précité, p. 261.

[5] Une telle erreur est dénoncée à propos du droit français dans CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933, p. 25, 31, 35 et 117.

[6] En ce sens, voir VIRALLY Michel, « Le juriste et la science du droit », *RDP* 1964, p. 595.

bien la forme d'une définition lexicale : si la catégorie théorique est modifiée, cela n'aura aucun effet sur la catégorie dogmatique correspondante. En outre, le fait que le discours théorique puisse être mal interprété ne change rien à sa fonction première qui reste clairement descriptive. Il ne faut pas confondre fonction et utilisation d'un discours[1].

Par ailleurs, certaines formes de réalisme peuvent aussi poser problème. Les catégories dogmatiques sont ainsi parfois négligées au profit de catégories externes se limitant à rendre compte des réactions concrètes des juges. C'est la fameuse distinction entre « *law in books* » et « *law in action* »[2]. La catégorie juridique « X » se définit alors comme « l'ensemble des faits que le juge qualifiera de X ». Il s'agit de prévoir le comportement du juge sur un mode causal en prenant en considération tous les éléments extra-juridiques qui contribuent à sa détermination[3]. La catégorie ainsi formée repose donc sur un critère choisi par le théoricien parmi des propriétés sociologiques ou psychologiques et relève clairement du point de vue externe. Le réalisme est légitime si l'on reste conscient de son rattachement à ce point de vue. Il peut alors viser des fins pratiques de prédiction dans le cadre d'une démarche autonome de définition[4] mais il n'est pas acceptable de remplacer les définitions dogmatiques par des définitions externes. Cette position repose toutefois généralement sur une contestation du positivisme juridique qui dépasse les seules questions de définition en niant l'existence du droit tel que le conçoit le positivisme ou au moins en excluant qu'il puisse être décrit objectivement. Elle représente un défi nettement plus important sur lequel nous devrons revenir pour refuser la définition réaliste de la constitution[5].

En revanche, il faut exclure dès maintenant toute confusion laissant penser que des catégories externes servent en lieu et place des catégories du discours du droit. Cette dérive est illustrée par les écoles sociologistes qui prétendent connaître le droit grâce à des « lois objectives » déduites de la réalité sociale. Les autorités habilitées doivent alors se contenter de décrire ces lois[6]. Les catégories produites dans ce cadre sont présentées comme des catégories externes, puisqu'elles prétendent être définies sur une base sociologique. Cependant, en raison

---

[1] TROPER Michel, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 311.
[2] ARNAUD André-Jean, « Vers un processus de décision complexe en droit », précité, p. 71.
[3] MICHAUT Françoise, « L'approche scientifique du droit chez les réalistes américains », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 269 ; ROSS Alf, *On Law and Justice*, Londres, Stevens & Sons Ltd., 1958, p. 49 ou BILLIER Jean-Cassien et MARYIOLI Aglaé, *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, Armand Colin, 2001, p. 181. Cette position ne doit pas être confondue avec l'affirmation selon laquelle les juges seraient habilités par le système juridique à décider du sens des termes juridiques qui est tout à fait compatible avec les principes méthodologiques élaborés ici. Nous insistons en effet sur la séparation entre catégories du discours du droit et du discours sur le droit mais nous ne nous prononçons pas sur l'identité des acteurs (législateur, juge…) appelés à déterminer le sens des termes du discours du droit.
[4] VARGA Csaba, « Quelques questions méthodologiques de la formation des concepts en science juridique », *APD* 1973, p. 235.
[5] Voir *infra*, p. 197 et s.
[6] AMSELEK Paul, *Perspectives critiques d une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1964, p. 151.

du principe de Hume, le sociologisme semble être un « idéalisme » déguisé[1]. Dans tous les cas, confondre les catégories dogmatiques et les catégories produites par le réalisme ou le sociologisme amène à pratiquer une science du droit normatrice puisque les critères fixés par les théoriciens sont censés conditionner l'application de certaines règles.

Au final, le respect du positivisme implique que les catégories théoriques restent limitées au point de vue externe sans se substituer aux catégories dogmatiques issues du point de vue interne. Le caractère stipulatif des définitions des catégories théoriques incite à une prudence particulière pour conserver leur aspect descriptif[2]. Les acteurs doivent rester les « maîtres » du sens des mots. « Le pouvoir est maître non seulement de ce qu'il ordonne mais encore du vocabulaire, des mots par lesquels il ordonne »[3]. La catégorie dogmatique de constitution doit être déterminée sans subir l'influence des catégories théoriques. Il reste alors à traiter du rapport inverse : le théoricien est-il le « maître » du sens des termes théoriques ?

3. CATEGORIES DU DISCOURS DU DROIT ET CATEGORIES THEORIQUES

Il n'est pas rare de voir condamner certaines définitions ou choix terminologiques pratiqués sur le plan théorique en raison de leur non-correspondance avec l'usage que font les autorités habilitées des mêmes termes[4]. Une fois acquise l'absence de valeur normative des catégories théoriques, nous ne voyons aucune raison de restreindre la liberté du théoricien d'une telle manière. Au contraire, au regard de la différence des fonctions, mais aussi des conditions de falsification, des énoncés théoriques et dogmatiques, nous devons conclure à l'autonomie de la signification des termes de ces discours respectifs. Le grand nombre de termes théoriques non utilisés par le discours du droit conforte d'ailleurs cet avis. De plus, il n'y a là aucune atteinte au positivisme juridique. La théorie ne vise qu'à la représentation des systèmes juridiques. Le discours du droit qui n'a pas vocation à se décrire lui-même ne peut pas influer sur le bien-fondé des définitions théoriques[5] s'il est clairement établi qu'elles sont dépourvues d'effets juridiques même si elles sont signifiées par le même mot[6]. Ainsi, qu'une constitution qualifie de « fédéral » la forme de l'État qu'elle régit ne saurait contraindre un

---

[1] *Ibid.*, p. 153 ; ROSS Alf, *On Law and Justice*, précité, p. 5 et 256 ou OLIVECRONA Karl, *Law as Fact*, Londres, Stevens & Sons, 1971, p. 59.
[2] PINTORE Ana, « Définition en droit », précité, p. 172.
[3] VANDER ELST Raymond, « Essai de synthèse », *in* INGBER Léon et VASSART Patrick, *Le langage du droit*, Bruxelles, Némésis, 1991, p. 324.
[4] Voir par exemple BIOY Xavier, *Le concept de personne humaine en droit public*, Paris, Dalloz, 2003, p. 23 ; OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, « Juris-dictio et définition du droit », *Droits* n°10, p. 54 ou GHESTIN Jacques (dir.), *Traité de droit civil : introduction générale*, 4e éd., Paris, LGDJ, 1994, p. 33.
[5] En ce sens, voir EISENMANN Charles, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications », précité, p. 35 ou « Essai d'une classification théorique des formes politiques », précité, p. 339 et FAVOREU Louis *et alii*, *Droit des libertés fondamentales*, 4e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 81.
[6] EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1983, vol. 2, p. 736.

théoricien opérant une classification des formes d'État à respecter ce choix. Les définitions théoriques ne permettent que de préciser la nature théorique d'un fait qui ne doit pas être confondue avec sa nature juridique puisque le terme de « nature » a été détaché de la métaphysique. Cela n'empêche pas du reste la coïncidence accidentelle[1] entre les natures théorique et juridique si les classifications arrêtées par le législateur semblent à même d'éclairer l'organisation du système juridique. Ici, ceux qui prônent l'égalité entre les acteurs et les théoriciens dans l'élaboration des définitions ont tout à fait raison : les acteurs n'ont pas priorité quant à la fixation du sens des termes signifiant des catégories théoriques.

Encore une fois, l'essentialisme peut en partie expliquer les positions inverses, fondées sur la conviction que les termes ne peuvent avoir qu'une seule signification. La survie de cette approche métaphysique est attestée par des références explicites[2] mais aussi implicites notamment à travers l'étymologie. Nous pouvons distinguer deux conceptions de l'étymologie : l'une est essentialiste et historiciste, l'autre est nominaliste et historique. La première repose sur l'idée qu'il existe un lien naturel entre un mot et sa signification. Dans ce cadre, tout changement de sens s'analyse comme une altération et non une évolution. Nous voyons aisément qu'une telle vision est à rejeter car elle repose sur un lien purement nominal donc arbitraire. Le sens historique du mot n'est pas plus valable que son sens actuel. L'essentialisme est d'ailleurs à l'origine de la recherche étymologique[3], dont la fonction rhétorique est reconnue[4]. La seconde vision de l'étymologie est en revanche tout à fait défendable. Elle serait une discipline autonome : l'histoire des mots. Elle consisterait à constater dans quels sens ceux-ci ont été employés à telle ou telle époque. Elle n'a pas alors vocation à fixer les limites de la signification ou de l'usage d'un mot. C'est pourquoi l'étymologie doit être regardée avec prudence dans la définition des termes théoriques. Une démarche prospective comme la nôtre n'a pas spécialement vocation à l'utiliser. Finalement, le théoricien est bien dans son domaine, le maître du sens des mots. Il n'est tenu ni par les catégories du discours du droit ni par l'usage ordinaire ou historique du mot.

En conclusion, le principe de non-confusion est un élément central de la méthodologie positiviste de la catégorisation juridique. Il est intuitivement connu et employé. Cependant,

---

[1] Les vocabulaires de la théorie et de la dogmatique sont radicalement distincts. C'est la coïncidence et non la divergence qui est accidentelle. Voir pour un avis contraire ZIMBINSKI Zygmunt, « Le langage du droit et le langage juridique, les critères de leur distinction », *APD* 1974, p. 25.

[2] BÉNOIT Francis-Paul, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel », *in Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, Grenoble, PUG, 1995, p. 24 et 31.

[3] BURIDAN Claude, « Définition et étymologie dans la lexicographie et la lexicologie médiévale », *in* Centre d'études du lexique, *La définition*, Paris, Larousse, 1990, p. 55.

[4] Elle est l'un des moyens utilisés pour faire croire à la découverte du « vrai sens » d'une notion (PERELMAN Chaïm, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1983, p. 594-595).

faute d'explicitation, le risque d'oubli lors de la définition de notions confuses ou polysémiques est permanent. Au mieux, la différence entre les types de catégories est vue comme supplétive quand la nécessité d'une définition plurale devrait être à la base de toute interrogation sur la signification d'un terme juridique. Au côté de la polysémie intra-catégorielle il existe donc une polysémie inter-catégorielle qui implique au minimum les mêmes dangers. Ignorer cet élément aboutit à imaginer des contradictions logiques là où il n'y a qu'une confusion langagière. Ainsi, les énoncés « X est une constitution », au sens dogmatique, et « X n'est pas une constitution », au sens théorique, ne sont en rien contradictoires. En conséquence, il est inacceptable de formuler une définition unique pour un terme signifiant plusieurs types de catégories. Au contraire, il faut pratiquer des définitions séparées répondant chacune à leurs propres méthodes. Parmi elles, seules les définitions stipulatives posent encore problème (II).

II. LES ASPECTS SPECIFIQUES A LA REGULATION DE LA DEFINITION STIPULATIVE

Nous l'avons vu, les termes signifiant une catégorie théorique doivent être définis de manière précise et si possible univoque pour remplir les fonctions affectées à la théorie juridique. Si l'usage d'un terme est confus, une définition lexicale reproduira cette confusion et ne satisfera pas les exigences positivistes en matière de définition théorique. C'est pourquoi une définition stipulative est indispensable. Il ne s'agira plus simplement de se demander « ce que l'on veut dire quand l'on dit 'X est une constitution' » mais « ce que l'on doit vouloir dire » dans ce cas. Nous devons donc prescrire un usage en déterminant les faits auxquels doit renvoyer le terme « constitution ». Malgré la finalité descriptive des catégories de théorie juridique, leur définition stipulative demeure une décision arbitraire. Le relativisme langagier issu des définitions stipulatives présente des dangers souvent relevés[1] tel que la complication de la communication[2] ou la manipulation langagière[3]. En conséquence, le choix opéré ne devra pas être dissimulé mais au contraire affiché et justifié de manière argumentée[4]. À défaut s'installerait une pratique anarchique de la définition stipulative qui nuirait à la clarté du discours théorique. Précisons bien que défendre un sens considéré comme opportun ne revient pas à dicter le « vrai sens » du terme, ni même son usage correct, car rien de tel n'existe hors

[1] Voir notamment ROBINSON Richard, *Definition*, Oxford, Clarendon, 1950, p. 72-85.
[2] L'exemple classique de Lewis Carroll dépasse ici toute argumentation. « Je ne sais pas ce que vous entendez par gloire dit Alice […] Bien sûr que vous ne le savez pas, puisque je ne vous l'ai pas encore expliqué […] lorsque *moi* j'emploie un mot, répliqua Heumpty Deumpty, il signifie exactement ce qu'il me plaît qu'il signifie » (CARROLL Lewis, *De l'autre côté du miroir et ce qu'Alice y trouva*, Paris, Flammarion, 1971, p. 157-158).
[3] SORENSEN Roy, « Vagueness and the Desiderata for Definition », précité, p. 100.
[4] FAVOREU Louis *et alii*, *Droit des libertés fondamentales*, précité, p. 76.

de l'essentialisme[1]. Aussi, faute de vérité, la valeur d'une définition stipulative vient de son utilité[2]. Il est donc nécessaire de clarifier les éléments permettant d'évaluer cette utilité à travers l'appréciation des qualités des critères choisis pour définir la catégorie. Celles-ci se répartissent entre des qualités extrinsèques (A), c'est-à-dire tenant à l'accord sur la dénotation des termes, et intrinsèques (B), c'est-à-dire liés aux impératifs logiques et scientifiques.

A. Les qualités extrinsèques des critères

L'arbitraire des stipulations est garanti sur le plan logique mais plusieurs degrés peuvent être distingués sur le plan scientifique (1) impliquant un rôle spécifique des prototypes (2).

1. LA PARTICULARITE DE LA DEMARCHE DE REDEFINITION

Nous pouvons dissocier différents types de définitions stipulatives en fonction de leur portée. La stipulation peut être explicitement limitée à une étude précise[3]. Pour certains, cette méthode dissipe les ambiguïtés de manière suffisante en dehors de toute vocation générale[4]. Cependant, cette conception ne saurait suffire : si cette telle pratique était généralisée, elle amènerait chaque théoricien à utiliser son vocabulaire propre. Il faudrait alors traduire en permanence le langage spécifique à chacun, ce qui ferait obstacle à la communication[5], au débat[6] et *a fortiori* à la constitution d'un corpus cohérent de connaissances. Plutôt que de clarifier le langage, elle risquerait de multiplier les confusions entre questions de mots et de faits en facilitant la rhétorique stérile. Aussi, « il est toujours mal de formuler une stipulation qui ne devra servir qu'une fois »[7]. C'est pourquoi il est légitime de rechercher autant que possible l'unité terminologique dans la théorie juridique malgré l'abandon de l'essentialisme. La diversité des définitions et usages actuels du terme « constitution » justifie qu'une telle démarche lui soit appliquée. Notons que la définition retenue doit idéalement être applicable à plusieurs systèmes juridiques contrairement aux définitions dogmatiques. En effet, si nous retenons une définition théorique de la constitution différente pour chaque droit national, la représentation des systèmes juridiques serait compliquée faute de comparaison possible. Pire, les mots vaudraient alors surtout par leur valeur émotive faute d'une quelconque valeur informative ou explicative. Néanmoins, il convient de ne pas se faire d'illusion sur l'univocité

[1] WILLIAMS Glanville, « Language and the Law », *LQR* 1945, p. 384.
[2] SCARPELLI Uberto, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, Paris, LGDJ, 1996, p. 5.
[3] Voir par exemple TROPER Michel, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire », précité, p. 98.
[4] TROPER Michel, « Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement », précité, p. 131.
[5] L'exemple de Lewis Caroll est une fois de plus convaincant (CARROLL Lewis, *op. cit.*, p. 157-159).
[6] CUCHE Paul, « Pour une meilleure terminologie », *APD* 1931, p. 196 et 201.
[7] ROBINSON Richard, *op. cit.*, p. 81.

des termes théoriques : elle ne pourra jamais être atteinte mais il faut sans cesse la poursuivre en supprimant la polysémie, ou au moins en l'explicitant chaque fois qu'elle se présente, plutôt que d'accepter les dangers qu'elle occasionne.

Cela nous amène à formuler des définitions stipulatives à portée générale qui peuvent être de deux types. D'une part, nous pouvons partir d'une série de perceptions et les regrouper, en fonction de critères choisis, sous une dénomination créée pour l'occasion. La définition d'un néologisme ou de sous-catégories nouvelles emprunte ce modèle. Dans de telles définitions *ex nihilo* la liberté est totale. D'autre part, nous pouvons formaliser une catégorie existante à travers ce que nous appelons une « redéfinition ». Dans ce cas, la démarche consiste à partir d'un mot en réexaminant l'intention et l'extension déjà existantes dans son usage[1] que ce soit pour permettre leur évolution ou clarifier une ambiguïté « pour parvenir à un instrument sémantique précis et efficace »[2]. Il faut dissiper ici une confusion possible. Le terme « définition » peut être compris comme se rapportant soit à une opération logique soit à l'énoncé produit par cette opération[3]. La redéfinition envisagée ici porte sur le premier cas. C'est la signification d'un terme qui est modifiée ou précisée et non l'énoncé exprimant cette signification. En effet, une simple reformulation de l'énoncé peut se placer dans le cadre d'une démarche lexicale si elle est effectuée pour s'assurer qu'il couvre tous les usages connus du terme[4]. Or, la redéfinition dont nous parlons est une forme de définition stipulative.

La définition du terme « constitution » est, en ce qui nous concerne, une redéfinition. Nous partons de ce terme et tentons de préciser sa signification. Aussi entendons-nous réfléchir sur ce que l'on appelle classiquement « constitution » et non sur une autre réalité. Cette exigence ne peut être remplie par une définition *ex nihilo*. Puisqu'elle ne tient pas compte de l'usage actuel du terme, celle-ci peut s'en éloigner à loisir et définir la constitution comme étant une sorte de lampe. Une telle décision est recevable mais ne correspond pas à nos objectifs car notre travail se détacherait alors de son but originel en raison de la dissociation absolue entre le signifiant sur lequel il porte et le signifié qu'il a actuellement. Nous pouvons définir le terme « constitution » comme renvoyant à une lampe mais nous n'aurons pas alors défini ce terme tel qu'il est employé aujourd'hui par le discours juridique. Nous rejoignons le professeur Troper quand il affirme que « l'on peut bien appeler démocratie un système

---

[1] Scarpelli estime ainsi qu'il faut fuir « autant un excessif conservatisme linguistique qu'une vaine complaisance dans d'inutiles nouveautés » (SCARPELLI Uberto, « La définition en droit », précité, p. 138). Pour une démarche analogue voir KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1999, p. 39.
[2] SCARPELLI Uberto, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, précité, p. 6.
[3] LALANDE André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 1988, p. 210.
[4] Une telle définition de la redéfinition est proposée par le professeur Guastini pour qui il s'agit de la « précision du sens d'une certaine expression dans le contexte des usages effectifs » (GUASTINI Riccardo, « Norberto Bobbio ou de la distinction », *in* BOBBIO Norberto, *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, p. 2).

politique profondément différent de celui qu'on désignait jusqu'ici sous ce nom. Il faut toutefois être conscient de cette différence et ne pas prétendre qu'il s'agit de la même chose »[1]. D'ailleurs, appliquer la définition *ex nihilo* à un terme existant est une opération dangereuse. Elle risque d'ajouter à la confusion en ajoutant un sens dénué de tout rapport avec l'ancien et incapable en conséquence de faciliter l'usage de ce terme[2]. En conséquence, l'étude proposée s'incarne dans une redéfinition à portée générale.

Cette démarche implique une possibilité de réfutation de la définition par l'usage contraire sans quoi elle ne se distinguerait plus de la définition *ex nihilo*. Précisons ici que l'usage ne se confond pas avec les définitions préexistantes. Il est constitué par l'emploi du terme dans le langage et non par les formalisations préalables de cet emploi. Un seul et même usage peut ainsi faire l'objet de définitions divergentes. Elles ne doivent donc pas être considérées comme des usages du terme mais comme des théories concurrentes devant être évaluées dans le cadre de notre méthodologie. L'usage quant à lui a un rôle à jouer au terme du processus de redéfinition pour vérifier sa réussite. En cas d'écart entre les énoncés de classification déduits de la redéfinition et l'usage, celle-ci aura échoué. Ainsi, si nous constatons au début de l'opération que le mariage est couvert par l'usage du terme « contrat », toute redéfinition de ce terme qui ne dénoterait pas le mariage devrait être écartée. Cependant, si tous les usages peuvent réfuter une redéfinition, celle-ci n'est plus une définition stipulative mais lexicale. Or, une fois détaché de l'essentialisme, il paraît difficile de sélectionner certains usages comme plus pertinents que d'autres. Le prototype se révèle ici un outil utile à la redéfinition (2).

2. LE PROTOTYPE : OUTIL NECESSAIRE A LA REDEFINITION

Avant de détailler le rôle que le prototype peut jouer dans le contrôle des redéfinitions, il semble utile de donner quelques éléments permettant de saisir le concept même de « prototype ». La théorie du prototype a été forgée par la psychologie cognitive en tant qu'alternative à la théorie aristotélicienne de la catégorisation[3]. L'appartenance à la catégorie ne se conçoit plus ici sur une base binaire conditionnée par la satisfaction d'un nombre déterminé de conditions nécessaires et suffisantes mais à travers une échelle de typicalité permettant de distinguer des cas typiques (centraux) et atypiques (périphériques) délimités par

[1] TROPER Michel, « La démocratie comme Etat de droit », Conférence du 21 octobre 1999, Chaire UNESCO d'étude des fondements philosophiques de la justice et de la société démocratique

[2] Ce danger est limité pour les redéfinitions à portée générale si elles n'interviennent qu'en cas de nécessité. Voir en ce sens DUBS Homer, « Definition and its Problem », *Philosophical Review*, 1943, p. 576.

[3] Pour une présentation générale voir KLEIBER Georges, *La sémantique du prototype*, Paris, PUF, 1990 ; SMITH Edward et MEDIN Douglas, *Categories and Concepts*, Cambridge, HUP, 1981 ; CROFT William et CRUSE Alan, *Cognitive Linguistics*, Cambridge, CUP, 2004, p. 74-91 et LAKOFF Georges, *Women, Fire and Dangerous Things. What Categories Reveal about the Mind*, Chicago, The University of Chicago Press, 1997, 614 p.

des frontières floues. La typicalité peut dépendre soit de la comparaison à un certain nombre de traits non nécessaires soit de la comparaison avec un objet réel ou idéel, le prototype[1]. Même s'il permet de lier des objets à un mot sans décision préalable, le prototype n'entretient pas de rapport avec l'essence. Il s'agit d'une réalité matérielle d'ordre psychologique et non d'une entité métaphysique. Aussi se différencie-t-il de l'essence par sa contingence : il n'est ni universel ni intemporel. Il ne se confond pas non plus avec l'idéal-type. Ce dernier est un ensemble de traits arbitrairement retenus pour modéliser un objet étudié quand le prototype vise à comprendre le fonctionnement de l'esprit et du langage humain. L'idéal-type est créé *ex nihilo* pour des motifs théoriques et ne sert donc à rien pour réguler une redéfinition.

L'adaptation de cette théorie issue de la psychologie et de la linguistique cognitive peut surprendre au premier abord. Pourtant le modèle aristotélicien des conditions nécessaires et suffisantes prend également son origine hors de l'étude du droit même s'il a été largement intériorisé par les juristes[2]. Il prétendait lui aussi expliquer le fonctionnement du langage et de l'esprit humain. Sa remise en cause doit alors influer sur la catégorisation en théorie juridique. Néanmoins, la théorie du prototype a été conçue sur la base du discours ordinaire. Sa transposition à un discours technique ne paraît pas évidente. Si nous ajoutons que le modèle prototypique ne vaut pas pour tous les termes du discours ordinaire[3], son applicabilité à des entités dépourvues de rapport direct à la réalité matérielle est douteuse. Toutefois, malgré sa formalisation, le discours juridique demeure exprimé dans un langage naturel alors que l'esprit du juriste est toujours un esprit humain. Dès lors, la catégorisation juridique peut parfois prendre une forme prototypique. D'ailleurs, plusieurs des éléments qui ont motivé la contestation du modèle aristotélicien[4] se retrouvent aussi à propos de certains termes juridiques. Ainsi, les limites de la catégorie de « constitution » sont floues. Il existe des normes dont l'appartenance, ou la non-appartenance, à la catégorie n'est pas claire. Citons le cas de la Constitution de Bosnie-Herzégovine édictée par un traité international. De même, tous les membres de la catégorie ne sont pas égaux. Il paraît évident que les constitutions

[1] Les différences entre ces deux modèles ne sont pas importantes pour nous car les deux permettent de distinguer les cas typiques et atypiques. L'enjeu est grand pour les psychologues mais limité pour nous.

[2] Cette origine n'est en rien surprenante car l'étude de l'histoire des écoles de théorie juridique démontrent qu'elles sont toujours « inspirées de manière décisive, par les développements dans d'autres disciplines, juridiques ou non » (OPALEK Kazimierz, « Problems of School in Legal Theory », *in* BULYGIN Eugenio, GARDIES Jean Louis et NIINILUOTO Illka (dir.), *Man, Law and Modern Forms of Life*, Dordrecht, D. Reidel, 1985, p. 169).

[3] KLEIBER Georges, *op. cit.*, p. 128. Il est même possible de soutenir que les plus fervents partisans de cette théorie exagèrent largement le nombre des termes dont la catégorisation aristotélicienne ne pourrait rendre compte. Pour une très bonne démonstration en ce sens, voir WIERZBICKA Anna, « Prototypes Save : on the Uses and Abuses of the Notion of 'Prototype' in Linguistic and Related Fields », *in* TSOHATZIDIS Savas (dir.), *Meaning and Prototypes. Studies in Linguistic Categorization*, Londres, Routledge, 1990, p. 347-367.

[4] Sur ces éléments, voir HOUDÉ Olivier, *Vocabulaire de sciences cognitives*, Paris, PUF, 2003, p. 73 ; KLEIBER Georges, *op. cit.*, p. 31-35 ; CROFT William et CRUSE Alan, *op. cit.*, p. 76 ou LAKOFF Georges, *op. cit.*, p. 56.

écrites ou fédérales sont plus des constitutions que les constitutions coutumières ou fédérées. Le terme « constitution » connaît donc des usages typiques et atypiques. Cela explique comment les juristes ont pu jusque-là pratiquer la redéfinition en connaissant intuitivement les « vraies » constitutions sans essence pouvant servir de référence. L'impression diffuse qu'une classification a tort de ne pas intégrer un élément donné est ici expliquée. Ce dernier constitue un cas typique que nous associons automatiquement au terme en question. L'égalité des membres de la catégorie prévue par le modèle aristotélicien[1] empêchait de comprendre ce phénomène qui repose sur l'inégalité des membres de la catégorie et des usages du terme. Ces exemples montrent que, même sans vérification expérimentale, il est légitime de rompre avec le modèle aristotélicien pour saisir l'usage du terme « constitution ». La distinction d'usages typiques permet alors d'ancrer le sens du terme « constitution », de sélectionner les usages pertinents. La redéfinition n'est plus alors une définition lexicale sans avoir besoin de renouer avec la doctrine des essences dont les défauts ont déjà été amplement exposés.

En droit, le lien est rarement établi entre prototype et définition[2]. Malgré cela, la concurrence assumée avec le modèle aristotélicien[3] montre bien que la mise en relation d'un terme avec un prototype est une forme de définition. Les méthodes employées en la matière ont simplement évolué « de l'ontologie à la psychologie cognitive »[4]. Le prototype peut alors jouer un rôle dans la redéfinition. Tout d'abord, il intervient au début du processus pour préciser l'objet de la redéfinition. Si nous voulons nous en tenir à une redéfinition de la notion de constitution telle qu'elle est habituellement entendue il faut disposer d'une représentation *a priori*[5] qu'il est seul à pouvoir fournir[6]. Ensuite, il permet au terme du processus de vérifier le respect des impératifs propres à la redéfinition. La correspondance au prototype des membres de la catégorie sélectionnés représente ce que nous appelons la qualité extrinsèque des critères. Ainsi, toute redéfinition qui aboutirait à exclure les cas typiques de constitution de la dénotation du terme « constitution » devrait être écartée[7]. À l'inverse, si elle y intègre des cas

---

[1] HOUDÉ Olivier, *op. cit.*, p. 72.
[2] Voir tout de même BLANCHARD François, « Vers une théorie de la qualification juridique. Les théories épistémiques de la catégorisation », *in* BOURIER Danièle et MACKAY Pierre (dir.), *Lire le droit : langue, texte et cognition*, précité, p. 232.
[3] KLEIBER Georges, *op. cit.*, p. 21-26 ou CROFT William & CRUSE Alan, *op. cit.*, p. 76.
[4] REY Alain *in* SAGER Juan (dir.), *Essays on Definition*, précité, p. 3.
[5] « La classification ne peut être effectuée sans préconceptions » (ROSS Alf, *op. cit.*, p. 202).
[6] Nous touchons ici à une carence de la théorie d'Eisenmann. Celui-ci n'envisage que la phase de test de la classification ou de la définition proposée en négligeant la phase d'élaboration. Or, si nous suivons son exemple en ne tenant pas compte des définitions ou usages préexistants, l'État fédéral pourrait aisément être défini comme une lampe ou un lit. Si nous faisons réellement table rase de la signification actuelle du terme, il n'y a pas de raisons que nous aboutissions à une forme d'État relativement décentralisée. Eisenmann se comporte en fait comme si toutes les définitions étaient des définitions *ex nihilo* alors que la plupart, y compris dans les exemples qu'il donne, sont de simples redéfinitions qui reposent tacitement sur une représentation *a priori*. Voir par exemple « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD* 1966, p. 34.
[7] Une idée comparable est soutenue par le professeur Pfersmann (« The New Revision and the Old Constitution, *ICON* 2005, p. 386). Il s'agit cependant pour cet auteur de ne pas s'écarter d'une idée et non pas d'englober une série de cas typiques.

typiques caractérisant indiscutablement une autre catégorie, elle ne sera pas non plus valable. Par exemple, une redéfinition de l'État qui exclut le Royaume-Uni ou intègre les régions françaises doit être écartée. Des différences peuvent apparaître car les prototypes sont culturellement marqués[1]. Cette limite doit être acceptée car seul l'essentialisme permet l'universalité. Sans lui le rapport entre les choses et les mots est contingent et non naturel ce qui implique un ancrage culturel des significations. Une intersubjectivité relative prend la place d'une objectivité impossible en évitant la subjectivité absolue.

Au regard de la contrainte que représentent les cas typiques, la redéfinition ne peut porter que sur la fixation des frontières[2] floues de la catégorie. La discussion est alors limitée au traitement des cas atypiques[3] dont l'exclusion ne peut être opposée à la redéfinition retenue[4]. La définition passe ici par un choix qui montre sa dimension stipulative. C'est pourquoi le tracé de la frontière ne sera jamais vrai mais seulement opportun. Pour reprendre notre exemple de l'État, la redéfinition devra déterminer si les États fédérés ou les protectorats entrent dans la catégorie. La réponse ne dépend pas de l'usage, car celui-ci est atypique, mais d'une décision. La démarche de redéfinition débute donc par l'isolement des cas atypiques, à travers l'identification des cas typiques, puis se poursuit par la réflexion sur la frontière à fixer avec une part d'arbitraire. Toute intégration d'un nouvel élément dans une catégorie théorique peut entraîner une réflexion dont la nécessité variera selon le degré de typicalité du nouvel objet mais aussi d'élaboration du concept. Quand le concept est fuyant, comme celui de « constitution », tout nouveau classement peut laisser place à une redéfinition.

Finalement l'utilisation du prototype permet de mélanger les définitions lexicale et stipulative en limitant ces dernières par la sélection de certains usages. Elle améliore le modèle de la « définition explicative »[5] en distinguant les divers usages pour éviter toute

---

[1] CROFT William et CRUSE Alan, *op. cit.*, p. 77.

[2] Une idée proche est proposée dans BATTIFOL Henri, « La spécificité du vocabulaire juridique », *in Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, PUSST, 1978, p. 41

[3] Hart quant à lui, qui précède la théorie du prototype à travers le concept de « texture ouverte », estime qu'il est inutile d'étudier les cas atypiques car les frontières sont forcément floues (HART Herbert Lionel Adolphus, *op. cit.*, p. 153). Néanmoins, son étude porte sur les catégories dogmatiques (*ibid.*, p. 160) alors que la formalisation des prototypes est limitée pour nous aux catégories de théorique juridique qui connaissent des impératifs différents.

[4] Ici l'idée d'Eisenmann de l'inopposabilité d'un exemple donné à une définition choisie a tout à fait sa place (« Essai d'une classification théorique des formes politiques », *in Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 334). En revanche, il a le tort d'assimiler, de manière générale, les cas typiques et atypiques. L'opposition d'un cas typique à une définition n'est en rien « arbitraire et gratuit » (*ibid*., p. 335) car le prototype préexiste à la définition. Aussi, pour Eisenmann chaque terme est traité comme un néologisme (il considère ainsi que la dénomination est secondaire et arrive au terme du processus, *ibid*., p. 330) ce qui n'est pas tenable et ne correspond pas à la réalité des choix qu'il fait lui-même.

[5] Notons que nous employons le terme de « redéfinition » plutôt que celui de « définition explicative » dangereusement ambigu car il couvre aussi bien la recherche d'une essence que la définition lexicale. Pour un exemple de la diversité de son usage voir OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Pub. des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 298-300. Plus largement, sur l'idée de définition explicative voir OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *Jalons pour une théorie critique du droit*, précité, p. 166-176 ou SCARPELLI Uberto, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, précité, p. 6-7.

dérive vers une pure démarche lexicale. Nous ne nions pas les limites du modèle prototypique[1] mais constatons son utilité pour défendre l'existence de représentations *a priori* et l'acceptabilité de l'argument refusant l'exclusion de certains usages incontournables du terme. L'utilisation préférentielle de certains usages n'est nullement une révolution mais uniquement la formalisation de pratiques usuelles dans la catégorisation post-essentialiste[2]. La redéfinition n'est donc réussie que si le nouveau sens du terme rend inutile l'ancien[3]. Pour autant, la valeur de la formalisation du traitement des usages atypiques ne dépend pas de cette qualité extrinsèque mais des qualités intrinsèques permettant de dépasser l'intuition et le sens commun (B).

B. Les qualités intrinsèques des critères

Si les qualités extrinsèques des critères sont souvent oubliées, leurs qualités intrinsèques sont elles bien connues. Nous organiserons donc nos développements sur la base des exigences retenues par Eisenmann[4] et reprises par le professeur Troper[5], qui ont d'ailleurs leurs équivalents chez Scarpelli[6]. L'évaluation des critères passe alors par celle de la valeur logique (1) et de la valeur scientifique (2) des catégories créées.

1. LA VALEUR LOGIQUE DES CRITERES

D'après Eisenmann, une classification logique doit être construite à chaque niveau sur la base d'un critère unique afin d'éviter tout chevauchement entre les classes et reposer sur des définitions suffisamment précises pour éviter toute confusion[7]. Ces exigences découlent du principe de non-contradiction[8] : aucun objet ne doit pouvoir être à la fois A et non-A sous peine de contradiction logique. Deux remarques s'imposent ici. D'une part, cela n'empêche pas cet objet d'entrer dans les catégories A et A' correspondant à des classifications différentes et sans rapport. D'autre part, nous nous plaçons ici au niveau logique. Une même norme peut donc tout à fait être une constitution et une non-constitution si ce terme

[1] Celui-ci connaît ainsi plusieurs versions difficiles à départager (KLEIBER Georges, *op. cit.*, p. 185-190). Notons que nous avons exclu de notre étude la plus contestée, celle qui reprend la notion « d'air de famille » créée par Wittgenstein. Elle débouche en effet sur une sémantique réellement inutilisable et imprécise qui nie même l'idée de polysémie (KLEIBER Georges, *Problèmes de sémantiques. La polysémie en question*, précité, p. 64). Dans le modèle retenu, la pluralité de sens s'analyse comme une pluralité de catégories (KLEIBER Georges, *La sémantique…*, précité, p. 100).
[2] Voir par exemple WILLIAMS Glanville, article précité, p. 189.
[3] ROBINSON Richard, *Definition*, Oxford, Clarendon, 1950, p. 84.
[4] EISENMANN Charles, « Quelques problèmes… », précité, p. 36-42 ou « Essai… », précité, p. 331-332.
[5] TROPER Michel, « Les classifications en droit constitutionnel », précité, p. 253-257.
[6] SCARPELLI Uberto, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, précité, p. 6.
[7] EISENMANN Charles, « Essai d'une classification théorique des formes politiques », précité, p. 331.
[8] TROPER Michel, article précité, p. 253.

« constitution » signifie ici deux catégories différentes, c'est-à-dire A et A'. C'est la différence déjà évoquée entre confusion logique et langagière. La contradiction s'attache à la signification et non à la dénomination. Pour le reste, « l'une des classes doit être définie par cette propriété et l'autre par la propriété contraire »[1]. Choisir un critère unique permet de s'assurer d'une classification logiquement admissible car binaire[2]. À l'inverse, une classification où s'opposent sur un même niveau des catégories A et B définies par X et non-X et une catégorie C définie par Y risque de déboucher sur des cas mixtes correspondant à la fois à A et C ou B et C, c'est-à-dire à une contradiction. Cependant nous devons présenter ici deux atténuations. Tout d'abord, cet aspect binaire peut être obtenu à la suite d'une reconstruction destinée à vérifier le respect du principe de non-contradiction. Par exemple, la classification tripartite des régimes politiques entre le gouvernement de tous, de quelques-uns ou d'un seul peut être formulée par un premier niveau opposant le gouvernement d'un seul et de plusieurs et par un second opposant le gouvernement de quelques-uns et de tous. De même, une organisation apparemment linéaire dans le cadre d'une gradation peut suivre ce modèle si les différentes étapes sont représentées par des catégories aux frontières nettes[3]. Ensuite, une classification binaire peut être obtenue sur la base de plusieurs critères à condition que l'une des deux catégories soit une catégorie résiduelle qui comprendra tous les objets non-compris dans l'autre. Cela permet entre autres d'imaginer des catégories qui puissent être construites à partir de critères sélectionnant des propriétés juridiques (catégories de théorie juridique) et non-juridiques (catégories de théorie externe).

Quoi qu'il en soit, l'exigence de cohérence dépasse l'unicité du critère. Elle implique que l'étude d'un concept soit une classification et non une conceptualisation[4]. Elle ne doit pas se limiter au concept étudié mais le mettre en relation avec les concepts proches ou connaissant un rapport hiérarchique avec lui, sur le mode du genre et de l'espèce. Le lien entre classification et définition est manifeste : une classification n'est qu'un ensemble organisé de définitions[5] alors que toute définition fixe les frontières entre divers concepts voisins[6]. Considérer les catégories voisines lors de la définition permet d'éviter les confusions dues à

---

[1] *Ibid.*, p. 253.
[2] BERGEL Jean-Louis, *Méthodologie juridique*, précité, p. 114 ou EISENMANN Charles, « Quelques problèmes… », précité, p. 37 et « Essai… », précité, p. 331. Notons que Platon recommandait déjà cette méthode (DE PATER Walter Horatio, *Les topiques d'Aristote et la dialectique platonicienne. La méthodologie de la définition*, précité, p. 50).
[3] Pour des exemples de ce type de présentations qui ne remettent pas en cause le modèle classique, voir BLAIRON Katia, « Un impressionnisme juridique, réflexions sur l'analyse comparée des formes d'Etat », *Politeia* n°5, p. 308-312.
[4] EISENMANN Charles, « Quelques problèmes… », précité, p. 29-30 ou SOURIOUX Jean-Louis et LERAT Pierre, « Vocabulaire juridique », *RRJ* 1984-2, p. 332.
[5] En ce sens voir MILL John Stuart *in* SAGER Juan (dir.), *Essays on Definition*, précité, p. 173.
[6] HART Herbert Lionel Adolphus, *Le concept de droit*, précité, p. 27-28.

l'insuffisance des critères[1] mais aussi de coordonner les connaissances. Toutes les classes créées par le choix d'un critère doivent être envisagées en ne se limitant pas à exclure certains membres d'une catégorie sans spécifier leur place dans la typologie forgée[2]. Au surplus, le rôle reconnu au prototype empêche d'opérer une définition isolée, car il faut tenir compte des cas typiques des autres catégories. *A fortiori* la conceptualisation d'un exemple unique oubliant les cas typiques de la catégorie concernée est exclue. Cette pratique ne pouvait se comprendre que dans un contexte essentialiste puisque l'essence de la chose permet de ne pas se soucier des concepts proches. Au contraire, une approche nominaliste précise impose la comparaison et la classification.

À ce sujet, l'idée de concept *sui generis* est souvent utilisée comme une échappatoire permettant de s'extraire de toute comparaison pour fonder une théorie sur un individu isolé. Celui-ci ne pourrait être classé parce qu'il n'appartient à aucune catégorie. Nous estimons que le terme « *sui generis* » n'a sa place que dans la dogmatique en tant que catégorie résiduelle de la classification des contrats[3]. Une catégorie particulière de contrat, créée par des autorités habilitées pour servir à la qualification[4], ne doit pas être indûment employée dans un autre domaine du droit. Elle n'a aucune place dans la catégorisation théorique qui couvre l'ensemble du système juridique : toute réalité est traitée fut-ce négativement par une catégorie. Il est possible en cas de besoin de créer une nouvelle catégorie ou de modifier les anciennes. L'utilisation de catégories *sui generis* dans la théorie juridique cache soit une recherche quasi-métaphysique de la nature d'un individu au sens ancien, soit un usage émotif purement rhétorique[5], soit une confusion entre catégories théoriques et dogmatiques. Dans ce dernier cas, un théoricien constate des spécificités fortes pour un membre d'une catégorie dogmatique, créé une catégorie théorique en conséquence, puis prétend s'en servir pour la qualification sans tenir compte des critères juridiques. Au final, le respect de la cohérence et du principe de non-contradiction exige bien de replacer la définition dans une classification.

Ces impératifs de non-contradiction et de cohérence renforcent l'exigence de précision des catégories théoriques et nous orientent vers des catégories rigides définies par une série de conditions nécessaires et suffisantes[6]. Or, de nombreuses catégories de théorie juridique avaient à l'origine une forme prototypique. La définition de telles catégories doit donc s'opérer en deux phases. Premièrement, l'étude débute sur une catégorie floue qui est utilisée

---

[1] VISSER'T HOOFT Hendrik Philip, « La philosophie du langage ordinaire et le droit », *APD* 1972, p. 281.
[2] EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1983, vol. 2, p. 738.
[3] PAINCHAUX Mélanie, « La qualification *sui generis* : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie », *RRJ* 2004-3, p. 1577.
[4] *Ibid.*, p. 1570.
[5] Mme Painchaux évoque le refus par ce biais de certains classements qui heurtent les convictions (*ibid.*, p. 1571-1573).
[6] Cette conception domine la théorie du droit. Voir par exemple EISENMANN Charles, « Essai… », précité, p. 329.

dans le discours ordinaire ou plutôt dans le discours ordinaire des spécialistes. Il s'agit d'une représentation *a priori* de type prototypique ou d'une instance centrale qui constitue le prototype de la catégorie[1]. Contrairement à ce que semble penser Eisenmann, cette phase est indispensable car « il est impossible de justifier un critère sans tenir compte des connaissances préalables exprimées par les caractérisations linguistiques »[2]. Deuxièmement, cette catégorie de travail est formalisée pour « substituer des significations objectives aux significations vécues »[3] et lui donner une capacité de « projection » [4] à des objets autres que ceux qui ont servis à sa construction. Le sens scientifique se construit par rationalisation et précision du sens commun[5], à travers la sélection des cas typiques et la fixation des frontières[6]. La relation établie entre catégories prototypique et aristotélicienne permet de maintenir la catégorisation entre les deux bornes que chacun s'accorde à lui fixer : la précision scientifique et le respect de l'intuition[7].

La théorie du prototype conteste ce modèle puisqu'elle repose sur l'insuffisance des catégories aristotéliciennes. Néanmoins, nous avons déjà pu voir de manière détaillée pourquoi la précision des catégories théoriques était absolument nécessaire. Or, les prototypes sont par définition imprécis. Se limiter aux catégories prototypiques reviendrait à s'arrêter au discours ordinaire et à l'intuition sans tenir compte des impératifs des discours et raisonnements scientifiques[8]. D'ailleurs, la plupart des études sur le prototype reconnaissent qu'il n'a pas vocation à se substituer totalement aux classifications scientifiques[9]. Il est aussi impropre à l'analyse en ce qu'il ne peut jamais faire l'objet d'une stipulation. Le but du travail mené demeure donc une catégorie définie par des conditions nécessaires et suffisantes, si

---

[1] C'est ce type de démarche qui a présidé à la création des concepts de régimes présidentiel et parlementaire (TROPER Michel, « Les classifications en droit constitutionnel », précité, p. 257).
[2] SEARLE John, *Les actes de langage. Essai de philosophie du langage*, Paris, Hermann, 1972, p. 47.
[3] OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, « Possibilité et limites d'une science du droit », *RIEJ* 1978, p. 8.
[4] SEARLE John, *op. cit.*, p. 43.
[5] MARTIN Robert, « La définition naturelle », *in* Centre d'études du lexique, *La définition*, Paris, Larousse, 1990, p. 86 ou HABA Enrique, « Études en allemand sur les rapports entre droit et langue », *APD* 1974, p. 281.
[6] Pour une idée proche, voir TAYLOR John, *Linguistic Categorization*, 3e éd., Oxford, OUP, 2003, p. 76.
[7] FAVOREU Louis *et alii*, *Droit des libertés fondamentales*, 4e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 81.
[8] La même remarque vaut contre la conception encyclopédique de la signification qui soutient que l'usage des mots dans le langage ordinaire ne repose pas sur une série limitée de critères mais sur une connaissance générale du terme et des propriétés classiquement associées à l'objet dénoté (voir par exempler CRUSE Alan, *Meaning in Language*, 2e éd., Oxford, OUP, 2004, p. 93 ou TAYLOR John, *op. cit.*, p. 94). Nous ne contestons pas la valeur de cette théorie pour expliquer le fonctionnement du langage ordinaire mais soulignons seulement son insuffisance pour rendre compte des particularités des discours juridiques et scientifiques. Nous nous limitons en quelques sortes au rôle des experts dans la division du travail linguistique (sur cette notion voir PUTNAM Hilary, *Représentation et réalité*, Paris, Gallimard, 1990, p. 57) sans nous engager au-delà. Nous reconnaissons d'ailleurs bien évidemment le rôle d'un arrière-plan culturel plus général dans l'usage du langage. Une position du même type est formulée à propos de la notion voisine d'air de famille dans WEINBERGER Ota, « Formalism and Anti-formalism. Reconsidering an Important Dispute in Jurisprudence », *in Prescriptive Formality and Normative Rationnality in Modern Legal Systems. Festschrift for Robert. S. Summers*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, p. 685.
[9] Voir par exemple CROFT William et CRUSE Alan, *op. cit.*, p. 87-88. Pour un avis contraire, LAKOFF Georges, *op. cit.*, p. 10. L'auteur reconnaît toutefois qu'il existe des catégories précises en prenant justement un exemple juridique (*ibid.*, p. 21). Les auteurs critiquant le modèle classique de catégorisation citent d'ailleurs généralement comme contre-exemple le cas des catégories juridiques (voir par exemple TAYLOR John, *op. cit.*, p. 39).

possible inscrite dans un rapport hiérarchique du type de celui du genre à l'espèce. Cela permettra de disposer d'instruments d'analyse performants car leur utilisation sera aisément réfutable en raison de leurs frontières nettes. En outre, une série de conditions est intelligible et communicable alors que c'est loin d'être le cas pour l'intuition que constitue le prototype. Les énoncés utilisant le terme défini seront donc clarifiés. C'est pourquoi le prototype se voit limité à un rôle de « garde fou »[1].

Le modèle aristotélicien est ici transposé hors de son origine essentialiste. Aussi les critères retenus font-ils l'objet d'une décision et non d'un constat. Ils peuvent alors eux aussi être soumis à des exigences logiques découlant du principe de non-contradiction sans renouer toutefois avec les multiples règles de définition des essentialistes[2]. Avant tout, il convient d'éviter les contradictions internes aux critères[3]. Ensuite, les critères doivent être précis et univoques[4] pour ne pas ajouter à l'incertitude ou à la polysémie qu'ils doivent expliciter voire supprimer. De même, il est opportun d'éviter les critères surabondants[5] ou surtout obscurs[6]. Plus largement, les critères ne sont acceptables que s'ils contribuent à la redéfinition de la catégorie. Autrement dit, ils doivent en dernière analyse permettre la détermination précise de la dénotation du terme défini. Cependant, si « toute classification conforme aux principes élémentaires de la logique [...] est logiquement admissible »[7], les classifications élaborées doivent ajouter l'utilité[8] à la cohérence (2).

2. LA VALEUR SCIENTIFIQUE DES CRITERES

Le bien-fondé d'une définition stipulative ne peut s'évaluer en termes de véracité. Parmi les multiples classifications logiquement admissibles, le choix doit avoir lieu selon les fonctions que les catégories produites sont appelées à remplir[9]. Il dépend donc du rôle dévolu à la théorie juridique. Nous devons préciser ici cette notion car elle connaît de multiples acceptions. Nous ne définissons pas la théorie par un objet spécifique mais par la manière dont elle aborde le même objet que la dogmatique : le droit. Les énoncés du point de vue

[1] KLEIBER Georges, *La sémantique du prototype*, précité, p. 106.
[2] Pour une présentation et une discussion de ces règles voir ROBINSON Richard, *Definition*, précité, p. 140-146.
[3] Pour un exemple de dénonciation de la circularité d'un critère voir AMSELEK Paul, *Perspectives…*, précité, p. 222.
[4] ARISTOTE, *Organon V*, Paris, J. Vrin, 1984, p. 226.
[5] *Ibid.*, p. 230.
[6] *Ibid.*, p. 226-227.
[7] EISENMANN Charles, « Quelques problèmes… », précité, p. 36.
[8] SCARPELLI Uberto, *op. cit.*, p. 6 ou GUASTINI Riccardo, « Alf Ross, une théorie du droit et de la science juridique », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Théorie du droit et sciences*, Paris, PUF, 1994, p. 261.
[9] Cette interrogation n'est pas limitée au droit. Pour l'exemple des périodes en histoire, comparer HALKIN Léon, « Les catégories en histoire », *in* PERELMAN Chaïm (dir.), *Les catégories en histoire*, Bruxelles, Éd. de l'Institut de sociologie, 1969, p. 15 et GADAMER Hans-Georg, « Du temps vide et du temps plein », *in* GADAMER Hans-Georg, *Langage et vérité*, Paris, Gallimard, 1995, p. 99.

externe modéré sont utilisés largement dans au moins deux directions complémentaires. Premièrement, la comparaison entre systèmes juridiques différents sur le plan spatial (droit comparé) ou temporel (histoire du droit) ne peut passer que par l'usage de catégories de théorie juridique. Une catégorie issue du discours du droit ne pourra jamais permettre la comparaison puisqu'elle est limitée, par définition, à un système[1]. Plus largement, la comparaison des différentes branches du droit passe aussi par les catégories de théorie juridique. Deuxièmement, prendre du recul par rapport aux catégories d'un système donné peut être nécessaire pour sa compréhension. Cela permet de rassembler des éléments de ce système présentant des points communs intéressants malgré leur séparation sur le plan dogmatique. Mieux, la description dogmatique exige souvent la création de catégories visant à la connaissance[2]. Ainsi, citons, parmi des exemples innombrables, les catégories de « sources » ou de « normes » qui sont pour l'essentiel inconnues du discours du droit français[3]. Il paraît pourtant difficile de décrire de manière intelligible le système juridique français sans se servir de telles notions. Elles sont nécessaires à la compréhension[4] du système malgré leur aspect tautologique[5]. Cette place correspond à celle des termes généraux dans tous les domaines[6] : les réalités individuelles ne suffisent pas à la représentation des institutions sociales. Les « constructions artificielles »[7] rendent possible l'apprentissage ou l'analyse[8] dont elles forment la première étape[9] par le dépassement des « faits atomiques »[10]. La théorie s'extrait du discours du droit pour mieux l'expliquer en construisant « les cadres […] qui serviront à analyser n'importe quel droit positif »[11]. Notre conception de la théorie juridique est résolument positiviste. Elle n'est pas le lieu de l'influence des théoriciens sur les

---

[1] Les comparaisons ne sont possibles qu'à travers l'élaboration d'une catégorie définie par des critères choisis. Il est en effet déraisonnable de comparer des institutions sur la base du signifiant qui les désigne car celui-ci est arbitraire, sans même évoquer les problèmes de traduction. Nous risquerions alors de graves confusions (voir en ce sens LANGERON Pierre, « La recherche en droit comparé », *RRJ* 1996-4, p. 1106). De même, les catégories ne peuvent être définies par une identité absolue du régime juridique car la complexité et la diversité empêcheraient alors toute comparaison. Le choix de certains critères est donc la seule voie disponible. Cette comparaison est d'ailleurs la seule forme d'universalité des concepts juridiques (BARBERIS Mauro, « Universal Legal Concepts ? », *Ratio Juris* 9-1996, p. 12).

[2] Pour une idée proche, voir TROPER Michel, « 1789 : l'invention de la constitution », *in Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 187.

[3] La nécessité de termes théoriques de ce type pour éclairer les raisonnements dogmatiques montre au passage que si les discours sont placés dans des classes distinctes, ils sont tout de même appelés à se mélanger dans une certaine mesure pour parfaire la compréhension du droit. Ce constat ne change rien aux différences irréductibles opposant les divers types de catégories juridiques.

[4] VIGNAUX Georges, *Le démon du classement*, Paris, Seuil, 1999, p. 24 ou ROSS Alf, *On Law and Justice*, précité, p. 202.

[5] Qui n'empêche pas d'acquérir par ce biais de nouvelles connaissances en raison de la différence entre le niveau logique et psychologique. Voir en ce sens AYER Alfred Jules, *Langage, vérité et logique*, Paris, Flammarion, 1954, p. 108-109.

[6] PERELMAN Chaïm, « Sens et catégories en histoire », *in* PERELMAN Chaïm (dir.), *op. cit.*, p. 134 et 144-145.

[7] VILLA Vittorio, *La science du droit*, Paris, LGDJ, 1991, p. 159.

[8] MAHDAVY Hussein, *op. cit.*, p. 266 ou EISENMANN Charles, « Quelques problèmes… », précité, p. 29.

[9] TAURAN Thierry, « La recherche en tant qu'activité créatrice de connaissances », *RRJ* 2005, p. 613.

[10] GRZEGORCZYK Christophe, « Statut et fonction de la théorie dans la science du droit », *APD* 1977, p. 185.

[11] EISENMANN Charles, *Centralisation et décentralisation. Esquisses d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1948, p. 6.

autorités pour les amener vers la justice et la vérité[1] : elle se veut descriptive. Les qualités scientifiques de ces catégories dépendent donc uniquement de la contribution qu'elles apportent à la description et à la compréhension générale du droit[2]. Une fois de plus, il nous faut citer Eisenmann. L'appréciation de ces qualités « ne se déduit certainement pas sur l'application mécanique d'une règle contraignante et infaillible ; il s'agit d'une question de sensibilité et comme de tact intellectuel »[3]. Nous ne pouvons que donner quelques indications de la voie à suivre sans disposer d'une procédure complète.

Le coût scientifique d'une redéfinition doit être envisagé. Elle a lieu dans le cadre d'un système théorique complexe qui englobe de multiples catégories. Une redéfinition qui mettrait à bas tout le système ou rendrait incompréhensible toute une série de théories utiles devra donc être considérée avec méfiance. Il faut ensuite revenir sur le rôle accordé à une éventuelle propriété cachée[4]. Si elle n'est pas inhérente à la structure de la catégorie théorique, force est néanmoins de constater que la présence d'une propriété induite par le classement dans la catégorie ne peut que renforcer son intérêt. Sa prise en compte fait quand même partie de la « sensibilité » qu'évoque Eisenmann. Elle permet en effet de mener des raisonnements intéressants qui exposent la structure et le fonctionnement du système juridique[5]. Plus largement, le critère central de l'utilité d'une catégorie théorique est sa fécondité[6]. Elle doit rendre possible la résolution ou au moins l'éclaircissement de certains problèmes[7]. À l'inverse, il faut absolument écarter toute définition compliquant la résolution des problèmes en raison des confusions qu'elle implique[8]. Le cas typique d'un tel danger est celui des définitions qui visent à accoler un sens émotif à un terme théorique[9]. Tout critère qui risque de donner un aspect évaluatif aux catégories doit être exclu. Nous entendons par-là qu'une

---

[1] Voir, pour un avis contraire, ATIAS Christian, *Théorie contre arbitraire*, Paris, PUF, 1987, p. 51.

[2] Évaluer le bien-fondé d'une redéfinition est une bien une appréciation mais une appréciation fondée sur des normes épistémologiques et non morales ou politiques. Sur la particularité de ce genre d'évaluation dans les définitions théoriques, voir LEITER Brian, « Beyond the Hart/Dworkin Debate », *American Journal of Jurisprudence* 2003, p. 33.

[3] EISENMANN Charles, « Quelques problèmes… », précité, p. 42. Nous pouvons d'ailleurs noter que l'exemple qu'Eisenmann donne de sa méthode de sélection tient sans doute plus d'une rhétorique parfois arbitraire, quoique convaincante, que de la logique (EISENMANN, Charles, « Essai… », précité, p. 340-362).

[4] Voir *supra*, p. 55.

[5] FAVOREU Louis *et alii*, *Droit des libertés fondamentales*, précité, p. 76.

[6] En ce sens, voir PINTORE Ana, « Sur la philosophie italienne du droit de tendance analytique », *Droit et société* n°23-24/1993, p. 211 ou ALCHOURRON Carlos et BULYGIN Eugenio, *Normative systems*, Vienne, Springer-Verlag, 1971, p. 8.

[7] En ce sens, voir AARNIO Aulis, « La validité comme acceptabilité rationnelle », *in* GRZEGORCZYK Christophe, MICHAUT Françoise et TROPER Michel (dir.), *Le positivisme juridique*, précité, p. 333 ; EISENMANN Charles, « Quelques problèmes… », *APD* 1966, p. 33 ; HART Herbert Lionel Adolphus, *Le concept de droit*, précité, p. 31 ou RAZ Joseph, « The Identity of Legal Systems », *in The Autority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 79.

[8] AMSELEK Paul, « Brèves réflexions sur la notion de sources du droit », *APD* 1982, p. 255 ; BENTHAM Jeremy, *Manuel de sophismes politiques*, Paris, LGDJ, 1996, p. 335 ou EISENMANN Charles, *Cours…*, précité, vol. 2, p. 737.

[9] Les tenants de la rhétorique estiment qu'il est impossible de se défaire de ce sens émotif (PERELMAN Chaïm, *Justice et raison*, Bruxelles, PUB, 1963, p. 11-12) mais il ne s'agit que d'une partie de l'usage d'un mot dont une définition stipulative destinée à un discours scientifique peut disposer librement.

catégorie qui crée des frontières basées uniquement sur un choix de valeurs doit être rejetée[1]. Prendre en compte le sens émotif lors de la redéfinition amène en effet le retour de l'essentialisme[2] ou peut faire prendre des énoncés analytiques pour des énoncés empiriques[3]. Ainsi des énoncés tels que « l'édifice de l'État de droit est en réalité indissociable d'un substrat libéral, constitué par des principes et des valeurs » ou « le contrôle de constitutionnalité parait relever d'une conception plus authentique de la démocratie »[4] sont des définitions cachées. Elles modifient un concept en laissant croire qu'elles décrivent quelque chose en raison du sens émotif attaché aux termes « État de droit » et « démocratie ». Cette attitude constitue un détournement des définitions stipulatives[5]. De telles tentatives correspondent à ce que Stevenson a appelé une « définition persuasive »[6]. Il s'agit d'un procédé rhétorique[7] consistant à séparer les dimensions explicatives et émotives d'un mot pour que la connotation positive de celui-ci s'attache à un autre concept[8]. Une telle pratique ne semble pas utile pour décrire aussi objectivement que possible le système juridique. « Une terminologie descriptive n'a rien à voir avec une approbation ou une condamnation morale »[9]. Si, au-delà de ces éléments, d'autres facteurs concourent à la valeur d'une catégorie théorique, les stipulations générales sont les plus difficiles à évaluer. Elles ne peuvent pas en effet être jugées par rapport à un problème unique comme l'envisage Eisenmann. C'est pourquoi le critère de la ressemblance des membres de la catégorie qu'il propose ne nous convainc pas[10].

Pour finir, la démonstration de l'intérêt de la définition d'une catégorie de théorie juridique impose la prise en considération des deux sens du terme « définition ». D'une part, elle vaut en tant que résultat pour clarifier le langage et déterminer les concepts employés. L'univocité des énoncés garantit leur falsifiabilité. C'est un point central pour le positivisme car nécessaire pour limiter la science du droit à la description par opposition à toute prescription

---

[1] FAVOREU Louis *et alii*, *Droit des libertés fondamentales*, précité, p. 81. Voir aussi, PFERSMANN Otto, « Classifications organocentriques et classifications normocentriques de la justice constitutionnelle en droit comparé », *in En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1154.
[2] Perelman cherche ainsi ce qu'est « réellement » la justice (PERELMAN Chaïm, *op. cit.*, p. 87).
[3] GUASTINI Riccardo, « La théorie du droit comme analyse du langage des juristes », précité, p. 100.
[4] CHEVALIER Jacques, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, 2003, p. 153 et 159.
[5] ROBINSON Richard, *op. cit.*, p. 76 ou HABA Enrique, « Du manque de réalisme… », précité, p. 250.
[6] Sur le danger de telles pratiques ZIMBINSKI Zygmunt, « Les définitions persuasives en droit », *APD* 1989, p. 259-268.
[7] PERELMAN Chaïm, « L'usage et l'abus des notions confuses », *Logique et analyse* 1978, p. 12.
[8] Pour un exemple de dénonciation d'une telle manœuvre TROPER Michel, « La démocratie comme État de droit », précité. Voir aussi, sur d'autres définitions persuasives de la démocratie ROSS Alf, *On Law and Justice*, précité, p. 302.
[9] ROSS Alf, *On Law and Justice*, précité, p. 32.
[10] EISENMANN Charles, « Quelques problèmes... », précité, p. 38-40. Ce critère ne peut être transposé à une stipulation générale. En effet, dans ce cadre, la ressemblance entre des objets s'analyse simplement comme une évaluation de la typicalité des membres de la catégorie. Eisenmann ne peut le comprendre ainsi puisqu'il nie l'existence et le rôle des représentations *a priori*. À l'inverse, son utilité éventuelle pour une stipulation limitée et *ex nihilo* (puisque ce sont les seules formes de définition qu'Eisenmann envisage) ne nous intéresse pas ici. Il n'y a aucune raison d'admettre par principe qu'une classification ne devrait servir que pour un problème précis. Or, nous avons déjà pu expliquer le grand danger que représente la multiplication de telles classifications à portée trop limitée. Ce critère doit donc être écarté.

juridique. D'autre part, elle vaut en tant que processus. L'élucidation d'un concept nécessaire à la définition d'un terme impose l'explicitation des présupposés qui sont à l'origine de la confusion actuelle. Un désaccord sur le sens des mots peut avoir de mauvaises raisons mais il a toujours des raisons qu'il ne faut surtout pas prendre pour de simples chicanes langagières[1]. « L'idée selon laquelle des recherches relatives à la signification des mots ne projettent la lumière que sur les mots, est fausse »[2]. En dissipant les jeux de mots qui sont souvent à l'origine des confusions, l'élucidation d'un terme entraîne « une connaissance affinée des mots pour affiner notre perception des phénomènes »[3]. La définition du terme « constitution » doit donc répondre à des impératifs complexes mais aussi être l'occasion d'évoquer les débats qui obscurcissent ce concept.

CONCLUSION

La méthodologie de la catégorisation juridique s'analyse avant tout comme l'explicitation d'impératifs méthodologiques liés au positivisme juridique. Trop souvent utilisés de manière implicite, ils risquent sans cesse d'être oubliés, débouchant ainsi sur des raisonnements incohérents. Leur systématisation doit nous prémunir contre une telle dérive. Le rappel du rôle des définitions réelles et des catégories théoriques, dont traitent rarement les articles consacrés à la définition en droit, est donc aussi important que les emprunts à la linguistique pragmatique ou aux sciences cognitives. La précision quant au statut épistémologique des énoncés et catégories produites vise à la fois à éviter la métaphysique et à réduire les confusions langagières. Mieux, elle doit écarter les analyses non-positivistes d'une « science » normatrice née de la confusion entre le méta-langage qu'est l'étude du droit et son langage-objet. L'utilité de la typologie des catégories juridiques est finalement démontrée par le rôle de leur séparation pour élaborer une méthodologie positiviste. Le caractère incontournable de cette séparation constitue sans doute le point le plus important de la méthodologie élaborée. Dissiper la polysémie du terme « catégorie juridique » était donc bien une étape nécessaire à la formulation d'une définition positiviste du terme « constitution ».

La catégorisation est, en effet, déjà à l'œuvre à propos de ce terme de manière directe, à travers de nombreuses propositions de définition, et indirecte, à travers les innombrables usages dogmatiques et théoriques. Cependant, elle est généralement pratiquée sans tenir

[1] WALINE Marcel, « Défense du positivisme juridique », *APD* 1939, p. 84 ; HABA Enrique, « Logique et idéologie dans la théorie des sources », *APD* 1982, p. 235 ; HART Herbert Lionel Adolphus, « Definition and Theory in Jurisprudence », *LQR* 1954, p. 39 ou *Le concept de droit*, précité, p. 249 et 255.
[2] HART Herbert Lionel Adolphus, *Le concept de droit*, précité, p. 10.
[3] AUSTIN John Langshaw cité dans HART Herbert Lionel Adolphus, *Le concept de droit*, précité, p. 10.

compte d'exigences méthodologiques précises. Le danger de cette attitude est renforcé par les caractéristiques du mot « constitution ». De nombreux termes ne signifient qu'un type de catégorie. Ainsi, il n'existe pas de définition théorique du bail emphytéotique ou de définition dogmatique des normes rigides. Au contraire, d'autres sont prédisposés à l'ambiguïté car ils signifient deux types de catégories différentes. C'est le cas de « constitution ». Qui plus est, ses deux significations sont traitées de manière inégale. L'aspect théorique est surdéveloppé car la constitution peut passer pour une catégorie de théorie juridique typique : les définitions arbitraires de la constitution sont légion. Inversement, l'aspect dogmatique est sous-développé. La combinaison de l'évidence de la catégorie théorique et de l'inutilité apparente de la catégorie dogmatique renforce les risques de confusions en la matière. Tenter de définir le terme « constitution » sans passer par l'élucidation préalable du terme « catégorie juridique » nous aurait nécessairement mené à reproduire ces confusions.

Cette élucidation se contente de mieux rendre compte de nuances déjà présentes dans le discours sur le droit pour tenter de canaliser la polysémie du terme « constitution ». Nous n'entendons évidemment pas transformer le sens de ce terme mais le préciser pour faire face à l'ambiguïté née de multiples usages divergents et non rationalisés. Chaque sens correspond à une catégorie donnée qui doit faire l'objet d'une définition spécifique. Aussi, le terme « constitution » doit-il être défini séparément sur les plans dogmatique et théorique. Chacune des catégories devra être traitée en tenant compte du double tournant nominaliste et pragmatique mais aussi de la méthodologie qui en découle. La question « X est-il une constitution ? » ne peut donc en aucun cas recevoir une réponse unique car nous ne sommes pas face à une mais deux questions distinctes. Traiter de l'adaptation de la constitution en se limitant à l'un des aspects ne saurait suffire sauf à oublier une partie du sens du terme et des problèmes qu'il pose. En outre confondre les catégories dogmatique et théorique de constitution serait une grave erreur qui nous mènerait vers une étude non-positiviste de l'adaptation de la constitution. De ce fait, la séparation entre catégories dogmatique et théorique de constitution donne sa structure à notre recherche. Nous ne devons pas chercher une mais bien deux définitions de la constitution. Nous entendons démontrer que pour penser l'adaptation et dépasser les difficultés qu'elle occasionne, il faut comprendre et accepter cette dualité. Pour le prouver, nous allons alors dans un premier temps déterminer ce que peut signifier l'adaptation de la constitution au sens dogmatique du terme (Partie I) avant d'élargir notre perspective pour aborder l'angle théorique de la question (Partie II).

PARTIE I : LA CATEGORIE DOGMATIQUE DE CONSTITUTION

La méthodologie choisie nous conduit à scinder en deux l'étude de l'adaptation de la catégorie juridique de constitution. Nous nous intéresserons dans un premier temps à la catégorie dogmatique de constitution, autrement dit à la catégorie du discours sur le droit appelée à correspondre à celle du discours du droit. Cette précision est toutefois insuffisante car le discours du droit est un fait social qui ne présente pas *a priori* une totale unité. Il semble ainsi manifeste que les discours du droit anglais et français sont dans une certaine mesure séparés : non seulement ces discours sont menés par des acteurs distincts, mais surtout ils s'expriment par des normes différentes[1]. De ce fait, la présence d'un terme identique dans deux discours du droit s'analyse comme une simple homonymie car il fait l'objet de règles d'usages propres à chaque discours[2]. Leur coïncidence éventuelle appelle une réflexion sociologique et non juridique. Le discours dogmatique doit donc entretenir une relation exclusive avec un discours du droit spécifique. C'est pourquoi, à l'opposition déjà relevée entre catégories dogmatique et théorique de constitution, s'ajoute celle entre les catégories dogmatiques décrivant des discours du droit différents. Elle implique une pluralité de définitions sauf à abandonner le caractère descriptif de la dogmatique. Le découpage exact des discours du droit n'est pas forcément évident, comme le montre la controverse opposant monistes et dualistes à propos de l'unité du droit international et des droits nationaux. En revanche, l'existence même de coupures, notamment entre les divers discours nationaux, paraît indéniable. Les frontières précises des discours du droit, et donc des catégories dogmatiques de constitution, pourront être précisées postérieurement mais il faut ici choisir le discours du droit auquel notre catégorie dogmatique de constitution devra correspondre. Cette étape préalable est souvent oubliée dans les définitions de la constitution qui ont généralement une portée indéterminée. Au contraire, nous entendons uniquement définir la catégorie de constitution du discours dogmatique se rapportant au système juridique français, ou, le cas échéant, les catégories de constitution de ce discours.

Le caractère situé du discours dogmatique est fondamental. Il pèse sur les conditions de vérité des énoncés produits, y compris des énoncés définitoires, mais aussi sur leur portée : la définition que nous allons chercher ne vaudra que dans ce discours précis à une époque

[1] Rappelons ici que nous avons défini un discours du droit comme l'ensemble des énoncés dont la signification est une norme juridique valide. La séparation constatée correspond donc à la relativité de la validité juridique. Nous détaillerons cette question au cours de cette partie mais l'idée selon laquelle les normes valides dans les systèmes juridiques anglais et français ne sont pas identiques nous paraît suffisamment évidente pour ne pas appeler de démonstration spécifique pour le moment.

[2] Il s'agit ici d'une conséquence de la relativité de la validité : étant donné que les règles d'usages valables dans le discours du droit sont des normes juridiques ou découlent de telles normes, elles sont nécessairement propres à un discours donné.

précise. Établir sa formulation permettra de préciser son état actuel mais aussi d'évaluer ses possibilités d'application future à des normes potentiellement constitutionnelles. L'adaptation de cette catégorie, élément incontournable de l'adaptation de la catégorie juridique de constitution dans son ensemble, sera alors évaluable, qu'elle passe par la variation de sa définition ou par l'adoption d'actes internationaux entrant dans la catégorie sans changer ses critères. La question posée paraît à première vue assez simple, même si la doctrine n'y a pas attaché une grande attention. Elle pose en réalité de fortes difficultés qui expliquent probalement en partie la négligence dont elle souffre. Il faudra donc avant tout identifier les problèmes qui empêchent la définition dogmatique de la constitution et *a fortiori* la réflexion sur son adaptation (Titre I). Une fois les sources de cette complexité exposées, nous devrons tenter de les dépasser pour donner des éléments de réponse concernant cette définition et clarifier cette adaptation (Titre II). Notons enfin que si notre travail ne concerne que la définition de constitution dans le discours dogmatique français, il pourra fournir des enseignements plus généraux sur le processus de définition dogmatique de constitution car les difficultés rencontrées nous conduirons à recourir à la théorie générale du droit. Améliorer la compréhension du discours du droit français permettra donc de progresser dans celle des autres discours du droit, même si elle ne peut structurellement aboutir à une définition générale de la constitution.

TITRE I : LA DIFFICILE IDENTIFICATION DE LA CONSTITUTION EN TANT QUE NORME POSITIVE

L'absence de toute définition admise et aboutie d'un concept de droit positif aussi important que celui de constitution peut surprendre. Vouloir formuler trop rapidement une proposition susceptible de combler cette carence risque de mener à un échec, faute d'avoir compris la complexité de la question. De ce fait, la recherche de la catégorie dogmatique de constitution correspondant au discours du droit français ne peut débuter par une confrontation directe avec ce dernier. Il faut d'abord comprendre l'origine de ce silence doctrinal. À cette fin, il est nécessaire d'approfondir la notion de catégorie dogmatique de constitution au-delà des particularités partagées par toutes les catégories dogmatiques. Puisque la catégorie dogmatique de constitution est le plus souvent négligée au profit de la catégorie théorique, l'utilité même de la recherche dogmatique sur ce sujet reste à prouver. Nous entendons l'établir à travers la mise en valeur de la fonction spécifique d'identification de la constitution comme norme positive que joue la catégorie dogmatique. Dans premier temps, il ne s'agira donc pas de proposer une définition dogmatique de la constitution mais plutôt d'éclairer le cadre dans lequel se place cette définition à la fois pour valoriser son importance et établir les bases de sa clarification (Chapitre I). Une fois ce cadre tracé et notre objectif précisé, nous pourrons dans un second temps ré-interpréter les théories actuelles sur la constitution pour déterminer dans quelle mesure elles sont susceptibles de contribuer à répondre à la question qui nous occupe (Chapitre II).

Chapitre I : Concept et conditions de l'identification de la constitution

Le caractère atypique de l'interrogation sur la catégorie dogmatique de constitution impose de justifier son intérêt. Il tient à la fonction de cette catégorie : l'identification de normes positives. Elle partage ce rôle avec les autres catégories dogmatiques de normes mais ce point semble oublié lorsque l'on cherche à définir la constitution. Il convient de ce fait de démontrer à la fois le principe et la nécessité de l'identification constitutionnelle (Section 1) puis de parfaire notre compréhension de ce concept en précisant la fonction des catégories dogmatiques de normes, et singulièrement de la catégorie de constitution, dans le processus de production normative et la nature des objets qu'elles identifient (Section 2).

SECTION 1 : PRINCIPE ET NECESSITE DE L'IDENTIFICATION

Les caractéristiques des catégories dogmatiques ont été relevées dans le chapitre préliminaire. L'application de ce schéma général au cas spécifique de la constitution permet d'expliquer en quoi la catégorie de constitution joue un rôle important dans le discours du droit et dans le discours dogmatique français en rendant possible une identification des normes constitutionnelles (I) qui est absolument nécessaire au fonctionnement du système juridique français malgré le relatif désintérêt de la doctrine pour ce processus (II).

I. LE PRINCIPE DE L'IDENTIFICATION CONSTITUTIONNELLE

La définition de l'objet de notre recherche dans cette première partie passe par l'explicitation du concept d'identification constitutionnelle dans son rapport avec la catégorie dogmatique de constitution (A) pour saisir les difficultés de la réflexion dogmatique sur la constitution (B).

A. Identification constitutionnelle et catégorie dogmatique de constitution

La capacité à penser la constitution au sens dogmatique implique de saisir sa contribution à l'identification des normes constitutionnelles. Il faut élucider ce concept (1) pour établir qu'il a vocation à guider nos recherches au regard de son rapport avec la catégorie dogmatique (2).

1. LE CONCEPT D'IDENTIFICATION CONSTITUTIONNELLE

La notion d'identification constitutionnelle permet de souligner l'importance de l'opposition entre théorie et dogmatique. Il s'agit de différencier le classement théorique de normes dont la validité a été préalablement reconnue de l'identification d'un fait comme norme valide en droit français[1] dotée de la qualité constitutionnelle. L'identification constitutionnelle désigne donc la sélection des normes constitutionnelles au sens du discours du droit. La validité d'une norme constitutionnelle est réductible à la compréhension de sa constitutionnalité car il est impossible d'examiner séparément la validité et la qualité constitutionnelle de la norme considérée[2]. Quelle que soit la norme en cause, son identification repose sur sa qualité spécifique : c'est parce qu'elle est une loi qu'une norme législative est considérée comme une norme juridique et non l'inverse[3]. De plus, la qualité constitutionnelle implique en droit français des conséquences sur le régime juridique des normes[4] tenant notamment à la procédure de révision applicable ou à la compétence du juge. Pour prendre un exemple, la qualité de norme constitutionnelle au sens dogmatique[5] imposait traditionnellement au juge ordinaire d'invalider les normes législatives antérieures contraires[6] alors qu'il ne pouvait connaître du conflit direct ou indirect avec une loi ordinaire post-constitutionnelle[7]. Les récentes réformes constitutionnelles modifient bien sûr ce schéma mais la nouvelle procédure de contrôle de constitutionnalité par voie d'exception repose elle aussi sur l'identification des normes constitutionnelles en conflit avec la loi[8]. Plus largement, une norme dont la constitutionnalité est reconnue crée des obligations juridiques pour tous les

---

[1] Pour un usage proche de ce concept, voir FALCON Y TELLA Maria-José, « La validité du droit », *RIEJ* 1996.36, p. 28.

[2] En tout cas, c'est impossible du point de vue interne : les acteurs identifient une norme comme étant constitutionnelle et en déduisent la présence d'une obligation juridique. En revanche, une reconstruction théorique du système juridique peut définir un critère de validité qui tiendrait aux effets de la qualification sans pour autant s'intéresser directement à elle. Pour un exemple, voir ALCHOURRON Carlos et BULYGIN Eugenio, *Normative Systems*, Vienne, Springer Verlag, 1971, p. 73.

[3] Nous ne partageons donc pas la vision proposée par le professeur Bon (« Préface », *in* DE BÉCHILLON Denys, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996, p. III) d'après laquelle il faut identifier les actes juridiques puis les classer dans les catégories de normes. Du point de vue interne, l'opération est inverse : c'est parce qu'un acte entre dans une catégorie spécifique que l'on peut y voir un acte juridique.

[4] C'est là une caractéristique partagée par les catégories de normes du discours du droit. Eisenmann notait ainsi que « si le droit français qualifie certains actes d'actes administratifs, et d'autre d'actes législatifs, c'est parce qu'il […] ne les soumet pas au même régime » (*Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1983, vol. 2, p. 34).

[5] Nous emploierons indistinctement les expressions « catégories dogmatiques » et « catégories du discours du droit » puisque les définitions de ces deux catégories sont identiques et que c'est cette définition que nous cherchons ici.

[6] Voir TRÉMEAU Jérôme, « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *AIJC* 1990, p. 219-316 et pour ses développements récents, TRÉMEAU Jérôme et CARPENTIER Élise, « La confrontation de la loi à la Constitution par le juge ordinaire », *in Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 567-576.

[7] En ce sens, voir AUBY Jean-Marie et DRAGO Roland, *Traité de contentieux administratif*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1984, T. I, p. 141-150 ou RIALS Stéphane, « Constitution », *in Encyclopédie Dalloz – Contentieux administratif*, 2005, p. 5. Notons que cette position a souvent été critiquée (pour un exemple récent, voir BONNET Julien, *Le juge ordinaire français et le contrôle de constitutionnalité des lois*, Paris, Dalloz, 2009, 716 p.) et que l'on peut relever quelques arrêts atypiques (voir PLATON Sébastien, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Paris, LGDJ, 2008, p. 329 et BONNET Julien, *op. cit.*, Paris, Dalloz, 2009, p. 381).

[8] Précisons que la réforme constitutionnelle de 2008 se contente de créer une exception à l'incompétence qui demeure le principe. L'avenir de l'ancien contrôle dit de « caducité » est actuellement assez incertain : il est possible de soutenir qu'il est entièrement supprimé par la nouvelle procédure mais aussi qu'il survit pour les cas où elle n'est pas applicable.

sujets de droit. Cette remarque est *a priori* assez triviale mais il faut bien comprendre que c'est la qualité de constitution au sens du discours du droit qui entraîne des effets juridiques. La qualité théorique de constitution qui fait l'objet de toutes les attentions de la doctrine est inutile ici. C'est bien sa qualité juridique qui permet à la Constitution d'instituer et de régir des organes politiques. La fonction de l'identification constitutionnelle dépasse donc largement la seule question de l'applicabilité judiciaire de la norme. Elle était effective bien avant le développement du contrôle de constitutionnalité des lois, ce qui implique que la catégorie de constitution est présente en droit français depuis plus de deux siècles[1]. Ce rapport entre identification et régime juridique montre le rôle pratique de cette opération. Il ne s'agit pas d'une question théorique mais bien d'une question de droit positif[2].

L'identification des normes est une opération très répandue dans la pratique juridique et qui ne se limite pas aux normes constitutionnelles. L'exemple de l'identification législative est intéressant en raison de son aspect technique qui tranche avec l'abstraction de la réflexion sur la constitution. Au début du XXe siècle, la définition de la loi faisait l'objet d'un débat très théorique[3] mais le recul du rôle de la loi dans le système juridique a mené progressivement la doctrine à une approche plus concrète[4]. Surtout, l'identification réelle de la loi par les acteurs, notamment juridictionnels, n'a jamais emprunté la voie d'une réflexion sur l'expression de la volonté générale mais s'est plutôt concentrée sur la promulgation et la publication de la loi voire dans certains cas sur l'objet des normes en cause[5]. Il faut s'inspirer de cette sobriété car il est manifeste que les théorisations doctrinales ne sont pas reprises par les acteurs lors de l'identification des normes constitutionnelles. Le modèle offert par l'identification législative permet aussi de mettre en valeur la distinction entre existence et régularité des normes[6]. La question de l'existence de la loi renvoie à son identification, c'est-à-dire à la vérification de la

---

[1] Pour un avis contraire, voir FAVOREU Louis et RENOUX Thierry, « Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs », *in Encyclopédie Dalloz – Contentieux administratif*, 1992. Pour ces auteurs, avant l'institution du Conseil constitutionnel, la Constitution « n'était pas considérée comme une source de droit » (*ibid.*, p. 4) mais comme un « texte symbolique sans valeur juridique » (*ibid.*, p. 5). Pour des exemples d'application ancienne de la Constitution par le juge administratif, voir BATAILLER Francine, *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1966, 675 p.

[2] Nous ne nous engageons pas à ce stade sur le rôle des différents acteurs dans l'identification constitutionnelle. Le schéma proposé vaut même si l'on prétend que la catégorie ne préexiste pas à l'intervention du juge et que ce dernier choisit de manière discrétionnaire les normes constitutionnelles. Dans tous les cas, un nombre limité de normes se voit reconnaître la qualité constitutionnelle et le régime juridique que cela implique. C'est cette particularité qui caractérise l'identification et l'oppose à la classification et qui nous intéresse.

[3] Pour une présentation critique de ce débat, voir EISENMANN Charles, *op. cit.*, p. 49-52.

[4] La doctrine se concentre désormais sur la connaissance des critères retenus par le système juridique pour identifier la loi. Voir ainsi AUBY Jean-Marie et DRAGO Roland, *op. cit.*, p. 120-126 ou pour un exemple de droit étranger BAUDREZ Maryse, *Les actes législatifs du gouvernement en Italie. Contribution à l'étude de la loi en droit constitutionnel italien*, Paris, Economica, 1994, p. 53-144 (l'auteur évoque d'ailleurs « l'identification » des actes législatifs).

[5] Voir *infra*, p. 184.

[6] Sur l'application de cette distinction à la loi, voir CHAPUS René, *Droit administratif général*, 15e éd., Paris, Montchrestien, 2001, T. I, p. 938 ou EISENMANN Charles, « Le contrôle juridictionnel des lois en France », *in Actualités du contrôle juridictionnel des lois*, Bruxelles, Larcier, 1973, p. 91.

présence des éléments prouvant la qualité législative de certaines prescriptions[1]. Le terme « loi » au sens dogmatique n'est employé que quand ces éléments sont réunis. En revanche, il est possible d'acquérir cette qualité sans respecter toutes les règles portant sur l'édiction de la loi ou toutes les normes s'imposant au législateur. Une loi inexistante n'est pas une loi du tout alors qu'une loi existante peut être irrégulière dans certains cas[2]. La différence entre ces deux concepts est essentielle car il est impossible de savoir quelles règles s'imposent à une norme donnée avant de l'avoir identifiée[3].

Or, les études sur les changements constitutionnels se concentrent généralement sur la régularité plutôt que sur l'existence[4]. Ainsi, l'étude de l'adoption des actes constitutionnels de 1940 a mené la doctrine à énumérer tous les motifs pouvant laisser croire que la procédure de révision prévue par les lois constitutionnelles de 1875 n'avait pas été respectée (délégation de pouvoir, respect de la forme républicaine du gouvernement, vices de formes ou de procédures variés…)[5]. Le même genre de débats s'est reproduit à propos de la révision de 1962[6]. Cela illustre la tendance à considérer que la qualité constitutionnelle d'une norme dépend de sa régularité sans s'interroger sur ses conditions d'existence. L'exemple de la loi démontre pourtant qu'une norme peut se voir reconnaître une qualité juridique sans respecter toutes les normes qui régissent son édiction. D'ailleurs, les lois de révision de la Constitution de 1958 se

---

[1] Le terme « existence » est ici considéré comme signifiant une catégorie de théorie juridique dont nous proposons une redéfinition visant à mettre en valeur la différence entre l'identification d'une norme par l'utilisation de sa définition et l'application de son régime juridique. Nous établissons stipulativement une équivalence entre l'existence d'une norme et la qualification d'un fait comme norme sans débattre de toutes les définitions de l'existence qu'a pu proposer la doctrine. Pour des notions d'existence comparables à celle que nous venons d'exposer, voir GENEVOIS Bruno, « Le droit international et le droit communautaire », *in Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Paris, LGDJ, 1988, p. 193 et pour un avis contraire, voir AUBY Jean-Marie et DRAGO Roland, *op. cit.*, p. 142 ou EISENMANN Charles, *op. cit.*, p. 106. Notons toutefois que les définitions proposées oscillaient entre dogmatique et théorie, ce qui complique leur évaluation.

[2] Pour une approche modeste de l'inexistence assez proche de la nôtre, voir ATIENZA Manuel et RUIZ MANERO Juan, *A Theory of Legal Sentences*, Dordrecht, Kluwer, 1998, p. 80. Précisons bien que ce n'est pas la doctrine qui peut déterminer quels sont les critères d'existence : ils dépendent des critères de qualification prévus par le système juridique. Nous rejetons donc l'assimilation répandue de l'existence et des conditions formelles de validité en l'opposant à la régularité qui concernerait les conditions matérielles de validité (voir par exemple GUASTINI Riccardo, « Invalidity », *Ratio Juris* vol. 7, p. 223). L'opposition dogmatique-théorie est encore une fois fondamentale car la doctrine cherche souvent à élaborer un critère universel des conditions d'inexistence de la norme sans prendre conscience de la dimension dogmatique et relative de cette question.

[3] En ce sens, voir AUBY Jean-Marie, *La théorie de l'inexistence des actes administratifs*, Thèse, Paris, 1947, p. 241.

[4] Ce choix peut évidemment s'expliquer par des raisons politiques dans des périodes de crise mais aussi par la tendance à considérer le droit comme moralement obligatoire qui pousse à défendre l'illégitimité des actes irréguliers.

[5] Pour des exemples des principales positions soutenues à ce sujet, voir CARNET Julien, *La légalité du gouvernement de Vichy*, Thèse, Paris, 1946, p. 79-183 ; LIET-VEAUX Georges, *La continuité du droit interne. Essai d'une théorie juridique des révolutions*, Paris, Sirey, 1942, p. 95-107 ; HÉRAUD Guy, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Paris, Sirey, 1946, p. 248-269 ; VEDEL Georges, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p. 275-277 ou CARTIER Emmanuel, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945)*, Paris, LGDJ, 2005, p. 44-82. C'est sans doute cet intérêt pour l'irrégularité au détriment de l'existence qui permet au professeur Klein de voir dans ce débat un jeu de l'esprit dénué de toutes conséquences (*Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, 1996, p. 83).

[6] Là-encore, les prises de position doctrinales sont trop nombreuses pour être citées ou *a fortiori* exposées en détails. Pour des exemples, voir BERLIA Georges, « Le problème de la constitutionnalité du référendum du 28 octobre 1962 », *RDP* 1962, p. 936-946 ; CAPITANT René, « Réfutation du non », *in Écrits politiques 1960-1970*, Paris, Flammarion, 1971, p. 151-160 ou VEDEL Georges, « Le droit, le fait, la coutume », *Le Monde* 22-23 décembre 1968, p. 7. Séparer irrégularité et inexistence permet de comprendre qu'il est tout à fait possible, et sans doute même assez probable, que le référendum de 1962 soit irrégulier sans que cela implique l'idée improbable selon laquelle la révision qu'il a permis d'adopter est invalide.

voient reconnaître une valeur constitutionnelle sans que le respect de toutes les conditions prévues à l'article 89 de la Constitution ne soit vérifié[1]. Malgré cela, les travaux consacrés au pouvoir constituant énumèrent les limites formelles et matérielles qui s'imposent à lui sans jamais s'intéresser aux conditions d'existence même des actes qu'il produit[2]. Cette attitude est paradoxale puisque ni le juge ni aucun autre acteur du système juridique ne se reconnaît compétent pour annuler une norme constitutionnelle pour irrégularité alors que la vérification de son existence est une étape incontournable pour distinguer une norme constitutionnelle applicable. L'identification constitutionnelle est ici mieux située : il s'agit du constat de l'existence de normes constitutionnelles. Ce processus nous intéresse car il repose sur la catégorie dogmatique de constitution (2).

2. L'IDENTIFICATION CONSTITUTIONNELLE COMME FONCTION DE LA CATEGORIE DOGMATIQUE DE CONSTITUTION

La catégorie dogmatique de constitution ne semble pas *a priori* nécessaire pour identifier les normes constitutionnelles puisque les acteurs et la doctrine ne s'y réfèrent pas explicitement. Ses caractéristiques diamétralement opposées à celles des autres catégories dogmatiques expliquent cette originalité. Classiquement, les catégories dogmatiques ont une définition relativement claire alors que l'identité de leurs membres est débattue. Autrement dit, les critères de qualification sont connus mais les objets qualifiés controversés. À l'inverse, dans le cas de la constitution, nous ne disposons pas d'une définition claire alors même que les normes constitutionnelles en droit français sont à peu près unanimement reconnues : il s'agit tout simplement des normes issues du texte de 1958[3]. La dogmatique actuelle néglige donc la définition de la constitution et élabore des théories qui présupposent l'identité des normes constitutionnelles plutôt qu'elles ne la déterminent. Ainsi, l'on part du texte de 1958, que l'on sait constitutionnel, pour identifier le pouvoir constituant comme étant celui qui l'a

[1] M. Badinter estimait à juste titre que même si le pouvoir constituant peut tout faire dans l'ordre constitutionnel, il est impossible de considérer comme valable « une modification constitutionnelle qui serait adoptée par exemple à la majorité simple du Congrès » : elle serait « une déclaration politique dépourvue de toute valeur juridique » (« Le Conseil constitutionnel et le pouvoir constituant », *in Libertés. Mélanges Jacques Robert*, Paris Montchrestien, 1998, p. 221). Cette position correspond au concept d'inexistence tel que nous l'évoquons ici. Malgré l'absence de décision en ce sens, il semble dur de nier la valeur de cette idée, surtout si l'on envisage des hypothèses encore plus rocambolesques comme par exemple une révision de la constitution adoptée par un conseil municipal. L'on ne peut sérieusement soutenir que le fait que le Conseil constitutionnel se soit déclaré incompétent pour contrôler la régularité des lois constitutionnelles (Cons. const., n°2003-469 DC du 26 mars 2003) suffirait à permettre une telle révision de la Constitution. Voir aussi *infra*, p. 319 et s.

[2] Pour un exemple de cette attitude très répandue, voir GENEVOIS Bruno, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *RDP* 1998, p. 911-913. Pourtant, une partie des « limites formelles » sont des conditions d'existence des révisions constitutionnelles, autrement dit des critères permettant d'identifier l'intervention du pouvoir constituant, préalable indispensable à son encadrement par des limites quelconques.

[3] Ainsi, en commentant des arrêts portant sur l'entrée en vigueur de la Constitution, Georges Vedel développe des idées générales sur les conditions d'application de la Constitution mais n'explique jamais comment il est possible de savoir que la Constitution est bien le texte de 1958 (Note sous Crim. 28 mai 1959, *JCP* 1959.II.11). Cette attitude n'est d'ailleurs pas critiquable mais illustre le fait que personne ne lui conteste sérieusement cette qualité, même sans disposer de justification.

adopté[1], en renversant la logique classique qui part du pouvoir législatif pour identifier la loi et du pouvoir réglementaire pour identifier le règlement. La doctrine tend même à se détacher de l'inscription temporelle et géographique de l'opération d'identification pour construire des propositions qui prétendent avoir une portée générale[2]. La prise de conscience de la spécificité de l'identification constitutionnelle rompt avec cette fausse universalité qui empêche de fait la réflexion sur les critères permettant de sélectionner les normes constitutionnelles. C'est cet objectif qui caractérise la définition dogmatique de constitution.

Disposer de tels critères présente un intérêt pour l'identification constitutionnelle dans certains cas. Certes, la constitutionnalité des normes signifiées par le texte de 1958 est incontestée mais la fonction de ces critères, et donc de la catégorie dogmatique de constitution, apparaît au grand jour face à l'incertitude sur l'adaptation de la constitution. Il est bien difficile de percevoir l'évolution d'une définition que l'on ne connaît pas ou de savoir si une norme internationale peut avoir une valeur constitutionnelle quand l'on ignore quels critères caractérisent la constitutionnalité. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe a illustré idéalement cette difficulté. La capacité à qualifier cet acte particulier repose sur une catégorie dogmatique non-définie. La question de savoir à quelles conditions l'on pourrait valablement considérer un acte quelconque comme une constitution au sens du droit français reste sans réponse, ou en tout cas sans réponse dogmatique. Confronté à ce problème, le Conseil constitutionnel a démontré la pertinence de notre interrogation en étant conduit à exposer une série de critères inédits pour qualifier ce fameux traité[3]. Il est assez facile de critiquer ces critères[4], mais nettement moins d'expliquer sur quelle base aurait due être prise la décision. Le rapport entre définition, catégorie dogmatique et qualification est ici confirmé, tout comme l'insuffisance de la définition dogmatique actuelle de la constitution. Celle-ci n'est d'ailleurs pas surprenante car, en général, une connaissance intuitive de la constitution est suffisante pour rendre compte du droit positif. C'est bien le défi de l'adaptation de la constitution qui révèle cette insuffisance car l'approche appliquée aux cas typiques ne se

---

[1] Voir, pour un exemple sous la Ve République, AUBY Jean-Marie et DRAGO Roland, *op. cit.*, p. 118 et pour un cas plus ancien, ESMEIN Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p. 606. Esmein examine la situation de l'Assemblée nationale de 1870 en cherchant à expliquer pourquoi elle détient le pouvoir constituant au lieu de partir des lois de 1875 et de tenter de les qualifier.

[2] Le meilleur exemple de ce type d'approche est la fameuse théorie affirmant que seul le souverain serait compétent pour adopter une constitution (CADART Jacques, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, Economica, 1990, p. 131) et par sa variante selon laquelle le pouvoir constituant appartiendrait forcément au peuple (BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, « Le pouvoir constituant du peuple, notion-limite du droit constitutionnel », *in Le droit, l'État et la constitution démocratique*, Paris, LGDJ, 2000, p. 210). Ces théories peuvent être promues sans risque puisque de toute façon l'identification constitutionnelle est déjà réalisée sur la base de l'intuition.

[3] Cons. const., n°2004-505 DC du 19 novembre 2004. Nous ne détaillons pas ces critères à ce stade car nous entendons souligner le rôle joué par la catégorie dogmatique de constitution dans le discours du droit français et non discuter de sa définition pour le moment.

[4] Voir *infra*, p. 343 et s.

révèle incomplète que face aux cas atypiques qu'il rend envisageables. L'originalité de notre démarche s'incarne dans la volonté de réfléchir à cette carence[1]. Penser la constitutionnalité implique de disposer de l'outil permettant d'identifier les normes constitutionnelles, c'est-à-dire de la catégorie dogmatique de constitution. Sa fonction est ici précisée : elle seule permet de comprendre, d'anticiper ou de critiquer l'identification constitutionnelle.

La confirmation de l'importance de la catégorie dogmatique de constitution impose de bien la séparer de la catégorie théorique et donc de tenir compte des apports méthodologiques du chapitre préliminaire. Il faut dépasser la perspective essentiellement théorique qui marque la doctrine actuelle. Les préférences des théoriciens n'ont pas plus de pertinence pour mener à bien une identification constitutionnelle qu'une identification législative, opération dans laquelle elles ne sont jamais évoquées. Pour autant, nous n'entendons pas proposer de rupture totale dans la conception doctrinale de la constitution car les normes constitutionnelles incontestées sont incontournables. Rappelons-le, la définition dogmatique est une définition lexicale qui ne peut se détacher de l'usage actuel du terme « constitution ». Puisqu'elle doit correspondre au mode d'identification effectivement considéré comme pertinent du point de vue interne, elle ne peut exclure les normes qui sont considérées unanimement comme constitutionnelles. En fait, il s'agit moins de se demander quelle est la constitution française que de chercher à savoir pourquoi nous pouvons dire que la Constitution de 1958 est la constitution française[2]. Cette question, que l'on pourrait imaginer facile à résoudre pose en réalité de profondes difficultés (B).

B. Les difficultés de l'identification constitutionnelle

La facilité de l'identification intuitive des normes constitutionnelles explique en partie le relatif désintérêt pour la définition dogmatique de la constitution mais d'autres facteurs contribuent également à orienter la doctrine française vers une approche plus théorique. Les normes constitutionnelles apparaissent en effet comme des normes originaires (1) ce qui incite à établir un rapport étroit entre l'identification de la constitution et la réflexion sur son caractère obligatoire (2).

---

[1] Cette originalité n'est évidemment pas totale car cette interrogation n'est pas inédite. Citons ainsi Wheare qui demande « par quels critères les juges qui appliquent le droit reconnaissent qu'un certain document décrit comme une constitution, en fait partie ? » et constatait d'ailleurs déjà que « la réponse à cette question varie dans les divers groupes humains » (*Modern Constitutions*, Oxford, OUP, 1966, p. 52).

[2] Pour une démarche comparable, voir SCHAUER Frederick, « Amending the Presuppositions of a Constitution », *in* LEVINSON Stanford (dir.), *Responding to Imperfection. The Theory and the Practice of Constitutional Amendment*, Princeton, Princeton University Press, 1995, p. 153 : « nous savons bien sûr que le document aux Archives nationales est plus ou moins la Constitution des États-Unis [...] mais comment le savons nous ? ».

1. LES NORMES CONSTITUTIONNELLES : DES NORMES ORIGINAIRES

La notion de norme originaire est bien connue de la doctrine[1]. Il s'agit d'une catégorie de théorie juridique qui regroupe les normes qui ne sont pas dérivées d'une norme positive, c'est-à-dire dont les conditions d'existence ne sont pas fixées par une norme juridique positive préalablement identifiée[2]. La différence entre existence et régularité que nous avons évoquée implique que toutes les normes *ultra vires* ne sont pas des normes originaires. Seules les normes valides dont aucune règle positive ne permet l'existence sont considérées comme des normes originaires. Les normes valides existantes mais irrégulières ne sont pas donc pas concernées[3]. Toutes les normes constitutionnelles françaises ne sont évidemment pas des normes originaires. Ainsi, les normes adoptées dans le cadre d'une des procédures de révision constitutionnelle prévues à l'article 89 de la Constitution de 1958 sont des normes dérivées : leurs conditions d'existence sont fixées par l'article en question. Mieux, il est tout à fait possible de soutenir que le texte de 1958 lui-même est formé de normes dérivées puisqu'il a été adopté dans le cadre constitutionnel de la IVe République à travers une révision de la procédure de révision de la Constitution de 1946. Quoi qu'il en soit, en questionnant la validité des normes constitutionnelles, nous aboutirons forcément à la norme originaire que Kelsen a appelé la « constitution historiquement première »[4], c'est-à-dire la dernière norme positive à laquelle il est possible de rattacher légalement la constitution actuelle[5]. Cette constitution historiquement première est, ou a été, une norme qui faisait partie de la catégorie dogmatique de constitution. Si l'on soutient le contraire, il faut soit nier toute validité à l'ensemble du droit positif, soit rattacher cette norme à une autre catégorie dogmatique qui

[1] Voir ainsi BURDEAU Georges, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit français*, Thèse, Paris, 1930, p. 7 ou AGUILA Yann, « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *RFDC* 1995, p. 15.

[2] La dimension théorique de la catégorie lui permet de classer *a posteriori* des normes dont la validité a déjà été établie dans le discours du droit. Sans cela, elle ne connaîtrait pas de limite car toute norme édictée sans habilitation passerait pour une norme originaire, même si elle est dépourvue de tout effet juridique. La validité des normes ne dépend pas de leur qualité de norme originaire : au contraire seules les normes valides peuvent être classées comme normes originaires.

[3] Dans le cas contraire, d'innombrables normes pourraient prétendre à la qualité de norme originaire alors même que leur validité ne pose aucun problème puisqu'elle découle d'une qualification opérée sur la base d'une norme positive. La catégorie de norme originaire n'a d'intérêt que si elle vise les normes dont l'existence n'est pas basée sur une norme positive.

[4] Sur ce concept, voir KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1999, p. 53. Nous ne nous engageons pas ici sur la théorie kelsénienne de la validité par dérivation en nous contentant de constater que les normes positives prévoient souvent directement ou indirectement les conditions d'existence d'autres normes mais qu'au bout du fil de ces qualifications successives se trouve forcément, pour des raisons purement logiques, une norme qui n'a pas bénéficié d'une telle base juridique. Une idée voisine peut d'ailleurs être trouvée chez des auteurs peu suspects d'adhérer à la théorie pure du droit (voir par exemple HAURIOU Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1965, p. 157).

[5] En droit français, l'identité de cette constitution historiquement première fait d'ailleurs débat. Voir notamment FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André et SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 102 et CARTIER Emmanuel, *op. cit.*, p. 561.

serait assez mystérieuse et elle aussi originaire[1]. En conséquence, la catégorie dogmatique de constitution doit pouvoir servir à identifier des normes originaires.

Les normes constitutionnelles originaires sont des cas-limites au sens où elles servent de base juridique à de nombreuses normes sans pouvoir entrer dans le schéma le plus communément admis : celui de la qualification prévue par une norme positive clairement identifiée[2]. Le caractère originaire d'une partie des normes constitutionnelles implique une forte incertitude quant à l'origine de leur qualification et donc quant à la norme définissant la catégorie dogmatique. La définition du terme « constitution » ne pourra pas passer par une démarche lexicale basée sur l'usage de ce terme dans une norme écrite. Il serait certes tentant d'assimiler la définition dogmatique de la constitution à l'élucidation de l'usage de ce terme dans le texte de 1958, et notamment dans son article 61, mais cela ne permettrait pas d'expliquer la qualification de l'acte de 1958 lui-même, qui constitue pourtant le cœur de la catégorie. Non seulement nous ne trouvons pas de définition de la constitution dans le texte de 1958 mais en plus une telle définition serait structurellement insuffisante. Il est alors aisé de comprendre la tendance à se contenter d'une identification intuitive[3] puisque les normes appelées à servir de référence directe ou indirecte pour la définition dogmatique restent inconnues. L'idée selon laquelle le discours dogmatique rapporte le discours du droit est remise en cause quant il s'agit de définir une catégorie comprenant des normes originaires[4]. Cette situation favorise l'émergence de définitions purement théoriques de la constitution. Non seulement la définition dogmatique n'a pas de fondement mais en plus l'arbitraire doctrinal ne connaît pas de limites claires. Là où personne n'imaginerait proposer une définition du meurtre remplaçant celle du Code pénal, aucun texte ne s'oppose aux définitions doctrinales de la constitution. Pourtant, la particularité de l'identification constitutionnelle justifie que l'on maintienne la différence entre les définitions dogmatique et théorique. Les normes constitutionnelles, même originaires, sont manifestement identifiées et dotées d'un

---

[1] Il est peut-être possible d'envisager ce cas en reliant la validité de la Constitution de 1946 aux actes ayant institué le gouvernement provisoire de la République française (voir la notion de constitution matérielle historiquement première dans FAVOREU Louis *et alii.*, *op. cit.*, p. 103) mais cela ne fait que différer le problème. Certes, nous disposerions alors d'une certaine manière d'une définition de la catégorie de constitution mais la question de la validité de cette définition serait posée puisqu'elle serait formulée dans une norme originaire.

[2] Cette particularité de la constitution est très souvent notée par la doctrine. Voir par exemple TROPER Michel, « La signature des ordonnances. Fonction d'une controverse », *Pouvoirs* n°41, p. 87 ; GÉRARD Philippe, « Validité juridique et souveraineté », *in* RIGAUX François, HAARSCHER Guy et VASSART Patrick (dir.), *Droit et pouvoir*, Bruxelles, Story-Scienta, 1987, p. 78 ou KAY Richard, « The Illegality of the Constitution », *Constitutional Commentary* 1987, p. 57.

[3] La constitution ne serait ainsi pas définie par le droit positif mais résulterait d'un accord implicite entre les acteurs et la doctrine (ARNOLD Rainer, « European Constitutional Law : Some Reflections on a Concept that Emerged in the Second Half of the Twentieth Century », *Tulane European and Civil Law Forum* 1999, p. 50). Plus largement, la pratique doctrinale effective est bien de se contenter d'une identification intuitive.

[4] Rappelons que le discours du droit n'est pas simplement le discours d'un groupe d'acteurs mais plutôt le discours porté par des normes juridiques valides. L'étude de l'usage du terme « constitution » dans les décisions de justice ne constituerait donc une base suffisante que si l'on considérait que les juges étaient compétents pour définir cette catégorie, ce qui reste à prouver.

régime juridique sans que la doctrine n'ait son mot à dire. Le caractère apparemment dérivé du texte de 1958 lui-même a sans doute encouragé le désintérêt doctrinal quant à la définition des normes constitutionnelles originaires[1] mais le problème reste entier. Il a refait surface à propos du traité établissant une Constitution pour l'Europe : si celui-ci était une constitution alors cette qualité ne proviendrait ni de l'article 89 de la Constitution de 1958, ni d'une norme nationale ou européenne proposant une définition de la constitution susceptible de l'inclure. Il serait donc une norme constitutionnelle originaire. Au final, le caractère originaire de certaines normes constitutionnelles favorise l'abandon de la définition dogmatique alors même qu'il devrait la rendre encore plus nécessaire au regard de l'indétermination des conditions de validité d'une telle norme. Son effet ne s'arrête pas là car il pousse à confondre identification et fondement de la Constitution (2).

2. IDENTIFICATION ET FONDEMENT DE LA CONSTITUTION

La conjonction entre le manque d'intérêt pour l'étude de l'identification constitutionnelle et le caractère originaire de certaines normes constitutionnelles conduit certains auteurs à s'interroger plutôt sur le fondement de la Constitution que sur sa définition. Il ne s'agit donc plus de déterminer quelles normes possèdent la qualité constitutionnelle en droit français mais bien de chercher les raisons pour lesquelles les normes constitutionnelles devraient être obligatoires. L'absence de toute base écrite amène au premier plan une question qui est habituellement dissimulée par une opération technique de qualification. Placée face à une loi ou à un règlement, la doctrine s'intéresse à sa qualification et à sa régularité mais rarement à son caractère obligatoire, renvoyant de fait ce problème au caractère obligatoire de la norme qui les valide. Face aux normes constitutionnelles originaires, cette question ne peut plus être différée et l'absence apparente de qualification incite à substituer la recherche du caractère obligatoire à celle de la qualification. En outre, si l'on considère que l'ensemble du droit français repose sur la Constitution, la portée de la réponse est évidemment accrue. Cela peut expliquer la fonction des démarches doctrinales qui présupposent l'identité de la Constitution et bâtissent sur cette base des théories qui apparaissent alors comme des théories de justification[2]. Elles visent la validité de la constitution dans la mesure où cette validité n'est plus assimilée à son existence, c'est-à-dire à sa qualification, mais à son caractère obligatoire.

[1] Le débat sur la révision de 1962 aurait pu faire ressurgir la question. Si l'on considère que l'article 11 ne permet pas l'existence de normes constitutionnelles, alors la norme édictée en 1962 est une norme originaire. Cependant, comme nous l'avons noté, le débat doctrinal s'est concentré sur la question de la régularité au détriment de celle de l'existence.

[2] Pour des exemples, voir la théorie de l'idée de droit défendue par Georges Burdeau qui se réfère notamment au « Bien commun » et à « l'intention du Créateur de l'homme » (*Le pouvoir politique et l'État*, Paris, LGDJ, 1943, p. 91 et 117), la

Or, ces deux conceptions de la validité sont très différentes. D'un côté, nous sommes devant une interrogation d'ordre moral portant sur le droit[1] et de l'autre devant une interrogation juridique négligeant toute dimension morale. L'opposition entre ces deux aspects pourrait être contestée puisque de nombreuses écoles soutiennent l'interdépendance du droit et de la morale sous une forme ou une autre[2]. Cependant, il nous semble que leur analyse peut être menée de manière séparée : avant de savoir si les normes constitutionnelles sont moralement acceptables, il faut bien déterminer quelles normes doivent être soumises à cet examen moral. Autrement dit, même si nous reconnaissions l'inclusion de la morale dans le droit et la présence d'exigences morales dans les conditions d'existence des normes constitutionnelles, il reste au moins une partie du processus d'identification constitutionnelle qui est détachable de tout impératif moral. Il est impossible de définir simplement les normes constitutionnelles comme des normes moralement acceptables. En outre, les présupposés positivistes que nous avons exposés ne nous permettent de tenir compte de l'acceptabilité morale de la Constitution que dans la mesure où celle-ci serait considérée par les acteurs comme pertinente. Puisque le droit est un fait social et que la morale est séparable du droit, l'inclusion de cette dernière est conditionnée par sa place effective dans la pratique du droit français[3]. Nous refusons en revanche toute interrogation sur le caractère obligatoire au sens moral du droit dans son ensemble ou de la Constitution en particulier dans le cas où l'identification de cette dernière est opérée par les acteurs sans tenir compte de cet aspect. De fait, les acteurs du système juridique ont parfois l'occasion d'expliciter les raisonnements menés lors de l'identification des normes positives. Cette situation se retrouve assez

théorie du pouvoir constituant qui serait une source « d'arguments de légitimité efficaces » (BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, article précité p. 216) et équivaudrait à « l'huile sainte par laquelle se pratiquait l'onction royale » (KLEIN Claude, *op. cit.*, p. 196) ou plus largement l'appel direct à la morale pour identifier la Constitution (DIAS R.W.M., « Legal Politics : Norm Behind the Grundnorm », *Cambridge Law Journal* 1968, p. 257 ou KAY Richard, article précité, p. 70).

[1] Le caractère obligatoire n'est pas entendu ici comme une obligation relative à un système juridique précis sans quoi seule la question de l'appartenance au système, et donc de la qualification se pose. Le caractère obligatoire doit bien être compris comme visant une obligation absolue, c'est-à-dire une obligation morale.

[2] Voir pour des exemples DWORKIN Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995, p. 223 ; PECZENIK Aleksander, *On Law and Reason*, Dordrecht, Kluwer, 1989 p. 34 et 287 ou MACCORMICK Neil, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford, OUP, 2007, p. 263 et 304.

[3] Comme le notait Harris, tenir compte de la morale quand elle n'occupe aucune place dans le raisonnement des acteurs nous mènerait à sortir les ouvrages consacrés au système juridique de l'Afrique du Sud de l'apartheid du rayon droit des bibliothèques pour les placer dans celui des « organisations du pouvoir qui pratiquent l'oppression raciste mais sont relativement permanentes ». L'on conçoit mal l'intérêt scientifique ou pratique de ce genre d'opération (HARRIS J.W., « When and Why Does Grundnorm Change ? », *Cambridge Law Journal* 1971, p. 129). À l'inverse, Hart estime que des critères moraux peuvent être envisagés dans un cadre positiviste si la pratique des acteurs en tient compte (« Postscript », *in Le concept de droit*, 2e éd., Bruxelles, Pub. des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 268). Précisons tout de même que le rapport entre les pratiques des acteurs et l'intégration de la morale au droit est au cœur du débat entre le positivisme juridique inclusif et exclusif. Pour un panorama des dicussions récentes sur ce sujet, voir BAILLEUX Antoine, « Hart vs. Dworkin and its Progeny. Actualité du combat des chefs dans la littérature anglo-saxonne », *RIEJ* 2007.59, p. 173-220.

régulièrement à propos des lois[1] et connaît au moins un précédent concernant les normes constitutionnelles : la décision du Conseil constitutionnel sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe que nous avons déjà évoquée. Dans tous ces cas, nous ne trouvons nulle trace d'une réflexion sur le caractère moralement obligatoire des normes en question. Cette circonstance semble confirmer le détachement entre morale et droit dans l'identification des normes dans le système juridique français. Il est possible de débattre de l'intérêt de l'examen de l'acceptabilité morale de la Constitution mais cette dernière ne change rien aux conditions d'usage du terme « constitution » dans le discours du droit français. La définition dogmatique de ce terme est donc détachable de tout questionnement moral. La posture neutre que nous adoptons sur l'existence de l'obligation absolue correspond donc simplement aux limites de nos ambitions : nous entendons uniquement décrire une réalité sociale juridique particulière.

Au final, l'interrogation sur l'identification constitutionnelle et donc sur la définition de la catégorie dogmatique de constitution n'implique en aucun cas une recherche sur le caractère obligatoire des normes constitutionnelles. Ce constat est fondamental car il permet d'orienter notre travail en évitant une difficulté qui a pu soit repousser une doctrine peu portée sur les interrogations méta-juridiques, soit au contraire polariser indûment son attention en la détournant de l'identification constitutionnelle[2]. Nous n'entendons pas déterminer si l'on doit obéir à la Constitution mais simplement comment il est possible de distinguer les normes constitutionnelles au sens du discours du droit français parmi la masse des prescriptions réelles ou potentielles. Cette élimination de la question du fondement de la Constitution n'enlève rien à la nécessité de son identification[3] puisque les deux interrogations sont séparables[4]. L'originalité de notre projet tient aussi à ses limites : la recherche sur la qualification permise par la catégorie dogmatique de Constitution ne devient légitime au sens épistémologique du terme qu'une fois abandonnée toute prétention concernant le caractère obligatoire de la norme ainsi identifiée. L'opération d'identification est désormais à la fois

[1] Voir par exemple Cons. const., n°76-69 DC du 8 novembre 1976 et n°89-268 DC du 29 décembre 1989 mais aussi CE Ass., 12 février 1960, Société Eky, *Rec.* p. 101 ; CE Ass., 2 mars 1962 Rubin de Servins, *Rec.* p. 143 ; CE, 22 février 1946, Sieur Botton, *Rec.* p. 58 ou CE, 15 décembre 1947, Élections cantonales d'Exmes, *Rec.* p. 474.

[2] Cette deuxième tendance contribue d'ailleurs à renforcer la première : en assimilant identification constitutionnelle et interrogation morale, elle pousse les auteurs positivistes à ne voir là qu'une réflexion subjective et vide de sens.

[3] Bobbio estimait ainsi que l'interrogation sur les sources du droit devait abandonner toute question de « justification axiologique » pour aller vers « une pure et simple qualification juridique » (« Kelsen et les sources du droit », *APD* 1982, p. 144). Nous adhérons totalement à cette approche qui voit dans l'existence des normes un problème d'ordre technique.

[4] Pour un avis contraire voir TROPER Michel, « La Constitution et ses représentations sous la Ve République », *Pouvoirs* n°4. Le professeur Troper estime, sans doute à raison, que la doctrine s'interroge plus sur la légitimité que sur la validité de la Constitution et en définissant l'obligation juridique comme une obligation prévue par une norme juridique valide en déduit, à tort selon nous, que l'idée « selon laquelle la Constitution est juridiquement obligatoire repose sur un concept d'obligation qui, lui, n'a rien de juridique » (*ibid.*, p. 64). C'est l'un des arguments qu'il emploie pour justifier sa théorie réaliste et abandonner toute interrogation dogmatique (voir *infra*, p. 197).

reliée à la catégorie dogmatique de constitution et clairement encadrée. Il reste toutefois à démontrer qu'elle est bel et bien nécessaire au fonctionnement du droit positif (II).

II. LA NECESSITE DE L'IDENTIFICATION

La clarification de la notion d'identification constitutionnelle permet de bien comprendre la fonction de qualification jouée par la catégorie dogmatique de constitution et de spécifier l'objet de la recherche dogmatique sur la constitution. Pour autant, la relative négligence doctrinale peut créer un doute sur l'utilité d'une étude plus poussée : le droit a-t-il vraiment besoin de l'identification constitutionnelle ? Pour répondre positivement à cette question nous relèverons d'abord l'existence de cas d'identification constitutionnelle qui prouvent sa pratique effective (A) avant de souligner qu'il s'agit même d'une véritable nécessité logique pour le fonctionnement du système juridique français (B).

A. L'incarnation historique de l'identification

Nous allons exposer une série d'exemples historiques d'identification constitutionnelle (1) avant de démontrer leur pertinence pour éclairer notre recherche (2).

1. LES EXEMPLES HISTORIQUES D'IDENTIFICATION CONSTITUTIONNELLE

L'absence apparente de décisions d'identification constitutionnelle en droit français hors du cas exceptionnel du traité établissant une Constitution pour l'Europe semble remettre en cause l'intérêt pratique de la définition dogmatique de constitution. La possibilité d'un examen juridictionnel paraît même discutable puisque le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent pour connaître de la validité d'une loi de révision constitutionnelle[1]. Toutefois, sans même contester le bien fondé de cette décision, il faut ici rappeler l'importance de la distinction entre existence et régularité. Le Conseil constitutionnel s'est certes déclaré incompétent pour examiner la régularité de la révision constitutionnelle mais il a dans sa décision identifié deux normes constitutionnelles : celle qui lui sert à apprécier l'ampleur de sa compétence et la loi de révision contrôlée dont le statut juridique spécifique, notamment l'impossibilité d'apprécier sa régularité, dépend de la qualification qu'il a retenue. S'il l'avait considérée comme une loi ordinaire, la décision aurait été différente. Pour le reste, les décisions d'identification constitutionnelle implicites abondent : chaque application de la

[1] Cons. const., n°2003-469 DC du 26 mars 2003.

Constitution, juridictionnelle ou non, repose sur l'identification de la norme en cause. Nous ne nous intéressons cependant ici qu'aux décisions explicites d'identification. Il faut bien avouer que la pauvreté apparente du discours du droit français en la matière n'est pas infirmée par un examen plus détaillé. Nous pouvons au mieux relever quelques décisions visant à déterminer la date précise d'entrée en vigueur des Constitutions de 1946[1] et de 1958[2]. Celles-ci démontrent une prise de position juridictionnelle sur l'existence temporelle des normes constitutionnelles mais ne nous apportent guère d'enseignement puisqu'à chaque fois l'identité même de la Constitution n'est pas discutée. Mieux, son entrée en vigueur est fixée en fonction de ce qu'elle prévoit elle-même, ce qui revient à dire que la qualification et la validité sont déjà reconnues et que le travail du juge se limite à l'interprétation. Nous devons aussi noter l'existence d'un avis du Conseil d'État de 1946 sur les normes constitutionnelles transitoires adoptées en 1945[3]. Celui-ci nous semble plus pertinent puisqu'il évoque le régime juridique de ces normes suite à leur qualification. Ce premier indice est intéressant mais l'insuffisance de la pratique française nous conduit à chercher des exemples étrangers.

Ici, les décisions pertinentes sont beaucoup plus nombreuses. Une série de cas bien connus par la doctrine anglo-saxonne[4] nous donne à voir des juges qui prennent des décisions largement argumentées pour qualifier des normes originaires prétendant à une qualité constitutionnelle dans deux types de situation. D'abord, des décisions du Pakistan[5], du Lesotho[6], de la Grenade[7], des Fiji[8] et du Transkei[9] concernent des renversements violents du pouvoir. Ensuite, des arrêts de la Rhodésie du Sud[10], de l'Ouganda[11], du Pakistan[12] mais aussi

---

[1] CE, 31 octobre 1952, Société rochefortaise des produits alimentaires, *Rec.* p. 481.
[2] CE Ass., 1 juillet 1960, FNOSS c/ sieur Fradin, *Rec.* p. 441 et CE Sect., 27 janvier 1961, Sieurs Daunizeau, *Rec.* p. 57.
[3] GUILLON Armand, « L'organisation des pouvoirs publics depuis la libération », *EDCE* 1947, p. 45.
[4] Pour des études générales de ce courant jurisprudentiel, voir MAHMUD Tayyab, « Jurisprudence of Successful Treason », *Cornell International Law Journal* 1994, p. 49-140 ; HOPTON T.C., « Grundnorm and Constitution », *McGill Law Journal* 1978, p. 72-91 ; HARRIS J.W., article précité, p. 103-133 ou GUEST Stephen, « Revolution and the Position of the Judiciary », *Public Law* 1980, p. 168-183.
[5] Cour suprême du Pakistan, 10 novembre 1977, Begum Nusrat Buttho v. Chief of army staff and Federation of Pakistan, *All-Pakistan Legal Decisions* 1977, p. 657-763.
[6] Haute cour du Lesotho, 5 août 1988, Mokotso v. King Moshoeshoe II, *Law Reports of the Commonwealth – Constitutional and Administrative Law Reports* 1989, p. 24-169.
[7] Haute cour de la Grenade, 19 novembre 1984, Mitchell v. Director of Public prosecutions, *Law Reports of the Commonwealth – Constitutional and Administrative Law Reports* 1985, p. 127-158.
[8] Cour d'appel des Fidji, 1er mars 2001, The Republic of Fiji and the Attorney General of Fiji v. Chandrika Prasad, n°217/2000.
[9] Cour du Transkei, 15 septembre 1988, Matanzima v. President of the Republic of Transkei, *South African Law Reports* 1989, p. 989-999.
[10] Cour d'appel de Rhodésie, 29 janvier 1968, Madzimbamuto v. Lardner-Burke, *South African Law Reports* 1968, p. 284-444 ; 4 mars 1968, Dhlamini v. Carter, *South African Law Reports* 1968, p. 467-469 et 13 septembre 1968, R v. Ndhlovu, *South African Law Reports* 1968, p. 515-554. Voir aussi Conseil privé du Royaume-Uni, 19 novembre 1968, Madzimbamuto v. Lardner-Burke, *All England Law Reports* 1968-3, p. 560-587.
[11] Haute cour d'Ouganda, 22 février 1967, Uganda v. Commissioner of Prisons, *Eastern Africa Law Reports* 1966, p. 514-546.
[12] Cour suprême du Pakistan, 27 octobre 1958, State v. Dosso, *All-Pakistan Legal Decisions* 1958, p. 533-570 et 20 avril 1972, Jilani v. Government of the Punjab, *All-Pakistan Legal Decisions* 1972, p. 139-270.

des États fédérés américains du Kentucky[1] et de la Virginie[2] portent sur des abus manifestes d'autorités légalement instituées. Les solutions retenues sont variées et nous ne pouvons nier que du point de vue externe, des considérations politiques ont paru déterminantes dans plusieurs de ces décisions. Cependant, du point de vue interne, seul pertinent pour la recherche dogmatique, ces arrêts nous montrent une pratique judiciaire effective d'identification constitutionnelle et même une volonté de fixer les critères permettant cette opération[3]. Notons que nous pouvons aussi relever une situation voisine dans laquelle des normes originaires non-constitutionnelles issues de pouvoir de fait sont identifiées par des juges, notamment au Bophuthatswana[4] ou à Chypre[5], ce qui confirme que le caractère originaire d'une norme ne s'oppose pas forcément à sa qualification judiciaire. Enfin, nous devons également citer des cas d'identification constitutionnelle dans lesquels le juge était confronté à des normes qui disposaient d'un mode d'existence alternatif, c'est-à-dire des normes qui seraient des normes dérivées ordinaires si elles ne revendiquaient pas leur qualité constitutionnelle. Ce cas est plus rare mais nous pouvons citer un fameux arrêt de la Cour suprême d'Israël[6] qui a dû trancher entre le caractère législatif et constitutionnel d'une norme parlementaire. Cette situation s'approche du cas du traité établissant une Constitution pour l'Europe qui a conduit des autorités nationales à interroger sa qualité constitutionnelle[7]. Les différentes hypothèses que nous venons de citer se rejoignent car à chaque fois une identification constitutionnelle est à l'œuvre et l'existence même d'une norme constitutionnelle en dépend[8]. Si ces cas sont assez révélateurs d'une pratique étrangère

---

[1] BRYCE James, *La République américaine. Le gouvernement des États*, 2e éd., Paris, M. Giard et E. Brière, 1912, p. 32.
[2] ESMEIN Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p. 571.
[3] Nous reviendrons rapidement sur ces critères, qui tiennent généralement à une combinaison entre une revendication constitutionnelle et l'effectivité d'un pouvoir de fait, mais pour le moment ces exemples visent uniquement à démontrer l'existence historique d'une pratique d'identification constitutionnelle, sans s'intéresser aux solutions retenues.
[4] Cour du Bophuthatswana, 17 octobre 1988, State v. Banda, *South African Law Reports* 1989, p. 519-550.
[5] Cour suprême de Chypre, 31 décembre 1975, Liasi v. Attorney General, *Cyprus Law Reports* 1975, p. 568-576.
[6] Cour suprême d'Israel 1995, Banque Mizrahi c./ Migdal - village corporatif, *Israel Law Review* 1997, p. 764-802 (extraits). Pour une analyse détaillée de cet arrêt, voir AMIT Roei, *Les paradoxes constitutionnels. Le cas de la Constitution israélienne*, Thèse, EHESS, 2002, notamment p. 285-308.
[7] Citons ainsi la prise de position du Conseil d'État du Luxembourg (avis n°46.892 et n°96.893 du 22 mars 2005). Des organes non-juridictionnels ont aussi eu à connaître de cette question. Pour un exemple, voir le cas d'un groupe d'experts mandaté par le Parlement estonien : LAFFRANQUE Julia, « Ratification of the European Constitution in Estonia : a New Constitution for Estonia ? », *in* ALBI Anneli et ZILLER Jacques (dir.) *The European Constitution and National Constitutions : Ratification and Beyond*, Dordrecht, Kluwer, 2007, p. 82.
[8] Le cas des normes dérivées présentant une revendication constitutionnelle pose lui aussi la question de l'existence même de la norme. En effet, une norme juridique n'existe que dans la mesure où elle s'inscrit dans une catégorie particulière car, comme nous l'avons vu, la norme législative est une norme juridique parce qu'elle est une loi et non l'inverse. Les cas israélien et européens offrent en réalité une alternative entre deux possibilités d'existence distinctes sans que l'illégalité radicale ne soit envisagée. Autrement dit, la question de l'existence constitutionnelle se pose de la même manière dans tous les cas cités, seul le résultat d'un constat d'inexistence varie. La différence entre les situations révolutionnaires où le juge doit se prononcer sur l'action d'un pouvoir de fait et celle des normes *a priori* dérivées qui revendiquent une qualité constitutionnelle ne doit pas être exagérée. Si une norme constitutionnelle est identifiée, c'est en tant que norme originaire.

répandue, leur intérêt doit être expliqué puisque nous ne travaillons ici que sur le droit français (2).

2. LA PERTINENCE DES EXEMPLES HISTORIQUES

Étant donné que les catégories dogmatiques sont propres à chaque discours du droit, les décisions prises par des juges étrangers n'ont *a priori* aucune pertinence pour nous, *a fortiori* quand elles sont prises par des juges d'États fédérés. Nous ne pouvons contourner cette difficulté en évoquant l'appartenance des normes concernées à la catégorie théorique de constitution car d'une part celle-ci n'est pas encore définie et d'autre part l'identification constitutionnelle concerne la catégorie dogmatique de constitution. En réalité, la valeur des exemples étrangers tient au fait qu'ils se placent dans un contentieux comparable à celui que nous envisageons. Ils démontrent de ce fait que l'identification judiciaire des normes constitutionnelles n'est pas fondamentalement impossible. Plus précisément, nous estimons que deux enseignements peuvent être retirés des exemples historiques cités.

Tout d'abord, ils démontrent la nécessité d'une réponse juridictionnelle à l'interrogation sur la qualification des normes originaires. Nous avons pu noter la tendance doctrinale à chercher des réponses politiques ou morales. Ces dernières peuvent avoir certains intérêts mais il persiste une question juridique autonome et irréductible : le juge doit déterminer s'il se situe ou non face à une norme valide et l'identification est donc nécessaire même pour les normes originaires[1]. Ensuite, ils prouvent qu'il n'est pas impossible qu'une juridiction se saisisse de ce genre de question. La nécessité de statuer sur l'existence de telles normes faisait présager le caractère inévitable de ce genre de décision[2] mais la tendance à présenter les normes originaires comme a-juridiques avait conduit certains à soutenir qu'elles ne pouvaient faire l'objet d'une réflexion juridique[3]. La pratique juridictionnelle confirme ce que les nécessités du fonctionnement du système juridique laissaient supposer. En outre, ces exemples contribuent à remettre en cause le principal argument évoqué contre la possibilité de décision juridictionnelle d'identification constitutionnelle. Selon une idée très répandue, des

[1] Pour des analyses des jurisprudences précitées allant dans ce sens, voir notamment HARRIS J.W., article précité, p. 103 et DE SMITH S.A., « Constitutional Lawyers in Revolutionary Situations », *Western Ontario Law Review* 1968, p. 104.

[2] Le professeur Boulouis a cependant soutenu qu'une constitution ne pouvait pas être déclarée inexistante (« L'existence, la nullité et l'annulation des actes juridiques en droit public français », *in Travaux de l'association Henri Capitant* 1965, p. 777). Cette position s'explique par son adhésion à la théorie administrativiste classique de l'inexistence qui y voit une sanction particulièrement grave de certaines illégalités. Notre approche est très différente et s'attache d'ailleurs plus à la question de l'existence qu'à celle de l'inexistence. Nous ne prétendons pas que les juges vont déclarer inexistantes certaines normes constitutionnelles mais plus simplement qu'ils sont contraints de sélectionner les normes qui ont cette qualité et donc de se prononcer, implicitement sur l'existence des normes constitutionnelles.

[3] Pour une position de ce type, voir BROOKFIELD F.M., « The Courts, Kelsen and the Rhodesian Revolution », *University of Toronto Law Journal* 1969, p. 344.

raisons purement logiques interdisent qu'un juge mette en question la validité de la norme qui fonde sa compétence[1] : sur quoi se baserait en effet sa décision si elle niait son propre fondement ? Cette argumentation a vocation à nous intéresser. Certes, le juge ordinaire n'est pas concerné puisque son statut est essentiellement législatif et ne repose pas sur la Constitution[2]. En revanche, le Conseil constitutionnel se trouverait dans une telle situation s'il devait s'interroger sur la validité d'une constitution entièrement nouvelle ou sur celle d'une constitution européenne abrogeant en partie la Constitution de 1958. Or, dans les exemples cités, les juges n'ont jamais hésité à constater la disparition des normes qui fondaient leur compétence[3]. Plusieurs décisions recèlent même une argumentation explicite sur ce point[4]. L'existence d'un obstacle théorique ou logique général empêchant un juge d'interroger la validité de son fondement paraît donc fort peu réaliste[5]. Bien évidemment, cela ne veut pas dire que les juges français sont compétents pour se prononcer sur l'identification constitutionnelle. En revanche, cela prouve que pour le savoir il faut se référer au droit positif et qu'aucun argument de principe ne leur est opposable[6].

---

[1] Pour des exemples, voir *Ibid.*, p. 330 ou MAHMUD Tayyab, article précité, p. 121. Voir aussi l'intervention du professeur Lagrange sous GAÏA Patrick, « Le contrôle de constitutionnalité des normes communautaires », *in* GAUDIN Hélène (dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect réciproque mutuel ?*, Paris, Economica, 2001, p. 77.

[2] Le statut du juge judiciaire est à peine mentionné dans la Constitution alors que celui du juge administratif ne l'est pas du tout. L'organisation du Conseil d'État repose principalement sur un texte pré-constitutionnel, l'ordonnance législative du 31 juillet 1945, qui est complétée par le décret du 30 juillet 1963 (CHAPUS René, *Droit du contentieux administratif*, 12e éd., Paris, Montchrestien, 2006, p. 70). Le fait que le Conseil constitutionnel ait affirmé l'existence de normes garantissant l'indépendance (Cons. const., n°80-119 DC du 22 juillet 1980) et la compétence (Cons. const., n°86-224 DC du 23 janvier 1987) du juge administratif ne fait pas de ces normes le fondement de son action. Elles protègent son existence et son statut plus qu'elles ne le déterminent et leur disparition n'empêcherait pas le fonctionnement de la justice administrative. Il ne faut donc pas exagérer leur portée : même si l'on admettait l'impossibilité logique pour un juge d'examiner la validité de la norme qui l'habilite, cela n'empêcherait pas le juge administratif de se prononcer sur l'existence de la Constitution car elle n'est pas la source de son habilitation (en sens contraire, voir AVRIL Pierre et GICQUEL Jean, « Ombres et lumières sur la Constitution », *LPA* 2001, n°16, p. 11 ou dans une moindre mesure FAVOREU Louis, « Le juge administratif a-t-il un statut constitutionnel ? », *in Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 115).

[3] En ce sens, voir GUEST Stephen, article précité, p. 170 et HARRIS J.W., article précité, p. 103.

[4] Haute cour de la Grenade, 19 novembre 1984, Mitchell v. Director of Public prosecutions, précité, p. 143 ; Cour d'appel des Fidji, 1er mars 2001, The Republic of Fiji v. Chandrika Prasad, n°217/2000 ou Cour suprême du Pakistan, 27 octobre 1958, State v. Dosso, précité, p. 539. La question donne tout de même lieu à des controverses comme l'illustre l'opposition entre l'opinion du président Beadle et l'opinion dissidente du juge Fieldsend dans le plus fameux des arrêts rhodésiens (Cour d'appel de Rhodésie, 29 janvier 1968, Madzimbamuto v. Lardner-Burke, précité, p. 329 et 432).

[5] Nous nous exprimons ici comme toujours du point de vue interne. Du pont de vue externe, nous reconnaissons que les cours ne sont pas plus portées que d'autres organes à prendre des décisions remettant en cause leur compétence ou diminuant l'ampleur de leur pouvoir. Cette considération peut les amener à prendre certaines décisions mais ne constitue pas un motif valable susceptible de nous intéresser.

[6] Pour être précis, nous dirons que les exemples cités fragilisent en tout cas l'argumentation inverse et diminuent sa portée. Il reste en effet possible de prétendre que la logique peut être appliquée au droit et qu'une décision qui remet en cause le fondement apparent de la compétence du juge qui la prend repose en réalité sur un autre fondement, sans doute une sorte de norme originaire, faute de pouvoir être auto-référentielle. Cette argumentation correspond à peu près à celle proposée par Ross à propos de l'hypothèse de la révision de la procédure de révision constitutionnelle (ROSS Alf, « À propos de l'auto-référence et d'une énigme du droit constitutionnel », *in Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, LGDJ, 2004, p. 205-226) mais n'est pas reprise par les auteurs qui contestent la compétence du juge dans le cas qui nous occupe. Dans tous les cas les exemples historiques restent intéressants pour mettre en garde contre la tentation d'opposer une soi-disant impossibilité théorique à une pratique sociale effective : prétendre qu'un juge ne peut se prononcer sur la validité du fondement de sa compétence n'est pas le rappel d'un argument universellement admis mais bien l'invention d'une norme juridique qui contraste avec la réalité des pratiques judiciaires. La charge de la preuve pèse sur ceux qui l'invoquent en prétendant que sa valeur serait évidente.

Finalement, les exemples historiques issus de contentieux étrangers permettent de confirmer l'importance pratique de l'identification constitutionnelle dans les cas où l'identité même de la constitution est en cause. Il ne s'agit donc pas d'une hypothèse d'école mais bien d'une réalité sociale. La portée de ce constat ne doit pas être exagérée car le droit comparé permet d'améliorer notre compréhension du droit mais pas de dégager des règles universelles[1]. Les catégories dogmatiques retenues par ces juges étrangers n'ont donc pas d'intérêt spécifique pour la définition dogmatique de la constitution en droit français. Leurs décisions démontrent seulement que la question peut se poser en pratique. Rien ne permet d'exclure qu'elle se pose aussi à des juges français. Mieux, nous estimons que l'identification constitutionnelle est une véritable nécessité logique (B).

B. La nécessité logique de l'identification constitutionnelle

L'incarnation historique de l'identification constitutionnelle prouve à la fois sa possibilité pratique et son intérêt. Elle ne suffit cependant pas à démontrer sa nécessité dans le système juridique français. Il faut donc poursuivre notre réflexion pour démontrer qu'elle est véritablement indispensable (1) comme le confirment certains développements doctrinaux (2).

1. UNE IDENTIFICATION CONSTITUTIONNELLE INDISPENSABLE

Il semble incontestable que seules certaines prescriptions sont considérées comme des normes constitutionnelles. Elles ont donc fait l'objet d'une sélection, ce que nous appelons « identification constitutionnelle ». Cette opération est *a priori* indispensable pour tout organe appliquant la constitution[2] ce qui implique l'usage d'une norme la rendant possible[3]. Il peut donc paraître étonnant de démontrer la nécessité logique de l'identification constitutionnelle tant elle paraît évidente si l'on admet la séparation entre les catégories dogmatique et théorique de constitution. En réalité, il faut apporter quelques précisions pour écarter trois contre-argumentations envisageables.

---

[1] Notons qu'un argument de droit comparé peut parfois être pertinent dans l'argumentation judiciaire comme le démontre la pratique judiciaire des systèmes de *common law*. Les décisions que nous avons citées se réfèrent d'ailleurs les unes aux autres. Toutefois, la recevabilité d'un argument juridique est une question propre à chaque système juridique et rien n'indique qu'un argument de droit comparé puisse être reçu en droit français.

[2] Voir pour une position proche, voir l'intervention du Professeur Pfersmann sous MIRANDA Jorge, « Le contrôle et les limites de la révision de la constitution », *AIJC* 2004. Elle souligne le caractère inévitable de l'examen de l'existence des normes positives par les organes appelés à les appliquer : « n'importe quel organe du système juridique français est habilité à apprécier la validité des normes ; seuls certains organes sont habilités à en apprécier la conformité » (*ibid.*, p. 457). Notons cependant qu'elle portait sur l'existence des lois et non de la Constitution. Voir aussi sur la nécessité de la qualification des actes législatifs avant leur application : RIALS Stéphane, « Constitution », précité, p. 12.

[3] Le professeur Amselek notait ainsi que « tout jugement met en œuvre une norme quelconque même si celle-ci n'est pas objectivée » (*Perspectives critiques d une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1964, p. 64).

Premièrement, il est surprenant de soutenir qu'une opération juridique est inévitable alors que nous n'avons pu relever aucune pratique explicite de ce type en droit français. Cette objection n'est pas déterminante car elle ne change rien au fait que chaque usage du terme « constitution » par les acteurs du système juridique implique une identification implicite. Soutenir le contraire reviendrait à affirmer que ce terme est utilisé de manière aléatoire par les acteurs et que n'importe quelle prescription peut être considérée comme constitutionnelle. Si nous écrivons quelques énoncés prescriptifs sur une feuille de papier, ceux-ci ne seront pas des normes constitutionnelles[1] : cela démontre qu'il y a bien une forme de sélection qui fait que le texte de 1958 est une constitution mais pas notre feuille de papier[2]. Nier toute forme de qualification implique de reconnaître la valeur de la feuille de papier. Ce cas d'école illustre l'importance de l'évaluation de l'existence même des normes que nous avons déjà soulignée. La présence d'une pratique constante d'application de la Constitution de 1958 ne permet pas d'éviter la question[3] car celle-ci repose sur une décision d'identification initiale qui ne pouvait se fonder sur une pratique préexistante. Mieux, faute de règle du précédent en France, cette décision initiale n'a pas de rôle spécifique : la qualification a lieu pour chaque application de la Constitution. En outre, l'histoire constitutionnelle de la France démontre que ce genre de pratique est régulièrement remise cause par une nouvelle qualification.

Deuxièmement, rien n'empêche de prétendre que l'identification a lieu sans passer par une catégorie dogmatique car la revendication de constitutionnalité présentée par le texte de 1958 suffit à prouver sa qualité. L'hypothèse de la feuille de papier est encore utile ici : le fait qu'elle porte le titre de « constitution » n'en fera évidemment pas une norme constitutionnelle positive[4]. Cette idée peut s'appliquer au traité européen déjà évoqué. Un traité ou une loi qui prétend être une norme constitutionnelle est assimilable à la feuille de papier en ce qui concerne son existence comme constitution[5]. Parmi les diverses feuilles de papier qui portent

---

[1] Des concepts proches de cette feuille de papier sont proposés dans ATIENZA Manuel et RUIZ MANERO Juan, *A Theory of Legal Sentences*, Dordrecht, Kluwer, 1998, p. 49 (loi édictée par un groupe de professeurs) ; JORI Mario, « Paradigms of Legal Science », *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 1990, p. 234 (décision prise par le fou qui se croît empereur du monde) et TROPER Michel, *La philosophie du droit*, Paris, PUF, 2003, p. 45 (constitution édictée par les pensionnaires d'un hôpital psychiatrique).

[2] Une idée comparable est exprimée dans SCHAUER Frederick, article précité, p. 154 quand l'auteur compare une constitution qu'il vient d'édicter et celle des États-Unis. Notons toutefois qu'il en déduit immédiatement une solution reposant sur l'effectivité de cette dernière au risque de s'écarter du point de vue interne (voir *infra*, p. 308).

[3] Pour un avis contraire, voir *ibid.*, p. 154 mais aussi AMSELEK Paul, « Réflexions critiques sur la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *RDP* 1978, p. 15.

[4] Les hypothèses des professeurs Troper et Schauer évoquent elles aussi un document intitulé « constitution » sans faire la différence entre les deux cas envisagés pour la feuille de papier.

[5] Le fait qu'ils soient édictés par des organes dotés d'une compétence juridique quelconque ne change rien au problème car la particularité d'un organe tient à sa compétence et non à sa puissance matérielle. Un acte est considéré comme édicté par une autorité étatique parce qu'il répond aux conditions d'existence d'une catégorie juridique. Les traités et les lois ne répondent pas *a priori* à celle de la catégorie de constitution. Si le Parlement français utilise la procédure législative pour édicter un acte législatif qu'il décrit comme constituant, l'acte en question est une loi irrégulière mais pas un acte constituant. Sauf si la catégorie dogmatique de constitution prévoit des critères qui pourraient englober cette loi spécifique, rien ne la distingue

le même titre, une seule est la Constitution de 1958. Sa valeur spécifique ne peut reposer sur son contenu puisque celui-ci peut être repris à l'identique par une autre feuille de papier. Il faut donc un référent extérieur : une catégorie dogmatique qui désigne les normes constitutionnelles. L'existence d'une norme prétendant être une constitution est forcément contestable[1] même si l'irrégularité d'une norme constitutionnelle ne produit aucun effet. La nécessité de l'identification constitutionnelle ne vient ni de la théorie de la formation du droit par degré, ni de la méthodologie élaborée dans le chapitre préliminaire, mais bien de la nécessité concrète de différencier une constitution et une feuille de papier[2].

Troisièmement, certains auteurs soutiennent que la question que nous posons est dépourvue de toute signification. En effet, l'existence d'une norme serait définie comme l'appartenance à un système juridique créée par une constitution. Il serait alors impossible de s'interroger sur l'existence de la constitution puisque la notion même d'existence n'a de sens que par rapport à la constitution[3]. Cette position peut être tenue dans le cadre d'une vision *a posteriori* reconstruisant dans l'abstrait un système cohérent. En revanche, dans la pratique, qui se place avant la reconstruction, l'identification constitutionnelle est inévitable pour séparer la feuille de papier de la constitution de manière à savoir laquelle des deux sera la référence à prendre pour évaluer l'existence des autres normes. Pour conclure, le rejet de ces trois arguments confirme le caractère inévitable de l'identification constitutionnelle et du rôle

---

d'une délibération du conseil municipal de Nancy revendiquant une qualité constitutionnelle. Or, personne n'a jamais prétendu que le fait que ce conseil soit doté d'une compétence juridique lui permet d'édicter des normes constitutionnelles. Au passage, l'intérêt de la séparation entre existence et régularité est confirmée : il faut bien pratiquer une qualification quelconque pour se rendre compte que l'acte du conseil est bien une délibération dont la régularité doit être appréciée en fonction du régime juridique de cette catégorie et non pas en fonction de celui de la loi de révision constitutionnelle qu'il prétend être. Notons que les professeurs Atienza et Ruiz Manero citent un exemple comparable en évoquant l'hypothèse d'une cour criminelle qui déclare la guerre à la Serbie en précisant qu'une telle décision n'est pas plus juridique qu'une déclaration de guerre par des étudiants (ATIENZA Manuel et RUIZ MANERO Juan, *op. cit.*, p. 49).

[1] Pour un avis apparemment contraire voir AUBY Jean-Marie et DRAGO Roland, *Traité de contentieux administratif*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1984, T. I, p. 139 (« il n'appartient évidemment pas au juge d'apprécier la validité d'une règle constitutionnelle ») et BEAUD Olivier, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 355 (« l'on ne peut pas en appeler de sa valeur juridique, de son existence de norme […] on ne peut pas critiquer la valeur juridique d'une constitution »). La position de ces deux auteurs peut toutefois s'expliquer par le fait qu'ils ne tiennent pas compte dans leurs raisonnements de l'opposition entre existence et régularité.

[2] Même les auteurs qui critiquent la réduction du droit à une série de normes identifiées selon des caractéristiques prédéterminées, reconnaissent qu'il subsiste une place inévitable pour ce type d'identification au côté de méthodes laissant plus de liberté au juge. Le professeur Dworkin admet ainsi que tous s'accordent sur « le genre de mots qui forment la Constitution en tant que texte de pré-interprétation (*L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994, p. 390) et limite sa critique des test de pedigree en affirmant que « il y a des règles spéciales constitutives et régulatives qui définissent ce qu'est un législatif et qui en fait partie et comment ce législatif vote » (*Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995, p. 178).

[3] Pour des exemples, voir GUASTINI Riccardo, « Sur la validité de la constitution du point de vue positiviste », *in* TROPER Michel et JAUME Lucien (dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Paris, LGDJ, 1994, p. 222 ; BULYGIN Eugenio, « An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law », *in* PAULSON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 312 ou SALMOND John et WILLIAMS Glanville, *Jurisprudence*, 10e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1947, p. 140. Cette attitude a permis à certains de déduire l'échec du positivisme de son incapacité à établir la juridicité de la constitution. En ce sens, voir CAMY Olivier, *Droit constitutionnel critique*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 36.

de la catégorie dogmatique de constitution[1]. Elle est présente en permanence implicitement, et peut-être même inconsciemment, dans la pratique juridique française. Elle n'est pas simplement utile pour les cas atypiques, comme nous l'avions déjà constaté, mais bien indispensable pour assurer le fonctionnement quotidien du système juridique français. Précisons ici que ce constat n'a pas d'implication quant à la forme extensive ou intensive de la catégorie ou quant à son mode de formation. Quoi qu'il en soit la règle d'usage du terme « constitution » existe en droit français. Certains travaux de la doctrine confortent d'ailleurs cette affirmation (2).

2. UNE NECESSITE CONFORTEE PAR CERTAINS DEVELOPPEMENTS DOCTRINAUX

Nous avons déjà souligné le relatif désintérêt pour l'identification de la constitution : il n'existe pas de démonstration générale sur ce thème dont l'autonomie et l'intérêt sont rarement perçus. Toutefois, il ne faut pas oublier que certaines études consacrées à des questions constitutionnelles spécifiques mènent la doctrine à des problématiques assez proches. Nous allons ici citer trois domaines, sur lesquels nous reviendrons, pour insister sur leurs relations avec le problème de l'identification constitutionnelle.

Tout d'abord, depuis la IIIe République, de nombreux auteurs se sont intéressés à l'existence de coutumes constitutionnelles[2]. Les fondements épistémologiques de leurs démarches ne sont pas toujours clairs mais ils entendaient isoler un ou plusieurs critères permettant la sélection de normes non-écrites dotées d'une valeur constitutionnelle dans le système juridique français[3]. Nous retrouvons ici la volonté de définir une catégorie dogmatique normative pour identifier des normes constitutionnelles. Ce type de travaux est resté fréquent sous la Ve République[4]. Bien évidemment, ils ne peuvent contribuer que marginalement à notre recherche puisqu'ils ne portent que sur les normes non-écrites qui représentent au mieux une partie des normes constitutionnelles françaises. En outre, ils tendent souvent à tomber dans les travers que nous avons déjà relevés en intégrant des éléments moraux et politiques[5].

---

[1] Il reste possible d'estimer que l'identification constitutionnelle repose sur les décisions arbitraires d'un juge. Toutefois, il s'agit là-encore d'une catégorie même très atypique.
[2] Voir par exemple RÉGLADE Marc, *La coutume en droit public interne*, Bordeaux, Imprimerie de l'Université, 1919, 303 p. ou CAPITANT René, « La coutume constitutionnelle », *RDP* 1979, p. 959-970.
[3] Pour un exemple, voir ROLLAND Louis, « La coutume constitutionnelle française », *Politique* 1927, p. 684.
[4] Là-encore, les exemples sont légion. Citons CHEVALLIER Jacques, « La coutume constitutionnelle en droit français », *RDP* 1970, p. 1375-1416 et LEVY Daniel, « De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction », *in Recueil d'études Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 81-90.
[5] L'article de Capitant présente ainsi une réflexion sur le caractère démocratique de la coutume (article précité, p. 969).

Ensuite, si le développement de la justice constitutionnelle a encouragé le déclin de la réflexion sur la coutume constitutionnelle, elle a conduit à l'émergence d'un nouveau débat portant sur les normes supra-constitutionnelles[1]. Là-encore, nous pouvons relever une logique d'identification : il s'agit de sélectionner un groupe de normes et de découvrir les critères susceptibles de permettre cette sélection. Ces normes ne seraient pas constitutionnelles mais supra-constitutionnelles, ce qui relativise l'intérêt de cette discussion de notre point de vue. Pourtant, elle confirme à la fois l'importance et la difficulté de l'identification des normes originaires en montrant que les pratiques établies et l'intuition ne peuvent pas toujours suffire. Nous retrouvons d'ailleurs encore une fois des préoccupations politiques ou morales tenant au caractère obligatoire desdites normes[2]. Par ailleurs, en cherchant à opposer les normes supra-constitutionnelles aux normes constitutionnelles, ces études décrivent souvent en creux certains critères appelés à caractériser la constitution.

Enfin, si le concept même d'identification constitutionnelle est négligé, la doctrine est amenée en permanence à la pratiquer sans proposer d'approche générale et systématique[3]. Ainsi, les auteurs qui évoquent la Constitution de 1958 ou de 1946 savent bien de quoi ils parlent et identifient ces normes constitutionnelles spécifiques sans avoir à proposer de définition théorique générale : c'est donc bien leur qualité dogmatique de constitution qui est mise en avant[4]. De même, à défaut de s'intéresser aux normes originaires, nous avons pu relever des références récurrentes à la catégorie des lois de révision constitutionnelle[5]. Encore une fois, cela montre une attention pour une catégorie dogmatique et non théorique de constitution. Mieux, les diverses transitions constitutionnelles récentes qu'a connu la France en 1940, 1945 et 1958 voire en 1962 permettent des réflexions sur des thèmes proches de l'identification constitutionnelle, même si, comme nous l'avons vu, elles penchent plutôt vers la régularité que vers l'existence. Par ailleurs, la théorisation d'un « bloc de constitutionnalité » passe également par l'élaboration d'une liste des normes invocables par le

[1] Voir par exemple MATHIEU Bertrand, « La supra-constitutionnalité existe-t-elle ? », *LPA* 1995, n°29, p. 12-17 ou RIALS Stéphane, « Supra-constitutionnalité et systématicité du droit », *APD* 1986, p. 57-76.

[2] Une fois de plus, leur compatibilité avec la démocratie constitue une interrogation récurrente. Voir ainsi VEDEL Georges, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs* n°67, p. 92.

[3] Notons toutefois qu'il arrive que certains auteurs s'interrogent sur l'identité des normes constitutionnelles françaises en général. Voir ainsi DUEZ Paul, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France. Comment il convient de poser la question », *in Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1908, p. 292

[4] Ainsi, pour clarifier la notion de constitution en droit français, le professeur Quermonne a pu se contenter de partir du texte de 1946 et d'en déterminer les contours (*L'évolution de la hiérarchie des actes juridiques en droit public français*, Thèse, Caen, 1952, p. 133).

[5] CONSTANTINESCO Vlad et PIERRÉ-CAPS Stéphane, *Droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, PUF, 2007, p. 453 ou LUCHAIRE François, « La loi constitutionnelle en question, commentaire de la décision du Conseil constitutionnel 469 DC du 26 mars 2003 », *in L'État et le droit d'Est en Ouest, Mélanges Michel Lesage*, Paris, SLC, 2006, p. 75-82.

juge[1], même si en ce domaine un critère de type réaliste est souvent préféré à la définition d'une catégorie dogmatique[2] et si le débat se limite généralement à des cas particuliers sans jamais mettre en question la valeur du texte de 1958. Pour terminer, quelques affaires spécifiques ont pu aussi poser des questions d'identification constitutionnelle. Nous pensons bien entendu à la décision du Conseil constitutionnel sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe mais aussi à l'arrêt Sarran qui repose sur la reconnaissance d'une qualité constitutionnelle à un décret[3]. Un panorama de l'étude du droit constitutionnel en France montre que l'attention portée à l'identification constitutionnelle n'est pas négligeable. Cependant, le point le plus important, celui du centre de la catégorie dogmatique, est le plus négligé. Le bilan est donc mitigé mais le fait que la doctrine s'oriente vers l'identification constitutionnelle quand elle est confrontée à des cas difficiles conforte les constats que nous avons faits sur l'incarnation historique et la nécessité logique de cette opération.

Pour conclure, l'originalité de la catégorie dogmatique de constitution ne peut être comprise qu'à travers sa fonction : celle d'identifier les normes qui ont valeur constitutionnelle dans le système juridique français et qui doivent de ce fait se voir appliquer un régime juridique spécifique. Les difficultés rencontrées dans la définition dogmatique de constitution masquent souvent sa nécessité logique absolue voire la font passer à tort pour une impossibilité totale. La démonstration de la possibilité et de l'utilité de cette définition dogmatique permet de saisir l'originalité et l'intérêt de notre recherche. En nous appuyant sur l'étude des propriétés de ce type de catégorie que nous avons réalisée dans le chapitre préliminaire, nous pouvons estimer qu'elle peut être exprimée sous la forme : « les *faits X* présentant les *caractéristiques Y* ont la nature juridique de constitution et doivent se voir appliquer le *régime juridique Z* ». Le régime juridique ne relève pas de la définition et ne devra donc pas être étudié ici. Reste alors à déterminer les critères qui caractérisent la catégorie en s'appuyant sur la norme qui les fixe directement ou indirectement. Néanmoins, l'explicitation de la structure de la catégorie dogmatique de constitution montre que son élucidation ne pourra être menée à bien sans passer par une interrogation préalable sur le type de faits concernés par cette catégorie. Au regard de l'opposition de principe entre faits et

[1] Pour des exemples, voir RIVERO Jean, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : une nouvelle catégorie juridique ? », *D.* 1972, p. 265-270 ou FAVOREU Louis et RENOUX Thierry, « Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs », *in Encyclopédie Dalloz – Contentieux administratif*, 1992, p. 9.
[2] Voir *infra*, p. 208.
[3] CE Ass., 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres, n°200286.

normes, la possibilité de considérer des faits comme des normes mérite une explication[1]. Il est sans doute difficile de savoir quels critères pourront permettre d'identifier les normes constitutionnelles si l'on ignore totalement quel type d'élément est qualifié. La particularité de l'identification tient d'ailleurs à la nature des faits qui sont concernés par cette opération. C'est pour cette raison qu'il est indispensable de clarifier ce point (Section 2) avant de pouvoir mener plus loin notre travail de définition.

SECTION 2 : LA THEORIE DE LA DOUBLE SIGNIFICATION

L'identification des normes est une forme de qualification. La particularité de l'objet qualifié rejaillit sur les conséquences de la qualification : la qualification d'un fait comme étant une norme entraîne l'existence ou la validité de cette norme alors que l'on emploie pas de telles expressions à propos d'un meurtre. La relation entre la qualification et la norme dépasse le rapport classique de fixation de la nature juridique décrite dans le chapitre préliminaire car les normes ne sont pas des faits matériels ordinaires. Cette spécificité n'est généralement pas gênante mais le devient quand l'identification de la constitution est en jeu car son caractère originaire fait douter de sa normativité et impose d'approfondir ce concept. Nous proposons de mener l'élucidation de la notion de norme nécessaire à celle de la définition dogmatique de constitution en nous basant sur la formule de Kelsen selon laquelle une norme est « la signification d'un acte de volonté »[2]. Elle est en effet intéressante car elle indique une relation particulière (la signification) entre la norme et un fait dont l'incarnation concrète est à première vue moins problématique (l'acte de volonté). Cette idée a d'ailleurs été reprise et développée par de nombreux auteurs[3] et ne connaît pas de véritable alternative. Pour autant, elle reste assez obscure en raison de la polysémie du terme « signification » chez Kelsen que nous avons relevée précédemment. La compréhension de la signification de l'énoncé dogmatique « X est une constitution » impose d'intégrer cette polysémie à la description de la norme comme signification d'un acte de volonté à travers la formulation

[1] Ross notait ainsi qu'il était difficile de savoir « à quels faits nous nous référons en énonçant l'existence d'une règle juridique » (« La validité et le conflit entre le positivisme juridique et le droit naturel », *in Introduction…*, précité, p. 152).

[2] Voir notamment KELSEN Hans, « Value Judgments in the Science of Law », *in What is Justice ? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley, University of California Press, 1957, 215 ; « On the Basis of Legal Validity », *American Journal of Jurisprudence* 1961, p. 180 ; « On the Pure Theory of Law », *Israel Law Review* 1966, p. 1 ; *Théorie pure du droit*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1999, p. 255 ou *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996, p. 217.

[3] Voir par exemple VIALA Alexandre, « La dualité du Sein et du Sollen pour mieux comprendre l'autorité de la chose interprétée », *RDP* 2001, p. 789 ; LAGHMANI Slim, « Suprématie de la constitution et transfert de souveraineté », *RCADC* 2000, p. 80 ; VIRALLY Michel, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 17 ou WEINBERGER Ota, « Logic and the Pure Theory of Law », *in* TUR Richard et TWINING Williams (dir.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon, 1986, p. 194.

d'une théorie de la double signification (I)[1] qui influence la définition de la constitution en permettant de la considérer comme un fait institutionnel (II).

I. LE PRINCIPE DE LA THEORIE DE LA DOUBLE SIGNIFICATION

La dualité du sens du terme « signification » chez Kelsen sera mise en relation avec la particularité des normes qui conduit à une combinaison des deux significations (A) qui gagne à être comprise à la lumière de la théorie des actes de langage (B).

A. La combinaison des deux significations

La prise en compte de la dualité de la signification permet de proposer une conception du rapport entre acte et norme comprenant quatre éléments (1) qui mène à des clarifications conceptuelles utiles à l'élucidation de la catégorie dogmatique de constitution (2).

1. LES RAPPORTS ENTRE ACTE ET NORME : D'UN SCHEMA BINAIRE A UN SCHEMA QUATERNAIRE

Nous l'avons vu, le terme « signification » est employé par Kelsen dans deux sens différents : il désigne aussi bien la signification langagière (S1) que la nature juridique (S2)[2] sans que l'opposition ne soit jamais vraiment explicitée[3]. Le deuxième sens semble progressivement abandonné au profit du premier dans les derniers travaux de Kelsen mais cette évolution n'est pas assumée[4]. La différence conceptuelle entre ces deux usages du terme

[1] Précisons immédiatement que nous entendons nous inspirer de l'idée exprimée par Kelsen et non pas expliquer ce qu'il a voulu dire. En effet, en l'analysant à la lumière de la dualité du sens du terme « signification » dans la théorie du droit nous arrivons à des conclusions incompatibles avec les présupposés de Kelsen. Il ne s'agit pas d'expliquer la pensée de Kelsen mais plutôt de s'en inspirer et de la confronter à d'autres approches de la norme.

[2] Notons que si nous avons initialement limité notre démonstration à l'usage du terme « signification » chez Kelsen, il n'est pas le seul auteur qui assimile nature juridique et signification. Pour un exemple, voir AARNIO Aulis, « On the Knowledge of Legal Facts through Norms », *in Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts. Festgabe für Kazimierz Opalek zum 75. Geburstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, p. 6.

[3] Le seul développement important consacré par Kelsen au sens du terme « signification » que nous avons pu relever concerne une toute autre question : celle de la distinction entre le sens et la référence (*Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996, p. 41). Il s'agit donc d'une interrogation purement langagière.

[4] Les exemples clairs d'énoncés dans lesquels le terme « signification » ne peut viser que la nature juridique sont récurrents dans l'œuvre de Kelsen mais singulièrement absents de la *Théorie générale des normes*. Mieux, la notion de signification rapportée à un acte normatif vise dans cet ouvrage à une « prescription » (p. 33), ce qui se rapporte clairement à la signification langagière sans que l'on retrouve l'idée selon laquelle l'acte aurait la signification d'une loi. Il serait alors tentant de lier la dualité de la signification aux premières périodes du travail de Kelsen en estimant qu'il a fini par adopter une approche réaliste manifestée par une ontologie expressive dans laquelle les normes « ne sont pas des significations, mais les produits de l'usage prescriptif du langage » (TROPER Michel, « Les théories volontaristes du droit : ontologie et théorie de la science du droit », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 53) ou de simples « actes de volonté » (TROPER Michel, « Kelsen, la théorie autopoïétique et les boucles étranges », *in* SFEZ Lucien et COUTLÉE Gilles (dir.), *Technologies et symboliques de la communication*, Grenoble, PUG, 1990, p. 358). Cependant, cette lecture néglige le fait que Kelsen continue à séparer la norme de l'acte de volonté jusque dans ses derniers travaux (*op. cit.*, p. 33). En outre, il persiste à évoquer une « signification objective » (*ibid.*, p. 35) qui d'après nous est indétachable du second usage du terme « signification » (voir *infra*, p. 130) ce qui relativise la rupture représentée par ses

« signification » repose sur le constat selon lequel tous les faits qualifiés ne sont pas langagiers et tous les faits langagiers n'ont pas de valeur juridique. Oublier cette dualité n'est pas très grave en général car le contexte permet souvent de dissiper l'ambiguïté[1] mais elle le devient quand une norme juridique est en jeu. En effet, le schéma construit par Kelsen laisse apparaître deux éléments, l'acte de volonté et la norme, reliés par une relation unique, la signification. Il est alors difficile de savoir de quelle signification il s'agit car l'acte de volonté a à la fois une signification langagière, puisqu'il formule une prescription, et une nature juridique précise, constitutionnelle dans le cas qui nous occupe. Ces deux sens sont nécessaires car si nous négligeons S1, nous ne pourrons comprendre dans quel sens il est possible de respecter une norme[2] et si nous négligeons S2, rien ne permettra de distinguer une norme juridique d'une autre prescription. La solution passe d'après nous par leur combinaison dans un schéma quaternaire : un acte matériel (a) doit être considéré à la fois comme une norme (b), c'est-à-dire qu'il doit signifier (S1) une prescription[3], et comme un acte normatif (c), c'est-à-dire un processus matériel concret[4] doté d'une nature juridique (S2) spécifique[5], pour pouvoir créer une norme juridique (d)[6]. Se limiter à l'un des sens du terme « signification » empêche de bien percevoir la complexité du rapport entre acte et norme. L'acte et la norme ne sont pas deux éléments matériellement distincts[7], mais deux aspects

travaux tardifs. Enfin, nous avons de grands doutes sur la possibilité d'étudier un « usage prescriptif du langage » sans tenir compte de la signification. Pour une critique de la distinction entre conceptions expressive et hylétique de l'existence des normes insistant sur l'aspect incontournable de la signification langagière, voir WEINBERGER Ota, « On the Meaning of Norm Sentences, Normative Inconsistency and Normative Entailment », *Rechtstheorie* 1984, p. 466.

[1] Il est ainsi facile de comprendre que c'est le premier sens qui est en cause lorsqu'est évoquée la signification d'une phrase et le second quand c'est la signification d'un meurtre.

[2] Pour un argument proche, voir GIZBERT-STUDNICKI Tomasz, « The Non-linguistic Concept of Norm and Ontology », *in Sprache, Perfomanz und Ontologie des Rechts*, précité, p. 426.

[3] Pour des exemples de cet usage de la signification de l'acte, voir DE BÉCHILLON Denys, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 166 ; GUASTINI Riccardo, « Production of Rules by Means of Rules », *Rechtstheorie* 1986, p. 296 et « Jugements de validité », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 460 ; PFERSMANN Otto, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC* 2002, p. 811 ; TROPER Michel, « L'interprétation constitutionnelle », *in* MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 22 ou WROBLZWSKI Jerzy, « The Problem of the Meaning of the Legal Norm », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 1964, p. 262.

[4] Le processus qui nous intéresse couvre toute la contrepartie matérielle de l'édiction de la norme et s'étend donc bien sûr à l'*instrumentum* mais aussi à l'ensemble de la procédure en combinant des actes préalablement qualifiés comme des votes ou des décisions d'organes habilités. Le sens que nous donnons au terme « acte » ne se limite donc pas au seul texte. Pour une définition proche, voir GUASTINI Riccardo, « Rules Validity and Statutory Construction », *in* PINTORE Ana et JORI Mario (dir.), *Law and Language. The Italian Analytical School*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1997, p. 233.

[5] Voir en ce sens WEINBERGER Ota, « Logic and the Pure Theory of Law », *in* TUR Richard et TWINING William (dir.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon, 1986, p. 197 ou VIRALLY Michel, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 17. Virally utilise même le terme de « signification » pour désigner cette nature juridique.

[6] Le professeur Guastini propose une vision des rapports entre acte et norme qui n'est pas très éloignée de la nôtre (article précité, p. 241) mais il néglige le rôle de la qualification en liant la validité de la norme au respect des normes supérieures dans un schéma kelsénien que notre théorie permet en partie d'éviter. En outre, ce manque d'intérêt pour la qualification introduit un certain flou dans sa notion d'acte normatif : il est difficile de savoir s'il s'agit d'un fait brut ou d'un fait qualifié.

[7] Même si sa démonstration a des bases légèrement différentes de la nôtre (voir *infra*, p. 126 et 129), le professeur Amselek semble finalement refuser la disjonction matérielle de l'acte et de la norme (« Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques », *in Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Paris, Dalloz, 2000, p. 65). En revanche, l'ambiguïté que nous avons notée dans les travaux du professeur Guastini ne permet pas de savoir s'il sépare matériellement l'acte et la norme.

d'un même acte matériel dont l'association est nécessaire pour qu'il puisse être vu comme exprimant une norme juridique[1].

Ce schéma quaternaire s'oppose à celui de Kelsen qui reste marqué par une dualité visible lorsqu'il assimile la signification de norme législative qu'aurait le fait que des hommes lèvent la main dans une salle à la signification de meurtre qu'a le fait de tuer quelqu'un[2]. Or, la réalisation d'une procédure législative a la nature juridique (S2) d'acte législatif et non de norme législative : c'est la prescription signifiée (S1) par cet acte matériel qui a la nature juridique (S2) de norme législative. L'assimilation entre la loi et le meurtre est donc trop rapide car elle fait oublier l'étape intermédiaire constituée par l'acte législatif[3] qu'il ne faut pas confondre avec l'acte matériel qui est une réalité non-qualifiée[4]. Le lien direct entre acte de volonté et norme doit être remplacé par une relation complexe entre acte matériel (acte de volonté pour Kelsen), acte normatif, norme et norme juridique. La relation obscure entre acte de volonté et norme cache les relations entre acte matériel et acte normatif d'une part et acte matériel et norme d'autre part. L'acte normatif est alors réintégré dans l'analyse dogmatique alors que Kelsen l'en avait exclu en l'assimilant à un simple acte matériel dépourvu de toute signification juridique[5]. Ce point est essentiel pour nous car il concerne toutes les créations volontaires de norme[6], ce qui est le cas de la constitution dans le système juridique français.

---

[1] Le grand intérêt du schéma quaternaire tient à la clarification des rapports entre acte et norme à l'opposé de la dichotomie contenu-contenant (BISCARETTI DI RUFFIA Paolo, « Les constitutions européennes, notions introductives », *in La constitution comme loi fondamentale dans les États d'Europe occidentale et les États socialistes*, Paris, LGDJ, 1966, p. 6) qui est certes pratique mais dont l'incarnation concrète est assez obscure. Plus largement elle rompt avec la tendance de la dogmatique à séparer l'acte et la norme en exposant leurs différences mais pas leurs relations qui sont résumées par l'idée selon laquelle l'acte crée la norme (voir par exemple CÔTÉ Pierre-André, « Le mot chien n'aboie pas : réflexions sur la matérialité de la loi », *in Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 282 ou POIRAT Florence, *Le traité, acte juridique international*, Leyde, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 13).

[2] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1999, p. 10. Notons que Kelsen n'emploie pas le terme de « norme législative » mais oppose un « acte » qui serait constitué par une série de faits matériels au « produit » de la procédure, la « loi ». Ces deux éléments seraient liés par un rapport de « signification » comparable à celui qui unit la provocation de « la mort d'un autre homme » et un « meurtre ». Nous retrouvons au passage chez Kelsen l'ambiguïté du thème de la création de la norme par l'acte car le rapport de signification entre la procédure législative et la loi, assimilée à la signification du meurtre, illustrerait la différence entre cette procédure et son « produit ». Le flou du terme « produit » ouvre la voie à un schéma binaire négligeant la différence entre acte et norme ou surtout réduisant l'acte à un fait brut.

[3] En ce sens, voir AMSELEK Paul, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1964, p. 115 ou « Réflexions critiques sur la conception kelsenienne de l'ordre juridique », *RDP* 1978, p. 11.

[4] Pour des exemples de confusion de ce genre, voir KELSEN Hans, « On the Basic Norm », *California Law Review* 1959, p. 107 ou « On the Basis of Legal Validity », *American Journal of Jurisprudence* 1981, p. 180. Si Kelsen sépare effectivement l'acte et la norme, c'est pour réduire l'acte à un acte purement matériel ce qui mène au schéma binaire que nous dénonçons et plus profondément à une approche ontologique dualiste (voir *infra*, p. 216).

[5] Cette idée promue par Kelsen (« Value Judgments… », précité, p. 215) a été largement reprise. Voir ainsi, DAHLMAN Christian, « The Trinity in Kelsen's Basic Norm Unravelled », *ARSP* 2004, p. 154 ; FAVOREU Louis *et alii*, *Droit constitutionnel*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 61 ou GUASTINI Riccardo, « Ought-sentences and the Juristic Description of Rules », *Ratio Juris* 1991, p. 309. Notons que l'exclusion de l'acte vient aussi parfois de sa confusion pure et simple avec la norme. Voir pour un exemple, KELSEN Hans, *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1997, p. 442 et pour une dénonciation de cette dérive, AMSELEK Paul, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », *in* AMSELEK Paul (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica, 1986, p. 43.

[6] La norme peut en effet faire l'objet d'une qualification directe quand elle est dépourvue de toute contrepartie matérielle effective, comme c'est le cas pour les principes généraux du droit. Les coutumes présentent aussi une particularité car si elles ont une contrepartie matérielle (pratique constante…), cette dernière n'a pas de signification langagière (S1).

La catégorie dogmatique de constitution peut alors être une catégorie d'actes ou de normes et le rapport entre la règle de qualification (catégorie dogmatique) et l'existence de la norme paraît plus complexe que ce qu'une première approche pouvait laisser penser. L'identification de la constitution évoquée jusqu'ici comme portant sur la norme constitutionnelle peut aussi porter sur l'acte constitutionnel ce qui influence les critères utilisables dans cette opération.

L'ambiguïté sur la dualité de signification est bien compréhensible car le discours du droit est marqué par une polysémie systématique[1] entre acte et norme : les termes « loi » ou « constitution » sont employés aussi bien pour désigner l'acte que la norme[2]. Cette polysémie systématique montre que le lien entre ces deux éléments n'est pas le fruit du hasard. Il n'empêche cependant pas une clarification conceptuelle éclairant le rapport entre les deux sens de cette polysémie puisqu'il s'agit plutôt d'une complémentarité que d'une juxtaposition[3]. Une polysémie systématique connue et maîtrisée, telle que l'usage du même mot pour désigner un animal et la viande de cet animal, est inoffensive. Il en va bien différemment ici puisque son occultation a des conséquences majeures sur la représentation du système juridique[4] et sur la définition des catégories dogmatiques normatives[5]. La mise en avant de cette polysémie participe à l'élucidation du terme « constitution » puisqu'il est directement touché par ce phénomène. Surtout, la dualité de la signification n'implique pas simplement une dualité de résultat (acte-norme) mais aussi une dualité de processus. S1 est déterminée par une interprétation[6] alors que c'est la qualification qui permet S2. Le passage de l'acte matériel à la norme juridique implique à la fois une interprétation et une qualification[7]. Il est certes possible d'assimiler les deux opérations en cause à une forme

---

[1] Sur cette notion, voir KLEIBER Georges, *Problèmes de sémantique*, Villeneuve d'Ascq, PU du Septentrion, 2001, p. 132.

[2] Pour des exemples, voir JACQUÉ Jean-Paul, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, LGDJ, 1972, p. 52 ; EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1983, vol. 2, p. 354 ou REUTER Paul, « Le traité international, acte et norme », *APD* 1987, p. 111.

[3] Notons tout de même que la disjonction est possible car il existe des normes sans actes (principes généraux du droit…) et des actes juridiques sans normes soit qu'ils ne signifient rien, soit qu'ils signifient autre chose qu'une norme (sur ces cas, voir DE BÉCHILLON, *op. cit.*, p. 276 ou GUASTINI Riccardo, « Interprétation et description des normes », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 96). Le schéma quaternaire est encore une fois utile puisque la pertinence juridique de la seconde éventualité est difficilement perceptible quand l'on confond acte et norme.

[4] En ce sens, voir notamment AMSELEK Paul, « Réflexions critiques… », précité, p. 13.

[5] À ce stade, une clarification sur le statut des termes employés peut s'avérer utile. Les notions d'actes normatifs et de normes juridiques sont des catégories de théorie juridique car les faits qui en relèvent sont sélectionnés sur la base d'un choix arbitraire de propriétés juridiques (prescription applicable et capacité à signifier une telle prescription) alors que celles de norme et d'acte matériel sont des catégories externes. Nous ne prétendons pas qu'il existe une catégorie dogmatique d'acte constitutionnel dans le système juridique français mais plus simplement que la catégorie dogmatique de constitution peut contenir soit des actes constitutionnels soit des normes constitutionnelles soit les deux. Nous affirmons en outre que ce type de description permet de mieux comprendre les énoncés du discours dogmatique et notamment celui qui nous intéresse, « X est une constitution », puisqu'il est doté alors de deux sens qu'il faut distinguer dans une perspective lexicale.

[6] En ce sens, voir par exemple GUASTINI Riccardo, « Production of rules… », précité, p. 296 ou WEINBERGER Ota, *Law, Institution and Legal Politics*, Dordrecht, Kluwer, 1991, p. 105.

[7] Le professeur Amselek est sans doute l'auteur qui insiste de la manière la plus nette sur la séparation entre ces deux opérations même s'il ne l'a pas exploité pour rendre compte de la production normative. Voir notamment « L'interprétation à tort et à travers », *in* AMSELEK Paul (dir.), *op. cit.*, p. 23 ou « Le rôle de la volonté… », précité, p. 40.

d'interprétation[1] mais cette présentation ne doit pas faire oublier qu'il s'agit dans le premier cas de l'interprétation d'un fait langagier par une méthode langagière pour dégager le sens d'un énoncé[2] et dans le second d'une interprétation au sens large d'un fait non-langagier à travers une règle juridique pour identifier sa nature juridique. L'opposition entre des processus langagiers et extra-langagiers est fondamentale puisqu'elle entraîne l'application de théories de la vérité variables[3]. Notons qu'ils sont tout de même largement interdépendants car la qualification d'un acte matériel repose souvent sur l'interprétation du fait langagier qui signifie (S1) la règle juridique de qualification. Néanmoins, même dans ce cas, l'objet de l'interprétation (S1) ne se confond pas avec celui de la qualification (S2) puisqu'il s'agit de l'acte signifiant la règle de qualification et non de l'acte matériel que l'on veut qualifier. L'énonciation interprétée n'est pas l'énonciation qualifiée. Pour prendre un exemple concret, si l'on veut qualifier un acte de loi de révision constitutionnelle, il faut préalablement interpréter l'article 89 de la Constitution. L'élément qualifié est la loi de révision alors que l'élément interprété est l'article 89. La loi qualifiée de loi de révision devra ensuite elle-même être interprétée pour permettre son application. L'apparition d'une norme constitutionnelle exige donc bien une interaction complexe entre interprétation (S1) et qualification (S2) qui incarne la particularité de l'identification normative. Le schéma quaternaire proposé favorise cette prise de conscience quand le schéma binaire de Kelsen incitait à se concentrer sur la relation entre le texte et la norme, en négligeant l'acte normatif, au risque de laisser penser que l'existence même de la norme dépend totalement et exclusivement d'une interprétation[4].

La prise en compte du rapport entre acte et norme permet de saisir le rôle de la qualification mais aussi son objet car elle porte aussi bien sur l'acte matériel que sur sa signification. Le plus souvent, la nature juridique de la norme est fonction des caractéristiques de l'acte. Le cas de la loi en droit français illustre parfaitement cette idée. C'est ce que l'on appelle une définition formelle de la loi. À l'inverse, nous pouvons imaginer que la nature juridique de la norme dépende uniquement des caractéristiques de la signification (S1) de l'acte. L'on dira alors qu'elle fait l'objet d'une définition matérielle. Dans ce cas, il faut

---

[1] Voir par exemple, GUASTINI Riccardo, « Interprétation et description des normes », précité, p. 90 ou SÈVE René, « L'institution juridique : imposition et interprétation », *RMM* 1990, p. 324.

[2] Pour des visions de cet ordre de l'interprétation, voir BULYGIN Eugenio, « Cognition and Interpretation of Law », *in* GIANFORMAGGIO Letizia et PAULSON Stanley (dir.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turin, Giappichelli, 1995, p. 34 ou FAVOREU *et alii*, *Droit constitutionnel*, précité, p. 91.

[3] Voir en ce sens, GIZBERT-STUDNICKI Tomasz, « How Many Theories of Truth are Needed in Jurisprudence ? », *in* MACCORMICK Neil (dir.), *Conditions of Validity and Cognition in Modern Legal Thought*, Stuttgart, F. Steiner, 1985, p. 156 ou MAZZARESE Tecla, « Norm Proposition : Epistemic and Semantic Queries », *Rechtstheorie* 1991, p. 59.

[4] Kelsen n'a toutefois jamais franchi ce pas. Il semble plutôt ne pas faire de lien entre l'idée selon laquelle la norme serait la signification d'un acte au sens S2 et la théorie de l'interprétation qu'il développe. Nous ne pouvons cependant y voir une rupture avec le schéma binaire puisque cette attitude n'est jamais explicitée ou *a fortiori* justifiée.

connaître S1 pour déterminer S2. Enfin, la nature juridique de la norme peut être déterminée par des critères qui portent à la fois sur l'acte matériel et sa signification (S1)[1] comme l'illustre, en droit français, le cas des autorités bénéficiant de la confusion des pouvoirs. La nature juridique de l'acte dépend alors en partie de la norme puisque la qualité d'acte législatif repose à la fois sur des critères tenant à l'acte matériel (formulation par l'autorité cumulant les pouvoirs) et à sa signification (appartenance au domaine législatif)[2]. Cela montre au passage que retenir l'opposition entre acte et norme n'implique en aucun cas des qualifications normatives purement formelles. Nous voyons alors que le schéma quaternaire n'est pas une ligne droite mais un losange dans lequel se tissent des relations entre tous les pôles[3].

Les distinctions que nous proposons ne sont évidemment pas totalement inédites. Avant toute chose, il s'agit de valoriser, dans l'étude de la production normative, la notion classique d'acte juridique trop souvent reléguée dans une « pièce obscure » de la « vaste demeure du droit »[4]. Elle revient sous une forme nouvelle car elle n'est plus une entité magique valant par elle-même indépendamment de toute règle juridique[5] mais un acte matériel qualifié par son rattachement à une catégorie donnée. D'ailleurs, même si elle est négligée lors de la réflexion sur la hiérarchie des normes et l'interprétation, la différence entre acte et norme est parfois relevée lors du traitement de cas spécifiques[6], voire dans des développements généraux[7], mais sans être mise en relation avec l'épineuse question de la signification et donc sans qu'il soit tiré profit de son apport à la compréhension du rapport entre ces deux éléments. L'opposition entre qualification et interprétation est elle aussi connue[8] tout en n'étant pas reliée à l'interrogation sur la validité des actes normatifs. En outre, des idées en partie proches des nôtres sont proposées par les professeurs Guastini[9], Mazzareze[1], Opalek[2], Amselek[3] et

---

[1] C'est bien la signification langagière (S1) qui est prise en compte à ce stade et non la nature juridique (S2) qui n'est pas encore connue. Le critère portant sur S1 contribue alors à la nature juridique (S2) de l'acte et de la norme.

[2] Pour des exemples, voir AUBY Jean-Marie et DRAGO Roland, *op. cit.*, p. 124-126.

[3] Le contentieux de l'annulation illustre la complexité de ces relations. Les cas d'illégalités internes tiennent à la norme (S1) mais peuvent avoir des conséquences sur la nature juridique de l'acte dans son entier en entraînant son annulation.

[4] COMBACAU Jean, « Ouverture : l'acte juridique », *Droits* n°7, p. 3.

[5] Cette idée issue du droit civil a été à juste titre combattue par Kelsen (en ce sens voir CAYLA Olivier, « La théorie de la signification de l'acte dans la pensée normativiste », *Droits* n°7, p. 59) ce qui explique peut-être sa réserve vis-à-vis de cette notion.

[6] Voir par exemple ROUHETTE Georges, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse, Paris, 1962, p. 347 ou HAGGENMACHER Peter, « Coutume », *APD* 1990, p. 27. Kelsen lui-même a relevé cette opposition à propos du contrat sans en tirer de conséquence par rapport au schéma binaire de la production normative. Voir ainsi « La théorie juridique de la convention », *in Écrits français de droit international*, Paris, PUF, 2001, p. 87.

[7] Nous pensons ici aux travaux de Charles Eisenmann et des professeurs De Béchillon et Jacqué auxquels nous avons déjà fait référence durant l'exposé de la théorie de la double signification.

[8] Voir par exemple SALMON Jean, « Quelques observations sur la qualification en droit international public », *in Mélanges Fernand Dehousse. Le progrès du droit des gens*, Paris, Nathan, 1979, p. 98.

[9] GUASTINI Riccardo, « Rules Validity and Statutory Construction », précité, p. 233 et 241 ; « Sollsätze. An Exercice in Hard Legal Positivism », *Rechtstheorie* 31, p. 193 (rôle de l'acte) ou « Réalisme et anti-réalisme dans la théorie de l'interprétation », *in Mélanges Paul Amselek*, précité, p. 441 (séparation de l'interprétation et de la validité). Nous avons déjà pu relever plusieurs éléments qui nous opposent à la position du professeur Guastini. Notons en outre qu'il adhère à une approche externe de l'étude du droit incompatible avec la nôtre.

Troper[4] sans jamais faire l'objet d'une systématisation complète. Toutefois, les confusions partielles[5] ou totales[6] restent la règle, qu'elles soient d'ailleurs volontaires ou non. L'intérêt de la théorie de la double signification tient finalement à la fois à l'opposition entre acte et norme et aux précisions apportées quant aux relations systématiques unissant ces éléments qui permettent d'envisager d'autres clarifications conceptuelles (2).

2. LES CLARIFICATIONS CONCEPTUELLES PERMISES PAR CETTE THEORIE

La théorie de la double signification permet de présenter sous un jour nouveau un concept central du normativisme kelsénien : la signification objective de norme. Kelsen oppose les significations subjective et objective de norme en affirmant que seule la seconde a une pertinence juridique[7]. Notre recherche porterait logiquement sur la signification objective de constitution. Mais de quelle signification s'agit-il ? La notion de signification subjective n'est pas très claire chez Kelsen[8]. Il est tentant de la rattacher à S2 : la signification subjective serait

---

[1] MAZZARESE Tecla, article précité, p. 40 ou « Cognition and Legal Decisions, Remarks on Bulygin's View », *in* GIANFORMAGGIO Letizia et PAULSON Stanley (dir.), *op. cit.*, p. 172. Le professeur Mazzarese insiste sur la différence entre validité et interprétation sans s'intéresser au rapport entre les différents éléments du processus de production normative.

[2] OPALEK Kazimierz, « Directives, Norms and Performatives », *in Selected Papers in Legal Philosophy*, Dordrecht, Kluwer, 1999, p. 332. Cet auteur insiste sur la nécessaire combinaison d'éléments langagiers et non-langagiers dans la production normative sans vraiment s'intéresser à la qualification.

[3] Voir notamment AMSELEK Paul, « L'acte juridique dans la pensée… », précité, p. 32. Si la séparation entre les aspects langagier et juridique de l'acte normateur est reconnue, ce dernier est détaché de toute qualification et réduit aux intentions de l'auteur de l'acte (« Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques », *RMM* 1990, p. 406 ; « Ontologie du droit et logique déontique », *RDP* 1992, p. 1009 et « Le rôle de la volonté… », précité, p. 51).

[4] Le professeur Troper a affirmé que Kelsen utilisait le terme « signification » à la fois à propos de l'interprétation et de l'obligation sans toutefois lier ce second point à la qualification ou proposer une réflexion systématique sur la relation entre l'acte, la norme et les deux significations (« The Fact and the Law », *in* NERHOT Patrick (dir.), *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Dordrecht, Kluwer, 1990, p. 27). Surtout, il a récemment reconnu qu'il existait une différence entre l'opération d'interprétation visant à préciser le sens d'un texte et celle qui porte sur sa valeur (« Une théorie réaliste de l'interprétation », *in La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 75 ; « La suprématie de la constitution », *in Utopies, entre droit et politique. Études en hommage à Claude Courvoisier*, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, 2005, p. 265 ou « L'interprétation… », précité, p. 22). Il a même semblé reconnaître que la détermination de la valeur d'une norme n'était pas vraiment une interprétation et pouvait être évaluée en termes de vérité (« Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC* 2002, p. 346). Cette prise de position est toutefois isolée et il est difficile de savoir si elle vise la valeur théorique ou dogmatique des normes.

[5] Le plus souvent l'idée selon laquelle la norme est la signification d'un acte est reprise sans noter l'ambiguïté de cette expression (voir par exemple OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, « Auto-organisation des systèmes juridiques et hiérarchie des normes », *in* SFEZ Lucien et COUTLÉE Gilles (dir.), *op. cit.*, p. 336). L'oubli de la dualité de la signification empêche de comprendre la production normative. Au contraire, sa prise en compte résout aisément le fameux problème relevé par le professeur Troper dans la théorie de Kelsen : « la norme est seulement une signification et elle n'existe comme signification qu'en raison et par son insertion dans un ordre, […] par sa relation avec une autre norme. L'ordre n'est qu'un ensemble de relations entre significations, qui ne sont pas significations de quelque chose […] cette idée est proprement incompréhensible [...] comment peut-il dire que cette signification lui est conférée par une norme supérieure, si cette norme est elle-même une signification ? Comment une signification pourrait-elle conférer une signification ? » (« Système juridique et État », *APD* 1986, p. 40).

[6] Voir par exemple LEBEN Charles, « Troper et Kelsen », *Droits* n°37, p. 19 (« les normes sont les significations […] qu'une certaine conduite doit avoir lieu » [S1] et que « si une norme est une signification, elle l'est uniquement […] du fait de sa relation à une autre norme supérieure qui lui confère sa signification » [S2]).

[7] Voir, parmi de nombreux exemples, KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1999, p. 11, 16 et 113.

[8] Cette obscurité explique pourquoi il est impossible de reprendre l'idée de « signification objective » sans mener une analyse plus poussée. Prétendre que « le concept de norme supérieure, donnant sa signification objective de norme à l'acte d'un parlement, est parfaitement suffisant à en rendre compte » (TUSSEAU Guillaume, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, p. 189) revient à oublier les ambiguïtés de Kelsen alors que leur étude révèle la richesse du rapport entre acte et norme.

alors la pré-qualification revendiquée par les autorités normatives qui entendent déterminer le statut juridique des normes produites. Elle serait subjective en tant qu'elle exprime le point de vue d'une autorité spécifique et non celui de l'ordre juridique[1]. Cette lecture peut se prévaloir d'une certaine cohérence avec des exemples pris par Kelsen[2] mais elle impose d'assimiler signification objective et qualification réelle. L'opposition entre significations objective et subjective correspond alors à la distinction proposée par Kelsen entre jugements de valeur objectif et subjectif[3], ce qui est étrange si nous tenons compte du fait que la notion de signification objective n'est utilisée qu'à propos des normes, suggérant ainsi une particularité de ces dernières. D'ailleurs, l'assimilation de la signification subjective de norme à la revendication d'appartenir à une catégorie dogmatique mène à la multiplication des actes qui n'ont ni signification objective ni signification subjective ou qui ont une signification objective sans jamais avoir eu de signification subjective, faute de revendiquer leur appartenance à une catégorie du discours du droit. De plus, au regard de la différence entre acte et norme, nous ne pouvons pas dire qu'un jugement de valeur objectif concluant à la qualité d'acte normatif pour un fait donné peut suffire à lui conférer une signification objective de norme s'il ne signifie (S1) pas une norme. La combinaison entre S1 et S2 semble donc encore nécessaire pour comprendre la notion de signification objective. La signification prescriptive (S1) d'un acte sera dite objective quand celui-ci a effectivement une nature juridique (S2) d'acte normatif, et subjective dans le cas contraire, c'est-à-dire quand il est une norme du point de vue langagier[4] mais pas une norme juridique. Du coup, la signification subjective de norme n'a plus de rapport avec la revendication d'une qualification précise car

---

Pour le professeur Tusseau, la notion d'acte juridique ne sert à rien car elle désigne soit « un acte empirique auquel une norme attache la signification de norme » soit « la signification normative d'un acte, c'est-à-dire une norme » (*ibid.*, p. 252) alors que pour nous elle vise les deux à la fois et c'est la compréhension de cette dualité qui conditionne celle de la production normative.

[1] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, précité, p. 11 ou *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996, p. 35.

[2] Nous pensons notamment au cas de la condamnation à mort prononcée par une organisation secrète qui a une signification subjective et non objective de condamnation (KELSEN Hans, « La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit », RMM 1934, p. 185 ou *Théorie pure du droit*, précité, p. 11). Une vision comparable de la signification subjective est proposée dans OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, article précité, p. 336 et SÈVE René, article précité, p. 329.

[3] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, précité, p. 28-30.

[4] Nous opposons les aspects langagier et juridique d'un acte plutôt que les points de vue de l'auteur et des tiers car ces points de vue divergents peuvent porter sur le langage ou sur le droit. Voir pour un avis contraire CAYLA Olivier, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », *in Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, Paris, LGDJ, 1999, p. 109. L'aspect langagier est également important pour différencier l'intention de communiquer l'intention que quelqu'un fasse quelque chose, qui est nécessaire à l'acte prescriptif (ANSCOMBRE Jean-Claude, « Voulez-vous dériver avec moi ? », *Communications* n°32, p. 66) et l'intention que quelqu'un fasse quelque chose, qui ne l'est pas (BACH Kent et HARNISH Robert, « How Performatives Really Work : a Reply to Searle », *Linguistics and Philosophy* 1992, p. 96 ou SEARLE John, *L'intentionnalité. Essai de philosophie des états mentaux*, Paris, Les Éditions de minuit, 1983, p. 203). Kelsen confond aussi ces deux éléments en négligeant la dimension langagière de l'acte normatif quand il isole les actes normateurs en les décrivant comme des actes « qui, selon l'intention de leurs auteurs, visent à provoquer une conduite d'autrui » (*Théorie pure du droit*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1999, p. 13).

la revendication de normativité langagière par l'auteur de l'acte[1] n'implique pas nécessairement la prétention à rattacher son acte à une catégorie dogmatique quelconque[2] et encore moins à une catégorie dogmatique d'un système juridique donné[3]. Au final, dans la signification objective, la signification se rapporte à une qualité langagière (S1) alors que l'objectivité tient à une qualité juridique (S2). Cette présentation confirme la complémentarité entre les deux significations dissimulée par les ambiguïtés de l'usage de ce terme chez Kelsen. Quand les deux sens sont confondus, il est impossible de séparer la revendication d'appartenir à une catégorie juridique (S2 subjective) de la normativité langagière (S1 subjective). Dans notre schéma, les significations objective et subjective ne sont pas des sous-catégories de la signification en général mais seulement de la signification langagière (S1). Cet acquis est fondamental, car sans lui il existe un fort risque de réduire l'opération d'identification normative à une pratique interprétative[4]. En adhérant à une telle lecture, les tenants de la conception volitive de l'interprétation vont considérer la signification subjective comme la signification langagière (S1) voulue par l'auteur de l'acte et la signification objective comme celle fixée par l'autorité chargée de l'application du droit[5]. Les problèmes tenant à la théorie de l'interprétation masquent alors la détermination de la valeur juridique des actes normatifs, qui ne dépend pourtant pas en général de leur signification (S1). Notons que la séparation

---

[1] La revendication langagière est sans doute aussi importante que sa revendication juridique car la possibilité d'être reconnue comme prescription en dépend le plus souvent. En ce sens, voir RÉCANATI François, *Les énoncés performatifs*, Paris, Les Éditions de minuit, 1981, p. 42.

[2] Un acte a une signification objective de norme s'il signifie (S1) une norme et peut faire l'objet d'un jugement de valeur objectif confirmant sa nature juridique (S2) d'acte normatif. En revanche, un acte a une signification subjective de norme si l'aspect langagier (S1) est présent, sans qu'il ait besoin de faire l'objet d'un jugement de valeur subjectif sur sa valeur extra-langagière. Il est tout à fait possible de présenter une prétention sur le comportement souhaitable d'autrui sans pour autant affirmer la validité de cette prétention de manière absolue ou par rapport à un système normatif quelconque (pour une position proche, voir SEARLE John, « Response : Meaning, Intentionality and Speech Acts », *in* LEPORE Ernest et VAN GULICK Robert (dir.), *John Searle and his Critics*, Oxford, Blackwell, 1993, p. 99). La notion de signification subjective de norme ne dépend donc pas de celle de jugement de valeur subjectif. Cette lecture est tout à fait compatible avec certaines positions adoptées par Kelsen. Il a ainsi assimilé le sens subjectif de l'acte à « la signification qu'il prétend avoir, à savoir que des individus doivent se comporter d'une certaine manière » en n'introduisant le rapport à une autre norme qu'à propos de la signification objective (« Contribution à la théorie du traité international », *in Écrits de droit international*, Paris, PUF, 2001, p. 122). En ce sens, voir aussi « Justice et droit naturel », *in Le droit naturel*, Paris, PUF, 1959, p. 6. Voir pour une analyse proche, PFERSMANN Otto, « De la justice constitutionnelle à la justice internationale : Hans Kelsen et la seconde guerre mondiale », *RFDC* 1993, p. 765.

[3] Cette différence est manifestement oubliée par Kelsen quand il traite de la même manière la tentative de créer un testament qui échoue en raison d'un vice de forme et la condamnation à mort prononcée par l'organisation secrète (*Théorie pure du droit*, précité, p. 11). Le premier cas illustre l'échec d'une volonté d'édicter un acte entrant dans une catégorie dogmatique donnée et le second la réalisation d'un acte qui n'a jamais prétendu à avoir une valeur juridique quelconque dans l'ordre juridique de l'État. Seul le premier cas est doté d'une valeur juridique « subjective » (première lecture de la signification subjective que nous avons rejetée) alors que les deux ont une signification subjective dans le sens que nous retenons. Pour une dénonciation de cette assimilation trop rapide, voir aussi SÈVE René, article précité, p. 329.

[4] Pour des exemples, voir BEYLEVELD Deryck et BROWNSWORD Roger, « Methodological Syncretism in Kelsen's Pure Theory of Law », *in* PAULSON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *op. cit.*, p. 117 ; DE BÉCHILLON Denys, « Réflexions critiques », *RRJ* 1994, p. 250 et TROPER Michel, « Nécessité fait loi. Réflexions sur la coutume constitutionnelle », *in Mélanges offerts au Professeur Charlier*, Paris, Éd. de l'université et de l'enseignement moderne, Paris, 1981, p. 319 ou « Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen », *in* BOURETZ Pierre (dir.), *La force du droit*, Paris, Esprit, 1991, p. 128.

[5] Voir par exemple TROPER Michel, « The Fact and the Law », précité, p. 27 ou « Une théorie réaliste... », précité, p. 77.

entre ces deux éléments n'implique pas une conception cognitive de l'interprétation puisque relier l'objectivité à l'état du système juridique n'impose nullement de s'engager sur la manière dont cet état est déterminé. Il nous semble intéressant d'établir la différence entre significations objective et subjective en laissant de côté les questions propres à la détermination de S1[1]. D'ailleurs, la dualité entre approches cognitive et volitive peut être reproduite au niveau de la qualification[2]. La séparation reste essentielle puisque les arguments à employer dans ce débat ne seront pas les mêmes que ceux portant sur l'interprétation : il ne s'agira plus de savoir comment est déterminé le sens d'un texte mais comment un fait est classé dans une catégorie. Ces différents éléments soulignent que l'opposition des deux significations ne se confond pas avec celle des différentes théories de l'interprétation. Quoi qu'il en soit, avoir la signification objective de norme constitutionnelle passe par la combinaison entre une signification langagière (S1) de norme et une nature juridique (S2) de constitution.

La théorie de la double signification permet également d'éclairer le concept de source du droit. Une catégorie dogmatique se présente comme le champ d'application matériel d'une série de règles. L'applicabilité de ces règles dépend des critères qui forment la définition de la catégorie. Cette définition équivaut aux critères d'identification des normes dans le cas des catégories dogmatiques normatives. La théorie de la double signification permet de considérer cette règle d'identification comme la règle permettant de déterminer la nature juridique (S2) d'une série d'actes matériels. La catégorie dogmatique de constitution n'est donc que la reformulation de la règle d'identification d'une classe d'actes normatifs. Elle est la règle permettant de passer de l'acte matériel à l'acte normatif mais pas de l'acte matériel à la norme. Elle correspond le plus souvent à la vérification du respect des règles d'édiction mais aucune nécessité logique ne relie les normes d'identification aux normes de compétences[3]. Le concept de source du droit peut alors être assimilé à celui de catégorie d'acte normatif ou de norme sans souffrir du caractère métaphysique qui lui est souvent reproché[4]. Il peut s'agir

[1] Ainsi, certains auteurs adhèrent à une conception volitive de l'interprétation tout en reconnaissant dans une certaine mesure la différence entre interprétation et qualification. Voir GUASTINI Riccardo, « Rules Validity… », précité, p. 236 ou

[2] En ce sens, voir LEBEN Charles, « Le principe d'égalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 221. Nous visons ici spécifiquement l'opération de concrétisation, autrement dit le syllogisme de qualification en laissant de côté la question de la détermination de la majeure, qui dépend de l'interprétation de la norme signifiant la majeure.

[3] Pour un avis contraire, voir KLEIN Claude, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, 1996, p. 192 ou WHEARE Kenneth Clinton, *Modern Constitutions*, Oxford, OUP, 1966, p. 52.

[4] Sur ce caractère métaphysique, voir AMSELEK Paul, « Brèves réflexions sur la notion de sources du droit », *APD* 1982, p. 252 ou HABA Enrique, « Logique et idéologie dans la théorie des sources », *APD* 1982, p. 244. Sur la grande diversité des usages de ce terme, voir KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, précité, p. 234.

d'une catégorie théorique ou d'une catégorie dogmatique[1] selon qu'elle se fonde sur une décision théorique ou une règle d'identification[2]. La dichotomie entre dogmatique et théorie prend un relief particulier pour les catégories normatives car le double sens des sources du droit est rarement perçu alors qu'il a des conséquences fondamentales sur l'existence même des normes. Le sens du terme « source du droit » qui nous intéresse dans la première partie vise une catégorie d'actes ou de normes définie par une ou plusieurs règles d'identification conférant à certains faits une nature juridique particulière. Il est donc culturellement inscrit alors que la doctrine tente le plus souvent de dégager une typologie universelle des sources du droit[3]. Cette définition de la notion de source du droit est la seule adaptée à notre démarche. Nous franchissons ici une nouvelle étape dans la clarification de l'objet de notre recherche : la définition dogmatique de constitution détermine une source du droit particulière entendue comme catégorie d'actes ou de normes dont l'unité est réalisée par une règle d'identification constitutionnelle. Cette élucidation peut encore être poussée plus loin en s'appuyant sur la théorie des actes de langage qui est apte à rendre compte du droit comme un fait social (B).

B. Théorie de la double signification et théorie des actes de langage ou la constitution comme acte de langage

Si la théorie de la double signification permet de séparer, l'acte matériel, l'acte normatif, la norme et la norme juridique, la teneur exacte de ces réalités appelle des précisions. Le recours à la théorie des actes de langage permettra d'éclairer le schéma quaternaire tracé par la théorie de la double signification (1) à condition de justifier son application au domaine juridique (2).

---

[1] Pour des exemples de typologie théorique, voir BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, 4e éd., Paris, PUF, 2003, p. 55 ; BOBBIO Norberto, « Kelsen et les sources du droit », *APD* 1982, p. 136 ; FAVOREU *et alii*, *Droit constitutionnel*, précité, p. 143. Pour des cas d'utilisation du terme « source » comme visant une série de catégories dogmatiques, voir BOBBIO Norberto, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », *in Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, p. 167 ou DAILLER Patrick et PELLET Alain, *Droit international public*, 7e éd., Paris, LGDJ, 2002, p. 114.

[2] Cette différence est fondamentale car les sources du droit au sens théorique sont des catégories de normes juridiques préalablement identifiées alors que les sources du droit au sens dogmatique sont des catégories de faits (actes matériels ou signification de ces actes). Ces faits sont des normes juridiques parce qu'ils relèvent de la catégorie dogmatique en question et les critères de la catégorie les opposent à d'autres faits et non à d'autres normes. La catégorie théorie de constitution est donc une sous-catégorie de normes quand la catégorie dogmatique est une sous-catégorie de faits, ce qui a évidemment des conséquences sur les critères utilisés pour les définir.

[3] Il s'agit d'une confusion très répandue entre catégories théorique et dogmatique qui est illustrée par l'affirmation selon laquelle « l'identification […] et la hiérarchisation des sources du droit relèvent des missions de la doctrine » (DEUMIER Pascal et REVET Thierry, « Sources du droit – Problématique générale », *in* RIALS Stéphane et ALLAND Denis (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1431).

1. L'APPORT DE LA THEORIE DES ACTES DE LANGAGE A LA THEORIE DE LA DOUBLE SIGNIFICATION

La théorie des actes de langage se place dans l'approche pragmatique du langage que nous avons déjà utilisée. Elle repose sur l'idée selon laquelle l'élément de base de la communication n'est pas le mot ou l'énoncé mais l'acte de langage, c'est-à-dire l'utilisation d'un énoncé, ce qui impose de tenir compte des relations entre les mots et leurs usagers et pas seulement de la sémantique et de la syntaxe[1]. Surtout, elle affirme que le langage a plusieurs fonctions et ne se limite donc pas à décrire la réalité. Son origine est ancienne[2] mais elle n'a été systématisée qu'après la seconde guerre mondiale. Sa formulation la plus influente a été proposée par John Austin. Il présente d'abord une opposition entre énoncés descriptifs (« constatif ») et énoncés qui « font » quelque chose mais ne décrivent rien (« performatif ») dont la promesse constitue le meilleur exemple[3]. Il rejette ensuite cette dichotomie en estimant que tous les actes de langage « font » quelque chose[4] et qu'ils combinent tous trois dimensions : locutoire (ce que l'on dit), illocutoire (ce que l'on fait en le disant) et perlocutoire (ce qu'on fait par le fait de le dire)[5]. Ce schéma a été développé et formalisé par Searle qui estime que tous les actes de langage se construisent par le rapport entre une proposition (p) et une force (F) noté F(p)[6]. La distinction entre dimension locutoire et

---

[1] En ce sens, voir notamment BRACOPS Martine, *Introduction à la pragmatique*, Bruxelles, De Boeck, 2006, p. 13 ou MEY Jacob, *Pragmatics. An Introduction*, 2e éd., Oxford, Blackwell, 2001, p. 6 et 94.

[2] Voir BARRY Smith, « Towards a History of Speech Act Theory », *in* BURKHARDT Armin (dir.), *Speech Acts, Meaning and Intentions. Critical Approaches to the Philosophy of John R. Searle*, Berlin, New York, De Gruyter, 1990, p. 29-61.

[3] AUSTIN John Langshaw, *Quand dire c'est faire*, Paris, Seuil, 1970, p. 41.

[4] La théorie des performatifs est donc considérée de manière presque unanime comme abandonnée (FORGUSON Lynd, « In Pursuit of Performatives », *in* FANN K.T. (dir.), *Symposium on J.L. Austin*, Londres, Routlege & Kegan Paul, 1969, p. 418) ou plus précisément incluse dans la théorie des actes illocutoires : le performatif serait un acte illocutoire spécifique formulé par un énoncé à la première personne utilisant un opérateur spécifique à l'indicatif (FURBERG Mats, *Saying and Meaning. A Main Theme in J.L. Austin's Philosophy*, Oxford, Blackwell, 1971, p. 193 ; SEARLE John, « How Performatives Work », *in* VANDERVEKEN Daniel et KUBO Susumu (dir.), *Essays in Speech Act Theory*, Amsterdam, Philadelphie, John Benjamins, 2002, p. 87 ou RABOSSI Eduardo, « Meaning Force and Explicit Performatives », *in* GARCIA Jorge, RABOSSI Eduardo, VILLANUEVA Enrique et DASCAL Marcelo (dir.), *Philosophical Analysis in Latin America*, Dordrecht, D. Reidel, 1984, p. 152). De forts débats demeurent notamment sur la possibilité d'apprécier un énoncé performatif en termes de véracité (voir par exemple RÉCANATI François, « Some Remarks on Explicit Performatives, Indirect Speech Act, Locutionary Meaning and Truth Value », *in* SEARLE John, KIEFER Ferenc et BIERWISCH Manfred (dir.), *Speech Act Theory and Pragmatics*, Dordrecht, D. Reidel, 1980, p. 205) mais ils sortent du champ de notre étude car si le terme « performatif » est encore employé par des juristes (voir ainsi OPALEK Kazimierz, article précité, p. 323 ou DAVID Eric, « Le performatif dans l'énonciation et le fondement du droit international, *in Mélanges Charles Chaumont*, Paris, Pédone, 1984, p. 241), cela semble plutôt venir d'une imprécision que d'une volonté délibérée de faire revivre la théorie reniée par Austin.

[5] AUSTIN John Langshaw, *op. cit.*, p. 107. La différence entre ces trois aspects est souvent considérée comme obscure. Austin précise tout de même qu'elle oppose la production d'une phrase dotée d'une signification (« il m'a dit 'tire sur elle' ») à la valeur conventionnelle de l'énonciation (« il me pressa de tirer sur elle ») et à la provocation d'un effet par le fait de dire quelque chose (« il me persuada de tirer sur elle »). Pour des détails voir *ibid.*, p. 114-122.

[6] SEARLE John, *Les actes de langage. Essai de philosophie du langage*, Paris, Hermann, 1972, p. 69 ou SEARLE John et VANDERVEKEN Daniel, *Fondations of Illocutionary Logic*, Cambridge, CUP, 1985, p. 8. Pour une critique de cette présentation, basée sur une lecture originale d'Austin, voir LAUGIER Sandra, « Acte de langage ou pragmatique ? », *RMM* 2004, p. 287. Ce dernier article semble toutefois accuser Searle de réduire l'importance de la force dans les actes de langage en en faisant un ajout secondaire à une proposition originelle, ce qui n'a jamais été affirmé ou sous-entendu par Searle. La force et le contenu propositionnel sont décrits par Searle comme des composants non-hiérarchisés des actes de langage. L'écart avec Searle tient en fait au rejet de l'idée très répandue selon laquelle un acte de langage serait avant tout l'expression

illocutoire et remplacée par celle de la proposition et de la force[1]. Pour prendre un exemple, une proposition unique type « Jean ferme la porte » peut servir de base pour un ordre, une question, un engagement ou une assertion selon la force qui lui est appliquée. Le fonctionnement des actes de langage revient à appliquer un état intentionnel à un contenu propositionnel[2]. La particularité de ces actes tient alors au fait qu'ils sont réalisés avec la volonté de transmettre un état intentionnel sur un état de fait donné[3] en passant par le langage[4]. Outre cette description statique, la théorie des actes du langage possède un aspect dynamique orienté vers la compréhension des conditions de la réussite d'un acte. La réussite d'un acte de langage, c'est-à-dire l'obtention de la force recherchée[5], dépend d'une série de conditions[6]. Certaines tiennent à la proposition elle-même alors que d'autres concernent la force, qu'elles dépendent d'éléments langagiers ou du contexte extra-langagier[7].

---

ou la manifestation publique d'une certaine intention (LAUGIER Sandra, « Performativité, normativité et droit », *Archives de Philosophie* 2004, p. 617).

[1] Les intérêts de cette mutation, au-delà de la clarté de l'explication proposée, tiennent à la capacité de rendre compte des performatifs explicites dans lesquels la dimension locutoire semblerait remplacer la dimension illocutoire puisque la force de l'énonciation est explicitement précisée, sans confondre cette distinction avec celle opposant acte réussi et raté. Pour des détails sur ce point, voir SEARLE John, « Austin on Locutionary and Illocutionary Acts », *in Essays on J.L. Austin*, Oxford, Clarendon, 1973, p. 144 ou STRAWSON P.F., « Austin on Locutionary Meaning », *ibid.*, p. 61.

[2] Cette intention particulière implique avant tout sur une certaine direction d'ajustement entre le mot et le monde. Ainsi une assertion est satisfaite si les mots s'adaptent au monde quand une promesse ou une prescription sont satisfaites si le monde s'adapte aux mots. Voir en ce sens, SEARLE John, « Response : Meaning, Intentionality and Speech Acts », précité, p. 82.

[3] De manière plus concrète, cela revient par exemple à vouloir faire comprendre (volonté) que l'on souhaite que Jean ferme la porte (intention) ce qui ne se confond pas avec la description de ce souhait. Notons au passage que l'intentionnalité désigne ici tout état mental portant sur un état de chose et non pas la volonté au sens classique du terme (SEARLE John, *L'intentionnalité. Essai de philosophie des états mentaux*, Paris, Les Éditions de minuit, 1983, p. 15).

[4] Cette présentation particulière est liée à la dimension mentaliste du travail de Searle (CLÉMENT Fabrice et KAUFMANN Laurence, *Le monde selon John Searle*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2005, p. 26) mais sa fragilité éventuelle ne nous dérange pas vraiment car nos développements ne dépendent pas directement du statut ontologique des intentions ce qui implique que la théorie des actes de langage adoptée n'est pas intrinsèquement mentaliste (pour une critique de Searle ne touchant pas notre présentation, voir TSOHATZIDIS Savas, « The Gap Between Speech Acts and Mental States », *in* TSOHATZIDIS Savas (dir.), *Foundations of Speech Act Theory. Philosophical and Linguistic Perspectives*, Londres, Routledge, 1994, p. 220-233). En outre, le grand rôle des conventions dans notre vision montre bien qu'il ne faut pas oublier que le rôle donné à l'expression des intentions ne doit pas être confondu avec la présence des intentions elles-mêmes : asserter revient à s'engager sur la vérité de ce qu'on avance ou de manifester une croyance à ce propos mais pas à avoir la croyance en question (en ce sens, voir ALSTON William, « Illocutionary Acts and Linguistic Meaning », *ibid.*, p. 40 et 46).

[5] Il est utile de préciser la notion de réussite qui est essentielle pour la suite de nos développements : un acte prescriptif est réussi si le locuteur parvient à donner un ordre (réussite) et non si le destinataire obéit à l'ordre (satisfaction). Chaque acte de langage passe donc par deux jeux de conditions distincts et complémentaires qui dépendent de l'état intentionnel évoqué et noté F(p). La validité d'un ordre se classe parmi les conditions de réussite quand la vérité d'une assertion est sa condition de satisfaction. En ce sens, voir RÉCANATI François, *op. cit.*, p. 194 et « Le développement de la pragmatique », *Langue française* n°42, p. 13 ; CRUSE Alan, *Meaning in Language*, 2e éd., Oxford, OUP, 2004, p. 26 ; ANSCOMBRE Jean-Claude, article précité, p. 68 ou VANDERVEKEN Daniel, *Les actes de discours*, Bruxelles, Pierre Mardaga, 1988, p. 33-34 et *Meaning and Speech Acts*, Cambridge, CUP, 1991, T. I, p. 27.

[6] AUSTIN John Langshaw, *op. cit.*, p. 50-58 ; CRUSE Alan, *op. cit.*, p. 357 ; SEARLE John et VANDERVEKEN Daniel, *op. cit.*, p. 22 ou KERBRAT-ORECCHIONI Catherine, *Les actes de langage dans le discours*, Paris, Nathan, 2001, p. 19.

[7] Citons ainsi par exemple le fait que la proposition ait une référence dans le monde réel (premier cas), la présence de certains marqueurs langagiers spécifiques type « je promets » (deuxième cas) ou la détention d'une position d'autorité (troisième cas). De multiples typologies des conditions de réussite existent. Pour un exemple assez complet, voir VANDERVEKEN Daniel, « On the Unification of Speech Act Theory and Formal Semantic », *in* COHEN Philip, MORGAN Jerry et POLLACK Martha (dir.), *Intentions in Communication*, Cambridge, MIT Press, 1990, p. 200.

Le concept de signification langagière de l'acte est éclairci par cette théorie du langage : il désigne deux éléments, c'est-à-dire la force (F) et le contenu propositionnel (p)[1]. La fixation de F et p passe par une combinaison complexe entre intention et convention[2]. Une norme, au sens S1, est simplement l'application d'une force particulière, de type prescriptif, à un contenu propositionnel quelconque[3]. Le caractère purement langagier de S1 est alors bien établi[4] ce qui confirme qu'il est impossible de réduire totalement la signification à une question d'ordre juridique. La normativité est une propriété langagière[5] indépendante du droit puisqu'elle peut s'exprimer dans un acte de langage sans valeur juridique (S2). La validité juridique n'est pas directement liée à la normativité[6]. Cette dimension langagière permet aussi d'expliquer le rapport entre l'acte matériel et sa signification : S1 n'est pas dégagée sur la base du texte[7] mais bien de l'ensemble de la procédure d'édiction qui correspond à l'énonciation ou à l'acte de langage pris dans son entier[8] car S1 dépend d'une série d'éléments qui dépasse largement le texte adopté dans le cadre de cette procédure[9]. Le texte fait partie de l'acte d'énonciation au même titre que le reste de la procédure puisque S1 est déterminée par

[1] Pour être plus précis, la signification langagière comprend un contenu propositionnel (p) et détermine une partie de la force car celle-ci dépend à la fois d'éléments langagiers contenus dans S1 et d'éléments extra-langagiers qui dépassent la seule S1. Quoi qu'il en soit, la signification ne se limite pas à un contenu propositionnel.

[2] Notons que nous n'entendons pas nous engager sur ce point au-delà de l'affirmation d'une complémentarité de ces deux éléments. La place exacte de chacun d'eux ne nous intéresse pas car nous n'avons qu'un intérêt modéré pour S1 (voir *infra*, p. 152 et s.). Admettre que S1 est principalement intentionnelle ne remet pas en cause la dimension conventionnelle de S2 qui est la seule à nous intéresser. Pour des détails sur les rapports entre intention et convention, voir SADOCK Jerrold, « Speech Acts », *in* HORN Laurence et WARD Gregory (dir.), *The Handbook of Pragmatics*, Oxford, Blackwell, 2004, p. 53-73 ou SEARLE John, *Mind, Language and Society*, Londres, Weidenfeld & Nicolson, 1999, p. 140.

[3] Cette force se caractérise avant tout par la communication de l'intention que quelqu'un fasse quelque chose avec une certaine intensité (VANDERVEKEN Daniel, article précité, p. 201). Cette vision de la prescription s'oppose à la tendance répandue à lier l'existence même de la prescription ou de la norme (signification subjective) à celle d'une sanction (voir par exemple AUSTIN John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, CUP, 1995, p. 20 ou CAYLA Olivier, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », précité, p. 109) : la présence d'une prescription dépend uniquement d'éléments langagiers sans que la présence éventuelle d'une sanction ne puisse avoir une quelconque importance.

[4] Précisons bien que l'affirmation de la dimension langagière de S1 ne revient en aucun cas à la réduire au sens littéral des énoncés juridiques. En ce sens, voir AMSELEK Paul, « Le locutoire et l'illocutoire… », précité, p. 391 et VANDERVEKEN Daniel, *Les actes de discours*, Bruxelles, Pierre Mardaga, 1988, p. 73.

[5] En ce sens, voir ROSS Alf, *Directives and Norms*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1968, p. 101 ou KELSEN Hans, « The Fondation of the Theory of Natural Law », *in Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht, D. Reidel, 1973, p. 115 et pour un avis contraire ROUSSEAU Dominique, « Propositions pour construire la pensée du droit dérobé », *in* ROUSSEAU Dominique (dir.), *Le droit dérobé*, Paris, Montchrestien, 2007, p. 12

[6] Il est donc possible d'envisager une variation dans la signification langagière des actes juridiques par exemple pour préférer des conseils voire des déclarations aux ordres. Pour une analyse comparable, voir AMSELEK Paul, « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1996, p. 118 ou DE BÉCHILLON Denys, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 279

[7] Pour un avis contraire, voir POIRAT Florence, *op. cit.*, p. 18 ; ROUSSEAU Dominique, « Questions de constitution », *Rev. adm.* n°280, p. 370 ou TROPER Michel, « L'interprétation constitutionnelle », précité, p. 22.

[8] DUCROT Oswald, « Illocutoire et performatif », *Linguistique et sémiotique* n°4-1977, p. 20.

[9] Ce constat, valable pour le langage en général (VANDERVEKEN Daniel, *op. cit.*, p. 17 et 82 ou STRAWSON P.F., « Phrase et acte de paroles », *Langages* n°17, p. 20), a de grandes conséquences en droit notamment car il nous conduit à rejeter la distinction civiliste entre *negotium* et *instrumentum* (pour un avis contraire, voir AMSELEK Paul, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », *in* AMSELEK Paul (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica, 1986, p. 44 ou JACQUÉ Jean-Paul, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, LGDJ, 1972, p. 47) car elle passe à côté de la complexité de l'acte.

la combinaison d'éléments sémantiques et pragmatiques[1] : la signification ne se rapporte au texte qu'à travers l'acte d'énonciation.

La compréhension globale de la réussite d'un acte de langage entretient une parenté manifeste avec la théorie de la double signification car nous retrouvons l'opposition des significations objective et subjective : l'acte de langage peut avoir une signification subjective prescriptive sans réussir pour autant à être un ordre[2]. En effet, une fois S1 acquise par la combinaison entre intention et convention mise en relation avec le contexte, cela permet à chacun de comprendre que l'acteur en question exprime l'état intentionnel F(p). Si nous reprenons l'exemple d'une prescription, cela veut dire que le locuteur exprime le souhait que Jean ferme la porte[3] mais rien ne dit que Jean doive le faire[4]. C'est l'opposition bien connue entre l'ordre du général adressé à un soldat et l'ordre du soldat adressé à un général : les deux tentent de donner un ordre mais en principe seul le premier peut réussir dans son entreprise[5]. La compréhension de l'intention subjective du locuteur, qui est au cœur de la communication, est possible avant de savoir s'il a réussi son acte : l'intention du locuteur n'est pas la valeur illocutoire de l'acte mais seulement un élément qui contribue à cette valeur. S1 désigne donc une signification langagière sur le modèle F(p) mais la réussite à imposer la force souhaitée

---

[1] CRUSE Alan, *op. cit.*, p. 14 et MEY Jacob, *op. cit.*, p. 6. Le rôle du contexte dans la fixation de S1 confirme la variété des rapports entre acte et norme car l'existence d'une procédure juridique, même irrégulière, contribue à S1. Ainsi, un énoncé à l'indicatif formulé par le Parlement sera plus aisément considéré comme prescriptif que celui produit par une commission scientifique (F). De même, les conventions sémantiques du discours du droit influencent le contenu propositionnel (p).

[2] L'acquisition d'une qualité objective d'ordre dépend de conditions de réussite extra-langagières (GIZBERT-STUDNICKI Tomasz, « The Non-linguistic Concept of Norm and Ontology », *in Sprache, Perfomanz und Ontologie des Rechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, p. 434), c'est-à-dire de conditions qui dépassent les exigences nécessaires pour communiquer l'intention du locuteur. Selon les auteurs, l'absence de ces conditions oppose les tentatives d'ordre aux ordres ou les ordres aux ordres réussis (pour des exemples divergents, voir ANSCOMBRE Jean-Claude, article précité, p. 68 ; KERBRAT-ORECCHIONI Catherine, *op. cit.*, p. 19 ou SEARLE John, « Austin… », précité, p. 146) mais il s'agit simplement d'une différence terminologique qui n'enlève rien à l'importance théorique de la séparation entre conditions de réussite langagières et extra-langagières et donc entre les actes qui satisfont uniquement les premières et qui les satisfont toutes.

[3] KELSEN Hans, « On the Pure Theory of Law », *Israel Law Review* 1966, p. 1.

[4] Pour une idée proche, voir MACCORMICK Neil et BANKOWSKI Zenon, « La théorie des actes de langage et la théorie des actes juridiques », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, p. 204. La signification subjective de prescription montre la volonté affichée du locuteur de faire de l'ordre une raison d'agir pour le destinataire en lui communiquant une intention et ses conditions de satisfaction mais rien ne dit que cet ordre soit devenu effectivement une raison d'action autonome pour ce dernier (sur cette notion, voir RAZ Joseph, *Practical Reason and Norms*, Oxford, OUP, 2002, p. 174), c'est-à-dire que les rapports objectifs entre le locuteur et le destinataire aient été modifiés. C'est cet élément que néglige le professeur Amselek (« Le rôle de la volonté… », précité, p. 51) en défendant une version intentionnelle de la théorie des actes de langage qui néglige la différence entre norme et norme juridique en oubliant la différence entre interprétation et qualification qu'il a lui-même mise en avant.

[5] Pour des exemples de ce type, voir SEARLE John, « How Performatives Work », précité, p. 99 ou KERBRAT-ORECCHIONI Catherine, *op. cit.*, p. 164. L'idée d'un soldat donnant un ordre à son général a été contestée par Bourdieu qui y a vu une « absurdité » (*Ce que parler veut dire*, Paris, Fayard, 1982, p. 70). Toutefois, ce concept est utile pour expliquer les raisons de l'échec d'une tentative de ce genre : seule la séparation entre conditions de réussite langagière et extra-langagière permet de comprendre dans quel sens un soldat peut tenter de donner un ordre (S1) et pourquoi il échouera (S2). Le caractère inéluctable de son échec ne remet pas en cause l'importance de cette hypothèse pour la théorie des actes de langage. L'argument de Bourdieu revient simplement à réserver le terme « ordre » à l'ordre réussi du point de vue de l'institution militaire dans laquelle il se place. Il n'est utile que contre les approches qui négligent le rôle des conditions extra-langagières de réussite (pour un exemple de ce type, voir DUCROT Oswald, article précité, p. 38).

dépend souvent d'autres conditions[1], que nous avons désignées comme S2 quand elles dépendent de l'institution juridique[2]. S2 contribue de manière décisive à la réussite de l'acte de langage mais également à sa force car une force de commandement et de commandement juridique ne sont pas équivalentes. L'application de la théorie des actes de langage à la communication bien au-delà du droit confirme le bien-fondé de la théorie de la double signification[3]. Surtout, elle permet de la reconstruire en termes de séparation parmi les conditions de réussite d'un acte de langage entre celles qui sont propres au langage et celles qui en sont détachées et relèvent plutôt du contexte culturel extra-langagier. L'échec d'une tentative de prescription juridique peut alors être juridique ou langagier[4]. La séparation essentielle pour l'étude des actes juridiques passe moins entre la force et le contenu propositionnel qu'entre le pôle constitué par le contenu propositionnel et la partie de la force qui dépend du langage d'un côté[5] et la force indépendante du langage de l'autre. La fonction de la catégorie dogmatique de constitution est encore précisée : elle détermine les conditions de réussite extra-langagière des actes de langage constitutionnel[6]. Une source de droit n'est rien de plus que la somme des conditions de réussite extra-langagières d'une catégorie spécifique d'actes de langage. Le problème de l'identification constitutionnelle peut alors être exprimé sous la forme : « à quelles conditions un acte de langage prescriptif est-il un acte de langage constitutionnel réussi ? ». L'usage du terme « constitution » comme désignant une norme vise la signification issue de la réussite d'un certain acte de langage alors que quand il désigne un acte, il ne vise que la réalisation de l'aspect matériel et extra-langagier de l'acte de langage en cause. L'acte normatif n'a rien de mystérieux car il n'est jamais qu'une incarnation particulière du fonctionnement général des actes de langage. Cette analyse est néanmoins conditionnée par l'applicabilité de la théorie des actes de langage au droit (2).

---

[1] RECANATI François, *Les énoncés performatifs*, précité, p. 36 ; VENDLER Zeno, « Les performatifs en perspective », *Langages* n°17, p. 76 ou FORGUSON Lynd, « Locutionary and Illocutionary Acts », *in Essays on J.L. Austin*, Oxford, Clarendon, 1973, p. 174. Notons qu'il est tout à fait possible de distinguer deux notions de force ou de réserver le terme « force » à l'acte réussi sans que ce choix n'ait de conséquences au-delà de la terminologie utilisée.

[2] Les conditions de communication concernent S1 quand celles qui font de l'intention exprimée une raison d'agir autonome concernent S2. Nous délaissons ici l'étude des conditions qui sont nécessaires pour permettre la satisfaction de l'ordre donné comme la possibilité matérielle d'adopter le comportement visé. Voir VANDERVEKEN Daniel, article précité, p. 203.

[3] Cette universalité n'empêche pas que le domaine juridique présente des caractéristiques propres qui tiennent notamment à un formalisme surdéveloppé et à une exigence de justification qui débouche sur une explicitation partielle des conditions de réussite extra-langagière dont la satisfaction est habituellement vérifiée de manière implicite et inconsciente.

[4] Sur la dualité de l'échec voir AMSELEK Paul, « Philosophie du droit… », précité, p. 127. La possibilité d'un échec langagier avait été entrevue par Kelsen à travers le thème des lois imparfaites mais sans en identifier le caractère spécifique (*Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1997, p. 177).

[5] Ces deux éléments sont suffisants pour une réussite au sens faible de l'acte langagier, c'est-à-dire la réussite de sa fonction de communication en permettant la compréhension de l'intention de l'auteur.

[6] La feuille de papier est une énonciation au même titre que la constitution mais la différence tient à ce que seule la seconde correspond aux conditions de réussite exigés des actes de langage constitutionnel. Le fait qu'elles aient la même signification langagière (S1) n'est pas du tout problématique.

2. LA JUSTIFICATION DE CETTE APPLICATION DE LA THEORIE DES ACTES DE LANGAGE A LA PRODUCTION NORMATIVE

Le recours à une théorie qui a été conçue pour rendre compte du langage et non du droit ne doit pas surprendre. L'acte normatif est indéniablement une forme d'acte de communication et nous ne voyons donc aucune raison de croire qu'il puisse être étudié sans tenir compte des caractéristiques générales de ce type d'acte. D'ailleurs, plusieurs indices confirment les relations étroites entre droit et théorie des actes de langage. L'influence d'Hart sur la réflexion d'Austin est bien connue[1] et la construction de cette théorie est marquée par l'utilisation permanente d'exemples juridiques comme cas typiques d'acte de langage[2]. Plus largement l'attention portée au rôle des institutions extra-langagières dans la capacité de certains actes de langage à réaliser leurs fonctions[3] destinait cette théorie à se coordonner avec le droit, ce qui explique son relatif succès dans la théorie juridique[4]. Les références restent toutefois généralement assez rapides et ne donnent pas naissance à une réflexion générale sur le rapport entre la qualification et l'existence des normes.

Il semble tout de même nécessaire de donner quelques précisions concernant les différences entre l'utilisation que nous proposons de la théorie des actes de langage et les options prises par le professeur Cayla dont les travaux se rapprochent des nôtres à la fois par la volonté de lier la théorie des actes de langage à l'existence des normes et par leur base dans l'analyse de l'usage du terme « signification » chez Kelsen[5]. Si cet auteur relève une dualité

---

[1] KERBRAT-ORECCHIONI Catherine, *op. cit.*, p. 166.

[2] Voir, pour une analyse comparable FLETCHER George, « Law », *in* SMITH Barry (dir.), *John Searle*, Cambridge, CUP, 2003, p. 86 et pour des exemples HEDENIUS Ingemar, « Performatives », *Theoria* vol. 29, p. 116 ; STRAWSON P.F., « Intention et convention dans les actes de langage », *in Études de logique et de linguistique*, Paris, Seuil, 1977, p. 177 ou SEARLE John, « Taxinomie des actes illocutoires », *in Sens et expression*, Paris, Les Éditions de minuit, 1979, p. 46.

[3] Voir par exemple ANDERSSON Jan, *How to Define Performative*, Uppsala, Filosofiska Studier, 1975, p. 80 ; DE GREEF Jan, « Conventions normatives et performatives », *in Conceptions contemporaines du droit*, *ARSP Supplementa* vol. 1, part I, p. 190 ; KERBRAT-ORECCHIONI Catherine, *op. cit.*, p. 167 ; MEY Jacob, *op. cit.*, p. 115 ou SEARLE John, *La construction de la réalité sociale*, Paris, Gallimard, 1998, p. 77.

[4] Outre les références déjà utilisées, citons notamment LEGAULT Georges, *La structure performative du langage juridique*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, p. 192 ; GRZEGORCZYK Christophe, « L'impact de la théorie des actes de langage dans le monde juridique : essai de bilan », *in* AMSELEK Paul (dir.), *op. cit.*, p. 165 ; GUASTINI Riccardo, « Six Concepts of Constitutive Rules », *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova* 1982-83, p. 492 ; JACQUÉ Jean-Paul, « Acte et norme en droit international public », *RCADI* 1991- II, p. 385 ; KALINOWSKI Georges, « Sur les langages respectifs du législateur, du juge et de la loi », *APD* 1974, p. 64 ; LOCHAK Danièle, « Le droit, discours du pouvoir », *in Itinéraires. Études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 442 ; MOUTON Jean-Denis, « Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme comme acte de discours », *in Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pédone, 1984, p. 411 et « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, acte fondateur », *in* BORELLA François (dir.), *Les valeurs de la Révolution devant la science actuelle*, Nancy, PUN, 1990, p. 100 ; OPALEK Kazimierz, « Doing Things with Words and the Law », *in Selected Papers in Legal Philosophy*, précité, p. 316 ; ROSS Alf, « The Rise and Fall of the Doctrine of Performatives », *in* OLSON Raymond et PAUL Anthony (dir.), *Contemporary Philosophy in Scandinavia*, Londres, The John Hopkins Press, 1972, p. 209 ; SAMEK Robert, « Performative Utterances and the Concept of Contract », *Australian Journal of Philosophy* 43, p. 196 ou ZIRK-SADOWSKI Marek, « Legal Norm as Pragmatic Category », *ARSP* 1979, p. 214.

[5] CAYLA Olivier, *La notion de signification en droit. Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, Thèse, Paris II, 1992, p. XII.

dans l'emploi de ce mot, il la situe entre sens et force[1], c'est-à-dire entre contenu propositionnel et force. L'analyse est donc différente[2] puisque, pour nous, la séparation importante pour les juristes que Kelsen occulte passe à l'intérieur de la force et non entre le sens et la force[3]. Le professeur Cayla semble en fait vouloir intégrer la nature juridique (S2) de l'acte dans la dimension langagière de la force[4]. Au contraire, nous entendons scinder l'analyse de la force pour séparer les éléments langagiers des éléments institutionnels extra-langagiers en plaçant le cœur de la confusion faite par Kelsen dans cette séparation entre conditions langagières et extra-langagières de réussite. Cette lecture semble plus directement liée avec l'usage du terme « signification » dans la théorie pure du droit puisqu'elle couvre plus facilement les exemples extra-langagiers comme le meurtre. En outre, la conception du professeur Cayla amène à défendre l'assimilation entre qualification et interprétation des actes juridiques en considérant que la juridicité, intégrée dans la force, est fixée par interprétation[5].

Si des objectifs distincts contribuent à expliquer cette conception différente de l'existence des normes et de la dualité de la signification chez Kelsen, le centre de notre divergence avec le professeur Cayla réside dans la vision de la théorie des actes de langage elle-même[6]. Nous considérons en effet qu'elle a vocation à s'appliquer aux productions écrites de sens[7] alors qu'il la réduit aux actes oraux, ou plus précisément qu'il estime que la dimension illocutoire d'un acte écrit n'est fixée que par sa lecture[8]. Cet attachement à l'oralité est central pour son approche herméneutique car elle permet de défendre un réalisme cohérent en privant le texte

---

[1] *Ibid.*, p. XIX. Dans un premier temps, le professeur Cayla liait le sens au texte et la force au contexte (« La théorie de la signification… », précité, p. 61) ce qui se rapproche dans une certaine mesure de l'opposition entre conditions de réussite langagières et extra-langagières que nous retenons, mais il ne développe pas cette position de la même manière que nous puisqu'il n'insiste pas sur la diversité des conditions extra-langagières de réussite.

[2] Les objectifs poursuivis sont également distincts puisque le professeur Cayla entend produire une théorie complète sur l'aspect langagier de la pratique juridique quand nous nous contentons de sélectionner les éléments nécessaires pour comprendre la catégorie juridique de constitution et son adaptation aux mutations du droit contemporain.

[3] Plus précisément, elle passe chez nous entre les éléments juridiques permettant la réussite de la force et le reste de l'acte de langage. Cette séparation entre aspects langagiers et extra-langagiers de la réussite consiste finalement à exploiter l'une des dimensions de l'opposition locutoire/illocutoire chez Austin (en ce sens voir SEARLE John, « Austin… », précité, p. 145).

[4] CAYLA Olivier, *op. cit.*, p. XII-XIII.

[5] *Ibid.*, p. 77 et 1063 ; « Lire l'article 55. Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme », *CCC* n°7, p. 118 ou « La chose et son contraire (et son contraire etc.) », *Les études philosophiques* n°3, p. 299. À l'inverse, elle implique aussi que l'acte dénué de sens (contenu propositionnel) soit considéré comme invalide juridiquement (*op. cit.*, p. 103) ce qui nous semble sans rapport avec les pratiques des acteurs.

[6] Il faut ici préciser que parmi les philosophes et les linguistes, de profonds désaccords existent quant au fonctionnement des actes de langage. Il est évidemment impossible de dépasser ces oppositions et il ne paraît pas opportun de proposer des développements substantiels sur les justifications des différentes théories disponibles au regard des ambitions limitées de notre étude concernant les actes de langage. Le choix d'une théorie partiellement institutionnelle présente donc, pour nous, une dimension partiellement arbitraire et nous pourrons au mieux tenter de montrer sa fertilité par l'usage que nous en ferons.

[7] Pour des exemples d'actes de langage écrits, voir AUSTIN John Langshaw, *Quand dire c'est faire*, Paris, Seuil, 1970, p. 53, 82 et 155 ou SEARLE John, *L'intentionnalité*, Paris, Les éditions de minuit, 1983, p. 31.

[8] CAYLA Olivier, *op. cit.*, p. 54, 82, 990 et 1054 ; « La chose… », précité, p. 298 ; « L'obscure théorie du pouvoir constituant originaire ou l'illusion d'une identité souveraine inaltérable », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2007, p. 260 ; « Les juristes à l'épreuve du tournant pragmatique », *in* ROUSSEAU Dominique (dir.), *op. cit.*, p. 40 ou « Austin John Langshaw – Quand dire c'est faire », *in* CAYLA Olivier et HALPÉRIN Jean-Louis (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 22.

de toute force préalable, et donc de toute valeur juridique, puisque seule sa lecture lui permettra d'acquérir une force quelconque. Par ailleurs, sa conception des actes de langage condamne le positivisme en soutenant que la prise en compte des théories d'Austin implique la négation de toute possibilité de description, ce qui fait de la science un discours normatif[1]. Surtout, il adhère à une vision principalement intentionnelle de la théorie des actes du langage, au sens où la détermination de F(p) repose sur les intentions attribuées au locuteur[2]. Nous estimons au contraire qu'il est impossible d'éviter certains aspects conventionnels[3] car les intentions des locuteurs ne peuvent produire un effet social que par l'usage de conventions partagées entre les personnes impliquées dans la situation de communication[4]. Le choix d'un conventionnalisme modéré permet de laisser une place aux intentions du locuteur sans leur donner un rôle exclusif. L'intentionnalité radicale paraît insuffisante pour déterminer S1 car la prédétermination partielle du langage semble incontournable[5], mais elle est encore plus difficile à défendre pour S2 car si elle permet d'expliquer la prétention à la juridicité, elle n'est pas un élément décisif dans la réussite de cette prétention. Si l'on soutient le contraire, l'on risque de retourner à l'assimilation entre la demande du braqueur et celle du percepteur[6], ou en tout cas entre la feuille de papier et la constitution, et de ne pouvoir comprendre la différence entre l'ordre du général au soldat et l'ordre du soldat au général puisqu'ils sont basés sur la même intention[7]. Certes, le professeur Cayla propose une solution en transférant

---

[1] CAYLA Olivier, *op. cit.*, p. 30 ; « Les juristes… », précité, p. 38 et 42 ou « La mère, l'enfant et la plaque chauffante », *in* HERMITTE Marie-Angèle (dir.), *La liberté de la recherche et ses limites. Approches juridiques*, Paris, Romillat, 2001, p. 154. Pour une lecture comparable d'Austin, voir LAUGIER Sandra, « Acte de langage… », précité, p. 290. Voir aussi TUSSEAU Guillaume, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, p. 187. Or, le fait que les actes de langage descriptifs aient des conditions de réussite et pas seulement des conditions de vérité (AUSTIN John Langshaw, *op. cit.*, p. 151) n'implique pas forcément que ces conditions de réussite soient les mêmes que celles des discours normatifs (sur la diversité des conditions de réussite, voir VANDERVEKEN Daniel, article précité, p. 200). Formuler une assertion ne revient donc pas forcément à prétendre influer sur le comportement d'autrui. Mieux, les conditions de satisfaction des actes assertifs tiennent à la vérité du contenu propositionnel (p) de l'acte (VANDERVEKEN Daniel, *Les actes de discours*, précité, p. 34). Autrement dit, la possibilité d'une évaluation en termes de vérité qui caractérise l'opposition entre description et prescription est présente dans la théorie des actes de langage. L'opposition classique entre actes directifs et assertifs dans les diverses typologies d'actes de langage (*ibid.*, p. 29, CRUSE Alan, *op. cit.*, p. 356 et SEARLE John, « Taxinomie… », précité, p. 52-55) en atteste clairement. Austin oppose même les « jugements sur ce qui devrait être » à ceux « sur ce qui est » (*op. cit.*, p. 157).

[2] CAYLA Olivier, *op. cit.*, p. 61 et 1048 ou « La chose et son contraire... », précité, p. 302. Précisons que la portée de cette adhésion à une pragamatique intentionnelle est relativisée par l'affirmation du lien entre cette position et les particularités des normes constitutionnelles (*op. cit.*, p. 12).

[3] Austin se réfère d'ailleurs largement à l'existence de conventions (*op. cit.*, notamment p. 119 et 126).

[4] Les conventions de langage sont des outils utilisés pour réaliser une intention (ALSTON William, article précité, p. 29 et 45 ; RÉCANATI François, *Le sens littéral*, Paris, L'éclat, 2004, p. 16 et 126 ; CRUSE Alan, *op. cit.*, p. 14 ou SEARLE John, *Mind…*, précité, p. 141) ce qui permet aussi des usages atypiques tels que l'ironie (FURBERG Mats, *op. cit.*, p. 90).

[5] BRACOPS Martine, *op. cit.*, p. 17 ou ROSS Alf, *op. cit.*, p. 3.

[6] Un exemple proche est proposé par Kelsen (*op. cit.*, p. 52) et par Hart (*Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 24). Ainsi, la théorie des actes du langage juridique du professeurs Amselek (« Le rôle de la volonté… », précité, p. 44 et 51) empêche de distinguer les situations du braqueur et du percepteur.

[7] Une théorie des actes de langage qui ne permettrait pas de différencier ces deux situations contredit l'idée répandue selon laquelle certains actes de langage sont en partie conventionnels (LEONARDO Paolo, « On Conventions, Rules and Speech Acts », *Journal of Pragmatics* vol. 8, p. 82 ; RÉCANATI François, « La pensée d'Austin et son originalité par rapport à la philosophie analytique antérieure », *in* AMSELEK Paul (dir.), *op. cit.*, p. 34 et SADOCK Jerrold, « Speech Acts », précité, p. 59). Il est ainsi difficile d'imaginer le baptême sans convention alors que l'hésitation est possible par exemple sur la

la détermination de la signification objective au deuxième temps, c'est-à-dire à l'interprète contre le locuteur[1]. Toutefois, cette vision réaliste[2] nous paraît incompatible avec la plupart des formulations anglo-saxonnes de la théorie des actes de langage auxquelles nous nous référons et avec l'approche de Kelsen qui envisage clairement la signification objective en dehors de la pratique juridictionnelle[3]. La théorie que nous proposons impose quant à elle de rejeter l'approche intentionnelle des actes juridiques pour laisser place à la prise en compte d'éléments institutionnels[4]. Cette particularité pousse à considérer la théorie des actes de langage dans le cadre plus général de la théorie des faits institutionnels qui nous semble bien adaptée à la compréhension des actes juridiques (II).

II. THEORIE DE LA DOUBLE SIGNIFICATION ET THEORIE DES FAITS INSTITUTIONNELS

L'approfondissement de l'explicitation de la notion de norme constitutionnelle passe par la mise en valeur de sa dimension institutionnelle à travers l'inclusion de la théorie des actes de langage dans la théorie sociale générale qu'est la théorie des faits institutionnels (A) qui confirme la particularité de l'acte normatif et oriente notre recherche vers un intérêt exclusif pour la deuxième signification (B).

A. L'acte normatif et la norme juridique comme faits institutionnels

L'application de la théorie des faits institutionnels à la production normative doit être expliquée pour démontrer sa complémentarité avec la théorie de la double signification

---

promesse (pour des positions opposées à ce sujet, voir RAZ Joseph, « Promises and Obligations », *in Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon, 1977, p. 218 et BURKHARDT Armin, « Speech Act Theory : the Decline of Paradigm », *in* BURKHARDT Armin (dir.), *op. cit.*, p. 118).

[1] CAYLA Olivier, « Lire l'article 55 », précité, p. 119 ; « La chose... », précité p. 306 ou « L'obscure… », précité, p. 261.

[2] Pour des critiques plus générales sur la vision réaliste de l'identification constitutionnelle, voir *infra*, p. 197 et s.

[3] Les développements de Kelsen sur la signification objective n'abordent pas l'application du droit ou l'interprétation (voir ainsi *Théorie pure du droit*, précité, p. 17) mais ce point est bien entendu connu du professeur Cayla qui y voit d'ailleurs la justification de la construction d'une théorie de la signification dépassant les propositions de Kelsen (*op. cit.*, p. XIV).

[4] En intégrant une dimension institutionnelle tenant compte des rapports de pouvoir extérieurs au langage, notre vision rompt avec l'approche intentionnelle des actes de langage mais aussi avec la théorie particulière développée par Habermas qui est axée sur la formulation de prétentions à validité qui doivent être acceptés rationnellement par leurs destinataires dans des conditions idéales de coopération (voir notamment HABERMAS Jürgen, *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, Fayard, 1987, T.I, p. 32, 145, 297 et T.II, p. 83 ; *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1998, p. 28, 123, 189 ou « Comments on John Searle : Meaning, Communication and Represention », *in* LEPORE Ernest et VAN GULICK Robert (dir.), *op. cit.*, p. 17 et 26). Nous ne développerons pas de critique systématique de cette vision car une littérature abondante a démontré son aspect irréaliste (BOURDIEU Pierre, *op. cit.*, p. 109 ; CAYLA Olivier, « Les juristes… », précité, p. 43 et « L'angélisme d'une théorie pure (du droit) chez Habermas », *RDP* 2007, p. 1541-1568 ou SEARLE John, « Response… », précité, p. 84, 92, 99) qui traduit une vision idéalisée du langage (WEINBERGER Ota, « Legal Validity, Acceptance of the Law, Legitimacy. Some Critical Comments and Constructive Proposals », *Ratio Juris*, 1999, p. 339 ou MEIJERS Anthonie, *Speech Acts, Communication and Collective Intentionality. Beyond Searle's Individualism*, Leydes, Rijkuniveristeit, 1994, p. 66-76) qui néglige l'importance des éléments non-textuels dans la détermination de la signification (CAYLA Olivier, « Habermas Jürgen », *in* CAYLA Olivier et HALPÉRIN Jean-Louis (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 233) et n'est pas vraiment utile pour comprendre la communication humaine, surtout dans le domaine juridique.

comprise comme théorie des actes de langage (1) de manière à déterminer les conséquences de cette orientation institutionnaliste (2).

1. L'APPLICATION DE LA THEORIE DES FAITS INSTITUTIONNELS A LA THEORIE DE LA DOUBLE SIGNIFICATION

La théorie des faits institutionnels est une théorie sociale inspirée de la théorie des actes de langage mais dotée d'une portée plus générale[1]. Elle décrit les faits sociaux comme des faits institutionnels, c'est-à-dire des faits bruts (non-interprétés) dotés d'une fonction spécifique[2] par une règle constitutive[3] qui peut être représentée sous la forme « X [le fait brut] compte pour Y [le fait institutionnel] dans C [le contexte de l'institution] »[4]. Les sports et les jeux constituent l'exemple typique de ce schéma[5]. Ainsi, en football, le fait que le ballon passe la ligne de but entre les poteaux compte comme un but. Il est possible de parler de l'existence de ce but et d'exprimer des énoncés dotés de sens sur une entité pourtant assez étrange. La simple description de la contrepartie matérielle du but (le fait que le ballon passe la ligne) ne suffit pas à comprendre la situation, surtout si l'on étend ce modèle au match entier : il ne peut être compris et représenté qu'en tenant compte de la valeur institutionnelle et des fonctions des actions entreprises par les joueurs[6]. L'existence des significations spécifiques des faits bruts a lieu dans le cadre d'une institution précise[7], le football dans l'exemple présent. Un acte de langage est un type d'acte institutionnel[8] : un comportement verbal et non-verbal est compté comme tel ou tel type d'acte de langage et jouit de ce fait d'un certain statut. La promesse illustre parfaitement cette idée : le fait de prononcer certains mots dans un certain contexte compte comme une promesse et crée un engagement pour le locuteur. Les prescriptions suivent le même modèle : une convention permet d'attribuer une fonction particulière à certains faits bruts, celle d'exprimer un état intentionnel visant à la création de

---

[1] CAMERON J.R., « Sentence-meaning and Speech Acts », *The Philosophical Quarterly* vol. 20, p. 101 ; SEARLE John, *La construction…*, précité, p. 10 ou *Les actes de langage*, Paris, Hermann, 1972, p. 93.

[2] SEARLE John, *La construction…*, précité, p. 60 ou RANSDELL Joseph, « Constitutive Rules and Speech Act Analysis », *The Journal of Philosophy* vol. 68, p. 388.

[3] Cette notion qui trouve son origine chez Rawls (« Two Concepts of Rules », *in* FOOT Philippa (dir.), *Théories of Ethics*, Oxford, OUP, 1967, p. 163) est très discutée. Nous nous contentons à ce stade d'une définition large visant une norme qui attribue une valeur sociale spécifique à certains faits qui devra être précisée par la suite. Pour une catégorie de normes comparable, voir OPALEK Kazimierz, « Some Problems of the Theory of Norms », *in Selected Papers…*, précité, p. 191.

[4] Sur cette formulation de la règle constitutive, voir SEARLE John, *op. cit.*, p. 64.

[5] Des exemples de ce type se retrouvent d'ailleurs chez des théoriciens du droit désireux de mettre en valeur l'importance des règles dans les faits sociaux. Voir ainsi HART H.L.A., *op. cit.*, p. 22 et 78 ; ROSS Alf, *On Law and Justice*, Londres, Stevens & Sons, 1958, p. 12-17 ou *Directives and Norms*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1968, p. 54.

[6] Tenter une description en termes de fait brut nous conduirait à décrire un groupe d'hommes en train de courir étrangement autour d'un objet rond et en aucun cas à comprendre le match ou *a fortiori* le principe du football. En ce sens, voir SEARLE John, *Les actes de langage*, précité, p. 94.

[7] WEINBERGER Ota, *Law, Institutions and Legal Politics*, Dordrecht, Kluwer, 1991, p. 37.

[8] En ce sens, voir CAMERON J.R., article précité, p. 98 ; DE GREEF Jan, article précité, p. 188 ou SMITH Barry, « John Searle, From Speech Acts to Social Reality », *in* SMITH Barry (dir.), *John Searle*, Cambridge, CUP, 2003, p. 8.

raisons pour agir dotées le cas échéant d'une validité spécifique[1]. Ce schéma général explique comment il est possible de « faire des choses avec les mots » en dépassant la seule dimension de communication à laquelle il ne faut pas réduire la théorie des actes de langage.

La portée générale de cette théorie permet de voir les actes normatifs et les normes juridiques comme des faits institutionnels. Elle contribue à dissiper l'obscurité du mode d'existence de ces entités[2] puisqu'il s'agit simplement de faits sociaux constitués par leur signification particulière[3] sur le même modèle que des choses aussi familières que le sport ou la monnaie. Mieux, la théorie de la double signification peut être reconstruite dans ce cadre. La norme juridique est un fait institutionnel complexe constitué par la combinaison de plusieurs faits institutionnels distincts, selon le modèle proposé par Searle[4], et non un fait institutionnel simple[5]. L'acte matériel, fait brut, a à la fois la valeur institutionnelle de norme et d'acte normatif. Sa qualité de norme provient de l'usage de règles constitutives langagières[6] qui fixent les conditions de réussite langagières de l'acte[7] alors que sa qualité d'acte normatif provient de l'usage d'une autre règle constitutive qui est juridique et non langagière. L'acte matériel compte alors pour deux faits institutionnels distincts, la norme et l'acte normatif[8], qui

---

[1] Un acte prescriptif qui réussit donne naissance à une obligation : l'acte de langage devient en tant que tel une raison pour agir. Pour une vision proche, voir SCARPELLI Uberto, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, Paris, LGDJ, 1996, p. 39 ou MACCORMICK Neil, *Institutions of Law*, Oxford, OUP, 2007, p. 153. Cette idée permet de combiner la théorie des actes de langage avec le concept de raison pour l'action qui est fondamental pour comprendre la notion de norme dans le raisonnement pratique (sur son importance, voir MARMOR Andrei, « Legal Conventionalism », *Legal Theory* 1998, p. 511 ou RAZ Joseph, « Legal Validity », *in The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1977, p. 146). Ce lien est présent aussi dans les travaux récents de Searle qui assimilent la reconnaissance d'une obligation à celle d'une raison pour l'action (« Social Ontology. Some Basic Principles », *Anthropological Theory* 2006, p. 19). Elle confirme aussi que le recours à la théorie des actes de langage permet d'éviter le lien entre sanction et norme juridique très présent dans la doctrine ancienne et repris par Kelsen (*Théorie pure du droit*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1999, p. 120).

[2] L'intérêt de cette explication est d'ailleurs maximisé par le caractère originaire de la constitution qui renforce le mystère de son existence et a favorisé toutes sortes d'explications que nous détaillerons dans le prochain chapitre.

[3] Même s'ils ne différencient pas l'acte et la norme, faute de passer par théorie de la double signification, de nombreux auteurs soutiennent que les normes juridiques sont des faits institutionnels. Voir ainsi COPPENS Philippe, « Introduction à l'article de H. Kelsen », *Droit et Société* n°22/1992 ; FLETCHER George, article précité, p. 94 ou MORAWSKI Lech, « Law Fact and Legal Language », *Law and Philosophy* 1999, p. 463.

[4] SEARLE John, *La construction…*, précité, p. 111. Dans la formule de la règle constitutive (« X compte pour Y »), le X peut remplacer un fait brut mais aussi un fait institutionnel. Dans ce dernier cas, l'on parlera de fait institutionnel complexe.

[5] Pour des positions opposées, probablement fondées sur la négligence du concept de fait institutionnel complexe, voir AARNIO Aulis, « On the Knowledge of Legal Facts through Norms », *in Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts. Festgabe für Kazimierz Opalek*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, p. 6 ou FLETCHER George, article précité, p. 94.

[6] Rappelons que nous n'entendons pas nous engager sur la part respective des intentions et des conventions dans la détermination de la signification langagière (S1). Il semble toutefois possible de soutenir que des règles syntaxiques, sémantiques et pragmatiques ont un rôle à jouer pour que certains actes « comptent comme » des prescriptions.

[7] La dimension conventionnelle de l'analyse proposée ne doit pas être exagérée car l'existence d'une convention n'empêche ni un relative indétermination, qui est toujours présente dans le langage ordinaire, ni le rôle des intentions des acteurs car le fait que « X compte pour Y » est utilisé pour réaliser les intentions de communication du locuteur.

[8] Précisons bien que l'acte matériel (fait brut) ne se confond pas avec les faits institutionnels qu'il signifie. C'est ce point que Kelsen néglige quand il semble assimiler l'acte matériel et la procédure législative alors que la deuxième est la signification (S2) du premier, c'est-à-dire un fait institutionnel. La norme et la procédure législatives sont deux faits institutionnels et non un fait institutionnel et un fait brut. Il n'y a donc pas de rapport de signification entre les deux, contrairement à ce que soutient Kelsen (*op. cit.*, p. 10 ou « On the Basic Norm », *California Law Review* 1959, p. 107) mais plutôt une combinaison pour signifier un troisième fait institutionnel (la norme juridique).

se combinent pour donner naissance à un fait institutionnel complexe : la norme juridique[1]. Le schéma proposé est commun à tous les actes de langage dont l'existence repose sur un contexte institutionnel spécifique, par exemple ouvrir une séance ou baptiser un bateau[2]. Ce type d'actes est à l'origine de la théorie des actes de langage[3], même si elle les a dépassés pour se concentrer sur les actes purement langagiers[4]. Ce que nous avons décrit globalement comme les conditions de réussite d'un acte de langage est dans ce genre de cas formé par la combinaison de deux règles constitutives différentes[5] définissant deux faits institutionnels distincts : le fait institutionnel langagier basé sur les conventions de langage et le fait institutionnel extra-langagier basé sur la règle constitutive d'une institution quelconque[6]. Il est alors possible d'opposer la réussite de l'opération de communication, c'est-à-dire la compréhension des intentions affichées par le locuteur[7], et la réussite de l'acte dans l'institution extra-langagière en cause[8], le droit pour ce qui nous concerne[9].

---

[1] Nous rejetons donc totalement la présentation des normes comme des faits bruts. Pour un exemple de cette position, voir PATTARO Enrico, « Dimensions du savoir juridique et orientations philosophiques », *RIEJ* 1988, n° spécial, p. 155.

[2] L'originalité des actes placés dans un contexte institutionnel dépassant le langage et souvent relevée. Pour des exemples, voir MEY Jacob, *Pragmatics. An Introduction*, 2e éd., Oxford, Blackwell, 2001, p. 115 ; SEARLE John, « Taxinomie... », précité, p. 45 ou MACCORMICK Neil et BANKOWSKI Zenon, article précité, p. 205.

[3] La plupart des exemples de performatifs pris par Austin relevaient de cette catégorie. Certains estiment d'ailleurs que l'obscurité de ses théories vient de sa négligence de leurs spécificités. Voir notamment, OPALEK Kazimierz, « Directives, Norms and Performatives », *in Selected Papers*…, précité, p. 331 ; SEARLE John, article précité, p. 46 et STRAWSON P.F., « Intention et convention dans les actes de langage », précité, p. 193.

[4] En ce sens, voir KERBRAT-ORECCHIONI Catherine, *op. cit.*, p. 16.

[5] Pour des exemples d'auteurs distinguant les deux types de conventions en cause, voir BACH Kent et HARNISH Robert, « How Performatives Really Work : a Reply to Searle », *Linguistics and Philosophy* 1992, p. 107 ; BERRENDONNER Alain, « Présentation », *Linguistique et sémiotique* n°4-1977, p. 14 ; OPALEK Kazimierz, article précité, p. 333 ou WUNDERLICH Dieter, « Methodological Remarks on Speech Act Theory », *in* SEARLE John, KIEFER Ferenc et BIERWISCH Manfred (dir.), *Speech Act Theory and Pragmatics*, Dordrecht, D. Reidel, 1980, p. 297

[6] Précisons bien que la théorie des faits institutionnels concerne avant tout des faits simples. La complexité que nous mettons en rapport avec la dualité de la signification n'est pas généralisée puisqu'il existe des faits institutionnels sans S1 (monnaie, but, frontière…) et des actes de langage qui sont soit dépourvus de S2 extra-langagière, soit liés à une S2 non-institutionnelle (acceptation…), soit dépendants d'une S2 institutionnelle non-juridique (malédiction…).

[7] Sur cette vision de la communication, voir BACH Kent et HARNISH Robert, article précité, p. 95 ou SEARLE John, *Les actes de langage*, précité, p. 86. Dans le cas d'un ordre, comprendre l'intention du locuteur place le destinataire face à une alternative entre obéir et désobéir qui n'existe qu'à travers les conditions de satisfactions de l'acte imposées par le locuteur. Ce genre d'effet est suffisant pour un acte de langage ordinaire mais pas pour un acte inscrit dans une institution spécifique (SEARLE John, « How Performatives Work », précité, p. 100). Les conditions langagières de réussite sont nécessaires à cette compréhension indépendamment de toute règle institutionnelle supplémentaire.

[8] Cette nouvelle présentation permet de confirmer et de clarifier la division entre les deux aspects de la force qui caractérise l'application de la théorie des actes de langage aux actes juridiques à travers la théorie de la double signification : la force langagière suffit à la communication quand la force institutionnelle extra-langagière est nécessaire à la réussite de l'acte.

[9] Nous esquissons ici les contours d'une théorie institutionnelle du droit. Il peut être utile de préciser ce qui nous oppose à la plus populaire des théories de ce type, celle proposée par MacCormick (voir notamment, *Pour une théorie institutionnelle du droit*, Paris, LGDJ, 1992, 237 p. et *Institutions of Law*, Oxford, OUP, 2007, 317 p.). La différence tient avant tout à notre plus grande fidélité aux travaux de Searle qui nous conduit à conserver l'opposition entre règles constitutive et régulative et non d'adhérer au modèle fondé sur trois règles proposé par MacCormick. Surtout, ce dernier s'intéresse avant tout à une description statique du droit comme une série d'institutions « au repos » quand la théorie de la double signification est avant tout une théorie de la production normative. La différence entre acte et norme qui est au centre de notre conception n'est pas présente dans les travaux de MacCormick. En réalité, son approche vise avant tout à expliquer la fonction des concepts juridiques problématiques critiqués par Hart et Ross (personne juridique, droits subjectifs…) ce qui explique sans doute l'orientation de sa théorie et son rejet de la conception de la règle constitutive de Searle dont la fonction définitoire l'intéresse assez peu. L'objectif de sa théorie est donc très éloigné de celui que nous poursuivons ce qui l'empêche de contribuer de manière déterminante à la compréhension de la production normative. Notons par ailleurs que nous avons également une conception différente du rapport entre fait institutionnel et institution (voir *infra*, p. 241 et s.).

Les actes de langage juridiques sont des exemples typiques de cette catégorie[1]. La scission proposée entre les deux aspects de la force recoupe cette distinction des deux institutions en cause : la force langagière est liée à la réussite de la communication et la force juridique à la réussite de l'action tentée. La norme législative repose ainsi sur la combinaison entre un fait institutionnel langagier, une prescription, et un fait institutionnel extra-langagier, l'acte législatif, dont la règle constitutive est la définition de la loi dans l'ordre juridique français. Les deux règles constitutives sont complémentaires et non juxtaposées, ce qui montre la particularité du rapport entre acte et norme qui est le plus souvent négligée[2]. La catégorie dogmatique de norme, c'est-à-dire la source du droit, apparaît ici en tant que règle constitutive extra-langagière définissant le fait institutionnel spécifique qu'est l'acte normatif en lui donnant la valeur juridique (S2) qui lui confère une signification objective. C'est donc la règle constitutive de constitution qui fait l'objet de nos investigations. La notion d'existence que nous avons évoquée prend ici tout son sens car c'est bien de l'existence d'un certain fait institutionnel qu'il s'agit au regard du mode d'existence de ce genre d'entités[3]. Le rapport existence-catégorie dogmatique est conforté car c'est la règle constitutive qui permet littéralement l'existence de la norme juridique[4] mais aussi de l'acte normatif[5]. Les conditions d'existence d'une norme sont celles qui figurent dans la règle constitutive et sont de ce fait nécessaires à la réussite de l'acte de langage, autrement dit à son existence en tant que fait institutionnel[6]. Les conditions de régularité ne figurent pas dans la règle constitutive, puisqu'elles n'empêchent pas le fait brut de compter comme une norme[7], mais dans une règle régulative portant sur les actes relevant de la catégorie en question[8]. L'annulation potentielle

---

[1] En ce sens, voir GUASTINI Riccardo, « Six… », précité, p. 492 ou OPALEK Kazimierz, « Doing… », précité, p. 315.

[2] Cette négligence est visible chez Kelsen mais aussi dans l'adaptation de la théorie des actes de langage proposée par le professeur Amselek car il assimile la valeur illocutoire générale de l'acte de langage à sa valeur juridique (voir *supra*, p. 137).

[3] La validité d'un acte ou d'une norme équivaut à son « existence institutionnelle » (GRZEGORCZK Christophe, « L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit », *Droits* n°7, p. 57 ou WEINBERGER Ota, *op. cit.*, p. 101). Rien ne garantit évidemment qu'un acte répondant aux conditions de réussite institutionnelle constituant sa définition soit régulier, c'est-à-dire qu'il respect toutes les normes auxquelles il est soumis au regard de sa nature juridique (institutionnelle).

[4] L'apport de la théorie des faits institutionnels confirme le rejet de la différence entre existence et appartenance à une catégorie normative promues par certains (voir *supra*, p. 102) car elle repose sur l'assimilation entre l'existence de la norme et celle de l'acte matériel qui la signifie et néglige donc la dimension institutionnelle de l'existence des normes juridiques.

[5] L'existence de l'acte peut être évaluée en tant que telle. Voir en ce sens GUASTINI Riccardo, « Invalidity », *Ratio Juris* vol. 7, p. 222 et « Jugements de validité », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 460. Notons que nous ne partageons pas totalement les avis de cet auteur, notamment quand il affirme que l'inexistence ne peut concerner que l'acte et défend un lien systématique entre d'un côté les critères formels et l'existence de l'acte et de l'autre les critères matériels et la validité de la norme.

[6] Pour des positions proches, voir MACCORMICK Neil, *Institutions of Law*, précité, p. 160 ; OPALEK Kazimierz, « Directives, Norms and Performatives », précité, p. 336 ; PECZENIK Aleksander, *On Law and Reason*, Dordrecht, Kluwer, 1989, p. 277 ou ROSS Alf, « The Rise and Fall… », précité, p. 209. La définition de la catégorie est le cœur de la règle constitutive mais ses fonctions dépassent largement celles d'une définition théorique (ATIENZA Manuel et RUIZ MANERO Juan, *A Theory of Legal Sentences*, Dordrecht, Kluwer, 1998, p. 55 et 67).

[7] Nous retrouvons ici une idée centrale dans la séparation entre inexistence et invalidité au-delà de l'institutionnalisme. Voir par exemple PFERSMANN Otto, « Arguments ontologiques et argumentation juridique », *in* PFERSMANN Otto et TIMSIT Gérard (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, Pub. de la Sorbonne, 2001, p. 19.

[8] ATIENZA Manuel et RUIZ MANERO Juan, *op. cit.*, p. 80 voire AUSTIN John Langshaw, *op. cit.*, p. 50.

d'un acte s'insère dans ce modèle car la règle constitutive complète d'une norme juridique peut être exprimée sous la forme « X compte pour une norme de type Y si les conditions C1, C2 et C3 sont satisfaites, jusqu'à son abrogation ou son annulation »[1]. La régularité n'a pas de rapport direct avec l'existence[2], mais l'annulation en a un[3].

La qualification n'est pas une technique purement juridique mais simplement l'incarnation juridique d'une opération plus générale consistant à déterminer la signification institutionnelle des faits sociaux[4]. Ce constat nous conduit finalement à reformuler la distinction des deux significations car la détermination de la signification langagière revient à préciser la valeur de certains faits bruts dans l'institution du langage. L'usage du terme « signification » à propos de la valeur juridique est donc légitime[5] sous réserve de ne pas oublier que l'originalité de la signification langagière demeure puisqu'elle est basée sur une règle constitutive langagière. Nous confirmons ici sous une nouvelle formulation le refus d'assimiler les opérations de qualification et d'interprétation car un tel choix nous conduirait à négliger les particularités de chacune des règles constitutives en cause[6]. La séparation des règles constitutives permet de comprendre la particularité de la production normative tout en maintenant l'unité de la qualification, qu'elle porte sur un meurtre ou sur une loi. Finalement, l'expression « norme constitutionnelle » désigne la survenance combinée de deux faits institutionnels basés sur un acte matériel unique[7]. L'énoncé « X est une norme constitutionnelle » sera vrai si et seulement si les conditions de réussite de l'acte de langage constitutionnel sont satisfaites par le fait brut « X ». La catégorie dogmatique de constitution est définie par la règle constitutive de l'acte ou de la norme constitutionnelle, c'est-à-dire l'ensemble des conditions juridiques de réussite de l'acte de langage constitutionnel. La notion de signification objective est éclairée

---

[1] Des idées proches peuvent être trouvées sous le nom de « *rules of rejection* » (ALCHOURRON Carlos et BULYGIN Eurgenio, *Normative Systems*, Vienne, New York, Springer-Verlag, 1971, p. 72) ou de « *defeasibility* » (BAKER Gordon, « Defeasibility and Meaning », *in Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, précité, p. 34)

[2] Pour une vision opposée, voir OST François, « Essai de définition et de caractérisation de la validité juridique », *in* RIGAUX François, HAARSCHER Guy et VASSART Patrick (dir.), *Droit et pouvoir*, Bruxelles, Story-Scienta, 1987, p. 102. Cet auteur lie existence et validité subjective et régularité et validité objective au risque d'ignorer l'objectivité de l'existence.

[3] Ce rapport spécifique de l'annulation aux règles constitutive et régulative permet de rendre compte de la production de normes annulant des normes existantes mais irrégulières. L'idée selon laquelle une approche institutionnaliste nierait tout rôle aux organes de contrôle semble donc exagérée (pour un avis contraire, voir TUSSEAU Guillaume, *op. cit.*, p. 186).

[4] Notons que nous ne préjugeons pas à ce stade de l'ampleur de la discrétion dont jouissent les autorités d'application du droit dans l'opération de qualification. Rien n'empêche *a priori* de les considérer comme totalement libres quant à la valeur institutionnelle de tel ou tel fait en soutenant que ce sont elles qui créent les normes constitutives.

[5] Elle correspond à un usage spécifique de ce terme dans l'étude des faits sociaux pour désigner les représentations partagées par les acteurs (voir par exemple LANG Wieslaw, « The Ontology of Law », *in Sprache…*, précité, p. 226).

[6] Cette idée confirme la nécessité de refuser la présentation de la qualification comme une forme d'interprétation (voir *supra*, p. 126) car rien ne permet *a priori* de supposer que les règles constitutives de deux institutions distinctes (le langage et le droit) partagent le même mode d'existence ou sont utilisées de la même manière. Cette assimilation entre deux types de règles constitutives mérite au moins une justification argumentée.

[7] L'importance de l'acte matériel permet de souligner que le processus de production normative consiste en une combinaison entre des faits bruts et des règles constitutives variées. Il n'est donc pas réductible à une simple dérivation entre normes. L'impression inverse est donnée par la confusion des deux sens du terme « signification ».

par sa mise en relation avec les théories des actes de langage et des faits institutionnels, ce qui permet de comprendre l'identification constitutionnelle dans toute sa complexité. L'orientation proposée a en outre des conséquences sur la théorie générale (2).

2. LE RENOUVEAU PERMIS PAR LA THEORIE DES FAITS INSTITUTIONNELS

La théorie des faits institutionnels a l'ambition d'être une théorie sociale générale. Y faire référence a donc des implications inévitables qu'il nous faut exposer ici. Notons que nous faisons pour le moment référence à une version minimale de la théorie des faits institutionnels dans laquelle le mode d'existence des règles constitutives n'est pas déterminé. L'expression « règle constitutive » désigne à ce stade la formulation qu'il est possible de donner à certaines normes au regard de leur fonction sociale[1]. Cela n'empêche pas que le choix d'une approche institutionnelle mène au rejet de certaines théories classiques. Si nous avons pu voir que l'ontologie et l'épistémologie étaient arbitraires, l'adhésion à une explication spécifique des relations entre l'acte matériel d'édiction et la norme rend inutiles plusieurs théories relativement coûteuses qui sont souvent utilisées pour décrire le processus de création normative et la place des normes originaires[2]. La dissipation de l'incertitude entourant le mode d'existence des normes rend surabondante toute explication métaphysique. La validité de la constitution est un fait social comme un autre qui ne doit rien à l'intervention d'un souverain considéré comme une puissance magique. Le fait de comprendre la validité comme la réussite d'un certain type d'actes de langage évite aussi le dualisme ontologique auquel aboutit parfois le normativisme. Le schéma kelsénien reposant sur les rapports entre normes validante et validée peut mener dans certains cas à considérer que les normes existaient dans un monde distinct[3]. La préférence pour un schéma institutionnaliste prenant en compte l'acte et la norme rattache cette dernière à notre monde en y voyant simplement une signification langagière[4]. La signification objective s'inscrit dans les faits sociaux à travers le langage et ne

[1] L'institutionnalisme prôné par Searle a des conséquences ontologiques fortes (voir *infra*, p. 266 et s.). Cependant, il n'est pas nécessaire d'y adhérer intégralement pour soutenir que l'usage du terme « constitution » dépend de la satisfaction des conditions posées par des règles langagière et juridique spécifiques et qu'il est impossible de le définir sans tenir compte de ces règles. La théorie des faits institutionnels est utilisée comme un complément des théories de la double signification et des actes de langage pour élucider le concept de constitution et non comme une approche totalement autonome.

[2] Le rapport direct et évident qu'entretiennent ces normes avec des faits matériels d'édiction qui ne sont pas susceptibles de qualification par une norme juridique donne en effet une acuité particulière à la question des relations entre les faits matériels et le droit qui complique l'élucidation de la constitution.

[3] Les rapports entre Kelsen et le dualisme ontologique seront détaillés dans le chapitre suivant. Notons pour le moment que de nombreux auteurs décèlent dans la théorie pure du droit des tendances dualistes manifestes. Voir ainsi, PATTARO Enrico, « Validité et pouvoir », *in* RIGAUX François *et alii*, *op. cit.*, p. 150 ou GUASTINI Riccardo, « Normativism or the Normative Theory of Legal Science : Some Epistemological Problems », *in* PAULSON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 318.

[4] Ce n'est pas la norme supérieure qui donne à un acte sa signification de norme. Pour un avis contraire, voir TROPER Michel, « La pyramide est toujours debout, réponse à Paul Amselek », *RDP* 1978, p. 1529.

peut plus être considérée comme le point de contact entre deux modes distincts, ceux de l'être et du devoir-être[1]. La plupart des critiques dont elle fait l'objet manquent alors leur cible[2]. Notons que nous ne renonçons pas pour autant au principe de Hume, qui est l'un de nos présupposés positivistes, car l'opposition entre être et devoir-être se déplace simplement depuis le plan ontologique jusqu'au plan langagier et logique[3]. En outre, le volontarisme consistant à présenter les normes comme l'expression d'une volonté concrète ou abstraite (de l'État, du peuple…) ne constitue plus une nécessité[4] car la théorie de la double signification propose une conception de l'existence des normes détachée de ce courant. Ce constat est d'autant plus important qu'une forme modérée de volontarisme reste très présente dans la théorie générale du droit à travers la référence récurrente au concept d'acte de volonté que l'on observe chez Kelsen[5] et qui est reprise par de nombreux auteurs[6] dans le prolongement d'un très lourd héritage[7]. Or, cette notion est assez obscure car elle ne fait *a priori* pas référence à un fait psychologique clairement identifié[8] ce qui rend son statut et son importance mystérieux[9]. L'acte de volonté ne nous paraît pouvoir être étudié qu'en tant qu'il est porteur d'une signification et il est donc avantageusement remplacé par le concept plus clair d'acte de langage. La théorie de la double signification permet donc d'éviter toute référence à l'acte de volonté dans l'existence de la norme. Certes, l'intentionnalité joue un rôle dans ce cadre mais d'une part elle ne souffre pas des défauts du concept d'acte de volonté et d'autre part son influence concerne la signification langagière (S1) et non la valeur

---

[1] Cette limitation aux faits sociaux revient à adhérer à la « *facticity thesis* » à la suite du positivisme anglo-saxon et non à la « *normativity thesis* » soutenue par Kelsen qui estime que les normes ne sont en aucun cas des faits (PAULSON Stanley, « Continental Normativism and its British Counterpart : How Different Are They ? », *Ratio Juris* 1993, p. 240). Cette dernière thèse est aussi partagée par les jusnaturalistes (OPALEK Kazimierz, « The Problem of the Existence of the Norm », *in Selected Papers in Legal Philosophy*, Dordrecht, Kluwer, 1999, p. 221).

[2] Ainsi, la théorie de la production normative de Kelsen a été décrite comme impliquant de recourir à la magie pour expliquer la situation de l'acte de législation situé entre le monde des faits et celui du droit (HÄGERSTRÖM Axel, *Inquiries Into the Nature of Law and Morals*, Stockholm, Almqvist & Wiksell, 1953, p. 274).

[3] Voir *infra*, p. 300 et s.

[4] Notons que nous nous contentons ici de démontrer que le volontarisme n'est pas une nécessité absolue. Cela ne suffit pas à prouver qu'il est dépourvu d'intérêt. Nous aurons donc l'occasion de revenir sur ce courant.

[5] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, précité, p. 16 ou *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996, p. 217. Il s'agit bien sûr d'un volontarisme modéré puisque la valeur juridique de la norme signifiée par l'acte de volonté en cause ne vient pas de la force autonome de la volonté mais d'une norme supérieure.

[6] Voir par exemple, BARANGER Denis, *Le droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, PUF, 2006, p. 22 ou DAHLMAN Christian, « The Trinity in Kelsen's Basic Norm Unravelled », *ARSP* 2004, p. 152.

[7] Le lien entre acte juridique et acte de volonté est clairement établi chez des auteurs plus anciens. Voir ainsi, LABAND Paul, *Le droit public de l'empire allemand*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1901, T. II, p. 344 ; COUMAROS Nicolas, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, Thèse, Bordeaux, 1931, p. 267 ou DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd. Paris, E. de Boccard, 1927, T. I, p. 64.

[8] L'attachement à la volonté de l'État ou du parlement semble condamner tout aspect psychologique. Les rares auteurs volontaristes qui ont souhaité interroger la dimension psychologique de l'acte de volonté se sont le plus souvent basés sur des théories totalement coupées de la psychologie moderne. Pour un exemple de défense du dualisme corps-esprit, voir COUMAROS Nicolas, *op. cit.*, p. 135.

[9] Sur les difficultés de l'usage du concept de volonté dans la théorie kelsénienne de la production normative, voir PFERSMANN Otto, « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », *Droits* n°28, p. 83-98.

juridique (S2)[1]. En conséquence, l'intentionnalité n'est pas la source de la juridicité comme l'était la volonté. La recherche sur la catégorie dogmatique de constitution n'est pas celle d'un acte de volonté mais bien d'un acte de langage[2]. Dès lors rien ne dit que l'identité de l'auteur de l'acte n'ait une pertinence particulière pour la qualité de la norme juridique puisque ce n'est pas sa volonté qui est qualifiée mais la signification de l'acte de langage qu'il produit[3]. Dans ce cadre, la question de la validité des normes tient bien à la qualification de l'acte de langage qui les signifie et non à la recherche d'une habilitation de l'auteur de cet acte[4].

L'adhésion à la théorie des faits institutionnels implique également d'adopter une vision constructiviste de la réalité sociale. Elle permet d'expliquer l'importance des significations sociales conférées à certains faits bruts que l'explicitation des présupposés du langage juridique avait fait entrevoir. L'existence sociale de significations spécifiques[5] constitue un véritable univers de sens dans lequel évoluent les acteurs. Le monde social est modifié par les actes institutionnels[6], parmi lesquels des actes normatifs. L'unité du groupe social est fondée sur l'existence d'une herméneutique des acteurs qui partagent une certaine interprétation de la société et de la réalité matérielle[7]. Les sciences sociales incarnent alors une seconde herméneutique[8], autrement dit une interprétation d'interprétation : elles consistent à ajouter des significations théoriques aux significations sociales propres aux acteurs[9]. La séparation

---

[1] Entendue dans ce sens, le concept d'intentionnalité peut rappeler l'opposition tardive proposée par Kelsen entre d'un côté acte de volonté et norme et de l'autre acte de pensée et énoncé (*op. cit.*, p. 33). Toutefois, elle dépasse largement cette simple dichotomie.

[2] Cette transformation permet à la fois d'écarter tout soupçon de volontarisme et de préciser quel type de fait peut être qualifié d'acte normatif.

[3] En ce sens, voir ZIRK-SADOWSKI Marek, article précité, p. 211 ou ROSS Alf, *Directives and Norms*, précité, p. 59 et pour un avis contraire, GUASTINI Riccardo, « Rules Validity and Statutory Construction », *in* PINTORE Ana et JORI Mario (dir.), *Law and Language. The Italian Analytical School*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1997, p. 231 ; DE BÉCHILLON Denys, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 168 ou AMSELEK Paul, « Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques », *RMM* 1990, p. 406.

[4] Ce constat est particulièrement utile dans l'étude de la constitution, car son existence est très souvent reliée à l'intervention d'un « pouvoir constituant ». Celui-ci n'apparaît plus alors comme une nécessité logique.

[5] Cette notion est très répandue sous différentes formes dans la théorie sociale. Voir ainsi, SEARLE John, *La construction de la réalité sociale*, Paris, Gallimard, 1998, p. 95 ; WINCH Peter, *The Idea of Social Science and its Relation to Philosophy*, 2e éd., Londres, Routledge, 1990, p. 52 ou TAMANAHA Brian, « A Socio-legal Methodology for the Internal/External Distinction : Jurisprudential Implications », *Fordham Law Review* 2006, p. 1261.

[6] KERBRAT-ORECCHIONI Catherine, *Les actes de langage dans le discours*, Paris, Nathan, 2001, p. 167.

[7] En ce sens, voir BERGER Peter et LUCKMANN Thomas, *La construction sociale de la réalité*, Paris, Armand Colin, 2006, p. 70 ; LAGERSPETZ Eerik, *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*, Dordrecht, Kluwer, 1995, p. 208 ou MACCORMICK Neil, *Institutions of Law*, précité, p. 11.

[8] Sur cette séparation de deux niveaux d'interprétation, voir GIDDENS Anthony, *La constitution de la société*, Paris, PUF, 1987, p. 346. Plus largement, notons que la difficulté propre à l'étude de phénomènes pré-interprétés a aussi été relevée par exemple dans OST François, « Considérations sur la validité des normes et des systèmes juridiques », *Journal des Tribunaux* 1984, p. 3 ou VILLA Vittorio, « Legal Science and the Hermeneutic Point of View », *in* PECZENIK Aleksander, LINDAHL Lars et VAN ROERMUND Bert (dir.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, D. Reidel, 1983, p. 513. La défense du point de vue interne proposée par Hart est d'ailleurs décrite comme le choix d'une approche « herméneutique » (BIX Brian, « H.L.A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory », *Southern Methodist University Law Review* 1999, p. 171).

[9] C'est cette valorisation des représentations des acteurs dans l'étude des faits sociaux qui caractérise les approches compréhensives des sciences sociales par opposition aux approches strictement positivistes ou béhavioristes qui nient la pertinence de ces significations ou la possibilité de leur étude. La justification des premières tient à l'idée selon laquelle il ne serait possible de comprendre les faits sociaux qu'en utilisant les concepts communs aux acteurs (TUOMELA Raimo, *The Philosophy of Sociality. The Shared Point of View*, Oxford, OUP, 2007, p. 7).

entre théorie et dogmatique que nous avions observée dans le discours juridique doit être mise en relation avec la division plus générale entre la première herméneutique[1] socialement efficiente et la seconde herméneutique appelée à permettre la compréhension de la première[2]. La séparation entre théorie et dogmatique recoupe la séparation des deux herméneutiques et vise à éviter que l'étude du droit influence indûment son objet[3]. La catégorie dogmatique de constitution relève de la première herméneutique et doit donc être explicitée par la doctrine et non construite comme si elle se plaçait dans la seconde herméneutique. La catégorie théorique de constitution ne peut manifestement jouer aucun rôle dans la réussite d'un acte de langage, justement car elle porte sur les représentations des acteurs et n'en fait pas partie. Le nouveau rôle conféré à la catégorie dogmatique de constitution dans la théorie des faits institutionnels confirme le caractère fondamental de son opposition avec la catégorie théorique[4]. La vision constructiviste proposée présente les faits sociaux comme des réalités construites par les acteurs selon les significations conférées aux faits bruts[5]. Les normes juridiques ont alors

---

[1] Le discours dogmatique est plutôt la reprise de cette première herméneutique que sa formulation dans le sens où il s'agit avant tout d'un discours indirect qui doit décrire cette première herméneutique plutôt que d'y participer directement.

[2] Le concept de point de vue externe modéré s'inscrit parfaitement dans ce cadre. Il incarne l'approche compréhensive des sciences sociales car sa modération lui vient du fait qu'il porte sur les représentations plutôt que sur les actions non pré-interprétées par les acteurs à l'opposé du point de vue externe.

[3] Précisons que le thème de la double herméneutique est emprunté à Giddens mais qu'il n'est pas évident qu'il partage notre conception de la relation entre les deux niveaux de l'herméneutique. Il semble parfois les séparer nettement et les placer dans une relation verticale, notamment quand il affirme que « le sociologue a pour domaine d'étude des phénomènes qui sont déjà chargés de signification et qui existent en tant que tels » et que « les concepts qu'invoquent les sociologues sont d'ordre second » (*op. cit.*, p. 346). Cette disjonction n'empêche évidemment pas les acteurs de s'emparer des concepts de seconde herméneutique et de les employer par la suite dans leur pratique au prix d'un effort de « traduction » (*ibid.*, p. 347), ce qui ne contredit pas notre approche dans la mesure où les relations descendantes de la seconde herméneutique vers la première herméneutique sont alors causales et n'impliquent pas que la seconde herméneutique puisse viser à concurrencer ou à modifier la première. Toutefois, certains passages de l'œuvre de Giddens laissent transparaître une relation horizontale entre les deux herméneutiques. Il soutient ainsi que les généralisations des acteurs et des scientifiques sont « ouvertes » (*ibid.*, p. 30) et assimile la double herméneutique à une « réciprocité d'interprétation » parce que les acteurs « sont aussi des théoriciens du social » qui ne sont séparés des spécialistes par « aucune ligne de démarcation claire » (*ibid.*, p. 43). Cette compréhension horizontale est soutenue par certains de ses interprètes (NIZET Jean, *La sociologie de Anthony Giddens*, Paris, La Découverte, 2007, p. 27) et conduit Giddens à estimer que les théories des sciences sociales peuvent à terme être « constitutive de notre monde social » (*op. cit.*, p. 45) et que « les sciences sociales entrent dans la constitution même de 'leur monde' » comme l'illustre l'intégration par les acteurs des préconisations de Machiavel sur le pouvoir politique (*ibid.*, p. 416). Nous pouvons tout à fait admettre cette présentation sur le plan descriptif, c'est-à-dire admettre que les sciences sociales risquent toujours de modifier leur objet, mais pas sur le plan épistémologique prescriptif : au regard des présupposés positivistes assumés précédemment (voir *supra*, p. 58), nous estimons qu'il faut chercher autant que possible à maintenir le caractère descriptif de notre activité, sans oublier pour autant qu'elle peut avoir des effets causaux non désirés. Cette position nous impose de respecter une stricte séparation entre les deux niveaux de l'herméneutique : l'utilité des concepts de seconde herméneutique (théoriques) ne sera pas évaluée en fonction de leurs effets éventuels sur la première herméneutique et leur création ne visera en aucun cas à modifier la première herméneutique. Cette approche ne s'oppose pas directement à celle défendue par Giddens mais implique une distance avec sa compréhension des sciences sociales comme des disciplines appelées à critiquer en partie le « sens commun » des acteurs (*ibid.*, p. 402). Ce but est difficilement transposable à l'étude du droit car la critique envisagée par Giddens concerne surtout la compréhension qu'ont les acteurs des causes des phénomènes sociaux et ne peut *a priori* être transposée dans une discipline qui ne s'occupe pas de causalité et qui est confrontée à une première herméneutique formalisée et prescriptive : le discours juridique ne décrit pas des phénomènes sociaux mauis prétend les régir ce qui dote ses catégories d'une dimension autoritaire qui l'oppose à la première herméneutique que rencontrent ordinairement les sociologues et qu'ils pourraient critiquer selon Giddens. Ajoutons que la dimension constitutive de certains termes que nous défendons (voir *infra*, p. 249 et s.) relativise aussi les possibilités de critique.

[4] Notons que si le constructivisme est parfaitement en adéquation avec la séparation entre dogmatique et théorie, celle-ci est imposée même dans une vision positiviste non-constructiviste. La démonstration menée dans le chapitre préliminaire reste autonome, même si elle gagne à être combinée avec une démarche constructiviste générale.

[5] BERGER Peter et LUCKMANN Thomas, *op. cit.*, p. 73.

entre autres la fonction de construire une certaine réalité sociale[1]. La cohérence est ici totale avec l'impératif positiviste imposant de considérer le droit comme un fait social, même si ce dernier n'impose pas une approche constructiviste puisqu'il existe d'autres conceptions des faits sociaux. Finalement, les conséquences de la théorie de la double signification sur la théorie générale que nous allons employer ne doivent pas être sous-estimées. Cependant, la décomposition de la notion de constitution a des implications plus directes sur la suite de notre travail car elle permet de se concentrer sur la deuxième signification (B).

B. La concentration sur la deuxième signification

Au regard des éclaircissements apportés par la théorie de la double signification, la catégorie dogmatique de constitution ne couvre pas l'ensemble de l'opération d'identification des normes constitutionnelles. Elle ne concerne que S2 et son élucidation gagne donc à porter sur l'acte constitutionnel plutôt que sur la norme constitutionnelle (1) ce qui a pour effet d'exclure le concept de bloc de constitutionnalité du champ de notre recherche (2).

1. UN TRAVAIL LIMITE A LA DEUXIEME SIGNIFICATION DE L'ACTE CONSTITUTIONNEL

L'identification constitutionnelle complète passe par la détermination de la signification langagière (S1) et de la nature juridique (S2) de l'acte matériel constituant. L'acquisition de la signification langagière (S1) ne dépend pas de la réussite institutionnelle juridique de l'acte en question et pose donc des questions relevant avant tout de l'étude du langage. L'élaboration de la définition dogmatique de la constitution doit se concentrer sur la constitutionnalité (S2) au détriment de la normativité (S1) car celle-ci n'est jamais spécifiquement constitutionnelle. Puisque l'appartenance à une catégorie dogmatique n'a pas d'effet direct sur la signification langagière, son étude n'exige pas de s'intéresser spécialement à cette dernière. L'étude de l'usage du terme « constitution » vise à connaître les critères qui font d'une prescription (S1) déterminée une norme constitutionnelle et non les conditions qui font d'un acte matériel, une prescription. En outre, quand l'on évoque l'adaptation de la constitution, il ne s'agit pas d'un nouveau sens des actes constitutionnels mais de l'émergence d'actes constitutionnels atypiques. C'est un problème de qualification et non d'interprétation. Les problèmes

[1] Nous retrouvons ici l'idée d'utilisation des normes comme « schéma d'interprétation » proposée par Kelsen (*Théorie pure du droit*, précité, p. 12) et reprise par Ross (*On Law and Justice*, précité, p. 17). Cependant, Kelsen n'a jamais vraiment développé un constructivisme général appuyé sur cette idée et Ross semble surtout décrire les normes comme un schéma d'interprétation à l'usage des scientifiques qui leur permet de donner une cohérence à une série de comportements effectifs des acteurs. Son approche réaliste, marquée par le point de vue externe (voir *infra*, p. 202 et s.) s'oppose au constructivisme proposé ici.

d'interprétation ne seront donc pas traités dans notre travail de définition de la constitution. La dissociation entre les deux significations montre que ce choix est admissible sans difficulté même s'il rompt avec la tendance générale à centrer l'étude de la constitution sur celle de son interprétation et des problèmes qu'elle pose (degré de liberté du juge, changement de sens du texte…). L'autonomie de la deuxième signification permet de laisser de côté l'interprétation pour limiter notre travail à la détermination du contenu de la règle constitutive de constitution.

Quoi qu'il en soit, le choix de la nature juridique (S2) au détriment de la signification langagière (S1) laisse ouverte l'alternative entre la réflexion sur la nature juridique de l'acte et celle de la norme. Nous estimons qu'il convient de se concentrer sur celle de l'acte. En effet, même si nous entendons définir la notion de norme constitutionnelle, il serait justifié de chercher à définir en priorité l'acte constitutionnel dans le cas où la nature juridique (S2) de la norme dépendrait totalement de celle de l'acte qui la signifie. Un certain nombre d'éléments du discours du droit français plaident pour cette solution. Tout d'abord, l'organisation même du système juridique français montre une forte dépendance des normes aux actes[1]. Ainsi, quand des questions de qualification se posent, le raisonnement juridique, et notamment juridictionnel, part clairement de l'acte pour aller vers la norme et non l'inverse : il se base sur un support matériel (article de loi…) et non sur une prescription quelconque à laquelle il faudrait ensuite trouver une valeur juridique. L'importance prêtée à l'interprétation dans les travaux théoriques et dogmatiques actuels va dans le même sens car elle exige d'abord la présence d'un texte, et donc d'un acte, avant de mener une quelconque réflexion sur la norme. L'importance structurelle des actes normatifs n'est pas étonnante car la création volontaire du droit implique que la nature juridique de la norme dépend de celle de l'acte sous peine de faire perdre toute particularité aux organes habilités à créer du droit[2] et aux différences procédurales, pourtant très présentes dans le droit moderne. Seule une qualification basée sur les actes permet de répartir les fonctions juridiques de direction de la société. L'état actuel du discours du droit français confirme ces tendances structurelles car le rôle central de la Constitution de 1958 n'est absolument pas contesté. Les débats portent sur les normes qu'elle signifie mais pas sur la valeur de ces normes : toute norme signifiée par cet acte a clairement valeur constitutionnelle. Cette situation ne date pas de 1958 car les interrogations répétées sur les actes originaires n'ont de sens que si la valeur de ces actes dans leur intégralité peut avoir

[1] Nous ne tenons bien sûr pas compte ici du cas des normes sans actes car il ne concerne pas la constitution. Notons par ailleurs qu'il ne s'agit pas d'une caractéristique du seul droit français mais plutôt du droit moderne dans son ensemble. Pour un exemple en droit international, voir REUTER Paul, « Principes de droit international public », *RCADI* 1961-II, p. 462.

[2] Si la qualification porte directement sur la norme sans tenir compte de l'acte, elle dépend d'une signification et non de l'autorité qui a signifié cette norme. N'importe qui peut alors créer du droit.

une pertinence juridique spécifique. La perspective de l'adaptation renforce notre intérêt pour l'acte au détriment de la norme. Ainsi, si nous entendons revenir à la qualification du traité établissant une Constitution pour l'Europe, il est manifeste qu'il s'agira de déterminer la nature juridique d'un acte dans son ensemble et non d'une norme spécifique. Les coutumes constitutionnelles éventuelles ne poseraient pas non plus de problème particulier car il ne s'agit pas *stricto sensu* de normes sans actes puisque leur existence dépend d'une contrepartie matérielle qui doit faire l'objet d'une qualification. Rappelons pour terminer qu'une catégorie dogmatique d'acte n'est pas forcément définie formellement. La plupart des éléments cités sont ainsi compatibles avec une définition mixte (matérielle et formelle) de l'acte constitutionnel.

L'intérêt exclusif pour la nature juridique d'acte constitutionnel tranche avec la négation du rôle des actes dans la production normative, surtout dans le domaine constitutionnel[1]. La théorie de la double signification nous permet d'utiliser une notion d'acte constitutionnel clairement distingué de la norme. C'est en cela qu'elle contribue de manière déterminante à l'élucidation des usages du terme « constitution » dans le discours du droit. Le choix de l'acte contre la norme modifie le type de critères qui définiront la catégorie et implique de dissocier la catégorie dogmatique de constitution du bloc de constitutionnalité (2).

2. LA DISSOCIATION DE LA CATEGORIE DOGMATIQUE DE CONSTITUTION ET DU BLOC DE CONSTITUTIONNALITE

Le concept de bloc de constitutionnalité a été popularisé par Favoreu pour désigner l'ensemble des normes utilisées par le Conseil constitutionnel dans le contrôle de constitutionnalité des lois[2]. Il s'agissait à l'origine d'une notion technique, inspirée du droit administratif[3], qui désignait divers types de normes[4]. Elle a ensuite été réduite aux seules normes à valeur constitutionnelle[5] et de ce fait présentée comme ayant vocation à servir de référence pour définir la constitution[6]. Il n'y aurait plus alors de différence entre bloc de

---

[1] Voir par exemple BARANGER Denis, « Les constitutions de Michel Troper », *Droits* n°37, p. 123. Sans que cela soit systématique, l'étude de la loi semble laisser une place plus importante à la notion d'acte législatif. Voir ainsi BAUDREZ Maryse, *Les actes législatifs du gouvernement en Italie*, Paris, Economica, 1994, p. 53 ou AUBY Jean-Marie et DRAGO Roland, *Traité de contentieux administratif*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1984, T. I, p. 120.

[2] FAVOREU Louis, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 47.

[3] *Ibid.*, p. 47.

[4] FAVOREU Louis, « Les normes de référence », *in Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Paris, Economica, 1988, p. 69.

[5] FAVOREU Louis, « Bloc de constitutionnalité », *in* DUHAMEL Olivier et MÉNY Yves (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 87.

[6] Louis Favoreu y voyait une « conception extensive de la notion de constitution » (« Le principe… », précité, p. 36) avant d'estimer que « ayant rempli son office, [elle] est appelée à disparaître au profit de celle de Constitution » (« Bloc… », précité, p. 89) désormais comprise comme ayant « 135 articles » (FAVOREU Louis et RENOUX Thierry, « Rapport général

constitutionnalité et constitution : l'usage du terme « constitution » à propos d'une norme serait conditionnée par l'appartenance de cette dernière au bloc de constitutionnalité. Une telle vision ne peut que nous intéresser puisqu'elle se rattache à l'identification constitutionnelle et même à la définition dogmatique de constitution plutôt qu'à une classification théorique[1]. Pourtant, elle est diamétralement opposée à la nôtre car elle suggère de centrer la définition sur la norme en négligeant totalement l'acte constitutionnel : le bloc de constitutionnalité est une liste de normes et non d'actes. Dans le système juridique français, la construction du bloc de constitutionnalité s'est basée sur l'interprétation de la constitution. Les grandes étapes sont connues, la principale étant bien étendu la fameuse décision de 1971[2] qui affirme la valeur constitutionnelle des normes auxquelles se réfère le préambule de la Constitution malgré un sens originel plutôt opposé[3]. Sans se prononcer sur le bien-fondé de cette décision, nous pouvons constater que seule la signification langagière de la Constitution est en cause. Même si la motivation n'est pas explicite, la référence au préambule de la Constitution dans les visas montre que tout tient à l'interprétation donnée de l' « attachement » du peuple français aux droits exprimés par la Déclaration de 1789 et le préambule de 1946 qu'évoque le préambule du texte de 1958[4]. La décision de 1971 revient simplement à interpréter ce terme comme conférant une qualité constitutionnelle aux textes en cause. Non seulement, seule la signification langagière est en jeu mais en plus la normativité des textes de 1946 et 1789 n'est pas questionnée[5] : seul le sens d'un ou deux mots de la Constitution de 1958 est concerné. La valeur du raisonnement du Conseil constitutionnel dépend d'une question d'interprétation et non de qualification[6]. De même, les questionnements sur la présence de telle ou telle norme

---

introductif », *in La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, p. 18). Cette définition de la constitution a largement été reprise. Voir ainsi BARANGER Denis, *op. cit.*, p. 30 ; CHAGNOLLAUD Dominique, *Droit constitutionnel contemporain*, Paris, Dalloz, 2005, T. II, p. 335 ou MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, « Les normes de référence extra constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in Constitution et finances publiques. Études en l'honneur de Loïc Philip*, Paris Economica, 2005, p. 155.

[1] Cette idée peut paraître étonnante puisque ce terme a été inventé par la doctrine et n'est utilisé que par elle mais il est présenté comme susceptible de servir dans les raisonnements juridiques pour déterminer l'effet des normes.

[2] Cons. const., n°71-44 DC du 16 juillet 1971. Notons que le Conseil d'Etat avait précédé le Conseil constitutionnel dans un arrêt un peu obscur (CE Sect., 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs conseils, *Rec.* p. 394).

[3] En ce sens, voir MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, p. 262. Les bases permettant de dégager le sens originel du texte de 1958 sont toutefois discutées car les travaux préparatoires n'étaient pas connus du peuple lorsqu'il l'a adopté par référendum (VEDEL Georges, « La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité », *in La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans la jurisprudence*, Paris, PUF, 1989, p. 44).

[4] Sur l'importance de la référence présente dans le préambule, voir FAVOREU Louis et RENOUX Thierry, article précité, p. 15. L'ambiguïté du terme « attachement » avait d'ailleurs été relevée bien avant 1971. Voir ainsi, GEORGEL Jacques, « Le préambule de la Constitution de 1958 », *RDP* 1960, p. 93.

[5] La décision de 1971 ne porte pas sur le vieux débat concernant la normativité (S1) des textes visés par le préambule mais bien sur leur valeur constitutionnelle. Elle marque le passage de la qualité de prescription a-juridique à celle de prescription constitutionnelle et non celui d'énoncé descriptif à énoncé prescriptif. Pour une position opposée, voir SABÈTE Wagdi, « La description des normes en droit public au défi de la théorie de la connaissance scientifique », *RRJ* 2002-2, p. 677.

[6] Pour un avis contraire, voir TROPER Michel, « Une théorie réaliste de l'interprétation », *in La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 76. Le professeur Troper reprend à propos de la Déclaration de 1789 sa confusion volontaire entre interprétation et qualification que nous avons dénoncée lors de l'exposé de la théorie de la double signification. Si l'on sépare

dans le bloc de constitutionnalité sont le plus souvent de simples problèmes d'interprétation des textes de 1789 et de 1946. La valeur juridique des normes en cause repose en réalité sur celle de l'acte de 1958[1]. L'idée de bloc de constitutionnalité n'offre donc pas vraiment une nouvelle définition de la constitution ou une explication alternative à la valeur juridique des normes constitutionnelles mais confirme au contraire les remarques que nous avons pu faire sur l'importance de l'acte pour la valeur juridique de la norme. Il ne nous intéresse pas ici car s'il peut être doté d'un intérêt technique, il ne peut remplacer le concept de constitution. Le problème posé par la nature juridique de l'acte originaire reste entier car le bloc de constitutionnalité vise surtout à regrouper des normes dérivées assez tardivement de cet acte.

Cependant, l'appréciation de cette théorie pourrait être différente face à une autre vision du bloc de constitutionnalité qui reposerait sur l'intégration de normes qui n'auraient aucune espèce de rapport avec le texte de 1958. Une première version assez modeste de cette idée repose sur l'évocation de l'existence de principes à valeur constitutionnelle non-écrits[2]. Néanmoins, il est envisageable de les rattacher au texte en y voyant une forme d'interprétation du terme « constitution » qui contribue à déterminer la compétence du Conseil constitutionnel dans l'article 62 de la Constitution. Dans tous les cas, cette théorie est pour l'essentiel abandonnée[3] et peut difficilement être reliée à la pratique récente du Conseil constitutionnel

---

ces deux éléments, le lien établi occasionnellement entre reconnaissance de la valeur des textes auxquels renvoie le préambule et définition matérielle de la constitution (DÉCHAUX Raphaël, « Le principe d'identification des normes en droit constitutionnel », *in* PONTIER Jean-Marie (dir.), *Les principes et le droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, p. 228) semble abusif car la décision de 1971 s'explique parfaitement sans passer par une nouvelle définition de la constitution que la pratique du Conseil n'indique en aucun cas. De ce fait, nous ne nous prononcerons pas sur les reproches adressés à l'interprétation parfois considérée comme trop libre du Conseil constitutionnel (pour un exemple, voir SAVY Robert, « La constitution des juges », *D.* 1983, p. 110) puisqu'ils ne concernent pas l'identité des actes constitutionnels en droit français.

[1] Les normes citées par la doctrine et *a fortiori* par les juges sont toujours rattachées au texte de 1958 soit directement, soit indirectement à travers un renvoi : elles ne reposent pas sur une définition autonome de la constitutionnalité. La technique des renvois est d'ailleurs assez problématique car il semble que selon les cas le Conseil constitutionnel en déduise la constitutionnalité des normes visées (Déclaration de 1789…) ou s'en sert lors du contrôle de constitutionnalité sans y voir une norme constitutionnelle (lois organiques, normes européennes visées par les articles 88-1 et 88-3…). Cela incite la doctrine récente à distinguer soit la Constitution et le bloc de constitutionnalité (GENEVOIS Bruno, « Normes de référence du contrôle de constitutionnalité et respect de la hiérarchie des normes en leur sein », *in L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 324) soit les normes de référence et le bloc de constitutionnalité (ROBLOT-TROIZIER Agnès, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française*, Thèse, Paris II, 2005, p. 34 et 219). Ces précisions récentes sont très intéressantes mais tiennent encore une fois à l'interprétation de l'acte de 1958 et non à la définition des actes constitutionnels et n'ont donc pas vocation à être détaillées ici.

[2] Pour un exemple, voir MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, *op. cit.*, p. 276. Ces principes incarneraient l'une des « sources complémentaires » dont le professeur Moderne a rejeté l'existence (« Existe-t-il des sources complémentaires à la Constitution dans la jurisprudence constitutionnelle française ? », *LPA* 1992, n°121, p. 15) et impliqueraient une nouvelle définition de la catégorie dogmatique de constitution susceptible de permettre leur identification en tant que normes originaires au même titre que celle de la constitution historiquement première. Leur valeur constitutionnelle ne devrait alors rien à l'interprétation de l'acte de 1958. Cette idée n'est d'ailleurs pas purement française et connaît par exemple des équivalents aux États-Unis (LEVINSON Stanley, « The Constitution in American Civil Religion », *SCR* 1979, p. 132).

[3] En ce sens, voir PONTHOREAU Marie-Claire, *La reconnaissance de droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française*, Paris, Economica, 1994, p. 131 ; FAVOREU Louis, « Rapport introductif », *in* AVRIL Pierre et VERPEAUX Michel (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2000, p. 15 ou VEDEL Georges, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs* n°67, p. 82. Voir, pour un avis contraire, LAVROFF Dmitri Georges, « Le Conseil constitutionnel et la norme constitutionnelle », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, Grenoble, PUG, 1995, p. 359. Précisons toutefois que cet auteur entend surtout critiquer la liberté prise par les interprétations du Conseil constitutionnel avec le texte ce qui relativise son apport au problème qui nous occupe. Cette

qui cite toujours des fondements textuels, même quand il applique des principes dont l'origine est pour le moins incertaine[1]. Les quelques décisions anciennes qui avaient pu semer le trouble[2] n'ont pas vraiment connu de postérité et n'ont jamais donné lieu à l'évocation expresse d'une source alternative de droit par le Conseil constitutionnel. Même en admettant la valeur de cette proposition, seuls certains éléments du bloc de constitutionnalité relèveraient de la qualification. La seconde version de cette théorie étendue du bloc de constitutionnalité s'incarne dans la valorisation systématique d'une capacité de création juridictionnelle détachée du texte. Un exemple populaire est fourni par la théorie de l'ordre constitutionnel qui décrit un Conseil sélectionnant matériellement les normes constitutionnelles selon certains impératifs assez flous[3]. Cette théorie semble bien relever de la qualification plutôt que de l'interprétation[4]. Elle se place donc dans le champ de nos investigations et appellera une réponse postérieure. Pour résumer, le cœur des constructions consacrées au bloc de constitutionalité n'a pas vocation à retenir notre attention car il concerne uniquement l'interprétation de l'acte constitutionnel de 1958. Certaines formes alternatives pourront en revanche nous intéresser mais leur capacité à se substituer à la catégorie dogmatique de constitution reste encore à évaluer.

L'exploitation des acquis de la théorie de la double signification pour expliciter le concept d'identification constitutionnelle donne les bases indispensables à la poursuite de la recherche dogmatique sur la constitution en droit français. Son intérêt est précisé au regard de la fonction spécifique de la catégorie dogmatique de constitution dans l'existence même des normes constitutionnelles. L'incertitude sur la capacité d'une norme à être un fait, qui perturbait l'élucidation de cette catégorie, est dissipée par la théorie de la double signification.

---

position illustre bien un déplacement du débat qui porte moins sur l'existence valable de principes non-écrits que sur la possibilité de les rattacher au texte, autrement dit, un déplacement de la qualification vers l'interprétation.

[1] Pour un bon exemple, voir le cas du principe de normativité de la loi fondé sur l'article 6 de la Déclaration de 1789 (« La loi est l'expression de la volonté générale ») et sur « l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelles relatives à l'objet de la loi » (Cons. const., n°2005-512 DC du 21 avril 2005). Notons que nous ne prétendons pas ici que le Conseil a historiquement respecté un éventuel sens originel du texte mais simplement qu'il n'a jamais prétendu s'en écarter.

[2] Pour un exemple, voir la décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979 qui affirme le principe de continuité du service public.

[3] Cette théorie a été proposée par le professeur Blanquer (« L'ordre constitutionnel d'un régime mixte. Le sens donné à la Constitution par le Conseil constitutionnel », *RDP* 1998, p. 1526-1540 et « Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel », *in Libertés. Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, p. 227-238) et reprise notamment par les professeurs Lavroff (« À propos de la Constitution », *in L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 289) et Pactet (« Complexité et contradictions de l'ordre constitutionnel sous la Ve République », *in Les mutations du droit public. Mélanges Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 426).

[4] Plus précisément, il est possible de lire cette théorie soit comme mettant en avant la nécessité de pratiquer une interprétation systématique de la Constitution soit comme affirmant l'existence de principes non-écrits imposés par une cohérence idéologique qui n'a pas de rapport direct avec le texte de 1958. En effet, le professeur Blanquer affirme certes qu'il faut « adapter progressivement l'interprétation de la Constitution » mais aussi que « le statut d'un droit ou d'une liberté ne dépend […] pas d'une quelconque définition organique mais de sa qualité substantielle » (« L'ordre constitutionnel… », précité, p. 1529 et 1538). La première idée se rapporte à l'interprétation quand la seconde concerne plutôt la qualification.

La notion de signification objective de constitution n'est plus mystérieuse car la source de son objectivité est précisée : il s'agit de la règle constitutive de constitution. La définition dogmatique de la constitution passe donc par l'étude de cette règle constitutive[1]. Or, pour pouvoir formuler des énoncés vrais sur cette définition, il faudrait être en mesure de connaître cette règle constitutive et de déterminer les conditions de vérité des énoncés qui prétendent la décrire. La capacité à dégager les critères juridiques de la catégorie dogmatique de constitution est clairement suspendue à la compréhension du mode d'existence de cette règle constitutive car celle de sa fonction ne saurait suffire. Il faut alors réexaminer les théories générales répandues sur la source de validité de la constitution pour voir si elles peuvent fournir une base à la connaissance de la règle constitutive et donc être combinées avec le schéma construit dans le cadre de la théorie de la double signification (Chapitre II).

[1] Ici, une précision s'impose car la définition d'une catégorie dogmatique peut en principe reposer soit sur la reprise d'une définition stipulative figurant dans le discours du droit soit sur une définition lexicale basée sur l'usage du terme désignant la catégorie dans des normes juridiques valides. Quelle que soit la solution retenue, la règle constitutive aura son rôle à jouer. Cette remarque semble évidente si l'on entend chercher une définition stipulative dans le discours du droit mais vaut aussi pour la définition lexicale car seul l'usage du terme dans des normes valides peut nous intéresser. Or, puisque l'existence de la Constitution ne peut logiquement dépendre des normes qu'elle valide et que l'usage qu'elle fait du terme « constitution » ne peut pas non plus participer à la définition qui donne une validité à l'acte originaire dans lequel figure cet usage, seul un usage dans un niveau normatif indéterminé susceptible de fixer implicitement la règle d'usage du terme « constitution » peut nous intéresser. Cet usage déterminera alors la règle constitutive et pose les mêmes problèmes de mode d'existence.

Chapitre II : Les carences des voies classiques d'identification des normes constitutionnelles

La partie de l'identification constitutionnelle qui nous intéresse est désormais clairement spécifiée : il s'agit de la qualification d'un acte de langage doté d'une signification objective de norme constitutionnelle. La définition dogmatique de la constitution repose sur les critères applicables dans cette opération. Cependant, pour pouvoir déterminer avec certitude ces critères, il faut savoir comment ils sont fixés. Dès lors, notre capacité à rendre compte de la définition dogmatique de la constitution dépend de notre connaissance du mode d'existence de la règle constitutive qui régit l'apparition des normes constitutionnelles en tant que faits institutionnels. Les propositions doctrinales sur ce sujet sont peu abondantes en raison de l'imprécision des représentations du processus de production normative et du désintérêt pour l'identification constitutionnelle. Toutefois, les théories en place doivent être évaluées sous leur forme la plus cohérente et la plus convaincante. Il convient donc de reconstruire les principales postures doctrinales pour tenter d'y puiser des solutions à la question qui se pose à nous. Ainsi, les théories portant sur le fondement de la constitution devront être reformulées pour préciser leur contribution potentielle à l'identification constitutionnelle. Les énoncés dogmatiques consacrés à la constitution sont logiquement notre première source d'inspiration (Section 1) mais nous ne devons pas oublier les apports de la théorie générale du droit. Cette idée semble contredire l'autonomie du discours dogmatique que nous défendons mais elle est justifiée par les particularités des normes constitutionnelles originaires. Elles ne dépendent en effet d'aucune norme positive connue ce qui leur donne un aspect mystérieux[1], ou en tout cas original[2]. Cette position confronte les auteurs désireux d'expliquer leur existence à une régression vers l'infini[3] : si une norme N1 qualifie certains faits de constitution, il faut alors une norme N2 qui qualifie N1 et ainsi de suite jusqu'à l'infini. Il faut couper cette régression pour pouvoir décrire le droit positif de manière fondée[4]. Étant donné que la théorie générale du droit doit fournir les bases de la dogmatique, cette difficulté qui empêche la connaissance objective du droit ne peut que la concerner. L'impossibilité de rendre compte de

[1] AGUILA Yann, *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 42.
[2] GÉRARD Philippe, « Validité juridique et souveraineté », *in* RIGAUX François, HAARSCHER Guy et VASSART Patrick (dir.), *Droit et pouvoir*, Bruxelles, Story-Scienta, 1987, p. 78.
[3] Ce problème a évidemment été souligné par Kelsen (*Théorie pure du droit*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1999, p. 53) mais il se pose bien au-delà de la seule théorie pure du droit. Pour une explication des facteurs menant inévitablement à cette régression vers l'infini, voir BLACK Oliver, « Legal Validity and the Infinite Regress », *Law and Philosophy* 1995, p. 340. Précisons que ce problème propre au droit ne se confond pas avec la régression vers l'infini que l'on rencontre lorsque l'on recherche les bases de la connaissance empirique (voir POPPER Karl, *La logique de la découverte scientifique*, Paris, Payot, 1982, p. 45).
[4] En ce sens, voir par exemple MACCORMICK Neil et BANKOWSKI Zenon, « La théorie des actes de langage et la théorie des actes juridiques », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, p. 197.

l'identification constitutionnelle en se servant de la méthode dogmatique la plus éprouvée, c'est-à-dire l'utilisation de normes positives[1], en fait un problème d'ordre épistémologique relevant de la théorie générale du droit. Des solutions issues de la théorie générale du droit devront donc aussi être envisagées (Section 2).

SECTION 1 : LES SOLUTIONS ISSUES DE DEMARCHES DOGMATIQUES

Confrontée au problème du fondement de la constitution, la doctrine française a généralement entendu le résoudre sans entreprendre des réflexions de théorie générale. En tentant d'expliquer les raisons de la validité de la Constitution, elle répond à sa manière au défi que représente la régression vers l'infini que nous venons d'évoquer. La différence entre le statut et le contenu de la règle constitutive est rarement perçue mais seul le premier élément nous intéresse à ce stade. Nous classerons donc les positions doctrinales en fonction du statut apparent des solutions proposées. La tendance majoritaire refuse la fuite en avant représentée par la régression vers l'infini en proposant une justification non-normative de l'existence de la constitution, la théorie du pouvoir constituant (I), même si certains proposent des solutions dogmatiques normatives (II).

I. LA SOLUTION NON-NORMATIVE : LA CONSTITUTION COMME PRODUIT DU POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE

La plupart des auteurs français présentent la constitution comme l'expression d'un pouvoir spécifique, le pouvoir constituant[2]. La constitutionnalité d'un acte serait fondée sur l'action de ce pouvoir spécifique : la réussite de l'acte de langage constitutionnel est conditionnée par l'identité de son locuteur. L'on distingue généralement le pouvoir constituant originaire, qui édicte la constitution historiquement première, du pouvoir constituant dérivé, qui est chargé de sa révision. Nous travaillerons exclusivement sur le pouvoir constituant originaire car le pouvoir constituant dérivé repose sur une règle constitutive claire et ne présente donc pas plus de difficultés que le pouvoir législatif. Le pouvoir originaire incarne au contraire une rupture non-normative de la régression vers l'infini car la régression entre normes serait coupée par

[1] Sur l'échec de la méthode classique, voir BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, « Le pouvoir constituant du peuple, notion-limite du droit constitutionnel », *in Le droit, l'État et la constitution démocratique*, Paris, LGDJ, 2000, p. 206 ou TROPER Michel, « La signature des ordonnances. Fonction d'une controverse », *Pouvoirs* n°41, p. 87.

[2] Cette idée très répandue en France est loin d'être universelle. Ce serait une « spécificité française » (KLEIN Claude, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, 1996, p. 71) qui ne jouerait par exemple aucun rôle en Angleterre (LOUGHLIN Martin, « Constituent Power Subverted : from English Constitutional Argument to British Constitutional Practice », *in* LOUGHLIN Martin et WALKER Neil (dir.), *The Paradox of Constitutionalism*, Oxford, OUP, 2007, p. 27).

l'intervention d'un pouvoir situé entre droit et faits[1]. La simplicité de cette idée masque de grandes disparités : le pouvoir constituant est considéré soit comme un fait brut, une puissance de fait qui ne serait juridique que par son objet (A), soit comme une compétence spécifique, une compétence souveraine (B)[2].

A. Le pouvoir constituant originaire comme pouvoir de fait

L'appréciation de la contribution potentielle à l'identification constitutionnelle de la théorie du pouvoir constituant comme pouvoir de fait impose de préciser cette notion (1) pour saisir la fonction que lui attribuent ses partisans (2).

1. LA NOTION DE POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE COMME POUVOIR DE FAIT

L'opposition entre les deux théories du pouvoir constituant correspond à l'ambiguïté du terme « pouvoir » en français : de manière générale, il peut viser une puissance matérielle ou une compétence bénéficiant d'un fondement normatif[3]. Nous parlerons de compétence quand le pouvoir constituant originaire est vu comme un pouvoir habilité à créer des normes constitutionnelles[4] et de pouvoir de fait dans tous les autres cas[5]. Quand il est considéré comme un pouvoir de fait, le pouvoir constituant originaire est le plus souvent décrit comme le pouvoir qui a édicté une constitution effective. C'est la réussite factuelle de l'acte qu'il produit qui permet de le voir comme un pouvoir constituant[6]. Sa qualité spécifique ne découle pas alors d'une habilitation mais d'un élément non-normatif : l'effectivité des normes qu'il a créées. Ce concept n'est pas totalement clair[7] mais les cas typiques de normes effectives en moyenne ne sont guère problématiques. La Constitution de 1958 fait manifestement partie de

---

[1] Il serait un point de contact entre être et devoir-être (HÉRAUD Guy, « La conception du pouvoir constituant dans l'œuvre de Carré de Malberg », *in Relations des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg*, Paris, Dalloz, 1966, p. 83).

[2] Cette séparation entre deux postures doctrinales opposées est stipulée ici pour les besoins de notre recherche. Le classement d'une position donnée n'est pas forcément évident car beaucoup d'auteurs ne tiennent pas compte de cette distinction.

[3] L'allemand ou l'anglais rendent mieux compte de cette différence grâce à un vocabulaire plus riche : « *can* » et « *können* » désignent ainsi la puissance matérielle quand « *may* » et « *dürfen* » se rapportent à la compétence. Dans le même sens, voir VIALA Alexandre, « Aux sources de la controverse juridique : la force des mots », *in* SUEUR Jean-Jacques (dir.), *Interpréter & traduire*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 199.

[4] La notion de compétence s'inscrit aisément dans le schéma de production normative que nous défendons : un organe sera compétent pour édicter un type d'acte si leur réussite dépend en partie du fait qu'ils soient exprimés par un locuteur précis.

[5] Cette démarcation doit être bien comprise car les rapports entre droit et fait sont propices à la confusion. Il a ainsi pu être soutenu de manière assez floue et *a priori* contradictoire que si l'on évoque « l'existence d'un droit originaire du peuple au bouleversement des institutions […] il n'est plus question de droit, mais de fait » (BAUDREZ Maryse, « La révision de la Constitution italienne », *in* AFDC, *La révision de la constitution*, Paris, Economica, 1992 p. 141).

[6] Cette idée est le plus souvent implicite et se manifeste par l'attribution systématique de l'élaboration de la constitution positive au pouvoir constituant sans chercher à prouver son intervention. Il est donc logique d'interpréter la référence récurrente et inexpliquée à un « pouvoir de fait » comme visant un pouvoir dont les décisions sont effectives. Carré de Malberg illustre idéalement cette attitude quand il attribue le pouvoir constituant au « plus fort », c'est-à-dire à celui qui a pu établir une constitution effective (*Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1922, T. II, p. 496).

[7] Pour des détails, voir par exemple KELSEN Hans, *op. cit.*, p. 19-20.

cette catégorie et ce critère semble donc opératoire. Pour autant, l'effectivité des normes produites ne suffit pas à définir le pouvoir constituant originaire puisque le pouvoir constituant dérivé édicte aussi des normes effectives. Nous avons besoin d'un critère supplémentaire qui oppose les pouvoirs constituants originaire et dérivé.

Le caractère originaire du pouvoir constituant est le plus souvent relié aux circonstances dans lesquelles il intervient. Elles tiendraient à la présence d'un vide juridique[1] dû soit à l'absence de toute constitution préalable[2], soit à une révolution[3], soit à la création d'un nouvel État[4]. Ce critère ne peut être retenu car l'absence de constitution n'équivaut pas à un vide juridique. De même, la création d'un nouvel État est parfois l'occasion de l'exercice d'un pouvoir constituant habilité par une norme positive. Ainsi, l'indépendance des colonies anglaises s'est le plus souvent accompagnée de l'édiction d'une nouvelle constitution par le Parlement de Westminster. L'utilisation du concept de révolution est quant à elle compliquée par son ambiguïté. Si elle est définie comme un renversement violent du pouvoir, rien n'empêche qu'elle soit suivie par un acte d'un pouvoir constituant habilité. Si elle est définie par l'établissement d'une constitution en dehors des procédures prévues[5], ce ne sont pas alors les circonstances mêmes qui caractérisent le pouvoir originaire mais bien la procédure suivie[6]. Certains auteurs proposent une autre voie en opposant l'édiction d'une nouvelle constitution (pouvoir originaire) à la révision d'une constitution existante (pouvoir dérivé)[7]. Cependant, la notion de nouvelle constitution est assez obscure. Le terme « constitution » est utilisé pour

---

[1] GUCHET Yves et CATSIAPIS Jean, *Droit constitutionnel*, Paris, Ellipses, 1996, p. 19 ou GÖZLER Kemal, *Le pouvoir constituant originaire*, Mémoire de DEA de droit public, Bordeaux I, 1992, p. 60.

[2] PRÉLOT Marcel, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1972 p. 210 ; KLEIN Claude, « Pourquoi écrit-on une constitution ? », *in* TROPER Michel et JAUME Lucien (dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Paris, LGDJ, 1994, p. 96 ou TURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, p. 113.

[3] ARDANT Philippe et MATHIEU Bertrand, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 20e éd., Paris, LGDJ, 2008, p. 71 ; BERLIA Georges, « Le problème de la constitutionnalité du référendum du 28 octobre 1962 », *RDP* 1962, p. 944 ou MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, p. 216.

[4] CHANTEBOUT Bernard, *Droit constitutionnel*, 25e éd., Paris, Sirey, 2008, p. 28 ; PACTET Pierre et MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Droit constitutionnel*, 27e éd., Paris, Sirey, 2008, p. 65 ou VEDEL Georges, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1984, p. 114.

[5] Pour une analyse comparable, voir GÖZLER Kemal, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Thèse, Bordeaux IV, 1995, p. 45. Pour une définition de la révolution sur cette base, voir VIRALLY Michel, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 191. Kelsen retient la même définition de la révolution (*op. cit.*, p. 209). Nous pouvons remarquer ici que le fait qu'il ne sépare pas l'inexistence de l'irrégularité fait prendre le risque d'une multiplication contre-intuitive des révolutions lors de l'édiction d'actes valides mais irréguliers. Kelsen en est évidemment conscient et contourne en partie l'obstacle par sa fameuse « théorie de la disposition alternative » (voir *infra*, p. 599 et s.). Sa définition de la révolution souffre de son écart avec l'usage habituel de ce terme et de son manque d'intérêt puisqu'elle conduit à assimiler les révisions irrégulières et inexistantes alors qu'elles sont traitées de manière différente par les acteurs et que seules les secondes sont vraiment problématiques.

[6] Notons qu'à la suite de Carl Schmitt (*Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 157), certains auteurs soutiennent qu'une révision qui toucherait au « noyau » d'une constitution impliquerait l'intervention du pouvoir originaire (voir par exemple, FOUQUET-ARMAND Maud, « Les révisions de la Constitution de 1958 : de la Ve à la VIe République », *RRJ* 2001, p. 1622). Cette théorie revient à assimiler pouvoir originaire et écart avec la procédure de révision qui est décrite comme prévoyant des limites matérielles à l'action du pouvoir dérivé. Sa spécificité ne tient pas à la définition du pouvoir originaire mais aux règles de révision qu'elle défend.

[7] Voir par exemple, FABRE Michel-Henry, *Principes républicains de droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1982, p. 150.

désigner un ensemble de normes qui sont généralement signifiées par des actes différents. L'apparente unité de la constitution est le fruit d'une codification. Chaque révision est donc un nouvel acte constitutionnel qui signifie de nouvelles normes constitutionnelles. Nous pourrions alors parler de « nouvelle constitution » face au changement de toutes les normes constitutionnelles mais que faire de la continuité matérielle partielle des constitutions françaises ? Surtout, rien n'empêche que le pouvoir constituant dérivé renouvelle toutes les normes constitutionnelles tout en restant l'expression d'une compétence préexistante. Or, dans tous les cas où la notion de pouvoir originaire couvre aussi l'action d'un pouvoir habilité, elle perd toute utilité pour nous puisque le caractère originaire du pouvoir constituant n'aura plus de conséquences sur la difficulté de l'identification constitutionnelle[1]. Il nous faut donc une autre définition du pouvoir originaire.

En fait, si nous entendons maintenir la différence entre pouvoir de fait et compétence, le critère du caractère originaire du pouvoir ne peut venir ni des circonstances, ni de la nouveauté de la constitution, mais uniquement de ses modalités d'édiction. Nous retrouvons ici la notion de norme originaire, ou plutôt d'acte originaire pour tenir compte des apports de la théorie de la double signification. Le pouvoir constituant est originaire quand il produit des actes originaires, c'est-à-dire des actes qui ne sont pas couverts par des conditions d'existence prévues dans une norme positive du système juridique considéré. Seule cette situation montre un pouvoir de fait et nous confronte à une régression vers l'infini quant au statut de la norme qui permettrait l'existence de cet acte. Cette idée concerne deux hypothèses : un acte coupé de toute règle constitutive juridique[2] ou un acte correspondant à la règle constitutive d'actes non-constitutionnels qui est traité comme un acte constitutionnel[3]. Cette redéfinition de l'acte originaire est permise par la distinction entre existence et régularité[4]. Le pouvoir constituant

[1] Cet élément explique notre rejet de ces définitions : nous cherchons une théorie susceptible de contribuer à l'identification des normes constitutionnelles qui ne sont pas qualifiées par une norme positive connue. La définition du pouvoir originaire par les circonstances citées ne remplit pas cet objectif et débouche donc sur une notion inutile de notre point de vue. Mieux, elle ne sert à rien non plus dans la réflexion sur les conditions de validité des constitutions.

[2] Ce cas est illustré idéalement par l'ordonnance de 1945 qui convoque un référendum appelé à se prononcer sur l'avenir des normes constitutionnelles françaises. Notons que la notion de pouvoir habilité n'est pas centrale ici puisque nous nous plaçons dans le cadre tracé par la théorie de la double signification.

[3] Il s'agit acte normatif *ultra vires* particulier que nous avons déjà évoqué lors du traitement des exemples historiques d'identification constitutionnelle : il aurait pu être rattaché à sa catégorie d'origine et être un acte dérivé des plus classiques mais il ne peut être un acte constitutionnel qu'en tant qu'acte originaire puisqu'il est *a priori* dénué de toute existence au regard des critères positifs de cette catégorie. Cette hypothèse n'a aucun rapport avec les cas d'une loi contredisant matériellement la constitution : qu'elle soit annulée ou pas, elle ne pose aucun problème d'existence. Nous rompons totalement ici avec la vision que Kelsen propose des lois inconstitutionnelles (voir *infra*, p. 330 et 599).

[4] C'est ce point qui nous oppose à la conception kelsénienne de la révolution et plus largement à la définition du pouvoir originaire comme tout pouvoir qui s'écarte des règles de révisions constitutionnelles. Accepter de tenir compte de la simple irrégularité implique de multiplier les actes considérés comme originaires, même quand leur qualification ne pose aucune difficulté. Ce danger a été identifié par le professeur Maulin (*La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, 2003, p. 133) qui ne propose toutefois pas vraiment de solution. Le professeur Magnon assimile quant à lui révolution et adoption d'un acte constituant inexistant mais il semble associer sans justification explicite l'inexistence à la violation des règles de forme (« Quelques maux à propos des lois de révision constitutionnelle », *RFDC* 2004, p. 607).

originaire se définit finalement ici par la combinaison de deux critères[1] : l'édiction d'une constitution effective[2] et la qualité d'acte originaire de ladite constitution. Il s'agit bien d'un pouvoir de fait puisqu'il est marqué par la rupture avec toute règle constitutive positive[3]. Il entretient bien un rapport avec le droit par son objet, l'édiction d'une norme juridique, mais son existence ne repose pas sur une norme positive[4]. Il reste alors à préciser la fonction de ce pouvoir de fait (2).

2. LA FONCTION DU POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE COMME POUVOIR DE FAIT

Les auteurs qui considèrent le pouvoir constituant comme un pouvoir de fait sont divisés quant à la place de son étude dans la dogmatique. Une première école nie toute pertinence juridique au pouvoir constituant originaire. L'idée défendue est assez simple : puisque le pouvoir constituant originaire n'est prévu par aucune norme juridique, il ne peut pas intéresser la science du droit[5]. L'exclusion des actes originaires est motivée par le fait qu'ils ne sont pas l'objet d'une qualification[6]. Non seulement le pouvoir constituant est vu comme un fait brut, mais en plus l'édiction de la constitution historiquement première est assimilée à la création de l'État[7]. Or, dans une approche qui lie le droit à la volonté de l'État, il est impossible de penser le droit en dehors de l'État et l'étude de son origine ne peut relever de la science du droit[8]. Dans une optique plus moderne, l'on dira simplement que le droit est créé par un

---

[1] Ces critères ne sont pas concurrents de l'opposition entre pouvoirs habilités et non-habilités que nous avons relevée. Celle-ci sert à classer les théories du pouvoir constituant alors que la définition que nous retenons se situe dans le cadre d'une théorie spécifique, celle du pouvoir constituant comme pouvoir de fait, et permet de classer les pouvoirs. Il s'agit d'une définition théorique du pouvoir constituant originaire et non de celle de la théorie du pouvoir constituant comme pouvoir de fait. Plus précisément, nous proposons une redéfinition du terme « pouvoir constituant originaire » pris comme un pouvoir de fait. Nous tentons donc de couvrir les usages typiques du terme par les tenants de cette théorie tout en gagnant en cohérence dans l'opposition systématique au pouvoir constituant dérivé.

[2] Cette condition évite l'hypothèse de la feuille de papier en écartant l'assimilation de toute tentative de créer un acte constituant à l'expression du pouvoir constituant originaire.

[3] Cette nouvelle définition de l'acte originaire recoupe l'idée ancienne selon laquelle le pouvoir originaire serait un pouvoir de fait parce qu'il n'est pas l'objet d'une quelconque qualification juridique (CARRÉ DE MALBERG Raymond, *op. cit.*, T. I, p. 66 ou BURDEAU Georges, *Traité de science politique*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1984, T. IV, p. 200). Cette opposition entre actes qualifiés et non-qualifiés nous semble plus claire que l'opposition entre pouvoirs habilités et non-habilités (pour un exemple, voir BURDEAU Georges, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, Thèse, LGDJ, 1930, p. XV) car un pouvoir habilité peut tout à fait adopter un acte originaire.

[4] Précisons que nous ne prétendons pas ici que la réussite des actes constituants dépend de leur effectivité mais que, pour la théorie du pouvoir constituant comme pouvoir de fait, ce pouvoir se caractérise par l'effectivité des actes originaires constituants qu'il produit. Il s'agit de la définition théorique du pouvoir constituant originaire promue par cette théorie. Les auteurs concernés n'affirment pas forcément son caractère théorique mais proposent des définitions arbitraires à vocation universelle que nous ne pouvons traiter que comme des définitions théoriques, d'autant plus que le terme « pouvoir constituant originaire » est à peu près inconnu de la pratique juridique.

[5] Voir en ce sens, CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, T. II, p. 497 mais aussi BURDEAU Georges, *op. cit.*, p. 8.

[6] L'acte constituant originaire peut qualifier les lois de révision constitutionnelle mais ne peut s'auto-qualifier (BURDEAU Georges, *Traité de science politique*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1980, T. II, p. 34). En effet, la règle de qualification qu'il signifie (S1) ne peut valoir que si elle bénéficie elle-même d'une qualification (S2) préalable.

[7] CARRÉ DE MALBERG Raymond, *op. cit.*, T. I, p. 65 ; BURDEAU Georges, *Le pouvoir politique et l'État*, Paris, LGDJ, 1943, p. 391 ; DELPÉRÉE Francis, *Droit constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 1987, T. I, p. 14 ou KOUBI Geneviève et ROMI Raphaël, *État, constitution*, loi, Paris, Litec, 1993, p. 87.

[8] CARRÉ DE MALBERG Raymond, *op. cit.*, T. I, p. 61-62 ou GÖZLER Kemal, *op. cit.*, p. 24.

pouvoir constituant originaire auquel il ne préexiste pas[1]. La négligence de l'acte constituant au profit de la seule norme constitutionnelle trouve ici une nouvelle justification.

Cette conception du pouvoir constituant est assez peu convaincante. Tout d'abord, assimiler l'édiction d'un acte constituant originaire à la création d'un État semble intenable. Le plus souvent, ce genre d'acte voit le jour dans un État préexistant et il ne mène pas à la création d'un nouvel État. Il est certes possible de définir stipulativement l'État comme un ordre juridique fondé sur une constitution donnée et d'en déduire que l'État change en même temps que la constitution mais l'on se coupe alors de l'usage classique de ce terme. Mieux, ce choix débouche sur une représentation bien peu utile d'une réalité marquée par une continuité à tous points de vue, qui est d'ailleurs reconnue par Carré de Malberg lui-même[2]. En outre, la réduction du droit à l'action d'un organe étatique repose sur une décision épistémologique incompatible avec l'obligation de décrire des faits sociaux qui régit notre travail[3]. Surtout, la nécessité de l'identification constitutionnelle s'oppose totalement à cette approche des actes constituants originaires. L'on peut nier légitimement l'intérêt de la réflexion dogmatique sur les révolutions ou sur le fondement de l'État[4] voire refuser les théories générales prétendant décrire le régime juridique d'actes originaires[5] puisque ces sujets sont dépourvus de tous liens avec des règles positives préexistantes. En revanche, l'identification constitutionnelle demeure incontournable : le rejet de l'étude de la création des actes originaires ne permet pas celui de l'étude de leur qualification[6]. La dogmatique doit pouvoir en traiter car la pratique juridique ne peut l'éviter[7]. Prétendre le contraire implique une description incomplète du droit positif qui permet de contester la juridicité de la constitution, au risque de l'effondrement de la conception classique du système juridique selon laquelle sa validité repose sur la

---

[1] Pour un exemple de cette position, voir FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André et SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 105.

[2] CARRÉ DE MALBERG Raymond, *op. cit.*, T. I, p. 65. L'idée selon laquelle l'existence de l'État dépend de la constitution ne permet pas de comprendre cette continuité. Cela favorise l'émergence d'explications extra-juridiques discutables. Ainsi, Esmein justifie la continuité de l'État par le fait qu'il est la personnification de la nation (*Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p.3).

[3] Il est manifeste qu'en limitant le droit à l'action de l'État, l'on prend le risque de se couper du fait social que les acteurs considèrent comme le droit sans aucune raison valable. Une décision de ce genre pourrait aussi bien nous mener à limiter le droit aux normes édictées par la commune de Nancy.

[4] Ce type de réflexion, très populaire au début du siècle (voir pour un exemple HAURIOU Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, p. 256), a connu un déclin constant que nous ne contestons pas.

[5] Cette exclusion peut viser l'attribution de ce pouvoir à une autorité prédéterminée ou la défense de limites juridiques à l'action du pouvoir originaire. Pour un exemple, voir FAVOREU Louis *et alii*, *op. cit.*, p. 105.

[6] En sens inverse, certains se désintéressent de l'identification constitutionnelle et soutiennent que l'étude du pouvoir constituant est incontournable (BEAUD Olivier, « Propos sceptiques sur la légitimité d'un référendum européen ou plaidoyer pour plus de réalisme constitutionnel », *in* AUER Andreas et FLAUSS Jean-François (dir.), *Le référendum européen*, Bruxelles, Bruylant, 1997 p. 144). Il nous semble au contraire qu'il est envisageable de penser la constitutionnalité sans recourir à la notion de pouvoir constituant grâce à la reconnaissance de la multiplicité des critères de qualification possible pour l'acte constituant.

[7] Voir *supra*, p. 116 et s. Seule l'étude de l'identification constitutionnelle et non celle des révolutions nous paraît incontournable pour la dogmatique. Pour un avis différent, voir BASTID Paul, *L'idée de constitution*, Paris, Economica, 1985, p. 175.

constitution historiquement première[1]. L'identification intuitive de la constitution masque cette difficulté mais elle est insuffisante. La création de la constitution par un acte originaire ne peut être négligée : le pouvoir originaire est peut-être hors du droit[2] mais la constitution, elle, ne l'est pas[3]. L'explication que cette version de la théorie du pouvoir constituant comme pouvoir de fait tente d'éviter est en fait absolument indispensable.

La seconde école ne s'expose pas à ces critiques car elle souligne la pertinence juridique du pouvoir constituant originaire et la nécessité épistémologique de son étude juridique. Le pouvoir constituant est certes un pouvoir de fait mais il a une fonction juridique essentielle puisqu'il valide la constitution historiquement première[4]. La dogmatique doit donc le décrire car la qualité de constitution dépend de l'action de ce pouvoir spécifique[5]. L'adaptation de la constitution est aussi concernée car seul un pouvoir constituant européen entendu comme pouvoir de fait pourrait édicter une constitution européenne[6]. Cependant, cette approche ne peut être retenue. Le pouvoir constituant originaire est un concept théorique, que chaque auteur définit arbitrairement sans tenir compte de la pratique discursive des acteurs[7] : il relève de la seconde herméneutique[8]. En conséquence, il est inacceptable de lui prêter des effets juridiques. Cette volonté cache la prétention de passer d'un fait brut (le pouvoir de fait) à une nature juridique spécifique. Or, ce passage repose sur une qualification qui doit s'appuyer sur une norme. La capacité d'un fait à fonder le droit et la constitution n'est pas expliquée ici.

De plus, la théorie du pouvoir constituant originaire comme pouvoir de fait est structurellement inutilisable pour l'identification constitutionnelle. Le critère de distinction

---

[1] Pour des exemples de cette conception, voir CARTIER Emmanuel, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945)*, Paris, LGDJ, 2005, p. 7 ou COHENDET Anne-Marie, *Droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 88. Notons que Carré de Malberg n'est pas sujet à cette objection car, pour lui, c'est la loi qui exprime la souveraineté nationale et fonde le système juridique français (*Confrontation de la théorie de la formation du droit par degré avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933, p. 34, 61 et 155).

[2] De ce fait, le concept même de pouvoir constituant originaire est un peu paradoxal. S'il se situe vraiment hors du droit, il suffit alors de s'intéresser à l'effectivité de la norme constitutionnelle sans s'occuper de l'organe qui l'a édicté. Ce dernier n'est qu'un ajout inutile et extérieur au droit. Si l'on entend défendre une position épistémologique limitant l'étude du droit au droit effectif, la notion de pouvoir constituant n'est pas nécessaire. Parler de pouvoir constituant originaire quand l'on nie toute pertinence juridique à la création de la constitution est donc incohérent.

[3] Pour des prises de position comparables sur l'impossibilité d'exclure la constitution du droit, voir WALINE Marcel, « Les conséquences juridiques des révolutions », *in Mélanges Alexandre Svolos*, Paris, Dalloz, 1961, p. 196 ; BONNARD Roger, « Les actes constitutionnels de 1940 », *RDP* 1942, p. 54 ou BURDEAU Georges, *op. cit.*, p. 258.

[4] EL SHAWI Mundhir, *Le pouvoir constituant*, Thèse, Toulouse, 1961, p. 21 et 58 ; GÖZLER Kemal, *op. cit.*, p. 49 et 84 ou HÉRAUD Guy, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Paris, Sirey, 1946, p. 9, 11 et 143.

[5] CADOUX Charles, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4e éd., Paris, Cujas, 1995, p. 189 ; CONSTANTINESCO Vlad et PIERRÉ-CAPS Stéphane, *Droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, PUF, 2007, p. 218 ou ROSSETTO Jean, *Recherches sur la notion de constitution et l'évolution des régimes constitutionnels*, Thèse, Poitiers, 1982, p. 95.

[6] DE BERRANGER Thibaut, *Constitutions nationales et construction communautaire*, Paris, LGDJ, 1995, p. 5.

[7] Chaque auteur choisit en effet arbitrairement ses critères sans jamais se référer au discours du droit.

[8] C'est cette particularité qui explique que nous ayons pu redéfinir ce concept : puisqu'il a une signification théorique et non sociale, il dépend de la doctrine et doit être évalué en termes de fertilité et non de vérité. Au passage, elle montre le danger de l'idée selon laquelle le pouvoir constituant est juridique par son objet : la feuille de papier aussi est juridique par son objet mais seule la possession d'une nature juridique (S2) spécifique justifie une intégration dans la dogmatique.

entre le pouvoir constituant originaire et l'auteur de la feuille de papier[1] est l'effectivité de la norme produite[2]. Il s'agit donc de partir de normes effectives et reconnues comme normes constitutionnelles pour tenter ensuite de justifier leur validité. La notion de pouvoir originaire serait utile à l'identification constitutionnelle si les actes constituants étaient identifiés par leur rapport avec ce pouvoir mais le mécanisme est inverse : c'est le pouvoir qui est identifié sur la base de la norme effective. Ce n'est pas la norme qui est constitutionnelle en raison de son origine mais c'est le pouvoir qui est constituant au regard des qualités de la norme. Ce schéma n'est viable que dans une reconstruction *a posteriori*, c'est-à-dire après que la reconnaissance de la norme par les acteurs ait eu lieu. L'effectivité de la norme repose sur une identification qui ne dépend pas du pouvoir constituant et qui reste mystérieuse. La théorie du pouvoir constituant originaire est de ce fait inutile pour nous. Ainsi, pour savoir si le pouvoir constituant originaire est l'auteur d'un acte revendiquant la qualité de constitution européenne, il faudrait attendre de savoir si les normes qu'il signifie sont effectives. Le pouvoir constituant originaire n'est pas une réalité tangible mais simplement une construction doctrinale portant sur des processus d'édiction normative effective que la dogmatique ne parvient pas à expliquer[3]. Le pouvoir constituant n'a pas d'autonomie car il n'existe pas en dehors de l'effectivité de la norme constitutionnelle mais est inventé par la doctrine quand cette effectivité est constatée[4]. Cette logique est proche de la vision animiste de la nature : les phénomènes observés sont expliqués par l'intervention d'un esprit qui n'est manifestée que par le phénomène qu'elle est censée expliquer.

Cette théorie illustre le glissement de la question l'identification de la constitution à celle de son fondement : elle sert avant tout à soutenir le caractère obligatoire du droit sans expliquer l'existence même de la constitution[5]. Elle revient à décrire comme obligatoire ce qui est effectif. Le pouvoir constituant originaire doit régulariser la transition constitutionnelle

---

[1] Voir *supra*, p. 117.

[2] Plus précisément, certains auteurs s'attachent à l'effectivité de la constitution (MAGNON Xavier, article précité, p. 609) quand d'autres lui préfèrent la force réelle du pouvoir constituant (CADOUX Charles, *op. cit.*, p. 188 ; EL SHAWI Mundhir, *op. cit.*, p. 21 ou HÉRAUD Guy, *op. cit.*, p. 445 et « Sur deux conceptions de la compétence », *APD* 1959, p. 42) ce qui revient au même car l'existence d'un pouvoir de fait n'a pas d'autre réalité que l'effectivité des normes qu'il produit (voir en ce sens, HÄGERSTRÖM Axel, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Stockholm, Almqvist & Wiksell, 1953, p. 30).

[3] Il ne faut pas confondre cette théorie avec l'affirmation selon laquelle une norme valide du système juridique conférerait une validité aux normes effectives. Cette dernière idée n'a pas besoin du concept de pouvoir originaire.

[4] Le danger est de négliger ici le rôle constructeur de la doctrine et d'imaginer que le pouvoir constituant originaire existerait réellement, par exemple en considérant que la révolution est un « appel à l'intervention du pouvoir constituant originaire […] seul ce dernier peut, en l'absence de toute légalité constitutionnelle, créer une nouvelle constitution » (GÉLIN-RACINOUX Laurence, *Recherches sur le rapport de la constitution au temps*, Thèse, Nantes, 2005, p. 254). Le caractère doctrinal de la construction a parfois été relevé. Voir ainsi SUR Emmanuel, « Le pouvoir constituant n'existe pas ! Réflexions sur les voies de la souveraineté du peuple », *in La Constitution et les valeurs. Mélanges Dmitri Georges Lavroff*, Paris, Dalloz, 2005 : « ce 'pouvoir' [n'est] qu'une déduction intellectuelle une fois réalisée l'œuvre qu'on lui prête » (p. 570). L'auteur néglige cependant la variété des théories du pouvoir constituant originaire.

[5] Cette disjonction paradoxale revient à affirmer que l'identification du pouvoir constituant originaire dépend de l'effectivité de l'acte originaire mais que la validité absolue de ce dernier dépend de ce même pouvoir.

en dissimulant le fait que le droit positif repose sur une usurpation[1]. Il peut y parvenir car il ne serait pas soumis au droit parce que son intervention serait une sorte de *big bang* qui créerait le droit dans un contexte de vide juridique[2]. Or, cette vision est bien peu réaliste. En effet, le droit existait avant la révolution, l'indépendance ou l'acte originaire et il n'y aucune raison de croire à sa disparition soudaine[3]. Des normes juridiques peuvent donc s'appliquer au pouvoir originaire sous forme de règles constitutives ou régulatives[4] et ce pouvoir est soit a-légal soit illégal[5]. Les actes matériels qui incarnent l'intervention du pouvoir constituant originaire sont indéniablement soumis au droit en vigueur. La violation du droit n'implique pas la possession d'un pouvoir inconditionné : dirait-on d'un meurtrier qu'il détient un tel pouvoir ? Le fait que l'acte constituant revendique éventuellement l'abrogation du droit antérieur n'a pas d'importance non plus car la feuille de papier peut faire de même. Il est bien évidemment possible d'envisager une requalification rétroactive mais elle n'empêche pas la soumission originale au droit, autrement dit la qualification juridique initiale des actes du pouvoir constituant originaire[6]. Au final, la théorie du pouvoir constituant originaire comme pouvoir de fait est soit inutile soit incomplète. C'est pourquoi il est logique de chercher à faire du pouvoir constituant l'exercice d'une compétence aux effets juridiques assurés (B).

---

[1] Pour une analyse comparable, voir LIET-VEAUX Georges, *La continuité du droit interne*, Paris, Sirey, 1942, p 18.

[2] En ce sens, voir par exemple, ARDANT Philippe et MATHIEU Bertrand, *op. cit.*, p. 71 ; TURPIN Dominique, *op. cit.*, p. 113 ; LAVROFF Dmitri Georges, *Le droit constitutionnel de la Ve République*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1999, p. 107 ou VEDEL Georges, *op. cit.*, p. 114.

[3] Pour des prises de positions opposées voir PACTET Pierre et MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *op. cit.*, p. 65 ; GICQUEL Jean et GICQUEL Jean-Éric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 182 ou LAFERRIÈRE Julien, *Manuel de droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, Montchrestien, 1947, p. 304. Notons que nous ne nous engageons pas ici sur la possibilité que l'ineffectivité prolongée ou un autre phénomène accompagnant une révolution puisse invalider certaines normes. Nous nous contentons de rejeter l'idée répandue selon laquelle l'intervention du pouvoir constituant originaire en elle-même exclurait l'application de toutes les normes juridiques. Cette position est en effet soutenue quand une constitution est édictée suite à un renversement de l'ordre positif mais aussi à propos des actes constituants irréguliers ou inexistants dans un ordre juridique pacifié. Si ce n'était pas le cas, la théorie du pouvoir constituant originaire serait d'ailleurs incomplète.

[4] Citons par exemple l'annulabilité d'un acte *ultra vires* revendiquant une qualité constitutionnelle ou encore la possibilité de sanctions contre les auteurs d'un coup de force. Il ne faut pas non plus oublier que des normes internationales peuvent également condamner ces actes. En ce sens, voir MOINE André, « La validité de la détermination internationale d'une source unique de légitimité du pouvoir interne », *Civ. Eur.* n°6, p. 234 ou RIGAUX Marie-Françoise, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 290.

[5] Il convient de parler d'a-légalité pour l'acte qui s'écarte des règles constitutives existantes car il ne s'agit pas vraiment d'une violation du droit. En revanche, l'acte ou le comportement qui contredit une règle régulative est illégal.

[6] Ainsi, les actions des révolutionnaires pourront être amnistiées pour perdre leur caractère criminel alors que les normes qu'ils ont édictées pourront être l'objet d'une mesure de validation. Cela ne change rien au fait qu'elles avaient à l'origine une nature juridique bien différente. Quand la révolution s'accompagne de l'indépendance du territoire concerné, l'ancienne nature juridique peut survivre durablement dans l'ordre juridique de l'État auquel il était à l'origine rattaché. Le cas déjà évoqué de la révolution en Rhodésie illustre cette situation caractéristique de la relativité des discours du droit : il s'agissait d'un complot illégal du point de vue du droit anglais (Conseil privé du Royaume-Uni, 19 novembre 1968, Madzimbamuto v. Lardner-Burke, *All England Law Reports* 1968-3, p. 578) et d'un changement de constitution du point de vue rhodésien (Cour d'appel de Rhodésie, 13 septembre 1968, R v. Ndhlovu, *South African Law Reports* 1968, p. 532).

B. Le pouvoir constituant originaire comme compétence

La deuxième conception du pouvoir constituant repose sur une construction très différente de celle que nous venons de voir (1) mais elle souffre de carences importantes en ce qui concerne l'identification constitutionnelle (2).

1. PRESENTATION DES THEORIES DECRIVANT LE POUVOIR CONSTITUANT COMME L'EXERCICE D'UNE COMPETENCE

Considérer le pouvoir constituant comme l'exercice d'une compétence revient à y voir un véritable pouvoir juridique et non plus une réalité sociale extra-juridique qui s'imposerait au droit en raison de son existence effective[1]. S'il semble évident que le pouvoir constituant dérivé est l'exercice d'une compétence fixée par la constitution, la situation est nettement moins claire pour le pouvoir constituant originaire. La définition du pouvoir constituant originaire que nous avons retenue précédemment ne peut être reprise ici car le fait qu'il produise des actes originaires est radicalement incompatible avec sa qualité d'exercice d'une compétence. L'opposition entre pouvoirs constituants originaire et dérivé tient alors à l'origine du pouvoir plutôt qu'à l'acte édicté. Cette redéfinition du pouvoir constituant est permise par la nouvelle logique héritée de l'abandon de la condition d'effectivité : nous ne définissons plus le pouvoir sur la base de l'acte mais bien l'acte sur la base du pouvoir. Le pouvoir constituant est alors une notion dogmatique utilisée par les acteurs et non plus une notion théorique élaborée *a posteriori*[2]. Il sera dit originaire s'il est compétent pour édicter des normes constitutionnelles en dehors du cadre tracé par la constitution positive, et dérivé dans le cas contraire[3].

Les auteurs qui défendent une vision de ce type fondent le plus souvent cette compétence originaire sur le concept de souveraineté. Un organe serait doté du pouvoir constituant originaire parce qu'il exprime la souveraineté[4]. La souveraineté est vue comme une réalité à part entière : le pouvoir n'est pas souverain parce qu'il est omni-compétent, il est omni-

---

[1] Pour un exemple de description du pouvoir constituant originaire comme une « compétence », voir GENEVOIS Bruno, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *RFDA* 1998, p. 909.

[2] Ce passage de la dogmatique à la théorie n'est pas un choix, mais une conséquence des caractéristiques des deux théories du pouvoir constituant. Il ne peut être une compétence que s'il fait l'objet d'une qualification, ce qui implique une notion dogmatique, et ne sera un pouvoir de fait que dans le cas contraire, ce qui ne lui laisse qu'un statut théorique.

[3] Notons que certains auteurs préfèrent ne parler de « pouvoir constituant » qu'à propos du pouvoir constituant originaire et baptisent le pouvoir constituant dérivé « pouvoir de révision ». Voir par exemple BEAUD Olivier, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 316. Ce choix sémantique ne suffit pas en tant que tel à changer la représentation du droit positif.

[4] Voir, parmi de nombreux exemples, GREWE Constance et RUIZ FABRI Hélène, *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995, p. 50 ; LAMPERT Joseph, *La distinction des lois constitutionnelles et ordinaires dans les différents États de l'Europe moderne*, Mulhouse, Alsatia, 1931 p. 29 ; ZOLLER Elisabeth, *Droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, PUF, 1999, p. 61 ; HACQUET Arnaud, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, Paris, PUF, 2004, p. 46 ; VEDEL Georges, *op. cit.*, p. 114 ; COHENDET Anne-Marie, *op. cit.*, p. 85 ou BEAUD Olivier, *op. cit.*, p. 217. Notons toutefois que le professeur Beaud semble parfois inverser le sens du rapport entre souveraineté et compétence constituante (*ibid.*, p. 208).

compétent parce qu'il est souverain[1]. L'identification de la constitution repose alors sur celle du pouvoir constituant originaire. Chaque auteur défend généralement un type de souveraineté, le plus souvent celle du peuple ou de la nation[2], mais certains affirment que la dévolution de la souveraineté dépend du contexte et varie donc selon les systèmes juridiques[3]. Cependant, elle ne peut reposer sur ce que prévoit la constitution puisque cette dernière ne peut désigner le souverain qui est à l'origine de sa propre identification. Notons en outre qu'il existe des théories qui allient les deux conceptions du pouvoir constituant en assimilant l'action réussie d'un pouvoir de fait à l'expression de la souveraineté. Ainsi, l'effectivité d'un acte originaire témoignerait non seulement de l'action du pouvoir constituant mais aussi de l'expression de la volonté du souverain, seule doté de la compétence constituante[4]. De même, la souveraineté est parfois attribuée à la force politique dominante[5] ou à l'autorité habituellement obéie par une population donnée[6]. Cela confère une forme de contingence par rapport au choix arbitraire des souverainetés nationale ou populaire mais ces concepts restent imprécis et peu justifiés[7]. Dans tous les cas, le concept de compétence constituante préexistante explique la présentation des critères formels définissant les lois de révision constitutionnelle comme des limites formelles[8] : le pouvoir constituant est limité et non défini par ces conditions formelles puisqu'il existe par lui-même.

Au-delà de l'hésitation sur le titulaire de la souveraineté, la théorie du pouvoir constituant comme compétence pose des difficultés pratiques non négligeables. La matérialité de l'expression de la souveraineté nationale ou populaire n'est pas évidente. Le plus souvent, la doctrine s'attache à l'usage de techniques démocratiques d'édiction de normes[9]. Une place

---

[1] En ce sens, voir BAGHESTANI Laurence, *Le titulaire de la souveraineté nationale et son exercice dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, Dijon, 1996, p. 209 ou HACQUET Arnaud, *op. cit.*, p. 177.

[2] Cette idée ancienne (SIEYÈS Emmanuel, *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*, Paris, PUF, 1982, p. 67) reste très populaire. Voir par exemple, BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, article précité, p. 208 ; MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, *op. cit.*, p. 216 ou SABÈTE Wagdi, *Pouvoir de révision constitutionnelle et droits fondamentaux*, Rennes, PUR, 2005, p. 107. Cette conception peut être rapprochée de l'affirmation selon laquelle l'ensemble du droit constitutionnel viendrait de la « volonté du peuple » qu'il soit écrit ou non (LÉVY Denis, « Les sources du droit constitutionnel », *in Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 220) même quand elle ne passe pas directement par une référence à la souveraineté.

[3] Il n'existe pas de théories générales sur la dévolution de la souveraineté mais lier la souveraineté du peuple aux régimes démocratiques revient à sous-entendre que d'autres possibilités sont envisageables. Voir LAVROFF Dmitri Georges, *op. cit.*, p. 99 ; ZIMMER Willy, *La réunification allemande. Contribution à la théorie du pouvoir constituant*, Thèse, Lille II, 1994, p. 149 ou PACTET Pierre et MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *op. cit.*, p. 66.

[4] BURDEAU Georges, *Traité de science politique*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1984, T. IV, p. 203.

[5] BONNARD Roger, article précité, p. 58 ou BURDEAU Georges, *op. cit.*, T. II, p. 307.

[6] AUSTIN John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, CUP, 1995, p. 166.

[7] Nous sommes confronté à une logique proche de celle observée à propos de la seconde théorie du pouvoir constituant comme pouvoir de fait. La souveraineté semble ajoutée à un phénomène empirique autonome, la domination politique. Toutefois la qualification se rapporte ici au pouvoir et non à son produit ce qui ouvre des perspectives pour l'identification constitutionnelle. Cependant, si le rapport causal entre domination politique et capacité à imposer des normes semble défendable, le rapport juridique entre ces éléments appelle une justification spécifique. D'ailleurs, dans un régime stable, il est clair que les décisions prises par la force politique dominante n'ont pas en tant que telle de valeur juridique.

[8] Pour des exemples, voir BAGHESTANI Laurence, *op. cit.*, p. 206 ou BEAUD Olivier, *op. cit.*, p. 336.

[9] Pour un exemple, voir PACTET Pierre et MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *op. cit.*, p. 66.

spécifique est parfois réservée au référendum car il serait l'exemple typique de l'expression du souverain constituant[1] mais cette position est peu crédible en dehors du droit français[2]. Il faut pourtant opérer une distinction parmi les procédures démocratiques car toute procédure démocratique ne donne pas naissance à une constitution. Or, la revendication d'une qualité constitutionnelle est manifestement insuffisante pour acquérir une omni-compétence comme l'illustre le cas du pouvoir constituant dérivé. En outre, la possibilité même d'édicter une norme constitutionnelle par des voies démocratiques distinctes des procédures de révision constitutionnelle hors des périodes de crise est discutée. Pour certains, le pouvoir constituant originaire existe en permanence en marge ou au-delà de la constitution et peut intervenir à tout moment[3]. Pour d'autres, il n'existe que dans des circonstances de crise et disparaît une fois la constitution établie[4], voire aurait été détruit par la consécration des droits de l'homme[5]. Le pouvoir constituant est chargé de « clore » le système juridique puis se retire au profit de la constitution. Cette théorie est sans aucun doute originale mais la disparition du pouvoir constituant est encore plus mystérieuse que son apparition. En outre, la tendance répandue à débattre de cette question par des arguments politiques sur le danger[6] ou l'opportunité[7] de la permanence du pouvoir constituant rend ce débat assez suspect.

Quoi qu'il en soit, la contribution potentielle de la théorie de la compétence constituante à l'identification constitutionnelle est patente : un acte de langage quelconque sera considéré comme un acte constitutionnel dans la mesure où il est édicté par ce pouvoir spécifique[8]. Cet

---

[1] Certains auteurs estiment qu'un référendum peut toujours modifier la constitution (MERCUZOT Benoît, « La souveraineté de l'expression référendaire : un principe nécessaire au droit constitutionnel », *RDP* 1995, p. 683) quand d'autres voient dans le référendum la preuve de l'intervention du pouvoir constituant originaire (RIDEAU Joël, « Les référendums nationaux dans le contexte de l'intégration européenne », *in* AUER Andreas et FLAUSS Jean-François (dir.), *op. cit.*, p. 113).

[2] L'adoption référendaire des constitutions reste une exception limitée. En ce sens, voir AUER Andreas, « L'adoption et la révision des constitutions : de quelques vérités malmenées par les faits », *in* BIEBER Roland et WIDMER Pierre (éd.), *L'espace constitutionnel européen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995, p. 287 ou LAUVAUX Philippe, *Les grandes démocraties contemporaines*, 3e éd., Paris, PUF, 2004, p. 142.

[3] BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, article précité, p. 212 ; GÖZLER Kemal, *op. cit.*, p. 84 ; HÉRAUD Guy, *op. cit.*, p. 227 ; LAVROFF Dmitri George, *op. cit.*, p. 109 ou HOURQUEBIE Fabrice, « Pouvoir constituant et contre-pouvoir », Intervention au colloque *Le pouvoir constituant aujourd'hui*, Tunis, 16-17 novembre 2006, p. 6.

[4] En ce sens, voir BAGHESTANI Laurence, *op. cit.*, p. 190 ; KOUBI Geneviève et ROMI Raphaël, *op. cit.*, p. 91 ou DELPÉRÉE Francis, *op. cit.*, p. 85. Cette idée recoupe la définition du pouvoir constituant originaire par les circonstances de son intervention que nous avons évoquée précédemment. Elle sert manifestement à exclure la légitimation d'une révision illicite par ce biais en dehors des renversements violents du pouvoir (voir par exemple VEDEL Georges, « Le droit, le fait, la coutume », *Le Monde* 22 juillet 1968, p. 7 ou BERLIA Georges, article précité, p. 944). Reste à savoir comment une puissance constituante magique apparaîtrait par miracle dans ce genre de situation.

[5] GAMBINO Silvio, « Réflexions sur les transitions constitutionnelles des États ex-socialistes : à propos des rapports entre pouvoir constituant et pouvoir constitué », *Politeia* n°5, p. 342 ou YAMAMOTO Hajimé, « Les trois temps pour la liberté du pouvoir constituant », *in* VIALA Alexandre (dir.), *La constitution et le temps*, Lyon, L'Hermès, 2003, p. 19.

[6] L'effacement du peuple ferait courir un risque à la démocratie (BURDEAU Georges, *op. cit.*, T. IV, p. 197).

[7] Soutenir la disparition du pouvoir constituant originaire permet de légitimer l'établissement originel de la constitution tout en condamnant toute révision qui ne respecterait pas la procédure de révision qu'il a édictée. Cette théorie est donc présentée comme un obstacle à l'anarchie et une garantie des libertés. Voir ainsi, MIRANDA Jorge, « Le contrôle et les limites de la révision de la constitution », *AIJC* 2004, p. 446 ou NGUYEN Le Mong, « Contributions à la théorie de la constitution souveraine par le peuple », *RDP* 1971, p. 982.

[8] En ce sens, voir par exemple COHENDET Anne-Marie, *op. cit.*, p. 90 ; GÉLIN-RACINOUX Laurence, *op. cit.*, p. 51 ou VIRALLY Michel, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 178.

acte sera forcément unilatéral car la souveraineté est l'expression d'une volonté unique[1]. Il s'agit d'un véritable critère de qualification et non d'une reconstruction *a posteriori*. Il peut facilement être utilisé par les organes d'application du droit, même pour une décision de reconnaissance initiale. La régression vers l'infini serait brisée par cette réalité première et incontournable que constitue la souveraineté[2]. Les obstacles rencontrés par la première version de la théorie du pouvoir constituant sont écartés : sa pertinence juridique est assumée et rien ne s'oppose à son utilisation pour l'identification constitutionnelle. En plus, cette théorie se renouvelle sans cesse. Ainsi, la possibilité d'un pouvoir constituant européen a fait l'objet d'un débat fourni[3], tout comme celle de l'expression internationale du pouvoir constituant[4]. Pour autant, elle demeure largement incomplète (2).

2. UNE CONSTRUCTION INSTITUTIONNELLE INCOMPLETE

L'affirmation de l'importance de la compétence constituante n'est pas vraiment accompagnée d'explications claires sur le statut du pouvoir constituant. La souveraineté est souvent présente comme un fait brut[5] ou en tout cas pré-juridique[6] qui ferait de l'attribution du pouvoir constituant au peuple une vérité[7] révélée par les théories révolutionnaires[8]. Sous cette forme, son existence, mais aussi son attribution au peuple, présentent un caractère métaphysique gênant[9]. Autant le mode d'existence d'un acte de langage ou l'effectivité d'une

---

[1] ZIMMER Willy, *op. cit.*, p. 189 ; KOUBI Geneviève et ROMI Raphaël, *op. cit.*, p. 76 ou ROUVILLOIS Frédéric, *Droit constitutionnel : fondements et pratiques*, 2e éd., Paris, Flammarion, 2004, p. 114.

[2] C'est pour cette raison que la notion de souveraineté est souvent rapprochée de la norme fondamentale de Kelsen qui joue ce rôle. Voir ainsi, BOBBIO Norberto, « Kelsen and Legal Power », *in* PAULSON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 436 ; KLEIN Claude, *op. cit.*, p. 192 ; LAGERSPETZ Eerik, *The Opposite Mirrors*, Dordrecht, Kluwer, 1995, p. 126 ou RAZ Joseph, *The Concept of a Legal System*, 2e éd., Oxford, Clarendon, 1980, p. 95.

[3] Voir par exemple MAULIN Éric, « Révision d'un traité ou émergence d'un pouvoir constituant ? », *in* BEAUD Olivier, LECHEVALIER Arnaud, PERNICE Ingolf et STRUDEL Sylvie (dir.), *L'Europe en voie de Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 292 ; MABAKA Placide, *Problèmes et perspectives du processus de l'intégration européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 438 ou PIERRÉ-CAPS Stéphane, « Problématique de la constitution européenne », *Civ. Eur.* n°5, p. 127.

[4] Voir notamment PECH Laurent, « La garantie internationale de la Constitution de Bosnie-Herzégovine », *RFDC* 2000, p. 422 ou TORCOL Sylvie, « L'internationalisation des constitutions nationales », *Politeia* n°8, p. 327.

[5] Le concept de souveraineté « traduirait une réalité » et serait « une autorité » (HAQUET Arnaud, *op. cit.*, p. 46). Elle serait donc un « fait », tout comme la Nation (HAESAERT J.-P., « La technique juridique », *APD* 1939, p. 70).

[6] En ce sens, voir BEAUD Olivier, *op. cit.*, p. 20 ; DELPÉRÉE Francis, *op. cit.*, p. 83 ou ROUSSEAU Dominique, « Pour une constitution européenne », *Le Débat* n°108, p. 63.

[7] ROY C., *Du pouvoir constituant dans les différentes Constitutions de la France et dans les principales législations étrangères*, Thèse, Poitiers, 1893, p. 28.

[8] Ces théories étaient présentées par leurs auteurs comme des vérités et non des choix politiques. Voir PASQUINO Pasquale, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1998, p. 64.

[9] Ainsi, la souveraineté est liée de manière « indissoluble » à la nation (HOURQUEBIE Fabrice, article précité, p. 1) alors que le pouvoir originaire « naît d'une substance unique d'où se différencie deux genres : une institution et une règle » puis demeure « extérieur [à l'ordre juridique], qu'il domine pourtant, et qu'il peut détruire à tout moment » (DE BÉCHILLON Denys, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996, p. 9 et 52). Le pouvoir constituant, quant à lui, est doté d'une « puissance différente » car il incarne « la volonté générale dans son entier » ce qui implique une « différence d'essence » avec le pouvoir législatif (LAMPERT Joseph, *op. cit.*, p. 28). Cette dérive a été relevée par de nombreux auteurs (voir par exemple BLONDEL André, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, Aix-en-Provence, Paul Roubaud, 1927, p. 15 ou CUBERTAFOND Bernard, « Souverainetés en crise ? », *RDP* 1989, p.

norme sont assez simples à comprendre, autant le concept d'existence naturelle ou extra-juridique de la souveraineté est pour le moins obscur[1]. Même si nous admettions la pertinence de la théorie politique, celle-ci ne peut donner une existence naturelle à ses constructions[2]. La théorie classique du pouvoir constituant semble emprunte d'un fort mysticisme qui est confirmé par les développements sur l'opposition entre pouvoirs constituant et de révision[3], sur le débat à propos de l'existence permanente du pouvoir constituant au-dessus de la constitution[4] ou encore sur les qualités qui sont prêtées au souverain[5]. Dans chacun de ces cas, les auteurs présentent leurs positions comme des vérités premières sans jamais prévoir un quelconque mode de réfutation, comme s'il s'agissait de questions conceptuelles et non empiriques. Cet aspect magique ne doit pas étonner au regard des origines théologiques de cette théorie[6] qui se retrouvent encore dans la prégnance des références bibliques dans son exposition[7]. Ces défauts expliquent les critiques acérées dont elle a fait l'objet et son abandon en théorie générale du droit Cette approche est d'ailleurs inutilisable en pratique car elle

1276) car « déférer le pouvoir suprême à la nation, entité abstraite et quasi-mythique, c'était déjà bâtir le droit positif sur un inextricable réseau d'abstractions qui, à l'analyse, se révèlent autant de sophismes » (LEROY Michel, « Requiem pour la souveraineté, un anachronisme pernicieux », *in Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 103).

[1] Il faut ici bien distinguer la description de la souveraineté comme une entité réelle (« le souverain ») au mode d'existence obscur de la définition de la souveraineté comme catégorie théorique désignant la qualité de pouvoirs juridiques suprêmes (voir par exemple, JAEGER Francis, *Le problème de la souveraineté dans la doctrine de Kelsen*, Paris, E. de Boccard, 1932, p. 25 ou LUCHAIRE François, « La souveraineté », *RFDC* 2000, p. 461). Ce deuxième usage ne nous dérange pas mais il n'explique pas la validité de la constitution. Sur cette distinction, voir aussi TROPER Michel, « Souveraineté », *in* ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de philosophie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 580 ou « En guise d'introduction : la théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif », *CCC* n°9, p. 139.

[2] Nous négligerons donc les débats de théorie politique consacrés au pouvoir constituant, même si certains juristes y recourent dans leur argumentation. Pour des exemples, voir LOUGHLIN Martin et WALKER Neil, « Introduction », *in* LOUGHLIN Martin et WALKER Neil (dir.), *The Paradox of Constitutionalism*, Oxford, OUP, p. 1 ou LUCIANI Massimo, « L'anti-souverain : mutations de la société internationale et décision économique nationale », *RCADC* 2001, p. 139.

[3] S'il est utile de se demander si l'établissement et la révision de la constitution sont soumis aux mêmes règles, la doctrine s'interroge plutôt sur « l'essence » du pouvoir de révision (DE BÉCHILLON Denys, *op. cit.*, p. 52) car il serait séparé du pouvoir constituant par une « différence de nature » (BEAUD Olivier, *op. cit.*, p. 315) qui justifierait que leur confusion soit dénoncée comme « fausse » (GAÏA Patrick, « Limitation du pouvoir de révision constitutionnelle et construction européenne », *in* GRAF VITZTHUM Wolfgang et PENA Marc (dir.), *L'identité de l'Europe*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, p. 147).

[4] Voir *supra*, p. 173. Les auteurs semblent s'opposer sur l'existence réelle d'un « pouvoir » ou d'un « souverain » qui planerait « au-dessus » de la constitution. Nous voyons ici les dangers de la conception métaphysique du pouvoir constituant. Il est légitime de se demander si des révisions constitutionnelles prises hors de la procédure prévue seront inexistantes ou irrégulières mais seul un inventaire des règles positives permet de répondre cette question. Il ne sert à rien de s'interroger sur l'existence matérielle d'un hypothétique souverain. L'absence de tout statut ontologique clair de cette entité explique que le débat soit impossible à régler voire dérive vers des arguments politiques hors-sujet.

[5] La souveraineté est perpétuelle (CAPORAL Stéphane, « Constitution et Europe : discours et doctrines », *in* AFHIP, *La constitution dans la pensée politique*, Aix-en Provence, PUAM, 2001, p. 402) et produit des actes inabrogeables et suprêmes (BEAUD Olivier, « La notion d'État », *APD* 1990, p. 126) alors que le pouvoir constituant originaire est « initial, autonome, inconditionné et permanent » (HOURQUEBIE Fabrice, article précité, p. 5).

[6] En ce sens, voir BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, article précité, p. 208 ou SCHMITT Carl, *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988, p. 46 ; LAUVAUX Philippe, *op. cit.*, p. 141. Emportée par ses origines, la souveraineté est devenue elle-même « une sorte de mythe religieux » justifiée par « une puissance surnaturelle » (DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, E. de Boccard, 1927, T. I, p. 555).

[7] Pour une intéressante évocation du « concept proprement christologique » de pouvoir constituant dérivé, voir CAYLA Olivier, « L'obscure théorie du pouvoir constituant originaire ou l'illusion d'une identité souveraine inaltérable », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006 p. 253. Pour des références moins critiques, voir BARANGER Denis, « Temps et constitution », *Droits* n°30, p. 51 ou KLEIN Claude, *op. cit.*, p. 193 et 196.

repose sur un essentialisme voué à l'échec dès qu'il faut préciser la notion de pouvoir constituant.

Ce rapide panorama incite sans doute à suivre la voie déjà balisée de la condamnation de la théorie du pouvoir constituant comme compétence[1]. Pourtant, celle-ci nous semble également dangereuse car le concept de souveraineté a indéniablement sa place dans le discours du droit à propos du pouvoir constituant dérivé[2] et ne peut de ce fait être écarté sans autre forme de procès. En effet, des arguments épistémologiques valables contre la doctrine sont inefficaces contre le discours du droit qui est une réalité sociale[3] et peut de ce fait recourir à n'importe quel critère pour identifier la constitution. Les approches classiques pêchent parce qu'elles présentent la souveraineté comme un fait brut malgré son absence de toute réalité physique alors qu'il s'agit au mieux d'un fait institutionnel[4]. Rien ne s'oppose à ce que certains faits (référendum sur des actes originaires…) « comptent pour l'expression de la souveraineté dans le système juridique français »[5]. Cette vision est intéressante sur le plan de la théorie générale[6], mais aussi de la pratique car elle réduit l'identification du pouvoir constituant à celle de certains actes précis. Ceux-ci renforcent la qualité institutionnelle de la souveraineté car un référendum par exemple passe par la combinaison de multiples faits institutionnels tels que des électeurs, des votes ou la proclamation de résultats. Ces actes ne peuvent incarner une procédure référendaire ou *a fortiori* une expression de la souveraineté qu'au prix d'une qualification. Cette idée correspond dans une certaine mesure à la conception kelsénienne du peuple : il ne peut exister qu'en tant que construction[7]. Le coût du passage du fait brut au fait

---

[1] En ce sens, voir BURDEAU Georges, *Essai d'une théorie…*, précité, p. 86 ; DUGUIT Léon, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Fontemoing, 1901, p. 251 ou KELSEN Hans, « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », *RDP* 1926, p. 581.

[2] Il est par exemple utilisé par le Conseil constitutionnel (Cons. const., n°92-312 DC du 2 septembre 1999) et se retrouve plus largement dans de nombreuses constitutions nationales (pour un panorama général, voir PIERRÉ-CAPS Stéphane, *Nations et peuples dans les constitutions modernes*, Nancy, PUN, 1987, p. 331-346).

[3] Ici, deux dangers symétriques se font face : d'un côté, en suivant le discours de la doctrine, nous risquons de tomber dans une métaphysique stérile et de l'autre, en négligeant le discours du droit nous ne décririons plus le droit positif. Autrement dit, il ne faut croire ni à la réalité naturelle d'une construction juridique ni à la destruction par la théorie d'un fait social. Pour une vision proche refusant l'abandon pur et simple de l'étude de la souveraineté et du pouvoir constituant, voir TROPER Michel, « Préface », *in* LE PILLOUER Arnaud, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes. Essai sur le pouvoir instituant*, Paris, Dalloz, 2005, p. XI. Notons toutefois que cet auteur propose ensuite une lecture externe du concept dans un cadre réaliste que nous rejetons (voir *infra*, p. 197).

[4] Duguit dénonce l'artificialité des constructions juridiques sans voir qu'elles participent à la réalité sociale. Il néglige en fait l'existence et le rôle de la première herméneutique. Cette dérive est particulièrement visible quand il dénonce des constructions sociales comme la souveraineté nationale en raison de leur absence de « valeur scientifique » (*Traité de droit constitutionnel*, précité, T. II, p. 14). Son attitude est cependant parfois ambiguë (voir *op. cit.*, T. I, p. 17).

[5] Nous reprenons la formule « X compte pour Y » typique des règles constitutives de faits institutionnels (voir *infra*, p. 244).

[6] La dimension magique de la théorie de la souveraineté est évitée sans pour autant rompre avec le discours du droit. Les entités métaphysiques auxquelles il fait référence sont prises en compte tout en traitant le droit comme un fait social.

[7] KELSEN Hans, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Paris, Economica, 1988, p. 26. Notons toutefois que Kelsen décrit le peuple comme une catégorie théorique bâtie *a posteriori* pour regrouper les hommes soumis au même ordre juridique sans tenir compte de son existence dans la première herméneutique. Sa vision est donc sensiblement différente de la nôtre. Pour une approche intermédiaire, voir TROPER Michel, « La notion de principes supra-constitutionnels », *in La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 208.

institutionnel n'est toutefois pas négligeable. D'une part, il implique de s'appuyer sur le discours du droit : l'existence des faits institutionnels dépend de la première herméneutique et donc de l'usage du langage dans un discours socialement efficace. La théorie de la souveraineté ne peut plus prétendre à l'universalité mais doit au contraire s'inscrire dans un cadre géographique et temporel précis en passant d'un discours sur le droit confondu à tort avec le discours du droit à un discours du droit socialement situé. Les énoncés sur la souveraineté sont désormais réfutables ce qui impose de préciser leurs conditions de vérité. D'autre part, puisque les faits institutionnels reposent sur des règles constitutives[1], le pouvoir constituant ne peut plus apparaître comme un pouvoir non-institué. La prétention d'utiliser la souveraineté comme solution non-normative brisant la régression vers l'infini s'effondre puisqu'elle repose elle-même sur une règle constitutive. La souveraineté peut contribuer à l'identification constitutionnelle mais n'est pas une alternative à la règle constitutive.

De plus, la théorie du pouvoir constituant comme compétence exige l'existence de la souveraineté mais aussi la valeur constitutionnelle des normes produites par les actes du souverain. Le fait que certains actes de langage soient attribués à un pouvoir donné, le souverain, n'en fait pas forcément des actes juridiques ou constitutionnels[2]. Un pouvoir normatif juridique est une construction sociale consistant à attribuer une valeur juridique aux faits considérés comme l'expression de certains organes[3], c'est-à-dire que l'intervention de cet organe fait partie par avance des conditions de réussite d'une certaine catégorie d'actes juridiques, constitutionnels pour ce qui nous concerne. La doctrine ne justifie pas non plus ce point : le pouvoir désigné comme souverain est présenté comme compétent pour édicter des actes constituants[4] sans que l'existence de cette seconde règle ne soit réfutable, faute de reposer sur une quelconque base sociale[5]. Prétendre remplacer cette règle par une théorie universelle est manifestement irréaliste[6]. Les rapports entre la théorie du pouvoir constituant

---

[1] Pour des détails à ce sujet, voir *infra*, p. 244.

[2] Ainsi, un acte peut être attribué socialement à une institution qui n'a pas de pouvoir juridique (décision d'un gang) et un organe doté d'une qualité juridique peut prendre des actes qui seront inexistants du point de vue de l'ordre juridique.

[3] Cela revient à rendre cet organe capable de créer des raisons pour agir objectivement valable dans un ordre normatif. Pour une modélisation institutionnaliste complète développant cette idée, voir MACCORMICK Neil, « Power and Power Conferring Norms », *in* PAULSON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *op. cit.*, p. 501. Notons d'ailleurs que l'hypothèse du pouvoir constituant originaire a été opposée à cette présentation pour proposer une définition du pouvoir normatif basée sur les effets de l'intervention (RAZ Joseph, « Voluntary Obligations and Normative Powers », *ibid.*, p. 464). Il nous semble que cette deuxième définition néglige la différence entre reconnaissance postérieure d'un acte précis et existence d'un pouvoir normatif, autrement dit entre identification et habilitation.

[4] Il peut également être omni-compétent : les actes qu'il désignera comme constituant seront alors considérés comme tels. Cette omni-compétence ne peut plus découler de la notion même de souveraineté, puisque nous rejetons toute démarche essentialiste, mais bien d'une règle spécifique supplémentaire.

[5] Voir par exemple, MERCUZOT Benoît, article précité, p. 666 et 683. La nécessité de cette règle est toutefois reconnue par certains auteurs. Voir ainsi, DELPÉRÉ Francis, *op. cit.*, p. 81 ou TROPER Michel, « Le projet de Constitution européenne et la question du pouvoir constituant », *Cités* n°13, p. 103. Ce point nous intéresse particulièrement, car c'est cette règle qui ferait partie de la règle constitutive de l'acte constituant et donc de la définition de la constitution.

[6] Elle serait contraire aux faits : le peuple n'a pas toujours eu la compétence constituante et ne l'a pas partout.

telle que la pratique la doctrine et la réalité sociale confirment son caractère jusnaturaliste. Confrontés au droit positif, les jusnaturalistes ont le choix entre bâtir une théorie « attrape-tout », qui voit la réalisation des critères du droit naturel derrière tout droit effectif, et dédoubler le droit entre droit idéal et réel. La théorie du pouvoir constituant emprunte souvent la première voie, comme l'illustre la tendance à voir la volonté de la nation derrière tout droit effectif[1], mais peut s'aventurer sur la seconde en liant constitution et démocratie sans s'intéresser au droit positif[2]. La défense d'une compétence constituante universelle du souverain peut donc s'analyser soit comme une théorie *a posteriori*, soit comme une théorie détachée du droit positif, mais elle est en tout cas inutile pour notre recherche.

Ce constat ne doit pas surprendre car la théorie universelle du pouvoir constituant comme compétence peut être rattachée au volontarisme, qui est lui-même une théorie non-positiviste[3]. Le besoin de lier absolument l'existence de la constitution par un pouvoir constituant s'explique en effet par la réduction de la valeur de la norme à celle du pouvoir qui l'édicte[4]. La conception métaphysique de la souveraineté correspond parfaitement à la notion de volonté qui était vue par des théoriciens anciens comme la base de tous les actes juridiques[5]. Plus largement, le volontarisme classique se combine idéalement à une conception subjectiviste du droit qui réduit le droit aux droits subjectifs : la compétence constituante est alors un droit subjectif de l'État ou du peuple[6] qui découle de sa souveraineté, autrement dit de la valeur autonome de sa volonté[7]. Le recours systématique à la notion de souveraineté alors qu'elle est surabondante quand elle ne figure pas dans le discours du droit n'a de sens

---

[1] Nous faisons ici référence au concept révolutionnaire de souveraineté nationale : c'est la participation au pouvoir politique qui montre que l'on représente la nation et non le caractère représentatif (élection…) qui justifie la participation politique. Cette idée a été reprise par les tenants du pouvoir constituant pour récupérer tous les cas où une constitution a pu être créée sans jouir d'un quelconque soutien populaire et pour voir la volonté de la nation derrière tout régime effectif. Pour une dénonciation de cette habitude, voir HENRY Gilles, *Essai sur les gouvernements provisoires en droit public français*, Thèse, Poitiers, 1951, p. 195 et pour des exemples, CAPITANT René, « La coutume constitutionnelle », *RDP* 1979, p. 968 ou GÉLIN-RACINOUX Laurence, *op. cit.*, p. 341.

[2] Voir par exemple, CHAGNOLLAUD, Dominique, *Droit constitutionnel contemporain*, 5e éd., Paris, Dalloz, 2007, T. I, p. 29.

[3] Le volontarisme est parfois assimilé au positivisme (voir par exemple AGO Roberto, « Droit positif et droit international », *AFDI* 1957, p. 19 ; HAYEK Friedrich, *Droit, législation et liberté*, Paris, PUF, 1980, T. I, p. 6 ou LAVROFF Dmitri Georges, « L'instrumentalisation de la constitution », *in* AFHIP, *op. cit.*, p. 427) car il se rapproche du sens originel de ce terme en tant qu'il porte sur le droit « posé » (sur l'origine du terme « positivisme », voir OLIVECRONA Karl, *Law as Fact*, 2e éd., Londres, Stevens & Sons, 1971, p. 58 et dans une moindre mesure BINDREITER Uta, « On Positivism and Other Isms », *ARSP* 2007, p. 321) mais cette idée n'a aucun rapport avec la définition du positivisme retenue ici.

[4] Voir par exemple, DE BÉCHILLON Denys, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 170 ; KOUBI Geneviève et ROMI Raphaël, *op. cit.*, p. 87 ; MABAKA Placide, *op. cit.*, p. 440 ou MOUTON Stéphane, « Le pouvoir constituant européen : nouvel objet du droit constitutionnel », *in* ROUSSILON Henry, BIOY Xavier et MOUTON Stéphane (dir.), *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, Toulouse, PUSST, 2006, p. 237.

[5] Sur cette conception du droit, voir COUMAROS Nicolas, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, Thèse, Bordeaux, 1931, p. 10 ou VILLEY Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2003, p. 273.

[6] Sur le lien entre souveraineté et droit subjectif, voir BARTHÉLEMY Joseph et DUEZ Paul, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, p. 58 ou DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, précité, T. I, p. 545.

[7] En ce sens, voir COUMAROS Nicolas, *op. cit.*, p. 73 et pour un exemple, KOENIG Pierre, « Acte et volonté constituants : l'exemple de la loi fondamentale », *in Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Paris, Dalloz, 2000, p. 518.

que dans cadre. C'est un exemple de ce qu'il convient d'appeler le « sophisme volontariste » : puisque toute norme est forcément le produit de la volonté d'un pouvoir préexistant, la doctrine doit créer ce pouvoir ou cette volonté par une fiction quand elle est confrontée à une norme indéniablement valide[1]. Ce sophisme est illustré par le recours à une volonté implicite pour justifier la création jurisprudentielle de normes[2] ou la validité du droit coutumier[3]. Il se retrouve à propos de la constitution quand la doctrine évoque l'existence d'un pouvoir souverain qui n'est nécessaire qu'au regard des présupposés volontaristes. Cette logique est dangereuse car elle revient à adapter la réalité aux représentations doctrinales et non ces représentations à la réalité sociale. La persistance de cet héritage volontariste dans le domaine constitutionnel est notable car il a disparu du reste du droit. Le sophisme volontariste a ainsi été pour l'essentiel abandonné à propos de la jurisprudence et la reconnaissance des lois ne doit plus rien à leur rapport avec l'expression de la volonté générale. Cette survie paradoxale trouve sans doute son origine dans le caractère originaire de certaines normes constitutionnelles qui pousse à chercher un fondement que le positivisme classique ne peut fournir[4]. Pour autant, expliquer cette survie ne revient pas à l'accepter. Les théories volontaristes sont dépourvues de toute falsifiabilité car elles reposent sur des entités dont le mode d'existence est indéterminé[5] et sur une logique jusnaturaliste profonde[6]. Elles rompent avec la démarche proposée puisque le droit n'apparaît plus dans ce cadre comme un fait social. En outre, elles ne présentent aucun intérêt pratique. La théorie classique de la compétence constituante souffre finalement de carences gênantes. Elle ne peut être admise qu'au prix d'une rupture avec le volontarisme qui passe par la prise en compte du caractère construit et relatif des notions de souveraineté ou de pouvoir constituant. Nous ne devons en tenir compte que si elle s'inscrit dans la première herméneutique des acteurs du système

---

[1] Sur cette dérive du volontarisme, voir COUMAROS Nicolas, *op. cit.*, p. 267 mais aussi TROPER Michel, « La souveraineté comme principe d'imputation », *in* MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ Dominique (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Paris Montchrestien, 2005, p. 73. Notons qu'il faut distinguer les fictions juridiques et les fictions doctrinales. Les premières servent la pratique juridique quand les secondes visent à représenter le droit, ce qui les rend condamnables car une fiction ne sert à rien pour comprendre le monde (sur ce concept, voir VIRALLY Michel, *op. cit.*, p. XL).

[2] Voir par exemple WALINE Marcel, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *in La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, T. II, p. 627. Le caractère fictif de cette solution est souvent relevé. Voir ainsi JESTAZ Philippe, « La jurisprudence, réflexions sur un malentendu », *D.* 1987, p. 13.

[3] Voir par exemple CAPITANT René, « Le droit constitutionnel non-écrit », *in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1934, p. 5 ou GICQUEL Jean, *Essai sur la pratique de la Ve République*, Paris, LGDJ, 1968, p. 41. Cette validation spécifique de la coutume a été régulièrement dénoncée. Voir en ce sens, RAZ Joseph, *op. cit.*, p. 39 ; HÄGERSTRÖM Axel, *op. cit.*, p. 75 ou OLIVECRONA Karl, *op. cit.*, p. 70.

[4] Il ne faut pas négliger non plus l'inertie du vocabulaire : il est évident que tous les auteurs qui évoquent l'idée que la compétence constituante appartiendrait au souverain n'adhèrent pas de manière générale à une métaphysique dépassée. Cependant, leur vocabulaire désuet les entraîne insidieusement vers une logique volontariste.

[5] Voir *supra*, p. 149.

[6] En effet, le cœur du volontarisme consiste à présupposer des normes établissant un rapport entre certains pouvoirs et la validité juridique. Il décrit donc le droit sur la base d'une sélection doctrinale arbitraire des faits juridiques (expressions de la volonté du souverain, de la nation…). En ce sens, voir OLIVECRONA Karl, *op. cit.*, p. 61 et 130 ; HÄGERSTRÖM Axel, *op. cit.*, p. 49 ou FRANCOIS Lucien, *Le problème de la définition en droit*, précité, p. 39.

juridique français puisqu'elle n'est ici ni une doctrine politique ni une réalité naturelle. Dans ce cas, des règles constitutives sont nécessaires, tant sur l'existence du pouvoir que sur la constitutionnalité des actes qu'il produit. Leur mode d'existence doit encore être déterminé. Cette reformulation de la théorie du pouvoir constituant permet de la préserver en la modifiant. Le pouvoir constituant repose toujours sur des normes préalables[1] et les énoncés qui le décrivent peuvent être réfutés sur une base dogmatique classique. Rien ne dit que la validité de la constitution n'en dépende toujours et son adaptation est évaluable. Quoi qu'il en soit, l'échec des solutions dogmatiques non-normatives d'identification de la constitution incite à envisager des solutions normatives (II).

II. LES SOLUTIONS NORMATIVES

Les solutions non-normatives constituent le cœur de la dogmatique. Pour autant, d'autres solutions plus marginales peuvent être relevées dans la doctrine française. Malgré leur diversité, elles ont le point commun de passer par un mécanisme assumé de qualification, là où la théorie du pouvoir constituant s'appuie sur les qualités intrinsèques supposées du titulaire de ce pouvoir. C'est pour cela qu'elles doivent être décrites comme des solutions normatives[2]. Elles peuvent être classées selon l'objet qualifié car certaines s'attachent à la valeur juridique des actes pré-constituants (A) quand d'autres visent directement les actes ou les normes constitutionnelles (B).

A. Les solutions normatives portant sur les actes pré-constituants

La doctrine s'est intéressée tardivement aux actes pré-constituants pour finalement élaborer des propositions originales (1) mais insuffisantes pour l'identification constitutionnelle (2).

1. L'INTERET TARDIF DE LA DOCTRINE POUR LES ACTES PRE-CONSTITUANTS

Les actes pré-constituants se définissent comme l'ensemble des actes jouant un rôle dans la procédure d'édiction des actes constituants, en dehors de la décision finale. Il s'agit donc de

[1] Cette idée implique de nier l'autonomie du décisionnisme et du volontarisme par rapport au normativisme dans le cadre de la théorie générale du droit. Une décision pour être pertinente juridiquement doit signifier une norme (S1) et faire l'objet d'une qualification sur base d'une autre norme (S2). Cette nécessité est inscrite dans le fonctionnement du discours du droit et plus profondément de la construction des faits sociaux. L'idée selon laquelle le droit repose sur une décision (SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 152) n'offre donc pas d'alternative au normativisme. Notons que l'idée selon laquelle un pouvoir repose forcément sur des normes préalables n'a rien de neuve. Voir WALINE Marcel, « Observations sur la gradation des normes juridiques établie par M. Carré de Malberg », *RDP* 1934, p. 530.

[2] Précisons que la théorie de la compétence constituante peut légitimement être considérée comme normative au regard de l'analyse que nous avons développée, mais son intérêt pour la doctrine repose sur le fait qu'elle ne perçoit pas l'intérêt des règles constitutives en cause et la considère comme une solution non-normative.

faits qui participent à l'acte de langage qu'incarne cette procédure. Cela couvre de nombreux éléments tels que les délibérations de comités préparatoires techniques et politiques, les votes intermédiaires ou encore la promulgation de l'acte mais il faut séparer les actes pré-constituants originaires des actes pré-constituants dérivés. Nous ne nous intéresserons ici qu'à la première catégorie car les actes pré-constituants dérivés participent à la qualification des actes constitutionnels dérivés qui ne présentent *a priori* aucune difficulté spécifique : leur existence repose sur les normes positives qui régissent la procédure de révision. Les actes pré-normatifs ne sont pas une particularité de la constitution : la production volontaire de droit passe en général par de multiples actes préparatoires. Comme souvent, la doctrine s'est avant tout intéressée à la loi. Ainsi, de longs débats ont été consacrés à sa promulgation. Des débats théoriques d'abord, qui visent à comprendre la teneur de l'opération[1]. Des débats pratiques ensuite, qui portent sur le degré de contrôle du juge sur l'opération de promulgation mais aussi sur l'acte promulgué[2]. Par ailleurs, si la procédure législative bénéficie de l'attention de la doctrine, d'autres actes préparatoires ont bien entendu été étudiés. Citons par exemple la promulgation des traités internationaux qui était exigée avant 1946[3].

En revanche, les actes pré-constituants sont longtemps restés absents de l'étude du droit constitutionnel[4]. L'examen de lois de révision constitutionnelle se limitait à la vérification de leur régularité en négligeant le problème de leur existence et le rôle des actes pré-constituants dans ce cadre. Ce désintérêt peut se comprendre pour les actes constituants dérivés mais il devient problématique pour les actes originaires dont l'existence même est contestable[5]. Dans ce dernier cas, il s'explique sans doute par les particularités des normes originaires car l'analyse de leur élaboration est exclue par presque toutes les tendances de la dogmatique. Prenons ainsi l'exemple des deux théories du pouvoir constituant. S'il est un simple fait, le processus d'édiction des actes originaires, et donc les actes pré-constituants dont il est formé, est exclu du droit[6]. Seule l'effectivité de la norme constitutionnelle compte et non son origine. À l'inverse, s'il est une compétence, il est rattaché à une approche mystique de la souveraineté qui se soucie bien peu de ces détails techniques que sont les actes pré-

[1] Pour des exemples, voir BONNET Émile, *De la promulgation*, Thèse, Paris, 1908, p. 60 ; LABAND Paul, *Le droit public de l'empire allemand*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1901, p. 265-293 ou CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, T. I, p. 405-416.
[2] Voir *infra*, p. 184.
[3] Voir ainsi, DE SOTO Jean, *La promulgation des traités*, Paris, Pédone, 1945, 107 p.
[4] En ce sens, voir THUMEREL Isabelle, *Les périodes de transition constitutionnelle*, Thèse, Lille II, 2008, p. 30-36.
[5] En se limitant à l'examen de la régularité des actes potentiellement considérés comme pris en marge des procédures de révision (1940, 1962…), la doctrine évite le problème du statut des actes pré-constituants concernés. Seuls restent les actes clairement originaires, notamment ceux de la transition constitutionnelle de 1945, mais ils sont eux aussi négligés.
[6] En ce sens, voir LE PILLOUER Arnaud, *op. cit.*, p. 39 et MELLA Elisabeth, « La promulgation de la Constitution », *RDP* 2002, p. 1706.

constituants. Au mieux, la doctrine note les grandes lignes de la procédure telles que le vote d'une assemblée constituante ou l'adoption de la constitution par référendum[1]. Le faible formalisme des procédures originaires et leur rareté n'incite pas non plus à consacrer une grande énergie à leur étude. La doctrine est bien plus souvent confrontée au « produit fini », le texte constitutionnel, qu'aux détails de son édiction. En outre, la question du contrôle du rapport entre promulgation et acte promulgué ne s'est jamais posée. Sa quasi-absence doctrinale et jurisprudentielle est donc assez logique.

Pourtant, les travaux sur les actes pré-constituants se sont multipliés dans les années 1990[2]. Il ne s'agit pas d'une transformation profonde de la doctrine car ces études sont le plus souvent historiques et ne proposent pas de perspectives théoriques générales mais l'évolution est réelle. La prise de conscience généralisée de la juridicité de la constitution y a sans doute contribué car elle incite à la traiter comme les autres normes juridiques, là où la doctrine classique préférait construire des théories politiques abstraites qui lui étaient propres. De plus, cette nouvelle approche a pu se développer aisément grâce à la multiplication des actes pré-constituants après-guerre en raison du développement de procédures plus complexes et réglementées[3] et de la systématisation de la promulgation des actes constitutionnels[4]. L'existence des actes pré-constituants ne peut plus être niée mais leur rôle reste à déterminer, notamment pour ce qui concerne l'identification constitutionnelle (2).

2. DES ACTES INCONTOURNABLES MAIS INSUFFISANTS POUR L'IDENTIFICATION CONSTITUTIONNELLE

La prise en compte des actes pré-constituants est inévitable au regard de l'importance qu'ils ont pris dans la pratique constitutionnelle récente. Elle est nécessaire à une représentation réaliste et complète de l'acte constitutionnel mais participe également à

[1] Il faut remarquer ici que si la doctrine cite souvent ce genre d'éléments, elle néglige totalement les nombreux actes au statut indéterminé qui interviennent pour permettre des processus aussi complexes.

[2] Outre les travaux déjà évoqués, citons notamment JOUANJAN Olivier, « La suspension de la Constitution de 1793 », *Droits* n°17, p. 127 ; ZIMMER Willy, « La loi du 3 juin 1958 : contribution à l'étude des actes pré-constituants », *RDP* 1995, p. 383-411 ; BEAUD Olivier, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 267-302 ou CARTIER Emmanuel, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945)*, Paris, LGDJ, 2005, notamment p. 509-561.

[3] La procédure d'édiction de la Constitution de 1946 est à cet égard exemplaire car elle a impliqué l'adoption de nombreux actes avant la décision finale sur la constitution. Le principal est la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 qui prévoit en détails l'organisation du travail constituant (voir NGUYEN Quoc Dinh, « La loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 », *RDP* 1945, p. 68). Elle avait elle-même fait l'objet de divers actes préalables (CARTIER Emmanuel, *op. cit.*, p. 529) et a été appliquée par le Conseil d'État (voir *supra*, p. 112).

[4] Les constitutions françaises n'ont pas fait l'objet de promulgation en bonne et due forme avant 1848 (JOUANJAN Olivier, article précité, p. 128 et MELLA Elisabeth, article précité, p. 1708 et 1710). Après cette date, la technique a évolué pour se rapprocher peu à peu de celle employée pour la loi (*ibid.*, p. 1718). Cet acte n'a toutefois été évoqué par la doctrine que de manière épisodique (voir par exemple, HÉRAUD Guy, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Paris, Sirey, 1946, p. 363 ou GOGUEL François, « De la conformité du référendum du 28 octobre 1962 à la Constitution », *in Droit, institutions et systèmes politiques. Mélanges en hommage à Maurice Duverger*, Paris, PUF, 1987, p. 117). Il s'est progressivement installé dans la pratique juridique française sans toujours faire l'objet d'une grande attention des spécialistes de la dogmatique.

l'entreprise de démystification du pouvoir constituant[1]. Loin d'être une force surnaturelle, celui-ci n'est qu'une construction sociale regroupant une série d'actes concrets liés à la vie politique du pays. À l'intérêt ancien de la doctrine pour les gouvernements de fait[2] ont succédé des travaux plus précis sur la procédure suivie en 1945 mais aussi sur la loi constitutionnelle de 1958 qui fixait le cadre dans lequel la nouvelle constitution devait être édictée. L'adaptation de la constitution est elle aussi concernée car des actes pré-constituants internationaux sont apparus pour donner corps à la volonté d'influencer le déroulement des processus constituants d'États en construction ou en reconstruction[3]. La teneur et le rôle des divers actes pré-constituants sont donc déjà largement connus.

En revanche, le rapport entre actes pré-constituants et identification constitutionnelle est pour l'essentiel inexploré car les études actuelles ne s'y intéressent pas[4]. Pourtant, les actes pré-constituants édictent des conditions de forme voire de fond[5] qui pourraient influencer la qualification des actes produits. Ainsi, nous pourrions imaginer que si le projet de 1946 avait été adopté sans référendum ou si celui de 1958 n'avait pas respecté les principes prévus dans la loi constitutionnelle, ils n'auraient pas été considérés comme dotés d'une nature constitutionnelle[6]. Toutefois, une autre lecture de ce genre de conditions est possible : elles représenteraient un droit de transition qui créerait des obligations pour le pouvoir constituant sans contribuer à l'identification constitutionnelle. Autrement dit, elles seraient des règles

---

[1] Plus précisément, elle peut y participer car le lien est loin d'être automatique. Le professeur Beaud, qui est indéniablement un tenant de la conception classique du pouvoir constituant, est ainsi l'un des premiers auteurs à avoir souligné le rôle des actes pré-constituants, mais cela ne l'a pas mené à démystifier ce pouvoir.

[2] Si les études sur les procédures constituantes originaires sont plus que rares, de nombreux auteurs se sont intéressés au statut des périodes de transition où une autorité non-habilitée exerce le pouvoir. Voir par exemple, DUVERGER Maurice, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », *RDP* 1945, p. 463-475 ; GAUDU Raymond, *Essai sur la légitimité des gouvernements dans ses rapports avec les gouvernements de fait*, Thèse, Rennes, 1913, 821 p. ; HENRY Noël, *Les gouvernements de fait devant le juge*, Paris, R. Guillon, 1927, 260 p. ou HENRY Gilles, *Essai sur les gouvernements provisoires en droit public français de 1789 à 1875*, Thèse, Poitiers, 1951, 326 p.

[3] Les exemples les plus nets sont fournis par le Timor oriental (procédures fixées par le représentant du secrétaire général des Nations Unies) ou le Cambodge (principes fixés par un accord international). Il existe de nombreux cas intermédiaires de procédures mélangeant des actes nationaux et internationaux dont la nature juridique n'est pas toujours claire (Chypre, Namibie…). Pour des bilans de cette internationalisation des processus constituants, voir GOY Raymond, « Sur l'origine extranationale de certaines constitutions », *in Mélanges Gélard*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 40-42 ou MAZIAU Nicolas, « L'internationalisation du pouvoir constituant », *RGDIP* 2002, p. 555-562.

[4] Ainsi, Mme Mella s'interroge avant tout sur la signification politique de la promulgation (article précité, p. 1719 et 1721).

[5] Les conditions de forme sont extrêmement classiques : les actes pré-constituants fixent généralement la procédure qui devra être suivie pour élaborer la constitution. La loi constitutionnelle résultant du référendum de 1945 prévoyait ainsi un statut spécifique pour l'assemblée constituante et la tenue d'un référendum de ratification. Celle de 1958 prévoyait, quant à elle, une procédure complexe impliquant notamment un Comité ministériel constitutionnel, un Groupe d'experts, un Comité consultatif constitutionnel et le Conseil d'État (pour des détails, voir GHEVONTIAN Richard, *L'élaboration de la Constitution de la Ve République*, Thèse, Aix-Marseille, 1979, p. 128-264 ou CONSTANTINESCO Vlad et PIERRÉ-CAPS Stéphane, *op. cit.*, p. 357). Sur le fond, elle soumettait le projet à venir à cinq principes impératifs censés réduire la marge de manœuvre du pouvoir constituant (*ibid.*, p. 358). Ce genre de limites de fond se retrouve de manière très classique dans les actes pré-constituants internationaux.

[6] Nous pouvons ici évoquer l'exemple de la transition constitutionnelle sud-africaine de 1996 qui était régie par une constitution intérimaire très précise prévoyant notamment un contrôle juridictionnel du projet constitutionnel. Celui-ci a d'ailleurs abouti au rejet du premier projet présenté. Pour des détails, voir THUMEREL Isabelle, *op. cit.*, p. 487 et s. L'on peut toutefois penser que l'on se situe plutôt ici sur le terrain dela régularité que de l'existence.

régulatives et non pas constitutives : elles concerneraient la régularité et non l'existence de l'acte constitutionnel. Étant donné que nous avons rejeté l'assimilation entre existence et régularité formelle, ce rôle restreint est envisageable aussi bien pour les conditions de fond que de forme. Sans apporter de réponses définitives à ce sujet, nous devons constater qu'aucune autorité d'application du droit français n'a jamais évoqué explicitement la réalisation des conditions formelles ou substantielles comme étant un motif susceptible de justifier la nature constitutionnelle des actes de 1946 ou de 1958. Il paraît bien improbable que quiconque dénie aujourd'hui cette qualité à la Constitution de 1958 en se basant sur la violation des conditions prévues dans les lois constitutionnelles préalables de 1958 ou *a fortiori* de 1945[1]. Il existe même un précédent en ce sens puisque l'habilitation à modifier la constitution donnée en 1940 était assortie de l'exigence d'une consultation populaire qui n'a jamais eu lieu, sans que cela ne remette en cause l'existence des actes constituants de 1940 jusqu'à leur annulation de 1944[2]. L'incompétence des juges ne peut expliquer cette situation car nous avons vu qu'ils ne pouvaient éviter de se prononcer sur l'existence même des actes constitutionnels. Il y a une différence entre la feuille de papier et les actes de 1940, 1946 ou 1958 et les autorités d'application du droit le savent. Au final, l'opposition entre existence et régularité implique que rien ne permet d'établir un rapport systématique entre acte pré-constituants et identification de la constitution. Une fois cette idée écartée, il convient de donner quelques précisions sur le cas spécifique de la promulgation des constitutions. La loi pourrait ici servir de modèle car la promulgation est une condition nécessaire voire suffisante de l'existence de la loi en droit français[3]. Cette règle permet d'éviter la multiplication des contestations et donne une utilité à la promulgation. Elle se justifie aussi par l'incompétence du juge sur le décret de promulgation. Il est en effet considéré comme un acte de

[1] Dans l'hypothèse où l'on admet que la Constitution de 1958 est un acte constituant dérivé de la Constitution de 1946 (voir *supra*, p. 106), l'inexistence originaire de cette dernière en raison d'un vice formel au regard de la loi constitutionnelle de 1945 serait *a priori* tout à fait envisageable.

[2] L'ordonnance du 16 août 1944 prévoit dans son article 1 que « en droit [la République] n'a jamais cessé d'exister » et dans son article 3 que la nullité des actes constitutionnels est « constatée ». Ces formules laissent à penser que ces actes sont frappés d'inexistence plutôt qu'ils ne sont annulés. Rappelons néanmoins que le terme « inexistence » désigne pour nous une catégorie théorique que nous avons définie. Entre 1940 et 1944 ces actes ont été considérés comme valides et appliqués par les autorités françaises. Ils continuent de produire des effets aujourd'hui puisque les lois prises sur leur base restent valides dans les conditions qu'ils ont définies (voir par exemple CE 2 juin 1948, Sieur Thomas, *Rec.* p. 242), sous réserve des abrogations postérieures. L'on ne peut donc soutenir leur inexistence dans le sens où nous employons ce terme.

[3] Pour être précis, cette idée ne vaut que pour les actes législatifs adoptés par le Parlement, la situation des actes adoptés par un gouvernement disposant du pouvoir législatif est plus complexe et ne nous concerne pas ici. Si aucun auteur ne définit explicitement la loi par la promulgation, il est reconnu que l'existence des actes législatifs équivaut pour le juge administratif à leur promulgation (en ce sens, voir CHAPUS René, *Droit administratif général*, 15e éd., Paris, Montchrestien, 2001 p. 938 ou AUBY Jean-Marie et DRAGO Roland, *Traité de contentieux administratif*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1984, T. I, p. 141). Étant donné que la définition d'un acte équivaut à ses conditions d'existence au regard du schéma hérité de la théorie de la double signification, ce constat revient à définir la loi par sa promulgation.

gouvernement parce qu'il concerne les rapports entre exécutif et Parlement[1]. Nier l'existence d'une loi malgré la promulgation est exclu car cela reviendrait à priver le décret de promulgation de son effet[2]. Cette logique pourrait être transférée au cas de la promulgation de la constitution puisqu'elle concerne aussi le plus souvent les rapports entre les pouvoirs[3] et qu'une solution inverse priverait la promulgation de toute utilité réelle. La constitution se définirait alors comme l'acte promulgué comme tel, ce qui solutionnerait aussi les questions tenant à l'adaptation. Il convient tout de même de rester prudent pour éviter de faire de la promulgation un nouveau pouvoir magique[4] en se souvenant qu'il ne s'agit jamais que d'une condition de réussite envisageable pour l'acte de langage constitutionnel. La longue tradition de négligence de la promulgation de la constitution incite aussi à la modération.

Au final, il est possible que certains actes pré-constituants jouent un rôle important dans l'identification constitutionnelle. Pour autant, en admettant que ces actes valident la constitution, nous ne savons pas comment il faut évaluer leur propre validité[5]. L'hypothèse de la feuille de papier peut s'appliquer aussi bien à la constitution qu'à un acte promulguant la constitution : il s'agit d'un acte de langage dont la valeur objective peut être interrogée. L'existence même de la promulgation dépend d'une qualification qui repose sur les conditions

---

[1] Ce principe a été établi dans un arrêt ancien (CE Sect., 3 novembre 1933, Sieur Desreumeaux, *Rec.* p. 994) et est toujours de droit positif (CHAPUS René, *op. cit.*, p. 950 ou DEBBASCH Charles et RICCI Jean-Claude, *Contentieux administratif*, 8e éd., Paris, Dalloz, 2000, p. 223). Il a fait l'objet de contestation (voir ainsi ALIBERT Raphaël, Note sous CE Sect., 3 novembre 1933, Sieur Desreumeaux, *S.* 1933.3.9) et certains prétendent que la loi serait inexistante dans le cas où elle serait frappée d'un vice fondamental, par exemple si le texte promulgué n'avait pas été voté par les deux chambres (voir EISENMANN Charles, « Le contrôle juridictionnel des lois en France », *in Actualités du contrôle juridictionnel des lois*, Bruxelles, Larcier, 1973, p. 79 ou JÈZE Gaston, « La promulgation des lois », *RDP* 1918, p. 380). Ils s'appuient notamment sur la jurisprudence particulière qui permet de corriger les erreurs matérielles du texte publié au Journal officiel (FRÉJAVILLE Marcel, « La pratique des errata au Journal officiel et la taxe de compensation sur les locaux insuffisamment occupés », *JCP* 1948.1.677 ; GROS André, Note sous CE Sect., 3 novembre 1933, Sieur Desreumeaux, *D.* 1934.3.38 ou SAUVIGNON Edouard, « La promulgation des lois, réflexions sur la jurisprudence Desreumeaux », *RDP* 1981, p. 1010). Rien n'indique cependant que le juge administratif entende s'engager sur cette voie puisqu'il n'a jamais vérifié l'existence d'un acte du Parlement au-delà du décret de promulgation.

[2] Son objet est en effet « d'attester de l'existence de la loi » (CE Ass., 8 février 1974, Commune de Montory, *RDP* 1974, p. 1524) : si celle-ci peut être contrôlée malgré lui et alors qu'il ne peut être annulé, nous voyons mal à quoi sert ce décret. Cependant, il faut ici faire attention à la différence entre les questions de procédure et de fond. Il est manifeste que le juge administratif assimile l'existence de la loi à sa promulgation mais il est possible que d'autres autorités, qui ne connaissent pas les mêmes limites de compétence, utilisent d'autres critères même si cela poserait des problèmes pratiques évidents en cas de contrôle postérieur de leurs décisions. Notons que nous ne tenons pas compte de la base sur laquelle le Président lui-même identifie la loi car il nous semble que la promulgation fait partie de l'opération législative (en ce sens, voir ROUGEVIN-BAVILLE Michel, Conclusions sous CE Ass., 8 février 1974, Commune de Montory, *RDP* 1974, p. 1515) : une loi n'est pas applicable sans promulgation et sa présence se place donc dans les conditions de réussite de l'acte de langage législatif.

[3] Ajoutons que cette solution connaît des limites en cas d'adoption référendaire car la promulgation ne concerne pas alors le rapport entre l'exécutif et le Parlement.

[4] Cette dérive est illustrée par l'article de Mme Mella dans lequel il est affirmé que c'est la promulgation qui donne une valeur juridique à la constitution sans que la source de cette puissance particulière ne soit expliquée (article précité, p. 1725). L'auteur estime ensuite que la formule de promulgation de la Constitution de 1946 d'après laquelle « la présente Constitution […] sera exécutée comme loi » en a fait un acte législatif ordinaire (*ibid.*, p. 1727), ce qui est manifestement contraire à la pratique des acteurs sous la IVe République puisque la Constitution de 1946 jouissait du régime des actes constitutionnels.

[5] Au regard des éléments énoncés jusque-là sur le mode d'existence des normes et leur description, nous ne partageons pas l'explication du professeur Beaud qui voit dans le droit pré-constitutionnel « la formulation de principes de logique » et « des principes immanents à la matière constitutionnelle » (*op. cit.*, p. 264).

de réussite de ce type d'acte[1]. En outre, la contribution des actes pré-constituant à l'existence de la constitution dépend elle aussi d'une règle constitutive spécifique. Dans le schéma construit à travers la théorie de la double signification, la règle constitutive est incontournable pour fixer les conditions de réussite de l'acte de langage constitutionnel. L'acte de promulgation ne peut en faire partie que grâce à une convention que l'étude des actes pré-constituants n'a pas permis de révéler[2]. La carence de la doctrine actuelle sur ce point n'est d'ailleurs pas surprenante car elle ne vise pas directement l'identification constitutionnelle. Au final, savoir si l'identification constitutionnelle passe par la promulgation ou par le respect des conditions de 1945 ou 1958 dépend de la définition de la constitution. L'attention portée aux actes pré-constituants ne permet pas d'avancer sur les conditions de vérité de l'énoncé définitoire en cause car elle ne permet pas de briser la régression vers l'infini. De ce fait, il est impossible de dire si une éventuelle constitution européenne devrait suivre le même modèle. Face à ce relatif échec, nous devons préciser si les autres solutions normatives issues de la dogmatique obtiennent de meilleurs résultats (B).

B. Les solutions normatives portant sur les acte et norme constitutionnels

L'essentiel du discours dogmatique susceptible d'être reconstruit pour servir l'identification constitutionnelle a déjà été exposé. Il arrive toutefois que la doctrine emprunte des critères à la catégorie théorique de constitution (1) ou mette en valeur la légitimité de la constitution (2).

1. L'UTILISATION DE CRITERES THEORIQUES POUR L'IDENTIFICATION CONSTITUTIONNELLE

La réflexion sur la constitution est nettement plus orientée vers la théorie que vers la dogmatique. Le refus ou la négligence de l'opposition entre ces deux types de discours sur le droit mène certains auteurs à mélanger les catégories dogmatique et théorique de constitution. La seconde partie de la thèse sera consacrée à la catégorie théorique mais il semble utile d'apporter à ce stade quelques précisions sur l'usage qui en est parfois fait dans le discours dogmatique. Sans reprendre intégralement les principes méthodologiques déjà exposés,

[1] De ce fait, l'identité même de l'autorité chargée de la promulgation n'a rien d'évidente. Si le professeur Beaud affirme qu'il s'agit d'une compétence exclusive du Président de la République (*op. cit.*, p. 245), il n'explique pas sa position.

[2] L'importance de cette convention nous est révélée par la logique et est confirmée par la pratique. La vérification de l'existence des actes juridiques est loin de se limiter à celle de leur promulgation ou de leur publication. Ainsi, le Conseil d'État considère qu'un traité international perd son applicabilité, et donc sa qualité de traité au regard du droit interne, en cas de violation de certaines exigences procédurales (CE Ass., 18 décembre 1998, SARL du Parc d'activités de Blotzheim, n°181249). Certes, il n'y a pas ici de décret de promulgation susceptible de faire obstacle au contrôle, mais cet exemple montre que les conditions d'existence varient selon les cas.

rappelons qu'il est impossible de prêter des effets juridiques aux choix arbitraires de la doctrine, sauf à rompre avec le positivisme en prétendant que le droit doit être élaboré par une doctrine qui a vocation à concurrencer ou à remplacer les autorités publiques[1]. Ce principe général concerne la définition de la constitution au regard du rôle particulier de la catégorie dogmatique de constitution que la théorie de la double signification a permis de mettre en valeur. La science du droit ne peut ni ne doit fixer les conditions de réussite de la catégorie des actes de langage constitutionnel. Pourtant, de nombreux auteurs semblent affirmer que la doctrine est libre de choisir des critères formels ou matériels pour définir la constitution[2], sans tenir compte du fait que le seul choix susceptible d'effets juridiques, celui de la définition de la catégorie du discours du droit, ne dépend que des acteurs du système juridique.

Une dérive du même ordre peut parfois être décelée sur la base du contenu des critères proposés. En effet, la différence entre les objectifs de la théorie et de la dogmatique fait que, bien souvent, les critères théoriques sont incapables de servir à identifier la constitution. Nous dépassons ici l'impératif positiviste pour rencontrer une impossibilité pure et simple. Ainsi, le critère le plus classique de définition de la constitution, la rigidité[3], est inutilisable dans la dogmatique. Dans ce cadre, il signifierait que seuls les actes révisables par une procédure plus difficile à mettre en œuvre que la procédure législative ordinaire auraient la nature juridique de constitution. Or, l'applicabilité d'une procédure de révision à un acte dépend de sa nature juridique : c'est parce qu'un acte est constitutionnel qu'il ne pourra être révisé que par la procédure de l'article 89 et non l'inverse[4]. Prétendre que la nature juridique d'un acte dépend de sa procédure de révision mène donc à une circularité intenable[5]. Néanmoins, ce critère pourrait être reformulé pour permettre la qualification des actes qui se présentent eux-mêmes comme soumis à une procédure de révision rigide : la nature juridique de l'acte dépendrait alors de sa signification subjective sur ce point. Cette idée semble assez improbable mais elle est surtout éliminée par l'hypothèse de la feuille de papier puisque rien n'empêche d'écrire un

---

[1] Le positivisme s'oppose à toute prescription doctrinale, ce qui vaut aussi évidemment pour la définition de la constitution. Notons que même dans les cas où la doctrine jouit d'une influence réelle ou d'un statut juridique, rien n'interdit de prendre du recul pour étudier le droit tel qu'il se présente sans prendre part directement à son élaboration.

[2] Voir ainsi, DUEZ Paul, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France », *in Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1908, p. 229 ; CADOUX Charles, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4e éd., Paris, Cujas, 1995, p. 167 ou EL SHAWI Mundhir, *Le pouvoir constituant*, Thèse, Toulouse, 1961, p. 152.

[3] Voir, parmi de nombreux exemples, BATAILLER Francine, *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1966, p. 2 et 63 ; DEBBASCH Charles, PONTIER Jean-Marie, BOURDON Jacques et RICCI Jean-Claude, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 3e éd., Paris, Economica, 2001, p. 89 ; WIGNY Pierre, *Droit constitutionnel, principes et droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1952 p. 170 ou LAVROFF Dmitri Georges, article précité, p. 428.

[4] Pour une définition dogmatique des normes constitutionnelles comme l'ensemble des normes pouvant être révisé en employant l'article 89, voir GESLOT Christophe, « Normes constitutionnelles et normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois », *JCP* 2007.I.149.

[5] Pour une analyse comparable, voir SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 150. Il ne faut néanmoins pas oublier que la critique de Schmitt reste largement perfectible car il ne différencie pas les catégories théorique et dogmatique de constitution alors que sa critique ne vaut que contre l'usage de la rigidité pour une définition dogmatique.

texte prévoyant une procédure de ce type. La plupart des critères théoriques sont sujets aux mêmes critiques. Citons ainsi l'exigence d'une procédure de révision majoritaire dans une entité fédérale[1], la réglementation de l'action des pouvoirs publics[2] ou encore la protection des droits de l'homme[3]. Chacun de ces éléments peut figurer sur une feuille de papier. Ce défaut n'est d'ailleurs pas étonnant car les critères théoriques ont été conçus pour trier des normes valides et non pour déterminer la validité d'actes de langage[4]. Cette différence pèse sur le statut mais aussi sur le contenu des critères. D'ailleurs, certains critères qui portent sur l'acte plutôt que sur la norme et sont parfois choisis arbitrairement par la doctrine encourent les mêmes critiques. Certains auteurs s'attachent ainsi à la dénomination de l'acte : cette idée a une portée générale[5] mais elle a connu un regain considérable à propos du traité établissant une constitution pour l'Europe[6]. Or, non seulement le nom des actes qui semblent entrer dans la catégorie dogmatique de constitution varie dans l'histoire (charte, loi constitutionnelle, constitution…) mais surtout la feuille de papier peut elle aussi s'intituler « constitution »[7]. La requalification d'un acte pour s'écarter du titre qu'il porte est en outre très répandue dans la pratique judiciaire. Mieux, certains traités internationaux ont été intitulés « constitution » sans que cela ne leur donne un statut spécifique en droit français[8]. À la rigueur, dans certains cas, le fait de s'appeler « constitution » pourrait marquer une revendication qui ferait de l'acte considéré un acte originaire. La question de sa qualification resterait alors entière.

En réalité, la différence de statut des énoncés définitoires influence profondément la méthode à retenir pour définir la constitution. Des arguments recevables sur le plan théorique ne valent rien pour la dogmatique. Pour prendre un exemple, les arguments historiques qui tiennent à l'origine du terme ou au contexte intellectuel de sa formation n'ont aucune

---

[1] BLUMANN Claude, « Quelques réflexions sur le projet de constitution de l'Union européenne », *RDP* 2003, p. 1272 ou MATHIEU Bertrand « L'appréhension de l'ordre juridique communautaire par le droit constitutionnel français », *in Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pédone, 2004, p. 176. Il faut noter ici qu'il est le plus souvent difficile de savoir si les auteurs adoptent une définition théorique ou dogmatique car ils ne différencient pas ces deux concepts.

[2] DELVOLVÉ Pierre, « Conclusion », *in* DRAGO Guillaume (dir.), *L'application de la Constitution par les cours suprêmes*, Paris, Dalloz, 2007, p. 216.

[3] DECHAUX Raphaël, « Le principe d'identification des normes en droit constitutionnel », *in* PONTIER Jean-Marie (dir.), *Les principes et le droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, p. 227 et 233 ou SANTONI Auguste, *De la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires*, Thèse, Toulouse, 1913, p. 60.

[4] L'argument de la feuille de papier n'est pas opposable aux classifications théoriques : les normes concernées sont valides avant d'être classées et sont donc distinctes des simples feuilles de papier.

[5] Voir ainsi, DELPÉRÉE Francis, *Droit constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 1987, T. I, p. 68 ou RIALS Stéphane, « Constitution », *in Encyclopédie Dalloz – Contentieux administratif*, 2005, p. 2.

[6] Pour des exemples, voir FRANCK Claude, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe a appelé une modification de la Constitution française », *JCP* 2005, p. 634 ou MICHEL Valérie et BOUVERESSE Aude, « La notion de constitution », *in* CONSTANTINESCO Vlad, GAUTIER Yves et MICHEL Valérie (dir.), *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Analyses & commentaires*, Strasbourg, PUS, 2005, p. 49.

[7] Précisons bien que cet argument ne démontre en aucun cas l'impossibilité logique qu'un système juridique s'attache à ce critère. En revanche, il prouve qu'il serait dans ce cas anarchique, ce qui n'est pas le cas du système juridique français actuel.

[8] Sans revenir à la décision rendue par le Conseil constitutionnel sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe, citons le cas des « constitutions » de l'OIT et de l'OMS.

importance puisque la dogmatique n'est tenue que par l'usage du discours du droit. Plus précisément, elle n'est tenue que par son usage actuel, ce qui prive d'intérêt l'histoire du droit pour l'étude de l'identification constitutionnelle. Le droit comparé subit le même sort au regard de la relativité des discours du droit. À l'inverse, il peut paraître logique de chercher dans les normes positives une définition de la constitution. Certains auteurs ont voulu voir dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen une telle définition[1]. La valeur juridique de cette Déclaration semble donner une force à leur argumentation. Sans se prononcer sur le caractère réellement définitoire de cet article[2], nous devons constater que puisque la validité de la Déclaration repose sur le préambule de la Constitution de 1958, il n'a pu servir à son identification. Au contraire, il dépend de cette identification première. Les critères qu'il prévoit sont en plus peu réalistes car ils peuvent bénéficier aussi à la feuille de papier. Malgré ces défauts, l'attrait de ce texte demeure, sans doute car il semble relier l'existence de la constitution à sa légitimité, comme le font d'autres critères (2).

2. LA LEGITIMITE DE LA CONSTITUTION : DE LA DOGMATIQUE A LA THEORIE GENERALE

Il est impossible de fournir un panorama complet des approches dogmatiques de la définition de la constitution sans traiter des questions tenant à la légitimité de cette norme. Cette idée a déjà été entrevue à travers le concept de pouvoir souverain mais il convient d'apporter des précisions sur sa place parmi les solutions clairement normatives. La notion de légitimité est dotée d'au moins deux sens distincts : elle peut désigner la légitimité socialement effective, c'est-à-dire l'adhésion réelle des acteurs à la constitution, ou la légitimité absolue, c'est-à-dire la valeur morale de la constitution, son acceptabilité plutôt que son acceptation. Elle dépend d'un jugement de réalité dans le premier cas et d'un jugement de valeur dans le second. Seul ce dernier sens nous intéresse car le premier est purement sociologique et ne peut donc pas avoir de rapport avec l'identification constitutionnelle. Si le positivisme avait disqualifié ce concept, nous ne pouvons nier qu'il connaît un renouveau progressif, y compris à propos de la valeur juridique de la constitution[3]. Il entretient un lien

[1] Pour un exemple, voir MAGNON Xavier, *Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire devant les juges constitutionnels français et italien*, Thèse, Aix-Marseille III, 2002 p. 439.

[2] Le texte de cet article est assez ambigu sur sa portée puisqu'il se contente de préciser que « toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Son caractère définitoire est de ce fait controversé. Pour des avis opposés, voir ALBERTINI Pierre, « Article 16 », *in* CONAC Gérard, DEBENE Marcel et TEBOUL Gérard (dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, Paris, Economica, 1993, p. 333 et TROPER Michel, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1973, p. 159. Notons que si l'on en croit le professeur Troper, il s'agit bien d'une définition mais pas d'une définition de norme ou d'acte ce qui exclurait tout rapport avec l'identification constitutionnelle.

[3] Pour des exemples de ce renouveau, voir FULLER Lon, « Positivism and Fidelity to Law, a Reply to Professor Hart », *HLR* 1958, p. 643 ou STARCK Christian, *La constitution, cadre et mesure du droit*, Paris, Economica, 1994, p. 56 mais aussi

évident avec le caractère obligatoire de cette norme mais le manque de distinction entre l'existence de la constitution et son caractère obligatoire conduit certains à utiliser des arguments tenant à la valeur morale d'un acte pour lui reconnaître une qualité constitutionnelle dogmatique[1]. À ces exemples clairs, s'ajoutent des références plus obscures quant au rapport entre légitimité et validité[2].

Si les auteurs qui s'intéressent à la légitimité partagent le plus souvent le rejet d'un positivisme dont le formalisme confinerait à l'irréalisme, leurs positions sont pour le reste loin d'être uniformes. Une première école se limite à la dogmatique en affirmant l'importance de la légitimité dans l'identification des normes juridiques sans proposer d'évolution dans la théorie générale. Nous pouvons distinguer deux versions de cette approche. Une version faible consiste à inclure certains critères tenant à la légitimité dans l'identification constitutionnelle : un texte présentant une revendication de constitutionnalité ne pourra être considéré comme un véritable acte constitutionnel s'il est injuste[3]. Cette argumentation n'est pas en tant que telle incompatible avec notre approche car la règle constitutive de la catégorie dogmatique de constitution peut inclure des critères matériels et donc éventuellement moraux. Il s'agit d'une simple question empirique n'appelant pas de réponse générale. Nous nous opposons ici à la vision simpliste d'un positivisme qui ne pourrait tenir compte que de critères formels[4] : non seulement rien ne l'oriente vers une telle voie mais en plus la morale et le droit doivent être séparables et non pas séparés[5]. En revanche, la version forte de cette première école est nettement plus radicale car elle impose une rupture avec la théorie sociale des sources du droit. Elle revient à défendre la prévalence, voire l'exclusivité, de critères moraux qui sont présentés comme une réalité abstraite et non culturelle. L'identification constitutionnelle se confondrait avec un débat philosophique ou politique sur ce qui

---

MAGNON Xavier, *op. cit.*, p. 243 et GÉLIN-RACINOUX Laurence, *Recherches sur le rapport de la constitution au temps*, Thèse, Nantes, 2005, p. 72.

[1] Le professeur Starck lie ainsi la qualité de constitution à l'intervention du pouvoir constituant qui est conditionnée par sa légitimité (*op. cit.*, p. 56) alors que pour M. Sabète, la validité de la constitution équivaut à sa légitimité (*Pouvoir de révision constitutionnelle et droits fondamentaux*, Rennes, PUR, 2005, p. 109).

[2] Ainsi, Fuller établit un lien entre effectivité et légitimité de la constitution pour rejeter le positivisme mais ne précise pas vraiment si la validité est en cause (article précité, p. 643). Rappelons que nous ne traitons ici que des approches qui lient au moins partiellement l'identification de la constitution à sa moralité. Nous avons écarté précédemment celles qui se limitent à apprécier sa légitimité en supposant qu'elle est déjà identifiée.

[3] FULLER Lon, article précité, p. 642.

[4] Une telle idée est notamment exprimée dans la théorie des trois sphères de validité qui prétend que les positivistes ne tiennent compte que du respect des procédures et des compétences pour déterminer l'existence d'une norme alors que l'inclusion de la légitimité relève du jusnaturalisme (pour un exemple, voir GÉRARD Philippe, « Validité juridique et souveraineté », *in* RIGAUX François, HAARSCHER Guy et VASSART Patrick (dir.), *Droit et pouvoir*, Bruxelles, Story-Scienta, 1987, p. 78). Sans se prononcer sur la valeur générale d'une telle assertion, il nous suffit de constater qu'elle ne correspond en aucun cas au positivisme que nous pratiquons.

[5] La théorie sociale des sources du droit et le caractère descriptif de la dogmatique permet l'inclusion de la morale dans la dogmatique dans la mesure où elle est prise en compte dans le discours du droit. Le positivisme s'oppose donc à une prise en compte systématique et *a priori* de la morale mais pas du tout à une place justifiée par des éléments empiriques.

caractérise la « constitution juste ». Nous sommes ici confrontés à un jusnaturalisme assez classique qui refuse toute prise en compte de la réalité sociale[1] ou qui donne une valeur intrinsèque à certains éléments dans cette réalité selon des choix arbitraires[2]. Nous refusons d'entrer dans ce débat car les positions soutenues sont incompatibles avec nos présupposés sur le caractère descriptif de la dogmatique. La règle constitutive est écartée mais le prix à payer est trop lourd puisqu'il revient à renoncer à décrire le droit.

La seconde école est sensiblement différente car elle propose une critique relevant de la théorie générale des insuffisances du positivisme. Elle ne prétend ni inclure la morale dans le droit positif (version faible de la première école) ni nier le droit positif (version forte de la première école) mais soutient qu'il est impossible de décrire le droit positif sans tenir compte de la question de la légitimité. Il s'agit d'une forme de discours dogmatique, puisqu'elle peut aboutir à des propositions en matière d'identification constitutionnelle, mais il intègre des éléments de théorie générale censés remettre en cause le positivisme en raison de son incapacité à décrire le droit positif. Rendre compte de cette école impose d'abandonner la dogmatique pour considérer l'apport de la théorie générale du droit (section 2).

SECTION 2 : LES SOLUTIONS ISSUES DE LA THEORIE GENERALE DU DROIT

Les solutions dogmatiques souffrent toutes du même défaut : elles s'appuient sur des règles qui ne sont pas explicitées et dont le mode d'existence n'est pas déterminé. Ce sont donc les présupposés même de la dogmatique qui sont en cause puisque les conditions de vérité des énoncés sur ces règles sont inconnues. Cette carence justifie le recours à la théorie générale du droit pour rechercher les modes d'existence et de connaissance des règles qui jouent le rôle de règle constitutive de la catégorie dogmatique de constitution. Cette étape est indispensable car l'incertitude sur le statut de ces règles empêche de vérifier les hypothèses formulées sur son contenu. Le passage de la dogmatique à la théorie générale implique non seulement une argumentation différente[3] mais aussi une reconstruction encore plus poussée des propositions

[1] Certains principes, généralement libéraux, sont ainsi cités comme conditionnant la légitimité de la constitution sans que leur valeur ne soit justifiée ou surtout rapportée aux préférences des acteurs. Voir par exemple LUCIANI Massimo, « L'anti-souverain », *RCADC* 2001, p. 132 ; SABÈTE Wagdi, *op. cit.*, p. 18 et 112 ou TURPIN Dominique, *op. cit.*, p. 114.

[2] Nous visons ici le cas d'auteurs qui rapportent certaines valeurs à un contexte donné mais n'expliquent pas pour autant pourquoi elles seraient pertinentes dans ce cas. Citons l'idée selon laquelle les droits de l'homme constitueraient un élément du contrat de notre société (ISIDORO Cécile, « Le pouvoir constituant peut-il tout faire ? », *in L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 241 et 252) ou que la démocratie s'imposerait dans la mesure où elle a « triomphé dans d'importantes parties du monde » (STARCK Christian, *op. cit.*, p. 57).

[3] Comme nous l'avons vu, les énoncés de théories générales ne sont pas dotés d'une valeur de vérité. Le choix entre diverses positions dépend donc de leur cohérence et leur fertilité mais aussi de leur compatibilité avec les présupposés positivistes généraux qui guident notre démarche. Notons toutefois que les solutions dogmatiques traitées jusqu'ici n'ont pas été écartées par leur fausseté mais plutôt pour leur justification insuffisante : la doctrine ne pouvait établir leur bien-fondé.

doctrinales. En effet, les développements de théorie générale visent en principe à permettre la connaissance du droit dans son ensemble et non à comprendre l'identification constitutionnelle mais ces deux éléments convergent en raison du caractère originaire de certaines normes constitutionnelles. Les solutions théoriques sont aussi diversifiées que les solutions dogmatiques. Face à la difficulté posée par la règle constitutive, deux attitudes sont envisageables : soit l'on opte pour une démarche réaliste en lui déniant toute utilité (I), soit l'on reste dans un cadre normativiste en expliquant son mode d'existence (II).

I. LES SOLUTIONS NON-NORMATIVES : LES THEORIES REALISTES

Le réalisme peut être défini de manière approximative comme la théorie générale qui réduit le droit à ce que dit le juge ou, plus largement, à ce que font les autorités d'application. C'est une posture épistémologique qui fixe l'objet de la science du droit : elle ne décrit pas un système juridique quelconque mais donne les bases de la description de n'importe quel droit positif. L'unité des réalistes n'est pas totale pour autant car si certains courants s'en tiennent strictement à ces principes (A), d'autres prennent une orientation réaliste sans mener à son terme la critique du normativisme (B).

A. Le réalisme intégral

Le réalisme intégral s'appuie sur une théorie complexe et cohérente (1) qui souffre cependant de présupposés discutables qui la rende inutile dans notre perspective (2).

1. UNE THEORIE COMPLEXE ET COHERENTE

Le réalisme intégral est un scepticisme qui refuse l'assimilation du droit à un système de normes et réduit la science du droit à l'étude du comportement des autorités d'application. Si ses origines sont anciennes, il a été théorisé à partir du début du XXe siècle en réaction aux excès de la jurisprudence des concepts. Nous pouvons distinguer trois formes de réalismes apparues successivement et qui coexistent aujourd'hui. Le premier réalisme moderne est né aux États-Unis et repose sur la valorisation des règles effectivement appliquées par les juges à travers l'opposition entre règles de papiers et règles réelles[1]. Le droit n'est pas formé

[1] En ce sens, voir MICHAUT Françoise, « L'approche scientifique du droit chez les réalistes américains », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 273. Précisons que nous présentons une vision assez simplifiée du réalisme américain car ce mouvement ne concerne que de manière marginale l'existence des constitutions et se concentre plutôt sur la pratique des juges et les sources de la décision judiciaire. Pour des détails sur les évolutions et les diverses

d'obligations ou de significations de prescriptions mais des prévisions du comportement futur des juges[1], seul élément permettant de prédire les sanctions qui seront appliquées suite à une action donnée[2]. L'étude du droit porte alors sur les décisions judiciaires[3] et sur leurs causes[4] qui doivent être déterminées dans une optique béhavioriste[5] en excluant toute théorisation[6]. Une autre version du réalisme a été développée ensuite en Scandinavie sur la base des nouvelles visions de la science et du langage proposées par l'empirisme logique. La science du droit est là-encore centrée sur le comportement du juge[7] et sa prévision[8]. Les notions d'obligation et de validité sont considérées avec méfiance car elles seraient métaphysiques. La sélection des faits juridiques pertinents repose sur des éléments psychologiques : le droit est réduit à certaines émotions[9] ou à une forme d'idéologie présente dans l'esprit des juges[10]. Les normes ne sont pas des devoirs-être ou des significations d'actes de langage car les auteurs scandinaves estiment que la notion de validité doit être repensée : il faut rendre compte de la spécificité de la validité juridique en tant que contrainte psychologique[11] et de la place motivante des règles telles qu'elles sont vues par la dogmatique classique[12]. C'est cette particularité qui caractérise le mieux la différence entre réalismes scandinave et américain[13]. La forte influence de Kelsen sur Alf Ross[14], principal théoricien de ce mouvement, a renforcé

---

tendances de ce courant, voir MICHAUT Françoise, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris, L'Harmattan, 2000, 409 p.

[1] *Ibid.*, p. 48 ou COHEN Felix, « La nature des règles et des concepts juridiques », *in* GRZEGORCZYK Christophe, MICHAUT Françoise et TROPER Michel (dir.), *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1992, p. 128.

[2] C'est la fameuse image de l'homme mauvais (*bad man*) valorisée par Holmes : le droit devrait être étudié du point de vue de l'homme qui se moque des obligations mais craint la sanction et essaye de ce fait de les prévoir.

[3] Le droit est ainsi décrit par Llewellyn comme « ce que font ces personnages officiels (les juges, les shérifs, les gardiens de prison ou les avocats) au sujet des conflits » (MICHAUT Françoise, *op. cit.*, p. 180).

[4] Les travaux du professeur Leiter ont récemment offert une reformulation du réalisme américain basé sur l'œuvre de Quine. Sans entrer dans les détails de son raisonnement qui dépasse largement les ambitions de cette rapide présentation du réalisme, il est intéressant de noter qu'il estime que la vision réaliste du droit s'appuie sur la recherche des stimulus factuels qui causent les décisions des juges (voir notamment, « Rethinking Legal Realism », *Texas Law Review* 1997, p. 275).

[5] BILIER Jean-Cassien et MARYIOLI Aglaé, *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, Armand Colin, 2001, p. 182. Si la référence à la psychologie est très présente chez les auteurs réalistes, elle ne se limite toutefois pas au béhaviorisme. Jerome Frank prétendait ainsi rejeter cette approche en présentant les décisions des juges comme le résultat de la conjonction de leur personnalité avec des stimuli divers (MICHAUT François, *op. cit.*, p. 198).

[6] Plus précisément, les théorisations conceptualistes marquées par l'essentialisme sont rejetées. En revanche, le réalisme trouve son origine dans un mouvement prétendant guider la décision du juge par l'analyse des faits sociaux (*sociological jurisprudence*) et n'a jamais vraiment renoncé à guider la décision judiciaire (MICHAUT Françoise, op. cit., p. 232).

[7] Pour des exemples, voir HÄGERSTRÖM Axel, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Stockholm, Almqvist & Wiksell, 1953, p. 37 ou ROSS Alf, *On Law and Justice*, Londres, Stevens & Sons, 1958, p. 18 et 34

[8] Ce point est repris par certains réalistes scandinaves (en ce sens, voir HARRIS J.W., *Law and Legal Science*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 49 et pour un exemple, ROSS Alf, *op. cit.*, p. 20 et 102 ou *Directives and Norms*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1968, p. 105) mais rejeté par d'autres (OLIVECRONA Karl, *Law as Fact*, 2e éd., Londres, Stevens & Sons, 1971, p. 141 ou ROSS Alf, *Towards a Realistic Jurisprudence*, Copenhague, Einar Munksgaard, 1946, p. 72).

[9] HÄGERSTRÖM Axel, *op. cit.*, p. 138 ; OLIVECRONA Karl, *op. cit.*, p. 77 ou ROSS Alf, « Qu'est-ce que la justice selon Kelsen », *in Introduction à l'empirisme logique*, Paris, LGDJ, 2004, p. 122.

[10] ROSS Alf, *On Law and Justice*, précité, p. 35 ou 74 et *Directives and Norms*, précité, p. 93.

[11] PATTARO Enrico, « Dimensions du savoir juridique et orientations philosophiques », *RIEJ* 1988, n° spécial, p. 155.

[12] ROSS Alf, *On Law and Justice*, précité, p. 37 et 44.

[13] En ce sens, voir TUORI Kaarlo, *Critical Legal Positivism*, Burlington, Ashgate, 2002, p. 124.

[14] Les professeurs Ost et Van de Kerchove ont ainsi pu remarquer que « le juge d'Alf Ross, ce serait celui des réalistes américains doté d'une idéologie kelsénienne » (*De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Pub. des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 381).

cette tendance et permet de parler de « réalisme normativiste » puisque la validité des normes est ré-expliquée et non niée[1]. Les formulations les plus récentes du réalisme sont un peu différentes des deux courants que nous venons de décrire car elles consistent avant tout à souligner la place primordiale du juge dans l'interprétation. Ainsi, le néo-réalisme français, construit avant tout par le professeur Troper, présente des similitudes avec le réalisme scandinave mais s'inspire encore plus de Kelsen. Il s'agit en quelques sortes de jouer la théorie de l'interprétation attribuée à Kelsen contre la vision générale du droit défendue par Kelsen. En effet, l'interprétation est décrite comme une activité purement volitive excluant toute cognition[2]. Dès lors, les normes sont créées par le juge[3] et non par le pouvoir normatif, qui se contente de créer le texte[4]. La validation par dérivation entre les normes décrite par Kelsen est alors détruite car le juge intervient à chaque étape et détermine librement les normes valides[5]. Le statut des réalités décrites par la science du droit pour cette école n'est pas toujours clair mais une chose est sûre : qu'il s'agisse de régularités de comportement[6] ou de significations de prescriptions langagières[7], elles dépendent de l'autorité d'application du droit. Le réalisme interprétatif s'inspire aussi parfois de l'approche herméneutique du langage. Les textes sont alors considérés comme indéterminés et n'ont jamais de sens définitif mais leur indétermination initiale donne une priorité à l'interprète dans la création des normes[8].

---

[1] Ce terme est employé dans PATTARO Enrico, « Validité et pouvoir », *in* RIGAUX François *et alii.*, *op. cit.*, p. 147. La possibilité de défendre une forme de théorie de la validité inter-subjective des normes repose sur la préférence pour l'idéologie normative au détriment des sentiments individuels intermittents (HARRIS J.W., *op. cit.*, p. 45).

[2] TROPER Michel, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 135.

[3] Plus précisément, elles sont créées par l'autorité d'application dont la décision ne peut être remise en cause.

[4] CAYLA Olivier, « L'obscure théorie du pouvoir constituant originaire », *in Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 261 ou TROPER Michel, « L'interprétation constitutionnelle », *in* MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 86.

[5] TROPER Michel, « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *in Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 92. La liberté du juge dans la détermination des normes valides implique que les énoncés doctrinaux entendant décrire des normes sont soit des prescriptions soit des reprises des énoncés du juge, ce qui revient à nier la valeur des raisonnements dogmatiques classiques.

[6] Les normes sont souvent vues comme des « décisions » (AGOSTINI Christophe, « Pour une théorie réaliste de la validité », *in Mélanges Michel Troper*, précité, p. 17 ou GUASTINI Riccardo, « Problèmes épistémologiques du normativisme en tant que théorie de la science juridique », *RMM* 1997 p. 552) mais leur existence est parfois niée car le droit serait simplement composé de propositions qui ne sont pas des normes (TROPER Michel, « Fondement du caractère obligatoire et problème de causalité en droit », *in Réalités du droit international contemporain*, Reims, CERI, 1980, p. 50 et 76). L'activité du juge serait alors décrite comme créant des normes pour faciliter la comparaison avec la dogmatique classique sans admettre pour autant vraiment l'existence de telles entités (*ibid.*, p. 53) car la science du droit se limite à rapporter le « comportement des cours » et les raisons qui les poussent à agir (TROPER Michel, « La notion de principes supra-constitutionnels », *in La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 197 ou « Judicial Review and International Law », *San Diego International Law Journal* 2003, p. 40).

[7] Le professeur Troper semble régulièrement s'attacher à une approche plus classique de la science du droit et des normes en reprenant le concept kelsénien de norme comme signification (« Kelsen et la jurisprudence », *in Pour une théorie…*, précité, p. 73 ou « Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement », *ibid.*, p. 137). Il a pourtant occasionnellement renié cette conception en soutenant que les normes « ne sont pas des significations, mais les produits de l'usage prescriptif du langage […] des commandements » ou « des actes de volonté » (« Les théories volontaristes du droit : ontologie et théorie de la science du droit », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1986, p. 53 et 63).

[8] CAYLA Olivier, article précité, p. 260 ou « Lire l'article 55 », *CCC* n°7, p. 119.

La grande diversité des réalismes ne fait pas obstacle à leur unanimité sur le rôle déterminant des autorités d'application du droit[1]. Cette préférence peut se justifier de deux manières. Il est d'abord possible de considérer que la décision et l'interprétation du juge sont les seules effectives socialement[2] et les seules pertinentes sur le plan épistémologique car il est possible de vérifier leur réalité[3]. Dans ce cas, les textes peuvent avoir une signification initiale sans qu'elle n'ait aucune importance car elle n'impliquera pas l'existence d'une norme[4]. Ensuite, certains adoptent une approche purement langagière : ils affirment que le langage est indéterminé[5] et que toute position inverse est idéologique[6] ou naïve[7]. Il est alors impossible de s'attacher à une signification qui n'existe pas, ce qui laisse un rôle irréductible au juge[8]. Le rôle de l'interprétation dans ce cas ne doit pas faire croire que cette doctrine se limite à la signification langagière : l'interprétation porte aussi sur le statut des normes[9].

Le principal effet du réalisme est la négation de toute obligation pesant sur le juge : il est juridiquement libre[10], même s'il subit des contraintes sociales[1] et psychologiques[2]. Toute

---

[1] L'attachement des réalistes aux décisions individuelles des juges est souvent considéré comme impliquant le rejet de la possibilité d'étudier les normes générales. En ce sens, voir PFERSMANN Otto, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC* 2002, p. 790 ou LEBEN Charles, « Le principe d'égalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 219. Ce rejet augmente la cohérence du réalisme puisque rien ne peut alors s'opposer aux décisions des juges ou les remplacer. Toutefois, il faut noter que tous les réalistes ne nient pas explicitement l'existence des normes générales même si la réduction du droit à des décisions de justice devrait logiquement les mener à cette conclusion.

[2] Cette effectivité sociale fonde la démarche des réalistes américains, puisque c'est elle qui déclenche l'intérêt du *bad man*. Elle est reprise dans une certaine mesure par les réalistes scandinaves (HÄGERSTRÖM Axel, *op. cit.*, p. 48) voire par les tenants du réalisme interprétatif : quoi que le juge suprême décide, sa décision sera valable et c'est donc son interprétation qui incarne le droit (TROPER Michel, « Une théorie réaliste de l'interprétation », *in La théorie du droit…*, précité, p. 80 ou TROPER Michel et CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Introduction », *in* TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et GRZEGORCZYK Christophe (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, 2005, p. 1) même s'il est difficile de savoir si cette théorie s'attache à une effectivité ou à un effet juridique qui remettrait en cause sa cohérence.

[3] Ce soucis de la vérifiabilité empirique est au cœur du réalisme scandinave (HARRIS J.W., *Law and Legal Science*, précité, p. 49) et se retrouve parfois dans le réalisme interprétatif (TROPER Michel, « Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen », *in* BOURETZ Pierre (dir.), *La force du droit*, Paris, Esprit, 1991p. 124). L'idée est assez simple : il est impossible de vérifier l'existence d'une norme générale mais facile de savoir si un juge se comporte d'une certaine manière.

[4] Il n'est pas toujours évident de savoir si les théories du professeur Troper reposent sur l'absence de signification langagière des textes non-interprétés ou sur la valeur juridique et sociale des interprétations des autorités d'application. Il a toutefois dû clarifier sa position face aux critiques du professeur Pfersmann et a clairement choisi la seconde option : les textes peuvent avoir une signification préalable mais celle-ci n'a pas de pertinence juridique (« Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC* 2002, p. 342). Voir aussi, « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », *in La théorie du droit…*, précité, p. 88.

[5] Voir par exemple, CAYLA Oliver, « La chose et son contraire (et son contraire, etc.) », *Les études philosophiques* n°3, p. 298 ; GUASTINI Riccardo, « Rules Validity and Statutory Construction », *in* PINTORE Ana et JORI Mario (dir.), *Law and Language. The Italian Analytical School*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1997, p. 237; LE COUSTUMER Jean-Christophe, « Réalisme, scepticisme et contraintes juridiques », *Droits* n°36, p. 170 ; TROPER Michel, « Le problème… », précité, p. 135 ou « Une théorie réaliste…», précité, p. 72 ou ROSS Alf, *On Law and Justice*, précité, p. 138.

[6] AGOSTINI Christophe, *Les normes non valides*, Thèse, Paris X, 2000, p. 24.

[7] GUASTINI Riccardo, « Interprétation et description des normes », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 97.

[8] La particularité du droit tiendrait justement à ce rôle spécifique de « l'interprète de dernier ressort » (CAYLA Olivier, *La notion de signification en droit*, Thèse, Paris II, 1992, p. 95).

[9] Les deux questions sont rarement distinguées par les réalistes mais il est clair que pour les trois écoles que nous avons distinguées la liste des normes et même des actes normatifs valides ne peut être connue avant les décisions judiciaires qui constituent l'objet de la science du droit. Pour le cas spécifique du réalisme justifié par des arguments langagiers, nous avons déjà pu exposer la position du professeur Cayla qui illustre les deux aspects de l'interprétation.

[10] BRUNET Pierre, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », *in Mélanges Michel Troper*, précité, p. 210 ; CAYLA Olivier, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », *in Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, Paris, LGDJ, 1999, p. 127 ; HÄGERSTRÖM Axel, *op. cit.*, p. 43 ; LE PILLOUER Arnaud, *Les pouvoirs non-*

interrogation sur la règle constitutive est alors écartée car la constitution est simplement ce que le juge dit qu'elle est[3] ou au moins ce qu'il pense qu'elle est. Il est inutile de chercher un acte constituant qui s'imposerait au juge car il serait au mieux un exemple de *law in books* privé de toute réalité sociale. Le travail dogmatique[4] se limite aux énoncés produits par les autorités d'application, ce qui rend vérifiables les énoncés d'identification constitutionnelle sans passer par une règle constitutive puisqu'il ne s'agit pas de décrire un fait institutionnel mais le comportement des juges[5]. Cette règle n'est pas oubliée, comme c'était le cas dans les solutions dogmatiques, mais tout simplement éliminée par la proposition d'une ontologie et d'une épistémologie nouvelles[6]. La constitution est définie sur la base des choix du juge[7] et s'adapte en fonction de la variation de ces choix. L'identification constitutionnelle est décrite soit par la prévision du comportement du juge soit par la description des contraintes qui pèsent sur lui dans cette opération[8]. La régression vers l'infini n'est pas entamée : la négation de la normativité évite toute nécessité de qualification ou de validation puisque la science du droit se contente de décrire des faits matériels.

La radicalité du réalisme doit être bien comprise. Il ne propose pas d'apporter quelques corrections à des détails de la dogmatique : il la nie purement et simplement[9] puisque la science du droit ne porte plus sur des normes au sens classique[10] ou en tout cas plus sur des

---

constituants des assemblées constituantes, Paris, Dalloz, 2005, p. 44 ; TROPER Michel, « Réplique à Denys de Béchillon », *RRJ* 1994, p. 270 et « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire », *in Pour une théorie…*, précité, p. 104.

[1] Voir *infra*, p. 204.

[2] Pour les réalistes scandinaves, l'objet de la science du droit est de décrire ces contraintes (ROSS, Alf, *op. cit.*, p. 76).

[3] AGOSTINI Christophe, article précité, p. 18 ; BARANGER Denis, « Les constitutions de Michel Troper », *Droits* n°37, p. 128 ; CAYLA Olivier, « L'obscure théorie… », précité, p. 261 ou « La chose… », précité, p. 292 ; HÄGERSTRÖM Axel, *op. cit.*, p. 32 ; TROPER Michel, « Judicial review… », précité, p. 40 ou « L'interprétation constitutionnelle », précité, p. 22.

[4] Ce terme doit être utilisé avec prudence dans un cadre réaliste car le réalisme ne vise jamais à déterminer ce qui serait obligatoire au titre du droit : il porte sur des régularités de comportement et non sur des obligations.

[5] « Décrire une norme en vigueur n'est donc pas décrire l'acte de production d'un énoncé, ni cet énoncé lui-même, mais l'acte par lequel l'autorité publique, par exemple un tribunal, attribue à cet énoncé une signification (TROPER Michel, *La philosophie du droit*, Paris, PUF, 2003, p. 62). L'objet de la science du droit « est bien la norme, mais la norme conçue non comme un devoir-être, mais comme un fait, un énoncé […] dont l'objet est de déterminer la signification normative d'autres énoncés » (TROPER Michel, « Réplique… », précité, p. 353). Le professeur Troper a parfois été encore plus loin en affirmant que le réalisme voyait le droit comme « formé de manifestations de volonté telles qu'elles apparaissent notamment dans les décisions judiciaires. Il s'agit donc de phénomènes psychosociaux » (« Le réalisme et le juge constitutionnel », *CCC* n°22, p. 185).

[6] Le renouveau ontologique tient au rejet de concepts comme la signification d'actes de langage ou les raisons pour agir au profit du comportement matériel du juge quand l'innovation épistémologique se manifeste par la réduction de la science du droit à la description ou à la prévision de ce comportement. En ce sens, voir AGOSTINI Christophe, article précité, p. 17.

[7] Chaque système juridique peut donc avoir sa définition de la constitution. Il ne faut pas confondre la définition de la constitution sur la base du comportement du juge et la définition de la constitution comme étant le comportement du juge. Cette seconde idée n'est pas une définition mais une formule résumant l'épistémologie réaliste.

[8] Ces éléments remplacent la description de critères d'appartenance qui n'existent pas. Voir ainsi AGOSTINI Christophe, « Le fondement du droit, c'est le droit », *in* KOUBI Geneviève et MULLER-QUOY Isabelle (dir.), *Les fondements du droit public. De l'anthropologie au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 70 et ROSS Alf, *On Law and Justice*, précité, p. 49.

[9] Pour des analyses comparables, voir LA TORRE Massimo, « Meaning, Norm and Legal Science », *in* GARZÓN VALDES Ernesto, KRAWIETZ Werner, VON WRIGHT Georg Henrik et ZIMMERLING Ruth (dir.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, p. 401 ou PFERSMANN Otto, article précité, p. 790.

[10] Nous avons vu que la science du droit réaliste portait sur des décisions ou les arguments des juges (voir *supra*, p. 194) mais elle est parfois décrite comme visant une rhétorique (DWORKIN Ronald, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994, p. 10), des « comportements du législateur, des organes d'application et des juristes » (GUASTINI Riccardo, « Sur la validité de la

normes générales[1]. C'est ce qui explique la liberté du juge. Un raisonnement du professeur Troper illustre l'intérêt pour l'identification constitutionnelle de cette dimension destructrice. Puisque la validité d'une norme se définit par son rapport de conformité à la norme supérieure[2] et qu'il n'existe pas de norme supérieure à la constitution, celle-ci ne peut être une norme juridique[3]. Ce constat entraîne une réaction en chaîne : étant donné que la validité des normes juridiques repose sur la constitution, il n'existe plus aucune norme juridique mais seulement des faits[4]. L'effondrement de la dogmatique est alors inévitable et seule la décision du juge assure le passage de la signification subjective à la signification objective de norme[5]. Le refus de l'interrogation sur la validité de la constitution par la dogmatique positiviste ouvre la porte à ce scepticisme. C'est pourquoi, la confrontation avec le réalisme est inévitable : nous ne pouvons adopter une approche dogmatique qu'à la condition de pouvoir répondre à ces attaques contre son caractère descriptif voire son existence même (2)[6].

2. LES FAIBLESSES DES PRESUPPOSES ET DES RESULTATS DU REALISME INTEGRAL

Étant donné son placement dans la théorie générale, le réalisme ne peut être réfuté. En revanche, ses présupposés et ses résultats peuvent faire l'objet de critiques. Or, si la cohérence du réalisme est indéniable, elle n'est acquise qu'au prix de présupposés discutables. La base

---

constitution du point de vue du positivisme juridique », *in* TROPER Michel et JAUME Lucien (dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Paris, LGDJ, 1994, p. 219), des émotions (HÄGERSTRÖM Axel, *op. cit.*, p. 138), des sensations déclenchant des stimulus (HARRIS J.W., *op. cit.*, p. 43), des faits futurs ou psychologiques (HART H.L.A., « Definition and Theory in Jurisprudence », *LQR* 1954, p. 45), des réponses à des stimulus (MACCORMICK Neil, « On Analytical Jurisprudence », *in Conceptions contemporaines du droit*, *ARSP Supplementa* vol. 1, part I, p. 31), des contraintes (PAPATOLIAS Apostolos, *Conception mécaniste et conception normative des constitutions*, Thèse, Paris X, 1995, p. 478), une idéologie (ROSS Alf, *op. cit.*, p. 77) ou des actes d'interprétation (TROPER Michel, *op. cit.*, p. 63). Le professeur Pfersmann remarque ainsi que puisque les réalistes ne tiennent compte que de « l'efficacité factuelle », ils ne considèrent pas le droit comme « un phénomène normatif » (« Relativité de l'autonomie ontologique, confirmation de l'autonomie disciplinaire institutionnelle, paradoxe de l'hétéronomie épistémologique », *in* MATHIEU Bertrand (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 538).

[1] Même si l'on devait reconnaître que la signification de normes générales de certains actes est créée par le juge, la science du droit ne porte pas sur ces normes mais bien sur les actes d'interprétation car ces actes sont les seuls éléments vérifiables pour les réalistes. La norme générale n'est pas plus vérifiable quand elle est créée par le juge que par le législateur. En outre, ces normes seraient dépourvues de toute validité objective : seul l'acte d'interprétation peut donc légitimement être étudié, non en tant qu'acte juridique mais en tant que comportement extérieur du juge.

[2] TROPER Michel, « Nécessité fait loi. Réflexions sur la coutume constitutionnelle », *in Mélanges offerts au Professeur Robert-Edouard Charlier*, Paris, Éd. de l'université et de l'enseignement supérieur, 1981, p. 316.

[3] TROPER Michel, « La signature des ordonnances. Fonction d'une controverse », *Pouvoirs* n°41, p. 87 ou « La machine et la norme. Deux modèles de constitution », *in La théorie du droit…*, précité, p. 154. Dans le même sens, voir GUASTINI Riccardo, « L'ordre juridique, critique de quelques idées reçues », *Analisi e Diritto* 2000, p. 91.

[4] Non seulement la constitution ne peut être qu'un fait (TROPER Michel, « Le problème… », précité, p. 144 et 150) mais il en va de même du reste du système juridique (TROPER Michel, « Fondement du caractère obligatoire… », précité, p. 50).

[5] Plus précisément la notion de signification objective de norme ne se rapporte pas à un devoir-être ou à une signification au sens classique mais bien à un fait empirique : l'acte d'interprétation du juge. En ce sens, voir TROPER Michel, « The Fact and the Law », *in* NERHOT Patrick (dir.), *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Dordrecht, Kluwer, 1990, p. 27 ou « Une théorie réaliste... », précité, p. 77.

[6] Il est manifeste que l'approche réaliste de la constitution est incompatible avec les orientations adoptées dans le chapitre préliminaire. Nous avions en effet pu constater que le réalisme ne pouvait jouer le rôle de la dogmatique. Cette différence d'objectif ne constitue cependant pas une réponse suffisante car le réalisme ne se contente pas de proposer une vision alternative mais prétend que la dogmatique est une illusion et remet donc en cause les bases de notre recherche.

épistémologique du réalisme moderne est constituée par l'adhésion à un élément cardinal du positivisme logique : le vérificationnisme[1]. Cette position peut étonner car ce critère a connu un indéniable déclin dans la philosophie des sciences, notamment à la suite de sa critique par Popper[2]. En outre, les réalistes partagent une conception très restreinte des faits qui permettent la vérification des énoncés de la science du droit[3]. Ils se limitent en effet aux seuls comportements externes des acteurs en négligeant volontairement leurs représentations[4]. Nous voyons ici une reprise de la conception béhavioriste de la psychologie et des faits sociaux[5] : les faits sociaux sont assimilés à des faits psychologiques qui ne peuvent être observées qu'à travers les actions physiques des sujets. Cette position est largement critiquable. Tout d'abord, elle démontre un réductionnisme insuffisamment justifié. L'intérêt de réduire les faits sociaux à des faits psychologiques[6] est évident sur le plan de la méthode mais nous ne voyons pas pourquoi le réductionnisme devrait s'arrêter à ce stade : les faits psychologiques sont réductibles à des phénomènes biologiques (interactions entre les neurones…) qui trouvent leur origine dans des réactions chimiques et ainsi de suite. La raison qui pousse à considérer les faits sociaux comme des épiphénomènes et les faits psychologiques comme des phénomènes n'est pas précisée : puisque l'arrêt du réductionnisme semble arbitraire, la solution réaliste n'est pas meilleure qu'une autre. Surtout, elle repose sur un passage entre réductionnisme ontologique et épistémologique. Il est tout à fait possible de considérer le droit comme un phénomène psychologique (ontologie) tout en soutenant que son étude est plus fertile à un

---

[1] C'est parce que les énoncés dogmatiques portant sur les normes générales ne sont pas vérifiables qu'ils ne peuvent trouver leur place dans la science juridique. Ce raisonnement fonde la volonté réaliste de réformer la dogmatique pour en faire une science. L'adhésion des réalistes à ce principe est régulièrement assumée (voir par exemple, ROSS Alf, « La validité et le conflit entre le positivisme juridique et le droit naturel », *in Introduction à l'empirisme juridique*, précité, p. 164 ou *On Law and Justice*, précité, p. 39 ; TROPER Michel, « Contribution à une critique de la conception kelsénienne de la science du droit », *in Pour une théorie…*, précité, p. 49 ou « Les théories volontaristes… », précité, p. 62) et a été notée par de nombreux commentateurs (voir ainsi, MILLARD Éric, « Présentation », *Droit et Société* n°50/2002, p. 15 ; SERVERIN Evelyne, « Quels faits sociaux pour une science empirique du droit ? », *ibid.*, p. 60 ou GUASTINI Riccardo, « Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 249).

[2] POPPER Karl, *La logique de la découverte scientifique*, Paris, Fayot, 1982, p. 37.

[3] Pour une analyse comparable, voir TUORI Kaarlo, *op. cit.*, p. 123

[4] Cette position explique pourquoi les normes générales, qui ne sont pas des comportements, ne peuvent permettre la vérification des énoncés dogmatiques. Le concept d'idéologie normative promu par Alf Ross peut toutefois sembler s'attacher aux représentations par opposition au simple comportement. Ross affirme ainsi qu'il faut ajouter une étude psychologique aux éléments sociologiques tenant au « comportement verbal du juge observé de l'extérieur » mais il estime également que l'idéologie normative est déterminée sur la base du « comportement actuel des juges » ce qui semble bien exclure l'étude des représentations des acteurs de la science du droit (*On Law and Justice*, p. 74-76).

[5] Le choix d'une approche béhavioriste est revendiqué par certains auteurs (GUASTINI Riccardo, « Problèmes… », précité, p. 552) et transparaît chez d'autres. Ainsi, le professeur Tusseau estime que les prescriptions s'expliquent car « l'usage de certains mots constitue un stimulus qui influence la conduite des sujets de droit » (*Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, p. 188). Voir aussi ROSS Alf, *Towards…*, précité, p. 96 ou PATTARO Enrico, « Dimensions du savoir… », précité, p. 156. En ce sens, voir OPALEK Kazimierz, « The Problem of the Existence of the Norm », *in Selected Papers in Legal Philosophy*, Dordrecht, Kluwer, 1999, p. 223 ; MACCORMICK Neil, article précité, p. 31. Il ne faut toutefois pas surestimer la cohérence des réalistes qui n'hésitent pas à utiliser occasionnellement des concepts non-béhavioristes comme par exemple le « sentiment d'obligation » (ROSS Alf, *On Law and Justice*, précité, p. 74).

[6] Olivecrona décrit ainsi la propriété ou le mariage comme des faits psychologiques ayant pour but d'entraîner un certain comportement chez les juges (« Legal Language and Reality », *in Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962, p. 180).

niveau supérieur, celui des faits sociaux (épistémologie)[1]. Ensuite, l'adhésion à une conception de la psychologie largement délaissée, le béhaviorisme[2], est aussi plus que discutable. Ses limites tiennent notamment à son incapacité à servir de base à une compréhension des actions langagières[3], ce qui est très préjudiciable puisque le droit se présente comme un ensemble d'actes de langage. Cette insuffisance conduit d'ailleurs à un paradoxe car la vérification des énoncés réalistes repose sur un acte de langage (la décision judiciaire) dont la signification ne peut logiquement être décrite par la science du droit. L'orientation vers une conception émotiviste[4] ou béhavioriste[5] du langage prescriptif prive l'acte de signification dans le sens où ce terme est classiquement entendu car cette signification n'est plus que l'expression d'une émotion ou un stimulus appelant une réaction[6]. Cette approche du langage est à la fois inappliquée et inapplicable : les décisions de justice n'ont un intérêt, même en tant que comportement externe, que si l'on peut comprendre leur signification langagière au sens habituel du terme. En outre, l'identification des actes de langage pertinents est problématique : il faut non seulement isoler les jugements parmi les actes de langage des juges[7] mais aussi identifier les juges eux-mêmes. La recherche d'une habilitation est impossible au regard du scepticisme sur les normes générales. C'est pourquoi le réalisme débouche sur une circularité : le droit est identifié par le juge et le juge par le droit. Il repose en réalité sur un normativisme incompressible qui lui permet d'identifier les jugements mais le rend incohérent[8]. La recherche d'une qualité d'interprète authentique dans

---

[1] C'est ce type de disjonction entre les deux réductionnismes qui permet la psychologie : le fait que les états mentaux dépendent de réactions chimiques n'interdit pas de les étudier et d'y trouver la source de certaines réactions. Il est manifeste que le droit repose en partie sur des éléments psychologiques mais cela n'empêche pas que l'on puisse le connaître sans le réduire totalement aux sentiments des acteurs. De la même manière, Searle note que le fonctionnement d'un moteur peut être expliqué au niveau des pièces mécaniques en cause ou à celui des molécules impliquées sans que l'une des deux explications soit plus vraie que l'autre : ce n'est parce que tous les faits sont fondés sur des particules subatomiques pas que la causalité et l'explication se limitent à ce niveau (*Mind, Language and Society*, Londres, Weidenfeld & Nicolson, 1999, p. 61). Les institutions humaines peuvent aussi être expliquées à différents niveaux complémentaires. En ce sens, voir LAGERSPETZ Eerik, *The Opposite Mirrors*, Dordrecht, Kluwer, 1995, p. 20.

[2] Sur l'abandon du béhaviorisme, voir GARDNER Howard, *The Mind's New Science. A History of the Cognitive Revolution*, New York, Basic Books, 1987, p. 109.

[3] Pour une analyse classique sur ce point, voir CHOMSKY Noam, « A Review of B.F. Skinner's Verbal Behavior », *Language* 1959, p. 26-58.

[4] Nous visons par ce terme la théorie selon laquelle les actes de langage prescriptifs devaient être considérés comme l'expression de certains états mentaux (désirs) du locuteur. Ross semble parfois adhérer à cette vision du langage, par exemple quand il réduit les prescriptions à l'expression de phénomènes « psycho-physiques » comme le serait le fait de crier « hourra » (ROSS Alf, *Towards a Realistic Jurisprudence*, précité, p. 99).

[5] Dans cette conception, le langage est un ensemble de stimulus qui déclenche chez le destinataire des comportements externes prédéterminés. Elle est reprise par les réalistes qui tentent d'étudier le droit dans un cadre béhavioriste.

[6] Ce genre d'approche du langage est la seule voie disponible pour les auteurs qui entendent présenter les actes de langage du juge comme des faits empiriques susceptibles de vérifier les énoncés de la science du droit, sans pour autant tenir compte de la signification de ces actes, considérée comme un concept métaphysique menant au normativisme.

[7] La prévision ou la vérification ne porte pas sur tous les actes de langage des juges : ceux réalisés dans le cadre de leur vie privée n'intéressent pas la science du droit. La théorie de la double signification ou plus largement le normativisme proposent évidemment des solutions sur ce point mais ils sont globalement incompatibles avec les présupposés réalistes.

[8] Cette critique est sans doute celle qui est le plus souvent adressée au réalisme. Voir, parmi de nombreux exemples, DE BÉCHILLON Denys, « Réflexions critiques », *RRJ* 1994, p. 262 ou DICIOTTI Enrico, « Operative Interpretation and Systematic Validity », *in* GIANFORMAGGIO Letizia et PAULSON Stanley (dir.), *Cognition and Interpretation of Law*,

le cadre du néo-réalisme français renforce encore ce défaut[1]. La dimension prédictive déjà relevée caractérise elle aussi une vision dépassée de la science[2]. Au final, l'ontologie et l'épistémologie du réalisme sont difficilement compatibles avec les théories modernes de la science, sans même s'engager sur leur contestation post-moderne.

Face à cet échec, il est tentant de reconstruire le réalisme sur des bases plus légères en insistant par exemple sur le fait que seules les décisions judiciaires sont dotées d'une effectivité sociale. L'effectivité sociale de la législation semble pourtant indéniable dans la société française, ce qui montre que la préférence pour l'action des autorités d'application résulte d'un choix *a priori*. De plus, la capacité à mesurer l'effectivité d'une norme tout en maintenant le scepticisme réaliste intact est plus que douteuse car elle suppose l'utilisation de concepts tels que le meurtre, l'entreprise ou la propriété que le réalisme prive de sens[3]. Mieux, l'effectivité des décisions judiciaires est loin d'être évidente : elle dépend de l'action d'autorités d'exécution (police, huissiers…) qui devraient logiquement passer pour la seule véritable expression du droit si l'on entend se consacrer à son effectivité[4]. Or, la définition du droit comme étant ce que fait la police est pour le moins surprenante[5]. Enfin, l'obstacle au normativisme constitué par l'existence de décisions de justice socialement efficaces malgré leur irrégularité est dissipé par la différence entre existence et régularité[6].

La construction du réalisme sur une base langagière ne connaît pas un meilleur sort. Nous n'entendons pas nous prononcer sur la question complexe de l'existence d'une signification

---

Turin, Giappichelli, 1995, p. 76. Les réalistes scandinaves ont eux-mêmes formulé cette critique à l'encontre des réalistes américains (OLIVECRONA Karl, article précité, p. 160 ou ROSS Alf, *op. cit.*, p. 62) sans vraiment réussir à proposer un modèle alternatif (en ce sens, voir TUORI Kaarlo, *op. cit.*, p. 126). Le professeur Troper a tenté de répondre à cet argument en soutenant que l'autorité d'application du droit tiendrait son existence de son effectivité et non de la norme qui l'institue (« Réplique à Denys de Béchillon », *RRJ* 1994, p. 272) mais ce critère ne vaudra pas pour l'interprète authentique et néglige de toutes manières les règles constitutives nécessaires à l'existence même de l'institution et de ses décisions.

[1] En effet, le caractère authentique viendrait du fait que sa décision ne peut faire l'objet de recours (TROPER Michel, « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC* 2002, p. 343) : il s'agit manifestement d'un critère juridique qui est d'ailleurs souvent fondé explicitement sur des textes. Pour des critiques de ce type, voir PFERSMANN Otto, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie », *RFDC* 2002, p. 779 et 782 ou HAMON Francis, « Quelques réflexions sur la théorie réaliste de l'interprétation », *in Mélanges Michel Troper*, précité, p. 493.

[2] En ce sens, voir BOYER Alain, « Philosophie des sciences », *in* ENGEL Pascal (dir.), *Précis de philosophie analytique*, Paris, PUF, 2000, p. 180.

[3] Il est évidemment possible de remplacer tous ces concepts par des équivalents matériels mais cette reconstruction générale que personne ne pratique jamais en réalité semble alors bien artificielle (en ce sens, voir JORI Mario, « Paradigms of Legal Science », *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 1990, p. 242). Le concept même d'effectivité d'une norme suppose de disposer du concept classique de norme, c'est-à-dire une signification dotée de conditions de satisfaction susceptibles d'être remplies ou non. Or, c'est justement ce concept que le réalisme veut exclure. Une doctrine qui justifierait l'orientation de l'étude du droit vers les décisions de justice en raison de leur effectivité s'éloignerait donc déjà du réalisme et ne bénéficierait pas de la cohérence générale qui passe notamment par l'adhésion au vérificationnisme.

[4] Pour une critique comparable, voir COHENDET Anne-Marie, « Légitimité, effectivité, validité », *in La République. Mélanges Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 220.

[5] Le professeur Troper a nié que cette critique puisse toucher le néo-réalisme français puisque la décision du policier peut être remise en cause par le juge, ce qui prouve qu'il n'a pas la qualité d'interprète authentique (« Une théorie… », précité, p. 83). Cet argument ne peut convaincre car il repose sur une base normative que le réalisme ne peut expliquer.

[6] L'idée selon laquelle une théorie cognitive de l'interprétation est intenable parce qu'elle ne peut expliquer la validité de la révision irrégulière de 1962 (TROPER Michel, « La suprématie… », précité, p. 260) peut ainsi être rejetée : le fait qu'elle soit irrégulière ne prouve pas son inexistence. L'argument vaut a fortiori à propos d'éventuelles lois inconstitutionnelles.

des actes normatifs avant leur interprétation par les juges[1] mais nous devons tout de même constater la tension qui existe entre la conception réaliste de l'interprétation et la plupart des théories du langage[2]. En défendant l'idée selon laquelle les énoncés n'ont pas de sens avant d'être interprétés, il est possible de soutenir que les énoncés du législateur en sont privés et que le juge est donc totalement libre[3]. Or, cette conception du langage est incapable d'expliquer pourquoi les actes de langage judiciaires auraient un sens, alors même que ce sens est nécessaire à la science du droit réaliste. Si les prescriptions du législateur n'ont pas de sens, il n'y a pas de raison que celles du juges en ait un[4]. De plus, la teneur même de l'acte d'interprétation est mystérieuse[5]. La négation des normes générales touche aussi les conventions de langage[6] et condamne toute résolution de ce problème. Le réalisme est incapable d'accorder ses présupposés épistémologiques car il a besoin que les actes normatifs aient un sens mais il s'effondre s'ils en ont un. En outre, ce genre de conception du langage se heurte au paradoxe du sceptique : si le langage en général n'a pas de sens fixe, alors la position du réaliste n'en a pas non plus[7]. Le recours à l'herméneutique n'est pas plus satisfaisant car si la décision du juge n'a pas de sens avant d'être interprétée, sa signification est fixée par ses interprètes (parties, policiers…) dans le cadre d'une régression vers l'infini[8]. Le juge n'est pas plus maître du sens que le législateur[9]. Pouvoir décrire ses décisions de manière définitive suppose de sortir du cercle herméneutique, ce qui est inacceptable. Les présupposés de la justification langagière du réalisme sont séduisants comme le sont tous les

[1] Pour des exemples d'approche critique de la théorie réaliste de l'interprétation, l'on se rapportera notamment aux articles précités des professeurs Pfersmann, De Béchillon et Hamon.

[2] Une tension existe aussi avec la conception intuitive du langage. Soutenir que les énoncés ne sont pas déterminés par le locuteur mais par le récepteur implique qu'il est impossible de donner un ordre ou en tout cas que celui qui ordonne n'est pas maître des conditions de satisfaction de sa demande. Pour prendre un exemple trivial, si l'on commande un pain chez le boulanger et que celui-ci nous donne des croissants, il pourrait valablement prétendre qu'il a suivi les instructions reçues.

[3] Cette idée est parfois soutenue sans référence claire à une quelconque théorie du langage (voir par exemple, TROPER Michel, « Une théorie… », précité, p. 72 ou « Kelsen et la théorie de l'interprétation… », précité, p. 86) ou en se basant sur une théorie du langage héritée du positivisme logique qui repose sur l'idée selon laquelle les énoncés qui ne sont pas vérifiables empiriquement n'ont pas de signification (en ce sens, voir AMSELEK Paul, « Les fonctions normatives des catégories modales », *in Mélanges Michel Troper*, précité, p. 74 ou ROSS Alf, *Towards*..., précité, p. 98).

[4] Il s'agit encore d'une critique très souvent adressée aux réalistes. Voir ainsi RIALS Stéphane, « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme classique », *Droits* n°37, p. 78 ; KELSEN Hans, *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1997, p. 207 ou PFERSMANN Otto, « Contre le néo-réalisme juridique… », précité, p. 831 et 836.

[5] Ce défaut tient au fait que la notion classique de signification est éliminée mais qu'en même temps l'acte d'interprétation est censé attribuer une signification à un énoncé. Pour une démonstration à ce sujet, voir PFERSMANN Otto, « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution », *in* MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 55.

[6] JORI Mario, « The Object and Method of Legal Science », *in* PINTORE Ana et JORI Mario (dir.), *op. cit.*, p. 333.

[7] Pour un exemple d'usage de cet argument, voir PFERSMANN Otto, « Une théorie sans objet… », précité, p. 776.

[8] Dans le cadre de cette école, « une interprétation définitive semble être une contradiction en soi » (GADAMER Hans-Georg, « L'herméneutique comme philosophie pratique », *in Langage et vérité*, Paris, Gallimard, 1995, p. 247).

[9] MÜLLER Friedrich, *Discours de la méthode juridique*, Paris, PUF, 1996, p. 382.

scepticismes mais ils sont auto-destructeurs faute de pouvoir donner un sens aux actes de langage du juge[1]. Les bases du réalisme sont finalement contestables[2].

Ses résultats ne sont guère plus convaincants, alors même qu'ils sont censés prouver sa fertilité. L'une des critiques les plus percutantes des conclusions réalistes a été proposée par Hart. Leur défaut tiendrait à leur rupture avec le point de vue interne, c'est-à-dire avec les représentations partagées par les acteurs[3] : le réalisme peut correspondre aux anticipations du *bad man*[4] ou de l'avocat qui tentent de prévoir ce que fera le juge mais il est totalement incapable de rendre compte du point de vue d'un homme désireux de respecter le droit[5] ou *a*

---

[1] Précisons bien que nier l'indétermination totale des actes de langage juridique n'implique pas de prétendre qu'ils sont absolument déterminés mais seulement que l'interprète ne dispose pas d'une liberté sans limite.

[2] La critique des présupposés du réalisme est essentielle pour écarter sa remise en cause du normativisme. En effet, les réalistes lui reprochent de ne pas permettre la vérification de ces énoncés, de décrire des éléments qui ne sont pas des faits empiriques et de défendre une vision naïve du langage. C'est parce que la description des normes générales ne peut faire l'objet d'énoncés vérifiables par des faits empiriques que les réalistes excluent l'étude de ces normes d'une dogmatique réduite aux décisions de justice. Le rejet de la définition de la science par la vérifiabilité, de la conception béhavioriste des faits sociaux et du scepticisme langagier écarte ces objections.

[3] Nous avons déjà abordé cette définition en assimilant le point de vue interne à celui partagé par les acteurs, c'est-à-dire à la vision que ceux-ci se font du droit. L'introduction d'une conception constructiviste des faits sociaux permet de clarifier le rôle fondamental de ce concept : c'est à travers les représentations des acteurs qu'existent les faits institutionnels et notamment les faits juridiques. L'adoption du point de vue externe revient à se limiter au comportement extérieur des acteurs quand celle du point de vue interne impose de prendre en compte avant tout les significations inter-subjectives qui sont affectées à certains faits, notamment par des normes juridiques. Pour une vision proche, voir TAMANAHA Brian, « A Socio-legal Methodology for the Internal/External Distinction : Jurisprudential Implications », *Fordham Law Review*, 2006, p. 1266. Ce sont ces représentations qui permettent d'envisager un monde dans lequel il y a des meurtres, des présidents de la République ou des lois. Bien entendu nous nous intéressons exclusivement au point de vue interne qui caractérise l'institution juridique bien que des significations concurrentes ou complémentaires puissent être données aux mêmes faits sociaux par des acteurs qui les considèrent dans le cadre d'une autre institution. Notons que Hart s'intéressait avant tout à l'opposition entre la règle vue comme obligation et comme régularité mais il ne s'agit que d'un exemple de l'opposition plus générale entre prise en compte des représentations des acteurs (la règle est une obligation) et de leur comportement extérieur. L'opposition interne/externe est toutefois plus riche, ou plus confuse, chez Hart, mais nous réduisons ici par stipulation ce que nous appelons le point de vue interne. Quoi qu'il en soit, comme Hart l'avait déjà affirmé, le point de vue interne n'est pas une réalité psychologique : il ne s'agit pas de s'attacher aux sentiments des acteurs comme le font les réalistes scandinaves (ROSS Alf, « Le concept de droit selon Hart », *in Introduction…*, précité, p. 187) mais bien à des idées sur le monde qu'ils partagent et assument (HART H.L.A., « Scandinavian Realism », *in Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon, 1983, p. 166). Cela a des conséquences majeures sur leur mode de connaissance, leur statut logique mais aussi sur leur existence : la représentation peut exister même quand elle n'est présente à l'esprit de personne (voir *infra*, p. 293).

[4] Le *bad man* est lui aussi un participant dans un certain sens puisque son action est en partie guidée par le système juridique (en ce sens, voir PERRY Stephen, « Hart on Social Rules and the Foundations of Law », *Fordham Law Review* 2006, p. 1181 et SHAPIRO, « What is the Internal Point of View », *ibid.*, p. 1159). Cependant son action est caractérisée par le fait qu'il ne tient pas compte des significations données par les acteurs (le meurtre) ou des effets institutionnels de ces significations (l'interdiction) mais seulement des conséquences externes de la pratique des acteurs qui prennent au sérieux l'institution. L'opposition interne/externe telle que nous la concevons n'oppose pas le participant à l'observateur mais bien la vision du monde qui s'appuie sur l'institution et celle qui ne tient compte au mieux que de son effet causal sur le comportement des acteurs. Comme le notait le professeur Tamanaha, il est possible de participer sans partager les significations dictées par l'institution ou inversement d'observer dans le cadre des significations propres à l'institution (article précité, p. 1265). L'opposition que nous retenons ne doit pas être confondue avec celle qui sépare celui qui adhère à l'institution de celui qui en tient compte sans l'approuver. Le professeur Zipursky a affirmé à juste titre que, face à une blague, la différence entre celui qui sait quand il faut rire et celui qui ne sait pas ne se confond pas avec celle entre celui qui trouve la blague drôle et celui qui ne la trouve pas drôle, et donc que savoir ou pas que l'on est soumis à certaines obligations juridiques n'a pas de rapport direct avec l'approbation de ces obligations (« Legal Obligations and the Internal Aspect of Rules », *Fordham Law Review* 2006, p. 1239). Le point de vue interne est celui qui tient compte des qualifications juridiques, par exemple qui considère l'acte législatif comme la création d'une raison juridique pour agir, indépendamment de la question de savoir s'il l'on est d'accord pour modeler son comportement en fonction de cela.

[5] Cet homme désireux de respecter le droit s'approche de l'hypothèse du « *legal man* » évoquée par le professeur Raz (« Kelsen's Theory of the Basic Norm », *in The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 141).

fortiori de celle des juges, qui ne peuvent prendre une décision sur la base de la prévision de ce qu'ils vont décider[1]. Le réalisme aboutit à soutenir qu'un meurtre parfait n'est pas un meurtre, puisqu'il ne pourra être sanctionné, ce qui contredit les conceptions que les acteurs partagent sur le droit. Cette représentation de la réalité est très partielle car les normes sont le plus souvent considérées comme des prescriptions et non comme des prévisions. Hart a ainsi pu souligner que présenter un feu rouge comme un stimulus causant l'arrêt des voitures est une description pauvre et insuffisante de la réalité sociale[2]. Cet exemple permet d'opposer les règles aux simples régularités de comportement ce que le réalisme ne permet pas. Pour reprendre notre cadre d'analyse constructiviste, le réalisme néglige l'herméneutique des acteurs : il ne propose pas une seconde herméneutique mais une première herméneutique alternative qui néglige ce fait social incontournable qu'est l'existence même de la première herméneutique. L'absurdité déjà soulignée de la description d'un match de football sans tenir compte des représentations des acteurs[3] démontre les limites du modèle béhavioriste réaliste pour rendre compte d'une réalité institutionnelle bien plus complexe tel qu'un système juridique. Il peut être suffisant pour comprendre une décision unique ou un petit nombre de décisions mais échoue fatalement pour saisir le droit dans son ensemble. Présenter les droits comme un moyen d'impressionner son prochain ne permet sûrement pas de décrire correctement le fonctionnement de la justice[4], pas plus que la présentation des tribunaux comme des autorités de fait ou la limitation du droit au juge[5]. Une théorie constructiviste semble mieux à même de permettre de décrire le droit comme un fait social[6] car la volonté réaliste de dénoncer des apparences trompeuses conduit à nier le droit lui-même[1].

---

[1] Cet argument est opposable à la version prédictive du réalisme mais aussi à celle qui se limite à décrire les décisions du juge : celui-ci ne peut pas simplement considérer les règles comme étant ses décisions passées. En ce sens, voir EKELOF Olof, « The Expression Valid Rule », *Scandinavian Studies in Law* 1975, p. 64 ou ROSS Alf, *Towards…*, précité, p. 72.

[2] HART H.L.A., *Le concept de droit*, Bruxelles, Pub. des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 115. Au niveau épistémologique, l'opposition interne/externe correspond celle des approches herméneutiques et béhavioristes/positivistes des sciences sociales. En ce sens, voir TAMANAHA Brian, article précité, p. 1261.

[3] Cette absurdité démontre les limites du réalisme dans la description de la réalité sociale car l'on ne peut prétendre que le football n'existe pas : les acteurs savent y jouer et les réalistes n'arrivent pas vraiment à rendre compte de ce fait. Si l'on tente de transposer la vision réaliste du droit à la description d'un match de tennis, l'on se concentrera uniquement sur le tableau de marque (JORI Mario, « Paradigms… », précité, p. 240). C'est une vision réductrice du tennis qui ne correspond pas à celle dont ont besoin les joueurs et l'arbitre et qui passera difficilement pour une description suffisante pour comprendre le jeu.

[4] Cette vision du droit est assumée par certains réalistes qui réduisent le droit à un stimulus déclenchant un sentiment d'obligation (OLIVECRONA Karl, *op. cit.*, p. 89) ou à une rhétorique sans objet (AGOSTINI Christophe, « Pour une théorie… », précité, p. 18) en négligeant le fait que, dans le discours des acteurs, ce sont les arguments qui reposent sur les normes et non l'inverse.

[5] La prétention selon laquelle la pratique juridique se limite au travail des juges semble suffisamment contre-intuitive pour constituer en tant que telle une faiblesse du réalisme, surtout quand les présupposés qui la justifient sont critiquables. Pour des critiques, voir AMSELEK Paul, « Brèves réflexions sur la notion de sources du droit », *APD 1982*, p. 256 ou WEINBERGER Ota, Law, *Institution and Legal Politics*, Dordrecht, Kluwer, 1991, p. 25.

[6] Elle permet en effet de considérer qu'il existe effectivement des meurtres, des lois ou des chefs d'État sans prétendre que ces concepts sont utilisés arbitrairement par les juges selon les buts qu'ils se fixent ou sont des mots qui couvrent mal des réponses conditionnées à des stimulus. Ces faits n'ont pas été inventés par les théoriciens mais sont considérés comme réels par les acteurs. Le rapport des théories constructivistes avec la conception commune du monde les rend particulièrement efficaces contre le réalisme (voir ainsi, MACCORMICK Neil, article précité, p. 33). Plus largement, la négligence du point

L'originalité de la dogmatique est de se concentrer sur une pratique qui passe par un discours institutionnel doté d'une certaine pertinence sociale. Les causes externes décelées par l'étude réaliste du droit ne sont pas susceptibles de la remplacer car seuls les arguments propres à ce discours sont considérés socialement comme capables de fournir des raisons pour agir juridiquement valables. Défendre une vision du droit incompatible avec celle que partagent les acteurs empêche la connaissance de ce discours et donc du système juridique[2]. En négligeant l'originalité de la pratique et du discours juridique, le réalisme empêche la distinction des causes proprement juridiques du comportement du juge[3]. Nous estimons qu'il est plus intéressant de tenir compte du fait que les acteurs considèrent et décrivent la constitution comme un ensemble de raisons pour agir spécifiques objectivement valables[4]. À défaut, la conception réaliste de la constitution semble bien irréaliste[1].

---

de vue interne (première herméneutique) empêche les réalistes de comprendre la signification sociale des comportements des acteurs (KRYGIER Martin, « The Concept of Law and Social Theory », *OJLS* 1982, p. 171).

[1] Le monde décrit par les réalistes où il n'y a que des décisions de justice et des arguments rhétoriques mais ni loi, ni constitution, ni juge dans le sens où on entend classiquement ces termes ressemble *a priori* assez peu au nôtre.

[2] Nous retrouvons ici sous une nouvelle forme un argument déjà présent dans le chapitre préliminaire : les réalistes définissent les termes juridiques comme visant à prévoir ou à décrire le comportement du juge ce qui ne permet pas de rendre compte de l'usage du terme en question dans le discours du droit. Les acteurs les utilisent pour créer ou décrire des obligations et non pour représenter des régularités de comportement.

[3] Cette faiblesse du réalisme ancien a été relevée par les néo-réalistes qui entendent se détacher de visions psychologiques ou sociologiques incapables de distinguer les causes juridiques (AGOSTINI Christophe, article précité, p. 17). En réponse, ils ont proposé une théorie des contraintes juridiques censée permettre une science du droit qui rompt avec la dogmatique sans tomber dans l'analyse politique. Pour résumer, les acteurs, et notamment les juges, seraient contraints d'adopter certains comportements, d'employer certains types d'argumentations ou de créer certains concepts pour atteindre leurs objectifs (pour des détails, voir TROPER Michel, « Les contraintes juridiques dans la production de normes », *in* SERVERIN Evelyne et BERTHOUD Arnaud (dir.), *La production des normes entre État et société civile*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 27-46 et TROPER Michel et CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », *in* TROPER Michel *et alii*, *op. cit.*, p. 11-23). Nous n'exposerons pas ici cette théorie dans tous ses détails car elle ne semble pas appelée à contribuer d'une manière ou d'une autre à l'identification constitutionnelle, même dans une perspective réaliste. Elle mérite toutefois d'être citée car elle prétend éviter les défauts souvent reprochés aux théories réalistes. Elle est assez peu convaincante car elle peine à isoler des contraintes proprement juridiques qui auraient véritablement un caractère empirique (PFERSMANN Otto, « Critique de la théorie des contraintes juridiques », *ibid.*, p. 123-142). D'ailleurs, le statut ontologique des contraintes est pour le moins flou car elles ne sont pas psychologiques (TROPER Michel et CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, article précité, p. 14) mais sont dotées d'une existence objective (GRZEGORCZYK Christophe, « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », *ibid.*, p. 28) au risque de violer l'impératif réaliste de vérifiabilité (MILLARD Éric, « Le réalisme scandinave et la théorie des contraintes », *ibid.*, p. 153). Mieux, les contraintes ressemblent parfois à des normes déguisées. Ainsi, les normes constitutionnelles sont décrites comme des contraintes juridiques (PAPATOLIAS Apostolos, *op. cit.*, p. 474). Plus largement, la justification des décisions de justice par un syllogisme basé sur une norme valide est lui aussi une contrainte (TROPER Michel, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire », précité, p. 101). Dans le cadre de cette théorie réaliste complétée, « la loi n'est pas la loi, les juges ne sont pas des juges mais des autorités de faits qui font semblant d'appliquer les lois » mais le « dévoilement des apparences » est vain car « la réalité qu'on fait apparaître ressemble en fin de compte tellement aux apparences » (LEBEN Charles, article précité, p. 227). L'exemple le plus emblématique est donné par la liberté supposée du juge : puisqu'il est soumis à des contraintes juridiques qui ressemblent à des normes, elle se résume à une affirmation selon laquelle les normes sont de simples contraintes (pour une idée proche, voir TIMSIT Gérard, « Contre la nouvelle vulgate », *in Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 37).

[4] C'est ce constat qui fragilise la description réaliste du fonctionnement du droit. Même s'il est évident que les juges sont loin de se contenter de se conformer docilement à un droit préexistant, prétendre qu'ils créent arbitrairement les normes constitutionnelles, même en étant contraints, ou qu'ils construisent en permanence des stratégies argumentatives visant à remplir des objectifs extra-juridiques ne semble pas être une description correcte de la pratique juridique. Des études de sociologie judiciaire ont d'ailleurs confirmé que la plupart du travail juridictionnel correspondant au modèle de la dogmatique classique plutôt qu'à l'image réaliste de politiciens déguisés. Pour des détails à ce sujet, voir TAMANAHA Brian, *Realistic Socio-legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1997, p. 201-235. En outre, les juges ne sont pas les seuls acteurs concernés et il paraît impossible de nier que la plupart des gens voient la constitution selon le modèle dogmatique classique et

L'identification constitutionnelle n'a de sens que du point de vue interne et le réalisme ne peut y contribuer. Surtout, il ne réussit pas vraiment à établir que la réponse serait inutile voire impossible car sa critique du normativisme est plus que discutable et il se montre incapable de proposer une véritable alternative. Prétendre que le juge peut librement décider que la feuille de papier est la constitution n'aide pas vraiment à comprendre le droit. Il est clair que la reconnaissance par le juge d'un texte étranger ou médiéval serait considérée par les acteurs comme une violation du droit. Le réalisme néglige cet élément et se coupe de ce fait de la pré-notion de droit partagée par les acteurs que nous ne pouvons négliger si nous entendons décrire le droit comme un fait social[2]. La décision du juge ne serait pas vue comme injuste ou inopportune mais bien illicite et une théorie du droit désireuse de ne pas se couper de la pré-notion de droit partagée par les acteurs doit pouvoir expliquer ce phénomène sous peine de fournir une représentation incomplète du droit. Certes, le juge pourrait matériellement à court terme rejeter la validité de la Constitution de 1958 mais le fait qu'il ne le fasse pas, ou plutôt qu'il soit considéré comme n'ayant pas droit de le faire, est celui que la dogmatique doit expliquer si elle veut décrire le fait social qu'est le droit français. La démonstration du professeur Troper qui vise à prouver que la Constitution n'est pas valide montre seulement qu'il faut réviser la théorie de la validité qu'il utilise car elle doit pouvoir expliquer la validité de la Constitution sous peine de se couper de la réalité sociale[3]. Le

---

non comme une contrainte. Il reste possible de soutenir qu'il n'y a là qu'un fait psychologique mais le rejet du réductionnisme ne permet pas d'en déduire la légitimité de la négligence de l'étude de cette représentation des acteurs.

[1] Le meilleur exemple de cet irréalisme est la disparition de l'idée même de désobéissance à une norme, à partir du moment où celle-ci n'est plus conçue comme une prescription dotée de conditions de satisfaction prédéterminées. Une théorie qui réduit les normes à ce qu'en fait l'interprète ou à ce qui est effectivement appliqué ne permet pas de concevoir qu'un enfant puisse désobéir à ces parents. En ce sens, voir LA TORRE Massimo, article précité, p. 398.

[2] Il faut ici préciser l'idée selon laquelle la dogmatique entend décrire sur le droit comme un fait social. Il s'agit avant tout d'une position d'ordre ontologique : le droit ne flotte pas dans les airs et ne s'inscrit pas en dehors du temps mais est au contraire un fait social parmi d'autres. Cependant, elle doit être développée pour mieux encadrer les choix de théorie générale qui définissent et encadrent la dogmatique. En effet, prise littéralement elle peut faire de la dogmatique la science qui décrit une doctrine religieuse ou le fonctionnement de la sorcellerie ou plus simplement les normes adoptées par un conseil municipal précis. En réalité, la dogmatique positiviste ne vise pas à décrire n'importe quel fait social mais un fait social spécifique : celui qui est considéré comme le droit dans une société donnée. Elle n'est utile pour comprendre et aider les acteurs que dans le cas où elle se limite à ce fait précis. Un choix opposé ne serait pas faux mais totalement inopportun. Les décisions épistémologiques et ontologiques ne sont donc acceptables que si elles permettent de rendre compte de la pré-notion de droit que partagent les acteurs. Or, nous estimons que celle-ci comprend le fait que, quoi qu'en pense le juge, seuls certains actes peuvent être qualifiés de constitution. Voir, sur la dénonciation des définitions stipulatives du droit, DE BÉCHILLON Denys, « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la post-modernité », *in* SERVERIN Evelyne et BERTHOUD Arnaud (dir.), *op. cit.*, p. 68 ou PECZENIK Aleksander, « The Concept of Valid Law », *Scandinavian Studies in Law* 1972, p. 241, et sur l'importance se baser sur la notion « vulgaire » de droit, FRANCOIS Lucien, *Le problème de la définition en droit*, Liège, Faculté de droit, 1978, p. 73 ; JORI Mario, « The object… », précité, p. 316 ; OLIVECRONA Karl, *op. cit.*, p. 3 ; RAZ Joseph, *The Concept of a Legal System*, 2e éd., Oxford, Clarendon, 1980, p. 115 voire PECZENIK Aleksander, « L'existence de principes supra-constitutionnels », *in Mélanges Michel Troper*, précité, p. 821. L'importance de la pré-notion de droit peut être reliée à l'idée selon laquelle la science et la philosophie doivent partir du sens commun (POPPER Karl, « Deux aspects du sens commun », *in La connaissance objective*, Paris, Éd. Complexe, 1990, p. 43).

[3] Cette idée se base sur le rôle central de la pré-notion de droit. Si l'on pose, comme nous le faisons, qu'une théorie générale du droit n'est utile et fertile que dans la mesure où elle rend compte de cette pré-notion, alors un élément de théorie générale (ici la théorie de la validité) n'est admissible qu'à cette condition. S'il contredit la pré-notion de droit, il doit être abandonné, non parce qu'il est faux mais parce qu'il est inutile et dangereux dans une optique positiviste. Il faut partir de la validité de la constitution pour interroger l'opportunité d'une théorie de la validité quelconque et non partir de cette théorie pour interroger

réalisme radical ne peut finalement nous retenir ce qui nous pousse à nous tourner vers des approches plus modérées qui tentent d'intégrer des éléments réalistes sans nier la validité de la constitution (B).

B. Le réalisme dogmatique

Le réalisme dogmatique est une forme faible du réalisme qui est particulièrement populaire en France (1) mais qui ne bénéficie pas de la cohérence du réalisme radical (2).

1. UNE THEORIE POPULAIRE

Le réalisme dogmatique est plus difficile à présenter que le réalisme intégral car il s'agit d'une théorie générale implicite que certains dogmaticiens utilisent sans jamais la définir. Elle se caractérise par la réunion de deux éléments : une profession de foi réaliste sur le rôle de l'action juridictionnelle dans la détermination du droit et la conservation d'une démarche normativiste dans laquelle les normes sont considérées comme des prescriptions[1]. L'unité des deux réalismes tient dans l'idée commune selon laquelle la constitution est ce que les autorités d'application disent qu'elle est[2]. Nous pouvons dans une certaine mesure y associer les auteurs qui soutiennent que le juge aurait la capacité de créer des normes constitutionnelles, même s'il n'est pas le seul dans ce cas[3]. La particularité du réalisme dogmatique tient au fait

---

la validité de la constitution. En outre, la démonstration du professeur Troper est paradoxale car il justifie sa théorie de la validité par dérivation sur le fait qu'elle reflète l'usage du terme « norme juridique » dans le langage ordinaire des juristes (TROPER Michel, « La signature des ordonnances », précité, p. 87). Pourtant, il n'hésite pas à se couper de ce langage ordinaire quand il déduit finalement que la constitution n'est pas une norme juridique. Mieux, il démontre que sa théorie de la validité ne peut être retenue au regard même du critère d'admissibilité qu'il a posé : la correspondance aux usages ordinaires du terme « norme juridique ».

[1] Ce point est rarement souligné par les auteurs qui pratiquent une forme de réalisme dogmatique mais elle est visible par leur emploi des normes constitutionnelles comme base de raisonnements juridiques classiques dont la conclusion est une obligation juridique et par leur non-adhésion à la critique radicale de la normativité proposée par le réalisme intégral. Pour prendre un exemple, la Constitution est décrite par Louis Favoreu comme un ensemble de règles auxquelles les pouvoirs publics devraient se conformer (« Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 47).

[2] Les normes constitutionnelles se reconnaîtraient ainsi par l'application qui en est faite qui marque la reconnaissance subjective des autorités d'application (AVRIL Pierre, *Les conventions de la constitution*, Paris, PUF, 1997, p. 13) ou par le fait qu'elles sont « reconnu[es] par les juridictions habilitées » (PACTET Pierre, « Complexité et contradictions de l'ordre constitutionnel sous la Ve République », *in Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002 p. 426). La Constitution est alors « un ensemble de textes auxquels le Conseil constitutionnel a attribué valeur constitutionnelle » (ROUSSEAU Dominique et VIALA Alexandre, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, p. 216) et c'est donc « le juge qui la fait naître » (ZOLLER Elisabeth, *Droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, PUF, 1999, p. 100). La définition de la constitution par le critère de la « reconnaissance juridictionnelle » s'est progressivement répandue dans la doctrine (en ce sens, voir BEAUD Olivier, « Constitution et droit constitutionnel », *in* RIALS Stéphane et ALLAND Denis (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 258 et CAMY Olivier, « Le retour au décisionnisme », *RDP* 1996, p. 1041). Plus largement le droit positif serait l'ensemble des « règles que les tribunaux (par une jurisprudence constante) déclarent être en vigueur » (JÈZE Gaston, *Principes généraux de droit administratif*, 3e éd., Paris, Marcel Giard, 1925, p. 33).

[3] « Tous les principes auxquels le Conseil constitutionnel a reconnu une valeur constitutionnelle » jouiraient ainsi de la qualité de norme constitutionnelle (BARANGER Denis, *Le droit constitutionnel*, Paris, 3e éd., PUF, 2006, p. 30) car « la thèse du juge constitutionnel créateur de normes constitutionnelles est aujourd'hui admise » (LAVROFF Dmitri Georges, « La Constitution et le Temps », *in Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 222). La Constitution ne se limite pas

qu'il accepte la validité de la constitution[1]. L'objet de la science du droit n'est donc pas de décrire des régularités de comportement mais bien des normes juridiques entendues comme des significations d'actes de langage prescriptif dotées de conditions de satisfaction ou, selon une terminologie plus floue mais répandue, des « devoirs-être »[2]. Les réalistes dogmatiques peuvent même défendre le caractère absolument obligatoire de la constitution qui est totalement rejeté par le réalisme intégral. Ils ne proposent pas une nouvelle science du droit mais seulement une dogmatique renouvelée : ses énoncés visent à déterminer ce qui doit être fait et non ce que le juge a dit ou va faire. Comme dans toutes les approches normativistes, la véracité de ces énoncés repose sur la validité des normes qu'ils décrivent. Toutefois, la validité d'une norme dépend du juge : les normes constitutionnelles valides sont celles qui sont désignées comme telles et/ou utilisées par le juge. La décision du juge n'est plus l'objet de la science du droit mais le fait qui donne leur validité, voire leur caractère obligatoire, aux normes[3]. Les normes juridiques générales ne sont plus niées mais rapportées au juge[4]. Le scepticisme réaliste est ici modéré et déplacé : il ne vise plus à démystifier le droit mais à clarifier sa source en passant de la volonté du peuple ou du pouvoir constituant à celle du juge[5]. Pour résumer, c'est donc le juge qui crée les normes[1] et celles-ci s'imposent à tous sauf à lui : il est libre de créer des normes constitutionnelles générales[2].

---

alors au texte mais comprend aussi la jurisprudence (GÉLIN-RACINOUX Laurence, *Recherches sur le rapport de la constitution au temps*, Thèse, Nantes, 2005, p. 521).

[1] Une analyse comparable de la position spécifique de Louis Favoreu a été proposée par le professeur Pfersmann selon lequel « il considère évidemment la Constitution comme une vraie norme […] mais c'est bien l'interprétation du juge qui vaut effectivement comme son contenu authentique » (« Le nouveau constitutionnalisme comparé et les rapports entre juridictions suprêmes », *in* ILIOPOULOS-STRANGAS Julia (dir.) *Cours suprêmes nationales et cours européennes : concurrence ou collaboration ? In memoriam Louis Favoreu*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 50). Il qualifie cette posture de « positivisme juridictionnel » mais il nous semble plus opportun de parler de « réalisme dogmatique » pour insister sur sa parenté avec le réalisme intégral à propos de l'identification constitutionnelle. Le professeur Pfersmann a d'ailleurs souligné la proximité non assumée entre l'école aixoise et la théorie réaliste de l'interprétation (PFERSMANN Otto, « Relativité de l'autonomie ontologique… », précité, p. 536). Négliger cet aspect peut mener à voir dans l'école d'Aix-en-Provence un normativisme positiviste en négligeant sa proximité avec le réalisme (voir par exemple, MAGNON Xavier, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction », *in Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 236).

[2] L'intervention du juge n'est pas considérée comme un substitut à la norme dans l'étude du droit mais au contraire, une condition nécessaire pour être « une règle juridique obligatoirement sanctionnée » (FAVOREU Louis, « Le droit constitutionnel : droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC* 1990, p. 72) et donc pour construire une véritable dogmatique constitutionnelle détachée de l'étude politique (*ibid.*, p. 80) valorisée par une partie du réalisme intégral. La description de la constitution comme « une charte jurisprudentielle des droits et libertés » implique aussi d'y voir une série de prescriptions (ROUSSEAU Dominique, « Une résurrection : la notion de constitution », *RDP* 1990, p. 7). Ce point est essentiel car il oppose les deux formes de réalisme que nous distinguons.

[3] Le réalisme intégral nie au contraire la validité des normes ou la réduit à une réalité non-normative tenant au comportement ou à la psychologie des juges. Il n'est donc pas possible de dire dans un cadre réaliste intégral que la décision du juge crée la validité de la norme. Elle peut faire partie des causes de la validité entendue dans un sens réaliste mais les réalistes intégraux ne considèrent pas que les juges créent des raisons pour agir objectivement valables. Le raisonnement réaliste intégral n'est tenable qu'à condition d'avoir rejeté le concept classique d'obligation.

[4] C'est l'attachement à la création juridictionnelle de normes générales qui montre l'aspect réaliste du réalisme dogmatique car il est en revanche admis sans difficulté que les juges ont la compétence pour créer des normes individuelles (en ce sens, voir par exemple AMSELEK Paul, « La teneur indécise du droit », *RDP* 1991, p. 1212).

[5] Cette transition n'est pas toujours assumée et est parfois camouflée par l'affirmation selon laquelle le juge exprimerait la volonté du peuple. La rupture est toutefois toujours aussi forte car l'acte de langage qui est concrètement pris en compte est celui du juge même si la doctrine l'attribue au peuple.

L'intérêt pour l'identification constitutionnelle est patent : le réalisme dogmatique ne nie pas la dogmatique et l'identification constitutionnelle mais propose une vision alternative de ce processus. La règle constitutive n'est pas éliminée par une réduction du droit à une série de faits bruts décrits indépendamment des représentations des acteurs mais par l'affirmation de la validité de la décision du juge reconnaissant l'existence d'une norme constitutionnelle quelle qu'elle soit[3]. La qualité de constitution d'un acte de langage repose sur la reconnaissance de cette qualité par le juge, c'est-à-dire sur un élément non-normatif. Pour prendre un exemple, le traité établissant une Constitution pour l'Europe aurait été une constitution au sens du système juridique français si le Conseil constitutionnel l'avait décidé[4]. C'est cette vision qui permet de réduire la catégorie de constitution au concept de bloc de constitutionnalité si l'on ne différencie pas la qualification et l'interprétation. Dans ce cas, l'adhésion à une théorie de l'interprétation fondée sur l'indétermination du langage justifiera la liberté de qualification de normes constitutionnelles par le juge[5]. En effet, le mélange entre signification langagière (S1)

---

[1] Le professeur Magnon soutient au contraire que les membres de l'école d'Aix-en-Provence ne prétendent pas que les juges posent les normes et qu'ils ne se réfèrent à la jurisprudence qu'à propos de l'interprétation (MAGNON Xavier, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction », *in Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 243). Cet argument ne peut être retenu pour deux raisons. Tout d'abord, puisque les normes sont des significations et que l'interprétation est la détermination de la signification d'actes de langage, l'attribution d'un rôle exclusif ou primordial au juge dans l'interprétation revient à admettre que c'est lui qui crée les normes. Ensuite, les réalistes dogmatiques reconnaissent généralement la compétence du juge pour déterminer la nature juridique (S2) des normes ou des actes et ne se limitent donc pas à la seule interprétation. Ce sont ces éléments qui montrent la parenté avec le réalisme et empêchent de voir dans l'école d'Aix-en-Provence le normativisme positiviste décrit par le professeur Magnon.

[2] Cette liberté est parfois assumée, ce qui est logique au regard des présupposés sur le rôle du juge : si une norme n'est valide que si elle a été reconnue par le juge, l'on voit mal comment ce dernier serait soumis à des obligations préexistantes. Ainsi le professeur Rousseau estime que les droits constitutionnels peuvent être créés sans limite et que l'interprétation n'est contrainte que par des rapports de force entre institutions (article précité, p. 17). Néanmoins, elle est souvent relativisée voire niée sans que sa limitation ne soit véritablement justifiée (PACTET Pierre, article précité, p. 436 ou VEDEL Georges, « Propos d'ouverture », *in* MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel (dir.) *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris, Economica, 1998, p. 17). Enfin, elle transparaît aussi sans être explicitée, par exemple quand l'on utilise des arguments politiques pour limiter les créations juridictionnelles de normes (FAVOREU Louis, « La prise en compte du droit international et communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in Études offertes à Alain Plantey*, Paris, Pedone, 1995, p. 40) ou quand l'on prétend que le juge doit s'auto-limiter en évitant de créer des normes dépourvues de base écrite (FAVOREU Louis, « Rapport introductif », *in* AVRIL Pierre et VERPEAUX Michel (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 16), ce qui suppose qu'il pourrait le faire s'il le souhaitait et même qu'il en aurait le droit. Les prétentions selon lesquelles les normes constitutionnelles existeraient avant l'intervention du juge semblent assez vaines quand elles s'accompagnent de l'affirmation selon laquelle seul ce dernier peut les connaître (voir par exemple l'intervention du président Luchaire lors du débat sous FAVOREU Louis, « Les normes de référence », *in Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Paris, Economica, 1988, p. 87). Ces ambiguïtés ne doivent pas étonner : nous proposons ici une reconstruction des présupposés implicites indiqués par des pratiques dogmatiques.

[3] Cette décision sera existante, ce qui implique qu'elle produit ses effets juridiques, mais aussi régulière : elle ne pourra violer aucune norme constitutionnelle puisque l'identification des normes constitutionnelles dépend uniquement des choix du juge.

[4] La doctrine affiche rarement une position aussi ouvertement réaliste. En revanche, si l'on s'appuie sur la décision du Conseil constitutionnel pour nier la qualité constitutionnelle du traité établissant une Constitution pour l'Europe (pour un exemple, voir « Quel contenu donner à la révision constitutionnelle ? Table ronde », *in* MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel et MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand (dir.), *Constitution et construction européenne*, Paris, Dalloz, 2006, p. 234), l'on reconnaît implicitement que cette décision détermine au moins en partie sa nature juridique.

[5] Ce glissement est visible dans le passage discret entre liberté de l'interprétation et liberté de création de principes nouveaux, même non-textuels. En effet, si la doctrine insiste souvent sur l'indétermination des textes et la créativité de l'interprétation (voir *infra*, p. 210), elle ne justifie pas le fait qu'elle tienne compte de tous les principes reconnus par le juge constitutionnel du simple fait de leur reconnaissance. Cette attitude est favorisée par la négligence de la distinction entre acte et norme car il est peu probable que la majorité des dogmaticiens français admettent que le juge est libre de rejeter la valeur constitutionnelle du texte de 1958. Notons toutefois que la prétention déjà évoquée de remplacer la notion de constitution par celle de bloc de

et nature juridique (S2) ne permet pas de voir que l'énoncé « la constitution est ce que le juge dit qu'elle est » peut renvoyer à la liberté du juge sur S1 mais également sur S2 et que l'un n'implique pas l'autre. De ce fait, il est possible de croire que la liberté du juge s'étend à la qualification des actes constitutionnels. Il ne s'agit plus d'une question épistémologique (quelle norme doit être intégrée dans la dogmatique) mais d'une question juridique (quelle est la constitution). Le lien entre les normes constitutionnelles et le texte n'est même plus central : ce dernier sert de prétexte[1] ou incarne une contrainte qui incite le juge à un *self-restreint* sans être obligatoire[2]. Le rapport établi entre normativité et contrôle juridictionnel renforce la liberté du juge : puisque c'est le contrôle qui donne sa normativité à la constitution[3], celle-ci n'est pas une norme et ne peut s'imposer au juge avant qu'il ne l'applique[4]. Toute norme qualifiée par le juge de norme constitutionnelle aura alors cette qualité sans qu'il soit besoin de chercher plus loin les bases de la dogmatique. L'intervention du juge peut soit faire partie des conditions de réussite de l'acte de langage constitutionnel, c'est-à-dire des critères de la catégorie de constitution, soit déterminer les critères de cette catégorie. Le deuxième cas est un peu plus compliqué car il suppose que le juge possède la capacité de créer d'autres normes que les normes constitutionnelles. Quoi qu'il en soit, le problème de l'identification constitutionnelle est réglé sans avoir à assumer un scepticisme radical qui nie son intérêt. Cette conception représente la base idéale de la dogmatique limitée au contentieux promue par l'école d'Aix-en-Provence. Elle résulte de considérations pédagogiques ou politiques[5] plutôt que d'une adhésion au réalisme[1]. Toutefois, ces éléments ne suffisent pas à fonder une théorie totalement cohérente (2).

---

constitutionnalité (FAVOREU Louis, « Bloc de constitutionnalité », *in* DUHAMEL Olivier et MÉNY Yves (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 89) pourrait laisser penser le contraire.

[1] Pour le professeur Rousseau, l'existence du texte a pour seul intérêt de forcer les acteurs à débattre du sens sur lequel ils pourraient s'accorder, sens appelé à évoluer sans cesse car un énoncé n'a jamais de sens identifiable (« La Constitution, projet inachevé », *RCADC* 2005, p. 191-193).

[2] En ce sens, voir FAVOREU Louis, « Les normes de références », précité, p. 78 ou MODERNE Franck, « Actualité des principes généraux du droit », *in* AVRIL Pierre et VERPEAUX Michel (dir.), *op. cit.*, p. 59.

[3] En ce sens, voir EISENMANN Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle autrichienne*, Paris, LGDJ, 1928, p. 22. Pour un avis contraire, voir RIVERO Jean et VEDEL Georges, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution de 1946 », *in Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, p. 107.

[4] L'idée est assez simple : si l'on ne parle d'obligation juridique que quand le comportement contraire à une norme peut être sanctionné, le juge ne sera soumis à une norme que s'il peut être sanctionné dans le cas où il ne l'appliquera pas (KELSEN Hans, *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1997, p. 110). Or, puisque ce n'est pas le cas en droit français, le juge n'est pas soumis à la Constitution et est libre d'appliquer les normes qui lui plaisent pour régler un litige. Ce genre de raisonnement s'oppose à la théorie que nous avons adopté concernant l'existence des normes et mène à des conclusions contre-intuitives : le Conseil d'État serait ainsi libre de violer la loi (TEBOUL Gérard, « Nouvelles remarques sur la création du droit par le juge administratif dans l'ordre juridique français », *RDP* 2002, p. 1369) alors que l'article 62 qui affirme que les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent à toutes les autorités publiques ne formulerait aucune obligation et pourrait légitimement être négligé par les juges (ALBERTON Ghislaine, « Et le Conseil constitutionnel ouvrit la boîte de Pandore… », *AJDA* 2006, p. 597).

[5] Des arguments de ce type ont régulièrement été cités par Favoreu pour justifier ses préférences méthodologiques et théoriques. Voir par exemple, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs* n°13, p. 26 ou « Propos d'un néo-constitutionnaliste », *in* SEURIN Jean-Louis, *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984, p. 27.

2. UNE THEORIE DISCUTABLE ET INCOMPLETE

Les présupposés du réalisme dogmatique sont le plus souvent implicites mais certains auteurs se réfèrent directement à la théorie réaliste de l'interprétation du professeur Troper[2], sur laquelle ils greffent des éléments non-réalistes. Le professeur Rousseau illustre cette tendance : il se sert de la théorie réaliste de l'interprétation pour établir l'indétermination du texte constitutionnel et soutient ensuite que la fixation du sens s'opère par un dialogue entre les acteurs du jeu institutionnel inspiré d'Habermas[3]. Ce genre de combinaison est problématique car la théorie réaliste de l'interprétation ne propose pas une source alternative pour les normes juridiques mais bien une négation de leur validité dans le sens classique du terme. Ce n'est pas une théorie du langage susceptible d'être récupérée par le réalisme dogmatique mais une théorie générale défendant l'idée selon laquelle le comportement des juges est le seul à pouvoir faire l'objet d'une description vérifiable et donc scientifique. S'attacher aux sanctions prévisibles que le « mauvais législateur » peut craindre conduit à s'intéresser au comportement du juge et en aucun cas à une série de prescriptions comme celles que le réalisme dogmatique prétend décrire. Le néo-réalisme français a été construit pour contester le normativisme et ne peut de ce fait servir de base au réalisme dogmatique : si le comportement du juge est le seul fait pertinent juridiquement, il n'y a aucune place pour des normes valides. Le réalisme dogmatique soutient que le juge a la compétence de créer des normes constitutionnelles[4] alors que le néo-réalisme qui est censé le justifier se contente de prétendre qu'il est capable de décider ce qu'il veut, autrement dit qu'il a le pouvoir matériel de décider comme il veut sans risquer de sanction. Le passage de la capacité à la compétence exige une norme habilitant le juge à créer des normes constitutionnelles[5], ce que le réalisme

---

[1] Le réalisme intégral est même parfois explicitement rejeté par des membres de l'école d'Aix-en-Provence. Voir ainsi, FAVOREU Louis, « Le droit constitutionnel… », précité, p. 84 ou MAGNON Xavier, article précité, p. 243.

[2] Voir par exemple, MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, p. 204 ou AVRIL Pierre, *op. cit.*, p. 62. Notons toutefois que Louis Favoreu rejette cette théorie, sans pour autant proposer de théorie alternative de l'interprétation (« Rapport introductif », précité, p. 16).

[3] ROUSSEAU Dominique, « Les transformations du droit constitutionnel sous la Ve République », *RDP* 1998, p. 1783.

[1] Cette idée est parfois explicitement reprise (voir ainsi, MORAND Charles-Albert, « La jurisprudence de la pyramide au réseau », *in La méthodologie des sources du droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 235 ou AGUILA Yann, *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 22) et elle est sous-entendue en permanence par une doctrine qui estime que les normes créées par le Conseil sont valides et surtout qui voit dans cette création une action conforme au droit. Elle prétend que le Conseil exerce sa compétence et non qu'il abuse de la force matérielle que lui donne sa position. D'ailleurs, la contestation du réalisme dogmatique ne passe pas par des arguments de théorie générale mais par la négation de toute compétence créative du juge. Voir par exemple, LAVROFF Dmitri Georges, « Le Conseil constitutionnel et la norme constitutionnelle », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, Grenoble, PUG, 1995, p. 362 ou VEDEL Georges, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs* n°67, p. 96.

[5] Il est certes possible de prétendre se baser sur la combinaison entre la norme qui donne une compétence générale au juge et l'absence de sanction pour déduire que sa compétence est illimitée mais cela revient à mélanger la question de l'existence de la décision du juge, qui ne dépend pas de son contenu, et celle de sa régularité. Si l'on tente d'écarter la régularité en prétendant qu'elle n'est pas vérifiable faute de sanction alors cette remarque peut aussi être opposée à la norme générale de

intégral ne peut expliquer puisqu'il réduit l'existence des normes aux actions du juge. L'objection tenant à la circularité du réalisme revient ici sous une nouvelle forme : le réalisme intégral souffre d'un défaut épistémologique tenant à l'impossibilité de connaître les décisions du juge devant servir de base à la vérification alors que le réalisme dogmatique souffre d'un défaut ontologique tenant à l'inexistence même des décisions du juge censées créer des normes constitutionnelles. Le premier ne permet pas de connaître le droit alors que le second est incapable d'expliquer son existence même. Les raisonnements dogmatiques tirés du réalisme intégral ne servent à rien car ils démontrent au mieux la capacité du juge et non sa compétence. Confirmer l'existence de cette compétence nécessaire au normativisme déplace la régression vers l'infini à la question du statut du juge. Faute de réponse à ce sujet, rien ne différenciera le Conseil d'État d'un tribunal composé d'étudiants qui reconnaît la valeur constitutionnelle de la feuille de papier[1].

Les autres fondements envisagés ne sont pas plus efficaces. L'idée récurrente selon laquelle les mutations du droit constitutionnel imposeraient de consacrer plus de place aux décisions du juge[2] peut avoir une pertinence pédagogique mais ne change rien à l'existence ou au mode de connaissance des normes constitutionnelles. L'évolution de l'objet de l'étude juridique ne peut structurellement pas avoir d'effet sur la théorie générale. De même, l'intérêt éventuel des décisions du juge pour déterminer la signification langagière (S1) des actes juridiques n'a aucun effet sur leur nature juridique (S2). Il est alors tentant d'affirmer que la fonction même du juge implique qu'il est habilité à décider librement des règles à appliquer. Toutefois, ainsi que l'a noté Hart, il ne semble pas sérieux d'affirmer que quand l'on crée un arbitre pour faire respecter les règles d'un sport, l'on renonce de ce fait à l'existence même de ces règles[3]. Par ailleurs, nous avons déjà évoqué la théorie de Waline supposée permettre de passer du réalisme à la dogmatique : les normes générales créées par le juge sont validées par le consentement implicite du législateur qui ne les remet pas en cause alors qu'il en a le pouvoir. Elle a été transposée au juge constitutionnel par la théorie du lit de justice : ses

---

compétence. Autrement dit, soit l'on accepte de tenir compte des normes générales en dehors de toute question de sanction, auquel cas la compétence et l'irrégularité peuvent être décrites, soit l'on refuse cette idée et l'on en revient au réalisme intégral qui défend la capacité et non la compétence du juge.

[1] Il pourrait être tentant de contourner cet argument en soulignant que les décisions du Conseil constitutionnel sont effectives mais d'une part cela ne prouvera pas l'existence d'une compétence, sauf à la reconnaître également à la bande de brigands évoquée par Saint-Augustin et Kelsen, et d'autre part, rien n'empêche le tribunal imaginaire de ne reconnaître que des normes effectives. Le fait que ce tribunal affirme la validité de la Constitution de 1958, et donc prenne une décision effective, ne prouvera pas qu'il est compétent pour créer des normes constitutionnelles. Sur le défaut des arguments basés sur l'effectivité face à la reconnaissance des normes effectives, voir RAZ Joseph, *Practical Reason and Norms*, Oxford, OUP, 2002, p. 126 ou JORI Mario, « Paradigms of Legal Science », *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 1990, p. 236.

[2] Voir par exemple, FAVOREU Louis, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », *in Itinéraires. Études offertes à Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 244.

[3] HART H.L.A., *Le concept de droit*, précité, p. 175.

créations sont justifiées car elles peuvent être remises en cause par le pouvoir constituant[1]. Elle ne peut être retenue car elle ne s'accorde pas avec la théorie non-cognitiviste de l'interprétation puisqu'elle ne vaut que si le pouvoir constituant crée des normes et non des textes. En outre, elle incarne le sophisme volontariste dénoncé précédemment et est inadaptée à l'identification de la constitution historiquement première. Enfin, la défense idéologique des vertus de l'intervention du juge[2] ne peut servir à rien dans un débat de théorie générale. Le réalisme dogmatique ne repose donc pas sur des présupposés admissibles.

Ses résultats laissent également à désirer. Il ne nie pas le point de vue interne au profit du point de vue externe mais il substitue le point de vue externe au point de vue interne puisque des termes dogmatiques sont définis sur la base du comportement du juge[3]. Si le réalisme intégral est limité mais logique, cette volonté de déduire une obligation du comportement du juge observé du point de vue externe contredit frontalement le principe de Hume. Cependant, il peut être avancé que le juge crée effectivement des normes constitutionnelles et qu'il faut tenir compte des représentations qu'il ne divulgue pas pour rendre compte entièrement du point de vue interne[4]. La réfutation de cet argument passe par la précision du concept de point de vue interne : il ne désigne pas les états mentaux du juge mais le point de vue assumé par les acteurs qui prennent au sérieux l'institution[5]. Ce n'est pas par hasard que les juges ne reconnaissent pas cette création et tentent à tout prix de présenter un raisonnement déductif

---

[1] Cette théorie vise plutôt à légitimer ses décisions qu'à valider des normes constitutionnelles mais la différence entre les deux n'est pas évidente pour une doctrine qui n'oppose pas identification et fondement de la constitution. Pour des exemples de cette théorie, voir VEDEL Georges, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs* n°45, p. 150 ou FAVOREU Louis, « Le parlement constituant et le juge constitutionnel », *in La République. Mélanges Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 235 et surtout DELPÉRÉE Francis, « Le fédéralisme et l'Europe », *AIJC* 1999, p. 338. Notons que d'autres positions proches de celle de Waline sont parfois appliquées au juge constitutionnel. Voir ainsi, VIALA Alexandre, « La dualité du Sein et du Sollen pour mieux comprendre l'autorité de la chose interprétée », *RDP* 2001, p. 804.

[2] Il serait ainsi en mesure d'assurer en permanence l'adéquation des normes constitutionnelles avec « l'évolution des consciences et des comportements individuels » (ROUSSEAU Dominique, « Les constitutionnalistes, les politistes et le renouveau de l'idée de Constitution » *in* CURAPP, *Droit et politique*, Paris, PUF, 1993, p. 41) en s'assurant que « la production du sens d'un énoncé constitutionnel a respecté une procédure de délibération entre acteurs multiples (ROUSSEAU Dominique, « Y a-t-il trop de contrôle de constitutionnalité des lois en France ? », *in* MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, précité, p. 21)

[3] En effet, en laissant toute latitude au juge pour déterminer les normes, qu'elles soient écrites ou non, la doctrine en vient à définir les termes dogmatiques en fonction du comportement adopté par le juge sans tenir compte des règles d'interprétation admises ou de considérations de validité. Observer le comportement du juge nous permet de savoir ce qu'il appelle « constitution » (point de vue externe) mais pas ce que signifie ce terme dans le système juridique français (point de vue interne), sauf si l'on démontre que le sens des termes dépend juridiquement des choix du juge, ce que ne fait pas la doctrine.

[4] Cette idée est explicite chez Ross quand il assimile le droit aux normes qui sont présentes dans l'esprit du juge (*On Law and Justice*, Londres, Stevens & Sons, 1958, p. 35) et est implicite chez les nombreux auteurs qui nient l'intérêt du syllogisme normatif en soulignant que le juge dissimule sa pensée réelle derrière ce subterfuge (voir par exemple, EISENMANN Charles, « Juridiction et logique », *in Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, PUSST, 1978, p. 506).

[5] La dogmatique ne vise pas plus à rendre compte du comportement réel des juges que la théologie ne cherche à rendre compte du comportement réel des prêtres. Il est évidemment impossible de déduire une obligation sur une telle base car l'obligation n'a de sens que dans le cadre d'une institution et ne vaut donc que si l'on prend l'institution au sérieux. C'est pourquoi, contrairement au professeur Dworkin, il nous semble qu'il faut partir de ce que répondent les juges « lorsqu'on leur demande, avec le ton grave qui convient, ce qu'est le droit » (*L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994, p. 11) et non de ce qu'ils avouent en privé sur leur pratique réelle car c'est de leur première réponse que dépend le concept d'obligation.

fondé sur un texte. Le discours du droit suit des modèles prédéterminés qui peuvent sembler hypocrites mais qui le caractérisent et qui sont respectés par les acteurs. Son importance institutionnelle montre sa pertinence quel que soit l'état d'esprit du juge[1]. Ce discours est un fait social à part entière et c'est de ce fait social que la dogmatique doit rendre compte[2]. La mauvaise foi existe sans doute dans la motivation mais une mauvaise foi générale et partagée par tous les acteurs entraînerait l'effondrement ou le changement du système juridique. La pratique juridique ne peut avoir une signification que si elle peut être menée de manière sérieuse et littérale. En négligeant cet élément le réalisme dogmatique revient à présenter les juges soit comme des naïfs incompétents qui créent le droit sans s'en rendre compte, soit comme des menteurs patentés qui construisent des motivations délirantes fondées sur des entités magiques pour masquer leur comportement réel[3]. Nous préférons opter pour une voie moyenne qui reconnaît la possibilité de déviance en opposant toujours les causes réelles de la décision à ses motifs assumés. Seuls ces derniers sont présentés comme des raisons pour agir et sont de ce fait pertinents pour la dogmatique.

La volonté de respecter le point de vue interne n'implique donc pas de chercher les causes réelles des décisions mais bien de se limiter aux motivations réelles ou envisageables des décisions juridiques des acteurs. Il est opposable au réalisme dogmatique comme il l'était au réalisme intégral. La pré-notion de droit montre une constitution reconnue en dehors de l'action du juge : l'affirmation selon laquelle la constitution est créée par le juge est tellement contre-intuitive qu'elle rompt forcément avec les représentations des acteurs[4]. Le fait qu'elle

---

[1] Comme le note MacCormick, « l'hypocrisie est même plus révélatrice que l'honnêteté […] pourquoi le juge ne rendrait-il pas explicite la raison qui le pousse à agir en faveur de Mme McTavish, en lui accordant le divorce, à savoir qu'elle possède un petit nez retroussé à souhait ? Parce que de tels motifs ne sont pas considérés par notre système comme de bonnes raisons pour faire droit à telle demande ou telle requête de divorce. Qu'ils soient sincères ou non, seuls les arguments qui démontrent pourquoi X devrait être ordonné constituent de véritables raisons pour exiger que X soit ordonné » (*Raisonnement juridique et théorie du droit*, Paris, PUF, 1996, p. 17). La dogmatique ne cherche pas à déterminer les véritables raisons qui ont poussé le juge à agir (corruption, préférences politiques…) mais les éléments qui devraient motiver ses décisions au regard du système juridique (pour une vision proche, voir LEPAULLE Pierre, « Reflections on the Sources of the Law », *in Essays in Jurisprudence in honour of Roscoe Pound*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962, p. 87). C'est pourquoi elle ne peut se contenter de prendre note de ce que le juge décide ou *a fortiori* en déduire des obligations par une opération inexpliquée. Puisqu'il ne prétend pas créer le droit et qu'aucune norme ne l'autorise à le créer, la dogmatique ne peut reconnaître que le juge crée le droit (WACHSMANN Patrick, « La volonté de l'interprète », *Droits* n°28, p. 38) et en faire la base des conditions de vérité de ses énoncés. Cette dénégation est un fait social à part entière qui révèle l'existence d'une pratique que l'on ne peut négliger (TAMANAHA Brian, article précité, p. 1267) : le discours juridictionnel est une pratique de justification ritualisée qui révèle par son hypocrisie même les contours de l'institution juridique.

[2] Autrement dit, nous ne prétendons pas que les acteurs décident à la suite d'un syllogisme normatif mais seulement qu'ils présentent la justification de leur décision en ces termes et que cette présentation a une pertinence spécifique et constitue l'objet de la dogmatique. C'est elle qui montre ce qui est considéré comme obligatoire dans une société donnée et non le comportement réel mais dissimulé des autorités d'application.

[3] Cet argument s'inspire librement d'une formule du professeur Dworkin (*op. cit.*, p. 44) qui portait sur un autre sujet. N'oublions pas qu'il faut aussi rendre compte du discours du constituant lui-même qui paraît bien vain dans le cadre d'un réalisme dogmatique qui lui dénie logiquement la possibilité de créer des normes.

[4] La critique adressée au réalisme intégral vaut aussi contre le réalisme dogmatique : à défaut de pouvoir expliquer la validité de la constitution, il ne permet pas de critiquer l'attitude du juge qui identifie la feuille de papier comme étant la constitution. Il est donc insuffisant pour décrire une partie du droit positif.

soit connue avant toute application et appliquée avant toute décision de justice renforce cette idée. Les pratiques doctrinales se détachent d'ailleurs souvent du strict réalisme dogmatique pour envisager une critique juridique des décisions de justice[1]. Cette attitude confirme la nécessité d'une présentation cohérente du point de vue interne qui repose sur des règles constitutives et non sur l'attachement à une discrétion judiciaire illusoire. La théorie générale choisie doit permettre de rendre compte de la constitution comme une norme valide et préexistante à son application. L'arbitraire du juge fournit une base à la dogmatique mais elle devient insuffisante quand l'identité de la constitution est en jeu. Seule une solution normative permet l'identification constitutionnelle sans rompre avec le point de vue interne (II).

II. Les solutions normatives : les normes ultimes

Loin de la contestation radicale portée par le réalisme, l'étude du droit est souvent menée dans un cadre normativiste car elle est vue comme l'étude de règles valides et des conséquences de ces règles. Ce normativisme basique se heurte toutefois à une régression vers l'infini qui force les théoriciens du droit à trouver une solution normative, seule à même de conserver la normativité du droit tout en respectant le principe de Hume[2]. Il faut alors se baser sur des normes ultimes, c'est-à-dire des normes situées au-delà de toutes les normes posées, même constitutionnelles, et dont l'existence ne dépend pas d'une qualité conférée par une autre norme puisque c'est à ce prix qu'elles permettront d'éviter la régression vers l'infini[3]. La théorie de la norme fondamentale de Kelsen est l'exemple le plus connu de ce type de proposition (A) mais elle n'est pas la seule théorie des normes ultimes disponible (B).

A. La norme fondamentale de Kelsen

La théorie de la norme fondamentale est l'une des plus célèbres et des plus controversées théories de Kelsen. Apparue très tôt dans son œuvre, elle sera maintenue jusqu'à la fin au prix

[1] Pour prendre un exemple, face à l'interrogation sur la nature juridique du traité établissant une Constitution pour l'Europe, rares sont les auteurs qui n'ont pas proposé d'évaluer l'argumentation du Conseil constitutionnel ou de lui substituer une argumentation alternative. Face à un problème de ce type, les professions de foi réalistes semblent bien fragiles.

[2] En effet, quand l'on choisit de fonder le droit et la dogmatique sur une base non-normative il n'y a que deux possibilités : soit l'on renonce à la normativité du droit puisque d'un fait ne peut être déduit qu'un fait (réalisme intégral), soit l'on renonce au principe de Hume en déduisant les normes du fait initial qui base le droit. Certes la doctrine évite en apparence cette alternative mais elle ne le fait qu'en adoptant de fausses solutions non-normatives reposant sur des normes implicites et occultées (réalisme dogmatique ou théorie du pouvoir constituant). Conserver la normativité du droit, imposée par la pré-notion partagée par les acteurs, et le principe de Hume, qui fait partie de nos présupposés, exige une solution normative, seule base sur laquelle il est possible de déduire la validité de normes positives.

[3] Sur la nécessité d'une norme de ce type pour expliquer la validité de la constitution, voir, ATIENZA Manuel et RUIZ MANERO Juan, *A Theory of Legal Sentences*, Dordrecht, Kluwer, 1998, p. 141 ; SALMOND John et WILLIAMS Glanvile, *Jurisprudence*, 10e éd., Londers, Sweet & Maxwell, 1947, p. 155 ou ECKHOFF Thorstein et SUNDBY Nils Kristian, « The Notion of Basic Norm in Jurisprudence », *Scandinavian Studies in Law* 1975, p. 130.

de modifications substantielles. L'évaluation de sa contribution à l'identification de la constitution passe par l'exposé de la fonction et du contenu de la norme fondamentale (1) mais surtout de son statut qui est le centre de nos recherches dans ce chapitre (2).

1. FONCTION ET FORMULATION DE LA NORME FONDAMENTALE

En s'interrogeant sur ce qui fait de la décision d'un juge une norme juridique valide, Kelsen est confronté à la régression vers l'infini à laquelle mène le normativisme : si cette décision vaut parce qu'elle applique la loi et que la loi vaut parce qu'elle applique la constitution, pourquoi la constitution est-elle une norme juridique ?[1] Kelsen ne peut s'inspirer d'un droit naturel qu'il rejette et il respecte le principe de Hume, ce qui implique que seule une norme peut fonder la constitution[2]. Il est alors contraint d'envisager l'existence d'une norme ultime capable de briser la régression vers l'infini[3]. Sans elle, il est impossible de différencier l'ordre du bandit de celui du percepteur[4] alors qu'une expérience sociale partagée démontre que nous sommes en mesure de séparer ces deux actes. Cette norme est la norme fondamentale. Elle se définit avant tout par sa fonction spécifique : elle est la norme ultime qui fonde la plus élevée des normes juridiques et donc l'ensemble de l'ordre juridique[5]. Sa fonction de validation a parfois amené Kelsen à la décrire comme une constitution au sens idéal, une constitution hypothétique ou encore une constitution au sens de la logique

[1] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1999, p. 53.

[2] Étant donné que Kelsen considère la constitution comme une norme et qu'en application de sa lecture du principe de Hume il estime que seule une norme peut valider une autre norme (*Théorie pure du droit*, précité, p. 193 ; *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996, p. 343 ou *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1997, p. 165), la validité de la constitution doit forcément reposer sur une norme encore plus élevée (*Théorie pure du droit*, précité, p. 200).

[3] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, précité, p. 194 ou *Théorie générale des normes*, précité, p. 343. Cette fonction a souvent été relevée par les commentateurs de Kelsen. Voir ainsi, BINDREITER Uta, *Why Grundnorm ? A Treatise on the Implications of Kelsen's Doctrine*, Dordrecht, Kluwer, 2002, p. 11 ou THÉVENAZ Henri, « Le théorème de Gödel et la norme fondamentale de Kelsen », *Droit et Société* n°4/1986. Notons que certains ont prétendu éviter ce problème en insistant sur le caractère auto-référentiel des systèmes juridiques qui serait démontré à travers une application des théories autopoïétiques issues de la biologie. Nous ne détaillerons pas cette idée car, même sans s'exprimer sur la transposition discutable de théories biologiques aux faits sociaux, il est manifeste que cette approche est radicalement externe et que l'acteur ou l'observateur placé face à un acte dont la qualité constitutionnelle est incertaine ne peut se raccrocher à l'aspect auto-référentiel des institutions humaines pour solutionner son problème. Pour des débats sur ces théories, voir WILLKE Helmut, « La théorie autopoïétique du droit : autonomie du droit et transférences contextuelles », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 161-177 ; GRZEGORCZYK Christophe, « Système juridique et réalité : discussion de la théorie autopoïétique du droit, *ibid.*, p. 179-209 ; OST François, « Entre ordre et désordre, le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit », *APD* 1986, p. 133-162 ; OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, « Auto-organisation des systèmes juridiques et hiérarchie des normes », *in* SFEZ Lucien et COUTLÉE Gilles (dir.), *Technologiques et symboliques de la communication*, Grenoble, PUG, 1990, p. 333-354 ; TROPER Michel, « Kelsen, la théorie autopoïétique et les boucles étranges », *ibid.*, p. 355-361 ou TEUBNER Gunther, *Le droit, système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993, notamment p. 1-55.

[4] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, précité, p. 55 ou HOPTON T.C., « Grundorm and Constitution : the Legitimacy of Politics », *McGill Law Journal* 1978, p. 83.

[5] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, précité, p. 215.

juridique[1]. Cette fonction n'a jamais été remise en cause aux cours des modifications que Kelsen a apportées à sa théorie.

La conception du droit propre à Kelsen donne un rôle considérable à la norme fondamentale. Il adhère en effet à une forme spécifique de dualisme ontologique : l'être et le devoir-être sont pour lui deux sphères de réalité ou deux mondes distincts et radicalement séparés[2]. Puisqu'il est impossible de passer d'un monde à l'autre, le fondement du droit doit nécessairement se situer dans le monde du devoir-être. En outre, la norme fondamentale est aussi nécessaire à la construction d'une logique déontique car elle assure l'unité du droit, qui permet d'y voir un système soumis à la logique[3]. Dans un premier temps, Kelsen avait même affirmé qu'elle contenait des principes de résolution des conflits de normes et donnait au droit une cohérence nécessaire à la création d'une logique juridique[4]. Quoi qu'il en soit, il ne faut pas se méprendre sur le sens dans lequel la norme fondamentale est la base du droit positif. Elle a un rôle épistémologique : la question n'est pas de savoir pourquoi la constitution est valide mais plutôt comment l'on peut interpréter un acte comme ayant la signification

---

[1] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, précité, p. 198 (constitution au sens de la logique juridique) ; « Théorie du droit international coutumier » *in Écrits de droit international*, Paris, PUF, 2001, p. 66 (constitution juridico-logique) ou « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RDP* 1926, p. 583 et 621 (constitution au sens idéal et constitution hypothétique).

[2] Kelsen compare ainsi le dualisme de l'être et du devoir-être au dualisme corps-esprit (« Aperçu… », précité, p. 572) et décrit la validité comme « l'existence spécifique des normes » (*Théorie générale du droit et de l'État*, précité, p. 81) montrant ainsi que, pour lui, les normes n'ont pas le même mode d'existence que les faits empiriques. La validité est d'ailleurs explicitement décrite comme le « mode d'existence spécifique des normes » (*Théorie pure du droit*, précité, p. 18). Les normes ne sont pas des « faits réels » (*ibid.*, p. 16) car l'être et le devoir-être sont « deux mondes séparés » (*ibid.*, p. 14). Cette position a été relevée par d'innombrables auteurs. Voir par exemple, ROSS Alf, *On Law and Justice*, Londres, Stevens & Sons, 1958, p. 66 ; DUGUIT Léon, « Les doctrines juridiques objectivistes », *RDP* 1927, p. 556 ; BANKOWSKI Zenon, « Institutional Legal Positivism », *Rechtstheorie* 1989, p. 298 ; GUASTINI Riccardo, « Ought-sentences and the Juristic Description of Rules », *Ratio Juris* 1991, p. 309 ; LANG Wieslaw, « The Ontology of Law », *in Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts. Festgabe für Kazimierz Opalek*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, p. 224 ; TROPER Michel, « Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen », *in* BOURETZ Pierre (dir.), *La force du droit*, Paris, Esprit, 1991, p. 121 ou ZERBY Lewis et BERGMANN Gustav, « The Formalism of Kelsen's Pure Theory of Law », *Ethics* 55, p. 114. Elle semble avoir été maintenue dans sa dernière période puisqu'il évoque encore l'existence « idéale » des normes (« The Fondation of the Theory of Natural Law », *in Essays in Moral and Legal Philosophy*, Dordrecht, D. Reidel, 1973, p. 115) qui ne se confond pas avec « l'existence des faits naturels » (*Théorie générale des normes*, précité, p. 3). Pour un avis contraire sur ce point, voir BULYIGIN Eugenio, « An Antonomy in Kelsen's Pure Theory of Law », *in* PAULSON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 302.

[3] Kelsen affirme clairement que la norme fondamentale sert, entre autres, à garantir l'unité du droit (*Théorie pure du droit*, précité, p. 206). Reconnaître l'existence d'une pluralité de droits impliquerait qu'une même question peut connaître plusieurs réponses juridiques distinctes et s'opposerait donc à l'application du principe de non-contradiction qui est la base du raisonnement logique (en ce sens, voir WEINBERGER Ota, « Logic and the Pure Theory of Law », *in* TUR Richard et TWINING William (dir.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon, 1986, p. 189). Mieux, puisque la norme fondamentale ne valide que les normes efficaces (voir *infra*, p. 219), elle supprime les conflits de normes individuelles apparents en permettant de constater qu'entre deux normes en conflit, seule celle qui est efficace est valide (KELSEN Hans, *op. cit.*, p. 208). Le fait que la norme fondamentale rende l'application de la logique au droit possible est particulièrement visible lorsque Kelsen décrit les relations entre droits interne et international (voir *infra*, p. 658 et s.).

[4] Kelsen a ainsi pu considérer que les principes permettant de « fonder un ordre intelligible », tels que la maxime *lex posterior*, se trouvaient dans la norme fondamentale (*La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1997, p. 452). Sans revenir sur les divers statuts qu'il a conférés à ces principes au fur et à mesure du développement de ses travaux, notons qu'il a renoncé à cette position pour y voir des règles de droit positif (*Théorie générale des normes*, précité, p. 166). Son approche initiale confirme tout de même le rôle spécifique que joue la norme fondamentale dans sa pensée.

objective de constitution[1]. Elle se situe donc dans la théorie de la connaissance[2] et permet l'existence de la science du droit. Son rapport avec l'identification constitutionnelle semble évident puisque cette dernière vise à savoir quelle est la constitution. De même, elle semble répondre à l'interrogation sur la règle constitutive qui consiste à se demander comment l'on sait quelle est la constitution[3]. En outre, elle y répond dans le cadre d'une approche normativiste qui correspond au point de vue interne et au positivisme qui guide nos travaux.

Pourtant, la formulation de la norme fondamentale retenue par Kelsen introduit des complexités supplémentaires. Elle est généralement présentée sous une forme assimilable à « on doit obéir à la constitution »[4] qui suggère qu'elle a également pour fonction de garantir le caractère obligatoire du droit[5]. Ce point est très discuté car les commentateurs de Kelsen sont divisés quant au sens dans lequel il utilise le terme « obligation ». Pour certains, il faudrait assimiler cette notion à l'existence spécifique des normes juridiques : la norme fondamentale ne donnerait donc pas de valeur morale[6] mais uniquement la signification objective de constitution[7]. Elle viserait une obligation interne à un système juridique[8] et pourrait donc être exprimée sous la forme « la constitution est valide » sans aucun problème[9] car sa fonction demeure épistémologique. Le fait qu'elle permet d'envisager la validité des normes sans tenir

---

[1] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, précité, p. 60 et 201 ou *Théorie générale du droit et de l'État*, précité, p. 174. Elle est « la formulation des présupposés nécessaires à toute appréhension positiviste du matériel juridique » (*La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, précité, p. 441).

[2] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, précité, p. 203. Cette situation spécifique permet de considérer qu'elle ne concerne que la science du droit (JAKAB Andras, « Problèmes de la Stufenbaulehre. L'échec de l'idée d'inférence et les perspectives de la théorie pure du droit », *Droit et Société* n°66/2007, p. 422).

[3] La fonction épistémologique de la norme fondamentale est justement de répondre à cette deuxième question : elle explique comment il est possible de considérer que certains faits ont la signification objective de norme constitutionnelle.

[4] « On the Pure Theory of Law », *Israel Law Review* 1966, p. 6. Kelsen adopte aussi des formulations proches telles que « on doit se comporter conformément à la constitution » (« Value Judgments in the Science of Law », *in What is Justice ?*, Berkeley, University of California Press, 1957, p. 221) ou « on doit se conduire selon la signification subjective » de l'acte constitutionnel (*Théorie pure du droit*, précité, p. 53). Notons le retour final de Kelsen au volontarisme l'a amené à préférer des formules du type « sous la condition déterminée dans la constitution posée par le constituant X […] doit avoir lieu la sanction […] qui est déterminée par les normes posées par le constituant X » (*Théorie générale des normes, précité*, p. 349).

[5] Le concept d'obligation est implicitement présent dans les verbes « devoir » ou « obéir ». Le fait de concevoir une norme imaginaire selon laquelle « on doit obéir à la constitution » revient *a priori* à vouloir assurer le caractère obligatoire de la constitution. Cette tendance est parfois explicite chez Kelsen. Il affirme ainsi que la norme fondamentale permet d'interpréter le résultat des actes normatifs comme « des normes obligatoires » (*Théorie générale du droit et de l'État*, précité, p. 170).

[6] En ce sens, voir BULYGIN Eugenio, « Système juridique et ordre juridique », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 227 ; PFERSMANN Otto, « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution », *in* MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 34 ou TROPER Michel, « The Fact and the Law », *in* NERHOT Patrick (dir.), *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Dordrecht, Kluwer, 1990, p. 31. Notons toutefois que le professeur Troper reconnaît que la position de Kelsen est pour le moins ambiguë quant au rapport entre norme fondamentale et obligation absolue.

[7] TUSSEAU Guillaume, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, p. 72.

[8] Kelsen a explicitement reconnu la relativité de l'obligation juridique qui se rapporte nécessairement à un ordre normatif précis. Voir ainsi, « Value Judgments… », précité, p. 210 ou « Une théorie réaliste et la théorie pure du droit », *Annales de la Faculté de Strasbourg* n°4-2000, p. 19. Pour une interprétation de ce type de l'usage kelsénien du concept d'obligation, voir LENOBLE Jacques, « Réflexions épistémologiques sur les théories contemporaines de la validité des normes juridiques », *in* RIGAUX François, HAARSCHER Guy et VASSART Patrick (dir.) , *Droit et pouvoir*, précité, p. 356.

[9] Kelsen est d'ailleurs très proche d'une telle formulation quand il affirme que la norme fondamentale « qualifie tel ou tel fait de fait initial dans la création des normes juridiques » (*Théorie générale du droit et de l'État*, précité, p. 168).

compte de valeurs prédéterminées ne peut alors lui être reproché[1]. Pour d'autres, le terme « obligation » est à prendre dans un sens absolu car il n'a pas été choisi au hasard et correspond à une conception spécifique de la validité en dehors de laquelle la norme fondamentale serait inutile[2] puisque l'obligation d'obéir au droit qui s'ajoute à l'obligation juridique ne peut être qu'une obligation morale[3]. Cette idée paraît confirmée par Kelsen quand il soutient qu'un anarchiste qui ne considère pas le droit comme obligatoire ne présuppose pas la norme fondamentale[4]. Kelsen apparaît alors comme un jusnaturaliste formel[5], comme le montre le fait qu'il refuse l'existence de toute contradiction entre droit et morale[6]. La première école peut se prévaloir d'une cohérence avec la volonté de Kelsen de construire une science du droit positiviste mais l'on ne peut nier que l'introduction de la notion d'obligation sème le trouble quant à la dimension épistémologique de la théorie de la norme fondamentale. La meilleure solution consiste sans doute à admettre que l'obligation envisagée par Kelsen n'est pas une obligation morale, sans oublier qu'il partage la conception de l'existence idéale des normes qui caractérise les jusnaturalistes[7].

Même en abandonnant l'idée d'obligation, l'établissement de la formulation de la norme fondamentale reste compliqué. En effet, Kelsen la résume souvent à « il faut obéir à la

---

[1] Pour des critiques de cet ordre, voir RIALS Stéphane, « La puissance étatique et le droit dans l'ordre international », *APD* 1987, p. 194 ou BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, « Le pouvoir constituant du peuple, notion-limite du droit constitutionnel », *in Le droit, l'État et la constitution démocratique*, Paris, LGDJ, 2000, p. 207.

[2] En ce sens, voir AGOSTINI Christophe, « Le fondement du droit, c'est le droit », *in* KOUBI Geneviève et MULLER-QUOY Isabelle (dir.), *Les fondements du droit public*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 67.

[3] Cette idée a notamment été avancée par Ross (« La validité et le conflit entre le positivisme juridique et le droit naturel », *in Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, LGDJ, 2004 p. 155) et se retrouve sous différentes formes chez de nombreux auteurs. Voir ainsi, GUASTINI Riccardo, « Sur la validité de la constitution du point de vue du positivisme juridique », *in* TROPER Michel et JAUME Lucien (dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Paris, LGDJ, 1994, p. 225 ; HUGUES Graham, « Validity and the Basic Norm », *California Law Review* 1971, p. 705 ; AMSELEK Paul, « Kelsen et les contradictions du positivisme juridique », *APD* 1986, p. 277 ou GARZON VALDES Ernesto, « Two Models of Legal Validity : Hans Kelsen and Francisco Suarez », *in* PAULSON Stanley *et alii*, *op. cit.*, p. 270.

[4] « Value Judgments… », précité, p. 227 ou « Professor Stone and the Pure Theory of Law », *Stanford Law Review* 1965, p. 1146. L'idée selon laquelle la science du droit ne peut affirmer le caractère absolument obligatoire du droit et que c'est pour cette raison qu'elle ne présuppose pas la norme fondamentale mais se contente de préciser que si on la présuppose, la constitution est valide, va dans le même sens (« Science and Politics », *The American Political Science Review* 1951, p. 650).

[5] ROSS Alf, *On Law and Justice*, précité, p. 66.

[6] Pour un exemple, voir KELSEN Hans, « Justice et droit naturel », *in Le droit naturel*, Paris, PUF, 1959, p. 7. Kelsen considère l'idée selon laquelle une norme juridique valide violerait une norme morale comme une contradiction logique. Cela montre qu'il estime que l'obligation juridique et l'obligation absolue sont identiques (GUASTINI Riccardo, « Normativism or the Normative Theory of Legal Science : some Epistemological Problems », *in* PAULSON Stanley *et alii*, *op. cit.*, p. 327). Si l'obligation créée par la norme fondamentale était une obligation relative, il n'y aurait aucune raison de voir là une contradiction, même en acceptant l'application de la logique au droit.

[7] L'adhésion de Kelsen à une conception de la validité héritée du jusnaturalisme et son refus de considérer simplement la validité comme un fait social a été démontrée par le professeur Raz qui la relie de manière convaincante avec sa théorie selon laquelle il ne peut exister de conflit entre les normes (« Kelsen's Theory of the Basic Norm », *in The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 144 ou « Legal Validity », *ibid.*, p. 150). Cette idée peut être reformulée en tenant compte de l'ontologie spécifique de Kelsen : l'aspect idéal de la signification objective dans le cadre du dualisme ontologique empêche de rendre compte facilement de la relativité de la validité des normes car elles ne sont pas des faits sociaux mais des entités réelles dans un monde unique qui n'est pas le nôtre. C'est la tension entre son refus de baser le droit sur des valeurs morales et le mode d'existence des normes qu'il défend qui rend ambiguë sa conception de l'obligation.

constitution historiquement première effective »[1]. Cela implique que la dogmatique ne tient compte des actes constituants originaires que s'ils sont effectifs[2]. L'intérêt est évident car cela permet de lier la constitution aux deux conditions de la validité retenues par Kelsen : la validation par une norme supérieure et l'effectivité approximative[3]. Mieux, du point de vue épistémologique, ce choix évite de prétendre à la validité d'une constitution dépourvue d'effectivité, telle que la feuille de papier, pour garder un contact avec la pré-notion de droit[4]. Notons que ce raisonnement vaut aussi à propos de l'attachement de Kelsen à l'effectivité globale de l'ordre juridique : la norme fondamentale n'est présupposée qu'à propos de la norme la plus élevée d'un ordre juridique effectif[5]. En outre, l'effectivité est testée sans rompre en apparence avec le principe de Hume puisque sa présence est exigée par une norme[6]. Dans le cadre de l'opposition ontologique entre être et devoir-être, la norme fondamentale permet ainsi de passer d'une substance à l'autre, c'est-à-dire qu'un être (l'effectivité) est utilisé comme base de la dogmatique[7]. Il s'agit en quelques sortes de

---

[1] Voir par exemple, « Justice et droit naturel », précité, p. 67 ou *Théorie pure du droit*, précité, p 210. Il précise même que « la norme fondamentale est le fondement de toutes les constitutions efficaces » (« What is a Legal Act », *The American Journal of Jurisprudence* 1984, p. 202).

[2] Le principe d'effectivité joue un rôle fondamental dans la pensée de Kelsen, il est décrit comme « la norme fondamentale générale sur laquelle se base la pensée juridique pour considérer un ensemble de normes comme la constitution valide d'un État particulier » (« Value Judgments…, précité, p. 221). La théorie de la norme fondamentale est une application particulière de ce principe d'effectivité (« Why Should Law Be Obeyed ? », *in What is Justice ?*, précité, p. 262).

[3] La première est qualifiée de condition *per quam* et la seconde de condition *sine qua non* (voir par exemple, *Théorie générale du droit et de l'État*, précité, p. 173). La norme fondamentale joue le rôle de la norme de validation (condition *per quam*) pour la constitution sans pour autant négliger la condition *sine qua non* ajoutée par Kelsen qu'est l'effectivité.

[4] Kelsen justifie rarement sa référence à l'effectivité mais a tout de même eu l'occasion de préciser que sa présence dans la norme fondamentale « garantissait que la théorie du droit ne pouvait perdre de vue la connexion entre les normes juridiques et ce qu'on appelle la 'réalité sociale' » (« What is a Legal Act », précité, p. 212). La meilleure illustration de cette fonction est donnée par la théorie des révolutions de Kelsen : quand une constitution perd son efficacité suite à un renversement du pouvoir, la norme fondamentale permet de ne plus y voir une norme positive (*Théorie pure du droit*, précité, p. 200).

[5] En ce sens, voir par exemple KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, précité, p. 59 ou « On the Basis of Legal Validity », *The American Journal of Jurisprudence* 1981, p.189.

[6] Il est en effet très difficile de tenir compte de l'effectivité des normes tout en respectant le principe de Hume : estimer qu'une norme est invalidée par son ineffectivité revient à inférer un devoir-être d'un être. Le rôle donné par Kelsen à l'effectivité ne respecte pas les présupposés de la théorie pure du droit (en ce sens, voir PAULSON Stanley, « Hans Kelsen's Earliest Legal Theory : Critical Constructivism », *in* PAULSON Stanley *et alii*, *op. cit.*, p. 41). Kelsen semble parfois conscient du problème puisqu'il insiste sur la différence entre l'efficacité, qui est un fait, et la norme fondamentale, qui est une norme se rapportant à ce fait (« Justice et droit naturel », précité, p. 123). Cette dernière permet donc de tenir compte de l'efficacité sur la base d'une norme en respectant le principe de Hume (pour une analyse proche, voir VIALA Alexandre, « La dualité du Sein et du Sollen pour comprendre l'autorité de la chose interprétée », *RDP* 2001, p. 796).

[7] Les dualismes ontologiques de tous types se heurtent au problème épineux des relations entre les deux substances qui sont censées être totalement séparées. Celui de Kelsen ne fait pas exception (en ce sens, voir VAN HEIKEMA Hendrik, « The Development of Hans Kelsen's Concept of Legal Norm », *Rechstheorie* 1984, p. 171) car le droit s'enracine dans les faits sociaux. Il a donc tenté de résoudre ce problème. La présentation de la norme comme signification d'un acte de volonté vise déjà à permettre le passage de l'être (acte de volonté) au devoir-être (norme) à travers la relation indéterminée que constitue la signification. La norme fondamentale la complète en établissant un rapport entre un autre être caractéristique de la pratique juridique (l'effectivité) et l'existence des normes. Il est d'ailleurs intéressant de noter que Kelsen s'inspire du dualisme corps-esprit pour clarifier les relations entre validité et effectivité. D'après lui, l'opposition entre conditions *sine qua non* et *per quam* se retrouverait dans les relations entre les processus physiologiques du cerveau et les états mentaux (« Value Judgments… », précité, p. 215). Cet effet ontologique de la norme fondamentale est compatible avec la dimension épistémologique que lui confère Kelsen sur une base néo-kantienne : elle est l'outil nécessaire pour comprendre le droit et les faits comme deux mondes distincts. Sans elle, le rôle incontournable de l'effectivité force à réduire le droit aux faits. Notons que Kelsen a tardivement envisagé un troisième moyen de traduire les relations entre être et devoir être : le « substrat indifférent au mode » (*Théorie générale des normes*, précité, p. 74). Cette notion, qui est *a priori* avantageusement remplacée par des concepts issus de l'analyse du langage, ne nous concerne pas directement et ne sera donc pas exposée en détails.

transformer un élément non-normatif en solution normative. L'inclusion de l'effectivité dans la norme fondamentale n'est pas un détail mais au contraire un élément central pour maintenir un dualisme ontologique crédible entre être et devoir-être[1]. Elle démontre le véritable but de la norme fondamentale : maintenir la cohérence de la théorie pure du droit notamment sur son ontologie et sur la théorie de la validité par dérivation qui en découle[2]. Sans elle, les principes structurants de la théorie pure sont intenables[3].

Cependant, sa formulation est problématique pour l'identification constitutionnelle. Tout d'abord, l'effectivité est posée comme un impératif incontournable alors qu'il ne s'agit en aucun cas d'une nécessité logique[4]. Elle est d'ailleurs difficile à appliquer à la constitution car les organes d'application doivent se prononcer avant qu'elle n'ait été appliquée[5]. Ensuite et surtout, la norme fondamentale est coupée de la recherche de la catégorie dogmatique de constitution puisque sa validité est liée à son effectivité sans qu'aucun critère valable du point de vue interne ne soit recherché[6]. La régression vers l'infini est coupée mais uniquement au prix de l'abandon de la catégorie dogmatique de constitution dont la nécessité est pourtant démontrée par la pratique. La théorie de la norme fondamentale rappelle les théories construites quand la constitution est connue et qui visent à la justifier plutôt qu'à l'identifier[7]. Elle ne permet pas l'identification constitutionnelle, pourtant centrale pour nous. Cette carence est logique au regard de la prétention répétée selon laquelle la norme fondamentale est vide mais elle est gênante dans notre perspective. Elle est totalement incompatible avec la théorie de la double signification puisqu'elle empêche la norme fondamentale de fixer les

---

[1] La formulation de la norme fondamentale comme impliquant le caractère obligatoire de la constitution est parfaitement compatible avec cette idée : le caractère obligatoire est alors seulement le mode d'existence dans la sphère du devoir-être.

[2] Le professeur Amselek a pu remarquer à ce propos que « le souci véritable de Kelsen n'est pas rendre compte d'expériences juridiques positives, mais bien plutôt de chercher des solutions à deux problèmes métaphysiques qui le hantent », c'est-à-dire la séparation de l'être et du devoir-être et le caractère obligatoire du droit (« Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *in Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 991). Pour des analyses approchantes, voir COPPENS Philippe, « Introduction à l'article de H. Kelsen », *Droit et Société* n°22/1992 ou RAZ Joseph, « The Purity of the Pure Theory », *in* TUR Richard et TWINING Williams (dir.), *op. cit.*, p. 93.

[3] En effet, sans elle, la théorie de la validation par dérivation et le dualisme ontologique ne peuvent être utilisés puisque la dérivation est sans fin et sans aucun rapport avec le monde physique dans lequel se déroule pourtant la pratique juridique. Le choix d'un dualisme ontologique impose de trouver un élément liant les deux sphères.

[4] Elle s'oppose à la norme de validation qui est logiquement nécessaire au regard de l'impossibilité d'inférer un être d'un devoir-être ou, pour nous, de la nécessaire fixation des conditions de réussite de l'acte de langage constitutionnel.

[5] Il est certes possible de prétendre que ces organes se prononcent discrétionnairement mais cela revient à admettre qu'ils peuvent licitement qualifier la feuille de papier d'acte constitutionnel. Or, une vision de ce genre est incapable de rendre compte de la pré-notion de droit des acteurs (voir *supra*, p. 205) et n'est donc pas une base acceptable pour la dogmatique.

[6] Kelsen a précisé que chaque constitution avait sa propre norme fondamentale (*Théorie pure du droit*, précité, p. 201). Nous pouvons donc supposer qu'elle la désigne nommément mais cela ne change rien car l'exigence d'effectivité reste présente et est même inévitable pour que la norme fondamentale joue les fonctions que lui affecte la théorie pure. Il est donc impossible de la reformuler pour qu'elle établisse une série limitée de critères propres à chaque système juridique. Kelsen a tout de même parfois paru suivre cette voie, par exemple quand il estime que la norme fondamentale d'un système coutumier est le principe selon lequel « l'individu doit se conduire de la façon dont tous les autres membres du groupe ont accoutumé de se conduire » *(ibid.*, p. 197). Cette formulation nuit toutefois à la cohérence de sa théorie.

[7] La revendication de la qualité constitutionnelle pour la norme visée par la norme fondamentale n'est même pas clairement prévue par Kelsen au regard de la disjonction que nous avons pu établir entre revendication et signification subjective.

conditions de réussite d'un acte de langage. C'est une théorie *a posteriori*[1] visant au choix la construction d'une science du droit positiviste[2] ou l'établissement du caractère obligatoire du droit positif. La négligence de l'acte constitutionnel au profit de la norme favorise la dérive vers l'obligation et l'effectivité car elle permet d'oublier le rôle spécifique de la qualification dans l'existence des normes. Au final, la norme fondamentale suit la constitution et non l'inverse[3]. De ce fait, elle ne sert à rien pour éclairer l'adaptation de la constitution puisqu'elle n'intervient qu'une fois la question réglée sans dire comment la régler. Elle peut fournir une base fragile à une dogmatique désireuse d'éclairer l'existence des normes infra-constitutionnelles mais est structurellement insuffisante quand c'est la constitution elle-même qui est en jeu. Elle est même un obstacle pour penser la constitution et son adaptation car elle empêche de percevoir le rôle juridique et social de sa définition. Ses défauts ne prouvent pas toutefois que le statut donné par Kelsen à la norme fondamentale ne peut servir pour élucider celui de la règle constitutive de la constitution (2).

2. LE STATUT DE LA NORME FONDAMENTALE

Les ambiguïtés de la fonction et du contenu de la norme fondamentale rejaillissent sur le mode d'existence qui lui est attribué par la théorie pure[4]. Dans une première période, la norme fondamentale a été décrite comme une norme juridique[5], mais cette position était difficile à tenir car elle contredit la théorie de la validité de Kelsen et est pour le moins discutable pour une norme dont le contenu est défini par le théoricien. Dans une seconde période, elle a hérité

[1] Cette idée se rapproche de celle soutenue par le professeur Raz à propos de l'incapacité de la norme fondamentale à contribuer à l'identité du système juridique : les normes ne peuvent être reliées à un système juridique par la norme fondamentale puisque la logique est inverse et qu'il faut savoir quelles normes appartiennent au système pour présupposer à leur sujet une norme fondamentale unique (*The Concept of A Legal System*, 2e éd., Oxford, Clarendon, 1980, p. 102). Kelsen n'a jamais prétendu que la norme fondamentale permettait de savoir quelle était la constitution mais seulement qu'elle expliquait comment il était possible d'interpréter certains actes (prédéterminés) comme des normes juridiques.

[2] Ce caractère *a posteriori* n'est pas gênant pour les auteurs qui considèrent que la science du droit positiviste a pour fonction de reconstruire de manière abstraite un système juridique cohérent qui dupliquerait le système juridique donné considéré à un moment précis. Une telle science du droit ne tient pas compte directement du point de vue interne et se sert de la norme fondamentale pour conférer une validité aux normes effectives qui ont été préalablement identifiées du point de vue externe. Pour des exemples de cette lecture de Kelsen, voir GOLDING M.P., « Kelsen and the Concept of the Legal System », *ARSP* 1961, p. 359 ou COMMANDUCCI Paolo, « Taking Kelsen Seriously », *in* GARZÒN VALDES Ernesto, KRAWIETZ Werner, VON WRIGHT Georg Henrik et ZIMMERLING Ruth (dir.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, p. 174. Il ne nous appartient pas de nous prononcer sur l'intérêt de cette conception de la science du droit mais il est sûr qu'elle ne peut pas servir à connaître la catégorie dogmatique de constitution.

[3] Cette caractéristique est particulièrement visible dans la théorie des révolutions de Kelsen.

[4] Pour une position comparable sur la base d'une vision légèrement différente des fonctions de la norme fondamentale, voir DAHLMAN Christian, « The Trinity in Kelsen's Basic Norm Unravelled », *ARSP* 2004, p. 158.

[5] Si cette position a en principe été abandonnée par Kelsen, il n'hésite pourtant pas à affirmer à l'occasion que la norme fondamentale est valide (« Professor Stone… », précité, p. 1144) ou qu'elle fait partie de l'ordre juridique (« What is a Legal Act », précité, p. 202), ce qui suggère qu'elle est une norme juridique. Cette hésitation s'explique peut-être par l'ambiguïté jamais résolue entre le statut de norme juridique et celui de norme posée hérité du volontarisme ancien.

d'un statut plus ambigu en devenant une norme « supposée » ou « pensée »[1]. Cette idée a été précisée successivement de deux manières différentes. Dans un premier temps marqué par une inspiration néo-kantienne, la norme fondamentale est présentée comme la présupposition des théoriciens désireux de décrire le droit positif comme une réalité normative. Le théoricien doit décider de la présupposer s'il entend mener ce genre d'étude[2]. Le concept de présupposition a parfois été remplacé par celui de postulat[3] ou d'hypothèse[4]. Dans tous les cas, la vérité de l'énoncé selon lequel « on doit obéir à la constitution historiquement première effective » est supposée et ne dépend pas directement de sa correspondance avec un fait social quelconque. Cette position est parfaitement cohérente avec la lecture épistémologique de la fonction de la norme fondamentale mais l'on peut douter de la justification de la référence à l'effectivité dans ce cadre : elle n'est nullement nécessaire à l'existence même de la science du droit[5]. Certes, la norme fondamentale peut passer pour l'expression d'un choix arbitraire du dogmaticien sur l'ordre juridique qu'il entend décrire et la référence à l'effectivité devrait alors être comprise comme la décision de ne traiter que du droit effectif[6] mais il n'y a aucune raison de se concentrer alors sur l'effectivité de la constitution plutôt que sur celle du système juridique entier. Dans un second temps, la norme fondamentale a été traitée comme une fiction pour éviter le rapport avec la vérité que suggère le concept d'hypothèse[7]. Dans cette perspective inspirée de Vaihinger[8], la connaissance du droit reposerait sur une fiction dont la

---

[1] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, précité, p. 200 et 202. Kelsen a parfois précisé ce statut en estimant que la norme fondamentale était une « proposition normative (*Soll-Satz*), mais non une norme juridique (*Rechts-Norm*), ni une proposition juridique (*Rechts-Satz*) servant à décrire une norme juridique positive » (« Justice et droit naturel », précité, p. 122) ce qui n'est pas très utile puisque seul le statut de ce premier type d'énoncé reste assez mystérieux.

[2] En ce sens, voir *Théorie pure du droit*, précité, p. 203. Notons cependant que le rôle exact du théoricien n'est pas toujours clair car Kelsen a successivement affirmé qu'il ne présupposait pas la norme fondamentale mais précisait ce que serait le droit « si et seulement si la norme fondamentale est présupposée » (« What is a Legal Act », précité, p. 207), puis a réfuté explicitement cette position en insistant sur la différence entre le fait de poser et de supposer une norme (*op. cit.*, p. 205), avant de nier que la science du droit présuppose la norme fondamentale (« On the Pure Theory of Law », précité, p. 7).

[3] « Aperçu… », précité, p. 629 ou *Théorie générale du droit et de l'État*, précité, p. 167.

[4] « Théorie du droit international coutumier », précité, p. 65 ; « Science and Politics », précité, p. 650 ou *Théorie pure du droit*, précité, p. 17 et 53. Cette nature d'hypothèse a postérieurement été présentée comme une erreur de traduction (KELSEN Hans, « La Théorie pure du droit dans La pensée juridique. Remarques sur des objections soulevées à l'encontre de la Théorie pure », *in Controverses sur la Théorie pure du droit*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 170 et TROPER Michel, « Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen », précité, p. 128).

[5] Rien n'empêche d'envisager une science du droit qui porte sur des normes non-appliquées. Kelsen est sans doute conscient du problème puisqu'il défend le rapport entre l'effectivité et la norme fondamentale en affirmant qu'en pratique « on ne suppose pas de norme fondamentale » à défaut « d'une efficacité durable » de l'ordre normatif en cause (*Théorie pure du droit*, précité, p. 55). Cet argument semble toutefois insuffisant car un impératif épistémologique ne peut découler directement d'une pratique effective de la science du droit.

[6] En ce sens, voir TROPER Michel, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 2003, p. 51. Notons que le professeur Troper assimile définition stipulative du droit et contenu de la norme fondamentale en estimant qu'elle vise « un ordre de contrainte » efficace, ce qui ne correspond pas aux formulations généralement retenues par Kelsen.

[7] KELSEN Hans, *Théorie générale des normes*, précité, p. 344 ou « On the Pure Theory of Law », précité, p. 7.

[8] Cet auteur estime que les fictions forment la base de certaines connaissances. Il donne notamment l'exemple de l'*homo economicus* pour les économistes classiques (VAIHINGER Hans, *The Philosophy of As If*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1935, p. 20 et 109). La valeur d'une fiction tient à sa fertilité pratique (*ibid.*, p. 54) et elle a vocation à disparaître une fois qu'elle a remplie sa fonction (*ibid.*, p. 88). Les fictions s'opposent aux hypothèses car elles ne peuvent être vérifiées (*ibid.*, p. 98). Il est intéressant de noter que certains avaient fait le lien entre la norme fondamentale et la philosophie de Vaihinger bien avant Kelsen (voir MARTYNIAK Czeslaw, « Le problème de l'unité des fondements de la théorie du droit de

fausseté est assumée et qui est même auto-contradictoire[1]. La norme fondamentale est alors la fiction selon laquelle il existe un acte de volonté inexistant posant le caractère obligatoire de la constitution[2]. Elle est alors un faux acte de connaissance sur un faux acte de volonté ce qui laisse assez peu de place à la réalité et fait de ce virage un échec[3]. En tout cas, dans ses deux formes abouties, la norme fondamentale ne peut servir à l'identification de la constitution : elle n'est pas une norme juridique susceptible d'être reprise ou utilisée par les autorités d'application du droit mais plutôt une position arbitraire relevant de la théorie générale. Les jugements qui ont prétendu fonder la validité de constitutions originaires sur la théorie de la norme fondamentale reposent donc sur une méconnaissance de cette dernière[4].

En outre, les diverses positions adoptées par Kelsen sont critiquables. Même en admettant la dimension épistémologique de la norme fondamentale[5], le statut d'hypothèse ne peut être

---

Kelsen », *APD* 1937, p. 178). L'idée de fiction était d'ailleurs déjà proche quand Kelsen affirmait que la science du droit ne présupposait pas la norme fondamentale mais se contentait de dire que tel acte avait la signification objective de constitution « si la norme fondamentale est présupposée » (« What is a Legal Act », précité, p. 207).

[1] KELSEN Hans, *Théorie générale des normes*, précité, p. 344. La contradiction avec la réalité est évidente si l'on considère que la norme fondamentale n'existe pas et son caractère auto-contradictoire tiendrait au fait qu'elle représente l'habilitation d'une autorité suprême alors que cela suppose une autorité supérieure à cette autorité suprême dans le cadre volontariste adopté par Kelsen dans sa dernière période. Cet emprunt ne semble pas totalement conforme à la pensée de Vaihinger car celui-ci voit les fictions comme des étapes intermédiaires qui ont vocation à disparaître (*op. cit.*, p. 98), ce qui n'est pas le cas de la norme fondamentale, et estime que les fictions auto-contradictoires servent dans la pensée pratique et non dans la pensée scientifique (*op. cit.*, p. 43) puisqu'elles sont incapables de contribuer à la connaissance du monde. Pour une critique du caractère auto-contradictoire de la norme fondamentale, voir HACK Pierre, *La philosophie de Kelsen. Épistémologie de la Théorie pure du droit*, Genève, Helbing & Lichtenhan, 2003, p. 146

[2] KELSEN Hans, *Théorie générale des normes*, précité, p. 348. Cette référence à l'acte de volonté n'est pas très importante pour comprendre la norme fondamentale car elle découle tout simplement du retour plus marqué du volontarisme dans les derniers travaux de Kelsen (sur cette évolution, voir par exemple PFERSMANN Otto, « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », *Droits* n°28, p. 93). Notons que certains auteurs soutiennent que l'évolution de sa pensée est nettement plus marquée car il aurait adhéré à une nouvelle ontologie des normes proche de celle des réalistes (voir notamment BULYGIN Eugenio, « An Antinomy in Kelsen's Pure Theory », *in* PAULSON Stanley *et alii*, *op. cit.*, p. 302 et TROPER Michel, « Les théories volontaristes du droit : ontologie et théorie de la science du droit », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1986, p. 54). Cette idée ne fait pas l'unanimité (AMSELEK Paul, « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen », *in Études à la mémoire du Professeur Rieg*, Paris, Dalloz, 2000 p. 58) et nous la retiendrons pas ici. En effet, il est indéniable que l'ontologie de Kelsen est moins clairement dualiste dans la *Théorie générale des normes* que dans la *Théorie pure du droit*, comme le démontre notamment son rejet de la logique déontique. Il n'empêche qu'il continue de faire référence à des thèmes rattachés à son dualisme ontologique notamment l'idée selon laquelle la norme serait la signification d'un acte (voir *supra*, p. 122) ou à « l'existence idéelle » des normes (*Théorie générale des normes*, précité, p. 76). En outre, alors qu'il discute largement de la séparation entre être et devoir-être (*ibid.*, p. 71-113), il ne renie jamais explicitement son dualisme ontologique.

[3] Dans le même sens, voir AMSELEK Paul, « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, p. 128 ou PAULSON Stanley, « Hans Kelsen et les fictions juridiques », *Droits* n°21, p. 81. Cette nouvelle conception de la norme fondamentale tend à détruire la cohérence générale de la théorie pure et à montrer ses faiblesses sans fournir pour autant une base solide à la science du droit.

[4] Ce type de décisions a été adopté par des juges rhodésiens (Cour d'appel de Rhodésie, 29 janvier 1968, Madzimbamuto v. Lardner-Burke, *South African Law Reports* 1968, p. 315), ougandais (Haute cour d'Ouganda, 22 février 1967, Uganda v. Commissioner of Prisons, *Eastern Africa Law Reports* 1966, p. 535), pakistanais (Cour suprême du Pakistan, 27 octobre 1958, State v. Dosso, *All-Pakistan Legal Decisions* 1958, p. 540) et lesothans (Haute cour du Lesotho, 5 août 1988, Mokotso v. King Moshoeshoe II, *Law Reports of the Commonwealth - Constitutional and Administrative Law Reports* 1989, p. 127). Elles reposent sur une confusion grave quant au statut de la théorie de la norme fondamentale qui a souvent été dénoncée (BROOKFIELD F.M., « The Courts, Kelsen and the Rhodesian Revolution », *University of Toronto Law Journal* 1969, p. 342 ; HOPTON T.C., article précité, p. 83 et MAHMUD Tayyab, « Jurisprudence of Successful Treason », *Cornell International Law Journal* 1994, p. 110).

[5] Il est parfois reproché à la théorie de la norme fondamentale d'oublier que la science du droit n'est pas compétente pour poser des normes juridiques mais cette accusation ne vaut pas à l'encontre du statut de décision épistémologique que lui a conféré Kelsen dans la quasi-totalité de ses travaux.

retenu puisqu'il suggère la possibilité d'une vérification[1]. Celui de postulat fragilise la science du droit car il démontre une décision gratuite[2] alors que le choix d'une fiction fausse et auto-contradictoire implique que cette décision revient à considérer comme vrai quelque chose que l'on sait faux, ce qui est une attitude assez contestable : pourquoi postuler quelque chose que l'on sait ne pouvoir être vrai ?[3] L'usage même du terme « norme » est douteux pour un élément qui n'a rien d'une norme puisqu'il s'agit d'un énoncé de la science du droit[4]. Ces éléments confirment la distance qui sépare la norme fondamentale du problème de l'identification constitutionnelle : en tant que décision épistémologique elle n'a aucun effet sur le droit positif et la pratique juridique. Elle ne peut servir à conférer une signification sociale relevant de la première herméneutique qui soit utilisable par les acteurs. Notre recherche ne vise pas à proposer une théorie générale permettant une reconstruction abstraite et *a posteriori* de l'ensemble des rapports juridiques mais à expliquer un élément réellement utilisé par les acteurs pour constater l'existence sociale des normes constitutionnelles. Le caractère fictif de la norme fondamentale la coupe volontairement de la réalité du système juridique qu'elle doit permettre de représenter. Pourtant, la réponse à la question de l'identification constitutionnelle existe dans le système juridique. La norme fondamentale est censée interrompre une régression vers l'infini mais il est manifeste que la pratique juridique ne s'achève pas sur une régression vers l'infini. Les acteurs disposent donc d'une solution qu'il devrait être possible de connaître[5], ce qui fait douter de l'intérêt de l'ajout d'une décision épistémologique artificielle[6]. Le concept même d'épistémologie est ambigu car les juges ont eux aussi besoin de connaître le droit pour l'appliquer et ils ont donc besoin de la norme fondamentale si celle-ci est indispensable pour connaître le droit[7]. Dans un système dominé par une constitution, l'identification constitutionnelle se place à ce stade et la norme

---

[1] VIRALLY Michel, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. XV.

[2] « La norme fondamentale est valide parce sa validité est présupposée. Cela revient à affirmer qu'aucune raison ne peut être donnée pour la validité de la norme fondamentale. En conséquence, aucune raison n'est donnée pour la validité des normes dont la validité est supposée dériver de la norme fondamentale […] la conclusion évidente semble être qu'il faut se demander ce qui ne va pas dans le positivisme juridique » (OLIVECRONA Karl, *Law as Fact*, Londres, Stevens & Sons, 1971, p. 114).

[3] Ross a fort justement décrit cette position comme une « absurdité pragmatique » (*Directives and Norms*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1968, p. 31). La dangerosité de cette idée explique que la dernière version de la norme fondamentale a pu être comparée au concept de « volonté du souverain » dans ce que nous avons appelé le sophisme volontariste (PECZENIK Aleksander, « On the Nature and Function of the Grundnorm », *Rechtstheorie* 1979, p. 284).

[4] En ce sens, voir SCARPELLI Uberto, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, Paris, LGDJ, 1996, p. 49.

[5] Cette idée rejoint la théorie de la double signification : l'acte de langage constitutionnel est susceptible de réussir ou d'échouer mais sa réussite est conditionnée par des faits sociaux et non par une décision épistémologique. Surtout, il est clair que les acteurs sont capables de prendre connaissance de cette réussite sans se heurter à une régression vers l'infini.

[6] La validité de la constitution ne dépend pas de la norme fondamentale, ce qui fait d'elle « une super-structure métaphysique non-nécessaire » (OPALEK Kazimierz, « The Problem of the Validity of Law », *in Selected Papers in Legal Philosophy*, Dordrecht, Kluwer, 1999, p. 83).

[7] Il est à la rigueur possible d'éviter cette nécessité en se ralliant au réalisme intégral et en soutenant que le juge n'applique jamais une norme juridique préexistante. Cette option est toutefois rejetée par Kelsen (*Théorie pure du droit*, précité, p. 243). Il a même reconnu que le juge a besoin de disposer d'une théorie du droit (« Professor Stone… », précité, p. 1134).

fondamentale ne peut la remplacer puisqu'elle se place du point de vue externe[1] alors que l'identification relève du point de vue interne. Prétendre que la validité de la constitution dépend d'une décision épistémologique serait intenable sur le plan de la théorie générale mais aussi totalement irréaliste car il est clair que la constitution existe en tant que fait social indépendamment de l'état de la science du droit : la réalité institutionnelle n'est pas créée par la science du droit et la règle constitutive ne peut donc pas être une décision épistémologique. La théorie de la norme fondamentale laisse donc inexpliquée l'existence de la constitution[2] et même de l'ordre juridique entier, démontrant une carence de la théorie pure sur l'ontologie du droit[3]. L'existence sociale d'une solution mettant fin à la régression vers l'infini place la théorie de la norme fondamentale face à une alternative : soit elle se coupe de la pratique sociale, et il n'y aucune raison de la présupposer, soit elle reprend la pratique sociale, et il n'est pas nécessaire d'y voir un postulat car elle est un énoncé empirique. Elle n'est plus alors une proposition de droit et elle n'occupe plus une fonction limitée à l'épistémologie du droit[4].

Une telle interprétation ne rompt pas forcément avec les écrits de Kelsen car il a parfois soutenu que la norme fondamentale n'était pas présupposée par les théoriciens mais par les acteurs[5]. Il a également prétendu de manière obscure qu'elle était présupposée dans la « pensée juridique »[6]. D'ailleurs, Kelsen a même semblé défendre l'idée selon laquelle la

---

[1] La norme fondamentale repose sur un choix de l'observateur qui ne tient pas compte des représentations des acteurs : le fait que les acteurs considèrent tel acte comme une norme n'est pas un élément influant directement sur le contenu de la norme fondamentale. De même, l'effectivité est intégrée à cette norme comme un critère de validité du droit de manière générale et universelle sans tenir compte du statut institutionnel qui lui est éventuellement conféré dans un système juridique donné. Surtout, la norme fondamentale en tant que décision épistémologique n'est pas assumée par les acteurs et ne fait donc pas partie de leurs représentations. Nous refusons donc l'idée selon laquelle Kelsen s'exprimerait du point de vue interne exprimée dans LENOBLE Jacques et OST François, *Droit, mythe et raison*, Bruxelles, Pub. des Facultés universitaires Saint-Louis, 1980, p. 502. En fait, Kelsen ne différencie pas vraiment les points de vue interne et externe ce qui est la source de la plupart des limites de sa théorie dans la perspective de l'identification constitutionnelle.

[2] Elle laisse aussi inexpliquée la capacité à critiquer le juge qui aurait identifié la feuille de papier comme étant une norme constitutionnelle, ce qui démontre une insuffisance pour rendre compte de la pré-notion de droit.

[3] Si l'on s'en tient à la lecture épistémologique de la norme fondamentale, elle peut au mieux permettre de connaître le droit dans le cadre d'un dualisme ontologique (voir *supra*, p. 216) mais cela n'explique pas comment l'existence idéelle des normes, qui ne dépend manifestement pas des théoriciens, est possible en dehors des décisions de la science du droit. Cette tension entre le dualisme ontologique et le dualisme épistémologique de l'être et du devoir-être caractérise toute l'œuvre de Kelsen car il semble adhérer alternativement à l'un ou à l'autre. Certains auteurs ont même pu relever à juste titre que ses développements marquaient une dérive progressive : il part d'un dualisme méthodologique censé séparer les méthodes de la science du droit de celles de la sociologie et aboutit à un dualisme ontologique séparant deux sphères de réalité distinctes. Ce raisonnement est circulaire car il justifie l'objet par la méthode et la méthode par l'objet (AGOSTINI Christophe, « Pour une théorie réaliste de la validité », *in Mélanges Michel Troper*, précité, p. 5). Dans le même sens, voir ZERBY Lewis et BERGMANN Gustav, article précité, p. 114.

[4] Notons en outre que dans ce cas, il n'y a plus aucune raison d'intégrer l'effectivité dans la formulation de la norme fondamentale : l'intérêt épistémologique de ce choix n'a plus aucune pertinence puisque la norme fondamentale est une réalité sociale et non une décision épistémologique arbitraire.

[5] Voir ainsi, « What is a Legal Act », précité, p. 209 ou « Science and Politics », précité, p. 648. Ce type de références reste rare et s'accompagne du rejet de l'idée selon laquelle la science du droit présuppose la norme fondamentale. Il ne nous semble donc pas juste de dire que Kelsen estime que la norme fondamentale est présupposée à la fois par les acteurs et par les théoriciens. Pour un avis contraire, voir BINDREITER Uta, *op. cit.*, p. 41.

[6] Cette formule a été très souvent répétée par Kelsen (« Value Judgments… », précité, p. 224 ; *Théorie générale des normes*, précité, p. 343 ou *Théorie pure du droit*, précité, p. 31). Il a aussi fait référence à ce que « tous les juristes supposent » sans que l'on sache s'il parlait des dogmaticiens ou des acteurs (*Théorie générale du droit et de l'État*, précité, p. 170).

norme fondamentale ne permettrait pas seulement la connaissance mais bien l'existence même du droit[1]. Tous ces éléments suggèrent qu'il a envisagé que la norme fondamentale puisse être une réalité sociale indépendante de la science du droit. Il ne pouvait toutefois pas pousser la réflexion sur ce point en raison de son adhésion au dualisme ontologique de l'être et du devoir-être : l'idée qu'une norme puisse exister dans la pensée des acteurs est exclue car la psychologie des acteurs est un fait matériel coupé de la sphère du droit. L'hésitation de Kelsen sur le statut et la fonction de la norme fondamentale confirme son rôle dans le maintien de la cohérence de la théorie pure et de ses présupposés au détriment de la construction d'une science du droit positiviste. D'autres auteurs moins soucieux de cette cohérence ont pu en revanche décrire la norme fondamentale comme une coutume[2] ou au moins comme un élément pris en compte par les acteurs[3], sans pour autant proposer de construction complète susceptible de succéder à celle de Kelsen sur les fondements du droit et de la dogmatique[4]. Ainsi, ils ont généralement conservé la formulation de la norme fondamentale au lieu d'envisager l'existence de critères d'identification constitutionnelle au risque de prétendre de manière non-justifiée que la validité de la constitution dépend de son effectivité. Si l'existence sociale de la norme fondamentale est reconnue, la théorie de Kelsen s'effondre[5]. De ce fait, ni son statut ni son contenu ne peuvent servir directement d'inspiration pour clarifier le concept de règle constitutive.

B. Les autres solutions normatives

La théorie de la norme fondamentale de Kelsen est indéniablement la plus connue des théories des normes ultimes mais elle est concurrencée par des théories reposant sur l'introduction d'éléments moraux (1) ou la prise en compte de faits sociaux (2).

---

[1] Plus précisément, il a affirmé que l'existence d'un ordre coercitif efficace ne reposait pas sur une norme fondamentale alors que sa validité juridique, elle, en dépendait (« Professor Stone… », précité, p. 1146). Dans le même sens, voir « La Théorie pure du droit dans La pensée juridique… », précité, p. 167. Étant donné que la validité est considérée par Kelsen comme le mode d'existence des normes, cela revient à dire que l'existence, et non la connaissance, de la constitution dépend de la norme fondamentale. Cette particularité explique la distance entre Kelsen et les principes kantiens dont il entend s'inspirer (HAMMER Stefan, « An Neo Kantian Theory of Legal Knowledge in Kelsen's Pure Theory », *in* PAULSON Stanley *et alii*, *op. cit.*, p. 194). Évidemment, si l'on accepte cette lecture de la norme fondamentale, son caractère épistémologique s'effondre (en ce sens, voir AMSELEK Paul, « Le rôle de la volonté… », précité, p. 48) au risque d'un paradoxe : au regard du statut généralement assumé par Kelsen (décision d'un théoricien), la norme fondamentale ne peut être qu'épistémologique alors qu'au regard de son contenu elle ne peut être exclusivement épistémologique.

[2] OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Pub. des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 297 ou ROSS Alf, *Directives and Norms*, précité, p. 96.

[3] CAPITANT René, *L'impératif juridique*, Paris, Dalloz, 1928, p. 46 ou HUGUES Graham, article précité, p. 701.

[4] Faire de la norme fondamentale une réalité sociale impose notamment d'abandonner la « *normativity thesis* » qui caractérise la théorie pure du droit au profit de la « *facticity thesis* » (PAULSON Stanley, « On Transcendental Arguments, their Recasting in Terms of Belief, and Ensuring Transformation of Kelsen's Pure Theory of Law », *Notre Dame Law Review* 2000, p. 1794), autrement dit de changer d'ontologie juridique. Il n'est donc pas satisfaisant de changer le statut de la norme fondamentale sans proposer de reconstruction générale de théorie générale du droit.

[5] Il peut toutefois subsister l'idée selon laquelle la science du droit repose sur un choix arbitraire concernant l'ordre juridique à décrire mais ce choix n'a rien d'une norme et n'a pas d'implication sur la validité de la constitution.

1. L'INTRODUCTION D'ELEMENTS MORAUX

L'une des spécificités que la théorie de la norme fondamentale a toujours conservées au fur et à mesure de ses évolutions est le rejet de tout critère substantiel. Certains théoriciens confrontés au problème des bases de la dogmatique et de l'existence de la constitution ont choisi une voie opposée en cherchant une solution dans l'introduction d'éléments moraux[1]. Il est impossible d'évoquer les débats contemporains sur la constitution sans faire référence aux travaux du professeur Dworkin. Ils entrent difficilement dans les catégories que nous utilisons pour classer les propositions sur l'identification constitutionnelle car la science du droit et la pratique juridique n'y sont pas séparées. Nous estimons toutefois qu'ils proposent un changement de théorie générale puisqu'ils dessinent une étude du droit fondée sur des bases nouvelles. Ils présentent le droit comme un phénomène interprétatif et argumentatif[2], laissant une grande place aux principes[3]. La dogmatique ne se différencie pas de l'activité des juges et vise à présenter le droit sous son meilleur jour[4]. Au niveau constitutionnel, la motivation des décisions passe par la construction de théories constitutionnelles visant à rendre compte de l'ensemble des droits subjectifs individuels, considérés comme des droits moraux contre l'État, et de l'ensemble des précédents comme un tout cohérent par rapport à une certaine conception de la justice[5]. Le droit est compris à travers le prisme d'un juge herculéen capable de justifier moralement chaque décision[6]. Indépendamment de la valeur de ces théories à propos de la détermination de la signification langagière (S1) de la constitution, leur contribution à la fixation de la nature juridique (S2) des actes constitutionnels n'est pas claire. Le professeur Dworkin oppose trois stades dans la construction des solutions juridiques : la pré-interprétation, l'interprétation et la post-interprétation[7]. Au stade pré-interprétatif, le droit est un ensemble d'énoncés dont les énoncés constitutionnels font clairement partie sans qu'il explique sur quoi se base leur identification[8]. Pour autant, il semble nier toute place aux tests

---

[1] Précisons que nous n'exposerons qu'une petite partie de la doctrine des auteurs en cause car nous nous concentrerons sur les éléments tenant à l'existence et à l'identification de la constitution qui est un élément périphérique de ce genre de théories qui se concentrent avant tout sur l'interprétation et les justifications détachées des textes.

[2] *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994, p. 15 ou « La théorie du droit comme interprétation », *Droit et Société* n°1/1985.

[3] *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995, p. 79 et 106.

[4] *L'empire du droit*, précité, p. 132 et 248.

[5] *Prendre les droits au sérieux*, précité, p. 185 et 196 ou *L'empire du droit*, précité, p. 247. Le juge devra se comporter comme participant à l'écriture d'un « roman à la chaîne » (*ibid.*, p. 253).

[6] *Ibid.*, précité, p. 195 et 263.

[7] *Ibid.*, p. 72. Le stade interprétatif vise à justifier l'ensemble des éléments identifiés au stade pré-interprétatif alors que le stade post-interprétatif vise à adapter l'idée générale ainsi dégagée aux véritables exigences de la pratique.

[8] Il admet que des règles constitutives définissent les actes législatifs (*Prendre les droits au sérieux*, précité, p. 178) mais prétend tout de même que le juge ne peut s'en contenter et doit justifier moralement leur caractère obligatoire (*ibid.*, p. 113 et 184 ou *L'empire du droit*, précité, p. 112) sans pouvoir les priver entièrement de leur autorité (*Prendre les droits au sérieux*, précité, p. 202). Cette vision semble bien peu réaliste en droit français et n'a de toute façon pas vocation à nous retenir car le

de pedigree hérités d'une vision sémantique du droit inacceptable[1]. Son attaque contre la vision sémantique du droit est sans doute exagérée car son argument majeur, selon lequel une vision qui définit les normes juridiques par référence à des critères préexistants ne permet pas d'expliquer que l'on puisse débattre sur l'identité des normes juridiques, est peu convaincant[2]. Surtout, il ne propose pas d'alternative crédible car, même en concevant le droit comme une pratique interprétative visant l'intégrité, il n'a jamais nié que le texte de 1787 est la Constitution des États-Unis[3]. En outre, la confusion systématique qu'il opère entre science du droit et droit ne peut être acceptée dans une perspective positiviste[4] et le schéma qu'il développe paraît presque impossible à transposer dans le cadre français où les juges ne

---

temps de l'identification est ici bien distingué de celui de la justification morale. Les raisons qui nous ont poussé à rejeter la recherche sur le fondement de la constitution (voir *supra*, p. 108) peuvent donc s'appliquer ici.

[1] Le système juridique ne reposerait en aucun cas sur des conventions (*L'empire du droit*, précité, p. 154).

[2] Cet argument mérite quelques précisions puisque la vision du droit adoptée est sans aucun doute concernée par cette critique. L'idée est assez simple : si le désaccord sur ce qui est une loi est un désaccord sur les critères définissant ce terme alors deux personnes qui sont d'avis contraire ne peuvent débattre puisqu'elles emploient le terme « loi » dans deux sens distincts et qu'aucun désaccord empirique ne les oppose. Prétendre qu'il s'agit d'une question de définition alors que la doctrine et les juges en débattent revient à les prendre pour des menteurs ou des simples d'esprits (*L'empire du droit*, précité, p. 44). Il faudrait alors développer une autre vision du droit et des désaccords sur le droit. Cette argumentation néglige la structure des catégories dogmatiques qui relie des critères à un régime juridique en passant par une nature juridique. Cela a un sens, pour les acteurs, de débattre pour savoir si X est une loi (ou une constitution), même quand l'on est en désaccord sur les critères car le désaccord porte en réalité sur la question de savoir si X doit se voir appliquer le régime juridique de loi (ou de constitution). L'utilisation du langage comme révélateur n'est pas alors gênante car elle permet de rendre compte des débats sur les sources du droit qui sont des débats sur le régime juridique et seulement indirectement sur la nature juridique. Les désaccords doctrinaux sont encore plus faciles à expliquer puisque qu'ils portent sur un problème empirique : le sens des termes dans le discours du droit. Les juges eux-mêmes peuvent avoir ce genre de débats s'ils s'opposent quant à l'interprétation d'actes censés avoir un sens prédéterminé. Pour d'autres critiques sur cet argument, voir RAZ Joseph, « Two Views of the Nature of the Theory of Law », *in* COLEMAN Jules (dir.), *Hart's Postscript*, Oxford, OUP, 2001, p. 14-27.

[3] *L'empire du droit*, précité, p. 103. Il a même reconnu que tous les juges « s'accordent sur le genre de mots qui forment la Constitution en tant que texte de pré-interprétation » (*ibid.*, précité, p. 390) tout en affirmant que la théorie générale du droit devait préciser à quelles conditions « les principes les plus fondamentaux de la constitution » peuvent « être considérés comme faisant eux-mêmes partie intégrante du droit » (*Prendre les droits au sérieux*, précité, p. 40). En réalité, la faiblesse du rejet du test de pedigree apparaît à ce stade. Le juge qui appliquerait les Articles de la Confédération en lieu et place de la Constitution de 1787 est tout simplement « fou » et personne ne peut sérieusement négliger cette convention spécifique (GREENAWALT Kent, « The Rule of Recognition and the Constitution », *Michigan Law Review* 1987, p. 629). De ce fait, le professeur Dworkin est parfois présenté comme adhérant à une forme de « positivisme sur les sources » consistant à admettre qu'il existe des critères conventionnels minimums donnant une relevance à certains éléments dans le raisonnement juridique, même s'il n'exprime jamais clairement sa position quant aux bases du stade pré-interprétatif (PRIEL Danny, « Were the Legal Realists Legal Positivists ? », *Law and Philosophy* 2008, p. 343)

[4] Cette confusion empêche d'évaluer correctement ses théories car il est impossible de savoir si elles sont prescriptives ou descriptives. Pour des critiques à ce sujet, voir GAVINSON Ruth, « Comments », *in* GAVINSON Ruth (dir.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon, 1987, p. 26 ; BULYGIN Eugenio, « Norms, Normative Propositions and Legal Statements », *in* FLOISTAD Guttorm (dir.), *Contemporary Philosophy. A New Survey*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1982, vol. 3, p. 148 ou TAMANAHA Brian, « A Socio-legal Methodology for the Internal/External Distinction : Jurisprudential Implications », *Fordham Law Review*, 2006, p. 1269. Le professeur Dworkin repousse plus qu'il ne résout l'interrogation sur les fondements de sa théorie (voir *L'empire du droit*, précité, p. 96). Le mélange qu'il opère entre pratique et étude du droit s'explique sans doute par son rejet de l'autonomie de la théorie générale du droit fondé sur le développement de son argument du tribunal archimédien, élaboré à l'origine dans une perspective éthique. D'après lui il ne serait pas possible de bâtir une réflexion autonome sur les bases de la dogmatique qui ne repose pas sur des arguments juridiques car toute réflexion sur ce qui caractérise le droit se confond avec un débat interne au système juridique sur les sources qui peuvent être invoquées (« Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy », *OJLS* 2004, p. 4). Sans entrer dans une critique complète de ce raisonnement, il paraît possible de soutenir qu'il existe une différence entre le débat sur comment les juges doivent décider, auquel le professeur Dworkin entend participer, et le débat sur comment nous pouvons savoir comment le droit prévoit qu'ils décident, dans lequel se place notre étude. Le professeur Dworkin est d'ailleurs conduit à justifier sa position dans ce second débat en appuyant sa conception du droit sur l'association de la présentation du droit comme un concept politique et d'une approche essentialiste de ce type de concepts (*ibid.*, p. 19 et 24). Sa théorie peut donc être décrite comme une « théorie de la décision » (RAZ Joseph, article précité, p. 37).

pratiquent pas de raisonnement systématique empruntant à la théorie politique ou à la morale[1]. Dans tous les cas, il ne laisse qu'une place limitée aux questions constitutionnelles et néglige totalement l'identification au profit de la seule interprétation[2].

L'intégration de la morale au droit peut aussi passer clairement par des normes ultimes comme l'illustrent deux théories scandinaves. La première est proposée par le professeur Peczenik. Pour cet auteur, le droit moderne se caractérise par sa cohérence et sa légitimité car il repose à la fois sur la sécurité juridique et la moralité[3]. Le raisonnement juridique est orienté vers la justification plutôt que vers la vérité[4]. Mieux, la réflexion sur la validité porte en réalité sur l'existence d'obligations absolues ce qui exclut toute réduction de la norme fondamentale à une norme sociale[5] et impose de lier la validité de la constitution à la cohérence du système juridique[6]. Le constat selon lequel des actes ont été édictés par des autorités habilitées est une raison d'agir *prima facie* qui doit être mise en balance avec d'autres éléments[7]. Le passage entre les éléments de faits qui manifestent l'existence de la constitution et son caractère obligatoire (validité) n'est possible qu'au prix d'un « saut » non-déductif entre être et devoir-être. Le droit repose donc sur une série de conditions[8] dont la réunion permet le saut menant à la validité de la constitution[9]. La norme fondamentale est en réalité un outil argumentatif qui permet ce saut en reliant ces conditions au caractère obligatoire de la constitution[10]. Elle bénéficie d'une nouvelle formulation et d'un nouveau statut car elle s'inscrit dans le paradigme qui guide la pratique des acteurs[11]. Une théorie assez

---

[1] Les théories du professeur Dworkin sont parfois présentées comme propres à la culture juridique américaine (*Une question de principe*, Paris, PUF, 1996, p. 40 ou *L'empire du droit*, précité, p. 116 et 411). Ce point est toutefois dur à comprendre car la confusion entre droit et science du droit les prive de toutes conditions de vérité et ne permet pas d'évaluer leur décalage avec la pratique judiciaire française. Leur dimension culturelle fait d'ailleurs l'objet de discussions poussées (pour des détails, voir DICKSON Julie, « Methodology in Jurisprudence : a Critical Survey », *Legal Theory* 2004, p. 119) car elle a été exploitée par Hart pour défendre la compatibilité de ses théories avec celles de Dworkin (« Postscript », *in Le concept de droit*, 2e éd., Bruxelles, Pub. des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 285).

[2] Voir ainsi, *Une question de principe*, précité, p. 42 ou *L'empire du droit*, précité, p. 387-434.

[3] « Two Sides of the Grundnorm », *Schriftenreihe des Hans Kelsen Instituts* n°7, p. 60 ; « Unity of the Legal System », *in* KRAWIETZ Werner, MACCORMICK Neil et VON WRIGHT Georg Henrik (dir.), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems. Festschrift for Robert S. Summers*, Berlin, Duncler & Humblot, 1994, p. 80 et *On Law and Reason*, Dordrecht, Kluwer, 1989, p. 33.

[4] *Ibid.*, p. 46.

[5] *Ibid.*, p. 216 et 242 ou « On the Nature and Function of the Grundnorm », *Rechtstheorie* 1979, p. 283.

[6] *On Law and Reason*, précité, p. 228.

[7] *Ibid.*, p. 240.

[8] Quelques conditions sont citées dans une liste non exhaustive : efficacité, couverture de tous les aspects de la société, revendication d'un statut normatif suprême, monopole de la force, interprétation comme norme juridique par les acteurs, hiérarchie dynamique des normes, institutionnalisation ou absence d'injustice grave (« Two Sides… », précité, p. 60).

[9] « On the Nature… », précité, p. 295 ou *On Law and Reason*, précité, p. 295.

[10] « On the Nature… », précité, p. 289. La norme fondamentale prendrait la forme suivante : « si un certain nombre de faits sociaux (F1-Fn) existent, et que certaines exigences normatives ou évaluatives (W) sont remplies, la Constitution doit être observée du point de vue juridique » (« Two Sides… », précité, p. 59 ou *On Law and Reason*, précité, p. 297). Notons que le professeur Peczenik a aussi affirmé que chaque système juridique avait sa propre norme fondamentale qui désignait sa constitution (« Unity of the Legal System », précité, p. 73), ce qui supposerait une formulation et une théorie différentes.

[11] *On Law and Reason*, précité, p. 297. Le professeur Peczenik évoque aussi son appartenance à la pratique argumentative des acteurs (« Unity of the Legal System », précité, p. 73) ou à leur idéologie (« Two Sides… », précité, p. 62). Pour être précis, il distingue la norme fondamentale comme présupposition et comme justification. La première repose sur la seconde

proche est proposée par le professeur Aarnio. Pour lui, la justification d'une décision juridique tient à son acceptabilité rationnelle dans une perspective inspirée d'Habermas[1]. Nous retrouvons ici l'importance de l'argumentation sous une nouvelle forme empruntant à Habermas mais aussi à Wittgenstein et à Kuhn. Le droit est présenté comme une forme de vie spécifique, une pratique sociale qui ne peut être comprise qu'à travers un référentiel commun partagé par les acteurs et décrit comme une matrice[2], c'est-à-dire l'ensemble des présupposés partagés par les acteurs sur le sens et les principes régissant la pratique sociale qu'ils ont en commun[3]. L'idée de présupposé permettant un discours rappelle évidemment la norme fondamentale de Kelsen, même s'il s'agit de présupposés réels des acteurs repris par la dogmatique et non de choix arbitraires. La matrice joue un rôle comparable à celui affecté aux normes ultimes car elle comprend une liste des sources du droit[4]. Malgré ces ajouts intéressants, l'originalité de la théorie d'Aarnio est limitée pour ce qui nous concerne car il se réfère en dernière analyse aux développements de Peczenik sur la norme fondamentale pour établir la validité de la constitution[5].

Ces théories scandinaves sont *a priori* plus pertinentes pour nous que celle du professeur Dworkin. Cependant, elles se concentrent sur la recherche du caractère obligatoire de la constitution[6], qui ne nous intéresse pas. De ce fait, elles ont tendance à négliger l'identification de la constitution. Ainsi, le saut envisagé par Peczenik vise plus à légitimer une constitution déjà connue qu'à identifier une constitution inconnue[7]. L'introduction des concepts de paradigme et de matrice incarne en revanche une proposition originale et intéressante pour le statut de la règle constitutive. Pour autant, l'orientation post-positiviste de ces théories tranche avec nos présupposés positivistes. La distinction entre la science du droit et la pratique juridique implique pour nous que la matrice de cette dernière est un fait social à

---

qui est la seule à pouvoir expliquer le caractère obligatoire du droit (*ibid.*, p. 61). Cette dualité permet de faire le lien entre les fonctions épistémologique et ontologique de la norme fondamentale qui nuisait à la cohérence de la théorie de Kelsen.

[1] AARNIO Aulis, *Le rationnel comme raisonnable*, Paris, LGDJ, 1992, p. 29.

[2] *Ibid.*, p. 21.

[3] Pour des détails sur cette notion voir KUHN Thomas, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972, p. 215-218 et *infra*, p. 549.

[4] Elle comprend en effet notamment une « liste des sources du droit » (AARNIO Aulis, *op. cit.*, p. 24).

[5] *Ibid.*, p. 47.

[6] En ce sens, voir PFERSMANN Otto, « Pour une typologie modale des classes de validité normative », *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen* n°27, p. 105. Aarnio affirme ainsi clairement que le recours à la théorie de la norme fondamentale de Peczenik n'est pas nécessaire pour garantir la validité interne de la constitution mais qu'elle est indispensable pour assurer la validité systémique externe, autrement dit son caractère obligatoire (*op. cit.*, p. 46).

[7] Dans la série de critères qu'il cite, il est manifeste que plusieurs supposent que les acteurs ont déjà identifié la norme constitutionnelle. Il n'est pas totalement impossible d'envisager que l'identification de la constitution puisse tout de même passer par certains de ses critères mais ce souci est secondaire pour lui : s'il distingue les fonctions d'identification et de justification de la norme fondamentale (« On the Nature… », précité, p. 285), son intérêt se porte sur la question de la justification en raison de sa conception absolue de l'obligation juridique (*ibid.*, p. 291). En outre, en décrivant l'identification comme devant répondre à la question « quel système normatif pourrait être identifié comme juridique » (*ibid.*, p. 285), il semble s'orienter vers une version théorique-externe de l'identification plutôt que vers la perspective interne qui est la nôtre.

part entière qui peut être décrit par des énoncés réfutables. L'assimilation des matrices de l'étude et de la pratique juridique[1] ne peut donc nous convenir. Le respect du point de vue interne implique que l'on tienne compte de la matrice des acteurs sans oublier pour autant que le droit et la science du droit sont deux pratiques sociales distinctes qui reposent sur des matrices différentes[2]. Considérer la matrice de la pratique du droit comme un fait social a des conséquences sur le mode d'existence et de connaissance de la règle constitutive que les théories post-positivistes ne rendent pas de manière satisfaisante. Cela conduit notamment à rejeter l'importance accordée *a priori* à la moralité et l'acceptabilité promue par les professeurs Aarnio et Peczenik car les acteurs du droit français paraissent se contenter de régularité formelle[3]. De même, le rôle accordé à la sécurité juridique ou à la cohérence est largement contestable. Ces théories proposent donc des éléments intéressants mais leur rejet du positivisme empêche de les considérer comme une solution satisfaisante pour identifier la constitution. La norme ultime est une réalité sociale qui doit être considérée comme telle (2).

2. LA NORME ULTIME COMME REALITE SOCIALE : LA REGLE DE RECONNAISSANCE DE HART

La dernière solution normative à évoquer est la théorie de la règle de reconnaissance de Hart. Pour bien la comprendre, il est utile de la replacer dans son contexte. Hart entend construire une sociologie descriptive plutôt qu'une épistémologie du droit[4] : il veut expliquer

[1] AARNIO Aulis, *op. cit.*, p. 20. Celle-ci s'explique par une assimilation des pratiques de la dogmatique et des juges En ce sens, voir PECZENIK Aleksander, « Legal Data. An Essay About the Ontology of Law », *in* PECZENIK Aleksander, LINDAHL Lars et VAN ROERMUND Bert (dir.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, D. Reidel, 1983, p. 94.

[2] Il est indéniable que la dogmatique est pratiquée par des acteurs et des moyens distincts de ceux de l'application du droit. Surtout, dans un cadre positiviste, elle vise un but différent (la description du droit) et est donc dotée de ses propres standards d'excellence (sur ce dernier point, voir TAMANAHA Brian, article précité, p. 1268). Cette orientation vers la vérité, imposée par l'impératif positiviste de description, implique de disposer de présupposés que n'ont pas les juges et qui ne leur serviraient d'ailleurs à rien (théorie de la vérité-correspondance, ontologie explicite…). La volonté de respecter la pré-notion de droit partagée par les acteurs oblige à tenir compte de la matrice de la pratique juridique mais cela ne veut pas dire que les matrices de la pratique juridique et de la dogmatique peuvent être assimilées. La seconde dépend la première mais ne se confond pas avec elle.

[3] Nous ne nous prononçons pas à ce stade de manière définitive sur ce point mais il nous semble que les théories scandinaves accordent un poids spécifique à la moralité sans se baser sur des énoncés dotés de conditions de réfutation claires. Rien n'empêche un système juridique d'inclure des critères de moralité dans l'identification de la constitution mais il convient de préciser comment il est possible de connaître de manière réfutable ces critères et non de les établir. La distance avec la vision défendue par Aarnio n'est pas forcément très grande puisqu'il semble reconnaître que les sources du droit varient selon les cultures et que certains systèmes juridiques ont « une liste restreinte des sources du droit » qui marque leurs « tendances légalistes » (*op. cit.*, p. 23). Il ne paraît donc pas impossible d'envisager qu'en droit français l'acceptabilité d'une solution n'ait rien à voir avec une validité axiologique appréciée selon des critères moraux. Toutefois, cette hypothèse ne paraît pas vraiment accréditée par la tendance de l'auteur à introduire une dimension morale dans les raisonnements tenus à travers l'adoption d'un « point de vue normatif » sur l'acceptabilité rationnelle des normes (*ibid.*, p. 70) sans se référer clairement à l'intégration de tels impératifs par les acteurs du droit. Il estime en effet que la dogmatique doit déterminer « quelles règles sont rationnelles et raisonnables dans la société lorsqu'elles sont acceptées comme des normes juridiques valides » (*ibid.*, p. 134) et ne laisse finalement qu'une place limitée aux sources du droit dans la justification (*ibid.*, p. 235 et 276). Dans tous les cas, la conception de la validité de la constitution empruntée à Peczenik se réfère à la validité systématique externe et non interne de la constitution ce qui relativise le rôle d'une éventuelle conception formaliste des sources du droit. Aucune vision alternative de l'identification constitutionnelle n'est proposée par Aarnio car il se contente de se baser sur « l'idéologie juridique dominante dans les pays nordiques » (*ibid.*, p. 29 et 110).

[4] HART H.L.A., *Le concept de droit*, Bruxelles, Pub. des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 10.

l'existence du droit et non les bases de sa connaissance scientifique. Il tente de bâtir une conception non-volontariste du droit en s'opposant à la figure dominante de la théorie du droit anglaise : John Austin[1]. Il insiste sur la nécessité de se baser sur le point de vue interne pour comprendre les faits sociaux : les règles ont une face externe (la régularité de comportement qu'elles causent) mais aussi une face interne (le modèle de direction permettant une attitude critique vis-à-vis des comportements qui dévient de la règle)[2]. Le système juridique se caractérise par la combinaison de règles primaires, qui prescrivent un comportement sous peine de sanction, et de règles secondaires, qui portent sur les règles juridiques[3]. Hart distingue trois types de règles secondaires : les règles de changement, qui prévoient les conditions de révision des normes existantes, les règles de décision, qui prévoient les modalités d'application desdites normes, et les règles de reconnaissance, qui permettent l'identification des normes appartenant à un système juridique donné. La règle de reconnaissance de la règle la plus élevée d'un système juridique présente des caractéristiques rappelant la norme fondamentale de Kelsen puisqu'elle valide la constitution[4] et brise la régression vers l'infini à laquelle mène l'étude normative du droit[5]. Pourtant, son contenu et son statut sont largement différents. En effet, Hart ne lui donne pas de formulation générale spécifique et ne prétend pas à une relation systématique avec l'effectivité. L'exemple qu'il utilise le plus souvent se rapproche même d'une catégorie dogmatique normative : la règle de reconnaissance anglaise prévoirait ainsi que les normes adoptées par la Reine dans son Parlement sont des lois[6]. La règle de reconnaissance se présente donc comme une série de critères de validité[7] et est bien une norme, même si elle n'est pas valide elle-même[8]. Sa fonction pour le système juridique est comparable à celle des axiomes dans un système géométrique[9] car elle ne prévoit pas d'obligations[10]. Sa portée est discutée : pour certains elle

---

[1] *Ibid.*, p. 41 et s.
[2] *Ibid.*, p. 83 et 115.
[3] *Ibid.*, p. 120. Si la mise en valeur de la différence entre règles primaires et secondaires est l'une des plus importantes contributions de Hart à la théorie du droit, il semble utiliser plusieurs définitions distinctes des règles secondaires qui ne sont pas toujours concordantes (règles conférant des pouvoirs, règle concernant les actes ou règles sur les règles primaires). En ce sens, voir ATIENZA Manuel et RUIZ MANERO Juan, *A Theory of Legal Sentences*, Dordrecht, Kluwer, 1998, p. 45 ou MACCORMICK Neil, *H.L.A. Hart*, Londres, Edward Arnold, 1981, p. 102.
[4] Hart s'intéresse avant tout au cas anglais et prend donc l'exemple des lois du Parlement anglais mais sa démarche est transposable aux constitutions dans les systèmes continentaux, qu'il évoque d'ailleurs explicitement (*op. cit.*, p. 140).
[5] *Ibid.*, p. 134. La parenté entre les deux théories au regard de la régression vers l'infini sur laquelle débouche l'étude normative du droit est souvent relevée. Voir par exemple, LAGERSPETZ Eerik, *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*, Dordrecht, Kluwer, 1995, p. 157.
[6] HART H.L.A., *op. cit.*, p. 139.
[7] *Ibid.*, p. 133. Pour une analyse comparable, voir BAYLES Michael, *Hart's Legal Philosophy. An Examination*, Dordrecht, Kluwer, 1992, p. 66 ; ATIENZA Manuel et RUIZ MANERO Juan, *op. cit.*, p. 182 ou RAZ Joseph, « The Identity of Legal Systems », *in The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 91.
[8] HART H.L.A., *op. cit.*, p. 137.
[9] BAYLES Michael, *op. cit.*, p. 65.
[10] Ce point est toutefois assez débattu car certains auteurs estiment au contraire que la règle de reconnaissance impose des obligations. Voir ainsi, ATIENZA Manuel et RUIZ MANERO Juan, *op. cit.*, p. 154 ; RAZ Joseph, article précité, p. 93 ou

concerne les seuls actes originaires quand elle s'étend pour d'autres à l'ensemble des actes normatifs[1]. Dans tous les cas, son statut est radicalement différent de celui de la norme fondamentale. Elle n'est pas un postulat épistémologique mais une réalité sociale car elle n'est pas formulée par la science du droit mais incarnée par la pratique des acteurs et s'adresse donc à tous[2]. Hart critique vigoureusement Kelsen car il ne voit pas l'intérêt de présupposer ce qui existe effectivement dans la pratique sociale[3]. Ce schéma général semble très intéressant pour l'identification constitutionnelle puisqu'il débouche sur l'existence de normes permettant cette opération à travers une série de critères prédéterminés qui existent dans le système juridique et non dans la science du droit[4]. Il est donc tout à fait possible d'envisager que la règle de reconnaissance définisse la constitution.

Cependant, des incertitudes demeurent quant à la teneur exacte de la règle de reconnaissance. Elle est décrite par Hart comme la conduite habituelle des juges concernant l'application et surtout la sélection des normes juridiques[5]. La valorisation du point de vue interne est sans doute le plus grand apport de Hart à la construction d'une dogmatique positiviste, mais il est en partie négligé à propos de la règle de reconnaissance. Plus précisément, il est difficile de savoir s'il faut y voir une norme ou un fait non-normatif[6] car Hart caractérise son existence par son acceptation par les juges comme standard de comportement[7]. Le rôle déterminant donné au juge n'est pas vraiment justifié[8] mais surtout

---

HACKER P.M.S., « Hart's Philosophy of Law », *in Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon, 1977, p. 23.

[1] Pour des exemples d'interprétation restrictive, voir RAZ Joseph, article précité, p. 95 ou GREENAWALT Kent, article précité, p. 624, et pour des cas d'interprétation extensive, ATIENZA Manuel et RUIZ MANERO Juan, *op. cit.*, p. 153 ou SUBER Peter, *The Paradox of Self-Amendment*, New York, Peter Lang, 1990, p. 51.

[2] Voir FALCON Y TELLA Maria José, « La validité du droit », *RIEJ* 1996.36, p. 46. L'ambiguïté de la norme fondamentale sur ses destinataires (théoriciens et/ou acteurs) est écartée, même si Hart ne souligne pas son rôle pour les théoriciens.

[3] HART H.L.A., *op. cit.*, p. 136.

[4] Elle semble donc plus utile que la norme fondamentale dans la perspective qui est la nôtre. Cependant, MacCormick a estimé au contraire que la règle de reconnaissance était moins adaptée aux systèmes juridiques continentaux que la norme fondamentale et auraient été inspiré à Hart par le caractère « archaïque » du droit anglais dominé à la fois par un Parlement tout puissant et par un petit groupe de juges très homogène (*op. cit.*, p. 4 et *Institutions of Law*, Oxford, OUP, 2007, p. 57). Cette idée est contestable, notamment si la règle de reconnaissance se limite aux normes ultimes qui ne sont pas tellement nombreuses dans les systèmes continentaux. Surtout, même en admettant que la règle de reconnaissance est inadaptée aux systèmes continentaux, les faiblesses de la norme fondamentale restent intactes : elle est une décision épistémologique qui ne peut fonder l'ordre juridique.

[5] HART H.L.A., *op. cit.*, p. 129.

[6] Elle est ainsi décrite à la fois comme une norme et comme une pratique constante des juges. Pour des exemples de cette attitude, voir ATIENZA Manuel et RUIZ MANERO Juan, *op. cit.*, p. 148 ou HART H.L.A., « Kelsen's Doctrine of the Unity of the Law », *in Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon, 1983, p. 340. Pour une analyse comparable, voir TUORI Kaarlo, *Critical Legal Positivism*, Burlington, Ashgate, 2004, p. 26.

[7] Notons que l'existence du système juridique repose quant à elle à la fois sur cette acceptation des juges et sur l'obéissance générale des sujets de droit aux règles primaires pour quelque motif que ce soit (HART H.L.A., *op. cit.*, p. 83). Ce second critère n'est *a priori* pas exigé pour la règle de reconnaissance elle-même.

[8] Hart précise toutefois que dans le système moderne, l'activité de reconnaissance est exercée par des spécialistes et que le citoyen se contente d'obéir (*op. cit.*, p. 82). Cet argument est intéressant mais nous ne voyons pas pourquoi seuls les juges seraient vus comme de tels spécialistes et nous doutons que ce raisonnement puisse être appliqué à une norme aussi connue que la constitution : dès son édiction, la plupart des citoyens connaissent son existence juridique. Ce point est très important car toutes les versions ultérieures de la théorie de la règle de reconnaissance ont reproduit ce rôle central des juges. Voir ainsi,

l'existence d'un aspect interne à ce phénomène est incertaine en raison de l'ambiguïté du concept d'acceptation. Il peut éventuellement doter la règle de reconnaissance d'une dimension morale : elle est alors soit l'ensemble des critères de validité que les juges considèrent effectivement comme conformes à la morale ou au moins qu'ils acceptent volontairement[1], soit les critères de validité qui sont acceptables moralement[2]. La première vision implique que l'existence de la règle de reconnaissance dépend des valeurs morales partagées par les juges ou de leur adhésion volontaire à cette règle alors que la seconde fait de la règle de reconnaissance un vecteur pour questionner la légitimité des normes ultimes. Dans les deux cas, la règle a clairement un aspect interne puisqu'elle est considérée comme un modèle de comportement acceptable. Toutefois, nous ne voyons pas de raison de supposer que les juges ont la possibilité de choisir librement les règles ultimes[3] et encore moins que ce choix éventuel dépendrait de leurs préférences morales. Surtout, la seconde lecture morale de l'acceptation implique que la moralité de critères de validité leur donne une pertinence juridique. Nous sommes alors très proches d'un jusnaturalisme dont le fondement n'est pas précisé. Si l'on disjoint l'acceptation du juge de toute question morale[4], la règle de reconnaissance est clairement un fait social mais son aspect interne n'est pas évident. En effet, l'acceptation peut être abordée sous un angle béhavioriste (utilisation par les acteurs des normes juridiques sans tenir compte de la manière dont ils les reconnaissent)[5] ou cognitiviste (utilisation par les acteurs de certains critères pour sélectionner les normes). Dans ce second cas, l'acceptation a un aspect interne et l'on ne parlera de règle de reconnaissance que quand les juges se servent de certains critères, ce qui semble correspondre à la vision de Hart[6].

ATIENZA Manuel et RUIZ MANERO Juan, *op. cit.*, p. 149 ; MACCORMICK Neil, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, Paris, PUF, 1996, p. 73 ou RAZ Joseph, *The Concept of a Legal System*, précité, p. 212.

[1] Pour une interprétation de ce type, voir HODSON John, « Hart on the Internal Aspect of Rules », *ARSP* 1976, p. 392 ; HOLTON Richard, « Positivism and the Internal Point of View », *Law and Philosophy* 1998, p. 608 ou MACCORMICK Neil et WEINBERGER Ota, *Pour une théorie institutionnelle du droit*, Paris, LGDJ, 1992, p. 110.

[2] Pour un exemple, voir KAY Richard, « The Illegality of the Constitution », *Constitutional Commentary* 1987, p. 61.

[3] Cette idée s'oppose d'ailleurs à la pré-notion de droit que la théorie générale doit respecter (voir *supra*, p. 205).

[4] Il est difficile de savoir si l'acceptation évoquée par Hart fait référence ou non à la morale. L'imprécision de la position de Hart concernant le rapport entre point de vue interne et moralité a souvent été soulignée (voir ainsi KRYGIER Martin, « The Concept of Law and Social Theory », *OJLS* 1982, p. 169) et a finalement été reconnue par Hart (« Introduction », *in Essays in Jurisprudence and Philosophy*, précité, p. 13). Elle tient en partie à l'ambiguïté du terme « *accepted* » en anglais car il peut désigner aussi bien une attitude de reconnaissance que d'adhésion.

[5] Une vision de ce type est adoptée dans CATANIA Alfonso, « Acceptance in the Thought of H.L.A. Hart », *in* PINTORE Ana et JORI Mario (dir.), *Law and Language*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1997, p. 163.

[6] Il souligne ainsi explicitement l'aspect interne de la règle de reconnaissance qu'incarne son utilisation pour pratiquer des jugements de validité (*op. cit.*, p. 129 et 140). La règle de reconnaissance n'est pas seulement une régularité de comportement observée de l'extérieur mais aussi un modèle de comportement permettant de critiquer les choix des acteurs, ou en tout cas une série de critères pouvant servir à identifier des normes. De même, il oppose l'acceptation de la règle de reconnaissance par le juge à la simple obéissance du citoyen car cette acceptation implique de prendre conscience qu'il suit un modèle prédéterminé, qu'il partage avec les autres des critères communs de validité (*op. cit.*, p. 145).

Cela éclaire le mode d'existence de la règle de reconnaissance mais pas son statut[1]. En traitant cette règle comme une régularité de comportement[2], l'attitude interne d'acceptation des juges, ou comme une disposition psychologique des juges[3], l'on ne peut expliquer pourquoi ces critères seraient dotés d'un statut juridique spécifique[4]. Il est pourtant logique de comprendre la règle de reconnaissance comme une régularité de comportement puisqu'elle est décrite comme une « pratique complexe »[5]. Non seulement il y a alors autant de règles de reconnaissance que d'organes d'application[6], mais surtout cela signifie que l'aspect interne de cette règle est constaté du point de vue externe[7]. Pour le dire autrement, la règle de reconnaissance a certes un aspect interne, elle est utilisée comme une série de critères, mais elle n'a pas de statut du point de vue interne[8], l'on ne sait pas pourquoi elle a une pertinence juridique. L'on se heurte ici au principe de Hume car une décision normative ne peut se fonder sur une pratique complexe sauf à inférer un devoir-être d'un être[9]. Au niveau épistémologique, la sélection des juges devant servir de référence est difficile puisque l'on retrouve la circularité observée chez les réalistes[10]. Au niveau pratique, la règle de

---

[1] L'existence même de l'aspect interne de la règle de reconnaissance ne suffit pas à préciser son statut : elle peut aussi bien être le produit d'un acte de langage qu'une entité relevant du monde du devoir-être ou encore une simple régularité de comportement, le fait que les juges utilisent effectivement certains critères. C'est pour séparer ces éléments qu'il faut distinguer les questions de l'aspect interne (qualité de modèle de comportement) et du statut interne (fait qu'elle soit dotée d'un statut spécifique du point de vue interne). Toutes les règles, même celles de la feuille de papier, ont un aspect interne alors que seules certaines ont un statut interne. Le fait que Hart fasse référence à l'usage de la règle de reconnaissance par les juges implique qu'elle a un aspect interne et que les juges en tiennent compte mais ne suffit pas à savoir si elle bénéficie d'un statut interne. L'effectivité de l'aspect interne ne sépare la constitution de la feuille de papier que du point de vue externe.

[2] Ce type d'analyse de la règle de reconnaissance est très répandu. Pour des exemples, voir TUORI Kaarlo, *op. cit.*, p. 123 ; RAZ Joseph, « Legal Validity », *in The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 151 ou SCHAUER Frederick, « Amending the Presuppositions of a Constitution », *in* LEVINSON Stanford (dir.), *Responding to Imperfection*, Princeton, Princeton University Press, 1995, p. 150.

[3] PATTARO Enrico, « Validité et pouvoir », *in* RIGAUX François, HAARSCHER Guy et VASSART Patrick (dir.), *Droit et pouvoir*, Bruxelles, Story-Scienta, 1987, p. 147.

[4] Autrement dit, l'on ne sait pas pourquoi les autorités seraient amenées à considérer la règle de reconnaissance comme donnant des raisons pour agir (COLEMAN Jules, « Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis », *in* COLEMAN Jules (dir.), *op. cit.*, p. 119). Il est possible de proposer une réponse à cette question en établissant un rapport entre l'acceptation de la règle de reconnaissance et sa conformité aux valeurs morales de la société. Voir par exemple, COYLE Sean, « Practice and the Rule of Recognition », *Law and Philosophy* 2006, p. 452. Toutefois cela permet sans doute d'expliquer pourquoi les acteurs tiennent compte de certains critères mais pas pourquoi ces critères devraient constituer la base de la dogmatique.

[5] HART H.L.A., *op. cit.*, p. 138 ou « Review of The Morality of Law », *in Essays in Jurisprudence and Philosophy*, précité, p. 1295. Cette vision de la règle de reconnaissance a été reprise par les successeurs de Hart. Voir ainsi, RAZ Joseph, « On the Authority and Interpretation of Constitutions : Some Preliminaries », *in* ALEXANDER Larry (dir.), *Constitutionalism : Philosophical Foundations*, Cambridge, CUP, 1998, p. 162.

[6] En ce sens, voir WOOD Malcom, « Rule, Rules and Law », *in* LEITH Philip et INGRAM Peter (dir.), *The Jurisprudence of Orthodoxy : Queen's University Essays on H.L.A. Hart*, Londres, Routledge, 1988, p. 56.

[7] RUITER Dick, *Institutional Legal Facts*, Dordrecht, Kluwer, 1993, p. 16.

[8] Son existence même ne peut être décrite que du point de vue externe. Voir en ce sens LEBEN Charles, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits* n°33, p. 33. L'absence de ce que nous qualifions de « statut interne » est aussi observée par Raz quand il affirme que le fait que la règle de reconnaissance soit observée par les juges est une preuve de son existence mais pas le fondement de sa validité (« Legal Reasons, Sources, and Gaps », *in The Authority of Law*, précité, p. 69). Pour une vision proche, voir SILTALA Raimo, *A Theory of Precedent*, Oxford, Hart, 2000, p. 228.

[9] Pour des points de vue comparables, voir TUORI Kaarlo, *op. cit.*, p. 26 ou STYLIANIDIS Nikos, *Les fondements épistémologiques du positivisme analytique : vers une théorie du droit pré-institutionnelle*, Thèse, Paris X, 1994, p. 165

[10] En ce sens, voir ATIENZA Manuel et RUIZ MANERO Juan, *op. cit.*, p. 151 ; KRAMER Matthew, « The Rule of Misrecognition in the Hart of Jurisprudence », *OJLS* 1988, p. 408 ou SCHAUER Frederick, article précité, p. 151. MacCormick a tenté de répondre à cet argument en estimant que les tribunaux tiraient leur autorité du respect qu'ils inspirent

reconnaissance ne peut baser la décision de reconnaissance initiale puisqu'il faut que la pratique judiciaire existe déjà pour que l'on puisse parler de règle de reconnaissance. Nous sommes là-encore face à une théorie *a posteriori* dans laquelle la règle censée permettre l'identification constitutionnelle est ajoutée après coup, quand la constitution est déjà connue. La règle de reconnaissance peut donc au mieux servir à la dogmatique infra-constitutionnelle mais ni à l'identification constitutionnelle ni à la pratique juridique elle-même.

Au final, la théorie de Hart se caractérise par le rejet des réalismes américain et scandinave mais elle cède au dernier stade car le fondement du droit est envisagé sur une base réaliste[1]. Ce statut exclusivement externe de la règle de reconnaissance mène à négliger l'aspect interne de la règle en se contentant de son effet : l'application de certaines normes juridiques[2]. La négligence du point de vue interne explique que Hart soit parfois considéré comme un réaliste modéré[3]. Le prix à payer est alors très lourd : la dogmatique et le système juridique s'effondrent comme ils le faisaient sous le coup des arguments du professeur Troper[4]. Nous ne pouvons utiliser la règle de reconnaissance comme fixant les conditions de réussite de l'acte de langage constitutionnel car, si elle est seulement un comportement du juge, elle ne peut déterminer la signification sociale (S2) de faits donnés. Son usage pour l'identification constitutionnelle nous mènerait à une démarche réaliste étudiant le comportement du juge en lieu et place de la catégorie dogmatique de constitution[5] et la définition dogmatique de constitution serait remplacée par l'arbitraire du juge. L'adaptation se réduirait à la prévision du comportement futur du juge. Au final, la règle de reconnaissance devient inutile en se confondant avec la pratique du juge : elle ne coupe plus la régression vers l'infini[6] et elle ne peut contribuer à l'identification de la constitution. La règle de reconnaissance est sans doute

---

aux justiciables et de la reconnaissance de leur autorité par les détenteurs de la force publique (*Raisonnement juridique…*, précité, p. 63) mais cet argument, qui revient à considérer les tribunaux comme de simples autorités de fait, se heurte aux mêmes objections que celui proposé par le professeur Troper en ce sens (voir *supra*, p. 199).

[1] TUORI Kaarlo, *op. cit.*, p. 123.

[2] Cette attitude relativise largement l'intérêt de la distinction interne-externe (en ce sens, voir STYLIANIDIS Nikos, *op. cit.*, p. 128 ou SCARPELLI Uberto, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, Paris, LGDJ, 1996, p. 54) car si la mise en valeur de l'aspect interne permet d'éviter le béhaviorisme extrême, la négligence du statut interne permet le retour du réalisme.

[3] Voir ainsi, PATTARO Enrico, article précité, p. 147 ou JORI Mario, « The Object and Method of Legal Science », *in* PINTORE Ana et JORI Mario (dir.), *op. cit.*, p. 310. Certes, Hart ne limite pas la science du droit à la prévision des décisions des juges mais les critères qui permettent d'éviter cette dérive sont en dernière analyse fondée sur la pratique des juges ce qui fait de son observation la seule méthode pour connaître le droit.

[4] Il est intéressant de noter que l'attachement à la pratique judiciaire a les mêmes effets pour Hart que pour les réalistes. Ainsi, tout comme nous sommes forcé de reconnaître autant de règles de reconnaissance qu'il y a d'autorités d'application, le professeur Troper a affirmé que chaque juge suprême définissait son propre ordre juridique (« Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *in Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 94). Ce constat n'est pas forcément gênant dans une démarche radicalement externe mais il le devient si l'on prétend, comme Hart, adopter le point de vue interne.

[5] Pour exemple de cette utilisation spécifique de la théorie de la règle de reconnaissance, voir EEKELAAR J.M., « Splitting the Grundnorm », *Modern Law Review* 1967, p. 172.

[6] Plus précisément, elle ne peut le faire qu'au prix d'un ralliement au réalisme. Autrement dit, pour respecter le principe de Hume il faut alors nier la normativité du droit et considérer que le comportement du juge est la seule réalité du système juridique dont la science du droit peut rendre compte.

la meilleure base de travail pour préciser le statut des règles constitutives mais elle a besoin d'une large reformulation pour la doter du statut interne qui lui fait défaut. Il faut donc poursuivre nos investigations sur le statut de la règle constitutive en s'écartant des solutions classiques pour progresser dans l'élucidation de la définition dogmatique de constitution (Titre II).

TITRE II : LA REGLE CONSTITUTIVE, VECTEUR DE LA COMPREHENSION DE L'ADAPTATION DE LA CONSTITUTION

L'élucidation de la structure et de la fonction de la catégorie dogmatique de constitution ne suffit pas à permettre sa définition car son statut reste incertain. Cette incertitude empêche de savoir comment déterminer les normes faisant partie de la catégorie dogmatique de constitution du discours sur le droit français. L'étude des solutions doctrinales actuellement retenues a permis de montrer que cette carence trouvait en partie sa source dans leur inadéquation au problème spécifique que représente l'identification constitutionnelle. Celle-ci n'est pas nécessairement gênante mais elle le devient si l'on souhaite évaluer la réalité de l'adaptation de la constitution au droit contemporain. Pour résoudre cette difficulté, il faut être capable de préciser les conditions de vérité des énoncés dogmatiques définissant la constitution, de manière à formuler cette définition dans un cadre potentiellement inter-subjectif. Cet objectif ne peut être rempli qu'en adoptant une démarche relevant de la théorie générale du droit qui soit susceptible de dépasser les limites des solutions classiques dans le contexte particulier de la mutation du droit constitutionnel. Nous devrons donc revenir sur la nature de la règle constitutive sur laquelle repose la catégorie juridique d'acte constitutionnel en développant les perspectives constructivistes offertes par la mise en relation de l'existence de la constitution avec la théorie des faits institutionnels (Chapitre I). Cette base théorique éclairera le mode d'existence de la catégorie juridique de constitution et par là-même les conditions dans lesquelles il est possible de la définir. Il sera alors possible de pousser cette logique à son terme en proposant des éléments de définition de la constitution en droit français et en les utilisant pour comprendre comment son adaptation peut être envisagée (Chapitre II).

Chapitre I : La règle constitutive et le mode d'identification de la constitution

L'incapacité de la dogmatique à produire des énoncés réfutables sur l'identification constitutionnelle provient avant tout, nous l'avons vu, des insuffisances de ses présupposés épistémologiques révélées par la séparation entre les catégories dogmatique et théorique de constitution[1]. Or, la dogmatique ne peut structurellement pas résoudre un problème tenant à ses présupposés. L'étude dogmatique de la constitution passe donc par une réflexion de théorie générale qui devra être limitée à ce qui est strictement nécessaire pour éclairer la description de l'identification constitutionnelle. Cette étape, imposée par des raisons méthodologiques, pourra conduire à des considérations philosophiques, non pas parce que la validité du droit reposerait sur la philosophie mais parce que son étude a, comme toute discipline, des bases philosophiques[2]. Toute approche du droit repose sur des présupposés plus ou moins conscients[3] : tenir compte de la théorie générale revient à abandonner des croyances implicites au profit de développements explicites soumis à la critique[4]. Il s'agit ici de déterminer comment les critères qui caractérisent la constitution, au sens du discours du droit, peuvent exister et être décrits de manière objective par la dogmatique même s'ils ne sont pas fixés dans une norme juridique. S'assurer de l'objectivité de ces critères permet de savoir comment il est possible de séparer la constitution de la feuille de papier sans se heurter à la régression vers l'infini à laquelle aboutit inévitablement le normativisme. Nous estimons que la notion de règle constitutive peut être utile à ce stade du raisonnement. La théorie des faits institutionnels a été reprise jusque-là dans sa structure logique mais il faut désormais l'intégrer de manière complète parmi les présupposés de la dogmatique. Dans cette optique, la

[1] En laissant de côté la question de l'identification constitutionnelle, la doctrine a pu se limiter à proposer des définitions théoriques de constitution sans se confronter au problème de sa définition dogmatique. Or, c'est le questionnement sur les conditions de vérité de cette définition qui permet de montre les limites des présupposés de la dogmatique. Rappelons que les propositions purement dogmatiques souffraient de leur manque d'appui dans des normes positives quand les solutions issues de la théorie générale normativiste (norme fondamentale et règle de reconnaissance) ne permettaient pas vraiment de définir la catégorie de constitution du point de vue interne.

[2] La théorie générale du droit est entendue ici comme la partie de la philosophie du droit qui détermine les bases ontologiques et épistémologiques de la dogmatique (BENGOETXEA Joxerramon, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Oxford, Clarendon, 1993, p. 2), c'est-à-dire qui constitue la théorie de la connaissance juridique (MACCORMICK Neil, « On Analytical Jurisprudence », *ARSP Supplementa* vol. 1, part I, p. 31).

[3] En ce sens, voir AARNIO Aulis, *Le rationnel comme raisonnable*, Paris, LGDJ, 1992, p. 22 ou MACCORMICK Neil, *Institutions of Law*, Oxford, OUP, 2007, p. 7.

[4] « On a seulement le choix […] entre une réflexion systématique délibérément menée, et une réflexion larvée, non maîtrisée » (AMSELEK Paul, « L'étrangeté ontologique du droit », *RDP* 1990, p. 86). Autrement dit, « le juriste n'a pas le choix d'être théoricien ou praticien du droit. Si praticien qu'il puisse être, il n'a en réalité que le choix entre une théorie que ses opinions particulières impliquent sans qu'il en ait conscience et par conséquent sans qu'il soit à même d'en vérifier la cohérence et le fondement, et une théorie explicite dont il puisse surveiller la qualité. Cette théorie explicite n'est pas utile pour tous les problèmes qu'il se pose, car beaucoup peuvent se régler moyennant un engagement théorique très approximatif. Mais certains problèmes qui barrent soudain le chemin, ne peuvent être surmontés sans elle » (FRANCOIS Lucien, *Le problème de la définition en droit*, Liège, Faculté de droit, 1978, p. 18). Voir aussi, TUSSEAU Guillaume, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, p. 42.

notion de règle constitutive ne désigne plus seulement une certaine formulation (« X compte pour Y ») mais implique aussi un certain statut pour la norme qui définit la constitution. Le choix d'une théorie institutionnaliste du droit doit être expliqué et justifié car il n'est en aucun cas évident[1]. Celle-ci ne s'ajoute pas au discours du droit mais doit permettre de saisir la réponse réelle des acteurs du système à la question des lettres de créance de la constitution que la dogmatique classique ne peut résoudre. La contribution de la notion de règle constitutive à l'existence du droit et de la constitution devra donc être exposée (Section 1) pour montrer sa pertinence par rapport à nos objectifs dogmatiques spécifiques (Section 2).

SECTION 1 : LA CONTRIBUTION DE LA REGLE CONSTITUTIVE A L'EXISTENCE DU DROIT ET DE LA CONSTITUTION

L'adhésion à une théorie institutionnaliste du droit implique de défendre le rôle central des règles constitutives dans l'existence de la catégorie dogmatique de constitution et dans son étude. Il faut donc préciser le statut de ce type de règles dans la théorie des faits institutionnels (I). Cependant, cette dernière est une théorie sociale générale qui ne peut servir de théorie juridique qu'en tenant compte des particularités du droit et de son étude. La notion de règle constitutive doit alors être adaptée au droit (II).

I. LA COMPLEXITE DU STATUT DE LA REGLE CONSTITUTIVE DANS LA THEORIE DES FAITS INSTITUTIONNELS

Nous axerons notre étude sur les débats menés autour des travaux de la figure dominante de l'institutionnalisme de la fin du XXe siècle et du début du XXIe, John Searle, en présentant sa conception de la règle constitutive (A) puis les principales alternatives qui ont pu être proposées (B).

A. La règle constitutive chez Searle

La règle constitutive occupe une place très importante dans la théorie sociale de Searle (1), ce qui le conduit à préciser son mode d'existence (2).

[1] Précisons bien qu'il n'est pas la conséquence directe de la théorie de la double signification. Celle-ci utilisait la notion de règle constitutive comme une forme spécifique de règle qui pouvait potentiellement s'incarner dans un cadre réaliste ou normativiste classique. L'élimination de ces solutions vient de leurs carences pour identifier la constitution et ne pouvait être déduite de l'analyse de l'acte normatif que représente la théorie de la double signification.

1. LE ROLE CENTRAL DE LA REGLE CONSTITUTIVE CHEZ SEARLE

La théorie des faits institutionnels est présentée par Searle comme le développement de ses théories des actes de langage et de l'esprit[1]. Il s'agit d'une théorie sociale générale susceptible de donner des bases solides à notre constructivisme fondé sur la prise en compte des représentations des acteurs dans le cadre de la dualité de l'herméneutique[2]. L'étude des institutions sociales relève évidemment à titre principal de la sociologie mais la philosophie participe à la réflexion sur les fondements des sciences sociales[3], notamment en proposant une conception du monde qui permet d'envisager les conditions de réfutation des énoncés portant sur les faits sociaux, y compris sur les normes juridiques. Aussi, la dimension philosophique de la théorie des faits institutionnels n'implique-t-elle pas le retour d'une conception ancienne voyant la philosophie comme un substitut à la science mais est compatible avec l'idée d'une philosophie clarifiant les présupposés nécessaires aux discours scientifiques[4].

Le problème qui donne naissance à la démarche de Searle est simple : comment des entités telles que des soirées mondaines ou des élections peuvent-elles exister objectivement dans un monde réductible à des particules physiques ?[5] Leur existence est indéniable[6] mais elle reste peu expliquée. Or, notre rapport au monde est guidé par le fait qu'il existe en dehors de nous et de nos préférences[7]. Searle entend résoudre ce problème en prouvant que des pans entiers de la réalité n'existent que par l'accord des hommes mais qu'ils sont objectifs dans le sens où les préférences personnelles de chacun sont sans influence sur leur existence[8]. Le résultat d'un match de football ou le tracé d'une frontière dépendent ainsi de conventions humaines mais ils existent quelles que soient mes préférences. L'existence des faits sociaux est régie par des

---

[1] SEARLE John, *La construction de la réalité sociale*, Paris, Gallimard, 1998, p. 9. Pour un bon résumé de l'évolution de la pensée de Searle et de son passage progressif entre ces diverses théories, voir SMITH Barry, « John Searle, from Speech Acts to Social Reality », *in* SMITH Barry (dir.), *John Searle*, Cambridge, CUP, 2003, p. 1-25.

[2] Rappelons que tout constructivisme n'est pas institutionnaliste et que Searle n'est pas le seul auteur ayant proposé une théorie institutionnaliste des faits sociaux. Nous précisons donc ici le choix fait dans le premier chapitre.

[3] Pour une analyse comparable, voir RAKOCZY Hannes et TOMASELLO Michael, « The Ontogeny of Social Ontology : Steps to Shared Intentionality and Status Functions », *in* TSOHATZIDIS Savas (dir.), *Intentional Acts and Institutional Facts. Essays on John Searle's Social Ontology*, Berlin, Springer, 2007, p. 132.

[4] Searle ne se prononce pas clairement sur le but de sa théorie et sur son rapport avec la sociologie mais il se contente de tracer une théorie sociale générale sans prétendre nier le bien-fondé et l'intérêt de la sociologie. Elle passe donc logiquement pour une explication susceptible de baser des études sociologiques empiriques. À l'inverse, un sociologue s'intéressera à « l'analyse de la construction sociale de la réalité » sans se prononcer sur ce qui peut validement être considéré comme réel (BERGER Peter et LUCKMANN Thomas, *La construction sociale de la réalité*, Paris, Armand Colin, 2006, p. 44) car ce genre de question fait partie des présupposés d'une discipline empirique et non de la discipline elle-même.

[5] SEARLE John, *op. cit.*, p. 10.

[6] Il a été affirmé à juste titre qu'elles font partie de notre vie de tous les jours et qu'il est illusoire de vouloir prouver qu'elles n'existent pas (LAGERSPETZ Eerik, *The Opposite Mirrors*, Dordrecht, Kluwer, 1995, p. 1).

[7] Searle adopte clairement une position réaliste minimale sur le monde (*Mind, Language and Society. Doing Philosophy in the Real World*, Londres, Weidenfeld & Nicolson, 1999, p. 13) qui vaut aussi pour les faits institutionnels. Pour une position du même ordre dans le cadre de la théorie générale du droit, voir MACCORMICK Neil, article précité, p. 33.

[8] SEARLE John, *La construction de la réalité sociale*, précité, p. 13.

milliers de règles qui sont utilisées sans même que l'on en soit conscient[1] mais l'objectivité de ce type de faits peut être maintenue si l'on sépare l'objectivité ontologique (description indépendante des états mentaux des acteurs) et épistémique (description indépendante des appréciations personnelles)[2]. Il faut bien comprendre ici que l'opposition entre objectivité et subjectivité épistémique est fonction de la dépendance de la description d'un objet aux attitudes de l'observateur[3]. Les faits institutionnels sont dès lors ontologiquement subjectifs mais épistémiquement objectifs alors que les faits bruts, c'est-à-dire purement matériels, sont à la fois ontologiquement et épistémiquement objectifs. L'épistémologie est donc prioritaire sur l'ontologie pour les faits institutionnels[4]. La réalité institutionnelle est créée par l'ajout de fonctions à la réalité matérielle, sachant que les fonctions sont toujours dépendantes des acteurs puisqu'elles sont relatives à l'intentionnalité projetée sur un objet et non intrinsèque à cet objet[5]. L'imposition de fonction est la base de la construction sociale qui permet de voir les faits institutionnels comme une sous-classe des faits sociaux. Toute activité de groupe est un fait social alors que le fait institutionnel repose sur l'attribution d'une fonction à un objet au-delà de ses caractéristiques physiques[6].

La règle constitutive est centrale dans la théorie des faits institutionnels car elle sert justement à imposer des fonctions à un objet matériel en lui attribuant une qualité institutionnelle qui est liée aux fonctions sociales qu'il doit jouer[7]. La structure déjà exposée de la règle constitutive prend ici tout son sens : « X compte pour Y » revient à affecter un

---

[1] *Ibid.*, p. 16 ou MACCORMICK Neil, *op. cit.*, p. 12.

[2] SEARLE John, *La construction de la réalité sociale*, précité, p. 22.

[3] Le rapport entre objectivité dans un certain sens et indépendance des préférences de l'observateur se retrouve sous des formes diverses en dehors de la pensée de Searle. Voir ainsi, BERGER Peter et LUCKMANN Thomas, *op. cit.*, p. 42 ; MARMOR Andrei, « An Essay on the Objectivity of Law », *in* BIX Brian (dir.), *Analysing Law : New Essays in Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 13 ou LEITER Brian, « Law and Objectivity », *in* COLEMAN Jules et SHAPIRO Scott (dir.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, OUP, 2002, p. 969.

[4] LAKOFF George, *Women, Fire and Dangerous Things*, Chicago, The University of Chicago Press, 1997, p. 208. Searle développe une idée similaire en des termes moins problématiques quand il affirme que pour les faits institutionnels, contrairement aux faits bruts, l'intentionnalité détermine l'ontologie (*Rationality in Action*, Cambridge, MIT Press, 2001, p. 206). Autrement dit, il est logique en général de penser qu'un objet est lourd parce qu'il est lourd alors qu'une feuille de papier ne sera un billet que si nous pensons que c'est un billet. C'est parce que certains faits sont considérés comme des billets que nous pouvons les décrire à juste titre comme tels, ce qui revient à dire qu'ils existent en tant que billets.

[5] SEARLE John, *La construction de la réalité sociale*, précité, p. 29 et 60. La valeur d'un billet de banque n'a ainsi aucun rapport avec ses caractéristiques physiques mais tient à la fonction monétaire affectée par les membres d'une société donnée.

[6] *Ibid.*, p. 60 et 65. Searle peut ainsi opposer la chasse menée par une meute de hyènes, qui est un fait social, au vote d'une loi, qui est un fait institutionnel, car seul ce dernier repose sur l'attribution d'une fonction spécifique à un objet matériel (*ibid.*, p. 58). La théorie de Searle vise à expliquer l'existence des faits institutionnels et non celle de tous les faits sociaux (SEARLE John, « L'ontologie de la réalité sociale, réponse à Barry Smith », *in* LIVET Pierre et OGIEN Ruwen (dir.), *L'enquête ontologique. Du mode d'existence des objets sociaux*, Paris, Éd. EHESS, 2000, p. 202).

[7] SEARLE John, *La construction de la réalité sociale*, précité, p. 66. Notons qu'il est parfois soutenu que les règles constitutives ne concerneraient que les institutions formalisées et que l'attribution d'un statut ne passerait pas par une règle dans les autres cas (HINDRIKS Frank, « The New Role of Constitutive Rule », *in* KOESPELL David et MOSS Laurence (dir.), *John Searle's Ideas About Social Reality. Extensions, Criticisms and Reconstructions*, Oxford, Blackwell, 2003, p. 205) mais Searle lie au contraire en permanence fait institutionnel et règle constitutive (voir par exemple, *op. cit.*, p. 149).

statut[1] qui vise en dernière analyse à donner certains effets ou fonctions à X[2]. C'est parce qu'elle est considérée comme une frontière qu'une ligne peut séparer deux territoires et que son franchissement implique toutes sortes de conséquences. Cela montre l'importance des règles constitutives qui dépassent les simples définitions en faisant émerger des réalités objectives : la fonction de la ligne est objective épistémiquement car elle ne dépend pas des préférences de chacun mais repose sur une règle constitutive. La relation entre X et Y qui est le cœur de la règle constitutive n'est pas causale mais intentionnelle[3] : la fonction attribuée est dite agentive car elle est fixée par les acteurs par opposition aux fonctions non-agentives qui sont des relations causales réinterprétées par les acteurs comme incarnant les fonctions d'un objet[4]. Notons que le concept de fonction chez Searle est parfois très proche de l'idée de régime juridique[5]. La place accordée au statut (Y) dans la relation entre l'objet et sa fonction exprime le rôle primordial du langage dans la constitution de la réalité sociale[6]. Les faits institutionnels dépendent du langage pour leur existence même et non pas uniquement pour leur description. C'est cette caractéristique qui permet d'opposer la règle constitutive d'un fait institutionnel à la définition d'un fait brut[7]. La variation de la définition d'un fait brut est sans influence sur sa réalité alors que celle d'un fait institutionnel change le monde des acteurs[8] car leur subjectivité partagée créée un monde commun objectif[9]. Les marqueurs langagiers sont indispensables parce qu'ils constituent la seule réalité empirique perceptible de la qualité

---

[1] SEARLE John, article précité, p. 201. Pour une idée proche, voir TUOMELA Raimo, *The Philosophy of Social Practices. A Collective Acceptance View*, Cambridge, CUP, 2002, p. 158 et 172.

[2] SEARLE John, *op. cit.*, p. 67, 111 et 128. Ces fonctions sont ajoutées à celles permises par les caractéristiques physiques de l'objet : ainsi le fait qu'une chaise serve à s'asseoir ne fait pas de la chaise un fait institutionnel.

[3] SEARLE John, *op. cit.*, p. 66 ou « Social Ontology and the Philosophy of Society », *Analyse und Kritik* 1998, p. 148. Cette opposition à la causalité permet de lier le rôle de la règle constitutive à celui joué par l'imputation du point de vue interne (voir *supra*, p. 52). Parler de fonction dans ce sens là, introduit une dimension normative dans l'analyse (*ibid.*, p. 148).

[4] SEARLE John, *op. cit.*, p. 40.

[5] Le statut donné par la règle constitutive impliquerait ainsi souvent la création de droits et d'obligations (*ibid.*, p. 133) même s'il se limite parfois à un aspect honorifique (*ibid.*, p. 135). Cet aspect de la réalité institutionnelle a fait l'objet d'une attention de plus en plus soutenue de Searle. Il a même fini par affirmer que la création d'effets déontiques est le point le plus important de la réalité institutionnelle qui vise à donner de manière directe ou non des « pouvoirs déontiques » à des agents humains (SEARLE John, « Réalité institutionnelle et représentation linguistique », *in* BOUVERESSE Jacques et ROCHE Daniel (dir.), *La liberté par la connaissance*, Paris, Odile Jacob, 2004, p. 212) et à créer des raisons pour agir indépendantes des désirs de chacun (« Social Ontology. Some Basic Principles », *Anthropological Theory* 2006, p. 19).

[6] « Le langage est essentiellement constitutif de la réalité institutionnelle » (SEARLE John, *op. cit.*, p. 83) : sans mots pour les désigner, les faits institutionnels ne pourraient exister (*ibid.*, p. 90) car « il faut que l'agent ait un moyen quelconque de représenter le nouveau statut » (*ibid.*, p. 96). « La réalité institutionnelle doit être linguistiquement constituée. La raison en est simple : le passage de X à Y ne peut exister que s'il est représenté comme existant. Pourquoi ? Parce qu'il n'y a là rien de plus » (SEARLE John, « Réalité institutionnelle… », précité, p. 197). Les concepts sont donc indispensables à la création des faits institutionnels et permettent un phénomène d'habituation (HULSEN Peter, « Back to Basis : a Theory of the Emergence of Institutional Facts », *Law and Philosophy* 1998, p. 289). L'importance accordée aux mots et aux concepts correspond aux idées que nous avons défendues sur le statut des catégories dogmatiques et le fait qu'elles représentent une première herméneutique centrale pour les acteurs. Searle n'hésite d'ailleurs pas à prendre des exemples de qualifications juridiques telles que le meurtre pour prouver l'importance du langage dans l'existence des faits institutionnels (*op. cit.*, p. 72).

[7] Précisons que cette particularité des définitions des faits bruts vaut aussi pour tous les termes de seconde herméneutique : la variation d'une définition théorique ne change rien à l'état du droit positif car elle n'a pas de fonction constitutive.

[8] Sur la différence entre faits dépendants et indépendants du langage, voir SEARLE John, *op. cit.*, p. 86 et 94.

[9] Voir LAGERSPETZ Eerik, *op. cit.*, p. 208 ou BERGER Peter et LUCKMANN Thomas, *op. cit.*, p. 74.

institutionnelle d'un fait brut[1]. La qualité de constitution serait donc conférée par une règle de ce type qui fixerait sa définition juridique. La règle constitutive est bien la clé qui permet l'existence des faits institutionnels, ce qui donne une grande importance à son statut (2).

2. LE STATUT DE LA REGLE CONSTITUTIVE CHEZ SEARLE

Malgré leur rôle fondamental, le mode d'existence des règles constitutives n'est pas précisé clairement par Searle[2]. À l'origine, il se concentre sur la formulation et la fonction des règles constitutives en négligeant totalement leur statut, sur lequel il revient implicitement lorsqu'il livre une formulation générale et complète de sa théorie des faits institutionnels[3]. L'existence de la règle constitutive est liée aux représentations des acteurs[4], ce qui permet une cohérence avec un constructivisme plus classique. La dimension culturelle est peu marquée chez Searle mais elle est visible à travers le rapport qu'il établit entre langage et règle constitutive[5]. Cette idée doit être soulignée car elle est centrale pour nous au regard de l'attention portée à la validité sociale des normes[6] et au point de vue interne des acteurs[7]. Elle a d'ailleurs été largement développée par d'autres auteurs[8]. Mieux, Searle a parfois fait référence à l'opposition interne-externe[9], ce qui est logique car les faits institutionnels ne peuvent exister que du point de vue interne au regard de la définition que nous avons retenue de ce concept[10]. En tout cas, la place des représentations des acteurs dans l'existence des faits

---

[1] SEARLE John, *op. cit.*, p. 96. Le rapport avec la qualification juridique est ici clairement perceptible. Le langage est donc la plus fondamentale des institutions car toutes les autres reposent sur lui. Voir TUOMELA Raimo, *op. cit.*, p. 159.

[2] En ce sens, voir LAGERSPETZ Eerik, *op. cit.*, p. 6.

[3] Il faut noter qu'il ne s'est jamais intéressé au mode d'apparition des faits institutionnels, c'est-à-dire aux causes conduisant à l'apparition d'une règle constitutive. Il se limite à une étude statique constatant l'existence combinée des faits institutionnels et des règles constitutives sans proposer d'explication causale. Cette attitude est tout à fait logique car l'analyse des causes de l'émergence de tel ou tel fait institutionnel relève de la sociologie ou de la psychologie.

[4] Searle fait référence régulièrement à la manière dont les acteurs considèrent certains faits (voir ainsi, *op. cit.*, p. 50).

[5] Le rôle du langage est souligné de manière récurrente par Searle (voir ainsi, en plus des références précédentes, « Social Ontology… », précité p. 145 ou « Intentionalistic Explanations in the Social Sciences », *Philosophy of Social Sciences* 1991, p. 339). Or, le langage constitue indéniablement une réalité culturellement inscrite. Les règles constitutives qui en dépendent sont donc forcément relatives à une culture précise.

[6] Cette relativité explique d'ailleurs qu'un même fait brut peut avoir des statuts institutionnels variables. Le fait qu'une frontière puisse être considérée différemment par les Indiens et les Chinois n'est donc pas une faiblesse mais une force de la théorie de Searle (pour un avis contraire, voir SMITH Barry, « L'ontologie… », précité, p. 193).

[7] L'intégration des représentations formant le point de vue des acteurs s'oppose clairement à tout universalisme car celles-ci dépendent des groupes sociaux et la culture que leurs membres partagent.

[8] Voir notamment, BERGER Peter et LUCKMANN Thomas, *op. cit.*, p. 43.

[9] Voir ainsi, *op. cit.*, p. 131. Il se réfère aussi directement et de manière élogieuse aux travaux de Peter Winch en insistant sur le fait que « les termes utilisés pour expliquer le comportement des acteurs doivent être disponibles aux agents dont le comportement est expliqué » (article précité, p. 338). Or, les travaux de Winch sont centrés sur la valorisation du rôle des représentations des acteurs dans les sciences sociales et sur le refus d'adopter le point de vue externe dans ce cadre (*The Idea of Social Science and its Relation to Philosophy*, 2e éd., Londres, Routledge, 1990, p. 110). Dans un article récent répondant à certains critiques formulées par un anthropologue, Searle a d'ailleurs réaffirmé que la réalité institutionnelle ne pouvait être comprise qu'à travers la référence au point de vue interne des acteurs (« Reality and relativism », *Anthropological Theory* 2006, p. 118).

[10] L'incapacité à décrire un match de football du point de vue externe (voir *supra*, p. 203) s'explique en effet parce que le point de vue externe néglige l'existence même de faits institutionnels tels que des buts ou des coups de pied de coin. Notons d'ailleurs que l'importance du point de vue interne est aussi parfois soulignée dans le cadre de l'étude des actes de langage.

institutionnels permet de voir la règle constitutive comme la formule synthétisant les représentations individuelles partagées par les acteurs. Cela montre manifestement une rupture avec le simple constat d'une pratique constante observée du point de vue externe.

L'intérêt de Searle pour le point de vue interne est toutefois limité car son travail se concentre sur le rattachement des faits sociaux aux états mentaux. En effet, l'un des apports majeurs de la théorie des faits institutionnels est l'affirmation simultanée de leur objectivité épistémique et de leur subjectivité ontologique : ils peuvent être décrits objectivement mais dépendent des états mentaux des acteurs[1]. Démontrer leur objectivité suppose cependant le dépassement des états mentaux propres à chaque individu. C'est cette difficulté qui a mené historiquement à la création d'entités douteuses comme la conscience collective[2]. Le passage de dispositions mentales ontologiquement subjectives à des réalités épistémiquement objectives[3] est réalisé chez Searle grâce à un thème majeur de sa philosophie de l'esprit : l'intentionnalité collective[4]. Ce concept a été forgé pour expliquer la possibilité d'actions collectives par opposition au simple ajout d'actions individuelles[5]. Elle serait la capacité fondamentale des êtres humains[6] de projeter un état mental sur le monde[7]. Elle permet d'opposer les personnes qui courent spontanément pour fuir la pluie aux participants d'un marathon[8] ou une réception géante ayant dégénéré et une bataille[9]. La différence dépend à chaque fois des représentations des acteurs sur leurs propres actions : l'intentionnalité est collective quand elle peut être exprimée sous la forme « nous courrons » plutôt que « je cours »[10]. Elle n'est pas une entité supra-individuelle mais un état mental spécifique commun aux individus concernés. Il est même possible pour un individu d'être le seul à avoir une

---

Voir par exemple, ANDERSSON Jan, *How to Define Performative*, Uppsala, Filosofiska Studier, 1975, p. 145. La relativité culturelle est aussi notée par Austin (*Quand dire c'est faire*, Paris, Seuil, 1970, p. 58).

[1] SEARLE John, *op. cit.*, p. 87. La réalité institutionnelle repose sur la combinaison entre faits matériels et états mentaux (*ibid*, p. 68). Notons que cette combinaison entre faits matériels et états mentaux n'implique pas d'adhérer à un dualisme ontologique entre corps et esprit car Searle réduit les états mentaux à des phénomènes physiques situés dans le cerveau. Voir ainsi, *L'intentionnalité. Essai de philosophie des états mentaux*, Paris, Les éditions de minuit, 1983, p. 30.

[2] Ici la parenté avec le droit est très forte car, dans la dogmatique, la volonté générale ou la souveraineté jouent le même rôle : elles permettent de dépasser la volonté (état mental) d'individu pour acquérir fictivement une objectivité.

[3] Le problème de l'existence des faits institutionnels est présenté ainsi par Searle (*Mind, Language…*, précité, p. 113).

[4] Le rapport entre intentionnalité collective et faits institutionnels n'était pas établi au début des travaux de Searle (*Les actes de langage*, Paris, Hermann, 1972, p. 93) mais est depuis clairement affirmé (*La construction sociale…*, précité, p. 41).

[5] SEARLE John, « Collective Intentions and Actions », *in* COHEN Philip, MORGAN Jerry et POLLACK Martha (dir.), *Intentions in Communication*, Cambridge, MIT Press, 1990, p. 402.

[6] *Ibid.*, p. 406. Pour des détails sur cette position de Searle, voir FITZPATRICK Dan, « Searle and Collective Intentionality », *in* KOESPELL David et MOSS Laurence (dir.), *op. cit.*, p. 53.

[7] « L'intentionnalité est la propriété en vertu de laquelle toutes sortes d'états et d'événements mentaux renvoient à ou concernent ou portent sur des objets et des états de chose du monde » (SEARLE John, *L'intentionnalité*, précité, p. 15). Elle ne se confond donc ni avec la conscience (*ibid.*, p. 16) ni avec la volonté au sens classique du terme (*ibid.*, p. 17).

[8] SEARLE John, article précité, p. 403.

[9] SEARLE John, « Social Ontology and the Philosophy of Society », précité, p. 145.

[10] Notons que certains auteurs estiment que Searle a tort de relier le caractère collectif d'une intention à son contenu et que celui-ci tient plutôt à son « mode psychologique » (LUDWIG Kirk, « Foundations of Social Reality in Collective Intentional Behavior », *in* TSOHATZIDIS Savas (dir.), *op. cit.*, p. 58). Au regard de nos objectifs, il ne nous semble pas utile d'approfondir cette question.

intention collective donnée, même si son effet social sera alors inexistant. Ce type d'état mental serait un élément nécessaire à la construction de la théorie des faits institutionnels[1], ce qui suggère d'y voir le support de la règle constitutive[2]. Reste alors à savoir quel genre d'intentionnalité est en cause car l'intentionnalité peut selon Searle prendre différentes formes qui sont classées selon les mêmes critères que les forces illocutoires que peuvent avoir les actes de langage[3]. L'intentionnalité spécifique impliquée dans l'existence de la règle constitutive nous semble être la croyance. C'est non seulement le choix le plus logique[4] mais il est aussi indiqué implicitement par Searle quand il précise que les faits institutionnels disparaissent quand les acteurs ne croient plus en eux[5]. L'exemple de la monnaie est typique : si plus personne ne croit que les billets ont une valeur, alors ils n'en ont plus[6]. Il évoque également le rôle de fausses croyances dans la création des faits institutionnels[7]. L'acceptation pourrait toutefois elle aussi être envisagée car son rapport avec les règles constitutives est ambigu[8], d'autant plus que les faits institutionnels sont présentés comme liés à des accords des hommes. Notons qu'elle serait tout de même difficile à introduire dans le cadre construit par Searle sur l'intentionnalité collective, l'objectivité épistémique ou encore avec le rôle

---

[1] SEARLE John, *La construction de la réalité sociale*, précité, p. 41 ou CLÉMENT Fabrice et KAUFMANN Laurence, *Le monde selon John Searle*, Paris, Les éditions du Cerf, 2005, p. 26 et 52.

[2] Searle présente les deux éléments séparément (*op. cit.*, p. 42 et 45) mais il est difficile de ne pas les mettre en relation car ils sont décrits chacun comme nécessaires et suffisants à l'existence des faits institutionnels. En outre, il lie les deux quand il affirme que « l'intentionnalité collective impose un statut particulier à un certain phénomène, et avec ce statut, une fonction » (*ibid.*, p. 149).

[3] SEARLE John, *L'intentionnalité*, précité, p. 22. Il peut donc s'agir d'une croyance, d'un souhait, d'un engagement… L'intentionnalité collective ne se limite pas aux intentions au sens strict mais peut concerner toutes les « attitudes partagées » dont les croyances (SEARLE John, « Réalité institutionnelle et représentation linguistique », précité, p. 194).

[4] La formulation de la règle constitutive est manifestement détachée de toute expression de volonté prescriptive ou d'engagement sans quoi l'objectivité due au détachement des préférences des acteurs serait perdue. Pour que la réalité institutionnelle s'impose à eux comme une réalité extérieure, il faut qu'elle ne dépende pas de leur volonté.

[5] SEARLE John, *La construction de la réalité sociale*, précité, p. 95. Il va même plus loin en affirmant que certains faits sont des mariages ou des propriétés « parce qu'on croît qu'ils sont […] des mariages ou des propriétés » (*Mind, Language and Society*, précité, p. 114). Voir aussi *Rationality in Action*, précité, p. 206 ou « Intentionalistic… », précité, p. 339. Il précise d'ailleurs que partager le point de vue interne qui sous-tend l'existence des faits institutionnels revient à partager les « croyances » des acteurs (« Reality and relativism », précité, p. 118).

[6] Le rapport entre le statut des billets de banque et les croyances répandues sur ce statut est explicitement défendu par Searle (*La construction de la réalité sociale*, précité, p. 51). Cet exemple nous montre le rôle qu'occupent les croyances dans sa pensée mais aussi sa tendance à négliger le rôle des règles juridiques dans l'existence de la réalité institutionnelle.

[7] *Ibid.*, p. 69. L'exemple est encore particulièrement pertinent pour nous puisqu'il cite l'idée selon laquelle la Constitution des États-Unis serait le fruit d'une inspiration divine.

[8] Searle fait ainsi référence à « l'acceptation » du statut des faits institutionnels (*op. cit.*, p. 66 ou « Speech Acts and Social Reality », *in* GREWENDORF Günther et MEGGLE Georg (dir.), *Speech Acts, Mind and Social Reality*, Dordrecht, Kluwer, 2002, p. 14). Cette interprétation de la pensée de Searle est très souvent reprise. Voir ainsi, FLETCHER George, « Law », *in* SMITH Barry (dir.), *op. cit.*, p. 99 ; GUASTINI Riccardo, « Constitutive Rules and the Is-Ought Dichotomy », *in* DI BERNARDO Giuliano (dir.), *Normative Structures of the Social World*, Amsterdam, Rodopi, 1988, p. 85 ; HARE Richard Mervyn, « The Promising Game », *in* FOOT Philippa (dir.), *Theories of Ethics*, Oxford, OUP, 1967, p. 126 ; HINDRIKS Frank, article précité, p. 188 ou D'ANDRADE Roy, « Commentary on Searle's 'Social Ontology : Some Basic Principles' », *Anthropological Theory* 2006, p. 33. Cette vision centrée sur l'acceptation peut mener à des prises de position étonnantes qui lient l'existence des faits institutionnels à une délibération rationnelle au détriment du réalisme le plus élémentaire. Pour un exemple, voir VISKOVATOFF Alex, « Searle, Rationality and Social Reality », *in* KOESPELL David et MOSS Laurence (dir.), *op. cit.*, p. 37. Searle a en revanche clairement affirmé que l'intentionnalité collective qui base les règles constitutives peut tout à fait être le résultat d'une contrainte et ne fait l'objet d'aucune appréciation critique de la part des acteurs (« Searle versus Durkheim and the Waves of Thought », *Anthropological Theory* 2006, p. 67).

qu'il accorde à l'arrière-plan, c'est-à-dire à l'ensemble des présupposés des acteurs[1]. Opter pour l'acceptation impliquerait une approche irréaliste fondée sur la bonne volonté de chacun et conduirait à l'effondrement de la théorie des faits institutionnels[2], ce qui encourage à préférer les croyances[3]. Le schéma final est relativement clair : les faits institutionnels reposent sur des règles constitutives qui sont formées de l'intentionnalité collective partagée par les acteurs sous forme « nous croyons que X compte pour Y ». Le statut de la règle constitutive est alors établi mais il est contesté (B).

B. La contestation du statut de la règle constitutive

La théorie des faits institutionnels fait l'objet de critiques qui sont aussi bien des remises en cause générales que des critiques internes visant à la reformuler. La discussion est particulièrement forte sur le statut de la règle constitutive car la notion même d'intentionnalité collective est très débattue (1) ce qui nous mènera à une position minimale tenant compte des difficultés quant à la forme de la croyance (2).

1. LES VERSIONS ALTERNATIVES DE L'INTENTIONNALITE COLLECTIVE

La notion d'intentionnalité collective occupe une place importante dans les théories sociales contemporaines qui s'appuient sur les états mentaux des acteurs. Cela s'explique aisément car elle permet d'expliquer une différence intuitive : des courses parallèles et communes ne peuvent être assimilées. Pour autant, les défauts de la vision de Searle sont assez apparents : la présupposition d'une capacité biologique ne constitue sans doute pas une réponse idéale aux carences de la théorie sociale. De plus, la complémentarité entre les intentionnalités des divers acteurs est obscure. C'est pourquoi plusieurs théories alternatives de l'intentionnalité collective sont disponibles même si seules deux grandes constructions peuvent passer pour des théories complètes et cohérentes[4]. La première renoue avec un

[1] Le rôle d'un ensemble indéterminé de présupposés inconscients est souvent mis en avant (HULSEN Peter, article précité, p. 291 ou BERGER Peter et LUCKMANN Thomas, *op. cit.*, p. 117) y compris par Searle. Certains notent néanmoins que la pensée de ce dernier n'est pas toujours cohérente et connaît un balancement entre un volontarisme fondé sur l'acceptation et un institutionnalisme fondé sur l'arrière-plan (CLÉMENT Fabrice et KAUFMANN Laurence, *op. cit.*, p. 101). Ajoutons que Searle a souligné la proximité de son concept d'arrière-plan avec l'habitus de Bourdieu (« Réalité institutionnelle et représentation linguistique », précité, p. 193).

[2] Sur les problèmes impliqués par la référence à l'acceptation dans ce cadre, voir notamment SANCHEZ-CUENCA Ignacio, « A Behavioral Critique of Searle's Theory of Institutions », *in* TSOHATZIDIS Savas (dir.), *op. cit.*, p. 181 et s.

[3] Il ne faut pas oublier ici que le terme « *acceptance* » n'équivaut pas au terme « acceptation » en français. L'ambiguïté relevée lors de l'examen des travaux de Hart se retrouve ici. Son usage chez Searle est même interprété par certains comme renvoyant à une régularité de comportement ou à une reconnaissance non-évaluative. Sur les différents sens envisageables, voir TURNER Stephen, « Searle's Social Reality », *History and Theory* 1999, p. 221.

[4] Pour des exemples de théories de portée limitée que nous n'exposerons pas en détails, voir SCHMID Hans Bernhard, « Rationality-in-Relations », *in* KOESPELL David et MOSS Laurence (dir.), *op. cit.*, p. 67-101 ou MISCEVIC Nenad, « Explaining Collective Intentionality », *ibid.*, p. 257-267.

holisme classique en rejetant l'individualisme méthodologique de Searle[1]. L'intentionnalité collective ne serait pas la combinaison de réalités individuelles mais une réalité collective unique et originale : l'intentionnalité n'est pas attribuée à des individus mais à une entité collective[2]. Cette théorie est justifiée par une argumentation complexe qui insiste sur les faiblesses de la vision de Searle. Son principal problème serait d'impliquer l'idée contre-intuitive selon laquelle il est possible de se tromper sur ce que l'on est en train de faire : l'on pourrait ainsi croire à tort que l'on est en train de courir un marathon[3]. Le remède semble toutefois pire que le mal car l'intentionnalité collective n'a pas été imaginée pour soutenir l'existence d'entités collectives typiques du holisme mais bien pour rendre compte des actions collectives dans un cadre individualiste. La possibilité de préserver le réductionnisme ontologique sans s'écarter du sens commun qui fait l'intérêt de la théorie des faits institutionnels est ici détruite par une ontologie difficile à gérer. Cette sorte de construction ne peut échapper au rasoir d'Occam que si l'échec de toutes les théories individualistes est prouvé[4], ce qui n'est pas le cas. La lecture holiste de l'intentionnalité collective échoue donc.

La deuxième construction alternative pousse au contraire encore plus loin l'individualisme méthodologique. L'intentionnalité collective n'est plus une forme d'intentionnalité spécifique mais simplement une combinaison complexe d'intentionnalités individuelles ordinaires. Plus précisément, une intentionnalité collective est une intentionnalité individuelle dont le caractère collectif est assuré par l'ajout de croyances mutuelles sur l'intentionnalité d'autrui[5]. Pour reprendre l'exemple déjà évoqué, une course peut être considérée comme commune si mon intention est « je cours » et si je crois que les autres courent et qu'ils croient que je crois qu'ils courent *etc*. Ce modèle simple est généralisable et permet de comprendre pourquoi il est impossible de mener seul une activité collective[6] tout en évitant des présupposés discutables sur les capacités humaines[7]. Il a d'ailleurs été appliqué aux règles constitutives au-delà des

[1] La meilleure marque de l'individualisme de Searle est son idée selon laquelle l'intentionnalité collective est possible même pour un « cerveau dans une cuve » (voir « Collective Intentions… », précité, p. 407).
[2] MEIJERS Anthonie, *Speech Acts, Communication and Collective Intentionality*, Leyde, Rijkuniversiteit, 1994, p. 38.
[3] *Ibid.*, p. 39. Notons que Searle assume totalement cette conséquence particulière de sa théorie de l'intentionnalité collective. Voir ainsi, « Social Ontology and the Philosophy of Society », précité, p. 150.
[4] Cette faiblesse est tout à fait reconnue par les tenants de l'approche holiste qui estiment toutefois, sans vraiment réussir à le démontrer, que les théories individualistes ne suffisent pas (MEIJERS Anthonie, *op. cit.*, p. 133).
[5] Pour des exemples de cette conception, voir TUOMELA Raimo et MILLER Kaarlo, « We-Intentions », *Philosophical Studies* 1988, p. 375 ou LAGERSPETZ Eerik, *op. cit.*, p. 9. L'ambiguïté entre croyance et acceptation se retrouve aussi dans cette théorie. Voir TUOMELA Raimo, « Belief versus Acceptance », *Philosophical Explorations* 2000, p. 135 et « Collective Acceptance, Social Institutions and Social Reality », *in* KOESPELL David et MOSS Laurence (dir.), *op. cit.*, p. 126.
[6] En ce sens, voir CELANO Bruno, « Collective Intentionality, Self-Referentiality and False Beliefs », *Analyse und Kritik* 1999, p. 239 ou TUOMELA Raimo et MILLER Kaarlo, article précité, p. 370.
[7] Pour une critique de cet aspect de la pensée de Searle, voir VISKOVATOFF Alex, article précité, p. 26.

simples cas d'intentionnalité collective[1]. Ainsi, une feuille de papier sera de la monnaie car je crois qu'elle est de la monnaie et je crois que les autres croient que c'est de la monnaie *etc*. Le rapport entre croyance et règle constitutive est confirmé au prix d'une modification du type de croyances en cause. Les théories institutionnalistes basées sur des croyances mutuelles reposent clairement sur un appareil conceptuel plus léger que celui de Searle puisqu'elles utilisent uniquement des entités individuelles bien identifiées. Le passage entre les états mentaux et l'intentionnalité collective ne présente plus aucun mystère et la combinaison entre les états mentaux dépasse la seule juxtaposition ce qui rend mieux compte du caractère collectif de l'intentionnalité. En plus, cette théorie présente l'avantage d'être cohérente avec un modèle plus général ayant connu un grand succès dans les sciences sociales : le conventionnalisme prôné par Lewis[2]. Elle lui ajoute une fonction ontologique qui augmente sa portée[3] tout en conservant sa principale caractéristique : l'explication de la coordination informelle de comportements humains par la présence de croyances mutuelles. Elles se substituent avantageusement à un accord qui serait le plus souvent irréaliste[4]. Les conventions apparaissent alors comme un exemple spécifique d'intentionnalité collective et les règles constitutives comme une convention particulière. Ce rapprochement est d'autant plus pertinent que les théories des conventions et des faits institutionnels ont la même origine : l'explication du fonctionnement du langage[5].

Les problèmes de cette deuxième conception alternative de l'intentionnalité collective ne doivent cependant pas être sous-estimés. Son incomplétude a été relevée car elle néglige le rôle éventuel de la volonté de coopérer en limitant l'aspect collectif à des croyances mutuelles[6]. Surtout, le caractère mutuel des croyances mène à une régression vers l'infini[7] qui est inacceptable puisqu'elle n'existe pas dans les interactions des acteurs et qu'elle empêche

---

[1] Cette idée est parfois clairement exprimée (voir LAGERSPETZ Eerik, *op. cit.*, p. 7) mais elle est aussi implicitement assumée par les auteurs qui soulignent le rapport entre intentionnalité collective et règles sociales (voir par exemple, TUOMELA Raimo, « Collective Acceptance… », précité, p. 138).

[2] Le principe de base de la théorie des conventions de Lewis est assez simple. La résolution des problèmes de coordination ne dépend pas de nos préférences mais plutôt de nos anticipations des réactions d'autrui. Une convention se forme sans qu'il soit besoin d'un accord explicite ou conscient par le partage de croyances mutuelles qui font de certains actes la solution des problèmes de coordination (LEWIS David, *Convention*, Oxford, Blackwell, 2002, notamment p. 12, 58 et 78). Ce schéma serait susceptible d'expliquer de nombreux faits sociaux, en particulier le langage.

[3] En ce sens, voir LAGERSPETZ Eerik, *op. cit.*, p. 45.

[4] La théorie du contrat social illustre idéalement ce risque : elle est avant tout une généralisation du rôle de l'acceptation comme base des faits sociaux. Elle peut servir au mieux de fiction politique soutenant une prescription morale.

[5] Cette proximité ne doit cependant pas être exagérée car la théorie des faits institutionnels est issue de la théorie des actes de langage et est donc fortement liée à l'aspect pragmatique du langage quand la théorie des conventions de Lewis est plus aisément applicable aux dimensions sémantiques et syntaxiques du langage qui sont manifestement conventionnelles.

[6] Searle souligne ainsi la différence qui sépare un groupe d'hommes d'affaire persuadés qu'ils peuvent collectivement améliorer le monde en suivant leur intérêt personnel d'un homme d'affaire qui connaît cette croyance et veut seulement poursuivre son intérêt (« Collective Intentions… », précité, p. 405). Voir aussi, MEIJERS Anthonie, *op. cit.*, p. 80.

[7] Chaque croyance mutuelle fait elle-même l'objet d'une croyance mutuelle sans que l'on puisse envisager une quelconque limitation (TUOMELA Raimo et MILLER Kaarlo, article précité, p. 371). Pour une critique sur ce point, voir SCHMID Hans Bernhard, article précité, p. 69 ou SEARLE John, *Mind, Language and Society*, précité, p. 114.

logiquement toute action collective. Face à cet obstacle, il est généralement proposé d'arrêter arbitrairement la régression[1] sans que l'on sache vraiment comment cet arrêt se justifie. En outre, des actions coordonnées complexes semblent réalisées sans aucune référence aux croyances d'autrui[2] : l'utilisation de la monnaie est intuitive et repose sans doute avant tout sur des croyances sur la monnaie plutôt que sur des croyances sur les croyances des autres. Il est tout à fait possible d'envisager la combinaison de croyances simples sans passer par des croyances réflexives. L'ajout de ce type de croyance n'est pas nécessaire et n'est suggéré ni par la réalité externe des interactions, ni par la perception intuitive des états mentaux impliqués. La croyance individuelle et directe suffit à chacun et le caractère collectif est constaté de l'extérieur par la correspondance des croyances sans que des croyances mutuelles ne soient vraiment utiles. La préférence pour les croyances mutuelles s'explique en réalité par la volonté d'y trouver la base nécessaire au fondement d'un raisonnement pratique : il ne s'agit pas de constater des actions coordonnées mais de défendre leur rationalité voire de trouver dans la coordination une justification morale[3]. Une vision irréaliste est alors proposée pour une mauvaise raison, sans même que le raisonnement moral paraisse pleinement tenable[4]. Chaque théorie a donc ses défauts, ce qui incite à adopter une position minimale (2).

2. L'ADOPTION D'UNE POSITION MINIMALE

Les débats sur la teneur précise de l'intentionnalité collective et de la règle constitutive ne doivent pas faire oublier les éléments partagés par les auteurs impliqués. Ils adhèrent à l'existence de faits institutionnels incarnant une construction sociale de la réalité par les représentations des acteurs conçues comme une série de croyances formant une règle constitutive manifestant une intentionnalité collective qui échappe au rasoir d'Occam[5]. Le schéma général de la théorie des faits institutionnels n'est pas directement touché par

[1] TUOMELA Raimo et MILLER Kaarlo, article précité, p. 371 ; LAGERSPETZ Eerik, *op. cit.*, p. 13 ou FITZPATRICK Dan, article précité, p. 56.

[2] Nous pouvons remarquer ici que les exemples utilisés par Lewis pour établir le rôle des anticipations mutuelles dans la coordination sont le plus souvent des situations très simples : savoir qui doit rappeler quand une communication téléphonique est coupée ou comment s'habiller pour aller à une fête (*op. cit.*, p. 6).

[3] La volonté de fonder de manière absolue des raisonnements pratiques sur une base conventionnaliste est assumée par exemple dans LAGERSPETZ Eerik, « On the Existence of Institutions », *in* ERIKSSON Lars et HURRI Samuli (dir.), *Dialectic of Law and Reality. Readings in Finnish Legal Theory*, Helsinki, Publications of the Faculty of Law, 1999, p. 212 ou SCHMID Hans Bernhard, article précité, p. 75.

[4] Le traitement de toutes les situations institutionnelles sur la base de l'exemple fourni par le langage néglige clairement le rôle important joué par les préférences et les valeurs dans les choix tenant à l'organisation de la société par opposition aux simples problèmes de coordination. En outre, il faut séparer les questions tenant à la coordination d'activités existantes de celles portant sur la création de nouvelles institutions. Sur ce dernier point, voir KASHER Asa, « Are Speech Acts Conventional ? », *Journal of Pragmatics* 1984, p. 68.

[5] Celui-ci élimine en effet les entités qui sont stipulées sans nécessité. Or, l'intentionnalité collective est indispensable pour rendre compte des faits sociaux et des actions coordonnées. Pour une démonstration complète, voir HINDRIKS Frank, « Social Ontology, Collective Intentionality and Ockhamian Scepticism », *in* MEGGLE Georg (dir.), *Social Facts and Collective Intentionality*, Francfort, Dr. Hänsel-Hohenausen AG, 2002, p. 125-149.

l'incertitude sur l'intentionnalité collective : la fonction d'assignation d'un statut par une règle constitutive impliquant des croyances partagées est préservée. La perspective qui est la nôtre n'impose pas nécessairement de trancher entre les alternatives complexes proposées pour expliquer l'intentionnalité collective[1]. À la rigueur, il est possible de rejeter l'approche holiste en raison de ses défauts ontologiques tout en évitant de trancher entre les deux versions individualistes de l'intentionnalité collective. Dans ces deux cas, la règle constitutive repose sur des croyances. La combinaison de croyances intrinsèquement collectives (« nous croyons que ») ou qui acquièrent un caractère collectif par l'ajout d'une réflexivité dans l'interaction est finalement sans grande importance pour nous. La forme de la croyance varie mais leur contenu reste le même et leurs modes d'existence sont suffisamment proches pour permettre une approche commune[2]. Or, c'est bien le contenu de la règle constitutive qui nous intéresse : son mode d'existence n'est qu'un complément visant à préciser les conditions de réfutation des énoncés définitoires. La prise de conscience de la place déterminante des croyances dans la capacité de construction sociale de la théorie des faits institutionnels est *a priori* une précision assez forte pour nous. Nous pouvons donc nous contenter de retenir l'idée selon laquelle la règle constitutive est fondée sur des croyances sans s'exprimer sur leur caractère collectif ou individuel et sur le besoin d'ajouter des croyances mutuelles.

Cette position minimale, justifiée par les limites de nos objectifs, vaut aussi pour diverses contestations internes à la théorie des faits institutionnels qui ne remettent pas en cause le schéma général décrit jusqu'ici. Ainsi, si le modèle de Searle repose sur la croyance, c'est-à-dire l'état mental qui caractérise l'assertion[3], cela implique une direction d'ajustement du monde vers l'état mental et des conditions de satisfaction tenant à l'application d'une théorie classique de la vérité-correspondance[4]. Il est alors bien difficile de voir comment un état mental de ce type pourrait contribuer à créer quelque chose ou attribuer un statut à un objet qu'il est censé décrire. En effet, la condition de satisfaction de la croyance C(p) est que p soit vrai[5] alors que la croyance impliquée dans une règle constitutive aboutit à rendre vrai p. L'on ne croit pas qu'une feuille de papier est un billet parce que c'est vrai mais l'on lui donne ce

[1] Il est en effet possible d'admettre l'explication de Searle sur l'existence de la réalité sociale à partir du moment où l'on accepte l'intentionalité collective, indépendamment de la vision que l'on en a. En ce sens, voir FOTION Nick, *John Searle*, Teddington, Acumen, 2000, p. 206.
[2] Certains auteurs se réfèrent d'ailleurs au rôle des croyances sans s'engager dans les débats sur l'intentionnalité collective. Voir ainsi, HULSEN Peter, article précité, p. 284 ou VERSCHUEREN Jef, « À la recherche d'une pragmatique unifiée », *Communications* n°32, p. 278.
[3] Ce lien entre croyance et assertion qui repose sur le rapport établi par Searle entre états mentaux et force illocutoire des actes de langage a été critiqué (voir notamment, MALCOM Norman, « I Believe that P », *in* LEPORE Ernest et VAN GULICK Robert (dir.), *John Searle and His Critics*, Oxford, Blackwell, 1993, p. 166) mais est constamment défendu par Searle (voir ainsi, « Response : Perceptions and the Satisfactions of Intentionality », *ibid.*, p. 187).
[4] SEARLE John, *L'intentionnalité*, précité, p. 23 et 40.
[5] *Ibid.*, p. 23 ou COHEN Jonathan, *An Essay on Belief and Acceptance*, Oxford, OUP, 1992, p. 4.

statut en croyant qu'elle l'est. La tentative de réduire l'existence d'un fait institutionnel à sa fonction ne peut résoudre ce problème : l'on ne croit pas simplement qu'un échange est possible, ce qui constituerait une croyance sur les croyances d'autrui, mais l'on croit que c'est de la monnaie[1]. L'objection peut être combattue en soulignant le caractère inconscient de la fonction constitutive et la dimension collective de la croyance dans le cadre de la création de la réalité sociale. La feuille de papier devient un billet sur la base des croyances partagées par les autres membres de la société même si je ne le crois pas. Chaque croyance n'est donc pas constitutive en tant que telle de la monnaie[2] et il est possible d'avoir des croyances vérifiables à ce sujet. Une deuxième solution plus complexe est envisageable. Il s'agit de soutenir que la théorie de Searle fait référence à deux types de croyances distincts : celles qui soutiennent les assertions et celles qui soutiennent les déclarations. Ces dernières sont des actes de langage spécifiques dotés de la double direction d'ajustement, des mots vers le monde et du monde vers les mots, c'est-à-dire qu'elles rendent vraies ce qu'elles déclarent[3]. La phrase « je te baptise » en est un exemple parfait. Il est alors possible de distinguer l'assertion A(p), à laquelle correspond la croyance C1(p), de la déclaration D(p), à laquelle correspond la croyance C2(p). En reprenant le principe de la déclaration au-delà du cas des actes de langage[4], il est possible d'envisager que les croyances impliquées dans l'existence des règles constitutives sont de type C2[5]. Le rapport entre C1 et C2 est le même que celui de A et de D, c'est-à-dire que C2 est bien dotée de conditions de satisfaction mais qu'elle est auto-vérifiante dans certaines circonstances[6]. Dans le cas de l'acte de langage déclaratif, le respect de

---

[1] Le modèle de la croyance purement limitée aux croyances d'autrui n'est pas sans rappeler le modèle du *bad man* invoqué par les réalistes américains. Le concept est ici éclairé : le *bad man* possède des connaissances sur les croyances d'autrui mais il ne croît pas lui-même. Cependant, une institution pourra difficilement survivre durablement si elle n'est pratiquée que par des *bad men* : ceux-ci ont besoin de vrais croyants pour mener leur activité.

[2] En ce sens, voir LAGERSPETZ Eerik, *op. cit.*, p. 14.

[3] Pour un bon exposé de la particularité des déclarations, voir SEARLE John, « How Performatives Work », *in* VANDERVEKEN Daniel et KUBO Susumu (dir.), *Essays in Speech Act Theory*, Amsterdam, Philadelphie, John Benjamins, 2002, p. 97 et 100.

[4] L'expression dans un acte de langage implique un caractère volontaire ou au moins partiellement conscient qui ne se retrouve pas dans le simple état mental. La différence qui oppose une assertion, qui suppose la volonté d'affirmer quelque chose, et la croyance qui lui correspond se retrouve entre la déclaration et la croyance appropriée. Notons que l'équivalence établie entre les actes de langage et la typologie des faits sociaux correspond à l'approche générale proposée par Searle.

[5] Une idée comparable à récemment été proposée par Tuomela pour expliquer le caractère constitutif de certaines croyances (*The Philosophy of Sociality. The Shared Point of View*, Oxford, OUP, 2007, p. 185). Nous partageons pour l'essentiel la position de cet auteur sur ce point mais aussi sur l'importance de la perspective partagée par les acteurs dans l'action collective et l'existence des institutions (*ibid.*, p. 195) qui s'approche fortement du point de vue interne dans le cadre duquel se place notre démarche. Pour autant, nous ne pouvons reprendre intégralement sa vision des institutions car cela supposerait de se prononcer sur la nature de l'intentionnalité collective (*ibid.*, p. 80) mais surtout parce que la théorie qu'il a développée vise à rendre compte uniquement des groupes constitués sur une base volontaire à travers l'acceptation d'un but commun (*ibid.*, p. 18 et 35). Ce choix a des conséquences très importantes sur sa théorie des institutions, puisque l'acceptation collective y a un rôle déterminant (*ibid.*, p. 193), mais aussi sur les croyances collectives qui sont plus considérées comme l'acceptation ou la reconnaissance de croyances que comme le simple partage de ces croyances (*ibid.*, p. 135)

[6] Le besoin de réunir certaines circonstances explique comment l'on peut échouer dans une déclaration, par exemple en tentant de baptiser quelqu'un sans en avoir la compétence. Elle explique aussi comme l'on peut se tromper sur un fait institutionnel : il est possible de croire à tort qu'une feuille de papier est un billet.

conditions institutionnelles peut être exigé mais dans le cas de l'état mental, le fait qu'il soit partagé par les acteurs lui permet d'être auto-vérifiant[1]. L'auto-vérification fonctionne si la croyance porte sur la réalité sociale mais elle peut aussi être envisagée pour des croyances fausses qui créent une réalité sociale par une croyance erronée sur une réalité naturelle. Ce modèle est particulièrement intéressant car il permet de comprendre comment une fausse croyance peut créer une réalité sociale alors que si elle suivait le modèle de C1 elle serait simplement non-satisfaite[2]. En revanche, il met en danger le caractère mutuel des croyances qui est plus difficilement applicable aux fausses croyances. Quoi qu'il en soit, nous choisissons encore ici une position minimale. Les croyances peuvent manifestement jouer un rôle sans avoir à se prononcer sur le rapport éventuellement circulaire entre les croyances et la vérité. La bizarrerie de l'état mental impliqué ou sa difficulté à entrer dans la typologie de Searle n'est pas notre problème. La compréhension de la règle constitutive comme croyance dotée d'un effet social suffit à fournir les bases d'une théorie institutionnaliste et c'est sur cette base que son adaptation au droit doit être réalisée (II).

II. L'ADAPTATION DE LA THEORIE DES FAITS INSTITUTIONNELS EN DROIT : LA DOCTRINE GENERALE DES SOURCES DU DROIT COMME REGLE CONSTITUTIVE

L'attention accordée à la notion de règle constitutive ne se justifie que dans la mesure où elle peut éclairer le fonctionnement du droit et la définition de la constitution. Nous entendons démontrer que l'existence de cette dernière s'appuie sur une série spécifique de règles constitutives : la doctrine générale des sources du droit (A). La lecture particulière de la théorie des faits institutionnels qu'implique ce concept permet d'utiliser cette théorie en évitant l'accusation de pluralisme ontologique qui frappe souvent son application au droit (B).

A. La doctrine générale des sources du droit et l'existence de la constitution

La description de la constitution comme un fait institutionnel repose sur une doctrine générale des sources du droit (1) dont le rôle particulier peut être défendu malgré les critiques dont fait l'objet la notion de règle constitutive (2).

[1] C'est cette qualité spécifique qui explique pourquoi il est structurellement impossible d'envisager une erreur collective sur l'existence des faits institutionnels : si la croyance est partagée, elle devient vraie (voir toutefois *infra*, p. 273). Cette particularité des faits sociaux est souvent relevée. Voir ainsi, MARMOR Andrei, article précité, p. 11.

[2] Faute de suivre cette voie, la référence de Searle aux fausses croyances est parfois condamnée (CELANO Bruno, article précité, p. 248). Cette attitude ne peut toutefois convaincre car il est manifeste que certains faits institutionnels font l'objet de fausses croyances sans que leur existence n'en soit affectée.

1. LA DOCTRINE GENERALE DES SOURCES DU DROIT COMME BASE D'UNE THEORIE INSTITUTIONNALISTE DU DROIT

Nous avons vu qu'une norme juridique produite volontairement est la signification langagière (S1) d'un acte de langage doté d'une valeur institutionnelle particulière (S2). S2 est la valeur juridique de l'acte qui dépend de son placement dans une catégorie spécifique d'actes normatifs juridiques, c'est-à-dire une source du droit pour reprendre le vocabulaire classique. La définition d'une source du droit est peu problématique quand elle est fixée par une norme juridique reconnue[1]. Dans ce type de cas, la théorie de la double signification apporte des explications utiles[2] sans soulever de question supplémentaire. Il en va très différemment pour les sources du droit dont la définition n'est pas exprimée dans un acte normatif identifié comme juridiquement valide car elle montre alors qu'il faut tout de même une règle constitutive dont la nature n'est pas évidente. Cette situation n'est pas rare mais elle devient gênante quand elle s'accompagne d'hésitations sur les critères à utiliser, comme pour la constitution, ou sur l'existence même de la source du droit, comme pour la coutume. Les débats sur ces sujets sont récurrents sans que l'on ne puisse apporter de solution claire faute de savoir où chercher. Pourtant, les acteurs semblent disposer d'une solution puisqu'ils connaissent les sources du droit à utiliser. Or, celles-ci varient manifestement selon les systèmes juridiques : certains sont dominés par la coutume qui est totalement inconnue dans d'autres. Une liste des sources du droit semble donc exister d'une manière ou d'une autre pour chaque système juridique[3]. C'est cet ensemble de catégories juridiques d'actes normatifs que nous appelons « doctrine générale des sources du droit ». Elle ne dépend pas de la science juridique car cette dernière ne peut créer de catégories dotées d'effet juridique[4] et car

[1] Bien évidemment, des difficultés peuvent subsister quant à la texture ouverte de la norme en question mais elles tiennent alors à la détermination de la signification langagière (S1) de l'acte normatif qui signifie la norme définissant la catégorie dogmatique en cause. Le statut de la définition est lui totalement clair.

[2] Elle précise notamment les idées répandues selon lesquelles les normes juridiques seraient des faits institutionnels ou le résultat d'actes de langage en montrant comment deux faits institutionnels distincts doivent se combiner pour déterminer entièrement la force des actes de langage concernés.

[3] L'idée selon laquelle certains éléments doivent déterminer les sources valables dans un système juridique est relativement répandue, qu'ils s'agissent de règles juridiques (voir ainsi l'intervention du professeur Pfersmann sous AVRIL Pierre, « Statut des normes constitutionnelles non écrites », *in* AVRIL Pierre et VERPEAUX Michel (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2000, p. 89 ou ROCHE Jean, « Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence », *AJDA* 1962, p. 532) ou non (COHENDET Marie-Anne, « Lionel Jospin dans son rôle », *Le Monde* 1er mars 2000 ou RAZ Joseph, « The Identity of Legal Systems », *in The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 80). Soutenir qu'il n'existe pas de tel critère paraît difficile car il est manifeste qu'un décret français ne vaut pas en droit international et qu'une coutume néo-calédonienne n'est pas valide dans l'ordre juridique allemand. D'autres cas sont contestés mais la présence de cas typiques montre qu'il existe nécessairement une réponse dans la pratique juridique.

[4] Le professeur Combacau soutient une position de cet ordre quand il affirme que la définition de la coutume ne peut dépendre de la doctrine car sinon « le juriste qui, en se posant en autorité normative et se substituant à celles que chaque ordre juridique investit de cette fonction, déterminerait les conditions d'emplois d'un mot là où sa fonction comme observateur du droit positif est plus probablement de confronter les emplois qu'en fait la pratique juridique » (« Ouverture : de la régularité à la règle », *Droits* n°3, p. 6). Précisons que la notion de doctrine générale des sources du droit est une catégorie théorique qui classe des catégories dogmatiques pour sélectionner celles qui fixent la nature juridique (S2) d'acte normatif juridique dans un système donné. Elle permet de s'interroger sur le mode d'existence de ces catégories spécifiques.

l'existence du droit, qui suppose la sélection des actes normatifs pertinents, précède celle de la science juridique. La réponse existe dans la pratique juridique et doit être précisée pour éviter que la description du droit se limite à des affirmations arbitraires et irréfutables[1].

La notion de règle constitutive entendue comme une réalité sociale à part entière peut s'avérer utile à ce stade. Si l'existence d'une norme juridique sans base identifiée peut surprendre le juriste, l'existence d'un fait institutionnel dans de telles conditions n'a rien d'étonnant. La plupart des institutions sociales fonctionnent grâce à des règles constitutives qui ne sont pas consciemment identifiées par les acteurs[2]. Le langage ou les promesses extra-juridiques en sont des exemples parfaits. Puisque les normes juridiques sont des faits institutionnels[3], le modèle général qui caractérise ce genre de faits ne doit pas être écarté. La doctrine générale des sources du droit est donc formée en partie par des règles constitutives[4] comprises comme des croyances partagées par les acteurs sur une catégorie d'actes juridiques. Ces croyances peuvent être exprimées sous la forme « les faits répondant aux critères X et Y comptent comme un acte de type Z »[5]. La croyance n'est pas un des critères de qualification mais le mode d'existence de ces critères : elle ne fait pas partie de la définition des normes constitutionnelles mais détermine son statut[6]. L'appartenance d'une norme à un système juridique dépend d'une qualité institutionnelle qui peut provenir d'une règle constitutive de ce type[7]. La qualité de norme juridique du système juridique X est un statut institutionnel et non

[1] Le débat sur la coutume en droit français illustre idéalement ce risque. Faute de connaître l'origine des critères, chaque auteur choisit arbitrairement sa solution. Certains se réfèrent au caractère écrit de la constitution (LAFERRIÈRE Julien, « La coutume constitutionnelle. Son rôle et sa valeur en France », *RDP* 1944, p. 31) ou au fait qu'elle n'a pas exclu l'existence de coutume (LUISIN Bernard, « L'interprétation du règlement de l'Assemblée nationale par les précédents », *RDP* 1988, p. 1134) sans voir que ce choix montre qu'ils présupposent la réponse qu'ils recherchent (en ce sens, voir CAPITANT René, « La coutume constitutionnelle », *RDP* 1979, p. 967). D'autres optent pour une forme de réalisme dogmatique (CHEVALLIER Jacques, « La coutume en droit constitutionnel français », *RDP* 1970, p. 1405) voire fixent des critères sans les justifier (CHANTEBOUT Bernard, *Droit constitutionnel*, 25e éd., Paris, Sirey, 2008, p. 25) ou en les fondant sur des préférences politiques (ELKAM Frédérique, « Le droit constitutionnel non écrit : une vraie fausse modernité », *Civ. Eur.* n°9, p. 262) tenant notamment à la valeur donnée par la volonté populaire (ESMEIN Adhémar, « La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français ? », *Bulletin de la société d'études législatives* 1905, p. 533).

[2] La codification des règles constitutives est possible mais elle est loin d'être systématique. En ce sens, voir SEARLE John, *La construction de la réalité sociale*, Paris, Gallimard, 1998, p. 118 ou HULSEN Peter, article précité, p. 291.

[3] Cette qualité de fait institutionnel a été établie dans le premier chapitre de cette partie (voir *supra*, p. 242 et s.) et semble dure à réfuter si l'on admet la théorie proposée ici : les normes juridiques ne peuvent passer pour des faits bruts.

[4] Une idée proche est soutenue par le professeur Marmor pour qui le droit repose sur des « conventions constitutives » qui réduisent la création du droit à quelques sources établies (« Exclusive Legal Positivism », *in* COLEMAN Jules et SHAPIRO Scott (dir.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, précité, p. 106).

[5] Cette formulation est parfaitement compatible avec les positions tenues précédemment sur le rapport entre droit et morale. Rien ne limite *a priori* les critères auxquels les acteurs s'attachent : ceux-ci peuvent tout à fait tenir à la moralité ou à l'effectivité de la norme sans rompre pour autant avec le modèle de la qualification par une catégorie préexistante.

[6] Une croyance peut cependant exister sur les croyances et les faire entrer dans la définition d'un acte (voir *infra*, p. 332 et s.).

[7] La description de l'appartenance d'une norme comme un statut social spécifique rejoint l'assimilation de cette qualité à un nom propre (ROSS Alf, *On Law and Justice*, Londres, Stevens & Sons, 1958, p. 30) ou à une identité (RAZ Joseph, *Practical Reason and Norms*, Oxford, OUP, 2002, p. 107). Elle s'articule avec la tendance répandue à lier la validité à l'appartenance à un système juridique donné (VIRALLY Michel, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 138) même s'il est possible dans certains cas qu'une norme soit valide en droit français sans appartenir au système juridique français (voir *infra*, p. 666 et MARMOR Andrei, article précité, p. 105 ou RAZ Joseph, « Legal Validity », *in The Authority of Law*, précité, p. 149).

le résultat de l'application de critères théoriques[1]. Cette idée semble logique car les divers systèmes normatifs contiennent des normes distinctes et si le doute peut exister dans les marges, le noyau de ces normes est indiscuté malgré l'absence de critères conscients. Les normes régissant le fonctionnement du crime organisé ou d'une religion ne sont pas toujours identifiées par des critères clairs mais leur choix n'est pas le fruit du hasard. Le droit en tant qu'institution sociale est un système normatif lui aussi et ses normes sont différenciées de celles du crime organisé ou d'une religion donnée sans difficulté. Nous ne voyons aucune raison de penser que ce qui est possible pour des systèmes normatifs peu formalisés serait radicalement impossible pour le droit qui est confronté à des problèmes de sélection de normes du même ordre[2]. La doctrine générale des sources du droit se compose cependant à la fois de règles constitutives au sens strict et de règles constitutives dérivées[3] qui déterminent conjointement la liste des catégories d'actes normatifs valables pour un système juridique donné. L'opposition entre ces deux sortes de règles correspond à celle qui sépare la validité originaire de la validité dérivée : la validité est originaire quand elle repose sur une règle constitutive ultime incarnée dans des croyances partagées et dérivée quand elle est fondée sur une règle dont la validité dérive d'une norme originaire[4].

Au final, la théorie de la double signification se combine avec la notion de règle constitutive[5] car elle permet de saisir le rôle de ce type de règles. La notion si contestée de signification objective de norme gagne en cohérence : elle marque en réalité une objectivité épistémique et non ontologique[6] sans passer par la présupposition d'une norme fondamentale. De même, le mode d'existence des sources du droit est précisé, ce qui renforce l'opposition entre la doctrine des sources du droit, ensemble de catégories juridiques, et la théorie générale des sources du droit, ensemble de catégories théoriques[7]. Cela permet de reprendre le concept

---

[1] Dans un cadre dogmatique, se demander si une règle est une norme juridique revient à se demander si elle est valide dans un système juridique donné. La réponse dépend de son statut social et non de critères théoriques et il est donc inutile et dangereux dans ce cadre de chercher des tels critères (pour des exemples de ce type de démarche, voir AGO Roberto, « Droit positif et droit international », *AFDI* 1957, p. 58 ou CAPITANT René, *Cours de principes de droit public*, Paris, Les cours de droit, 1953-1954, p. 10) qui n'ont d'intérêt que dans une perspective théorique dont l'autonomie ne doit pas être oubliée car elle ne vise pas à déterminer ce qui est juridiquement obligatoire (pour un exemple, voir RAZ Joseph, « The Identity of Legal Systems », *in The Authority of Law*, précité, p. 79).

[2] La sélection est nécessaire pour différencier les normes d'un système juridique donné à la fois des « feuilles de papier », des normes issues d'autres systèmes juridiques et des normes relevant d'autres systèmes normatifs non-juridiques. Les critères civilistes classiques opposant droit, morale et religion ne peuvent suffire car ils relèvent du point de vue externe.

[3] Nous visons ici des règles qui ont la forme de règle constitutive d'actes normatifs sans en avoir le statut.

[4] Le critère théorique de la qualité de norme originaire est reformulé pour préciser encore l'idée de fondement ajuridique mise en avant lors du travail sur le pouvoir constituant originaire comme simple fait (voir *supra*, p. 165).

[5] Si les lois ou les contrats sont abordés dans la théorie des faits institutionnels, l'opposition entre acte et norme n'est pas comprise (voir ainsi SEARLE John, *op. cit.*, p. 111) au risque d'une confusion sur les rapports entre les faits en cause.

[6] Cette conception spécifique de l'objectivité permet de préciser ce qui sépare l'institutionnalisme du réalisme. Le fait que la valeur juridique d'une norme dépende des représentations des acteurs ne suffit pas à priver d'objectivité dans un certain sens.

[7] Une distinction proche est proposée par le professeur Troper quand il estime que les débats classiques sur la coutume ne peuvent contribuer à l'étude de son existence car ils portent sur un concept qui appartient non pas « à la langue juridique […]

classique de source du droit sans tomber dans le jusnaturalisme favorisé par l'incertitude sur les conditions de vérité des énoncés décrivant les sources du droit[1]. Précisons toutefois que la doctrine générale des sources du droit dépasse le cadre de la production volontaire du droit car les règles constitutives peuvent aussi porter directement sur des normes (S1) dépourvues du support d'un acte de langage. Les deux théories sont complémentaires et indépendantes. L'une précise la nature des faits qualifiés et l'autre celle de la norme de qualification. Un acte originaire de type X voit ses conditions de réussite non-langagières fixées par une règle constitutive, ce qui implique que les conditions d'usage du terme « X » dans le discours du droit sont déterminées par cette même règle. Malgré ce statut atypique, le modèle de la catégorie dogmatique est préservé puisque les conditions d'attribution d'un statut entraînant des effets juridiques sont fixées par la pratique des acteurs[2].

La constitution suit le schéma général décrit ici. L'identification constitutionnelle passe forcément par une règle constitutive et le rôle central des marqueurs langagiers dans la théorie des faits institutionnels[3] confirme l'importance de la définition de la constitution. Cette règle est nécessairement une règle sociale pour les actes constitutionnels originaires. Son existence est éclaircie : elle revient à la présence de croyances partagées sur les critères permettant de considérer un acte de langage comme un acte constitutionnel. Les croyances en cause sont celles de tous les acteurs juridiques et non pas seulement celles des juges. Certes, nous pouvons relever une forme de division sociale du travail : les sujets de droit se reposent largement sur les connaissances des experts et sur leurs croyances[4]. Il ne faut pas oublier pour

---

mais au métalangage des théoriciens » (« Nécessité fait loi. Réflexions sur la coutume constitutionnelle », *in Mélanges offerts au Professeur Robert-Edouard Charlier*, Paris, Éd. de l'université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 311).

[1] La classification civiliste des sources qui sépare coutume et loi sur la base de critères doctrinaux (voir par exemple, BONNECASE Julien, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 1926, p. 51) est admissible tant que l'on reste conscient de son caractère théorique et que l'on ne considère pas ses critères comme l'expression du droit naturel (voir ainsi, BRETHE DE LA GRESSAYE Jean et LABORDE-LACOSTE Marcel, *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 1947, p. 180) mais aussi que l'on n'attribue pas à la doctrine une quelconque autorité sur la fixation de la liste des sources du droit dans une perspective dogmatique (pour un avis contraire, voir DEUMIER Pascale et REVET Thierry, « Sources du droit », *in* RIALS Stéphane et ALLAND Denis (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1432).

[2] Les éléments relevés dans le chapitre préliminaire doivent ici être un peu adaptés au regard des particularités du mode d'existence de la constitution en tant que norme originaire. Les critères définissant la catégorie dogmatique de constitution ne sont plus fixés dans une norme juridique. Le caractère dogmatique d'une catégorie dépend donc plutôt de sa capacité reconnue par les acteurs à avoir des effets juridiques, ce qui suppose que la définition repose directement (stipulation) ou indirectement (usage) sur une norme utilisée par les acteurs dans leur pratique juridique, quel que soit son statut.

[3] Sur ce sujet, voir *supra*, p. 245 et SEARLE John, *op. cit.*, p. 96.

[4] Ce concept a été développé par Putnam en sémantique : les usagers de la langue commune et les experts d'un domaine n'utilisent pas forcément les mêmes critères pour définir un mot mais les premiers se reposent sur le savoir des seconds même s'ils ne le maîtrisent pas (*Représentation et réalité*, Paris, Gallimard, 1990, p. 57). Les significations sociales suivent le même modèle car la connaissance est « socialement distribuée » et se structure en termes de pertinence (BERGER Peter et LUCKMANN Thomas, *La construction sociale de la réalité*, Paris, Armand Colin, 2006, p. 105). Les places des sujets de droit et des experts ne sont pas équivalentes même si les deux ont un rôle à jouer. Dans le domaine juridique, le rôle des experts concernant les sources du droit a parfois été relevé. Voir ainsi, HART H.L.A., *Le concept de droit*, Bruxelles, Pub. des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 83 ; WOOD Malcom, « Rule, Rules and Law », *in* LEITH Philip et INGRAM Peter (dir.), *The Jurisprudence of Orthodoxy : Queen's University Essays on H.L.A. Hart*, Londres, Routledge, 1988, p. 55 et surtout MARMOR Andrei, « Legal Conventionalism », *Legal Theory* 1998, p. 525. Pour une présentation des débats à ce sujet, voir KRYRITSIS Dimitrios, « What Is Good about Legal Conventionalism ? », *Legal Theory* 2008, p. 139.

autant que les juges ne sont pas les seuls experts du droit. En outre, une catégorie normative aussi importante et aussi restreinte que celle de constitution est sans doute en partie connue des sujets de droit et non des seuls experts, ce qui augmente les croyances dont il faut tenir compte[1]. La qualité de fait institutionnel de la constitution établie par cette règle permet de préciser la notion de validité juridique. Celle-ci n'est pas définie comme le résultat de la validation par une norme juridique supérieure mais comme un statut institutionnel spécifique attribué par une règle constitutive. Le fait de « compter comme une norme constitutionnelle » entraîne la possession de cette qualité spécifique. Cette idée montre le rôle que peuvent jouer les règles constitutives ultimes pour briser la régression vers l'infini de la connaissance normative. Chercher en permanence une norme supérieure ne peut que déboucher sur une régression vers l'infini pourtant absente de la pratique des acteurs. En évitant cette recherche, nous évitons la régression et les solutions adoptées pour y faire face telle que la théorie de la norme fondamentale ou le choix d'une optique réaliste. La juridicité est attribuée par la règle constitutive et non pas à la règle constitutive car il n'y a pas de catégorie dogmatique de règle constitutive mais seulement une catégorie externe utilisée pour comprendre le fonctionnement du système juridique. La règle constitutive ne peut être une catégorie de la doctrine générale des sources du droit puisqu'elle n'est pas utilisée par les acteurs. D'ailleurs, l'aspect social extra-juridique de cette règle est inévitable car la recherche de la norme ultime implique obligatoirement de sortir du système juridique : toute solution interne ne fait que repousser le problème de l'appartenance au système[2]. La règle constitutive crée l'institution et ne peut de ce fait bénéficier d'une qualité institutionnelle : la règle constitutive ne « compte » pour rien. Elle est le nom donné à un fait brut par la théorie des sciences sociales et non une qualité institutionnelle relevant de la première herméneutique. La connaissance de la règle constitutive en tant que fait brut ne passe pas par une règle constitutive de niveau supérieur[3]. Elle est une croyance et non l'objet d'une croyance.

---

[1] Parmi les normes originaires, il est possible d'opposer le cas de la constitution à celui des principes généraux du droit. Si un juge avait décidé en 1959 que la Constitution n'était pas le texte voté en 1958, il aurait manifestement contredit les croyances partagées par les sujets de droit. En revanche, la liste des principes généraux du droit, voire l'existence même de tels principes n'est *a priori* connue que des experts du droit (juges, avocats, théoriciens, fonctionnaires…).

[2] Nous retrouvons ici la régression vers l'infini à laquelle se heurte la recherche des bases de la connaissance normative. Le besoin de trouver une solution extérieure au système juridique a de ce fait souvent été relevé. Voir ainsi, ATIENZA Manuel et RUIZ MANERO Juan, *A Theory of Legal Sentences*, Dordrecht, Kluwer, 1998, p. 143 ; LAGERSPETZ Eerik, *The Opposite Mirrors*, Dordrecht, Kluwer, 1995, p. 106 ou THÉVENAZ Henri, « La théorème de Gödel et la norme fondamentale de Kelsen », *Droit et Société* n°4/1986.

[3] Notons que nous n'avons aucune prétention à contribuer aux débats sur le mode de connaissance des faits bruts. Tous les problèmes tenant à la perception ou la dénomination de tels faits ne concernent pas spécifiquement le droit et sont laissés à la théorie générale de la connaissance. Précisons notamment que nous n'entendons pas nous prononcer sur la part précise des conventions dans la connaissance des faits : quel que soit le rôle des schémas conceptuels dans l'identification des faits bruts, ceux-ci ne se confondent pas avec la première herméneutique des acteurs du système juridique. Même si nous devions admettre que les faits bruts sont dans un certain sens conventionnels, une convention supplémentaire est nécessaire pour passer de ces faits bruts conventionnels aux faits institutionnels qui nous intéressent.

Pour toutes ces raisons, la théorie de la règle constitutive rend envisageable l'identification constitutionnelle sans se heurter aux carences relevées dans le chapitre précédent. La qualité de constitution n'est plus ici créée par la doctrine ou le juge, ce qui permet d'expliquer que le refus d'un juge français d'appliquer la Constitution de 1958 soit une violation du droit français. En effet, la doctrine générale des sources du droit français désigne exclusivement certains faits limités comme des actes constitutionnels et l'écart avec les croyances partagées à ce sujet équivaut à un écart avec le droit positif. L'éventualité d'une révolution n'est pas problématique car les croyances ne sont en aucun cas définitives. Surtout, un support est désormais disponible pour étudier la définition dogmatique de la constitution. La renonciation à l'objectivité ontologique pour intégrer la place des états mentaux autorise à pratiquer une définition épistémiquement objective qui ne dépend pas de l'arbitraire doctrinal ou judiciaire. Nous disposons alors du statut de la définition de constitution et d'une méthode pour la déterminer. Il ne faut néanmoins pas oublier que la notion de règle constitutive pose plusieurs difficultés non-négligeables qui doivent être réglées pour pouvoir l'utiliser (2).

2. LES DIFFICULTES OCCASIONNEES PAR CETTE VERSION DE LA THEORIE INSTITUTIONNALISTE DU DROIT

Le statut de la théorie de la règle constitutive est sujet à caution car le recours à cette théorie trouve sa source dans l'attachement à la pré-notion de droit des acteurs. Il est alors tentant de croire que la capacité de la règle constitutive à correspondre à cette pré-notion est le fruit d'une logique circulaire : ce que croient les acteurs sur le droit (pré-notion) est bien sûr fonction de leurs croyances (règle constitutive). La démonstration proposée cacherait simplement une pétition de principe. Cependant, la pré-notion n'est qu'un concept visant à évaluer le bien-fondé d'une théorie générale du droit sur la base de sa correspondance avec les représentations assumées par les acteurs. Elle comprend à la fois des actes précis dont la validité juridique n'est pas contestée[1] et des conceptions générales, comme le fait de voir le droit comme un ensemble de normes juridiques. Les actes qui font partie de la pré-notion sont sélectionnés sans tenir compte de la raison qui pousse les acteurs à les considérer comme des actes juridiques. De ce fait, il ne s'agit pas forcément d'actes originaires dont la validité repose sur les croyances des acteurs[2]. La pré-notion de droit renvoie à l'acte de 1958 quand la règle constitutive fixe la catégorie dogmatique de constitution, autrement dit une série de

[1] C'est le cas de l'acte constitutionnel adopté en 1958 dont le rôle de repère a déjà été utilisé. Notons que Kelsen souligne aussi que l'étude du droit international doit se baser sur la prise en compte des normes qui sont clairement vues comme internationales (« Théorie du droit international coutumier », *in Écrits de droit international*, Paris, PUF, 2001, p. 67).

[2] Le meilleur exemple est fourni par le Code civil : une théorie générale du droit qui l'exclurait du droit français ne pourrait être sérieusement soutenue mais cela ne l'empêche pas d'être formé de normes dérivées et non originaires.

critères qui ne s'applique pas uniquement à cet acte. En outre, rien ne dit que les conceptions générales des acteurs trouvent leur origine dans une croyance des acteurs ou *a fortiori* dans une règle constitutive. La proximité entre la théorie de la règle constitutive et la pré-notion de droit n'empêche pas cette dernière d'être un concept construit *a posteriori* sur la manière dont le droit est perçu et non sur son mode d'existence[1]. Elle ne suffit pas à préciser le statut de la définition de la constitution, au contraire de la théorie de la règle constitutive. Cette dernière dépasse le lien entre dénomination et critères pour décrire certains critères comme la base de l'existence de la constitution et ne se limite donc pas à rappeler la relation évidente entre l'usage du langage et les croyances sur cet usage[2]. Les croyances en cause portent sur les conditions de réussite de l'acte constitutionnel et pas simplement sur le nom de cet acte. L'introduction de ces croyances montre au passage l'ajout que représente cette théorie à la théorie de la double signification : si cette dernière est suffisante pour rendre compte de la validité dérivée, la première lui permet de s'appliquer aussi aux cas de validité originaire.

L'autonomie de la théorie de la règle constitutive est confirmée par le fait qu'elle puisse être réfutée[3]. Cette réfutabilité est importante car elle est employée comme critère de la scientificité d'une théorie[4] et permet en tout cas d'opposer les choix *a priori* aux connaissances susceptibles d'être contestées en fonction de l'état du monde. Une théorie sera réfutable si l'on peut imaginer un fait qui prouve sa fausseté, autrement dit si la classe des falsificateurs potentiels n'est pas vide[5]. Or, la théorie de la règle constitutive établit une relation entre deux réalités distinctes : la présence de croyance sur le monde et l'usage de certains termes[6] et plus encore entre cette présence et la pratique sociale consistant à suivre et à appliquer des règles juridiques[7]. La valeur générale de la théorie sera réfutée si l'usage de

---

[1] D'ailleurs, le cœur de la théorie des faits institutionnels est l'idée selon laquelle les représentations partagées déterminent l'existence de ce type de fait alors que se servir de la pré-notion de droit pour trier les théories générales du droit n'implique en aucun cas sur le plan conceptuel d'adopter ce type de théorie du droit.

[2] Les règles constitutives ne procèdent pas à un simple découpage du monde, comme le font les conventions sur l'usage du langage et les croyances sur lesquelles elles s'appuient, mais contribuent à sa construction et ne doivent donc pas être confondues avec ces dernières (SEARLE John, *op. cit.*, p. 65), ce qui montre au passage le dépassement des seuls éléments apportés dans le chapitre préliminaire puisque la définition de la constitution ne peut être assimilée à une convention langagière ordinaire. Il est alors impossible de considérer le sens du terme constitution comme le produit d'une convention entre scientifiques (pour un avis contraire, voir ARNOLD Rainer, « European Constitutional Law : Some Reflections on a Concept that Emerged in the Second Half of the Twentieh Century », *Tulane European and Civil Law Forum* 1999, p. 50).

[3] Précisons bien que nous évoquons ici la réfutabilité de la théorie de la règle constitutive dans son ensemble et pas celle de l'existence d'une règle constitutive précise. Nous nous limiterons à fournir quelques éléments montrant qu'elle n'est pas une pure stipulation arbitraire sans proposer de construction générale car cette théorie de la règle constitutive n'est qu'une partie de la théorie des faits institutionnels que nous utilisons sans prétendre démontrer entièrement son bien-fondé.

[4] POPPER Karl, *La logique de la découverte scientifique*, Paris, Payot, 1982, p. 37.

[5] POPPER Karl, *Le réalisme et la science*, Paris, Hermann, 1990, p. 2. Il suffit bien entendu qu'un énoncé réfutant la théorie soit logiquement envisageable et non pas que l'état de fait qu'il décrit soit actuellement observé.

[6] Rappelons que nous ne parlons pas ici du rapport entre des croyances sur le langage et l'usage de celui-ci mais bien du rapport entre des croyances sur ce qui existe dans le monde et l'usage du langage.

[7] Cet aspect réfutable de la théorie de la règle constitutive ne doit pas faire oublier qu'elle repose comme toute théorie sur des présupposés plus profonds qui sont indémontrables. Nous pensons notamment ici à ce qui tient à l'existence des faits bruts.

termes désignant des normes originaires ou si l'exercice d'une activité relevant de la pratique juridique au regard de la pré-notion de droit peuvent intervenir sans qu'aucune croyance sur les faits juridiques ne soit présente. Il en va de même s'il existe des croyances partagées sur les normes juridiques qui sont totalement détachées de la pratique langagière et des règles qui sont appliquées et suivies en tant que norme juridique. La recherche de cette catégorie de preuve ne relève pas de la dogmatique et est sans doute difficile à mener. Toutefois, elle est théoriquement envisageable, ce qui est le point essentiel : le critère tient à la falsifiabilité potentielle de la théorie et non à sa falsifiabilité concrètement envisageable avec nos méthodes et nos moyens[1]. La théorie de la règle constitutive ne prétend pas fournir une définition du droit mais bien décrire une réalité sociale. De plus, si l'on rejette ces considérations sur la falsifiabilité, il reste possible d'y voir un présupposé définissant une ontologie particulière sans que cela ne gêne notre raisonnement. Il ne s'agit pas de la meilleure interprétation de cette théorie[2] mais le choix d'une ontologie doit se faire sur la base de sa fertilité et la théorie de la règle constitutive paraît aussi satisfaire cette exigence. L'écart avec la pré-notion de droit et le blocage observé sur la définition de la constitution et sur l'étude de son adaptation disparaissent ici alors qu'ils étaient opposables aux théories générales du droit évoquées précédemment[3].

La forme de ce type de règle fait quant à elle l'objet d'importants débats. Si l'on se limite à la formule promue par Searle (« X compte pour Y »), la définition de la constitution n'aurait pas grand intérêt. Appartenir à la catégorie de constitution impliquerait seulement d'avoir le statut de constitution[4] et ce statut ne signifierait rien de plus que répondre aux critères définissant la constitution[5]. Cette dimension tautologique prive la règle constitutive de toute utilité. Il faut toutefois se souvenir que, pour Searle, le statut implique des fonctions même si sa formulation de la règle constitutive ne le montre pas. Par l'attribution du statut Y, la règle constitutive vise à attribuer une ou plusieurs fonctions. Le statut est intéressant avant tout pour cette raison[6]. La règle constitutive n'a pas un aspect purement définitoire mais doit fixer les

[1] POPPER Karl, *op. cit.*, p. 4.
[2] Les faits institutionnels ne forment pas une catégorie ontologique puisqu'ils sont réductibles à une catégorie plus basique.
[3] Si l'on admet l'idée selon laquelle la théorie de la règle constitutive décrit une réalité plutôt qu'elle ne pose une ontologie stipulative, sa correspondance à la pré-notion et sa fertilité restent importantes : elle démontre que les présupposés ontologiques sur laquelle elle est basée (notamment le monisme ontologique) sont admissibles pour la dogmatique juridique.
[4] Cela revient à dire qu'avoir la valeur institutionnelle Y n'implique rien d'autre qu'être X : être un billet de banque signifierait seulement être un bout de papier doté de certaines caractéristiques matérielles spécifiques sans que cette qualité de billet ne puisse avoir une quelconque pertinence sociale.
[5] Le risque de circularité créé par la réduction du statut institutionnel à une simple étiquette a été relevé notamment dans SEARLE John, « Intentionalistic Explanations in the Social Sciences », *Philosophy of Social Sciences* 1991, p. 340.
[6] SEARLE John, *op. cit.*, p. 65 ou WEINBERGER Ota, *Law, Institutions and Legal Politics. Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, Dordrecht, Kluwer, 1991, p. 22.

éléments qui sont les conséquences du statut qu'elle attribue[1]. Le terme Y dans la règle constitutive correspond au terme défini mais la règle n'est pas purement circulaire pour autant puisqu'elle renvoie aux propriétés ajoutées par la qualité institutionnelle du fait concerné. Le cas de la monnaie est emblématique : sa règle constitutive ne se contente pas de renommer certains faits bruts mais leur donne une valeur qui leur permet de servir de moyen d'échange dans le cadre de l'institution monétaire[2]. La formule choisie par Searle n'est sans doute qu'un résumé censé faciliter la compréhension d'une particularité de certaines règles sociales : les croyances des acteurs ne prennent pas une forme prédéterminée mais les exprimer ainsi permet de souligner leur rôle spécifique[3]. La prise de conscience du double rôle des règles constitutives (constitution/définition et attribution d'effets sociaux) implique que les règles constitutives peuvent aussi être généralement présentées comme des règles régulatives[4]. Dès lors, le fait que toutes les règles régulatives puissent potentiellement être exprimées comme des règles constitutives[5] n'est pas du tout gênant car l'autonomie de la formulation des règles constitutives reste intacte[6]. Ainsi, si les règles régulatives fixant les obligations pesant sur le pouvoir législatif peuvent s'intégrer dans la règle constitutive de la loi régulière, celle-ci est différente de la règle constitutive de la loi[7]. L'intégration de l'attribution de fonctions au

---

[1] Dans le cas contraire, elle ne suffirait pas à créer l'institution. C'est cette particularité qui explique l'évocation des « règles conséquentialistes » dans la structure des institutions par MacCormick (*Pour une théorie institutionnelle du droit*, Paris, LGDJ, 1992, p. 55) et oppose la règle constitutive à une simple définition (en ce sens, voir SEARLE John, *op. cit.*, p. 67 ; BAKER G.P. et HACKER P.M.S., « Rules, Definitions, and the Naturalistic Fallacy », *American Philosophical Quarterly* 1966, p. 300 ; RANSDELL Joseph, « Constitutive Rules and Speech-Act Analysis », *The Journal of Philosophy* 1971, p. 387 ou encore WEINBERGER Ota, « Is and Ought Reconsidered », *ARSP* 1984, p. 466). Pour une interprétation de ce type des positions de Searle, voir SMITH Barry, « John Searle : from Speech Acts to Social Reality », précité, p. 7 et 11. Cette caractéristique n'a pas toujours été évidente car les premiers travaux de Searle confondaient les relations du fait brut (X) et du fait institutionnel (Y) avec celle du statut institutionnel et des conséquences impliquées. La séparation de ces deux éléments permet d'écarter certaines critiques anciennement fondées. Pour un exemple, voir CHERRY Christopher, « Regulative Rules and Constitutive Rules », *The Philosophical Quarterly* 1973, p. 303.

[2] SEARLE John, *Mind, Language and Society*, Londres, Weidenfeld & Nicolson, 1999, p. 132.

[3] Les croyances complètes impliquées dans la création d'un fait institutionnel se décomposent en trois éléments : des critères d'appartenance à une institution donnée (1), des effets spécifiques (2) et le fait que le 1 soit le motif du 2 (3).

[4] Il serait donc tout à fait possible d'exprimer les règles constitutives sous une forme régulative complexe du type « si la feuille de papier répond aux critères X et Y alors tu dois l'accepter comme moyen de paiement » (pour une idée proche, voir HARE Richard Mervyn, « The Promising Game », *in* FOOT Philipa (dir.), *Theories of Ethics*, Oxford, OUP, 1967, p. 120). Cependant, si toutes les règles régulatives peuvent être formulées sous une forme constitutive, la réciproque n'est pas vraie (LAGERSPETZ Eerik, *op. cit.*, p. 18). En outre, ce choix ne permet pas de comprendre ni la fonction constitutive qu'a ce genre de règles, ni le rôle déterminant du statut en tant que tel, ni l'impossibilité de la violer cette dimension spécifique de la règle : la feuille reste un billet même si l'on refuse de l'accepter comme moyen de paiement. Sur l'idée de dimension constitutive, voir GIDDENS Anthony, *La constitution de la société*, Paris, PUF, 1987, p. 69.

[5] Cette possibilité a très souvent été exploitée pour mener une critique générale du concept même de règle constitutive ou au moins de son utilisation chez Searle (voir ainsi, RANSDELL Joseph, article précité, p. 386 ; TUSSEAU Guillaume, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, p. 182 ou RAZ Joseph, *Practical Reason and Norms*, précité, p. 110). Elle ne paraît pas forcément décisive si l'on précise bien ce que l'on attend de cette notion. Searle a d'ailleurs reconnu qu'une telle reformulation était possible sans y voir une faiblesse de sa théorie (*La construction…*, précité, p. 72).

[6] Il faut ici marquer la différence entre le statut de l'opposition entre règles constitutive et régulative et celui donné par Hart à la séparation des règles primaire et secondaire. Il s'agit bien pour nous de deux points de vue différents sur des groupes de règles qui se recoupent largement et non de deux groupes de règles strictement distincts. Il est donc impossible d'assimiler les deux typologies (pour un avis contraire, voir KATCHADOURIAN Haig, « H.L.A. Hart's Primary and Secondary Legal Rules and the Institutional Character of Law », *ARSP Supplementa* vol. 3, p. 205).

[7] Cette remarque doit être mise en rapport avec nos développements précédents sur la différence entre régularité et existence : l'existence d'une norme tient à la présence des critères de la règle constitutive et sa régularité au respect des règles

contenu de la règle constitutive et la présentation de sa formulation comme un choix théorique mettant en valeur le rôle spécifique de certaines règles réduit la portée des discussions à ce sujet. Certes, la notion n'est pas toujours claire chez Searle[1] puisqu'il la définit soit par sa forme (« X compte pour Y »)[2], soit comme une règle créant une activité spécifique[3], soit comme la réglementation d'une activité qui n'existe pas en dehors d'une institution[4], mais il nous suffit d'y voir l'expression de l'attribution d'un statut par certaines règles[5]. Dans le cadre qui nous occupe, elles créent des faits juridiques distincts des autres faits institutionnels. Cette capacité à instituer des faits en les définissant conserve le concept de règle constitutive. En dernière analyse, il désigne une formulation utile pour rendre compte de la capacité de certaines règles à imposer un statut et une fonction à des faits bruts[6].

Dans le cas des règles constitutives ultimes, nous pouvons donc parler de croyances imposant un statut et une fonction à des faits bruts. La relation entre la croyance et la validité juridique n'est pas causale car l'appartenance d'un fait à une catégorie établie par une règle constitutive implique qu'il devrait être reconnu comme doté d'un certain statut mais pas qu'il le sera[7]. La prise en compte des croyances ne sert pas à prévoir ce que feront les juges mais à comprendre quels sont les faits qui bénéficient d'un statut juridique. Les croyances créent le droit et ne se limitent pas à causer les actions des organes juridictionnels. La relation entre les critères et la constitutionnalité (« compte pour ») tient de l'imputation alors qu'il y a une

---

régulatives applicables à la catégorie en cause. Pour une vision différente qui souligne aussi le rôle des règles constitutives dans l'existence des normes, voir BULYGIN Eugenio, « On Norms of Competence », *Law and Philosophy* 1992, p. 214.

[1] Pour une critique systématique, voir notamment GUASTINI Riccardo, « Six Concepts of Constitutive Rules », *Annali della Facolta di Giurisprudenza di Genova* 1982-1983, p. 489 ou « Constitutive Rules and the Is-Ought Dichotomy », *in* DI BERNARDO Giuliano (dir.), *Normative Structures of the Social World*, Amsterdam, Rodopi, 1988, p. 88. Notons que l'ambiguïté était en partie reconnue par Searle dès l'origine (*Les actes de langage*, Paris, Hermann, 1972, p. 72).

[2] *Ibid.*, p. 76. Le caractère définitoire de cette formulation n'est toutefois pas clairement explicité.

[3] SEARLE John, *La construction…*, précité, p. 46. Voir aussi, DE GREEF Jan, « Conventions normatives et performatives », *ARSP Supplementa* vol. 1, part I, p. 188.

[4] SEARLE John*, Les actes de langage*, précité, p. 73. Cette définition est assez populaire. Voir ainsi, KASHER Asa, « Are Speech Acts Conventional ? », *Journal of Pragmatics* 1984, p. 67 ; ROSS Alf, *Directives and Norms*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1968, p. 53 ; RUITER Dick, *Institutional Legal Facts. Legal Powers and their Effects*, Dordrecht, Kluwer, 1993, p. 34 ou, pour une variante, FRENCH Peter, « Institutional and Moral Obligations », *The Journal of Philosophy* 1977, p. 576.

[5] Nous refusons donc la thèse de l'irréductibilité absolue défendue par le professeur Peczenik (*On Law and Reason*, Dordrecht, Kluwer, 1989, p. 281) qui se fonde en réalité sur la volonté de souligner la valeur morale du statut institutionnel.

[6] Cette dernière définition peut se prévaloir de la relativisation de la formule « X compte pour Y » dans les travaux tardifs de Searle : elle ne serait pas une définition mais seulement un résumé utile permettant de comprendre la théorie des faits institutionnels (« L'ontologie de la réalité sociale : réponse à Barry Smith », *in* LIVIET Pierre et OGIEN Ruwen (dir.), *L'enquête ontologique*, Paris, Éd. EHESS, 2000, p. 200). Dans notre conception, le « résumé » qu'incarne cette formulation spécifique vaut aussi bien pour les règles constitutives juridiques, c'est-à-dire celle qui sont des normes juridiques, que pour les règles constitutives ultimes qui sont avant tout des croyances partagées par les acteurs. Ce caractère de croyance partagée ne définit pas la règle constitutive mais explique l'existence de certaines d'entre elles.

[7] Le verbe « devoir » se rapporte ici à une obligation particulière, une obligation institutionnelle. Cette notion sera précisée par la suite (voir *infra*, p. 301 et s.) mais peut être mise en relation avec le concept d'imputation compris comme une relation établie par « la copule 'devoir' » (KELSEN Hans, « Causality and Imputation », *in What is Justice ?*, Berkeley, University of California Press, 1957, p. 327). Précisons qu'un fait qui répond objectivement aux critères de la règle constitutive de l'institution X a le statut X. La différence entre causalité et imputation concerne la relation entre les critères de la catégorie et la reconnaissance par les acteurs du statut institutionnel du fait brut en cause.

équivalence entre la valeur des critères et la croyance[1]. L'effet causal n'est pas exclu puisque la croyance peut créer un sentiment d'obligation mais ce n'est pas ce phénomène que nous étudions. Ce désintérêt pour la causalité vaut *a fortiori* pour les causes de l'existence des croyances. Elles ne sont pas nées du hasard mais nous entendons préciser les conditions d'usage du terme « constitution » et non les circonstances qui ont conduit à la fixation de ces conditions[2]. En conséquence, les éléments idéologiques qui expliquent les croyances sur le droit mais n'en font pas directement partie ne nous intéressent pas[3]. La capacité du droit à fournir des raisons pour agir autonomes justifie l'étude isolée des croyances sur le droit qui déterminent ces raisons sans conférer de place spécifique aux causes sociales profondes qui favorisent leur apparition[4]. Finalement, définir la constitution exige de déterminer les croyances qui fixent les critères de la catégorie et non pas de préciser comment celles-ci apparaissent. Quoi qu'il en soit, si les aspects peu déterminées de la théorie de la règle constitutive ne sont pas décisifs, ses implications ontologiques peuvent aussi l'affaiblir (B).

B. Les implications ontologiques de la théorie de la règle constitutive

La théorie des faits institutionnels permise par la théorie de la règle constitutive n'est pas présentée comme une ontologie mais elle a des présupposés et des implications ontologiques. Or, les théories institutionnalistes du droit font fréquemment l'objet de critiques fondées sur leur dualisme ontologique supposé (1) qui paraissent infondées (2).

1. LE DUALISME ALLEGUE DE L'ONTOLOGIE DES THEORIES INSTITUTIONNALISTES

Les termes « dualisme ontologique » désignent les doctrines qui défendent une dualité de modes d'existence définissant deux sphères de réalité distinctes. Elles sont historiquement très répandues et s'incarnent notamment dans le dualisme corps-esprit. Elles ont aussi leur place dans la théorie du droit comme l'illustre l'exemple déjà cité de la théorie pure du droit[5]. Celui-ci est particulièrement remarquable car Kelsen assume clairement son dualisme ontologique, ce qui est très rare. D'autres théories du droit sont pourtant dualistes. Le jusnaturalisme moderne soutient ainsi l'existence de lois naturelles qui ne dépendent pas du monde physique. Leur universalité et leur permanence attestent de leur rattachement à une

[1] Le lien entre croyance et règle constitutive est extra-institutionnel alors que l'imputation n'a de sens que dans l'institution.
[2] Il en irait évidemment tout autrement si nous prétendions mener une étude sociologique et non dogmatique.
[3] Les croyances impliquées dans l'existence du droit ne sont pas neutres mais leurs bases ou leurs implications idéologiques sont sans importance pour nous car c'est l'existence même des croyances qui transforme les faits bruts en faits institutionnels et non les éléments idéologiques qui expliquent la survenance de ces croyances.
[4] Pour une vision proche, voir MARMOR Andrei, article précité, p. 529.
[5] Voir *supra*, p. 216.

sphère de réalité particulière sans rapport avec les faits sociaux. Le droit positif formé d'actes de volonté ne se confond pas avec le droit naturel qui est ontologiquement différent. Le jusnaturalisme classique orienté vers la valorisation de la prudence pour réaliser le but de chaque chose partage cette particularité. Il implique en effet que les faits bruts soient dotés d'un but ou d'une finalité intrinsèque, éléments qui ne relèvent pas du monde physique. Les formes faibles du jusnaturalisme contemporain qui défendent l'existence réelle et universelle des droits de l'homme supposent quant à elles un mode d'existence original pour que ces droits soient détachés de tout contexte temporel ou géographique[1]. Mieux, le normativisme basique qui ne respecte pas les exigences fortes de la théorie pure du droit peut aussi tendre au dualisme ontologique. L'opposition entre normes et faits dérive assez facilement vers une séparation ontologique quand elle est construite sans tenir compte des représentations des acteurs[2]. L'existence du droit n'est plus alors réductible à certains faits sociaux et son étude se coupe des sciences sociales pour remonter vers une norme ultime susceptible de garantir l'existence spécifique des normes juridiques. Au-delà du simple dualisme ontologique, plusieurs auteurs se sont référés aux théories de Popper[3] pour défendre un pluralisme ontologique : le droit ferait partie du « monde 3 » qui se distingue à la fois des faits matériels (« monde 1 ») et des états mentaux (« monde 2 »)[4].

Ces diverses positions ne sont pas en elles-mêmes critiquables car les choix ontologiques sont stipulatifs et ne peuvent donc jamais être faux[5]. Le dualisme ontologique est tout de même largement délaissé. Au-delà de la théologie, son principal terrain d'élection était la psychologie dans laquelle il est désormais très majoritairement rejeté. Ce déclin n'est pas dû au hasard car le dualisme ontologique mène à des complexités difficilement surmontables. Le principal problème a déjà été exposé : il tient aux relations entre les deux sphères. Si le corps et l'esprit sont séparés, comment l'esprit peut-il commander au corps ou recevoir des

---

[1] Nous faisons ici référence à des doctrines qui soutiendraient l'existence réelle de droits de l'homme universels et qui ne se limitent pas à promouvoir sur la nécessité politique de garantir en droit positif de tels droits de manière universelle.

[2] Pour une critique comparable des défauts du concept de validité chez Kelsen, voir GARZON VALDES Ernesto, « Two Models of Legal Validity : Hans Kelsen and Francisco Suarez », *in* PAULSON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 271 et PATTARO Enrico, « Validité et pouvoir », *in* RIGAUX François, HAARSCHER Guy et VASSART Patrick (dir.), *Droit et pouvoir*, Bruxelles, Story-Scienta, 1987, p. 150.

[3] L'ontologie pluraliste de Popper est notamment exposée dans « Une épistémologie sans sujet connaissant », *in La connaissance objective*, Paris, Éd. Complexe, 1990, p. 120 et « Deux aspects du sens commun », *ibid.*, p. 84.

[4] Pour des exemples, voir AARNIO Aulis, *Le rationnel comme raisonnable*, Paris, LGDJ 1992, p. 216 ; AMSELEK Paul, « Le droit dans les esprits », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 43 ; NIINILUOTO Ilkka, « Language, Norms and Truth », *Acta Philosophica Fennica* 1981, p. 172 ou PECZENIK Aleksander, « Legal Data. An Essay about the Ontology of Law », *in* PECZENIK Aleksander, LINDAHL Lars et VAN ROERMUND Bert (dir.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, D. Reidel, 1983, p. 99.

[5] En ce sens, voir PECZENIK Aleksander, « L'existence de principes supra constitutionnels », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 823 ; PFERSMANN Otto, « Arguments ontologiques et argumentation juridique », *in* PFERSMANN Otto et TIMSIT Gérard (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, Pub. de la Sorbonne, 2001, p. 14 ou WEINBERGER Ota, *op. cit.*, p. 3.

informations de sa part ? Si le droit et les faits sont séparés, comment des faits tels que des actes de langage peuvent-ils modifier le droit ? Face à ce défi, il est possible de renoncer à tout rapport entre droit et faits sociaux, comme le ferait un jusnaturalisme radical totalement détaché de la dogmatique. À défaut, il faut bâtir des théories susceptibles d'expliquer les relations entre les sphères[1]. Les éléments les plus critiqués de la théorie pure du droit découlent de cet impératif. Nous avons déjà pu évoquer les lourds présupposés que sont la norme fondamentale et la fonction générale attribuée à l'effectivité. L'accumulation d'éléments de ce genre démontre le coût exorbitant du dualisme ontologique. En outre, il tend à mener à un fort irréalisme approchant une sorte de jusnaturalisme formel. Le dualisme ontologique non-assumé est encore moins solide puisque la question de la relation entre les sphères n'est pas clairement traitée. De plus, d'autres problèmes moins importants peuvent aussi être relevés. L'idée même d'une existence distincte de la réalité matérielle est délicate à saisir. Si le mode d'existence d'une table semble relativement évident, il n'en va pas de même du mode d'existence de droits de l'homme universels. Cela entraîne une difficulté méthodologique : décrire le droit suppose que les énoncés en cause peuvent être vérifiés ou réfutés. Or, l'absence de contact direct avec la deuxième sphère de réalité rend les énoncés sur le droit irréfutables et invérifiables[2]. La seule solution est de relier la seconde sphère au monde physique comme le fait Kelsen, mais l'utilité du dualisme ontologique est alors fragilisée. Tous ces éléments plaident pour un réductionnisme ontologique préférant une approche moniste tant qu'elle suffit à expliquer l'existence du droit. Le dualisme ontologique n'est justifié que s'il est indispensable. En ce qui nous concerne, il n'en est rien. Au contraire, il empêche de comprendre le mode d'existence des normes constitutionnelles originaires.

Le danger représenté par le dualisme ontologique impose de répondre aux accusations dont fait l'objet la théorie des faits institutionnels à ce sujet. Les travaux de MacCormick sont les plus critiqués parce qu'il semble donner une autonomie aux institutions qu'il sépare des faits institutionnels[3]. Elles seraient des réalités à part entière et pas seulement des abstractions construites par les observateurs pour désigner un groupe de règles et de faits institutionnels[4]. Cette particularité permettrait la survie des institutions au-delà des systèmes juridiques dans

---

[1] Voir *supra*, p. 219.

[2] Pour des critiques sur ce point, voir TROPER Michel, « Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen », *in* BOURETZ Pierre (dir.), *La force du droit*, Paris, Esprit, 1991, p. 124 ou « Ross, Kelsen et la validité », *in La Théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 31.

[3] Il sépare en effet l'institution elle-même des exemples de l'institution dont l'existence dépend de la validité des règles appropriées dans un système juridique donné (*op. cit.*, p. 57). Pour une attitude comparable, voir BENGOETXEA Joxerramon, « Institutions, Legal Theory and EC Law », *ARSP* 1991, p. 205.

[4] Cette tendance incarne le risque de « réification » des institutions évoqué dans BERGER Peter et LUCKMANN Thomas, *La construction sociale de la réalité*, Paris, Armand Colin, 2006, p. 166.

lequel elles s'inscrivent[1]. Dès lors, l'opposition entre faits institutionnels et bruts s'ajoute donc à celle entre faits institutionnels et institutions[2]. Néanmoins, le mode d'existence des faits institutionnels que nous avons exposé ne peut s'appliquer à l'institution même : elle n'est pas construite par une règle constitutive et n'est pas une fonction ou un statut ajouté à un fait brut mais plutôt une entité abstraite. Étant donné qu'elle n'est pas non plus un fait brut, soutenir l'existence des institutions impose d'adhérer à une forme de dualisme ontologique. Ce choix peut être critiqué sur la base du rasoir d'Occam car la nécessité d'ajouter ce mode d'existence n'est pas démontrée[3]. Il faut de ce fait rejeter la vision de MacCormick et nier l'existence autonome des institutions : la construction de faits institutionnels par des règles est essentielle mais n'exige en aucun cas de renouer à la sorte de réalisme ontologique caché derrière cette conception spécifique des institutions[4]. Cette option ne suffit toutefois pas pour écarter toutes les critiques adressées à l'ontologie de l'institutionnalisme juridique car la distinction entre faits bruts et institutionnels peut elle aussi passer pour un dualisme ontologique[5]. En effet, l'existence des faits institutionnels dépend d'une règle constitutive mais pas celle des faits bruts ce qui paraît attester d'une dualité de modes d'existence. La sphère institutionnelle s'opposerait alors à la sphère physique. La volonté réaliste de fonder une science empirique du droit condamne logiquement cet ajout métaphysique inutile au profit d'un réductionnisme ontologique clair qui évite la difficile question des relations entre les sphères. La théorie des actes de langage subit le même type d'accusations. L'idée selon laquelle le langage aurait la capacité de faire naître des entités nouvelles est considérée comme une superstition naïve proche d'une croyance dans la magie ou l'alchimie[6]. La magie du sorcier lui permet de déclencher le malheur par des mots tout comme la magie du maire lui permet de créer un mariage par l'utilisation de formules prédéterminées. Dans les deux cas, il

---

[1] C'est sur cette base que MacCormick peut prétendre que le concept reste le même quand les règles changent et qu'il assimile l'institution de la propriété dans la Rome antique et dans les systèmes juridiques contemporains (PINTORE Ana, « Law as Fact. MacCormick's Institutional Theory of Law : between Legal Positivism and Sociological Jurisprudence », *International Journal for the Semiotics of Law* 1991, p. 242).

[2] Le mode d'existence spécifique et intemporel des institutions est finalement confirmé par l'acceptation explicite de l'aspect quasi-aristotélicien de sa théorie qui se construirait autour de la fin spécifique de chaque institution. Voir ainsi, « Norms, Institutions and Institutional Facts », *Law and Philosophy* 1998, p. 336 ou *Institutions of Law*, Oxford, OUP, 2007, p. 37.

[3] PINTORE Ana, article précité, p. 237.

[4] La dimension universelle et intemporelle de l'institution promue par le professeur McCormick impliquerait de redonner une légitimité à l'étude de la constitution en général au détriment de celle de simples catégories situées et relatives. Pour nous, les normes constitutionnelles sont des faits institutionnels et les catégories dogmatiques ne sont pas des institutions existant dans une sphère de réalité spécifique mais seulement une formulation spécifique de règles constitutives.

[5] GUASTINI Riccardo, « Constitutive Rules… », précité, p. 90 ou TUSSEAU Guillaume, *op. cit.*, p. 180.

[6] Cette accusation, relativement rare chez les philosophes (voir toutefois, CHERRY Christopher, article précité, p. 304), est extrêmement répandue en théorie du droit dans les écoles réalistes. Voir par exemple, AGOSTINI Christophe, « Pour une théorie réaliste de la validité », *in Mélanges Troper*, précité, p. 13 ; GUASTINI Riccardo, « Six Concepts… », précité, p. 488 ; TUSSEAU Guillaume, *op. cit.*, p. 183 ou OLIVECRONA Karl, « Legal Language and Reality », *in Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962, p. 175. Ross formule déjà cette accusation à l'encontre du concept de validité (*Towards a Realistic Jurisprudence*, Copenhague, Einar Munksgaard, 1946, p. 95).

s'agirait d'une illusion détachée de toute réalité favorisant un dualisme ontologique absurde systématisé par la théorie des faits institutionnels. Les actes de langage devraient plutôt être considérés comme des stimulus déclenchant des relations chez le destinataire sans passer par un quelconque statut institutionnel. Le principe même de la théorie des faits institutionnels est donc contesté et doit être défendu (2).

2. L'INTERET DES THEORIES INSTITUTIONNALISTES POUR LE MONISME ONTOLOGIQUE

L'intérêt présenté par le réductionnisme ontologique incite à envisager la construction de la théorie institutionnaliste du droit dans un cadre moniste[1]. Ce choix a en outre l'avantage d'être parfaitement cohérent avec le rejet de l'essentialisme qui a déterminé nos préférences méthodologiques. Rappelons que, pour nous, la théorie des faits institutionnels n'est pas une ontologie mais qu'elle repose sur une ontologie plus profonde. Il faut donc démontrer ici que cette théorie est envisageable dans un monde réductible à une série de faits bruts[2]. Cette idée n'est en rien originale puisque Searle lui-même justifie ses constructions par le besoin d'expliquer comment des entités telles que des actes de langage, des états mentaux et des faits institutionnels peuvent prendre place dans un monde réductible en dernière analyse à des particules physiques élémentaires[3]. La conception spécifique des règles constitutives ultimes que nous avons adoptée favorise la réalisation de cet objectif : en tant que croyance incarnant une intentionnalité collective, elle n'est ni plus ni moins qu'un fait brut[4]. Étant donné que les faits institutionnels ne sont que des faits bruts faisant l'objet d'une règle constitutive, ils apparaissent comme des faits bruts faisant l'objet de croyances spécifiques vues elles-même comme des faits bruts[5]. Ils sont alors une combinaison complexe de faits bruts et non pas une

[1] Précisons bien que l'institutionnalisme n'est pas intrinsèquement moniste. Pour des exemples de théories institutionnalistes dualistes ou pluralistes, voir BANKOWSKI Zenon, « Institutional Legal Positivism », *Rechtstheorie* 1989, p. 298 ou MORTON Peter, *An Institutional Theory of Law. Keeping Law in its Place*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 3.

[2] Comme nous l'avons déjà remarqué, cette position n'implique pas en tant que telle qu'il n'existe pas une part de convention dans l'existence des faits bruts. En conséquence, une position de ce type ne suffirait pas à supprimer l'opposition entre la perspective externe (limitée aux faits bruts) et la perspective interne à l'institution (qui tient compte des faits institutionnels) car cette dernière suppose des conventions supplémentaires. Pour un avis contraire, voir JACKSON John, « Hart and the Concept of Fact », *in* LEITH Philip et INGRAM Peter (dir.), *op. cit.*, p. 78 et pour une position proche, MORAWSKI Lech, « Law, Fact and Legal Language », *Law and Philosophy* 1999, p. 468. Notons toutefois qu'une lecture constructiviste de l'existence des faits bruts est incompatible avec la défense de leur objectivité ontologique que propose Searle.

[3] SEARLE John, *La construction de la réalité sociale*, Paris, Gallimard, 1998, p. 10. Pour une analyse comparable, voir REDONDO Maria Christina, « Normativity in Legal Contexts », *Analisi e Diritto* 1999, p. 149. Searle réitère formellement sa position face aux interprétations dualistes de sa théorie (« Culture and Fusion », *Anthropological Theory* 2006, p. 43 ou « Searle versus Durkheim and the Waves of Thought », *ibid.*, p. 59 et 62).

[4] Pour un avis contraire sur la nature des règles constitutives, voir LAGERSPETZ Eerik, *op. cit.*, p. 6.

[5] Même si ce point est secondaire pour nous dans la mesure où l'acte constitutionnel bénéficie manifestement d'une dimension physique (l'énonciation), Searle a finalement admis qu'il fallait distinguer les faits institutionnels qui se réalisent sous une forme physique (président, conducteur…) de ceux qui n'avaient pas besoin d'une telle réalisation (monnaie, gouvernement…), sachant que dans tous les cas, le point essentiel est constitué par les pouvoirs déontiques dont bénéficient les agents à travers les faits institutionnels (SEARLE John, « Réalité institutionnelle et représentation linguistique », *in*

nouvelle catégorie de réalité radicalement coupée des faits bruts. Le monde est limité aux faits bruts[1] sans que l'on puisse distinguer une autre sphère de réalité[2]. L'importance de la précision sur la nature des règles constitutives ultimes est ici confirmée : la théorie de la double signification ne tranchait pas forcément en faveur du monisme ontologique car seul le rattachement des règles constitutives ultimes aux faits bruts l'impose.

L'usage du terme « fait institutionnel » est certes trompeur car il peut laisser croire à la distinction d'une pluralité des types de faits et des modes d'existence alors qu'il n'est qu'un raccourci utile. Il ne faut pas oublier que les faits institutionnels sont objectifs uniquement au sens épistémique et non ontologique. Leur particularité se situe aux niveaux de la cognition et des représentations. La prétention selon laquelle les faits institutionnels seraient dotés d'une objectivité ontologique, c'est-à-dire qu'ils existeraient indépendamment des états mentaux des acteurs, donnerait une théorie totalement différente car elle supposerait une existence des faits institutionnels détachée du monde physique. Au contraire, pour nous, les faits institutionnels se différencient des faits bruts seulement parce qu'ils sont indirectement rattachés au monde physique par des représentations qui en font partie[3]. Il est alors possible de rendre compte de réalités sociales que les réalistes ne peuvent pas vraiment décrire sans rompre avec le monisme ontologique puisque l'existence des faits institutionnels n'implique pas celle d'un deuxième monde séparé du monde physique. Ce modèle s'accorde avec la théorie sociale des sources du droit car elle présente le droit comme un fait social tout en préservant la spécificité de la normativité et de l'imputation dans les relations institutionnelles. La négligence de l'objectivité épistémique des faits institutionnels marque simplement la tendance déjà évoquée des réalistes à passer du réductionnisme ontologique au réductionnisme épistémologique au risque de perdre toute chance de comprendre le monde dans lequel vivent

---

BOUVERESSE Jacques et ROCHE Daniel (dir.), *La liberté par la connaissance*, Paris, Odile Jacob, 2004, p. 214). La formule « X compte pour Y » ne concerne que le premier types de faits institutionnels.

[1] Il ne faut pas croire que la présence de faits institutionnels multiplie les réalités présentes. Searle précise ainsi que « quand je suis seul dans ma chambre, cette chambre comprend au moins les 'objets sociaux' suivants : un citoyen des États-Unis, un salarié de l'État de Californie, un conducteur possédant un permis et un contribuable. Combien d'objets y a-t-il dans la chambre ? Il y en a exactement un : moi » (« L'ontologie de la réalité sociale… », précité, p. 202).

[2] Précisons ici que si l'existence des faits institutionnels dépend des croyances partagées par un groupe, ceux-ci existent objectivement même pour ceux qui ne sont pas membres du groupe. Ainsi, les frontières existent même pour ceux qui dénient toute légitimité aux États et les miracles existent même pour les athées. Ce genre d'élément dépend du point de vue interne typique d'une institution et existe objectivement, que l'on partage ou non ce point de vue interne.

[3] Le caractère indirect de ce rattachement au monde physique explique pourquoi l'on ne peut décrire les faits institutionnels de manière adéquate sans reprendre les représentations partagées par les acteurs. Se limiter à constater la combinaison des faits bruts ne donnera jamais à voir un réel intelligible mais débouchera sur un psychologisme appelé à rester au mieux un programme de recherche à l'intérêt discutable (pour des exemples, voir TUSSEAU Guillaume, *op. cit.*, p. 170 et 188 ou PETRAZYCKI Léon, *Law and Morality*, Cambridge, HUP, 1955, p. 63). C'est cette difficulté qui a justifié la construction de la théorie des faits institutionnels (SEARLE John, *Les actes de langage*, précité, p. 92 et MACCORMICK Neil, « On Analytical Jurisprudence », *ARSP Supplementa* vol. 1, part I, p. 32) qui ne contredit pas un réductionnisme ontologique plus fondamental (SEARLE John, *Mind, Language and Society*, précité, p. 6). Il est alors possible de décrire les normes comme des phénomènes liés à la psychologie sociale, comme le font les réalistes (PATTARO Enrico, « Dimensions du savoir juridique et orientations philosophiques », *RIEJ* 1988, n° spécial, p. 155) mais sans tomber pour autant dans le réalisme.

les acteurs. La théorie des faits institutionnels reconduit et développe le schéma classique qui permet de traiter des objets matériels comme des faits à part entière même s'ils sont réductibles à des entités plus basiques telles que des atomes[1]. Les faits institutionnels sont réductibles à des faits bruts mais ils sont considérés par les acteurs comme des faits à part entière et leur description en ces termes favorise la compréhension des faits sociaux[2].

La comparaison avec la magie employée contre la théorie des faits institutionnels permet paradoxalement de comprendre son intérêt. Le monisme ontologique est potentiellement mis en danger par une sorte d'ontologie des acteurs. Certes, ils n'ont pas de positions ontologiques explicites mais ils considèrent que certains types de faits sont réels, ce qui a des implications ontologiques. Dès lors, la rupture avec l'ontologie des acteurs risque de remettre en cause la compréhension de la réalité sociale et les choix ontologiques de la théorie générale du droit doivent l'éviter pour demeurer utiles. Pour autant, les impératifs qui pèsent sur la dogmatique ne sont pas comparables à ceux de la pratique juridique et les acteurs sont évidemment libres de s'attacher à des superstitions rompant avec le cadre positiviste ou le monisme ontologique de l'étude du droit. Il faut alors savoir comment l'on peut prendre en considération les représentations des acteurs sans rompre avec le monisme ontologique. La voie à suivre s'approche selon nous de l'attitude adoptée à propos du pouvoir constituant originaire. Si l'on veut décrire la pratique de la magie, l'on ne doit évidemment pas considérer le discours ou les croyances des acteurs comme incontestables : ce n'est pas parce qu'ils pensent pouvoir déclencher une maladie par un rituel ésotérique qu'ils le peuvent vraiment. Pour autant, l'on ne doit pas négliger non plus la capacité des acteurs à jeter un sort. Les sorts existent effectivement en tant qu'éléments de la pratique sociale même s'ils ne sont pas des faits bruts comme le croient les acteurs[3]. Une théorie moniste apte à décrire la réalité sociale doit respecter l'existence des sorts sans tomber dans une naïveté excessive[4]. Pour prendre un

---

[1] Ce schéma classique peut sans doute être contesté mais il n'est pas directement remis en cause par les réalistes. Nous ne prétendons évidemment pas nous prononcer sur tous les problèmes qu'il est susceptible de poser mais simplement montrer que la théorie des faits institutionnels correspond aux présupposés classiquement utilisés pour comprendre le monde et n'ajoute pas des difficultés spécifiques comme peut le faire le dualisme ontologique de Kelsen.

[2] C'est en décrivant les comportements humains dans des termes qui sont aussi accessibles aux acteurs qu'il est possible de les comprendre en refusant le réductionnisme béhavioriste (SEARLE John, « Intentionalistic… », précité, p. 338 ; WINCH Peter, *The Idea of Social Science and its Relations to Philosophy*, 2e éd., Londres, Routledge, 1990, p. 15 et 127 ; HARRIS J.W., *Law and Legal Science*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 131 ou WEINBERGER Ota, *op. cit.*, p. 27).

[3] Il faut simplement faire la différence entre un effet inexistant (la maladie) et un statut tout à fait réel (la personne est effectivement maudite). Le problème des malédictions est seulement que certains attendent trop d'elles (HEDENIUS Ingemar, « Performatives », *Theoria* 1963, p. 124).

[4] La comparaison avec la magie est en fait positive. Elle est d'ailleurs assumée à juste titre par certains auteurs. Voir ainsi, DE GREEF Jan, « Peut-on fonder des conventions ? », *RIEJ* 1980.4, p. 116 ; LAGERSPETZ Eerik, *op. cit.*, p. 177 ou ROSS Alf, « The Rise and Fall of the Doctrine of Performatives », *in* OLSON Raymond et PAUL Anthony (dir.), *Contemporary Philosophy in Scandinavia*, Londres, The John Hopkins Press, 1972, p. 211. Notons toutefois que Searle a paru exprimer une position opposée à la nôtre sur la magie car il a déduit du fait que les croyances ne pouvaient avoir que des effets déontiques l'inexistence de la sorcellerie même dans les sociétés qui lui attribuent un statut juridique et possèdent des institutions destinées à la réprimer (« Reality and relativism », *Anthropological Theory* 2006, p. 115). Il ne faut cependant pas surestimer

exemple juridique, il est impossible de comprendre le mécanisme des ordalies sans intégrer dans l'explication l'intervention de la volonté divine[1] mais en même temps il ne faut pas croire que la volonté de Dieu serait un fait brut jouant un rôle dans l'opération. Elle n'est qu'une construction sociale spécifique. Pour décrire les pratiques sociales, il faut intégrer les éléments relevant du monde vécu des acteurs même s'ils sont culturellement coupés des nôtres. Le monisme ontologique reste cependant une limite infranchissable qui conduit à considérer comme faits institutionnels des entités que les acteurs voient comme des faits bruts[2]. Cette présentation permet de mieux comprendre le rôle des fausses croyances promu par Searle[3] : les croyances sont efficientes seulement si elles portent consciemment ou non sur une construction sociale. La croyance en Dieu ne le fera pas exister alors que la croyance en la monnaie sera suffisante pour la créer[4]. Cette différence ne tient pas aux caractéristiques de la croyance mais à celle de son objet : seuls certains faits sociaux peuvent être créés par des croyances ou des mots[5]. La relation avec les représentations des acteurs est ici précisée : il

---

la portée de cette prise de position car elle se situait dans un débat concernant l'attitude à tenir dans une telle institution (SHWEDER Richard, « John Searle on a Witch Hunt », *Anthropological Theory* 2006, p. 92) dans lequel les questions morales et institutionnelles n'ont pas été suffisamment séparées. La généralisation de cette approche empêcherait la théorie de Searle de rendre compte de nombreux faits sociaux et l'affaiblirait sans véritable justification.

[1] Définir une ordalie en établissant un rapport direct entre l'intervention d'une certaine réalité physique (la peau est brûlée) et la conséquence juridique (le suspect est coupable) ne nous semble pas suffire à rendre compte du concept d'ordalies dans la pratique juridique.

[2] Le discours et les représentations des acteurs sont incontournables mais elles sont prises en compte dans le cadre d'une ontologie prédéterminée et en respectant un réalisme minimal. C'est pour cette raison que l'essentialisme apparent du langage ordinaire (BULYGIN Eugenio et ALCHOURRON Carlos, « Normative Knowledge and Truth », *in* GARCIA Jorge, RABOSSI Eduardo, VILLANUEVA Enrique et DASCAL Marcelo (dir.), *Philosophical Analysis in Latin America*, Dordrecht, D. Reidel, 1984, p. 26) n'est pas repris.

[3] Voir *supra*, p. 248. En outre, les faits institutionnels favorisent l'émergence de fausses croyances car ils semblent souvent aussi réels et inaltérables que les faits bruts voire dotés d'une certaine éternité (LAGERSPETZ Eerik, « On the Existence of Institutions », *in* ERIKSSON Lars et HURRI Samuli (dir.), *Dialectic of Law and Reality. Readings in Finnish Legal Theory*, Helsinki, Publications of the Faculty of Law 1999, p. 213).

[4] La croyance en Dieu pourra même contribuer à l'existence d'une religion ou de châtiments divins dans la mesure où l'on n'interprète pas ces éléments comme des faits bruts. Il ne faut donc pas négliger le poids d'une telle croyance dans l'existence de certains faits sociaux sous prétexte qu'elle ne peut pas prouver l'existence de Dieu (pour un exemple, voir TROPER Michel, « Fondement du caractère obligatoire et problème de causalité en droit international », *in Réalités du droit international contemporain. Force obligatoire et sujets de droit*, Reims, CERI, 1980, p. 46).

[5] Si l'on pose l'hypothèse que les événements exposés dans la Bible sont vrais, le fait que Dieu puisse créer le monde en sept jours mais qu'un homme ne le puisse pas est une propriété des pouvoirs de chacun et non du langage (SEARLE John, « How Performatives Work », *in* VANDERVEKEN Daniel et KUBO Susumu (dir.), *Essays in Speech Act Theory*, Amsterdam, Philadelphie, John Benjamins, 2002, p. 104). De même, la différence entre l'effet de la croyance dans la monnaie et dans le père noël tient aux propriétés de l'objet de la croyance et non pas à la croyance même. Ces limites permettent de comprendre comment l'on peut écarter l'objection selon laquelle accorder une fonction constitutive à la croyance impliquerait de soutenir l'existence du père noël (sur cette objection, voir RUITER Dick, « Normative and Real Institutions », *in* STEUNENBERG Bernard et VAN VUGHT Frans (dir.), *Political Institutions and Public Policy*, Dordrecht, Kluwer, 1997, p. 76) ou l'idée selon laquelle l'usage du langage démontrerait l'existence d'une bonne réponse aux questions juridiques (en ce sens, voir FLETCHER George, « Law », *in* SMITH Barry (dir.), *John Searle*, Cambridge, CUP, 2003, p. 98). Dans le cadre de la perspective moniste qui est la nôtre, les croyances peuvent imposer un statut et des fonctions à un fait brut mais rien de plus. Il faut en fait séparer les représentations qui portent sur le statut et les « pouvoirs » d'un objet de celles qui portent sur un fait brut : penser qu'un bout de papier est un billet de banque et que Socrate est mortel ne fait pas appel au même type de représentations (SEARLE John, « Réalité institutionnelle et représentation linguistique », *in* BOUVERESSE Jacques et ROCHE Daniel (dir.), *La liberté par la connaissance*, Paris, Odile Jacob, 2004, p. 202). C'est pourquoi prendre au sérieux les représentations des acteurs dans la dogmatique ne revient pas à confier l'ethnologie aux sorciers eux-mêmes (pour un avis contraire, voir CHÉROT Jean-Yves, « La question du point de vue interne dans la science du droit », *RIEJ* 2007.59, p. 18). L'erreur inverse doit aussi être évitée : ce n'est pas parce que les croyances sur un fait brut ne le font pas exister que les

faut les prendre au sérieux sans y voir pour autant une vérité révélée[1]. Le respect des particularités des types de faits en cause interdit à la fois de traiter les faits institutionnels comme des faits bruts, à la manière des réalistes, et de traiter les faits bruts comme des faits institutionnels, comme le font les auteurs post-modernes. La volonté de correspondre à la pré-notion de droit impose un respect du sens commun, renié par les réalistes, sans le confondre totalement avec une vérité inattaquable, comme les auteurs post-modernes[2]. L'exemple de la magie montre que la théorie des faits institutionnels est capable de réaliser ce programme sans menacer le monisme ontologique[3].

Au final, cette vision relativement restreinte de l'institutionnalisme peut faire douter de l'opportunité de voir les faits institutionnels comme des « faits » puisqu'ils sont réductibles à d'autres entités plus basiques[4]. Cependant, leur description ne dépend pas des appréciations de l'observateur et ils peuvent donner lieu à des énoncés dont la vérité repose sur leur correspondance avec la réalité. En conséquence, il est possible de se tromper à leur sujet comme sur les faits bruts[5] ce qui marque leur existence en dehors des connaissances et *a fortiori* des choix épistémologiques de l'observateur. Ils existent même pour ceux qui ne les reconnaissent pas[6]. Leur nier la qualité de fait semble alors sans grand intérêt[7], à condition de bien voir dans quel sens ce terme est employé. C'est cette qualité spécifique qui permet de saisir le fossé qui sépare les définitions théoriques des règles constitutives et que le réalisme

---

croyances ne sont jamais constitutives. Pour un exemple de cette attitude, voir KELSEN Hans, « What is Justice ? » *in What is Justice ?*, précité, p. 8.

[1] Ainsi, le fait que les acteurs semblent effectivement traiter les normes comme des réalités abstraites qui feraient partie du monde du *Sollen* imaginé par Kelsen doit être pris en compte sans croire pour autant que ce deuxième monde existe.

[2] Le respect de la pré-notion de droit interdit de nier les faits institutionnels reconnus par les acteurs alors que notre monisme ontologique empêche de les concevoir dans un cadre dualiste pourtant plus simple à imaginer. Cette voie moyenne est pleinement cohérente avec le rejet du réductionnisme épistémologique qui pousse à expliquer l'objectivité des faits en cause. Choisir l'option inverse revient à renouer avec la négation de la référence des termes juridiques que proposait Ross (voir ainsi, COMANDUCCI Paolo, « Kelsen vs. Searle : a Tale of Two Constructivists », *Analisi e Diritto* 1999, p. 115 ou TUSSEAU Guillaume, *op. cit.*, p. 181) et qui entraîne toutes sortes de difficultés propres aux théories réalistes (voir *supra*, p. 41) et rend quasiment impossible l'analyse conceptuelle.

[3] L'existence du sort est décrite sans naïveté exagérée et sans exiger la stipulation d'une sphère de réalité détachée du monde physique. La prise en compte du monde social comme monde vécu ne heurte pas directement le réductionnisme ontologique.

[4] Cette caractéristique ne leur est pas propre : les émotions ou les voitures sont aussi réductibles à des entités plus basiques.

[5] En ce sens, voir SMITH Barry, « John Searle : from Speech Acts to Social Reality », *in* SMITH Barry (dir.), *John Searle*, Cambridge, CUP, 2003, p. 26. Le résultat d'un match survit ainsi quelles que soient les croyances des acteurs.

[6] Cette idée s'oppose aux conceptions psychologistes de certains réalistes (voir OLIVECRONA Karl, article précité, p. 180).

[7] Il semble en effet logique et utile de dire que c'est un fait que quelqu'un est marié, que la France a gagné la coupe du monde de football en 1998 ou que François Mitterrand a été Président de la République. Ces éléments sont réels car ils ne dépendent pas de notre volonté et peuvent rendre vrais les énoncés qui les décrivent. Il est difficile de penser que nier que ces éléments soient des faits permette de mieux comprendre le monde qui nous entoure. Tout comme les sentiments ou les tables, ils sont réductibles à des réalités plus basiques mais cela ne suffit pas à rendre inopportune leur désignation comme des faits. Pour des conceptions proches, voir MACCORMICK Neil, article précité, p. 32 ; LAGERSPETZ Eerik, *op. cit.*, p. 1 ; MORENO José Juan, « Putting Legal Objectivity on its Place », *Analisi e Diritto* 2004, p. 246 ou BERGER Peter et LUCKMANN Thomas, *op. cit.*, p. 126. D'ailleurs, ceux qui dénient la qualité de fait aux faits institutionnels entendent le plus souvent rejeter leur objectivité épistémique. Pour une analyse comparable, voir FLETCHER George, article précité, p. 94, et pour un exemple, OLIVECRONA Karl, article précité, p. 172. La réduction des faits juridiques à la présence de certains sentiments ou à l'inscription dans une certaine argumentation (AGOSTINI Christophe, article précité, p. 9) ne permet pas aisément d'expliquer pourquoi l'on peut dire que c'est un fait que François Mitterrand a été Président de la République.

néglige abusivement. Vouloir imposer une lecture du monde et une définition du terme « fait » arbitraires qui s'écartent des représentations des acteurs ne paraît en aucun cas plus opportun[1]. C'est pour cette raison que les objections réalistes ne nous paraissent pas décisives. Loin de favoriser le dualisme ontologique, l'institutionnalisme rend possible un monisme ontologique qui peut servir de base à la dogmatique. Notre vision de la notion de signification objective incarne idéalement notre posture : nous refusons la dimension ontologique que lui donne Kelsen[2] tout en préservant son indépendance vis-à-vis des décisions du juge. La théorie de la règle constitutive complète la théorie de la double signification en lui donnant une notion d'objectivité applicable aux normes originaires. Sa contribution à l'explication de l'existence du droit et de la constitution est clarifiée mais sa capacité à faire partie des bases positivistes de la connaissance dogmatique doit encore être prouvée (Section 2).

SECTION 2 : LA PLACE DE LA THEORIE DE LA REGLE CONSTITUTIVE DANS LES BASES DE LA DOGMATIQUE

La présentation de la théorie de la règle constitutive montre qu'elle peut expliquer l'existence du droit comme fait social. Nous entendons maintenant prouver que cette particularité lui permet de faire partie des bases de la dogmatique positiviste car elle contribue à déterminer les conditions de la connaissance juridique. Cette intégration est facilitée par sa proximité avec des positions répandues dans la théorie générale du droit actuelle (I). Elle tient en effet plus de la structuration d'idées largement partagées par les théoriciens du droit que de l'innovation. Mieux, elle présente l'avantage de remplir ce rôle en rendant possible la résolution des problèmes posés par la définition de la catégorie dogmatique de constitution tout en respectant les impératifs positivistes basiques qui guident notre démarche (II).

I. LA PROXIMITE DE LA THEORIE DE LA REGLE CONSTITUTIVE AVEC D'AUTRES THEORIES GENERALES DU DROIT

L'originalité peut parfois être un défaut dans le domaine épistémologique car elle fait peser le risque de construire une nouvelle discipline quand l'on veut seulement réformer quelques

[1] Pour un avis contraire, voir PATTARO Enrico, « Towards a Map of Legal Knowledge », *in* PINTORE Ana et JORI Mario (dir.), *Law and Language. The Italian Analytical School*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1997, p. 109.
[2] L'air de famille entre les notions de faits institutionnels et de signification objective (COMANDUCCI Paolo, article précité, p. 109) ne doit pas tromper car le dualisme ontologique de Kelsen donne aux normes juridiques une objectivité ontologique qui implique des présupposés radicalement différents.

éléments d'une discipline existante[1]. La mise en relation de la théorie de la règle constitutive avec d'autres théories du droit montre au contraire qu'elle peut être utile à l'étude du droit malgré son origine extra-juridique. Elle est aussi l'occasion de préciser ce qui la sépare des théories qui lui ressemblent et donc ce qui justifie sa formulation autonome. Le refus du réductionnisme épistémologique incite à noter sa parenté avec les approches normativistes (A) mais il ne faut pas négliger pour autant sa proximité avec d'autres conceptions (B).

A. La théorie de la règle constitutive et le normativisme

Nous avons pu voir que le normativisme repose sur la fonction spécifique attribuée à certaines normes ultimes. La règle constitutive peut prétendre s'inscrire dans cet héritage puisqu'elle est une norme qui fixe les conditions d'existence des normes originaires. C'est pourquoi il est utile de la comparer à la norme fondamentale (1) et à la règle de reconnaissance (2).

1. REGLE CONSTITUTIVE ET NORME FONDAMENTALE

L'apport de la théorie de la règle constitutive serait bien mince si elle pouvait être assimilée à la théorie de la norme fondamentale de Kelsen. Or, la proximité apparente de ces normes ne doit pas faire croire à leur identité. La distance est déjà importante s'agissant de leurs formulations. Si celle de la norme fondamentale n'est pas toujours claire, deux éléments paraissent constants dans la pensée de Kelsen : la création d'une obligation et un rapport incontournable avec l'effectivité[2]. La règle constitutive suit un modèle différent : son résumé « X compte pour Y » montre bien la distance prise tant avec l'obligation que l'effectivité. Sa reconstruction sur la base des croyances partagées par les acteurs sur les faits institutionnels laisse d'autant moins de place à l'obligation qu'elle peut s'appliquer à des institutions dans lesquelles l'obligation ne joue aucun rôle (langage, magie…). Le lien avec les représentations des acteurs et la rupture avec le dualisme ontologique privent la notion d'obligation absolue de tout intérêt dans notre perspective. Si certaines obligations spécifiques peuvent passer pour des conséquences fixées par la règle constitutive[3], la théorie adoptée valorise surtout la fonction constitutive négligée par Kelsen. Elle se contente de rattacher certains faits bruts à un

[1] Nous prenons ici en considération les critiques post-positivistes contre l'impérialisme épistémologique supposé du positivisme en préférant une approche mixte, déjà illustrée par le chapitre préliminaire, qui se limite à proposer quelques éléments de réforme sans jamais s'écarter nettement du mode de pensée dogmatique actuel.
[2] Voir *supra*, p. 218. Nous traitons de la lecture de la norme fondamentale qui la lie à la création d'une obligation absolue. La plupart des différences relevées entre règle constitutive et norme fondamentale existent aussi si nous interprétons la norme fondamentale comme prévoyant une obligation relative mais l'opposition est accrue si elle crée une obligation absolue.
[3] Voir *infra*, p. 301 et s.

ordre normatif donné à travers leur qualité institutionnelle de norme juridique sans préciser si l'on est obligé d'y obéir. Il s'agit en effet d'une question extra-institutionnelle : le caractère obligatoire d'une institution n'a pas de sens dans cette institution et ne peut donc concerner la règle constitutive. Il est bien sûr possible de présupposer une norme fondamentale au-delà de la règle constitutive[1] mais elle ne se confondra pas avec cette dernière. Surtout, elle n'aura ni fonction ontologique ni fonction épistémologique puisque l'existence objective des normes et leur connaissance ne dépendra pas d'elle. La règle constitutive porte sur la validité systémique, c'est-à-dire intra-institutionnelle, quand une norme fondamentale de ce genre confond la validité du système, nécessairement extra-institutionnelle, avec celle de sa norme la plus élevée. La validité du système n'a pas de sens pour nous et seule l'identification de la constitution nous intéresse. Nous retrouvons ici l'opposition entre identification et fondement car la règle constitutive ne concerne que le premier aspect contrairement à la norme fondamentale. Elle suffit donc pour remplir l'objectif positiviste de décrire le droit sans engagement moral.

L'absence de rapport entre l'effectivité et la règle constitutive confirme son originalité. Elle se présente comme une série de critères et non comme le renvoi à une norme historiquement première effective. La théorie des faits institutionnels prive la prise en compte de l'effectivité de tout intérêt épistémologique[2]. À la rigueur, il est possible d'envisager que celle-ci soit un critère exigé par une règle constitutive mais elle n'est pas structurellement liée à la notion de règle constitutive. C'est pourquoi la norme fondamentale resterait différente même si nous la considérions comme une croyance : elle serait alors une croyance sur le rapport systématique entre validité et effectivité[3] et non sur la qualité institutionnelle de certains faits bruts. La particularité de la formulation de la règle constitutive la rend inapte à jouer le rôle dévolu à la norme fondamentale. Elle ne peut faire le lien entre les sphères ontologiquement séparées de l'être et du devoir-être puisqu'elle ne crée pas d'obligation absolue et ne relie pas la validité à l'effectivité. Inversement, la norme fondamentale ne peut

[1] Nous pensons à une norme du type « il faut obéir à la règle constitutive » ou « il faut se conformer à l'acte normatif désigné par la règle constitutive » qui correspond au modèle de la norme fondamentale défini par Kelsen. Elle n'aura d'intérêt que si la norme fondamentale crée une obligation absolue car il est impossible d'y voir une obligation institutionnelle.

[2] Elle permet en effet de différencier le droit positif d'un droit idéal sans passer par un critère externe de ce type.

[3] Cette idée implicite dans toutes les descriptions de la norme fondamentale est parfois explicitée par Kelsen : « le principe d'effectivité est la norme fondamentale générale que la pensée juridique suppose quand elle reconnaît un groupe de normes comme la constitution valide d'un État » (« Value Judgments in the Science of Law », *in What is Justice ?*, précité, p. 224) ou « le principe d'efficacité doit être inclus dans la formulation de la norme fondamentale » (« What is a Legal Act ? », *The American Journal of Jurisprudence* 1984, p. 201).

servir à l'identification constitutionnelle et ne remplit donc pas les fonctions de la règle constitutive[1].

Ces différences de contenu et de fonction sont parfaitement cohérentes avec la différence de statut entre les deux normes ultimes. Rappelons que la norme fondamentale est une sorte de décision épistémologique[2] quand la règle constitutive est un fait brut. Nous prétendons qu'elle peut jouer un rôle épistémologique mais pas qu'elle est une décision épistémologique. Le choix est en réalité logiquement antérieur : il consiste à vouloir décrire le droit en tant que fait social[3]. L'intérêt pour la règle constitutive est une conséquence de cette décision mais non son existence même : une décision épistémologique est bien présente mais elle ne se situe pas au même stade du raisonnement[4]. Cela implique qu'un énoncé décrivant la règle constitutive est réfutable[5] contrairement à celui qui stipule la norme fondamentale mais également qu'elle détermine l'existence du droit quand la fonction ontologique de la norme fondamentale est assez mystérieuse[6]. Surtout, cela explique pourquoi la règle constitutive peut servir de repère aux acteurs dans la pratique sociale. Elle n'a pas le caractère *a posteriori* de la norme fondamentale qui marquait sa coupure avec le point de vue interne. Même si l'on ne peut constater son existence à l'origine, elle peut être utilisée par les acteurs lors de l'identification constitutionnelle ce qui est totalement impossible pour la norme fondamentale[7]. Elle réalise l'ambition de ceux qui voulaient interpréter la norme fondamentale comme une coutume ou un présupposé de la pratique juridique. Cependant, elle le fait dans une reconstruction totale

---

[1] Nous refusons donc l'assimilation entre règle constitutive et norme fondamentale proposée par certains auteurs. Voir ainsi, COMANDUCCI Paolo, article précité, p. 109.

[2] Qu'elle soit une hypothèse, un présupposé ou une fiction (voir *supra*, p. 222), elle représente la décision épistémologique de considérer les normes effectives comme des normes juridiques. C'est pour cette raison que Kelsen reconnaît implicitement qu'il est possible de ne pas présupposer la norme fondamentale (« Une théorie réaliste et la théorie pure du droit », *Annales de la Faculté de Strasbourg* n°4-2000, p. 41). Il refuse d'ailleurs clairement qu'elle soit considérée comme une coutume (« Why Should Law Be Obeyed ? », *in What is Justice ?*, précité, p. 265) ou un fait (« Justice et droit naturel », *in Le droit naturel*, Paris, PUF, 1959, p. 123), ce qui est logique au regard de son refus du syncrétisme méthodologique et de sa théorie de la validité. Pour une analyse comparable insistant sur l'absence de réalité de la norme fondamentale, voir TROPER Michel, « La pyramide est toujours débout. Réponse à Paul Amselek », *RDP* 1978, p. 1533 et 1536.

[3] Nous faisons ici référence à la théorie sociale des sources du droit qui est l'un des présupposés positivistes arrêté arbitrairement au début de notre travail (voir *supra*, p. 58). Notre décision épistémologique est même un peu plus précise : elle consiste à vouloir décrire un droit donné (français, international…) en tant que fait social et non pas simplement de décrire le droit en général car la dogmatique doit nécessairement porter sur un discours du droit spécifique.

[4] La norme fondamentale serait ainsi par exemple « la décision, d'ordre épistémologique, de considérer le droit nazi d'un point de vue juridique » (TROPER Michel, « Ross, Kelsen et la validité », *in La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 28). Une telle description ne peut manifestement pas correspondre à la règle constitutive.

[5] Voir *infra*, p. 296.

[6] Sur les difficiles rapports entre les fonctions ontologique et épistémologique de la norme fondamentale, voir *supra*, p. 226 et AMSELEK Paul, « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen », *in Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Paris, Dalloz, 2000, p. 46.

[7] Cette incapacité structurelle explique pourquoi toute reformulation de la norme fondamentale visant à ce qu'elle exprime la définition de la catégorie dogmatique de constitution est vouée à l'échec : elle ne permettra en aucun cas de voir cette norme comme une réalité sociale sur laquelle s'appuie la pratique juridique. Sur l'insuffisance du statut de la norme fondamentale, voir notamment OLIVECRONA Karl, *Law as Fact*, 2e éd., Londres, Stevens & Sons, 1971, p. 114.

pour ne pas se contenter d'ajouter une incohérence à la théorie de la norme fondamentale[1]. Les objections qui condamnaient cette dernière ne lui sont donc pas applicables.

Derrière ces différences se cachent des perspectives radicalement opposées. La théorie des faits institutionnels et la théorie pure du droit partagent un aspect constructiviste. Toutefois, Kelsen propose un constructivisme scientifique dans lequel la science du droit « crée » son objet : l'ordre juridique n'existe qu'une fois reconstruit par la science du droit[2]. La norme fondamentale peut alors jouer un rôle dans l'existence du droit puisque celle-ci dépend de la science du droit. En revanche, les représentations des acteurs sont absolument négligées[3]. Dans cette lecture de la théorie pure, la science du droit kelsénienne partage la perspective des réalistes : elle voit le droit comme une série de comportements observés du point de vue externe. Elle ne s'en sépare que parce qu'elle les reconstruit pour les considérer comme exprimant des normes juridiques[4]. L'objectivité des normes repose alors en dernière analyse sur la décision épistémologique qu'est la norme fondamentale[5]. Plusieurs théories de Kelsen prennent ici tout leur sens : la hiérarchie des normes[6], le rôle automatique de l'effectivité dans la désuétude[7], l'approche spécifique des révolutions[1], la place accordée à l'interprétation

---

[1] Pour ne prendre qu'un seul exemple, le rapport de la norme fondamentale avec sa double qualité de présupposé des acteurs et de la doctrine est indéterminé. La règle constitutive quant à elle n'est un présupposé que pour les acteurs : pour la doctrine, elle est un constat empirique qui peut ensuite servir de base à sa pratique dogmatique.

[2] Elle ne se contente pas de le sélectionner ou de le représenter mais elle le « crée » en l'extrayant du chaos des perceptions sensibles (KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1999, p. 80).

[3] Cette négligence est visible dans la comparaison avec les sciences naturelles (*ibid.*, p. 80) qui travaillent peut-être sur un réel pré-interprété mais pas directement sur l'interprétation de ce réel. Elle apparaît aussi dans l'idée selon laquelle c'est la science du droit qui donne au droit son unité et que les théoriciens peuvent arbitrairement choisir un point de vue sur le droit, par exemple celui des normes du droit international, sans se préoccuper de savoir si ce point de vue est assumé par les acteurs (*ibid.*, p. 207 et 318 ou *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1997, p. 418).

[4] Cette lecture spécifique de Kelsen et sa présentation comme un constructiviste scientifique se retrouve notamment dans les travaux du professeur Comanducci (voir ainsi, « Taking Kelsen Seriously », *in* GARZON VALDES Ernesto, KRAWIETZ Werner, VON WRIGHT Georg Henrik et ZIMMERLING Ruth (dir.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, p. 174). Notons qu'en évoquant un double constructivisme scientifique et social (« Kelsen vs Searle », précité, p. 107), il nous semble toutefois surestimer l'intérêt que Kelsen accorde aux représentations des acteurs. Pour une autre interprétation de l'œuvre de Kelsen comme proposition d'une reconstruction normative sur une base réaliste, voir GOLDING M.P., « Kelsen and the Concept of Legal System », *ARSP* 1961, p. 385.

[5] C'est pour cette raison que Kelsen peut considérer que la signification (S1) d'un acte normatif ne peut être interprétée comme étant la signification objective de norme juridique que si la norme fondamentale est présupposée (*Théorie pure du droit*, précité, p. 54). Cela donne alors à cette dernière une fonction constitutive puisqu'elle conditionne l'existence même des normes juridiques (en ce sens, voir CONTE Amedeo, « Eidetic-Constitutive Rules », *in* PINTORE Ana et JORI Mario (dir.), *Law and Language*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1997, p. 136 ou HAMMER Stefan, « A Neo Kantian Theory of Legal Knowledge in Kelsen's Pure Theory of Law », *in* PAULSON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 193 et, pour un avis contraire, HONORÉ Tony, « The Basic Norm of Society », *ibid.*, p. 102 ou PAULSON Stanley, « Introduction », *in* KESLEN Hans, *Théorie générale…*, précité, p. 20) mais seulement du point de vue de la science du droit et non de celui des acteurs ce qui confirme l'opposition avec la règle constitutive envisagée ici. Cependant, si cette présentation particulière donne une cohérence générale aux théories de Kelsen, elle n'explique pas son dualisme ontologique car l'objectivité « scientifique » des normes ne se confond ni avec une objectivité ontologique ni avec une objectivité épistémique.

[6] Voir *infra*, p. 600 et s.

[7] Pour Kelsen, une norme qui perd son efficacité perd également sa validité dans tous les systèmes juridiques (voir ainsi *Théorie pure du droit*, précité, p. 216 et ou « Derogation », *in Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962, p. 344). Cette position est plus qu'étonnante si l'on veut rester fidèle aux représentations des acteurs et est donc critiquée (voir notamment PFERSMANN Otto, « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », *RRJ* 1994, p. 227). Cependant, elle est nécessaire si l'on souhaite ne considérer comme juridiques que les

authentique[2] ou encore la théorie de la disposition alternative[3]. La négligence de la double signification des actes de langage est aussi favorisée puisque S2 n'apparaît alors qu'*a posteriori*[4]. Le point de vue interne est globalement négligé au profit du point de vue externe[5]. La théorie des faits institutionnels est très différente : la réalité sociale est certes construite, mais par les acteurs et non par les sciences sociales[6]. Celles-ci trouvent leur objet pré-construit et tentent de le comprendre et de le présenter. Les éléments qui relèvent pour Kelsen de choix épistémologiques arbitraires dépendent ici de faits sociaux. En conséquence, l'objectivité des normes ne repose pas sur les décisions épistémologiques des observateurs mais bien sur les croyances des acteurs. L'opposition est totale avec le dualisme ontologique et le constructivisme scientifique, tous deux appuyés sur la norme fondamentale. Au vu de ces éléments, la proximité entre règle constitutive et norme fondamentale n'est qu'apparente. La parenté avec la règle de reconnaissance semble bien plus défendable (2).

2. REGLE CONSTITUTIVE ET REGLE DE RECONNAISSANCE

La plupart des objections opposées à la théorie de la norme fondamentale ne concernent pas la règle de reconnaissance de Hart. Ainsi, elle peut tout à fait fixer une série de critères de qualification, ce qui implique qu'elle est autant capable que la règle constitutive de définir la

---

normes effectivement appliquées. Dans le cadre de la reconstruction scientifique, elle permet d'éliminer les normes non effectives qui répondent aux critères de validité utilisés par les acteurs.

[1] Le fait que l'efficacité d'une constitution révolutionnaire suffise à lui donner sa validité ou que toutes les normes effectives issues du droit antérieur soient considérées comme tacitement approuvées par la nouvelle constitution (KELSEN Hans, *op. cit.*, p. 210) ne peut surprendre dans une théorie qui vise à décrire les normes effectives comme des normes valides.

[2] Les organes d'application du droit sont décrits comme pouvant créer du droit en interprétant les normes générales, même dans les cas où ils s'écartent « du cadre que constituent les normes à appliquer » sans que leur compétence à ce sujet ne soit véritablement expliquée (*ibid.*, p. 341) ce qui est logique puisque les normes individuelles édictées suite à cette interprétation sont le plus souvent effectives. Cette vision de l'interprétation est souvent considérée comme un premier pas vers le réalisme.

[3] Nous aurons l'occasion de revenir sur cette théorie. À ce stade, contentons-nous de noter qu'elle revient à soutenir que certaines normes autorisent leur propre violation. Ainsi, il ne peut exister de lois inconstitutionnelles car la constitution autorise le législateur à donner aux normes « un contenu conforme aux normes de la Constitution sur le contenu des lois, soit un contenu autre » (*ibid.*, p. 269). Au mieux, les lois peuvent faire l'objet d'une procédure d'annulation (*ibid.*, p. 270). Cette position pour le moins paradoxale a été très critiquée (voir *infra*, p. 598 et s.). Elle peut être comprise si l'on y voit la conséquence de la combinaison entre l'attachement aux normes effectives et de la théorie de la validité de Kelsen. Puisque les lois irrégulières sont effectives, il est impossible de proposer une description du droit qui ne les intègre pas. Or, étant donné que seules les normes conformes aux normes supérieures sont valides, il faut en déduire que les lois inconstitutionnelles sont conformes à la constitution. Le lien de cette théorie avec un constructivisme portant sur des normes effectives a de ce fait été relevé. Voir ainsi, COMANDUCCI Paolo, « Taking Kelsen Seriously », précité, p. 176. L'opposition entre validité et effectivité soulignée par Kelsen devient alors très relative car elle n'existe que dans la reconstruction de la science du droit.

[4] La validité des normes, qui découle de S2, est en effet le produit de la reconstruction de la science du droit. L'idée selon laquelle les normes servent de schéma d'interprétation peut être maintenue comme le montre Ross : c'est un schéma utilisé par la science du droit qui doit être retenu s'il permet de comprendre les actions effectives des acteurs comme l'expression d'un cadre général cohérent (*On Law and Justice*, Londres, Stevens & Sons, 1958, p. 16-18).

[5] Le terme « constitution » n'est par exemple employé que dans un sens théorique sans que la différence avec le sens dogmatique du terme ne soit jamais vraiment relevé (voir *infra*, p. 425 et s.), ce qui est logique si l'ordre juridique est une reconstruction. Notons que certains soutiennent à l'inverse que Kelsen adopte le point de vue interne. Voir par exemple, EWALD François, « Le droit du droit », *APD* 1986, p. 249.

[6] « Le droit n'est pas seulement un objet d'étude pour les sciences juridiques, mais est un élément des vies et des actions des citoyens et des officiels » (MACORMICK Neil, *Questioning Sovereignty*, Oxford, OUP, 1999, p. 23).

catégorie juridique qui détermine ce qui « compte » comme une norme constitutionnelle. Elle n'a pas non plus de lien spécifique avec l'effectivité ou la création d'une obligation quelconque. Elle rompt également avec le volontarisme[1]. Certes, sa fonction ne se confond pas avec celle de la règle constitutive : si elle n'est pas conçue comme un outil épistémologique, sa contribution à la construction de la réalité sociale n'est pas assumée. Les références au point de vue interne expliquent cependant que des théories institutionnalistes ont pu être élaborées sous l'influence de Hart[2]. Il est donc possible de proposer une lecture de la règle de reconnaissance qui rapproche son contenu et sa fonction de ceux de la règle constitutive et lui permet de participer à l'identification constitutionnelle.

La différence importante se situe plutôt au niveau des statuts respectifs des deux normes ultimes en cause. Hart ne fait jamais référence aux croyances des acteurs ou à un quelconque élément comparable. Nous avons pu voir que l'interprétation la plus étayée de la règle de reconnaissance reliait Hart aux réalistes : elle désignerait en effet un comportement adopté par les autorités d'application du droit[3]. Il s'agirait d'une attitude par rapport à l'aspect interne de la règle de reconnaissance, la série de critères, mais cela reste un comportement des autorités. La règle de reconnaissance apparaît alors comme une pratique sociale et non comme la croyance qui sous-tend cette pratique. C'est cet élément qui fait basculer Hart dans un réalisme dont les défauts ont déjà été soulignés. La lecture constructiviste de la règle de reconnaissance ne serait d'ailleurs plus tenable dans ce cadre car l'existence d'une pratique n'explique pas celle de la constitution. Les raisons reconnues par les acteurs pour identifier les normes demeurent mystérieuses car elles ne sont pas étudiées ou même envisagées[4]. La théorie de la règle constitutive vise à corriger cette carence pour éviter la dérive réaliste. Les pratiques des autorités d'application font alors partie des indices manifestant l'existence de croyances. Il ne s'agit pas d'un changement mineur. D'une part, la règle constitutive n'est pas une pratique mais une croyance ce qui permet l'existence de faits sociaux et donne des critères utilisables par les acteurs[5]. Une décision peut alors se baser sur la règle constitutive

[1] C'est cette particularité qui conduit à la baser sur la reconnaissance sociale des normes constitutionnelles et non sur la procédure suivie ou les organes impliqués. Voir MICHELMAN Franck, « Constitutional Authorship », *in* ALEXANDER Larry (dir.), *Constitutionalism : Philosophical Foundations*, Cambridge, CUP, 1998, p. 69.
[2] Nous pensons notamment aux travaux déjà évoqués des professeurs MacCormick, Lagerspetz, Atienza et Ruiz Manero.
[3] Voir *supra*, p. 236.
[4] En ce sens, voir PERRY Stephen, « Hart on Social Rules and the Foundations of Law : Liberating the Internal Point of View », *Fordham Law Review* 2006, p. 1173 ; POSTEMA Gerald, « Coordination and Convention at the Foundations of Law », *Journal of Legal Studies* 1982, p. 198 ; SCHAUER Frederick, « Amending the Presuppositions of a Constitution », *in* LEVINSON Stanford (dir.), *Responding to Imperfection*, Princeton, Princeton University Press, 1995, p. 150 ou MARMOR Andrei, « Legal Conventionalism », *Legal Theory* 1998, p. 512.
[5] Le passage direct de l'existence d'une pratique de reconnaissance à la valeur d'une série de critères est au contraire souvent décrit comme une atteinte au principe de Hume et le vecteur de l'introduction du réalisme dans la théorie de Hart. Voir ainsi, KRAMER Matthew, « The Rule of Misrecognition in the Hart of Jurisprudence », *OJLS* 1988, p. 431 ou TUORI Kaarlo, *Critical Legal Positivism*, Burlington, Ashgate, 2002, p. 26.

alors qu'il n'existe aucune pratique préalable. De même, une décision initiale de reconnaissance peut être juridiquement critiquée puisque l'existence même de la constitution ne dépend pas des décisions des juges[1]. Le changement de la pratique des juges a un effet immédiat sur la règle de reconnaissance mais pas sur la règle constitutive. D'autre part, le fait que la pratique soit juste un indice de l'existence de la croyance implique qu'un juge peut se tromper et donc que la présence de divergences limitées dans les pratiques de reconnaissance n'équivaut pas forcément à l'existence de plusieurs règles constitutives. De plus, les juges n'ont plus ici de qualité particulière : l'existence de la croyance peut être perçue à travers le comportement d'autres acteurs, en tenant compte de la division du travail déjà évoquée. L'idée générale de Hart est conservée mais la différence avec son schéma est suffisante pour s'écarter du réalisme. La raison pour laquelle les acteurs peuvent utiliser certains critères du point de vue interne est précisée, sans pour autant conférer à la règle constitutive un statut interne qui amènerait une nouvelle régression vers l'infini[2]. La pratique des juges n'est pas en tant que telle une raison pour agir mais elle extériorise les raisons pour agir retenues par les acteurs. L'opposition entre la prédiction des critères utilisés par les juges et la détermination des critères que doit retenir le juge désireux de jouer le jeu du droit français est maintenue[3].

La théorie de la règle constitutive évite la dérive réaliste que peuvent faire craindre les travaux de Hart. Elle écarte *a fortiori* l'autre lecture possible de ces travaux : l'assimilation de la règle de reconnaissance à une norme acceptée par les juges. Celle-ci permet d'expliquer le passage du point de vue externe au point de vue interne puisque la pratique des juges est alors seulement l'indice de l'acceptation qui est la raison de leur décision. Cependant, elle conduit à défendre la pertinence des jugements moraux[4] ou politiques[5] comme base de la doctrine

---

[1] Cette particularité permet de correspondre à la pré-notion de droit en montrant la différence irréductible entre la Constitution de 1958 et la feuille de papier dans le système juridique français. En outre, elle assure une cohérence parfaite avec la théorie de la double signification là où l'orientation choisie par Hart risquait de rendre les critères de qualification sans grande importance en ne laissant de place qu'à l'étude de la pratique effective de qualification.

[2] Cette nécessité d'arrêter la régression vers l'infini, qui conduisait Kelsen à une association étonnante d'être et de devoir-être par la théorie de la norme fondamentale, impose ici de limiter la différence entre approche externe et interne. Toutefois, cette opération est bien plus envisageable que ne l'était l'assimilation de deux réalités ontologiquement distinctes et elle se fait d'une manière qui explique pourquoi la règle constitutive n'est pas structurellement postérieure aux décisions des acteurs. La régression vers l'infini ne peut être brisée que par un fait brut mais celui qui est retenu par Hart ne se confond pas avec les croyances partagées typiques de la théorie de la règle constitutive.

[3] Voir *infra*, p. 202.

[4] Pour des exemples de cette interprétation de la règle de reconnaissance voir *supra*, p. 234 ou CHÉROT Jean-Yves, « La question du point de vue interne dans la science du droit », *RIEJ* 2007.59, p. 27 et COYLE Sean, « Practice and the Rule of Recognition », *Law and Philosophy* 2006, p. 452. Pour une interprétation opposée, voir LAGERSPETZ Eerik, *The Opposite Mirrors*, Dordrecht, Kluwer, 1995, p. 156 ou MARMOR Andrei, article précité, p. 529. La difficulté tient évidemment à l'ambiguïté du terme « *acceptance* » chez Hart. Sur ce point, voir CATANIA Alfonso, « Accceptance in the Thought of H.L.A. Hart », *in* PINTORE Ana et JORI Mario (dir.), *op. cit.*, p. 148.

[5] Pour une approche liant l'existence de la règle de reconnaissance à des argumentations politiques, voir KAY Richard, « Preconstitutional Rules », *Ohio State Law Journal* 1981, p. 193 et p. « The Illegality of the Constitution », *Constitutional Commentary* 1987, p. 70. L'argumentation politique peut aussi être considérée comme la base de l'identification constitutionnelle en dehors de l'héritage de Hart. Voir ainsi, PALLEY Claire, « The Judicial Process : U.D.I. and the Southern Rodhesian Judiciary », *MLR* 1967, p. 287.

générale des sources du droit soit que ces éléments soient constatés du point de vue externe[1] soit qu'ils soient intégrés dans la dogmatique[2]. Au minimum, elle implique de reconnaître que les critères de qualification sont librement choisis par les juges[3]. À l'inverse, la référence à des croyances partagées ne laisse pas de place à la morale ou à l'adhésion des acteurs[4]. Le fait qu'une feuille de papier compte comme de la monnaie n'implique pas que l'on soit prêt à l'utiliser[5]. De même, le fait que l'on croit qu'un acte donné soit une faute dans un sport quelconque n'implique pas que l'on veuille s'abstenir de le réaliser et encore moins que l'on reconnaît la légitimité de la règle. Le point de vue interne est parfaitement compatible avec le cynisme le plus total tant que la qualité institutionnelle est connue[6]. Mieux, s'interroger sur l'acceptation ou la moralité est même déplacé : le fait que l'on trouve immoral la violence permise dans un sport ne change rien à la connaissance de ce qui constitue une faute dans ce cadre spécifique. La critique même de la règle n'a de sens que parce l'on est conscient de sa valeur dans l'institution. Cette mécanique générale trouve aussi à s'appliquer en droit : la question est de savoir si l'on croit que tel fait brut compte comme une constitution et non si l'on est d'accord avec les normes qu'il signifie[7]. La règle constitutive existe si la qualité juridique d'un acte de langage est reconnue est non si l'on adhère au contenu ou à la procédure d'édiction de l'acte en question. La croyance crée la connaissance objective partagée par les acteurs qui définit un monde commun qui peut tout à fait ne pas être apprécié[8]. Elle est le plus souvent inconsciente et n'est donc pas le résultat d'un raisonnement

---

[1] Voir par exemple, PERRY Stephen, article précité, p. 1172 ou HOLTON Richard, « Positivism and the Internal Point of View », *Law and Philosophy* 1998, p. 614.

[2] Voir ainsi, COYLE Sean, article précité, p. 440.

[3] Sur le lien entre acceptation et choix volontaire, voir TUOMELA Raimo, « Belief versus Acceptance », *Philosophical Explorations* 2000, p. 123. La règle de reconnaissance peut alors passer pour un accord volontaire entre les juges. En ce sens, voir COLEMAN Jules, *The Practice of Principle*, Oxford, OUP, 2001, p. 80 et 99.

[4] Ni la reconnaissance (BAKER G.P. et HACKER P.M.S., « Rules, Definitions and the Naturalistic Fallacy », *American Philosophical Quarterly* 1966, p. 304) ni la croyance (COHEN Jonathan, *An Essay on Belief and Acceptance*, Oxford, OUP, 1992, p. 5) ne doivent en effet être confondues avec l'adhésion. Il est possible de croire dans l'existence d'une constitution voire de la reconnaître explicitement sans l'approuver ou même en contestant qu'elle mérite un tel statut. Du coup, la règle constitutive s'oppose à la conception de la règle de reconnaissance qui la lie à l'acceptation des juges mais aussi à toutes les théories qui prétendent baser la validité de la constitution sur son acceptation. Pour des exemples de ce type, voir FORIERS Paul, « Règles de droit : essai d'une problématique », *in* PERELMAN Chaïm (dir.), *La règle de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 15 ou VENTER François, « Constitution Making and the Legitimacy of Constitution », *in* JYRÄNKI Antero (dir.), *National Constitutions in the Era of Integration*, Dordrecht, Kluwer, 1999, p. 13

[5] Même si le rapport à la croyance n'est qu'indirect, le fait que la plupart des commerçants refusent d'accepter les billets de 500 euros ne veut évidemment pas dire qu'ils ne reconnaissent pas leur qualité de billet de banque.

[6] En ce sens, voir TAMANAHA Brian, *Realistic Socio-Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1997, p. 136 et 182.

[7] Pour une idée proche, voir BERGER Peter et LUCKMANN Thomas, *La construction sociale de la réalité*, Paris, Armand Colin, 2006, p. 126. Cela recoupe plus largement le concept d'objectivité épistémique de la qualité constitutionnelle.

[8] Les croyances qui forment la règle constitutive portent sur ce qu'est le droit et non sur qu'il devrait être. Il n'a donc rien d'une forme de démocratie spontanée et nous pouvons tout à fait imaginer un droit qui serait reconnu comme tel même s'il est honni par la grande majorité de la population et des juges. Il est certes possible de soutenir que le système juridique risque de s'effondrer si personne ne croit à sa moralité mais cela ne suffit pas à établir une équivalence entre la reconnaissance des normes et leur moralité puisqu'il est manifeste qu'une partie très substantielle des gens peut reconnaître le droit sans l'accepter. Surtout, une telle immoralité ferait disparaître le système juridique dans son entier mais ne remettrait pas en cause le rapport entre ce dernier et une certaine doctrine générale des sources du droit : c'est bien la constitution de ce système juridique spécifique qui serait emportée par son immoralité globale.

argumenté susceptible d'être exposé et critiqué. Au final, la théorie de la règle constitutive est très proche de celle de la règle de reconnaissance mais elle rompt avec l'ambiguïté de la place de l'acceptation dans l'existence du droit, ce qui transforme forcément la réflexion sur l'identification des normes constitutionnelles car l'introduction arbitraire de critères moraux dans ce cadre est exclue. Quoi qu'il en soit, les précédents dont peut se réclamer la théorie de la règle constitutive ne se limitent certainement pas aux deux normes ultimes les plus connues (B).

B. La diversité des précédents

Les théories présentant une parenté notable avec la théorie de la règle constitutive se retrouvent aussi bien sous la forme de théories générales élaborées (1) que de constructions dotées d'un statut épistémologique incertain (2).

1. LES THEORIES GENERALES ELABOREES

Les nombreux exemples de théories générales rappelant par certains aspects la théorie de la règle constitutive démontrent qu'elle est davantage la reformulation d'une idée répandue qu'une véritable innovation. Le concept de règle d'identification s'incarne ainsi dans l'utilisation d'une série de critères permettant d'identifier les normes qui appartiennent à un système juridique[1]. Il ne s'agit toutefois pas d'un fait social mais d'un outil conceptuel[2]. Il vise une reconstruction scientifique qui fait douter du type d'identification recherchée[3]. Cet exemple montre tout de même que l'intérêt pour les normes ultimes ne s'arrête pas aux théories bien connues de Kelsen et Hart. Les théories institutionnalistes sont évidemment plus proches de la position soutenue mais elles sont souvent centrées sur la démonstration de l'existence de faits institutionnels juridiques plutôt que sur la question de l'identification des normes d'un système juridique donné[4]. En conséquence, elles proposent rarement des

[1] Voir MORENO José Juan et NAVARRO Pablo, « The Reception of Norms and Open Legal Systems » *in* PAULSON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *op. cit.*, p. 278 et, pour une idée proche, ALCHOURRON Carlos et BULYGIN Eugenio, *Normative Systems*, Vienne, New York, Springer Verlag, 1971, p. 72.

[2] Pour être précis, le statut de ces critères ou de cette règle n'est pas clair. Ils sont présentés comme des règles conceptuelles ou des définitions sans que leur mode d'existence ne soit clairement établi (*ibid.*, p. 73 ou MORENO José Juan et NAVARRO Pablo, article précité, p. 279).

[3] Elle semble plutôt relever de la science du droit puisque la règle d'identification est utilisée *a posteriori* sans référence claire aux représentations des acteurs. Ce que l'on considère habituellement comme le droit français serait une série de systèmes juridiques temporaires unis par le fait qu'ils produisent leurs effets en France (ALCHOURRON Carlos et BULYGIN Eugenio, *op. cit.*, p. 89).

[4] Ce but est le plus souvent clairement assumé. Voir ainsi, MACCORMICK Neil et WEINBERGER Ota, *Pour une théorie institutionnelle du droit*, Paris, LGDJ, 1992, p. 8 ; REDONDO Maria Christina, « Normativity in Legal Contexts. An Institutional Analysis », *Analisi e Diritto* 1999, p. 147 ou TUORI Kaarlo, *op. cit.*, p. 127.

solutions complètes et utilisables[1] même si elles insistent clairement sur l'existence sociale des réalités juridiques voire sur le rôle des croyances des acteurs[2]. En ce qui concerne les bases du système juridique, certaines théories se réfèrent à des solutions qui ne sont pas spécifiquement institutionnalistes telles que la règle de reconnaissance de Hart[3]. D'autres prétendent utiliser la performativité des énonciations juridiques[4] mais elles ne peuvent être retenues car elles négligent les normes qui sous-tendent les performatifs que nous avons pu mettre en valeur lors de l'exposé de la théorie de la double signification. Les travaux du professeur Lagerspetz offrent une alternative en reconstruisant la théorie de la règle de reconnaissance pour la mettre en relation avec le rôle des croyances mutuelles dans la constitution des faits sociaux[5]. Il conserve néanmoins les principales caractéristiques de cette règle et ne précise pas quel rôle doivent jouer ces croyances mutuelles dans la dogmatique[6]. Celles-ci sont aussi valorisées par des auteurs qui défendent un conventionnalisme largement inspiré des travaux de Lewis[7]. Les conventions de ce type ne se confondent cependant pas avec la règle constitutive. Certes, les croyances mutuelles peuvent jouer un rôle éventuel dans

---

[1] Cette carence n'est pas forcément étonnante car Searle reste également assez évasif sur le mode d'existence des règles constitutives (voir *supra*, p. 246 et HULSEN Peter, « Back to Basis : a Theory of the Emergence of Institutional Facts », *Law and Philosophy* 1998, p. 296) notamment quand elles sont créées volontairement par des autorités habilitées (en ce sens, voir TUOMELA Raimo, « Collective Acceptance, Social Institutions and Social Reality », *in* KOESPELL David et MOSS Laurence (dir.), *John Searle's Ideas About Social Reality*, Oxford, Blackwell, 2003, p. 138). MacCormick s'intéresse tout de même à la base de l'ordre juridique en reliant la validité juridique à une vision spécifique de la raison pratique (*op. cit.*, p. 200) qui ne peut s'accorder avec notre positivisme et est dépourvue de tout appui dans la pratique des acteurs. Ce choix s'inscrit dans un glissement progressif et assumé de ses conceptions du positivisme vers le post-positivisme (*Institutions of Law*, Oxford, OUP, 2007, p. V) qui s'oppose à la place limitée et conditionnée socialement qu'a selon nous la morale dans le système juridique français. Il ne peut d'ailleurs contribuer au problème de l'identification de la constitution. La conception sociologique du concept de constitution défendu par le professeur Weinberger est également éloignée de nos préoccupations (*Law, Institution and Legal Politics*, Dordrecht, Kluwer, 1991, p. 116-121).

[2] La dimension culturelle des bases du système juridique est notamment relevée dans TUORI Kaarlo, *op. cit.*, p. 147.

[3] Voir ainsi, ATIENZA Manuel et RUIZ MANERO Juan, *A Theory of Legal Sentences*, Dordrecht, Kluwer, 1998, p. 148 ou RUITER Dick, *Institutional Legal Facts. Legal Powers and their Effects*, Dordrecht, Kluwer, 1993, p. 225.

[4] Voir par exemple, AMSELEK Paul, « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, p. 128 ; DAVID Éric, « Le performatif dans l'énonciation et le fondement du droit international », *in Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pédone, 1984, p. 254 ; DE GREEF Jan, « Conventions normatives et performatives », *ARSP Supplementa* vol. 1, part I, p. 194 ou LINDAHL Hans, « Sovereignty and Representation in the European Union », *in* WALKER Neil (dir.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart, 2003, p. 109.

[5] LAGERSPETZ Eerik, *op. cit.*, p. 156.

[6] Ce défaut s'explique sans doute par le fait que les préoccupations du professeur Lagerspetz sont plus philosophiques que juridiques. Il tend donc à négliger les objectifs de la dogmatique et le point de vue interne. Il aboutit d'ailleurs finalement à une conclusion très proche de la lecture réaliste de Hart : tout reposerait sur les normes qui sont effectivement utilisées par les autorités d'un groupe donné (*ibid.*, p. 160). Les croyances mutuelles sont simplement celles qui sont partagées par la classe des autorités sur ce que chacun d'entre eux pense de leur activité commune. Cet ajout ne semble pas suffisant pour écarter les reproches faits à la règle de reconnaissance et le statut épistémologique de ces croyances n'est de plus pas précisé.

[7] La règle de reconnaissance serait ainsi une convention sur le modèle décrit par Lewis car elle relierait la raison pratique aux faits sociaux à travers les anticipations mutuelles des juges visant à coordonner leur application du droit. Voir ainsi, POSTEMA Gerald, article précité, p. 198. Pour une vision proche, voir SARTORIUS Rolf, « Positivism and the Foundations of Legal Authority », *in* GAVINSON Ruth (dir.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon, 1987, p. 50. Pour une approche critique, voir GREEN Leslie, « Positivism and Conventionalism », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 1999, notamment p. 50. Il faut bien comprendre que les conventions ne se confondent pas avec des croyances partagées. Le professeur Dworkin montre ainsi la différence entre une morale convergente et une morale conventionnelle : la seconde suppose que la convergence est le motif de validité de la règle morale (*Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995, p. 118). Il souligne sur la même base l'opposition entre convention et consensus (*L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994, p. 151).

l'intentionnalité collective mais la croyance finale porte sur la constitution et non sur le comportement d'autrui comme dans le modèle de Lewis[1]. La règle constitutive ne vise pas simplement à régler un problème de coordination et les croyances sur lesquelles elle repose n'ont rien à voir avec les anticipations rationnelles chères aux conventionnalistes[2]. Les développements spécifiquement juridiques de ce courant philosophique ne sont pas suffisants car ils sont centrés sur la recherche du fondement d'une obligation absolue d'obéir aux normes juridiques et tentent de manière peu convaincante d'y voir la conséquence du besoin de coordination des juges[3]. Si le conventionnalisme est souvent repris par des auteurs positivistes contemporains[4], la distance prise avec les modèles philosophiques répandus rend finalement le caractère conventionnel peu éclairant sur le type de phénomènes qui forment la doctrine générale des sources du droit[5]. Malgré leurs particularités, ces théories montrent tout de même une volonté commune d'ancrer le droit dans les présupposés des acteurs[6].

De manière peut-être plus inattendue, certaines théories réalistes présentent également une parenté avec les positions développées ici en raison de leur volonté de considérer le droit comme un fait social. L'attention que les réalistes scandinaves portent aux états mentaux des

---

[1] LEWIS David, *Convention*, Oxford, Blackwell, 2002, p. 41. Le caractère mutuel des croyances ne doit pas tromper : il s'agit bien de croire que les critères de la constitution sont X et Y et que les autres croient que les critères de la constitution sont X et Y et non simplement qu'ils utilisent de tels critères.

[2] *Ibid.* p. 36. Leur modèle inclut des présupposés sur la rationalité des acteurs et le caractère instrumental des croyances que l'on ne retrouve certainement pas dans la théorie de la règle constitutive.

[3] Cette idée implicite dans la volonté de décrire la règle de reconnaissance comme le fruit de décisions rationnelles est tout à fait assumée par les conventionnalistes. Voir ainsi, POSTEMA Gerald, article précité, p. 199 ou COLEMAN Jules, *op. cit.*, p. 93. Le professeur Marmor semble s'écarter de cette idée ce qui peut faire douter du caractère authentiquement conventionnaliste de sa théorie de la règle de reconnaissance. En ce sens, voir DICKSON Julie, « Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule ? », *OJLS* 2007, p. 394.

[4] Voir par exemple, HIMMAR Kenneth Einar, « Inclusive Legal Positivism », *in* COLEMAN Jules et SHAPIRO Scott (dir.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, OUP, 2002, p. 130.

[5] Le professeur Marmor entend ainsi prouver que le droit repose sur des conventions tout en rejetant les principaux éléments du modèle de Lewis : l'indifférence aux diverses options, la conscience du caractère arbitraire de la convention ou encore l'existence d'un problème de coordination (article précité, p. 520). Étant donné qu'il ajoute que ces conventions ont une fonction constitutive, dans un sens proche de celui que nous utilisons (*ibid.*, p. 523), il est bien difficile de voir ce que cette théorie emprunte au modèle philosophique général. Elle se contente de souligner que les bases du droit sont en partie arbitraires et dépendent de ce fait des conceptions communes aux acteurs. C'est pour cette raison qu'elles varient selon les systèmes juridiques et que leur force ne repose pas uniquement sur leur correspondance aux préférences ou aux convictions politiques des acteurs (*ibid.*, p. 529). Ces éléments sont compatibles avec notre vision mais pas suffisants pour nous permettre de connaître les conditions de vérité de la définition de la catégorie dogmatique de constitution. En outre, cet auteur refuse de réduire les conventions à des croyances (« Deep Conventions », *Philosophy and Phenomenological Research* 2007, p. 600) et semble lier leur existence aux comportements des acteurs (*ibid.*, p. 591 ou « Exclusive Legal Positivism », *in* COLEMAN Jules et SHAPIRO Scott (dir.), *op. cit.*, p. 113), ce qui risque encore de mener à une forme de réalisme. S'il évoque parfois le rôle des « règles constitutives » dans l'existence du droit, il les réduit à des formes de conventions (« How Law Is Like Chess », USC Legal Studies Research Paper n°06-7, p. 11) et tend à opposer les conventions de surface, dont la règle de reconnaissance, aux conventions profondes qui définissent des modèles généraux de juridicité (*ibid.*, p. 15). Cette dualité des règles constitutives nous semble discutable et inutile et n'a pas de place dans le schéma décrit précédemment.

[6] Les exemples que nous citons sont les plus importants mais ils ne suffisent pas à résumer la place des croyances dans la théorie générale. Ainsi, certains avancent comme une évidence que « le droit est ce que nous croyons qu'il est » pour en déduire que les positions de théorie générale sur le droit influencent fortement son développement (voir LA TORRE Massimo, « The Hierarchical Model and H.L.A. Hart's Concept of Law », *ARSP* 2007, p. 83).

acteurs[1] rappelle ainsi la place accordée aux croyances, même si leur réductionnisme épistémologique implique une différence incontournable. Quoi qu'il en soit, la volonté de Ross d'intégrer certains éléments normativistes hérités des représentations des acteurs est particulièrement notable. Le concept de doctrine générale des sources du droit repris ici tire ainsi son origine de ses travaux même s'il a dû être adapté aux particularités de la théorie des faits institutionnels[2]. L'idéologie normative à laquelle il rattache le droit renvoie aussi l'image d'un système juridique reposant sur les croyances des acteurs[3] qui rompt totalement avec la place laissée aux choix des acteurs par Hart[4]. Toutefois, il néglige l'aspect interne de cette idéologie[5] et surtout il la réduit à l'idéologie des juges[6]. En réalité, Ross défend une conception assez proche de la nôtre de l'existence du droit puisqu'il y voit une pratique sociale spécifique basée au niveau ultime sur certains états mentaux partagés. Toutefois, s'il s'approche du thème de l'objectivité épistémique des normes, il ne franchit jamais le pas en raison de son attachement aux sentiments des acteurs plutôt qu'à leurs croyances[7]. Cette différence combinée avec son attachement à des principes empiristes le conduit en dernière analyse à rejeter le normativisme. L'opposition est alors très forte : la référence à l'idéologie des acteurs lui sert à soutenir son scepticisme[8] quand nous entendons prendre en compte son influence réelle pour l'utiliser comme base de la dogmatique[9]. La place floue accordée à l'efficacité confirme en fait son refus de l'objectivité épistémique du droit[10].

---

[1] Olivecrona se réfère ainsi au sentiment d'obligation (*Law as Fact*, 2e éd., Londres, Stevens & Sons, 1971, p. 89) quand Ross évoque l'expérience psychologique de la validité (*Towards a Realistic Jurisprudence*, Copenhague Einar Munskgaard, 1946, p. 78).

[2] ROSS Alf, *On Law and Justice*, Londres, Stevens & Sons, 1958, p. 77. L'opposition entre doctrine et théorie est présente chez Ross tout comme le lien avec les croyances des juges même si les tendances vérificationnistes et béhavioristes de Ross mènent finalement à s'en servir comme base d'une théorie réaliste à laquelle nous n'adhérons pas. En outre, celle-ci le conduit à décrire comme sources du droit non seulement les les catégories dogmatiques de normes, mais aussi tous les éléments culturels qui peuvent influencer la décision du juge (*ibid.*, p. 98).

[3] *Ibid.*, p. 75 ou *Directives and Norms*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1968, p. 88

[4] Le fait qu'Hart limite la règle de reconnaissance à la pratique effective des officiels laisse en effet penser que la doctrine générale des sources du droit dépend entièrement de leurs choix. Cette optique est explicitement rejetée par Ross (« Le concept de droit selon Hart », *in Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, LGDJ, 2004, p. 187).

[5] Cette négligence l'empêche de servir à l'identification constitutionnelle puisqu'elle n'apparaît que dans une analyse causale *a posteriori*. Ross affirme d'ailleurs ne pas s'intéresser aux jugements de validité (*ibid.*, p. 189).

[6] ROSS Alf, *On Law and Justice*, précité, p. 75.

[7] Il fait ainsi référence à une « expérience de validité » (« Le problème des sources du droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit », *in Introduction…*, précité, p. 25) ou à des « sentiments » (« Qu'est-ce que la justice selon Kelsen », *ibid.*, p. 123). Ces éléments ne peuvent pas incarner une règle constitutive susceptible de conférer une objectivité épistémique aux normes. Il envisage l'utilisation de normes comme schéma d'interprétation mais seulement par la doctrine : un tel schéma existe quand son application permet d'expliquer une pratique sociale effective (*On Law and Justice*, précité, p. 17).

[8] Il y voit simplement un facteur augmentant la probabilité d'application des règles (*ibid.*, p. 102).

[9] Le scepticisme de Ross s'étend d'ailleurs à l'ensemble du système juridique alors que les croyances ne jouent un rôle pour nous qu'au niveau ultime et qu'un raisonnement dogmatique des plus classiques peut être appliqué aux autres normes.

[10] Ross semble ainsi se référer uniquement au droit effectif (*Ibid.*, p. 18) alors que le recours à l'idéologie normative lui permet *a priori* de reconnaître la validité de normes non-effectives. Derrière cette approche restrictive se cache le refus de l'objectivité épistémique des normes juridiques qui caractérise en effet le réalisme. En ce sens, voir FLETCHER George, « Law », in SMITH Barry (dir.), *John Searle*, Cambridge, CUP, 2003, p. 94.

Pour finir, les théories post-positivistes[1] paraissent aussi laisser une place importante aux croyances des acteurs à la base des systèmes juridiques. L'idée selon laquelle la pratique juridique repose sur une série de présupposés des acteurs formant une idéologie juridique ou une matrice[2] peut être assimilée aux croyances partagées qui incarnent la règle constitutive[3]. La doctrine générale des sources du droit se place logiquement dans cette matrice ou cette idéologie[4]. Les conséquences attribuées à la qualité de constitution s'inscrivent également dans ce schéma puisqu'elles font partie de la base culturelle commune aux acteurs qui permet l'existence de cette pratique sociale particulière qu'est le droit. La proximité de ces théories avec la nôtre est indéniable car elles décrivent le droit comme un fait social reposant sur des éléments culturels profonds[5]. Pour autant, la théorie de la règle constitutive n'implique pas d'adhérer au post-positivisme : la prise en compte des croyances des acteurs est le point de départ des démarches post-positivistes alors qu'elle est pour nous un point d'arrivée justifié par la volonté de maintenir la dimension descriptive de la science du droit sans tomber dans le constructivisme scientifique. Le relativisme absolu sur les faits du post-positivisme est rejeté, ce qui évite de dériver vers une approche du droit fondée sur son acceptabilité rationnelle[6]. Nous proposons donc une conception différente des présupposés de l'étude du droit[7], de sa matrice pour reprendre le vocabulaire post-positiviste, mais aussi de ceux des acteurs[8]. En

---

[1] Notons que la distinction entre théories post-positivistes et institutionnalistes est parfois floue car certains auteurs construisent des théories qui entrent dans les deux catégories. C'est notamment le cas des professeurs Peczenik et Tuori.

[2] Voir *supra*, p. 229.

[3] « Le droit n'existe que parce que les gens y croient » (PECZENIK Aleksander, « L'existence de principes supra constitutionnels », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 822). Voir aussi, PECZENIK Aleksander et HAGE Jaap, « Legal Knowledge about What ? », *Ratio Juris* 2000, p. 327 et 331.

[4] En ce sens, voir notamment, AARNIO Aulis, *Le rationnel comme raisonnable*, Paris, LGDJ, 1992, p. 23.

[5] La construction la plus complète sur les bases culturelles du droit est sans doute proposée par le professeur Tuori. Il défend l'existence et l'interaction de trois niveaux de savoirs juridiques : la surface (normes et raisonnements juridiques), la culture juridique des experts (ensemble de connaissances pratiques issues d'une sédimentation historique) et la structure profonde du droit moderne (noyau de la culture juridique). Pour des détails, voir *Critical Legal Positivism*, précité, p. 147-187. Sa théorie souffre cependant de présupposés assez lourds. Surtout, elle n'a aucune dimension épistémologique et marque plutôt un dépassement des limites de la dogmatique qu'une réflexion sur les bases nécessaires à sa pratique. Elle ne peut donc pas être directement reprise ou utilisée pour définir la constitution.

[6] Pour des exemples inverses, voir AARNIO Aulis, *op. cit.*, p. 220 ou PECZENIK Aleksander, « Legal Data. An Essay About the Ontology of Law », *in* PECZENIK Aleksander, LINDAHL Lars et VAN ROERMUND Bert (dir.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, D. Reidel, 1983, p. 102. Cette acceptabilité ne peut jouer un rôle pour nous que si elle se place dans la pratique des acteurs. Mieux, elle ne sera considérée que comme une fausse croyance comparable au rôle de la volonté de Dieu dans les ordalies. Elle devra être prise en compte sans la considérer de la même manière que les acteurs.

[7] Nos présupposés nous interdisent de relier la dogmatique à la détermination d'obligations morales comme le fait le professeur Peczenik (article précité, p. 103 ou « L'existence de principes… », précité, p. 824) qui ne peut de ce fait se contenter de l'existence institutionnelle du droit et entend expliquer sa force morale (PECZENIK Aleksander et HAGE Jaap, article précité, p. 343). Il a pu ainsi être noté que la formulation de la norme fondamentale proposée par Aarnio montrait qu'il s'intéressait à la légitimité de l'ordre juridique plutôt qu'à sa validité (PFERSMANN Otto, « Pour une typologie modale des classes de validité normatives », *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, 1995-27, p. 105).

[8] Le lien systématique établi entre le droit et des valeurs telles que la cohérence (PECZENIK Aleksander, « Unity of the Legal System », *in Festschrift for Robert S. Summers*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, p. 76) nous paraît assez éloigné des raisonnements effectifs des acteurs en droit français. La référence permanente aux questions morales (TUORI Kaarlo, *op. cit.*, p. 274) est encore plus critiquable car elle néglige le poids du formalisme et du volontarisme dans notre culture juridique.

outre, les deux matrices sont pour nous strictement séparées[1]. Finalement, l'acceptation du poids des croyances des acteurs dans la construction de la réalité juridique n'impose pas de renoncer à son objectivité et à la possibilité de la décrire dans un cadre positiviste classique. Si cette approche peut se prévaloir de précédents dans la théorie générale, des constructions au statut plus flou peuvent aussi être citées comme des références intéressantes (2).

2. LES CONSTRUCTIONS HESITANT ENTRE THEORIE GENERALE, THEORIE ET DOGMATIQUE

Dans la dernière étape de notre examen des positions ayant une parenté avec la théorie de la règle constitutive, il convient de s'intéresser aux auteurs qui n'opèrent pas de distinction nette entre théorie générale du droit, théorie et dogmatique et prétendent tenir compte d'une manière ou d'une autre des croyances des acteurs. Cette attitude montre une prise de conscience de la nécessité incontournable de sources ultimes non-écrites. Le risque de questionner sans fin la valeur des normes juridiques textuelles est perçu même par des auteurs qui ne se réfèrent pas à l'existence d'une régression vers l'infini dans la recherche des bases de la connaissance normative[2]. Le droit non-écrit paraît offrir une réponse potentielle car il semble pouvoir émerger spontanément de la pratique des acteurs. L'attention portée à ce genre d'éléments est évidemment particulièrement soutenue dans les périodes de transitions révolutionnaires où la valeur des constitutions elles-mêmes est incertaine.

Plus précisément, la place des croyances des acteurs se manifeste de différentes manières. Nous pouvons ainsi citer les théories de la coutume, dont la définition comprend un élément psychologique se rapportant aux croyances des acteurs, qui la considèrent comme le fondement du droit plutôt que comme une source du droit[3]. La place accordée aux croyances dans ce cadre manque toutefois de justification puisque la catégorie dogmatique de coutume est définie par des critères à l'origine inconnue. Mieux, la différence entre ces coutumes « fondatrices » et les coutumes ordinaires n'est pas expliquée. Elles ne peuvent être assimilées à des règles constitutives car, dans notre schéma, la croyance n'est pas le critère d'une catégorie juridique mais bien le statut même de ces règles. Certes, nous pouvons imaginer qu'une règle constitutive établisse une catégorie juridique de coutume définie à travers la

[1] La matrice de la science du droit comprend ainsi certains présupposés, par exemple positivistes, qui ne sont d'aucune utilité aux acteurs dans leur pratique sociale. Pour des détails voir LAURANS Yann, « Théorie générale du droit et fragmentation de l'État », *in L'État fragmenté en Europe*, à paraître.

[2] Voir toutefois pour l'exposé d'un problème assimilable à une régression vers l'infini, BURDEAU Georges, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, Thèse, Paris, 1930, p. 7.

[3] Voir par exemple, *ibid.*, p. 325 ; CAPITANT René, « La coutume constitutionnelle », *RDP* 1979, p. 970 ; DELPÉRÉE Francis, *Droit constitutionnel*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 1987, T. I, p. 81 ; VIRALLY Michel, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 197. MacCormick semble adhérer de manière étonnante à ce courant (voir *Pour une …*, précité, p. 198) au risque de négliger la différence entre points de vue interne et externe qui est pourtant centrale dans sa pensée.

présence de certaines croyances mais il y a alors deux niveaux de croyance car cette règle est une croyance sur les croyances. Cette particularité est négligée par les tenants des coutumes « fondatrices » au risque de s'écarter du point de vue interne[1]. Malgré tout, la croyance joue ici un rôle, même si c'est dans le cadre d'une construction incomplète. Des variantes peuvent être relevées : le fondement du droit est ainsi rattaché à des traditions répandues[2] ou à d'autres éléments à l'origine incertaine tels que les principes du droit français[3]. Certains auteurs se réfèrent même directement aux croyances[4], aux représentations[5] ou à l'idéologie dominante[6], ce qui semble à chaque fois s'approcher de la théorie de la règle constitutive.

Les approches plus ou moins sociologistes sont aussi de très bons exemples de la prise en compte des croyances sociales[7]. L'école historique du droit souligne ainsi l'importance de présuppositions culturelles profondes dans l'existence et l'étude du droit[8], idée que l'on retrouve dans une formulation plus individualiste chez Duguit[9]. Le concept de constitution

---

[1] Les conséquences de la prise en compte de ce double niveau de croyances ne sont pas négligeables. D'une part, les conditions de vérité des énoncés sur ces coutumes sont désormais fixées. D'autre part, il est alors possible d'envisager des systèmes juridiques qui ne connaissent pas de catégorie juridique de coutume ce qui prive la théorie de sa généralité.

[2] Pour des formes variées de cette idée, voir BARTHÉLEMY Joseph et DUEZ Paul, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, p. 59 ou CARRÉ DE MALBERG Raymond, *La loi expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, p. 16.

[3] Voir ainsi, ESMEIN Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p. 581 ou BLONDEL André, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, Aix-en-Provence, Paul Roubaud, 1927, p. 369. L'inscription de ce type d'éléments dans la base culturelle du droit semble dure à nier. Le professeur Pierré-Caps note d'ailleurs qu'il faut tenir compte de la « dimension culturelle de la Constitution » (« L'esprit des constitutions », *in L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 386).

[4] Pour des exemples, voir DEBBASCH Charles, PONTIER Jean-Marie, BOURDON Jacques et RICCI Jean-Claude, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 3e éd., Paris, Economica, 2001, p. 114 ; EL SHAWI Mundhir, *Contribution à l'étude du pouvoir constituant*, Thèse, Toulouse, 1961, p. 64 ou WALINE Marcel, « Observations sur la gradation des normes juridiques établie par M. Carré de Malberg », *RDP* 1934, p. 527. Les croyances ont aussi été récemment évoquées par le professeur Pimentel (« Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus Politicum* n°1, p. 2), mais il n'y voit que l'un des éléments pouvant mener à une reconnaissance du droit, phénomène dont il donne une interprétation relativement politique. Qui plus est, la logique qu'il déploit est différente de la nôtre car il entend favoriser l'étude des modalités de la reconnaissance du droit au détriment de celle de la norme (*ibid.*, p. 5) quand nous essayons de nous baser sur les croyances des acteurs pour constater l'existence des normes et permettre leur étude.

[5] BERNHARDT Rudolf, « Different Concepts of the Modern Constitution », *in* AIDC, *Constitution moderne*, Fribourg, Éd. universitaires de Fribourg, 1988, p. 154.

[6] DUVERGER Maurice, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », *RDP* 1945, p. 78 ; GUCHET Yves et CATSIAPIS Jean, *Droit constitutionnel*, Paris, Ellipses, 1996, p. 19 ; PACTET Pierre et MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Droit constitutionnel*, 27e éd., Paris, Sirey, 2008, p. 66 ou VAN HOECKE Mark, « La théorie du droit (implicite) des praticiens du droit », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, précité, p. 982.

[7] Les théories de l'école historique du droit, d'Hauriou et de Duguit ont ainsi été décrites à juste titre comme des « théories de la reconnaissance et de l'acceptation » (FALCON Y TELLA Maria José, « La validité du droit », *RIEJ* 1996.36, p. 62).

[8] Voir ainsi, BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, « L'École historique du droit et le problème de l'historicité du droit », *in Le droit, l'État et la constitution démocratique*, Paris, LGDJ, 2000, p. 55 ; JOUANJAN Olivier, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris, PUF, 2005, p. 30 ou DUFOUR Alfred, « La théorie des sources du droit dans l'école historique du droit », *APD* 1982, p. 97. Le parallèle entre droit et langage souligné par cette école (CAMPANA Marie-Jeanne, « Vers un langage juridique commun en Europe », *in* SACCO Rodolfo et CASTELLANI Luca (dir.), *Les multiples langues du droit européen uniforme*, Turin, L'Harmattan Italia, 1999, p. 7) est largement repris (voir par exemple, CORNU Gérard, « Français juridique et science du droit : synthèse », *in Français juridique et science du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 14 ; GREWE Constance, « Entre la tour de Babel et l'espéranto : les problèmes du [des] langage[s] du droit comparé », *in La communicabilité entre les systèmes juridiques. Liber amicorum Jean-Claude Escarras*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 116 ou NIINILUOTO Ilkka, « Language, Norms and Truth », *Acta Philosophica Fennica* 1981, p. 171), ce qui montre encore une fois l'acceptation du rôle des conventions et/ou des croyances des acteurs comme base du phénomène juridique. Les concepts utilisés par l'école historique du droit (conscience commune, esprit populaire…) sont trop métaphysiques pour être repris mais l'idée qui les inspire n'est pas dénuée de tout rapport avec celles que nous défendons.

[9] Duguit refuse en effet de se référer à une quelconque conscience collective et fait reposer les règles de droit sur la convergence des sentiments individuels des membres du groupe social considéré (DUGUIT Léon, *Traité de droit*

sociale chez Hauriou va dans le même sens même s'il tend à dériver par l'ajout d'une exigence de consentement[1] qui conduit finalement cet auteur à se concentrer sur des principes substantiels déterminés sur une base philosophique malgré la prétention de leur inscription dans une réalité sociale[2]. Enfin, dans des cadres divers, souvent idéologiquement marqués, les notions d'ordre concret de Schmitt, la constitution matérielle des auteurs italiens[3] ou l'ordre spontané d'Hayek[4] ne sont pas dépourvus de tout rapport avec les croyances partagées par les acteurs. Toutes ces références sont intéressantes mais elles ne peuvent être reprises directement car elles souffrent d'insuffisances notables. Leur statut épistémologique indéterminé est marqué par des confusions permanentes, notamment entre les deux niveaux de l'herméneutique : les constructions assumées par les acteurs ne sont pas différenciées de celles des théoriciens[5]. Les croyances sont introduites sans véritable justification[6] si ce n'est l'invocation récurrente d'une lutte contre le « formalisme »[7]. De ce fait, elles sont présentées comme portant sur chaque norme ou sur le droit en général et non sur la liste des sources du droit, de manière à servir un objectif anti-positiviste : la libre détermination doctrinale des sources du droit. Il s'agit de critiquer le fonctionnement du système juridique tel qu'il est conçu par les acteurs plutôt que de bâtir une réflexion sur ce fonctionnement réel. Le meilleur exemple de cette tendance est donné par la négligence intenable de la portée de la procédure législative, réduite à l'édiction de normes dont la valeur dépendra de critères substantiels à déterminer[8]. L'intégration de croyances en-deçà du niveau ultime conduit à se couper

---

constitutionnel, 3e éd., Paris, E. de Boccard, 1927, T. I, p. 116 ou 153). Il est ici assez proche de l'idée contemporaine d'intentionnalité collective même si des aspects métaphysiques restent présents. Il s'en écarte toutefois ensuite pour prétendre chercher la solidarité objective qui mènerait à cette convergence et construit une théorie bien éloignée de la pré-notion de droit des acteurs. Notons que cette idée se retrouve également chez ses « disciples ». Voir par exemple, RÉGLADE Marc, *La coutume en droit public interne*, Bordeaux, Imprimerie de l'Université, 1919, p. 58.

[1] Ce concept est assez ambigu car il sert à la fois à fonder l'État et la constitution et à imposer le respect de normes libérales non-prévues par les textes tout en liant les thèmes difficilement compatibles du consentement et de la création spontané (HAURIOU Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, p. 619). Il marque tout de même la recherche d'une base culturelle et coutumière du système juridique.

[2] Hauriou estime même qu'elle débouche sur des « droits individuels [qui] sont naturellement opposables à l'État » (*ibid.*, p. 623). Sur ce point, voir BURDEAU Georges, *Traité de science politique*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1984, T. IV, p. 16.

[3] Cette notion renvoie aux valeurs et aux finalités politiques des groupes impliqués dans la vie sociale qui contribueraient à fixer le sens de la constitution et les limites à l'action des organes constitutionnels. Voir RIGAUX Marie-Françoise, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 114.

[4] HAYEK Friedrich, *Droit, législation et liberté*, Paris, PUF, 1981, T. I, p. 54.

[5] Cette confusion est visible aussi chez les tenants de la coutume qui confondent la coutume-fondement envisagée seulement par les théoriciens avec la coutume-source du droit qui est reconnue et utilisée par les acteurs. Seule la seconde relève de la première herméneutique et peut donc logiquement avoir des effets juridiques au sens classique du terme. Il est d'ailleurs impossible de généraliser ses critères qui sont propres à chaque système juridique.

[6] Leur place exacte est même assez floue. Duguit n'hésite pas ainsi à différencier les croyances qui correspondent à des faits des « croyances chimériques, dogmes arbitraires et artificiels » (*op. cit.*, T. II, p. 106). Il néglige en fait totalement la vertu constitutive des croyances et s'écarte vite des faits sociaux pour chercher une objectivité proche du jusnaturalisme.

[7] Voir, par exemple, DUFOUR Alfred, article précité, p. 91.

[8] Duguit estime ainsi que « l'intervention du législateur positif […] est impuissante à donner à une règle le caractère de norme juridique, si elle ne l'a pas déjà » (*op. cit.*, T. I, p. 114). Plus largement de nombreux auteurs prétendent que le législateur ne peut que se limiter à constater des normes sociales préexistantes. Voir par exemple, GURVITCH Georges, *L'idée du droit social*, Paris, Sirey, 1932, p. 133 ou RÉGLADE Marc, « Essai sur le fondement du droit », *APD* 1933, n°3-4,

totalement des représentations des acteurs et de la pré-notion de droit[1]. Les croyances sont utilisées sans établir leur pertinence juridique. L'autonomie partielle de la pratique juridique interdit l'inclusion non-motivée et généralisée de cette sorte d'éléments. Si l'épistémologie juridique a forcément une dimension arbitraire, la rupture avec la pré-notion de droit fait craindre le glissement vers la recherche d'un droit idéal au détriment de la description du droit positif. Ces théories ne seront donc pas détaillées mais elles devaient être citées pour montrer que la doctrine classique est en partie consciente du rôle des croyances des acteurs. Le grand défaut de ces constructions anciennes est leur statut épistémologique, ce qui incite à clarifier celui des énoncés portant sur la règle constitutive (II).

II. LE STATUT EPISTEMOLOGIQUE DES ENONCES SUR LA REGLE CONSTITUTIVE

Si de nombreux auteurs ont pu souligner l'importance du rôle des croyances dans l'existence du système juridique, ils restent généralement évasifs sur la place qu'elles occupent dans la dogmatique. Nous ne pourrons donc tirer profit des apports de la théorie de la règle constitutive que si nous sommes en mesure de préciser ses relations avec la dogmatique. Il ne s'agit plus de s'interroger sur la règle constitutive mais bien sur le statut des énoncés qui la décrivent[2]. La difficulté tient moins à son traitement du point de vue externe (A) qu'à la place que peut occuper un tel fait brut si nous le considérons du point de vue interne (B).

A. La règle constitutive considérée du point de vue externe : un fait brut utile aux présupposés de la dogmatique

En tant que fait brut, la règle constitutive est logiquement susceptible d'être décrite du point de vue externe par des énoncés réfutables portant sur un type spécifique de croyances (1). L'étude du droit ne doit pas pour autant se désintéresser d'eux car ils ont vocation à fournir une base indispensable à la dogmatique (2).

---

p. 177. Cette vision irréaliste aboutit à une description du droit difficile à prendre au sérieux car elle passe à côté de la principale particularité du droit moderne : la création d'habilitations à édicter des normes juridiques autonomes.

[1] C'est pour cette raison que Duguit a pu être décrit avec raison comme un auteur qui se base sur le point de vue externe typique du sociologue et d'en déduire des règles de droit sans « tenir compte de l'aspect interne du phénomène juridique » (L'HUILLIER Jean, « Défense du positivisme juridique », *RDP* 1954, p. 945). Ce grave défaut vaut en fait pour toutes les approches sociologistes du droit.

[2] Nous traiterons ici uniquement de la règle constitutive ultime car les règles constitutives dérivées ne posent aucun problème particulier puisqu'elles peuvent être décrites en utilisant les méthodes établies de la dogmatique.

1. DES ENONCES REFUTABLES PORTANT SUR UN TYPE SPECIFIQUE DE CROYANCES

Étant donné que la règle constitutive ultime est une croyance partagée par les acteurs, des énoncés externes classiques peuvent la décrire comme n'importe quelle autre croyance. Vue sous cet angle, elle est logiquement dépourvue de tout statut juridique et peut être décrite sans problème épistémologique spécifique. Les croyances ont un objet juridique mais elles n'en restent pas moins des faits bruts qui doivent être décrits comme tels. Rappelons qu'il s'agit de croyances sur la réalité et non sur l'usage du langage : elles ne consistent pas à croire qu'un fait est nommé constitution mais bien qu'il est une constitution. La volonté de baser la dogmatique sur des énoncés externes de ce type est problématique. Elle risque en effet de conduire la dogmatique à une dérive psychologiste, c'est-à-dire que l'étude du droit se limiterait alors à la vérification de la présence de certains états mentaux. La place accordée aux croyances fait ainsi craindre que l'existence même de la norme soit assimilée à un état mental spécifique : être obligatoire juridiquement reviendrait alors à être considéré comme obligatoire juridiquement[1]. Nous retrouvons ici l'idée réaliste selon laquelle le droit reposerait sur la capacité des autorités juridiques à faire naître certains sentiments spécifiques chez les destinataires des normes qu'elles édictent[2]. La détermination de la nature juridique d'un fait équivaudrait alors à la recherche d'un état mental spécifique, d'une disposition répandue quant au statut de ce fait[3]. Un état de fait serait donc considéré comme un meurtre uniquement s'il existe une croyance partagée à ce sujet. La théorie de la règle constitutive porterait dans ce cas la destruction de la dogmatique. Il nous semble toutefois possible d'éviter ce danger en précisant le rapport entre la validité et les croyances dans le cadre de cette théorie.

Premièrement, une norme juridique peut être valide même quand elle ne fait l'objet d'aucune croyance particulière[4]. Pour le comprendre, il faut revenir à l'opposition entre validités dérivée et originaire. La validité dérivée est expliquée par la théorie de la double signification sans passer par une croyance quelconque puisque la règle constitutive impliquée est une nature juridique. Les états mentaux des acteurs n'ont alors aucun effet sur la signification objective de l'acte en question. Dans le système juridique français, un acte de

---

[1] Voir ainsi, HÄGERSTRÖM Axel, *Inquiries Into the Nature of Law and Morals*, Stockholm, Alqvist & Wiksell, 1953, p. 138 ; MILLARD Éric, « Point de vue interne et science du droit : un point de vue empiriste », *RIEJ* 2007.59, p. 67 ; OLIVECRONA Karl, *Law as Fact*, 2e éd., Londres, Stevens & Sons, 1971, p. 89 ou ROSS Alf, *On Law and Jutice*, Londres, Stevens & Sons, 1958, p. 35. Cette dérive peut être observée aussi dans des théories institutionnalistes. Pour un exemple, voir HULSEN Peter, article précité, p. 286.

[2] Cela impliquerait entre autre de rejeter totalement la théorie de la double signification car la dimension illocutoire des actes juridiques serait alors confondue avec leur dimension perlocutoire, c'est-à-dire les réactions qu'ils peuvent causer.

[3] Il est en effet impossible de déduire quoi que ce soit des normes juridiques puisque rien ne garantit qu'elles parviennent à chaque fois à créer les croyances adéquates chez les acteurs et qu'une nature juridique n'est jamais qu'un état mental partagé.

[4] Cette possibilité est tout à fait reconnue par des auteurs institutionnalistes. Voir ainsi, TUOMELA Raimo, *The Philosophy of Social Practices. A Collective Acceptance View*, Cambridge, CUP, 2002, p. 165.

langage peut signifier une loi même si personne ne la connaît et qu'elle ne fait donc l'objet d'aucune croyance. Cette idée correspond à la pré-notion de droit[1] et est surtout nécessaire pour que les normes qui ont pour objet de fixer les conditions de validité des normes dérivées aient un quelconque intérêt. La prétention à habiliter une autorité à créer des normes serait vide de sens si sa réussite dépendait d'états mentaux supplémentaires. La signification langagière des actes édictant des normes de ce type implique donc cette solution[2]. Il s'agit d'ailleurs d'une simple illustration de la capacité à se servir du langage pour créer des faits institutionnels indépendants des états mentaux des acteurs impliqués[3]. Un exemple trivial permet d'illustrer cette idée. Posons que dans un camp improvisé, nous croyons que X est le chef et que ce statut lui donne le droit de donner des ordres. S'il dit que le tour de garde de Y commence à minuit, alors c'est le cas, même si Y ne le comprend pas, s'il n'est pas d'accord ou si tout le monde dans le camp l'oublie. Mieux, si X décide que Y doit obéir à Z, alors les ordres de Z sont dotés d'une qualité institutionnelle spécifique non pas parce qu'il existe une croyance dans le pouvoir de Z[4] mais bien parce qu'il en existe une dans le pouvoir de X[5]. Il est possible d'être obligé sans se sentir obligé[6], sans même le savoir[7] et sans que personne ne le croit. Seule la validité originaire repose directement sur des croyances pour les raisons déjà évoquées[8]. La définition de la validité comme une qualité institutionnelle reposant sur une règle constitutive est au final compatible aussi bien avec l'idée d'une validité dérivée[9] que

---

[1] Il semble manifeste que la pratique des acteurs dans l'identification des normes législatives ne passe en aucun cas par la recherche du degré d'adhésion des acteurs à ces normes ou d'un sentiment d'obligation les concernant. La qualification ne passe jamais par une investigation psychologique de cet ordre et se base explicitement sur d'autres éléments. La possibilité incontestée de changer les conditions d'existence des lois par une révision constitutionnelle en atteste d'ailleurs clairement.

[2] Prétendre le contraire revient à estimer que les autorités normatives sont soit totalement irrationnelles, car elles édictent souvent de normes sans aucun intérêt, soit malhonnêtes, car elles tentent de manipuler les sujets de droit pour leur suggérer certains sentiments sans l'avouer. Il semble en outre bien irréaliste de prétendre que le respect de la procédure législative française ne suffit pas en tant que tel à créer une norme indépendamment de tout autre fait.

[3] C'est cette capacité qui explique que l'on puisse imaginer des croyances permettant de se marier en utilisant certaines formules indépendamment des états mentaux de chacun (pour un exemple d'auteur négligeant cette dérivation parmi les faits institutionnels dans la théorie de Searle, voir FITZPATRICK Dan, « Searle and Collective Intentionality », *in* KOESPELL David et MOSS Laurence (dir.), *op. cit.*, p. 60) ou que l'on puisse envisager l'existence du droit sans passer l'acceptation de chaque norme par les acteurs (pour un exemple, voir FLETCHER George, article précité, p. 99).

[4] Notre raisonnement vaut bien sûr si la croyance dans le pouvoir de Z n'existe pas, ce qui illustre bien la dimension institutionnelle du pouvoir de X qui ne peut être confondu avec une capacité à créer des croyances chez les destinataires.

[5] Ce pouvoir est objectif même si le membre du groupe qui lui est soumis n'y croit pas. Nous refusons donc l'idée de Capitant selon laquelle les obligations n'existent que subjectivement (*L'impératif juridique*, Paris, Dalloz, 1928, p. 44).

[6] Il s'agit d'une des plus importantes idées promues par Hart (*Le concept de droit*, Bruxelles, Pub. des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 108) qui confirme une intuition répandue (voir DUPEYROUX Henri, « Les grands problèmes du droit », *APD* 1938, p. 45 ou KELSEN Hans, « Value Judgments in the Science of Law », *in What is Justice ?*, Berkeley, University of California Press, 1957, p. 214). Pour des positions opposées, voir MACINTYRE Alasdair, « The Essential Contestability of Some Social Concepts », *Ethics* 1973, p. 3 ou AVRIL Pierre, « Application de la notion de convention de la constitution à quelques problèmes constitutionnels français », *in Mélanges Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 295.

[7] En ce sens, voir MACCORMICK Neil et WEINBERGER Ota, *op. cit.*, p. 52.

[8] Dans notre vision, la validité de ces normes n'entretient aucun rapport spécifique avec leur légitimité ou leur effectivité. Pour une position opposée, voir OST François, « Considérations sur la validité des normes et systèmes juridiques », *Journal des Tribunaux* 1984, p. 6.

[9] Pour une analyse comparable, voir LAGERSPETZ Eerik, *The Opposite Mirrors*, Dordrecht, Kluwer, 1995, p. 61 et dans une moindre mesure, NIINILUOTO Ilkka, article précité, p. 173.

d'une validité non-dérivée contrairement au modèle de Kelsen[1]. Ce n'est pas étonnant car si la validité repose sur certaines croyances, elle est une qualité institutionnelle et non une croyance. C'est pour cette raison que la croyance ne joue un rôle qu'au niveau ultime et n'est pas nécessaire à la validité des autres normes juridiques. Le droit illustre la possibilité offerte aux institutions codifiées de donner naissance à des faits institutionnels sans qu'ils ne fassent l'objet de croyance[2].

Deuxièmement, la présence d'une croyance n'est pas forcément suffisante pour garantir la validité d'une norme. Pour l'expliquer, il faut souligner l'opposition entre type et occurrence[3]. La doctrine générale des sources décrite dans une perspective institutionnaliste est constituée de croyances portant sur des types généraux car elles visent des catégories et non des cas individuels concrets. En conséquence, dans les cas où il existe une croyance sur un type X défini par les critères Y et Z et une croyance dans la qualité X d'un fait brut qui ne répond pas à ces critères, cette deuxième croyance sera logiquement considérée comme une simple erreur. Seule la première croyance est dotée d'une dimension constitutive quand la seconde porte en réalité sur la satisfaction des critères Y et Z par le fait brut en cause[4], sous peine de priver la première croyance de toute portée. Le cas de la fausse-monnaie illustre cette idée : ce n'est pas parce qu'un faux billet donné est considéré comme un vrai qu'il le devient[5]. De la même manière, l'existence d'une norme originaire est fonction de sa correspondance au type défini par la croyance et non de la présence d'un état mental portant sur cette norme prise individuellement. Ce dernier n'est pas décisif : se sentir obligé n'implique en aucun cas que l'on ait vraiment une obligation[6]. Cela explique aussi que la croyance sur la qualité de norme dérivée d'un fait quelconque n'ait pas vraiment d'importance : elle est réductible à une croyance sur la satisfaction des critères juridiques prévus même si elle crée un sentiment

[1] Cette rupture permet d'éviter les défauts déjà notés de la théorie de Kelsen mais aussi ceux qui sont propres à sa théorie de la validation (pour plus de détails, voir *infra*, p. 602 et 662 mais aussi RAZ Joseph, « Kelsen's Theory of the Basic Norm », *in The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 128). C'est elle qui évite la régression vers l'infini de la connaissance normative car la meilleure manière de l'écarter est encore de ne pas l'entamer en refusant de lier totalement validité et validation par une norme juridique (en ce sens, voir DE GREEF Jan, article précité, p. 193 ou BLACK Oliver, « Legal Validity and the Infinite Regress », *Law and Philosophy* 1996, p. 368).

[2] Sur cette possibilité, voir HINDRIKS Frank, « The New Role of Constitutive Rule », *in* KOESPELL David et MOSS Laurence (dir.), *op. cit.*, p. 203. Cet auteur défend toutefois une lecture de Searle légèrement différente de la nôtre.

[3] Sur cette distinction, voir *ibid.*, p. 202 ; TUOMELA Raimo, *The Philosophy of Sociality. The Shared Point of View*, Oxford, OUP, 2007, p. 202 ou SEARLE John, *La construction de la réalité sociale*, Paris, Gallimard, 1998, p. 51.

[4] Le fait que la plupart des acteurs ne connaissent pas ces critères n'est d'ailleurs pas déterminant car en raison de la division sociale du travail déjà évoquée, ils peuvent croire plus simplement que le fait brut correspond aux critères connus des experts.

[5] *Ibid.*, p. 52. La possibilité de faire des erreurs sur les faits institutionnels (SMITH Barry, « John Searle from Speech Acts to Social Reality », *in* SMITH Barry (dir.), *John Searle*, Cambridge, CUP, 2003, p. 27) illustre aussi cette idée.

[6] Pour une analyse comparable, voir CHEVALLIER Jacques, « La coutume en droit constitutionnel français », *RDP* 1970, p. 1407. Un acteur qui se sent obligé reconnaîtra d'ailleurs normalement qu'il ne l'est pas vraiment s'il est mis en présence des bonnes informations, de la même manière qu'il refuserait finalement d'admettre la valeur du faux billet.

d'obligation[1]. La prise en compte des croyances des acteurs ne débouche donc pas sur une transformation de la dogmatique qui la limiterait à la recherche de certains états mentaux. Le caractère général des croyances et la possibilité de dérivation par le langage préserve la possibilité d'une dogmatique où les croyances ne jouent un rôle qu'au niveau ultime.

Cependant, nous ne pouvons négliger l'hypothèse d'une croyance sur une occurrence qui soit autonome, c'est-à-dire qui ne porte pas sur la correspondance à un type mais bien sur la valeur institutionnelle d'un fait donné sans s'interroger sur ses caractéristiques[2]. Il est ainsi possible d'imaginer qu'il existe une croyance sur le fait que telle action concrète est un meurtre sans que les acteurs ne croient pour autant qu'elle corresponde aux critères du Code pénal. Elle ne pourra pas alors être considérée comme une erreur et il faudra sans doute conclure que la qualité institutionnelle revendiquée est bel et bien attribuée au fait en cause[3]. Ce genre de croyances est évidemment susceptible de déstabiliser l'organisation du système juridique en fragilisant les procédures normatives instituées. Elles sont toutefois rares dans les systèmes juridiques européens contemporains dont le formalisme marqué passe en permanence par l'usage de types généraux, originaires ou dérivés. Le droit moderne est caractérisé par sa forte réflexivité[4] qui assure une certaine prévisibilité et exclut la reconnaissance d'existence de normes hors catégorie ou en dehors des critères des catégories établies[5]. L'apparition de croyances sur les occurrences d'actes juridiques n'est pas impossible logiquement mais plus qu'improbable empiriquement. D'ailleurs, la déstabilisation qu'elle représenterait doit être intégrée dans la dogmatique puisque l'anarchie du système juridique devrait être décrite au même titre que son ordre actuel. Rien n'interdit qu'un système juridique soit irrationnel et incohérent : il faut comprendre ce qui incarne aujourd'hui l'ordre et qui pourrait introduire le désordre à l'avenir. La doctrine générale des sources du droit est donc une forme de croyances sur les types éventuellement accompagnée

---

[1] C'est cette particularité qui permet d'écarter les théories accordant trop de poids aux croyances dans les occurrences au détriment des croyances dans les types (nous pensons notamment aux travaux déjà cités des professeurs Fletcher et Fitzpatrick) et qui donne une cohérence à la codification des institutions. Elle s'oppose à l'idée selon laquelle le simple désintérêt de la population pourrait abroger certains articles constitutionnels. Pour un exemple de ce type, voir SCHAUER Frederick, « Amending the Presuppositions of a Constitution », *in* LEVINSON Stanford (dir.), *Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton, Princeton University Press, 1995, p. 157.

[2] Ce cas envisagé de manière générale par Searle (*op. cit.*, p. 51) est particulièrement répandu dans les institutions non-codifiées telles que les cocktails par exemple (HINDRIKS Frank, article précité, p. 204).

[3] Le cas du meurtre peut cependant poser des problèmes spécifiques pour savoir s'il s'agit bien d'une qualité juridique de meurtre. En effet, la qualité juridique n'est pas l'objet direct de la croyance, comme dans le cas des croyances portant sur les actes normatifs, et elle ne provient pas non plus de la source de cette qualité puisqu'il ne s'agit pas d'une norme juridique.

[4] Cette idée se retrouve dans la combinaison entre règles primaires et secondaires chez Hart. Voir aussi, DE BÉCHILLON Denys, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 170 et 240. Cette caractéristique a des sources idéologiques bien ancrées (voir KEDAR Nir, « The Political Origins of the Modern Legal Paradoxes », *in* PEREZ Oren et TEUBNER Gunther (dir.), *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, Portland, Hart, 2006 p. 102).

[5] Le droit moderne est l'exemple typique de l'institution codifiée. Cette particularité l'oppose clairement à la plupart des institutions extra-juridiques qui reposent exclusivement sur des règles constitutives formées de croyance sans aucune réflexivité, c'est-à-dire sans que les règles de l'institution soit elles-mêmes dotées d'une qualité institutionnelle.

de croyances autonomes sur les occurrences. Les énoncés qui décrivent ces croyances sont formulés du point de vue externe mais ne s'opposent pas en tant que tels à l'existence d'une dogmatique normativiste, autrement dit d'une étude des normes (significations) et non des sentiments et croyances sur ces normes.

La réfutation de ce type d'énoncés est assez facile à envisager puisqu'ils portent sur des faits bruts. Nous ajoutons ici une deuxième dimension à la falsifiabilité de la théorie de la règle constitutive car la réfutation peut frapper la théorie dans son entier mais aussi chacun des énoncés qui décrivent une règle constitutive précise. Il semble ainsi possible d'établir qu'il n'existe pas en droit français de croyances sur l'existence d'une catégorie des bulles papales. De plus, étant donné que les énoncés en cause ne portent pas sur des théories générales mais sur des faits individuels, ils peuvent être vérifiés[1]. Bien entendu, cette falsifiabilité et cette vérifiabilité sont potentiellement envisageables et non techniquement réalisables faute de disposer de technologies adéquates. À défaut, il est possible de se baser sur divers indices susceptibles de contribuer à établir la présence ou l'absence d'une croyance[2]. La pratique des acteurs, dont celle des juges, est évidemment très intéressante. Dans ce cadre, l'invocation permanente et non contredite de certaines normes sans jamais préciser l'origine de leur validité est sans doute l'élément le plus probant. Nous n'en revenons pas pour autant aux idées de Hart ou des réalistes car elle est un simple indice qui peut être contredit, ce qui explique qu'une pratique générale des acteurs peut être erronée, au moins à court terme. La pratique discursive est la plus accessible mais elle n'est pas limitée au discours du droit, c'est-à-dire aux énoncés dotés d'une valeur juridique, car n'importe quel discours peut manifester l'existence d'une croyance. L'adoption du point de vue externe relativise l'importance de l'explicitation soulignée pour le travail du point de vue interne. Les attitudes générales des acteurs sont intéressantes au même titre que leurs croyances politiques. L'imprécision sera sans doute plus forte sur la coutume ou les principes généraux du droit que sur la constitution mais il ne faut pas oublier que les croyances n'ont pas spécialement vocation à être univoques[3]. Cette indétermination éventuelle est alors caractéristique du système juridique lui-même et ne peut être éliminée d'une dogmatique qui se veut descriptive. Néanmoins, l'identification des acteurs risque de mener à la circularité entre les définitions du

[1] Cela permet d'éviter les « verbalismes, [les] affirmations vraisemblables peut-être, mais insusceptibles d'être contrôlées par l'examen de ce même droit positif » (VIRALLY Michel, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. XL).

[2] L'imprécision constatée ici n'est en rien contraire aux impératifs de précision établis dans le chapitre préliminaire puisque l'imprécision ne porte ni sur le statut de la règle constitutive ni sur la définition du concept mais seulement sur les méthodes disponibles pour vérifier concrètement sa réalisation. C'est une difficulté pratique et non conceptuelle.

[3] Pour une analyse comparable, voir MARMOR Andrei, « Legal Conventionalism », *Legal Theory* 1998 p. 514 ou RAZ Joseph, « The Identity of Legal Systems », *op. cit.*, p. 94. Cette indétermination des conventions laisse donc une place à l'hésitation sur l'existence de certains faits voire à la discrétion des autorités d'application du droit à ce sujet.

droit et du juge déjà observée chez Ross ou chez Hart[1]. Dans notre perspective, il est tout à fait possible d'admettre qu'elle est évitée par une auto-qualification : le comportement d'une personne est pertinent si elle considère elle-même que sa pratique est liée au système juridique français[2]. Aucune circularité ne peut alors être relevée car les acteurs ne sont pas définis par l'institution mais bien par le rapport qu'ils prétendent avoir avec l'institution. Pour conclure, si la théorie de la règle constitutive se heurte à des difficultés pratiques non-négligeables, le statut des énoncés externes qui la concernent n'est pas problématique et n'implique pas l'adhésion à un scepticisme contraire aux présupposés adoptés au départ de notre étude. Le caractère réfutable et/ou vérifiable des énoncés sur la règle constitutive est particulièrement notable car il pourrait marquer une avancée vers la détermination des conditions de vérité de la définition dogmatique de la constitution à condition de préciser le rôle attribué à ces énoncés dans les bases de la dogmatique (2).

2. LA FONCTION EPISTEMOLOGIQUE DE L'ETUDE DE LA REGLE CONSTITUTIVE

Les énoncés externes n'ont en principe aucune place dans la dogmatique car elle est définie par l'adoption du point de vue interne. Cependant, les énoncés décrivant la règle constitutive méritent une attention particulière. L'existence du droit repose en dernière analyse sur des normes originaires dont l'identification dépend de croyances partagées par les acteurs. La vérité des énoncés portant sur cette identification est donc suspendue à ces croyances. Les normes originaires ne sont pas du tout universelles ou intemporelles ce qui implique qu'une dogmatique descriptive doit vérifier leur existence et non se baser sur l'arbitraire doctrinal. Étant donné que la vérité de l'ensemble des énoncés dogmatiques dépend des normes originaires, leur admissibilité épistémologique est fonction de leurs rapports avec ces dernières. La vérité des énoncés dogmatiques repose sur celle des énoncés sur les normes originaires qui repose quant à elle sur les croyances qui leur donnent une qualité institutionnelle spécifique. C'est pourquoi il est légitime de tenir compte des énoncés externes sur la règle constitutive, non pas dans la dogmatique elle-même mais dans les bases épistémologiques sur laquelle elle est fondée. Nous retrouvons ici l'idée classique selon laquelle la fixation des sources du droit a une place spécifique dans la théorie générale[3].

---

[1] Voir *supra*, p. 199 et 235.

[2] Cette position particulière est permise par le fait que nous nous intéressions aux pratiques de tous les acteurs du système juridique et non pas seulement à celles des juges ou des autres organes habilités. En outre, notre difficulté est purement méthodologique alors que celle des réalistes remettait en cause l'ensemble de leur système.

[3] « On ne peut affirmer l'existence d'une règle et justifier cette assertion, qu'en indiquant où cette règle peut être trouvée » (HAMON Francis et TROPER Michel, *Droit constitutionnel*, 30e éd., Paris, LGDJ, 2007, p. 39).

Prendre en compte les énoncés externes sur la règle constitutive est un choix arbitraire puisqu'il se situe au niveau épistémologique. Il est justifié parce qu'il permet de réaliser un objectif plus fondamental : la description du droit dans des termes compréhensibles et utilisables par les acteurs[1]. Si la règle constitutive est dépourvue de tout statut interne, elle contribue à la définition du point de vue interne. Il s'agit d'une caractéristique commune à toutes les institutions : elles se basent forcément en dernière analyse sur des éléments extra-institutionnels qui définissent l'institution et la pratique institutionnelle. Dans le cas qui nous occupe, c'est la règle constitutive qui remplit cette fonction car elle n'a pas de statut juridique mais elle définit la juridicité. Le point de vue interne n'a un sens et une autonomie que parce qu'il se rapporte aux croyances ultimes qui définissent ce qu'est le droit et construisent le monde vécu des acteurs. La première herméneutique est fondée sur des croyances qui lui donnent sa spécificité et qui ne sont pas l'objet de cette première herméneutique. L'attention portée à la règle constitutive correspond simplement à la volonté de tenir compte de la matrice des acteurs comme d'une réalité sociale centrale qui donne une utilité à la dogmatique[2] sans qu'elle se confonde pour autant avec la matrice de la dogmatique[3]. Malgré la considération accordée à des éléments culturellement inscrits, la dogmatique établie sur cette base reste positiviste et permet l'identification de la constitution par des énoncés dont la valeur repose sur une théorie de la vérité-correspondance[4]. C'est l'intégration de la théorie de la règle constitutive aux présupposés de la dogmatique qui permet de maintenir l'aspect descriptif de la dogmatique car il s'oppose à la détermination arbitraire des normes originaires tout en respectant les limites imposées par la fidélité à la pré-notion de droit. Il est en effet impossible de baser la dogmatique sur des présupposés incompatibles avec les représentations des acteurs[5]. La prise en compte de la série de croyances qui leur sert de matrice et qui comprend notamment des règles constitutives est donc indispensable. Elle permet de préciser l'objet de la dogmatique en restant fidèle aux bornes prédéterminées par les acteurs qui doivent être reconnues et non stipulées. Cela explique pourquoi des énoncés externes portant sur des faits

[1] C'est à ce prix que la dogmatique pourra remplir sa fonction : déterminer ce qui est obligatoire en droit français.

[2] L'interdépendance entre matrice de la dogmatique et du droit a été soulignée par le professeur Aarnio (*op. cit.*, p. 20). Voir également BINDREITER Uta, « On Positivism and Other Isms », *ARSP* 2007, p. 334. Il a aussi pu être soutenu que « celui qui veut 'pénétrer' un champ doit parvenir à connaître ce que les acteurs savent déjà et ce qu'ils doivent savoir pour 'poursuivre' leurs activités quotidiennes » (GIDDENS Anthony, *La constitution de la société*, Paris, PUF, 1987, p. 346).

[3] Cette dernière a ses propres impératifs puisqu'elle est une pratique scientifique et non pas une activité visant à poser et appliquer des normes. Si la reprise directe des représentations des acteurs sans prétendre les critiquer a parfois été dénoncée comme une « complicité » masquant « une connivence idéologique » (OST François, article précité, p. 3), cette accusation paraît déplacée pour une approche qui refuse toute expression sur le caractère moralement obligatoire du droit.

[4] La dualité des matrices est ici essentielle. La dogmatique est une pratique sociale autonome qui vise à étudier une autre pratique sociale et dont les énoncés ne sont vrais que s'ils correspondent à cette seconde pratique sociale. Si la vérité n'a pas de sens pour la pratique juridique, elle en a un pour la pratique dogmatique car, même sans dupliquer le modèle des sciences exactes, elle a besoin d'une forme d'objectivité rompant avec l'arbitraire doctrinal absolu.

[5] Plus précisément, elle doit être en mesure d'en rendre compte complètement (voir *supra*, p. 205).

bruts doivent servir de base à la dogmatique dans une perspective institutionnaliste[1]. Les alternatives consistant à bâtir une matrice de la science du droit totalement détachée de celle des acteurs débouchent soit sur un scepticisme réductionniste soit sur un constructivisme scientifique que nous avons déjà rejetés en raison de leur caractère incomplet et irréaliste. Puisque les règles constitutives appartiennent à la matrice des acteurs, la matrice de la dogmatique doit les utiliser car la description du droit du point de vue interne n'est ni plus ni moins qu'une description utilisant la matrice des acteurs. Précisons bien que donner une fonction épistémologique aux règles constitutives n'équivaut pas à leur donner un statut interne mais seulement à souligner que c'est leur utilisation par les acteurs qui définit le point de vue interne qu'emploie la dogmatique. Il s'agit simplement de bâtir la dogmatique sur la base des croyances des acteurs plutôt que sur l'arbitraire de la doctrine, comme Kelsen, ou sur celui des juges, comme les réalistes. C'est la qualité de croyance de la règle constitutive qui lui permet de jouer ce rôle, contrairement à la pratique des autorités qui sert de repère à Hart[2]. Son contenu peut en effet servir de repère aux acteurs dans le cadre de l'identification des normes constitutionnelles[3], même si elle n'est pas une raison juridique pour agir et même si les acteurs ne se rendent pas compte de sa qualité de croyance[4]. Le fait que les acteurs aient une certaine croyance n'est pas une raison valable pour utiliser la règle constitutive mais il est possible de constater que des raisons basées sur cette situation sont effectivement utilisées comme base de la pratique juridique. Son contenu est utilisé comme une série de critères, ce qui l'oppose aux diverses causes qui influencent la pratique juridique. Cette circonstance est suffisante pour voir le contenu de cette croyance comme une raison pour agir que la dogmatique doit refléter[5]. Cela explique comment un juge qui n'adhère pas à la constitution peut la reconnaître de manière initiale s'il croit qu'il s'agit bien de la constitution. En

[1] Cette approche implique bien sûr que ces énoncés externes reposent eux aussi sur des impératifs épistémologiques plus fondamentaux qui déterminent les conditions de connaissance des faits bruts. Toutefois, il ne nous revient pas de nous prononcer sur cette question qui relève de l'épistémologie de la sociologie et de la psychologie.

[2] Une pratique ne fournit aucun critère utilisable alors qu'une croyance peut tout à fait porter sur les critères à utiliser. Une pratique peut certes baser des anticipations rationnelles, ainsi que le montre le modèle de Lewis, mais cela ne vaut que pour les problèmes de coordination, ce qui n'est pas le cas de l'identification des normes originaires.

[3] Rappelons que la croyance ne porte pas simplement sur l'usage des mots mais bien sur la réalité des normes ce qui lui permet de remplir la fonction constitutive mise en valeur dans la théorie de la double signification. C'est cette fonction constitutive qui exige que l'on recherche une base utilisable par les acteurs au-delà de la simple pratique langagière répandue qui suffit pourtant habituellement pour les définitions lexicales. En outre, l'évaluation du bien-fondé de la pratique langagière judiciaire conformément à la pré-notion de droit exige un moyen de connaissance qui ne dépende pas de cette pratique.

[4] Précisons ici que la notion de « raison pour agir » fait référence à un élément déterminant dans le raisonnement pratique et non pas simplement à un état mental susceptible de causer certaines réactions chez les acteurs ou aux motifs réellement retenus pour une action donnée (sur cette distinction, voir COLEMAN Jules, *The Practice of Principle*, Oxford, OUP, 2001, p. 71 ou RAZ Joseph, *Practical Reason and Norms*, Oxford, OUP, 2002, p. 19). Les règles, dont la règle constitutive, fournissent de telles raisons dans le sens où d'autres considérations (intérêts, stratégies…) sont écartées pour suivre la règle (voir MARMOR Andrei, article précité, p. 512). C'est donc bien le contenu de la croyance et non la croyance elle-même qui constitue une raison pour agir puisqu'elle est dépourvue de tout statut reconnu.

[5] Elle justifie aussi que l'on se limite au contenu des croyances sans étudier leurs causes qui ne relèvent pas de la dogmatique.

revanche, la règle constitutive est juridique par son objet, au sens où elle définit les normes juridiques, ce qui implique que les normes constitutionnelles sont bien des raisons juridiques pour agir, au contraire de l'existence même de la croyance[1]. L'emploi de la règle constitutive comme base de la dogmatique semble donc justifié par la fertilité que son rôle social spécifique confère à sa prise en compte au niveau épistémologique.

Ce choix peut paraître contredire le principe de Hume car il revient à déduire un devoir-être (l'obligation juridique) d'un être (la croyance)[2]. Toutefois, un examen plus précis permet de récuser cette accusation. Étant donné que nous avons rejeté toute dimension ontologique à l'opposition entre être et devoir-être, le rapport entre normes et faits n'est pas en tant que tel problématique. Il est même absolument nécessaire dans une théorie générale fondée sur la théorie sociale des sources du droit. En revanche, il convient de préserver cette dualité sur les plans logiques et langagiers[3]. Dans le cadre que nous proposons, il est impossible de passer d'un énoncé descriptif à un énoncé prescriptif. La dimension normative est en réalité intégrée dans la signification langagière de l'acte de langage constitutionnel ou dans le contenu de la croyance même[4]. Il est donc inconcevable de passer directement de l'observation d'un fait à une norme : la relation entre fait social et norme tient au fait que la normativité est explicitement présente dans la pratique des acteurs. Nous sommes ici en opposition avec la fameuse démonstration de Searle visant à prouver qu'il est possible de passer d'un énoncé descriptif à une prescription[5], tout simplement parce que nous soutenons que les faits institutionnels reposent sur des normes auxquelles les acteurs croient[6].

---

[1] Pour le dire autrement, il n'existe pas d'obligation d'identifier la constitution alors qu'il y a une obligation juridique de l'appliquer une fois qu'elle est reconnue.

[2] Cette objection est *a priori* opposable de manière plus générale aux description du droit basée sur la théorie des sources sociales du droit (TOH Kevin, « An Argument Against the Social Fact Thesis », *Law and Philosophy* 2008, p. 469) et justifie notre recherche sur la formulation de cette théorie susceptible de baser notre travail sur la définition de la constitution.

[3] Pour un exposé des différentes versions de cette dualité, voir WROBLZWSKI Jerzy, « Kelsen, the Is-Ought Dichotomy and the Naturalistic Fallacy », *Revue internationale de philosophie* 1981, p. 508-517. La préférence pour la séparation logique et langagière entre être et devoir-être est classique pour les institutionnalistes (voir ainsi, MACCORMICK Neil et WEINBERGER Ota, *Pour une théorie institutionnelle du droit*, Paris, LGDJ, 1992, p. 37 ; REDONDO Maria Christina, « Normativity in Legal Contexts. An Institutional Analysis », *Analisi e Diritto* 1999, p. 156 ou WEINBERGER Ota, *Law, Institution and Legal Politics*, Dordrecht, Kluwer, 1991, p. 96) mais se retrouve aussi dans d'autres écoles (voir par exemple, BULYGIN Eugenio, « An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law », *in* PAULSON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 301).

[4] Il ne faut pas oublier en effet que la règle constitutive ne se limite pas à créer le fait institutionnel spécifique qu'est la constitution mais lui donne aussi toute une série d'effets juridiques (voir *supra*, p. 263). Les croyances des acteurs ont donc une forme normative classique et toutes les obligations qui découlent du statut institutionnel proviennent de ces croyances. C'est ce qui explique que l'on puisse critiquer le juge qui n'identifie pas la constitution alors que l'aspect constitutif de la règle ne peut structurellement pas faire l'objet d'une violation.

[5] Cette démonstration exprimée dès le début de ses travaux (*Les actes de langage*, Paris, Hermann, 1972, p. 228 et s.) a été récemment réaffirmée (*Rationality in Action*, Cambridge, MIT Press, 2001, p. 198). Pour résumer, elle consiste à partir de la description de l'énonciation par laquelle X promet de faire Y pour aboutir à l'affirmation selon laquelle X doit faire Y.

[6] Searle oublie la partie régulative qui se trouve dans le statut de base de toute institution et qui permet au statut que confère la règle constitutive de créer des obligations (voir WEINBERGER Ota, « Is and Ought Reconsidered », *ARSP* 1984, p. 467 ; BAKER G.P. et HACKER P.M.S., « Rules, Definitions and the Naturalistic Fallacy », *American Philosophical Quarterly* 1966, p. 299 ou HARE Richard Mervyn, « The Promising Game », *in* FOOT Philippa (dir.), *Theories of Ethics*, Oxford, OUP, 1967, p. 119). C'est sans doute un effet de l'ambiguïté du concept de règle constitutive chez Searle (voir *supra*, p. 263).

Il reste tout de même envisageable de critiquer la confusion entre être obligé et se croire obligé qui demeure présente dans notre construction au niveau ultime. Certes, nous avons déjà pu voir qu'une croyance sur une occurrence n'aboutissait pas toujours à l'apparition d'une obligation juridique mais l'hésitation est entière pour les croyances sur les types. Pour justifier ce lien, il faut étudier les obligations auxquelles donne naissance la règle constitutive. La croyance est bien à l'origine de certaines obligations mais il s'agit d'obligations sociales spécifiques, des obligations institutionnelles, et non d'obligations absolues[1]. Les obligations institutionnelles sont des raisons pour agir assumées par les acteurs dans un contexte donné sans qu'elles ne bénéficient pour autant d'une valeur générale ou absolue[2]. La volonté de rapporter les représentations des acteurs placées dans une pratique sociale formalisée impose de rapporter aussi les obligations qu'ils assument dans ce cadre. Les obligations ne sont pas créées par la dogmatique mais reprises dans la pratique sociale où elles sont admises par les acteurs sans interrogation spécifique[3]. Face à une norme constitutionnelle, ils s'inquiètent éventuellement de sa qualification mais pas de son caractère obligatoire. La dogmatique n'a aucune raison de tenter de dépasser le discours du droit car le questionnement sur l'obligation est étranger à la pratique sociale qu'elle est censée décrire. La norme fondamentale n'est pas plus nécessaire à la dogmatique qu'elle ne le serait pour décrire les règles d'un langage, d'un gang[4], d'un sport ou d'une religion : la valeur objective de ces institutions et des obligations qu'elles créent peut être constatée sans être assumée[5]. Nier leur existence au titre de la

[1] Notons que le concept d'obligation relative est répandu au-delà des théories institutionnalistes. Voir, BULYGIN Eugenio, « Système juridique et ordre juridique », *in L'architecture…*, précité, p. 227 ou OPALEK Kazimierz, « The Problem of the Validity of Law », *in Selected Papers in Legal Philosophy*, Dordrecht, Kluwer, 1999, p. 88. L'impossibilité de baser le droit sur des faits non-normatifs tels que des croyances a parfois été défendue sur la base de l'opposition entre raisons pour agir « motivante » et « normative » (GREENBERG Mark, « On Practices and the Law », *Legal Theory* 2006, p. 125) mais cette distinction vise en réalité à réintroduire une conception absolue de l'obligation qui ne nous intéresse pas.

[2] En ce sens, voir FRENCH Peter, « Institutional and Moral Obligations », *The Journal of Philosophy* 1977, p. 577 ou MARMOR Andrei, article précité, p. 530. Ce détachement de la morale ne doit pas étonner car « le problème de la normativité du droit n'est pas que les lois sont des raisons valides mais que les gens croient qu'elles en sont […] l'explication de l'usage commun d'un langage normatif doit être trouvée dans les croyances (justifiées ou non) de ceux qui utilisent ce langage » (RAZ Joseph, *op. cit.*, p. 170). Il permet d'ailleurs l'objectivité des obligations institutionnelles même si nous nions l'objectivité de la morale. Précisons que nous parlons bien sûr d'objectivité épistémique et non ontologique.

[3] Une personne interrogée sur son action dans le cadre d'une pratique sociale se justifiera par rapport aux règles de la pratique et ne cherchera généralement pas à justifier la pratique elle-même (RAWLS John, « Two Concepts of Rules », in FOOT Philippa (dir.), *op. cit.*, Oxford, OUP, 1967, p. 165). Cela n'a rien de surprenant au regard de la dimension normative de la signification des normes qui semble se suffire à elle-même pour autant que l'on partage les présupposés pertinents.

[4] Le cas de la mafia est notamment opposé à la norme fondamentale par le professeur Bulygin (« An Antonomy… », précité, p. 311). Nous adhérons pleinement à cette idée, ce qui montre une certaine distance avec la démarche de Kelsen qui vise en partie à séparer le droit des ordres de la « bande de voleurs » (*Théorie pure du droit*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1999, p. 55).

[5] La description d'obligations sans engagement de la part de l'observateur est la base du point de vue interne cognitif qui caractérise la dogmatique positiviste. Cette idée se retrouve bien sûr en théorie du droit (voir par exemple, ZIPURSKY Benjamin, « Legal Obligations and the Internal Aspect of Rules », *Fordham Law Review* 2006, p. 1247) mais pas seulement (voir ainsi, FLEW Anthony, « On Not Deriving 'Ought' from 'Is' », *in* HUDSON W.D. (dir.), *The Is/Ought Question*, Londres, The McMillan Press, 1969, p. 142). Il est possible de comprendre des obligations auxquelles l'on ne se sent pas lié comme des raisons pour agir de la même manière qu'il est possible de comprendre les préférences cinématographiques de quelqu'un même si l'on ne les partage pas (MARMOR Andrei, « Legal Positivism : Still Descriptive and Morally Neutral », *OJLS* 2006, p. 702). Une norme fondamentale n'est nécessaire que si l'on souhaite passer de l'obligation institutionnelle à l'obligation absolue, c'est-à-dire adopter un point de vue interne volitif.

séparation entre être et devoir-être donnerait lieu à des descriptions bien étranges de la réalité sociale. L'obligation se rapporte à l'institution à laquelle l'on peut adhérer ou non selon ses préférences personnelles[1]. Grâce à la règle constitutive, la dogmatique peut indiquer ce qu'est le droit[2] et non ce que l'on doit faire de manière générale[3]. Le point de vue interne expose la norme juridique comme une raison pour agir dans le cadre du droit français[4] sans trancher la question de l'existence d'une raison de suivre ce droit[5]. La règle constitutive crée une obligation institutionnelle d'obéir à la constitution mais aucune obligation institutionnelle ou absolue d'obéir à la règle constitutive. Elle définit donc une obligation par rapport au droit[6] mais pas au profit du droit, comme le font d'ailleurs toutes les autres institutions. La croyance n'est pas une obligation mais la condition qui par son contenu normatif permet la création d'obligations institutionnelles. Le choix que chacun peut faire de « jouer » ou non le jeu du droit est sans importance pour la dogmatique qui se limite à décrire l'institution. Mieux, ces obligations institutionnelles permettent d'envisager la place de la règle constitutive du point de vue interne car la création d'obligation institutionnelle n'est envisageable que si la croyance bénéficie d'un aspect interne malgré son statut purement externe (B).

---

[1] Nous rejetons l'idée selon laquelle la participation à une pratique sociale implique forcément l'adhésion aux principes de cette pratique (HUDSON W.D., « The Is-Ought Controversy », *in* HUDSON W.D. (dir.), *op. cit.*, p. 170 ou MARMOR Andrei, « Legal… », précité, p. 530). Elle repose sur le fait que participer implique un engagement et sur la présupposition non-justifiée de la valeur normative absolue des engagements. Searle a ainsi pu affirmer que « la notion d'obligation est intimement liée aux notions d'accepter, reconnaître, admettre » et qu'il n'existe donc pas d'obligation « à défaut d'accord préalable sous une forme ou une autre » (*Les actes…*, précité, p. 244). Les obligations résulteraient ainsi de décisions libres et intentionnelles (*Rationality…*, précité, p. 181), ce qui lui permet de dire de manière étonnante que la promesse crée des obligations mais pas l'esclavage (*ibid.*, p. 199). La valeur spécifique attribuée aux engagements est d'ailleurs la base de sa fameuse dérivation entre être et devoir-être car elle lui fait dire que les promesses créent des obligations sans passer par une règle selon laquelle « il faut tenir ses promesses ». Il s'agirait simplement d'être cohérent avec les choix que l'on a soi-même opérés (CAMERON J.R., « The Nature of Institutional Obligation », *The Philosophical Quarterly* 1972, p. 319 ou MACCORMICK Neil, *Institutions of Law*, précité, p. 52). C'est pour la même raison qu'il refuse la possibilité d'un point de vue interne désengagé en prétendant que « utiliser le langage et parler, c'est, à tout instant, s'engager, assumer des obligations » (*Les actes…*, précité, p. 254). La prétention selon laquelle il parle d'obligations sociales et non morales (*Rationality…*, précité, p. 194) semble alors plus que discutable. Notons que Searle n'est pas toujours clair dans ce domaine car il aussi affirmé que la description des faits institutionnels du point de vue interne n'impliquait pas un engagement car il faut séparer la compréhension de l'approbation (« Reality and relativism », *Anthropological Theory* 2006, p. 119).

[2] Autrement dit, indiquer quels sont les actes normatifs objectivement valables dans un ordre juridique donné.

[3] Notre position tire simplement les conséquences du point de vue interne cognitif (voir *supra*, p. 46), qui revient à chercher à décrire les principes d'une religion sans croire en Dieu. De nombreux auteurs adoptent une position opposée et voient dans la dogmatique une théologie réalisée par des croyants. Voir ainsi, DWORKIN Ronald, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994, p. 167 ; TUORI Kaarlo, *Critical Legal Positivism*, Burlington, Ashgate, 2002, p. 294 ou SARTOR Giovanni, « Legal Validity as an Inferential Analysis », EUI Working Papers Law n°2007/24, p. 17.

[4] Il ne se limite donc pas à l'exposé des croyances sur ces raisons qui relève quant à lui du point de vue externe.

[5] Pour une vision différente du point de vue interne conduisant à une conception opposée du rapport entre principe de Hume et théorie sociale des sources du droit, voir TOH Kevin, article précité, p. 453.

[6] Ce qui revient en dernière analyse à une obligation par rapport à la croyance ultime qui fonde le droit.

B. La règle constitutive considérée du point de vue interne : une norme directement invocable

Le caractère exclusivement externe du statut de la règle constitutive ne l'empêche pas d'avoir un aspect interne qui rend possible son étude du point de vue interne. La complication de son intégration dans la dogmatique due à son statut exige tout de même de donner quelques précisions sur son invocabilité (1) qui mettront en valeur l'importance de son aspect interne par rapport aux théories de l'effectivité qui s'en approchent par certains côtés (2).

1. INVOCABILITE ET JURIDICITE DE LA REGLE CONSTITUTIVE

Pour comprendre comment la règle constitutive peut être considérée du point de vue interne, il est nécessaire d'insister sur la séparation déjà notée entre statut interne et aspect interne. La règle constitutive est un fait brut sans qualité institutionnelle spécifique et elle n'a donc aucun statut du point de vue interne : elle ne peut faire l'objet d'une quelconque qualification juridique. Pour autant, elle a un aspect interne dans le sens où la croyance peut être vue comme un état mental partagé mais aussi comme la série de critères et de règles dans laquelle les acteurs croient. C'est sous cette forme qu'elle apparaît dans le monde vécu des acteurs. La formulation initiale « X compte pour Y »[1] la désigne clairement comme une règle et non comme une pratique. Cet aspect interne, qui caractérise toutes les normes valides ou non[2], est pleinement assimilable à celui des règles positives qui définissent les sources dérivées du droit. C'est d'ailleurs pour cette raison que la croyance peut être utilisée par les acteurs comme base de leur pratique. Il est alors possible de traiter la règle constitutive du point de vue interne et pas seulement par le biais d'énoncés externes sur l'existence d'un groupe de croyances. Malgré tout, l'invocabilité des critères reste discutable puisqu'elle est généralement liée à un statut interne qui fait défaut à la règle constitutive. La seule présence d'un aspect interne ne saurait suffire car toute signification d'un acte de langage prescriptif en a un sans que cela justifie son intégration à la dogmatique. L'intérêt de la règle constitutive pour l'épistémologie de la dogmatique ne peut servir ici puisque nous sommes confrontés à une question juridique : la nécessité de tenir compte de certaines croyances pour décrire une institution ne prouve pas la pertinence de ces croyances dans les débats internes à l'institution.

Les méthodes classiques de la dogmatique ne peuvent pas non plus trancher cette question puisqu'elles sont notoirement insuffisantes au niveau ultime. À ce stade, il est utile de ne pas

[1] La règle constitutive doit bien être exprimée ainsi et non sous la forme « s'il existe une croyance en ce sens alors 'X compte pour Y' » car il s'agit alors d'un énoncé externe sur une relation systématique et non du contenu même de la croyance qui incarne la règle constitutive.
[2] Toute norme est en effet dans un certain sens un « modèle de direction » pour reprendre le terme d'Hart (*op. cit.*, p. 115).

oublier que le point de vue interne lui-même est un fait social[1], au sens où il correspond au point de vue effectivement adopté par les acteurs qui prétendent agir dans l'institution[2]. Il est le point de vue sur les faits bruts qui se base sur des règles constitutives spécifiques pour en faire des faits institutionnels à travers la signification que leur confère une institution[3]. Or, les croyances qui forment la règle constitutive ultime définissent le point de vue interne car elles sont effectivement utilisées par les acteurs pour déterminer l'existence de faits institutionnels. Il n'est ainsi pas rare que des éléments importants de la pratique juridique soient assumés par les acteurs malgré leur absence totale de statut interne déterminé. Pour citer des exemples, notons que l'identification de la constitution est réalisée sans aucune explication quant à l'origine de cette qualité. Les rares tentatives d'explicitation du raisonnement confirment la possibilité d'invoquer des critères dont le statut n'est pas justifié, comme s'ils étaient évidents[4]. De même, sa suprématie est invoquée pour régler certains litiges sans que son fondement ne soit jamais clarifié[5]. Précisons que l'opposition entre statut et contenu de la règle constitutive est centrale : le statut n'est ni invoqué ni invocable car l'existence même de la croyance est sans pertinence du point de vue interne[6] alors que le contenu de la règle est invoqué par les acteurs. Si leur pratique générale justifiait la théorie de la double signification, leur pratique au niveau ultime justifie la théorie de la règle constitutive car elle est marquée par l'utilisation explicite ou implicite de critères dont le statut n'est pas justifié mais qui servent quand même de raisons pour identifier la constitution[7]. Le point de vue interne contient les critères fixés par la règle constitutive mais pas leur statut[8], à l'instar de ce qui ce

---

[1] LEBEN Charles, « Le principe d'égalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire », *Droits* n°14, p. 227.

[2] Pour des conceptions comparables, voir MACCORMICK Neil et WEINBERGER Ota, *op. cit.*, p. 109 ; OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Pub. des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 29 ou ZIPURSKY Benjamin, article précité, p. 1241. L'existence du point de vue interne est conditionnée par celle de la pratique qu'il détermine (LA TORRE Massimo, « The Hierarchical Model and H.L.A. Hart's Concept of Law », *ARSP* 2007, p. 89). Nous dépassons donc la seule question de l'opposition entre règle et régularité qui occupait Hart sans tomber pour autant dans la lecture psychologiste de Ross qui assimile l'aspect interne des normes à la présence de certaines émotions (sur cette lecture, voir PICAVET Emmanuel, « Hart critique de Kelsen », *in* HERRERA Carlos Miguel (dir.), *Actualités de Kelsen en France*, Paris, LGDJ, 2001, p. 126).

[3] Cette définition de la juridicité est particulièrement adaptée à la description du droit comme un fait social et elle explique que l'on reprenne le langage et les représentations des acteurs. Elle complète et synthétise donc ce qui avait pu être dit sur l'importance du point de vue interne lors de la critique des théories réalistes du droit.

[4] Voir *infra*, p. 350.

[5] Voir *infra*, p. 693. Il est certes possible d'avancer que la brièveté des décisions de justice françaises peut expliquer cette discrétion mais nous pouvons opposer le cas des normes clairement créées par le juge et celui des normes ultimes. Non seulement, ils n'ont pas le même rapport à la pré-notion de droit mais en plus les créations juridictionnelles sont expliquées et justifiées dans des documents annexes (conclusions du commissaire du gouvernement…) quand l'identification ou la suprématie ne sont jamais justifiées et sont même généralement assez peu commentées par la doctrine.

[6] Ce manque d'intérêt pratique explique que nous n'approfondissions pas la question du caractère mutuel des croyances car, même s'il était nécessaire à l'existence de la règle constitutive, seul l'aspect externe de la règle constitutive changerait alors que son aspect interne resterait le même : celui qui fait l'objet de la croyance de base.

[7] L'inclusion de ce genre de critères dans le point de vue interne s'explique aisément car il est caractérisé par le fait qu'il porte sur les faits institutionnels juridiques et non par son appui sur les normes juridiques. Ces dernières contribuent à déterminer les faits institutionnels juridiques mais elles n'ont aucun monopole dans ce cadre.

[8] La qualification de la constitution est clairement opérée en cas de difficulté comme elle le serait pour n'importe quelle autre norme. En revanche, les critères utilisés ne sont pas justifiés dans ce cadre contrairement à la pratique répandue. Cela

passe dans la plupart des institutions. Le fait que les juges ne soient pas au courant du mode d'existence de la règle constitutive n'est pas gênant dans la mesure où ils savent qu'ils doivent utiliser certains critères plutôt que d'autres. Le besoin d'une base ultime claire n'est perçu que par la dogmatique au regard de ses exigences particulières quand les acteurs peuvent se contenter d'utiliser leurs croyances sans interroger leur statut[1]. Ce constat suffit à faire reconnaître l'invocabilité du contenu de la règle constitutive car il n'y a pas de condition de pertinence dogmatique qui puisse être indépendante de la pratique des acteurs. La règle constitutive est donc bien une croyance du point de vue externe et une série de critères du point de vue interne : son statut ne peut être observé que du point de vue externe et n'a aucune importance du point de vue interne[2]. Il est même structurellement impossible de s'interroger sur le statut de la règle constitutive du point de vue interne car les croyances dont elle est formée sont seules à permettre le point de vue interne[3]. Il est donc exclu de la dogmatique tout simplement parce qu'il est exclu par les acteurs eux-mêmes. Comme à propos de l'obligation, il est inutile de pousser l'interrogation plus loin que les acteurs et il convient seulement d'en faire l'une des bases de la dogmatique. Les critères de la règle constitutive sont au final utilisables par les acteurs et la dogmatique même si celle-ci n'est pas une norme juridique.

Les énoncés qui décrivent la règle constitutive relèvent, en dernière analyse, à la fois du point de vue externe, quand ils traitent de son existence, et du point de vue interne, quand ils traitent de son contenu. Les premiers ont un intérêt épistémologique et les seconds un intérêt pratique et dogmatique[4]. Ce schéma original trouve sa source dans le caractère fondateur qu'a

---

confirme l'idée selon laquelle la catégorie juridique de constitution appartient au discours du droit mais que la catégorie de règle constitutive relève quant à elle du discours sur le droit et ne peut servir de raison juridique pour agir. C'est en ce sens que la règle constitutive se place dans les présupposés de la dogmatique plutôt que dans la dogmatique elle-même.

[1] Sur l'usage inconscient de leurs croyances par les acteurs, voir BERGER Peter et LUCKMANN Thomas, *La construction sociale de la réalité*, Paris, Armand Colin, 2006, p. 117 ; CLÉMENT Fabrice et KAUFMANN Laurence, *Le monde selon John Searle*, Paris, Les éditions du Cerf, 2005, p. 53 ; HULSEN Peter, « Back to Basis : a Theory of the Emergence of Institutional Facts », *Law and Philosophy* 1998, p. 287 ; TUORI Kaarlo, *op. cit.*, p. 149 ou SEARLE John, *La construction de la réalité sociale*, Paris, Gallimard, 1998, p. 68. Searle précise même qu'il est rare que les représentations qui basent la réalité institutionnelle « se manifestent à la surface de notre comportement social, car elles sont pour ainsi dire enfouies sous le background » (« Réalité institutionnelle et représentation linguistique », *in* BOUVERESSE Jacques et ROCHE Daniel (dir.), *La liberté par la connaissance*, Paris, Odile Jacob, 2004, p. 199). C'est ce caractère inconscient qui explique que les énoncés internes n'ont pas à se référer à la croyance même indirectement comme le constate le professeur Raz (*op. cit.*, p. 175) : ils reposent sur la croyance mais n'y font pas référence même en utilisant les termes désignant les faits institutionnels. Le rapport entre la dogmatique et la croyance se limite donc au niveau épistémologique tout comme la norme fondamentale n'intéresse que les théoriciens et non les juristes ordinaires (sur ce dernier point, voir ECKHOFF Thorstein et SUNDBY Nils Kristian, « The Notion of Basic Norm in Jurisprudence », *Scandinavian Studies in Law* 1975, p. 129).

[2] Le décalage entre points de vue interne et externe explique pourquoi les juristes et les juges peuvent affirmer l'existence de droits et de devoirs non-démontrés ou choisir les arguments à utiliser ainsi que le remarque le professeur Dworkin (*Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995, p. 318) sans avoir à adhérer pour autant à sa conception spécifique du droit.

[3] Ce statut spécifique explique que l'on puisse les rattacher à « l'arrière-plan » décrit par Searle qui base toutes nos pratiques sociales ou aux niveaux profonds de la culture juridique envisagés par le professeur Tuori et qui comprennent notamment les concepts et les raisonnements fondamentaux typiques d'un droit donné (*op. cit.*, p. 183).

[4] Les énoncés dogmatiques que nous envisageons ont donc une forme déontique classique et ne se confondent pas avec ceux imaginés par Ross qui « décrivent l'existence d'une croyance, et non le devoir-être objet de cette croyance » (MILLARD Éric, « Deux lectures critiques d'Alf Ross », *Annales de la Faculté de Strasbourg* n°4-2000, p. 12).

la règle constitutive : elle est à la fois extra-institutionnelle et instituante. Le contenu de la règle constitutive est une raison juridique pour agir mais pas son existence même[1]. Les autorités d'application du droit ne connaissent que l'institution et ne peuvent donc statuer sur l'existence des règles constitutives même si elles peuvent les utiliser. Ce contenu n'est pas toujours explicité mais il est explicitable : il peut être assumé comme droit dans le système juridique français. La référence à des éléments non explicités peut être défendue s'ils s'appuient sur des croyances qui donnent de nouvelles perspectives pour opposer les motifs et les causes des décisions[2]. Le rapport initialement établi entre explicitation et inscription dans le point de vue interne est donc en partie remis en cause ici. Certes, l'absence de toute référence explicite plaide contre l'existence d'une croyance donnée mais elle peut s'expliquer quand l'identification de la constitution n'a jamais été contestée[3]. À l'inverse, des éléments qui sont systématiquement assumés explicitement font sans doute partie de croyances sauf à supposer que les juges se trompent de manière permanente. Cette relativisation de l'importance de l'explicitation n'efface aucunement l'opposition entre causes externes et motifs internes car un état mental définissant la pratique juridique reste différent de tout autre phénomène social ou psychologique[4] qui influence cette pratique d'une manière ou d'une autre. Cette reconnaissance de l'invocabilité des règles constitutives et de leur inscription dans la dogmatique au regard à la fois des impératifs épistémologiques pertinents et de la pratique sociale effective est essentielle pour nous. Elle implique que la définition dogmatique de la constitution devra passer par l'étude des règles constitutives appropriées. Les conditions de vérité des énoncés définitoires dogmatiques sont bel et bien clarifiées. Tout tient ici à l'aspect

---

[1] Il ne peut en être autrement car une croyance n'est pas une raison pour accepter quoi que ce soit (COHEN Jonathan, *An Essay on Belief and Acceptance*, Oxford, OUP, 1992, p. 18). Le rapport entre la croyance et le droit est alors proche de celui établi par le professeur Raz entre la pratique constante que constitue la règle de reconnaissance et le droit : les critères retenus dans la pratique sont des raisons pour agir mais pas l'existence même de la pratique (« The Purity of the Pure Theory », *in* TUR Richard et TWININ Williams (dir.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon, 1986, p. 96). Nous préférons cependant la croyance à la pratique car elle explique pourquoi les acteurs utilisent ces critères et est donc compatible avec la pré-notion de droit qui montre l'existence d'une catégorie juridique de constitution même avant la décision d'identification initiale sans qu'il soit nécessaire de se référer à des raisons extra-juridiques. C'est en tout cas la situation des systèmes continentaux : la particularité du droit anglais contribue sans doute à l'intérêt de l'école d'Oxford pour les pratiques sans se soucier de la décision d'identification initiale. Notons que la référence à la croyance a aussi l'intérêt d'être compatible avec la théorie des faits institutionnels et de fournir une meilleure explication du point de vue interne.

[2] L'explicitation reste toutefois un indice particulièrement utile sur le plan méthodologique donc la défense de sa valeur dans le précédent chapitre (voir *supra*, p. 212) reste tout à fait pertinente.

[3] COHEN Jonathan, *op. cit.*, p. 8.

[4] Les causes psychologiques exclues de la dogmatique seront notamment les motivations psychologiques réelles des individus qui composent les autorités d'application, c'est-à-dire justement les éléments que le recours à l'explicitation comme critère d'admissibilité épistémologique visait à écarter. Il peut également s'agir de croyances non-partagées ou de croyances partagées qui ne portent pas sur le droit (opinion religieuses….) voire de croyances sur le droit dépourvue de toute dimension constitutive (croyances sur ce qui caractérise une norme juridique conforme à la morale…). Les croyances partagées non-constitutives peuvent influencer le contenu des croyances constitutives mais seules ces dernières sont instituantes et ont donc une pertinence dogmatique. L'étude de leurs causes ne relève pas de la dogmatique.

interne de la règle constitutive qui oppose notre solution aux théories de l'effectivité qu'elle rappelle par certains aspects (2).

2. L'OPPOSITION AUX THEORIES DE L'EFFECTIVITE

L'exposé complet de la théorie de la règle constitutive mais aussi du statut épistémologique des énoncés sur la règle constitutive permet de mieux la situer parmi les théories prétendant baser la dogmatique sur des faits sociaux. Son opposition avec les théories de l'effectivité mérite d'être soulignée pour compléter ce panorama. Ces dernières consistent à lier la base de la dogmatique à l'effectivité des normes originaires[1]. Leur expression la plus classique est l'assimilation entre la réussite concrète d'une révolution et la validation d'une nouvelle constitution[2]. Si elles se rapprochent de la théorie de la règle constitutive par leur intérêt pour les faits sociaux et leur proximité avec les pratiques des acteurs, elles n'en restent pas moins insatisfaisantes. Leur principale faiblesse est de s'attacher aux comportements des acteurs plutôt qu'à leurs représentations. Nous ne voyons *a priori* aucune raison de porter une attention spécifique à l'effectivité qui est plutôt le résultat de critères socialement assumés que l'origine de ses critères[3]. Il semble au contraire tout à fait concevable qu'une norme non-effective soit valide juridiquement[4]. Un acte peut avoir une nature juridique (S2) précise même s'il n'est jamais appliqué. C'est d'ailleurs un cas très répandu puisque toutes les normes qui viennent d'être édictées sont valides sans être effectives, ce qui nous intéresse évidemment pour décrire la décision d'identification initiale de la constitution. En outre, nous pouvons aisément imaginer des règles effectives que personne ne rattacherait au droit français. La règle fixée par un gang qui contrôle effectivement et durablement un quartier ne gagnera pas pour autant une pertinence dans le système juridique français. Traiter l'effectivité comme une condition de validité revient à négliger la différence incontournable qui sépare la réussite et la satisfaction d'un acte de langage prescriptif[5]. Cette combinaison de défauts empêche toute contribution des théories de l'effectivité à l'identification constitutionnelle,

---

[1] Pour des exemples, voir AVRIL Pierre, *Les conventions de la constitution*, Paris, PUF, 1997, p. 27 ; LEVY Daniel, « Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans l'élaboration du droit constitutionnel », *in Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, LGDJ, 1974, T. I, p. 42. ou VIRALLY Michel, « Le juriste et la science du droit (à propos de la traduction de la théorie pure du droit) », *RDP* 1964, p. 598.

[2] Voir ainsi, MAGNON Xavier, « Quelques maux à propos des lois de révision constitutionnelle », *RFDC* 2004, p. 609 ; PACTET Pierre et MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Droit constitutionnel*, 27e éd., Paris, Sirey, 2008, p. 69 ou VEDEL Georges, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p. 277.

[3] Il est certes possible de défendre l'idée selon laquelle l'effectivité sur le long terme de certaines catégories de normes contribue causalement à l'émergence de croyances sur la valeur de ces normes mais il s'agit d'une approche externe qui n'a pas de pertinence dans la perspective dogmatique qui est la nôtre.

[4] En ce sens, voir BULYGIN Eugenio, « Existence of Norms », *in* MEGGLE Georg (dir.), *Actions, Norms and Values*, Berlin, Walter de Gruyter, 1999, p. 243.

[5] Voir *supra*, p. 135.

sauf à confondre l'effectivité de la règle avec la règle de l'effectivité, qui aurait quant à elle un aspect interne[1]. Or, rien n'indique qu'une telle règle existe et la stipuler revient à proposer une forme inattendue de jusnaturalisme. Elle a parfois été utilisée notamment dans le contexte de la *common law*[2] mais elle n'est dotée d'aucune universalité[3]. Faute de pouvoir se prévaloir d'une telle règle, les théories de l'effectivité se limitent au point de vue externe : l'effectivité est déterminée et non déterminante pour la pratique juridique[4]. La théorie de la règle constitutive évite au contraire ce risque en raison du double aspect interne et externe des énoncés qui décrivent la règle constitutive. L'attachement à une croyance et non à une pratique permet de s'attacher à son aspect interne tout en se basant sur son existence externe.

Cela lui confère un avantage décisif, même contre les reformulations plus élaborées des théories de l'effectivité. En effet, la faiblesse de la théorie générale de l'effectivité a conduit certains auteurs à imaginer des entités dont l'effectivité serait simplement la traduction dans des faits perceptibles. La théorie du pouvoir constituant originaire comme pouvoir de fait illustre cette dérive. Elle n'a pourtant aucun monopole. Pour nous limiter à la doctrine française, ce rôle a ainsi pu être conféré au consentement populaire[5] ou à l'opinion publique[6]. L'exemple le plus discuté est toutefois fourni par un autre concept : l'idée de droit[7]. C'est une entité métaphysique[8] dont la présence est manifestée par la réussite d'un changement de régime : un nouveau régime, tout comme sa constitution, est nécessairement fondé sur une

---

[1] Le danger de cette confusion a été parfaitement exposé par le professeur Jori à travers le paradoxe du grand éléphant blanc : si une tribu croit que le droit est ce qui est décidé par le grand éléphant blanc, l'on pourra tout de même prétendre que la tribu reconnaît les normes sur la base de leur effectivité puisque les décisions du grand éléphant blanc sont effectives. En effet, « le principe d'effectivité […] peut 'couvrir' n'importe quel principe méthodologique qui est utilisé par une communauté suffisamment grande et influente de locuteurs » : il s'agira d'une approximation valable mais fictive et externe car « l'effectivité d'un paradigme dans une certaine communauté ne veut pas dire que le principe d'effectivité fait partie de ce paradigme » (JORI Mario, « Paradigms of Legal Science », *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 1990, p. 238).

[2] Voir ainsi, Cour d'appel de Rhodésie, 4 mars 1968, Dhlamini v. Carter, *South African Law Reports* 1968, p. 468 ou Haute Cour du Lesotho, 5 août 1988, Mokotso v. King Moshoeshoe II, *Law Reports of the Commonwealth - Constitutional and Administrative Law Reports* 1989, p. 131.

[3] Aucun principe ne permet de généraliser ces solutions isolées. Mieux, des exemples français anciens illustrent le refus de tenir compte d'actes adoptés par un gouvernement de fait effectif (Req., 27 novembre 1872, *S.* 1871.1.259 ; CE, 18 février 1873, Cibille, *Rec.* p. 170 et 30 janvier 1874, Bruneau, *Rec.* p. 100). La Cour d'appel des Fiji n'a quant à elle accepté de tenir compte d'un pouvoir d'un fait qu'en exigeant toutes sortes de conditions en plus de la simple efficacité de son pouvoir (1er mars 2001, The Republic of Fiji v. Chandrika Prasad, n°217/2000), suivant ainsi l'exemple de la Cour suprême de Chypre (31 décembre 1975, Liasi v. Attorney General, *Cyprus Law Reports* 1975, p. 574).

[4] Il est possible de soutenir que le type définissant les normes sur la base de la règle de l'effectivité est lui-même effectif mais la dimension interne de cette première effectivité n'est pas précisée ce qui montre simplement une fuite en avant inutile.

[5] Voir par exemple, BERTHÉLEMY Henri, « La volonté générale, fondement du droit », *in Mélanges Paul Negulesco*, Bucarest, Imprimeria nationala, 1935, p. 130 ; DEBBASCH Charles, PONTIER Jean-Marie, BOURDON Jacques et RICCI Jean-Claude, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 3e éd., Paris, Economica, 2001, p. 113 ; HENRY Gilles, *Essai sur les gouvernements provisoires en droit public français de 1789 à 1875*, Thèse, Poitiers, 1951, p. 157 ou WALINE Marcel, « Défense du positivisme juridique », *APD* 1939, p. 90.

[6] Voir notamment LIET-VEAUX Georges, *La continuité du droit interne*, Paris, Sirey, 1942, p. 365.

[7] Ce concept a été inventé et utilisé avant tout par Burdeau (*Le pouvoir politique et l'État*, Paris, LGDJ, 1943, p. 258 ou *Traité de science politique*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1984, T. IV, p. 49). Pour une synthèse, voir PASSELECQ Olivier, « L'idée de droit chez Georges Burdeau », *in* CHANTEBOUT Bernard (dir.), *Le pouvoir et l'État dans l'œuvre de Georges Burdeau*, Paris, Economica, 1993, p. 23-49. Elle est encore régulièrement utilisée par des auteurs actuels (voir par exemple, GÉLIN-RACINOUX Laurence, *Recherches sur le rapport de la constitution au temps*, Thèse, Nantes, 2005, notamment p. 357).

[8] BASTID Paul, *L'idée de constitution*, Paris, Economica, 1985, p. 26.

nouvelle idée de droit[1]. Cette notion semble désigner un ensemble de valeurs incarnées transitoirement dans le droit positif[2] et guidées par Dieu[3]. Les défauts relevés lors de la réflexion sur le pouvoir constituant originaire se retrouvent ici. La référence à l'idée de droit vise plus à établir le caractère obligatoire de la constitution que son existence[4]. Surtout, elle est radicalement incapable d'aider à identifier la constitution puisqu'elle est suspendue à la reconnaissance de cette dernière, qui manifeste la réussite du changement de régime. Cette effectivité n'est pas un indice utile sur le plan méthodologique mais bien le seul mode d'existence retenu[5]. La différence avec la règle constitutive doit ici être soulignée : l'effectivité est au mieux un indice de l'existence de la croyance[6] et le mode d'existence de cette dernière est distinct. Son autonomie est prouvée par le fait qu'il est possible d'envisager une norme effective qui est détachée, au moins transitoirement, de la règle constitutive. De même, toutes les décisions de justice ne sont pas couvertes par la règle constitutive car les juges peuvent se tromper ou disposer d'une discrétion absolue. L'impossibilité de concevoir de telles situations en se basant sur l'idée de droit démontre qu'elle se confond totalement à l'effectivité et qu'elle est en réalité une fiction créée sur la base de l'effectivité. Ni le principe général de la théorie, ni la présence d'une idée de droit précise ne peut jamais être réfutée[7]. La règle constitutive au contraire est une entité autonome et non une fiction ajoutée arbitrairement à l'effectivité[8]. Les énoncés rattachés aux théories modifiées de l'effectivité sont donc bien des énoncés externes qui usurpent un aspect interne au moyen de fictions doctrinales qui ne suffisent pas à dépasser le principe de Hume. L'intérêt majeur de la théorie de la règle constitutive est d'articuler des énoncés externes et internes pour faire le lien entre l'institution et les éléments instituants extra-institutionnels mais aussi entre la dogmatique et ses présupposés. La confrontation de la théorie de la règle constitutive avec les théories de l'effectivité fait apparaître son originalité et sa contribution à la clarification des bases de la dogmatique. La description de la règle constitutive mène à combiner deux classes d'énoncés.

---

[1] La réussite de la révolution signale ainsi « l'avènement » d'une idée de droit (BURDEAU Georges, *op. cit.*, p. 202).
[2] BURDEAU Georges, *Traité de science politique*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1980, T. I, p. 219.
[3] BURDEAU Georges, *Le pouvoir politique et l'État*, précité, p. 91.
[4] Burdeau affirme ainsi que les juristes ont « la faculté de contrôler la juridicité de dispositions du droit positif » (*ibid.*, p. 79) mais il se garde bien de nier la validité d'une constitution positive ou d'expliquer comment l'idée de droit permettrait de savoir quelle norme doit être qualifiée de constitutionnelle.
[5] Le lien quasi-absolu entre norme effective et réalisation de l'idée de droit montre bien que cette dernière manque d'autonomie. Certes, Burdeau a parfois fait référence à la doctrine platonicienne des idées (*ibid.*, p. 66) ou aux croyances répandues (*Traité…*, précité, T. I, p. 223 *contra Le pouvoir…*, précité, p. 65) mais il n'a jamais développé ces thèmes.
[6] En outre, il s'agit ici de l'effectivité des critères de qualification et non de l'effectivité de la norme constitutionnelle elle-même car celle-ci n'a pas vraiment de rapport direct avec la règle constitutive. Nous restons donc bien dans le cadre d'un normativisme attaché à la validité sans aller vers une forme de réalisme préoccupée avant tout d'efficacité.
[7] Une critique du même ordre a été adressée par Kelsen au droit objectif de Scelle. Voir « Droit et compétence », *in Controverses sur la théorie pure du droit*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 80
[8] Elle évite ainsi le principal défaut de l'idée de droit : l'imputation arbitraire aux acteurs de principes qu'ils n'utilisent pas.

D'une part, les énoncés externes sur l'existence de la règle constitutive déterminent les conditions de vérité des énoncés dogmatiques sans interférer avec la pratique des acteurs. D'autre part, les énoncés dogmatiques sur les critères mêmes de l'identification des normes originaires précisent les obligations institutionnelles invocables découlant de la règle constitutive. La vérité de la seconde classe d'énoncés repose sur la première, c'est-à-dire que les conditions de vérité des énoncés dogmatiques sur le niveau ultime de la dogmatique sont fixées du point de vue externe sans violer les présupposés positivistes énoncés dans l'introduction. Rien ne s'oppose ensuite au développement d'une dogmatique normativiste classique nécessaire à la compréhension du système juridique[1].

Cette combinaison est fondamentale pour mener à bien la description de l'identification de la constitution en associant le statut externe de la définition, pertinent au niveau des présupposés de la dogmatique, avec l'aspect interne des critères intégrés par les acteurs comme des raisons pour agir et pertinents de ce fait au niveau dogmatique[2]. La nature juridique de constitution provient de cet aspect interne auquel l'inscription dans une croyance partagée confère une objectivité épistémologique dont rend compte la théorie des faits institutionnels. L'autonomie de la catégorie juridique de constitution est donc confirmée bien qu'elle ne soit pas fixée par une norme juridique et son étude peut désormais être envisagée. Le statut de chacun des types d'énoncés en cause montre la particularité de la transition entre points de vue externe et interne : le premier ne débouche sur aucune déduction normative mais permet de constater l'existence même de l'institution dans laquelle le point de vue interne et les obligations institutionnelles prennent place. Il est alors possible de se confronter à la question posée par les normes originaires (« comment du fait devient-il du droit ? »[3]) sans tomber dans le réalisme. Les études normatives actuelles trouvent une base renouvelée que nous pouvons exploiter pour déterminer les conditions d'admissibilité des énoncés définissant la catégorie dogmatique de constitution. Cette épistémologie modifiée doit maintenant être utilisée pour préciser les critères même de la définition dogmatique de constitution et concevoir leur adaptation de manière dépassionnée (Chapitre II).

[1] Sur cette nécessité, voir HARRIS J.W., *Law and Legal Science*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 131.
[2] Nous refusons donc de stipuler la notion de droit que nous utilisons en préférant nous servir des critères des acteurs.
[3] BARANGER Denis, « Les constitutions de Michel Troper », *Droits* n°37, p. 142.

Chapitre II : L'adaptation de la catégorie dogmatique de constitution conçue de façon dépassionnée

La précision du rôle et des conditions de connaissance de la catégorie dogmatique de constitution a permis de clarifier certains des problèmes qu'occasionne la place particulière de la constitution dans le système juridique français. Celle-ci apparaît comme une source du droit, c'est-à-dire une catégorie, créée par des normes juridiques ou par des croyances partagées par les acteurs, qui regroupe un certain nombre d'actes de langage comptant comme des raisons juridiques pour agir. Non seulement la nécessité de la définition dogmatique de la constitution est établie mais surtout, son étude devient envisageable puisque les bases permettant de la mener à bien sont précisées. En effet, en ce qui concerne la constitution, le plus difficile n'est pas tant d'évaluer la force des arguments dogmatiques invoqués que de savoir s'il s'agit vraiment d'arguments dogmatiques recevables. C'est cette particularité qui rend indispensable le renouvellement des présupposés de la dogmatique que représente la théorie de la règle constitutive. Les propositions épistémologiques et méthodologiques formulées jusque-là doivent désormais démontrer leur fertilité en éclairant autant que possible l'identification constitutionnelle. Elles devront permettre de progresser à la fois dans la détermination des critères de constitutionnalité en droit français (Section 1) et dans la représentation de l'adaptation de la constitution entendue au sens dogmatique (Section 2).

SECTION 1 : LES CRITERES DE CONSTITUTIONNALITE DU DROIT FRANÇAIS

La réflexion sur les critères de constitutionnalité du système juridique français se situe dans un cadre strictement dogmatique. Elle s'appuie donc sur une épistémologie donnée plutôt qu'elle ne la développe. Pour autant, elle reste assez atypique car les critères servant à sélectionner les actes constitutionnels originaires ne peuvent structurellement pas être fixés par des normes juridiques. Les décisions de justice, quant à elles, sont au mieux des indices qui doivent être confrontés avec d'autres éléments pour déterminer les critères susceptibles d'expliquer les solutions retenues par les acteurs du droit français dans l'identification constitutionnelle. Ce flou méthodologique est la conséquence du mode d'existence de la règle constitutive qui implique à la fois une texture relativement ouverte et un accès difficile[1].

[1] Les contraintes qui restreignent la connaissance de la règle constitutive rappellent bien sûr celles qui compliquent la détermination du contenu des coutumes dans les systèmes juridiques qui reconnaissent ce type de sources du droit. Cela n'a rien d'étonnant puisque les coutumes et la norme constitutive ont en commun leur caractère non-écrit qui implique qu'elles ne peuvent être connues que de manière indirecte. Mieux, les catégories qu'elles emploient ne peuvent pas être déterminées simplement par la reprise de définitions stipulatives valides ou par l'élaboration de définitions lexicales, faute de disposer

Autrement dit, il est le fruit de la rencontre de l'indétermination relative de la pratique des acteurs et des limites de la connaissance dogmatique de cette pratique. En conséquence, le travail de définition ne pourra pas bénéficier d'une précision absolue. Il préserve tout de même son intérêt dans la mesure où il permet de réduire l'incertitude et de donner des points d'ancrage opposables à l'arbitraire doctrinal. Il faut alors rendre compte des acquis sur lesquels débouche l'application de la théorie de la règle constitutive à l'étude du système juridique français (I) mais aussi des incertitudes qui persistent (II).

I. LES ACQUIS DE L'APPLICATION DE LA THEORIE DE LA REGLE CONSTITUTIVE A L'ETUDE DU SYSTEME JURIDIQUE FRANÇAIS

La prise de conscience de l'importance de la règle constitutive dans la détermination de la catégorie dogmatique de constitution en droit français permet d'en dessiner une image inhabituelle. Nous pouvons ainsi préciser ses limites en excluant certains types de normes dont la constitutionnalité est parfois envisagée (A) mais aussi exposer sous un jour nouveau sa fonction et les critères servant à la définir (B).

A. La détermination des limites de la catégorie dogmatique de constitution du système juridique français : coutumes et principes supra-constitutionnels

Si les critères de la catégorie dogmatique de constitution sont peu discutés par la doctrine, ses limites sont largement débattues. En effet, de nombreux auteurs soutiennent l'existence de normes qui n'ont aucun lien avec le texte de 1958[1] mais dont la reconnaissance ne peut que modifier la définition de la catégorie étudiée. Deux cas méritent d'être cités ici : la coutume constitutionnelle (1) et les principes supra-constitutionnels (2).

1. LA COUTUME CONSTITUTIONNELLE

Nous avons déjà brièvement évoqué les débats sur la place de la coutume constitutionnelle. Il s'agit maintenant de voir ce que la vision du droit adoptée peut leur apporter. La doctrine française a commencé à s'intéresser à ce sujet en raison du fort écart entre la pratique et le texte constitutionnel sous la IIIe République. Certains auteurs entendaient sans doute légitimer

d'énoncés valides dans lesquels l'usage des termes pourrait être étudié. Cette proximité ne porte évidemment pas atteinte à la séparation des coutumes et des règles constitutives quant à leur mode d'existence.

[1] Cette problématique des normes para-constitutionnelles est très répandue aussi en dehors du système juridique français. Pour un exemple célèbre, voir, LEVINSON Stanley, « The Constitution in American Civil Religion », *SCR* 1979, p. 132.

cette pratique[1] dans le cadre d'une dogmatique attachée au caractère absolument obligatoire du droit. D'autres y voyaient un moyen d'augmenter les contraintes pesant sur les gouvernants en invoquant des normes libérales historiquement fortes pour « compléter » les très brèves lois constitutionnelles de 1875[2]. Les discussions se sont poursuivies et même intensifiées sous la Ve République, là-encore à cause de la distance entre la pratique et le texte[3]. Elles ont toutefois perdu de leur vigueur à partir des années 1970 car le développement du contentieux constitutionnel a offert une alternative plus effective. Le déclin de l'intérêt pour la coutume s'est à la fois nourri du recul des études institutionnelles et de l'attention portée à l'interprétation, notamment dans une perspective réaliste plus ou moins assumée. La réflexion sur la coutume a donc été délaissée pour des motifs tenant plus d'une stratégie doctrinale que d'une évolution du droit lui-même, ce qui permet sa résurgence occasionnelle. Dans la perspective qui est la nôtre, elle ne peut être délaissée car il faut déterminer si la catégorie dogmatique de constitution se limite à des normes issues d'une série restreinte d'actes de langage[4] ou si elle couvre d'autres types de normes. Les critères qui la définissent en dépendent car ceux qui peuvent servir à identifier des actes de langage ne sont pas forcément utiles pour sélectionner des pratiques spontanées et non-langagières. En outre, l'admission de coutumes constitutionnelles peut aussi influer sur l'adaptation de la catégorie. En effet, le constitutionnalisme européen est parfois présenté comme l'héritier d'un modèle britannique qui se fonde plutôt sur des traditions et des principes que sur des actes volontaires de production de normes[5]. Il est donc nécessaire de revenir sur les principales positions doctrinales sur l'existence de la coutume constitutionnelle.

La position la plus populaire consiste probablement à nier toute pertinence aux coutumes dans un système régi par une constitution rigide. Puisque la constitution ne peut être révisée que par des lois adoptées selon une procédure renforcée, les actions des organes qui ne

---

[1] Voir en ce sens, LAFERRIÈRE Julien, *Manuel de droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, Montchrestien, 1947, p. 347 ou ELKAM Frédérique, « Le droit constitutionnel non écrit : une vraie fausse modernité », *Civ. Eur.* n°9, p. 250 et pour des exemples, CAPITANT René, « La coutume constitutionnelle », *RDP* 1979, p. 970 ou AVRIL Pierre, *Les conventions de la constitution*, Paris, PUF, 1997, p. 161.

[2] Cette logique se retrouve également dans les travaux d'Hauriou sur la constitution sociale qui visent à établir que l'État est tenu par des « droits individuels préexistants » (*Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, p. 615).

[3] Voir, CHEVALLIER Jacques, « La coutume en droit constitutionnel français », *RDP* 1970, p. 1396 et pour un exemple clair, GICQUEL Jean, *Essai sur la pratique de la Ve République. Bilan d'un septennat*, Paris, LGDJ, 1968, p. 38. La confusion entre le droit constitutionnel et une conception datée de la science politique a aussi pu contribuer à revaloriser la coutume. Voir ainsi, PRÉLOT Marcel, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1972, p. 200.

[4] Ce schéma a largement été décrit lors de l'exposé de la théorie de la double signification : les actes constitutionnels appartiendraient alors à un type d'actes de langage caractérisés par leur nature juridique (S2). Nous n'entendons pas le remettre en cause ici mais seulement préciser s'il est exclusif ou s'il faut au contraire le compléter pour tenir compte de normes spontanées.

[5] Voir *infra*, p. 518.

remplissent pas ces exigences ne peuvent créer de droit constitutionnel[1], sans quoi la rigidité serait niée[2] et la violation du droit récompensée[3]. La dimension morale de cet argument ne peut être retenue : savoir si le respect du droit est récompensé n'est pas notre problème. Pour le reste, l'invocation de la rigidité revient à soutenir que la constitution écrite interdit la coutume en prévoyant une procédure spécifique de révision. Or, même si nous admettions cette interprétation[4], nous sommes ici face à une pétition de principe : si l'on suppose que la coutume peut avoir la même valeur que le texte alors son interdiction par le texte n'est pas déterminante. Il faut donc préalablement supposer que la coutume n'existe pas ou, en tout cas, qu'elle ne peut exister contre le texte, pour pouvoir déduire du texte qu'elle n'existe pas en droit français. Or, l'on ne peut logiquement savoir si le texte est seul à avoir valeur constitutionnelle en se basant sur le texte lui-même[5]. D'ailleurs, faute de connaître les règles qui permettent l'existence de la constitution écrite, rechercher dans ce texte les conditions d'existence de la coutume constitutionnelle[6] fait figure de préjugé injustifié en faveur du texte. Le fait que la rigidité de la constitution soit une qualité théorique et non dogmatique fait même craindre une confusion entre théorie et dogmatique[7]. Pour autant, les postures inverses ne sont guère plus satisfaisantes. Certains prétendent en effet que le droit se fonde toujours sur la coutume[8] ou au moins que la coutume s'impose d'elle-même au droit écrit[9] sans utiliser un quelconque argument juridique et sans tenir compte de la relativité de la dogmatique. D'autres

---

[1] ARDANT Philippe et MATHIEU Bertrand, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 20e éd., Paris, LGDJ, 2008, p. 63 ou CARRÉ DE MALBERG Raymond, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, p. 107.

[2] Voir, parmi de nombreux exemples, DE BÉCHILLON Denys, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996, p. 395 ou LAFERRIÈRE Julien, « La coutume constitutionnelle », *RDP* 1944, p. 38.

[3] COHENDET Marie-Anne, *Droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 425 ou BURDEAU Georges, *Traité de science politique*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1984, T. IV, p. 266.

[4] Elle est en elle-même assez fragile. La prévision d'une voie spécifique de révision par une catégorie d'actes de langage prédéterminée exclut implicitement l'usage d'une autre catégorie mais elle ne permet pas de savoir si le cumul d'adoption d'actes illégaux peut créer des normes. Ces questions sont logiquement distinctes et l'incohérence relevée par la doctrine se situe au mieux au niveau politique par rapport à la conception du droit constitutionnel supposée promue par le constituant.

[5] Pour des analyses comparables, voir, LEVY Denis, « De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction », *in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 81 ou TROPER Michel, « Nécessité fait loi. Réflexions sur la coutume constitutionnelle », *in Mélanges offerts au Professeur Robert-Edouard Charlier*, Paris, Éd. de l'université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 310.

[6] Pour un exemple de ce type démarche, voir CHEVALLIER Jacques, article précité, p. 1376.

[7] Celle-ci se retrouve sous diverses formes. Carré de Malberg lie ainsi la qualité constitutionnelle à la présence d'une « force spécifique » incarnée par la spécificité de la procédure de révision et refuse de ce fait l'existence de coutumes constitutionnelles (*La loi, expression de la volonté générale*, précité, p. 107). Ce raisonnement assez répandu (voir, DELPÉRÉE Francis, *Droit constitutionnel*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 1987, T. I, p. 57) peut se tenir au plan théorique mais n'a aucune valeur dogmatique alors que c'est à ce niveau que se situe le débat sur l'existence de normes de ce type. Les arguments épistémologiques et empiriques sont parfois aussi mélangés. Citons l'idée selon laquelle il n'y aurait pas de coutume constitutionnelle car son existence serait « indémontrable » (MESTRE Jean-Claude, « À propos des coutumes et des pratiques constitutionnelles : l'utilité des constitutions », *RDP* 1973, p. 1278 ou ELKAM Frédérique, article précité, p. 254).

[8] Voir, LARROUMET Christian, *Introduction à l'étude du droit privé*, 4e éd. Paris, Economica, 2004, p. 182 ou LEFEBVRE Maurice, *La coutume comme source formelle du droit en droit français contemporain*, Thèse, Lille, 1906, p. 13.

[9] ACQUARONE Daniel, *La coutume. Réflexions sur les aspects classiques et les manifestations contemporaines d'une source du droit*, Thèse, Nice 1987, p. 18 et 222. De même, il est parfois affirmé que la valeur des coutumes est présumée sous réserve d'opposition de la constitution écrite (LUISIN Bernard, « L'interprétation du règlement de l'Assemblée nationale par les précédents », *RDP* 1988, p. 1133).

voient dans la coutume l'expression de la souveraineté nationale[1], ce qui renvoie aux nombreux dangers du concept de souveraineté[2]. À défaut de construire une véritable théorie de la coutume constitutionnelle, il est aussi assez classique de se référer aux critères forgés par la doctrine civiliste[3] comme s'ils étaient dotés d'une portée universelle. Toute norme non-écrite tenant à l'organisation politique d'un État effectivement pratiquée et considérée comme obligatoire est alors vue comme une coutume constitutionnelle[4]. Cette vision peine à convaincre car la source de la valeur des critères civilistes reste indéterminée[5]. La recherche de solutions alternatives encore plus floues telles que les conventions de la constitution conduit de la même manière à l'usage dogmatique de critères dont la validité n'est pas démontrée[6]. Au final, les argumentations favorables et hostiles à la coutume se rejoignent dans l'usage de critères ou de principes à l'origine incertaine entre lesquels le choix est arbitraire. Cette faiblesse s'explique aisément par le silence doctrinal déjà relevé sur les conditions de vérité des énoncés portant sur les sources originaires du droit[7]. La tentative de dépasser cette difficulté sur une base réaliste se retrouve d'ailleurs ici : il n'est pas rare de réduire l'existence des coutumes à la présence de décisions juridictionnelles en ce sens[8]. Les défauts de ces approches nous interdisent toutefois de les reprendre à notre compte.

En revanche, la théorie de la règle constitutive permet de dépasser les intuitions et l'arbitraire qui mènent à un blocage sans tomber pour autant dans le réalisme ou le

---

[1] En ce sens, voir, CAPITANT René, article précité, p. 968 ou GICQUEL Jean, *op. cit.*, p. 40.

[2] Voir *supra*, p. 171 et s.

[3] Nous faisons ici référence à la combinaison entre une pratique et une conviction sur la valeur de celle-ci. Elle est reprise systématiquement par la doctrine civiliste (voir par exemple, LARROUMET Christian, *op. cit.*, p. 179), avec parfois une dimension essentialiste (GÉNY François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé. Essai critique*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1923, T. I, p. 324), qui s'explique probablement par son origine très ancienne (pour des détails, voir, GUGGENHEIM Paul, « Contribution à l'histoire des sources du droit des gens », *RCADI* 1958-II, p. 36) même si elle est controversée (voir, LAMBERT Édouard, *La fonction du droit civil comparé*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1903, p. 111).

[4] Voir, parmi de nombreux exemples, BATAILLER Francine, *Le Conseil d'État, juge constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1966, p. 142 ; CHAGNOLLAUD Dominique, *Droit constitutionnel contemporain*, 5e éd., Paris, Dalloz, 2007, T. I, p. 49 ou RIALS Stéphane, « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle », *Rev. adm.* n°189, p. 266.

[5] L'absence de toute source identifiée frappe évidemment aussi les critères originaux élaborés sans se soucier des pratiques sociales effectives. Pour un exemple de ce type, voir UYTTENDAELE Marc, « La coutume constitutionnelle dans le droit public belge contemporain », *in* Société Jean Bodin, *La coutume*, Bruxelles, De Boeck, 1989, T. IV, p. 399.

[6] Ces tentatives représentent soit l'utilisation dogmatique d'une catégorie théorique (en ce sens, voir TROPER Michel, article précité, p. 311) soit l'importation d'une catégorie dogmatique étrangère. Ils ne peuvent donc pas nous servir pour définir la catégorie dogmatique de constitution du droit français. Des critères étrangers sont d'ailleurs parfois directement repris (AVRIL Pierre, *op. cit.*, p. 111). Certes, il est aussi affirmé que « les règles non écrites sont inséparables du droit, mais [elles] ne se confondent pas avec lui » et ne sont donc pas valides juridiquement (AVRIL Pierre, « Une survivance : le droit constitutionnel non écrit », *in Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 9 *contra* MÉNY Yves, « Les conventions de la Constitution », *Pouvoirs* n°50, p. 54 et LEMAIRE Félicien, « Les conventions de la Constitution dans le système juridique français », *RFDC* 1998, p. 515). Dans ce cas, il est bien difficile de voir en quoi elles s'opposent à de simples pratiques, elles aussi inséparables du droit et dénuées de validité.

[7] Certaines études sur la coutume font état de ce problème sans pour autant proposer de véritable solution. Voir ainsi, LEVY Denis, article précité, p. 83 ou TROPER Michel, article précité, p. 318. Les théories de la norme fondamentale ou de la règle de reconnaissance qui pourraient servir ici sont quant à elle écartées pour les raisons déjà notées (voir *supra*, p. 214 et s.).

[8] Voir par exemple, AUSTIN John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, CUP, 1995, p. 34 ; LAMBERT Edouard, *La fonction du droit civil comparé*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1903, p. 797 ; CHEVALLIER Jacques, article précité, p. 1405 ou TROPER Michel, « Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement », *in Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 137.

conceptualisme. Les débats à coloration politique sont écartés par la recherche de critères de qualification réellement assumés par les acteurs. La vérité des énoncés sur ce sujet dépend de ces croyances sur les faits institutionnels que sont les règles constitutives. L'existence même des coutumes constitutionnelles peut alors être évaluée puisqu'elle repose sur celle de règles constitutives. La spécificité des coutumes constitutionnelles qui pourrait le cas échéant impliquer un régime juridique spécifique est également explicable sans problème majeur[1]. Les vérités universelles sont exclues : il peut exister des systèmes dépourvus de coutume constitutionnelle[2], ou *a fortiori* de conventions de la constitution[3]. Les exemples étrangers et les théorisations intemporelles n'ont pas de pertinence spécifique pour savoir s'il existe une croyance partagée par les acteurs d'un système juridique donné sur la qualité constitutionnelle de certaines normes non-écrites. Or, rien ne laisse vraiment supposer qu'une telle croyance soit présente en France. La coutume n'occupe depuis la Révolution qu'une place marginale en droit français. Le droit public lui est logiquement encore plus défavorable en raison de l'influence des idéologies démocratiques ou tout au moins volontaristes Ainsi, même la coutume internationale, dont l'existence est indéniable, n'est reconnue qu'à demi-mot par les textes constitutionnels français[4] et elle peine à s'imposer devant le juge administratif[5]. Malgré de nombreuses occasions, ni le juge administratif ni le juge constitutionnel n'ont jamais mentionné de normes constitutionnelles coutumières. La référence isolée et ancienne à une obscure « tradition constitutionnelle républicaine » ne paraît pas remettre en cause ce constat[6]. Au-delà de la jurisprudence, le débat public ne montre pas réellement d'utilisation de ce type de norme. Cette absence totale de pratique explicite rend improbable l'existence d'une croyance partagée à ce sujet. Les partisans de la coutume dans la doctrine confirment involontairement ce verdict : leurs positions minoritaires, hétérogènes et souvent politisées ne laissent pas deviner de croyance de ce type. Le fait que la coutume ne resurgisse qu'à

[1] À l'inverse, la plupart des partisans de l'existence des coutumes constitutionnelles n'expliquent pas sur quelle base ces dernières pourraient être séparées des autres coutumes pour bénéficier, par exemple, d'un statut hiérarchique plus favorable. Même si nous admettions l'existence naturelle de la coutume ou la validité universelle des critères civilistes, il faudrait encore expliquer comment et pourquoi les coutumes constitutionnelles s'opposent aux autres coutumes.
[2] Pour un avis contraire, voir ACQUARONE Daniel, *op. cit.*, p. 222.
[3] Pour une position opposée, voir AVRIL Pierre, *op. cit.*, p. 37.
[4] Le Préambule de la Constitution de 1946 se contente d'affirmer que la France « se conforme aux règles du droit public international » (alinéa 14). Les normes internationales écrites bénéficient d'un traitement nettement plus favorable.
[5] Voir *infra*, p. 690.
[6] Cette « tradition » a été évoquée uniquement par le Conseil d'État dans un avis (6 février 1953) et un arrêt (21 novembre 1958, Syndicat national des transporteurs aériens, *Rec.* p. 572) qui n'ont connu aucune postérité. Le Conseil constitutionnel a même refusé explicitement toute valeur constitutionnelle à la « tradition républicaine » (n°88-244 DC du 20 juillet 1988 et n°2008-563 DC du 21 février 2008). Par ailleurs, aucun autre élément ne semble accréditer l'existence d'une croyance sur la valeur juridique d'une telle tradition. Ses défenseurs se contentent de ce fait de la décrire comme une « norme para-juridique » située dans « l'infra-droit » en revendiquant une rupture avec le positivisme (VIMBERT Christophe, *La tradition républicaine en droit français*, Paris, LGDJ, 1992, p. 307) à laquelle nous ne pouvons adhérer.

l'occasion de crises politiques[1] incite à la prudence, tout comme le flou entretenu sur ses rapports avec la simple interprétation de normes écrites[2]. La distance entre le système juridique français actuel et les systèmes passés ou présents qui consacrent clairement ce genre de normes pourrait difficilement être plus grande. Il faut noter pour terminer la convergence entre la théorie de la règle constitutive et l'argument bien connu selon lequel la coutume n'aurait pas sa place dans un système français dominé par le droit écrit[3]. Celui-ci manifestait déjà un attachement à la dimension culturelle de la doctrine des sources du droit. Quoi qu'il en soit, la catégorie dogmatique de constitution semble bien devoir exclure toute coutume : rien n'impose qu'une constitution combine forcément des aspects écrits et coutumiers[4]. Pour autant, la coutume n'est pas la seule norme « para-constitutionnelle » envisagée par la doctrine : elle est concurrencée par les principes supra-constitutionnels (2).

2. LES PRINCIPES SUPRA-CONSTITUTIONNELS

L'interrogation sur l'existence de principes supra-constitutionnels en droit français remonte à l'interdiction de la révision de la forme républicaine du régime prévue dans la révision constitutionnelle de 1884[5]. Elle s'est surtout développée suite aux débats sur la licéité de la révision constitutionnelle autorisant la ratification du traité de Maastricht. Les termes de la discussion rappellent ceux observés à propos de la coutume constitutionnelle : il s'agit de savoir s'il peut exister des normes non-écrites limitant les gouvernants ; des écoles opposées se sont constituées sur la base de pétitions de principe plus ou moins politisées. Les arguments employés diffèrent toutefois largement. Ainsi, la principale théorie soutenant l'existence de limites à la révision constitutionnelle repose sur l'affirmation d'une opposition entre pouvoir constituant et pouvoir de révision assortie d'une subordination du second au premier[6]. Certains principes seraient alors intouchables pour le pouvoir de révision en tant qu'ils

---

[1] Citons ainsi les débats occasionnés par les révisions constitutionnelles sur le fondement de l'article 11 (DUVERGER Maurice, « La carte forcée », *Le Monde*, 22-23 décembre 1968 ; PRÉLOT Marcel, « Sur une interprétation coutumière de l'article 11 », *Le Monde* 15 mars 1969 ; VEDEL Georges, « Le droit, le fait, la coutume », *Le Monde* 22 juillet 1968 et « Le droit par la coutume », *Le Monde* 22-23 décembre 1968) ou les hésitations sur le domaine réservé (COHENDET Marie-Anne, « Lionel Jospin dans son rôle », *Le Monde*, 1er mars 2000).

[2] Sur ce danger, voir notamment ACQUARONE Daniel, *op. cit.*, p. 225.

[3] Pour des exemples d'utilisation de cet argument, voir PIERRÉ-CAPS Stéphane, « Les révisions de la Constitution de la Cinquième République : temps, conflits et stratégie », *RDP* 1998, p. 428 ; COHENDET Marie-Anne, article précité ou UYTTENDAELE Marc, « Le langage oral du droit constitutionnel », *in* INGBER Léon et VASSART Patrick (dir.), *Le langage du droit*, Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 201.

[4] Pour un avis contraire, voir BASTID Paul, *L'idée de constitution*, Paris, Economica, 1985, p. 19 ou CHANTEBOUT Bernard, *Droit constitutionnel*, 25e éd., Paris, Sirey, 2008, p. 25.

[5] L'article 2 de la loi constitutionnelle du 14 août 1884 précise notamment que « la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de révision ».

[6] BEAUD Olivier, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, notamment p. 316 et 356.

incarnent la volonté du constituant[1]. Cette théorie prétend à une validité générale : elle vaudrait sans base textuelle y compris dans les systèmes où le discours du droit ne sépare pas le pouvoir constituant du pouvoir de révision. Elle rompt évidemment avec la conception de la nature juridique défendue ici puisqu'une catégorie d'acte normatif construite par la doctrine se voit attribuer un régime juridique spécifique inconnu de la pratique des acteurs[2]. D'autres écoles versent encore plus nettement dans le jusnaturalisme en défendant la validité de principes supérieurs détachés du processus constituant sur la base d'arguments politiques centrés sur la défense des droits de l'homme ou de la continuité historique du droit français[3]. Les sources de tels principes sont assez mystérieuses[4], même si certains prétendent s'appuyer sur des exemples étrangers[5] dont la pertinence en droit français reste à prouver. Pour autant, les adversaires de la supra-constitutionnalité ne disposent pas non plus d'arguments décisifs. Dénoncer son caractère anti-démocratique[6] est peut-être une position politique légitime mais sûrement pas un argument juridique convaincant. L'idée selon laquelle les principes supra-constitutionnels ne pourraient trouver leur source que dans une résurgence du droit naturel[7]

---

[1] Pour des exemples français, voir BURDEAU Georges, *Traité de science politique*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1984, T. IV, p. 232 ou VONSY Moea, « Le parlement constituant n'est pas souverain », *RDP* 2007, p. 799 et pour des exemples étrangers, FRÉMONT Jacques et BOUDREAULT François, « Supraconstitutionnalité canadienne ou sécession du Québec », *National Journal of Constitutional Law* 1997, p. 190 ou MIRANDA Jorge, « Le contrôle et les limites de la révision de la constitution », *AIJC* 2004, p. 442. Notons bien que c'est cette idée spécifique qui nous intéresse car elle marque au choix une limite ou une division dans la catégorie dogmatique de constitution. Il est vrai que le professeur Beaud récuse explicitement la supra-constitutionnalité (*op. cit.*, p. 348) mais cela ne change rien de notre point de vue puisqu'il soutient que certaines normes spécifiques sont intouchables pour le pouvoir constituant dérivé sans que leur sélection ne repose sur le texte de la Constitution. La particularité de sa théorie tient seulement au placement de la supra-constitutionnalité dans un cadre présenté à tort ou à raison comme volontariste. Notons que nous ne traiterons pas, en revanche, des débats sur la possibilité de réviser la procédure de révision car ils n'impliquent pas l'existence d'une catégorie spécifique de normes.

[2] Cette particularité explique que les théories insistant sur la soumission du pouvoir constituant dérivé au pouvoir constituant originaire ont pu être décrites comme jusnaturalistes (pour une démonstration convaincante, voir TROPER Michel, « La notion de principes supra-constitutionnels » *in La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 206). Elles présentent d'ailleurs une caractéristique classique de dérives jusnaturalistes contemporaines : au regard de l'écart entre la réalité (l'existence de révisions portant atteinte aux principes « supérieurs ») et la théorie, elles recourent à une théorie de l'effectivité (BEAUD Olivier, *op. cit.*, p. 311 ou GAÏA Patrick, « Limitation du pouvoir de révision constitutionnelle et construction européenne », *in* GRAF VITZTHUM Wolfgang et PENA Marc (dir.), *L'identité de l'Europe*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, p. 144) pour ne pas se couper totalement du sens commun. Sur cette tendance du jusnaturalisme, voir *supra*, p. 179.

[3] Voir, parmi de nombreux exemples, DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionel*, 3e éd., Paris, E. de Boccard, 1930, T. III, p. 607 ; CAPORAL Stéphane, « Constitution et Europe, discours et doctrines », *in* AFHIP, *La constitution dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 409 ; FAVOREU Louis, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs* n°67, p. 75 ou SABÈTE Wagdi, *Pouvoir de révision constiutionnelle et droits fondamentaux*, Rennes, PUR, 2005, p. 112.

[4] Certains se réfèrent à une hypothétique « constitution matérielle » (MIRANDA Jorge, article précité, p. 450). Nous reviendrons sur ce thème lors du traitement de la catégorie théorique de constitution (voir *infra*, p. 391) mais il peut être écarté ici car la constitution matérielle ne bénéficie d'aucun appui susceptible de la faire figurer dans la doctrine générale des sources du droit.

[5] Voir ainsi, FAVOREU Louis, article précité, p. 76. Pour une critique de cet argument, voir MATHIEU Bertrand, « La supra-constitutionnalité existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités », *LPA* 1995, n°29, p. 13.

[6] En ce sens, voir p. LUCHAIRE François, « La souveraineté », *RFDC* 2000, p. 459 ; VEDEL Georges, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs* n°67, p. 92 ou MATHIEU Bertrand, article précité, p. 14.

[7] Voir par exemple, CAYLA Olivier, « L'obscure théorie du pouvoir constituant originaire », *in Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 256 ; RIALS Stéphane, « Entre artificialisme et idolâtrie », *Le Débat* n°64, p. 163 ou LAVROFF Dmitri Georges, « Propos hérétiques : l'échelle de constitutionnalité », *Politeia* n°4, p. 100. Notons bien que nous ne nions en aucun cas le fait que certaines théories de la supra-constitutionnalité sont jusnaturalistes : nous refusons simplement d'étendre cette accusation au concept de supra-constitutionnalité en tant que tel.

paraît aussi abusive. En effet, l'origine de leur validité n'est pas plus obscure que celle des normes constitutionnelles[1] et la seule manière d'exclure totalement la possibilité de leur existence dans un système quelconque est de soutenir que la constitution ne peut qu'être suprême, ce qui est une pétition de principe non-démontrée[2]. Affirmer que l'existence de tels principes est impossible logiquement[3] est encore moins convaincant car cette position repose sur cette même pétition de principe sous une forme ou une autre[4]. La force de cet argument est d'autant plus limitée qu'il existe de nombreux contre-exemples dans des systèmes étrangers[5]. Les exigences arbitraires d'une base écrite[6] ou d'un organe supra-constitutionnel susceptible d'édicter ce type de norme[7] n'ont pas, quant à elles, à être réfutées car elles sont privées de tout appui positif. Nous retrouvons ici le schéma habituel des discussions sur les normes originaires : des pétitions de principes se font face alors que la question posée est logiquement appelée à connaître une réponse empirique[8].

L'intérêt de la théorie de la règle constitutive est de les éviter en leur préférant une recherche sur les croyances éventuelles des acteurs quant à l'existence de principes supra-constitutionnels[9]. Elle permet de donner une réponse soumise à réfutation sur l'existence objective de principes supra-constitutionnels, indépendamment des préférences de l'observateur. Elle a de plus l'avantage d'être réaliste car il est aussi illusoire de nier que certains systèmes juridiques connaissent effectivement des principes non-écrits qui s'imposent

---

[1] La régression vers l'infini qui bloque toute recherche des fondements de la supra-constitutionnalité (DENQUIN Jean-Marie, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits* n°32, p. 36) ne diffère en rien de celle que nous avons pu observer à propos de la qualification des normes constitutionnelles elles-même. Sa présence n'est donc pas un argument décisif contre la supra-constitutionnalité.

[2] Pour un exemple, voir ROBERT Jacques, « La forme républicaine du gouvernement », *RDP* 2003, p. 363. Vedel estime que le juge qui appliquerait des principes supra-constitutionnels devra expliquer « de quelle nuée il a reçu la révélation des Tables de la Loi » (article précité, p. 80) mais la nuée qui a révélé la valeur de la Constitution et sa suprématie est *a priori* tout aussi mystérieuse. Il est envisageable de démontrer que la Constitution est suprême dans l'ordre juridique français (voir *infra*, p. 649) mais pas qu'elle serait « par essence » suprême dans tous les systèmes juridiques envisageables, en tout cas pas dans le sens dogmatique du terme « constitution ».

[3] Voir en ce sens, VEDEL Georges, article précité, p. 87 ou MAGNON Xavier, « Quelques maux à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire, existence », *RFDC* 2004, p. 595.

[4] Pour affirmer qu'il est logiquement, et non empiriquement, impossible qu'il existe des principes supra-constitutionnels, il faut soutenir soit que le droit est par définition ce qui découle de la constitution, soit que la constitution est par nature suprême. La première position illustre la nouvelle version du légalisme et vaut autant que l'idée ancienne selon laquelle le droit ne pourrait venir que de la loi. La seconde position peut être le fruit de l'adhésion implicite ou explicite à une sorte de jusnaturalisme formel ou de la confusion entre une définition théorique de la constitution comme norme suprême et la catégorie dogmatique de constitution du droit français. Il est en effet impossible qu'il existe une norme supérieure à la norme suprême mais la suprématie des normes appartenant à la catégorie dogmatique de constitution ne peut provenir de leur définition et dépend de faits sociaux susceptibles de varier. Un argument conceptuel ne peut structurellement pas éliminer l'éventualité d'un phénomène tel que l'existence d'une norme supérieure à la constitution au sens dogmatique.

[5] Pour un panorama assez large, voir FRÉMONT Jacques et BOUDREAULT François, article précité, p. 179-187.

[6] GÖZLER Kemal, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Thèse, Bordeaux IV, 1995, p. 97.

[7] DEBBASCH Charles, PONTIER Jean-Marie, BOURDON Jacques et RICCI Jean-Claude, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 3e éd., Paris, Economica, 2001, p. 88.

[8] L'existence d'une norme ou d'un type de normes ne dépend pas en principe des préférences, des choix ou des convictions de chaque théoricien. Tout au moins, cette idée ne peut trouver sa place dans une dogmatique descriptive.

[9] Notons que le rôle des croyances en la matière a déjà pu être relevé dans LAVROFF Dmitri Georges, « La Constitution et le Temps », *in Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 220.

au pouvoir constituant que de prétendre que certains principes sont universels et éternels[1]. Cette mutabilité suggère une solution culturelle qui est de toute manière la seule envisageable dans le domaine juridique. En droit français, la situation n'est pas absolument claire. En effet, le Conseil constitutionnel a pu sembler en 1992 défendre la validité de limites au pouvoir de révision[2]. Cependant, il se fondait sur une argumentation textuelle et non sur des principes dotés d'une valeur autonome. De plus, sa déclaration ambiguë[3] n'a jamais été suivie d'effet et a été relativisée par l'affirmation claire de son incompétence pour contrôler les lois de révision[4] et par l'admission implicite de la licéité de la révision de n'importe quel article de la Constitution[5]. Certes, il a aussi eu l'occasion de rejeter la possibilité de réviser un traité inconstitutionnel sans proposer de réviser la Constitution alors qu'il le fait habituellement[6]. Il est toutefois difficile de s'appuyer sur un détail de cet ordre pour prouver que les acteurs partageraient une croyance sur l'existence de principes supra-constitutionnels. D'ailleurs, les juges ordinaires n'ont jamais laissé transparaître aucune inclination pour la supra-constitutionnalité. La pratique politique est elle aussi marginale et elle ne démontre aucun consensus. De même, un débat doctrinal dominé par un scepticisme à peine remis en cause par des arguments qui seraient sans aucun doute jugés irrecevables dans tout autre contexte ne peut être considéré comme l'indice d'une conviction partagée sur la validité de ces principes. La fréquence des références historiques ou étrangères dans ce cadre incite également à la circonspection. Au final, nous devons conclure qu'il n'y a pas en droit français de catégorie juridique contenant des principes non-écrits supérieurs à la Constitution ou dotés d'une valeur constitutionnelle renforcée[7]. Il faut bien comprendre la portée de ce constat : elle est

---

[1] Le professeur Delpérée a ainsi pu souligner avec ironie le caractère improbable d'une telle hypothèse à propos de l'arrêt Le Ski de la Cour de cassation belge : « il fait figure de cuirasse absolue. Le sanctuaire est bien là. L'arrêt Le Ski y repose pour l'éternité » (« Autour d'un sanctuaire », *in Mélanges Jacques Van Compernolle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 178).

[2] Dans sa décision n°92-312 DC du 2 septembre 1992, le Conseil constitutionnel a en effet affirmé que « le pouvoir constituant est souverain » mais seulement « sous réserve » des limites fixées aux articles 7, 16 et 89.

[3] L'affirmation d'un pouvoir souverain limité peut en effet pour le moins prêter à confusion.

[4] Cons. const., n°2003-469 DC du 26 mars 2003. Précisons que cette décision a parfois été interprétée comme niant l'existence de limites à la révision (CAMBY Jean-Pierre, « Supra-constitutionnalité, la fin d'un mythe », *RDP* 2003, p. 672), ce qui est critiquable puisqu'elle se prononce uniquement sur l'aspect procédural de la question. En ce sens, voir LUCHAIRE François, « La loi constitutionnelle en question », *in Mélanges Michel Lesage*, Paris, SLC, 2006, p. 78.

[5] Le Conseil constitutionnel a en effet affirmé que certaines dispositions incarnaient « l'identité constitutionnelle de la France » mais a admis en même temps qu'elles pouvaient être révisées (n°2006-540 DC du 27 juillet 2006), ce qui représente cette fois-ci une réponse sur le fond et non sur la procédure.

[6] Cons. const., n°99-412 DC du 15 juin 1999.

[7] Précisons bien que les règles constitutives ne sont pas des principes supra-constitutionnels. Certes, elles ne peuvent pas être modifiées par le pouvoir constituant (pour une idée proche dans un cadre théorique un peu différent, voir MARMOR Andrei, « Deep Conventions », *Philosophy and Phenomenological Research* 2007, p. 608) mais elles ne sont pas des normes juridiques et ne peuvent être opposées aux normes positives. Elles se contentent de définir ce qu'est le droit français et notamment ce que sont les normes constitutionnelles. La présence éventuelle d'un critère matériel dans la règle constitutive de la catégorie de constitution aurait des conséquences sur l'existence des normes constitutionnelles et non sur leur annulabilité. En outre, elles ne concernent que les normes originaires. Il est de ce fait envisageable que la règle constitutive lie la qualité constitutionnelle au respect des droits de l'homme et que les règles de révision prévues dans l'acte constitutionnel adoptent une solution opposée sans contradiction. Les règles constitutives de la partie originaire de la catégorie ne peuvent pas être contredites : une norme positive opposée se contenterait de définir une nouvelle catégorie

empiriquement absente et non pas logiquement inconcevable[1]. Il se fonde sur une approche générale soucieuse de préserver le caractère construit des faits sociaux et qui s'écarte donc du légalisme car elle peut intégrer les principes supra-constitutionnels au même titre que le droit divin dans un système qui s'y référerait[2]. Il permet dans tous les cas d'exclure l'hypothèse de normes para-constitutionnelles en droit français. En conséquence la recherche sur la catégorie dogmatique de constitution n'exigera en aucun cas de préciser les critères traçant la frontière entre les normes constitutionnelles et des normes supérieures non-écrites issues de catégories proches. Elle doit au contraire se concentrer sur la catégorie classique des normes constitutionnelles écrites (B).

B. Une vision renouvelée de la catégorie dogmatique de constitution

L'élucidation de la définition dogmatique de la constitution passe par la clarification des fonctions que cette dernière joue dans le système juridique français. Or, la théorie de la règle constitutive implique une rupture marquée avec le schéma le plus souvent assumé par la doctrine française (1) en même temps qu'elle éclaircit les critères de définition malgré des limites méthodologiques indéniables (2).

1. UNE FONCTION RELATIVISEE

Les normes constitutionnelles sont le plus souvent présentées comme les sources des sources du droit sur lesquelles se base le système juridique[3]. Elles ne sont soumises à aucune norme juridique[4] et le droit ne peut être conçu que dans le cadre qu'elles définissent[5]. Ce rôle très particulier empêche d'envisager une quelconque continuité du droit : le changement constitutionnel dépassant le cadre prévu par la procédure de révision équivaut à une

différente de la catégorie originaire. Bien sûr, l'hypothèse d'école d'une règle constitutive définissant une catégorie non-normative (meurtre…) serait plus problématique. Cependant, elle conduirait a *priori* à une forme d'anarchie sans que l'on puisse parler de supra-constitutionnalité car les règles constitutives ne bénéficient pas d'une règle de conflit susceptible de les faire primer sur les normes juridiques puisqu'elles n'ont pas et ne peuvent structurellement pas avoir de régime juridique.

[1] Ce constat ne remet pas en cause l'existence de limites formelles ou matérielles à la révision issues du texte constitutionnel lui-même. Celles-ci sont soit les règles juridiques constitutives de la catégorie de constitution dans sa partie dérivée (voir *infra*, p. 329) soit des règles juridiques régulatives dotées d'une nature juridique non-problématique même si elles ne sont pas sanctionnées. Les questions tenant aux dérogations entre règles constitutionnelles et à l'hypothèse de la révision de la révision ne sont pas traitées ici car elles n'ont pas de rapport avec la définition de la constitution.

[2] Précisons bien que cela n'empêche pas notre système juridique d'être relativement légaliste ou au moins assez proche d'une version moderne du légalisme qui fait remonter le droit à la constitution plutôt qu'à la loi. La théorie de la règle constitutive permet seulement de comprendre l'origine de ce phénomène et par la même occasion de discerner ses limites.

[3] Voir, parmi de nombreux exemples, CARTIER Emmanuel, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945)*, Paris, LGDJ, 2005, p. 7 ; VEDEL Georges et DELVOLVÉ Pierre, « La constitution comme base du système juridique », *JSLC* 1979, p. 111 ; FAVOREU Louis, « Légalité et constitutionnalité », *CCC* n°3, p. 77 voire KELSEN Hans, *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1997, p. 169. Voir toutefois, pour une vision opposée, LAVROFF Dmitri Georges, « L'instrumentalisation de la Constitution », *in* AFHIP, *La constitution dans la pensée politique*, précité, p. 429.

[4] MAGNON Xavier, article précité, p. 596.

[5] DELPÉRÉE Francis, *op. cit.*, p. 17.

révolution qui renouvèle l'ensemble de l'ordre juridique français. L'histoire de ce dernier est donc marquée par une série de ruptures constitutionnelles créant à chaque fois un ordre nouveau[1]. Puisque le droit ne se définit que par son rapport à la constitution, son remplacement ne peut qu'être extra-juridique et il confère une nouvelle identité à l'ordre juridique[2]. Cette conception explique de nombreuses idées déjà évoquées telles que l'exclusion de la question de la validité de la constitution ou le mystère de la disparition de la constitution en cas de révolution. Ses conséquences sont notables car elle implique notamment que les normes anciennes ne survivent qu'en fonction du rapport établi avec la nouvelle constitution souvent à travers l'approbation implicite du constituant. Elle montre évidemment une certaine vision des rapports de la catégorie de constitution avec le reste de l'ordre juridique mais aussi de la catégorie elle-même. Ainsi, elle est probablement elle-même discontinue puisque l'ancienne constitution qui répond aux critères de la catégorie disparaît par mystère et est remplacée par une norme inexistante au regard de ces mêmes critères. Cela suggère que c'est la catégorie elle-même qui se transforme à chaque révolution.

Les défauts de ce schéma général sont bien connus. Tout d'abord, il s'agit d'une construction *a priori* largement politique[3]. Elle suppose la défense de positions non-justifiées comme l'admission de l'abrogation d'une norme par la survenance d'un fait contraire ou par sa désuétude[4]. Elle peut mener à des fictions doctrinales très lourdes, telle la volonté implicite du constituant qui n'est qu'une illustration du sophisme volontariste dénoncé précédemment. Celle-ci souffre à la fois d'une difficulté conceptuelle (contradiction entre la volonté et l'ignorance), d'un caractère irréfutable[5] et de l'absence totale de référence dans la pratique des acteurs[6]. Enfin, une représentation discontinue d'un ordre juridique pourtant dominé par une continuité dans son contenu, ses institutions et dans les pratiques qui le réalisent semble assez irréaliste. Il est difficile de considérer la Constitution comme la base du système juridique alors qu'il survit très bien en dehors d'elle au fil des révolutions. Cet irréalisme est

---

[1] Voir PACTET Pierre et MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Droit constitutionnel*, 27e éd., Paris, Sirey, 2008, p. 65 ; KELSEN Hans, *op. cit.*, p. 172 ou CARTIER Emmanuel, *op. cit.*, p. 7.

[2] KELSEN Hans, *op. cit.*, p. 171 et FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André et SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 105.

[3] Pour une analyse comparable, voir BASTID Paul, *op. cit.*, p. 32. Rappelons que seule l'idéologie partagée par les acteurs peut avoir une pertinence, celle des observateurs ne peut en revanche contribuer valablement à la dogmatique.

[4] L'impossibilité d'admettre directement cette idée explique en partie la recherche de constructions complexes et discutables telles que la théorie du pouvoir constituant comme pouvoir de fait, la norme fondamentale ou l'idée de droit.

[5] Celui-ci se retrouve pour la théorie dans son ensemble mais aussi pour chacune de ses incarnations concrètes : il est impossible de savoir si une norme a été admise implicitement par le constituant. Seul son rejet explicite est démontrable.

[6] L'identification des normes anciennes n'est jamais liée explicitement à la volonté du constituant. Pour des exemples, voir CE, 18 mai 1960, Sieur Poli et Sieur Karl, *Rec.* p. 332 et pour des exposés généraux, AUBY Jean-Marie et DRAGO Roland, *Traité de contentieux administratif*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1984, T. I, p. 121 ou BATAILLER Francine, *op. cit.*, p. 633. Notons de plus que la volonté du constituant n'est jamais prise en compte de manière autonome en droit français et qu'elle apparaît au mieux comme un outil pour l'interprétation des normes écrites.

d'autant plus problématique qu'il provient de la combinaison de choix relevant de l'épistémologie (théorie de la validité) et de la deuxième herméneutique (définition de l'ordre juridique). Or, ces décisions ne peuvent être justifiées que dans la mesure où elles mènent à une meilleure compréhension d'une réalité sociale préexistante et non parce qu'elles permettent l'émergence de systèmes logiques et cohérents mais sans grand rapport avec cette réalité. Ce schéma doctrinal correspond au mieux à certains aspects du droit continental actuel mais cela doit être prouvé et non supposé avant l'examen des faits en cause.

La théorie de la règle constitutive offre une alternative. La Constitution n'est plus la source des sources[1] puisque ce rôle est dévolu aux règles constitutives. Elle demeure certes fondamentale, puisque de nombreuses sources dérivées en dépendent, mais l'ordre juridique ne se définit plus par rapport à elle. La validité est une qualité institutionnelle dont peuvent tout à fait bénéficier des normes dénuées de tout lien avec la Constitution[2] et dont cette dernière ne peut se passer, d'où le débat sur sa définition. Les normes anciennes peuvent de ce fait être valides sans qu'il soit besoin de recourir au sophisme volontariste[3]. L'impression de continuité de l'ordre juridique au-delà des révolutions est alors clairement expliquée sans passer par des théories fondées sur la continuité de l'État ou de la souveraineté[4]. Il ne change vraiment que lorsqu'une nouvelle doctrine des sources du droit centrée sur une qualité institutionnelle rendant non-pertinents les faits institutionnels relevant de l'ancien système juridique émerge. Dès lors, l'idée selon laquelle les juges seraient nécessairement habilités par la Constitution, et devraient de ce fait la reconnaître[5], est écartée. Pour prendre un exemple, le Conseil d'État peut baser son activité sur des lois et des règlements qui n'entretiennent aucun rapport avec la Constitution de 1958. Surtout, la continuité de la catégorie dogmatique de constitution est possible sans dérive théorique ou jusnaturaliste. Il n'y a aucune raison de postuler sa discontinuité. Des indices inverses peuvent être relevés comme la relative constance de son régime juridique, par exemple sur les modalités de son application par le

[1] Elle ne peut d'ailleurs logiquement jouer ce rôle puisqu'elle est elle-même une norme juridique ce qui implique qu'elle doit elle-même reposer sur une source plus profonde (voir *supra*, notamment p. 146).
[2] Ce cas de figure se retrouve s'il existe des sources originaires autres que la catégorie dogmatique de constitution.
[3] La pratique juridictionnelle tend à fonder les normes pré-constitutionnelles sur la constitution en vigueur au moment de son édiction. Il ne nous appartient cependant pas d'approfondir cette question.
[4] Pour un exemple, voir MARTIN Paul, *Portée juridique des révolutions en droit public interne*, Thèse, Montpellier, 1938, p. 199. L'auteur estime que la validité des normes pré-constitutionnelles s'explique par le principe de continuité de l'État.
[5] Voir *supra*, p. 115.

juge ordinaire[1]. Cela ne garantit pas la continuité de ses critères mais montre que la catégorie peut survivre aux révolutions[2].

En revanche, la relativisation du rôle des ruptures a-juridiques rend envisageables des formes inattendues de discontinuité. En effet, la constance de la validité d'un acte constitutionnel donné n'implique pas forcément que celle-ci repose en permanence sur le même fondement[3]. Ainsi, l'indépendance de nombreuses colonies anglaises a pu montrer que des constitutions édictées par le Parlement de l'ancienne métropole pouvaient persister alors même que les actes de ce Parlement n'avaient plus de valeur dans le nouvel État indépendant. Une éventuelle abrogation à l'issue d'une procédure impliquant en principe la qualité d'acte du Parlement anglais n'aurait aucun effet dans l'ordre juridique de l'ancienne colonie. Cette situation assez répandue est bien difficile à placer dans le schéma classique alors qu'elle peut influencer la manière dont l'on considère le droit français. L'idée selon laquelle la Constitution de 1958 serait une simple norme dérivée dont la validité remonte en dernière analyse à la loi constitutionnelle de 1945, voire au-delà[4], ne paraît plus incontestable. Elle était sans doute vraie en 1958 mais sa remise en cause postérieure est probable car il est difficile de croire que la révélation d'une violation des conditions d'existence dans les régimes créés en 1945 ou 1946 pourrait être considérée aujourd'hui comme à même d'invalider la Constitution de 1958[5]. Nous ne disposons pas d'une pratique claire en la matière mais cette hypothèse semble particulièrement rocambolesque. La définition de la constitution résiderait alors avant tout dans la Constitution de 1946 ou dans sa révision de 1958. Or, le seul exemple de débat sur l'identification constitutionnelle, celui du traité établissant une Constitution pour l'Europe, n'a pas montré de référence doctrinale ou pratique à ces textes. Finalement, le caractère dérivé de la Constitution de 1958 repose plus sur une conception *a priori* de la validation par dérivation que sur une réflexion sur la base actuelle de

---

[1] Nous pensons notamment aux relations entre la constitution et la loi en dehors du statut prévu par le texte qui restent stables malgré leur complexité : interdiction du contrôle de constitutionnalité, écran-législatif, théorie de la caducité… Pour des détails, voir BATAILLER Francine, *op. cit.*, p. 184 ou TRÉMEAU Jérôme et CARPENTIER Élise, « La confrontation de la loi à la Constitution par le juge ordinaire », *in Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, 2007, p. 553-579.

[2] Cette continuité peut être envisagée sans passer par des arguments jusnaturalistes ou conceptualistes car elle trouve sa source dans la persistance de certaines croyances sur les faits qui doivent être qualifiés de constitution. La disparition de la constitution lors des révolutions peut alors s'expliquer par son abrogation impliquée par la mise en place d'une nouvelle série de normes censées réguler l'activité politique et les éléments fondamentaux de l'ordre juridique. Il n'est donc pas nécessaire de défendre une quelconque théorie de la désuétude ou de la révocation par fait contraire.

[3] Deux règles constitutives peuvent tout à fait se succéder tout en permettant l'identification d'un seul et même acte constitutionnel, y compris si l'une résulte d'une croyance et l'autre d'une règle juridique. Pour une vision approchante sur le changement de fondement, voir ATIENZA Manuel et RUIZ MANERO Juan, *A Theory of Legal Sentences*, Dordrecht, Kluwer, 1998, p. 147.

[4] Voir *supra*, p. 106.

[5] Pour une idée comparable dans le cadre d'une expérience de pensée, voir HOERSTER Norbert, « On Alf Ross and Some Legal Puzzles », *Mind* 1972, p. 426.

l'application de la Constitution par les acteurs[1]. Celle-ci apparaît plutôt aujourd'hui comme un acte originaire dont les conditions d'existence doivent être cherchées dans les présupposés de la pratique juridique, autrement dit dans la doctrine générale des sources du droit. La vision proposée de la place de la catégorie dogmatique de constitution dans l'analyse de la continuité de l'ordre juridique français dessine un nouveau statut pour la Constitution et à travers lui, un nouveau contenu pour la catégorie dogmatique. Il confirme la distance progressivement prise avec le rôle de la dérivation dans l'existence des normes et la structuration de l'ordre juridique[2]. La catégorie dogmatique de constitution a un rôle assez modeste, limité à l'identification de quelques actes de langage spécifiques et sa continuité ne dépend pas des révolutions[3]. Cette conception modifiée peut aider à dégager des indications utiles mais limitées sur les critères de constitutionnalité du droit français (2).

2. DES CRITERES DE CONSTITUTIONNALITE EN PARTIE CLARIFIES

Comme nous l'avons vu, les débats portant directement sur l'identification constitutionnelle sont très rares en France. En dehors du cas des normes para-constitutionnelles, il n'y a pour ainsi dire pas d'argumentation doctrinale ou *a fortiori* judiciaire à ce sujet[4]. Malgré cela, il semble possible de clarifier un peu les critères de constitutionnalité. L'admission simultanée de la validité des actes constitutionnels originaires et dérivés suppose ainsi que la catégorie dogmatique de constitution repose sur des critères applicables aux deux types d'actes ou probablement sur deux séries distinctes de critères. Une minorité de la doctrine soutient même qu'il existerait plusieurs catégories dogmatiques confondues à tort derrière le terme de « constitution » en raison de la négligence de l'opposition entre pouvoir constituant et pouvoir de révision. Le premier édicterait la

[1] À partir du moment où l'on se limite à postuler une norme fondamentale ou une intervention du pouvoir constituant dans les cas où une norme effective ne peut se baser sur une norme positive, l'existence d'une habilitation même dépassée ou théorique suffit à stopper toute investigation.

[2] De ce point de vue, notre distance avec le normativisme kelsénien dépasse celle de critiques modérées qui se contentent de lever les ambiguïtés tenant aux dimensions ontologiques et morales de la validité chez Kelsen sans renoncer à l'importance de la dérivation. Voir ainsi, notamment, BULYGIN Eugenio, « An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law », *in* PAULSON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 301 et 311. Pour une critique plus radicale et plus proche de notre position, voir MORENO José Juan et NAVARRO Pablo, « The Reception of Norms and Open Legal Systems », *ibid.*, p. 286.

[3] L'importance du détachement de la révolution ne doit pas être négligée. Traditionnellement, la réflexion sur la constitution en tant qu'acte originaire et l'étude des révolutions se confondent alors que les deux phénomènes n'entretiennent pour nous que des rapports assez lointains. Évidemment, il reste possible de nommer « révolution » au sens théorique toute édiction d'un acte constitutionnel originaire, mais il ne faut pas oublier que la qualité originaire ou dérivée d'un acte peut varier en dehors de tout phénomène de création volontaire d'un droit nouveau.

[4] Cette absence peut être comparée aux cas des coutumes internationales non-contestées : « les agents juridiques n'ont pas de raison de s'interroger sur le statut des pratiques qu'ils suivent habituellement […] ce n'est qu'en cas de contestations que le problème peut surgir » (SUR Serge, « La coutume internationale, sa vie, son œuvre », *Droits* n°3, p. 115).

constitution quand le second ne produirait que des actes de révision[1]. Cette distinction reposerait sur le fait que le premier est souverain quand le second est un pouvoir dérivé des ordres du souverain[2]. Le rejet de toute base essentialiste[3] et l'exclusion de la théorie jusnaturaliste du pouvoir constituant originaire[4] condamne cette séparation privée de tout appui dans la pratique des acteurs. Notons d'ailleurs que cette théorie a été imaginée pour justifier des limitations à la révision constitutionnelle alors même qu'elle n'est aucunement nécessaire à cette fin : celles-ci ne sont jamais que des exigences spécifiques régissant l'existence ou la régularité de normes dérivées sans que la souveraineté n'ait aucun rôle à jouer. Au contraire, la dualité des critères de constitutionnalité est compatible avec l'unité de la qualité institutionnelle qu'est la constitutionnalité. La variété des incarnations d'une monnaie donnée n'empêche pas son unité. De même, la définition de la loi en droit français est complexe puisque les actes législatifs peuvent résulter aussi bien de procédures antérieures à 1958 qu'à celles prévues par les articles 11, 16 ou 34 de la Constitution[5]. La pluralité de définitions n'implique donc pas la pluralité de catégories : la question est en réalité de savoir si la croyance des acteurs isole les actes originaires ou si elle leur donne un statut constitutionnel sans les différencier des lois de révision. Or, la pratique ne laisse transparaître aucune séparation. Le fait que l'on puisse indistinctement considérer la Constitution de 1958 comme un acte dérivé ou originaire contribue à le démontrer. Mieux, les acteurs utilisent le plus souvent une version consolidée de la Constitution dans laquelle les normes originaires et dérivées ne sont pas séparées[6]. Cet usage est en tous points comparable à celui de versions consolidées des lois alors que personne ne suggère qu'il existe des catégories séparées d'acte législatif et d'acte de révision législative. Nous ne pouvons donc relever aucun signe marquant une croyance répandue sur l'originalité des actes originaires[7]. La qualité de constitution semble bien indivisible, ce qui est essentiel car son unité dépasse les simples questions de vocabulaire pour toucher sa valeur institutionnelle[8]. Au final, la structure de la

---

[1] BEAUD Olivier, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 307.
[2] *Ibid.*, p. 315.
[3] Selon certains, le pouvoir constituant s'opposerait « par essence » au pouvoir de révision « en raison de [leur] différence de nature » (ISIDORO Cécile, « Le pouvoir constituant peut-il tout faire ? », *in L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 246).
[4] Voir *supra*, p. 174 et s.
[5] Il paraît logique d'y voir une série de sous-catégories de la catégorie plus générale d'acte législatif. En effet, les actes issus de ces procédures sont tous désignés sous le terme unique d' « acte législatif » et bénéficient d'un même régime juridique de base (conditions de révision, placement hiérarchique…). Pour autant, ils sont définis de manière autonome et leur statut juridique connaît de légères variations (admissibilité du contrôle de constitutionnalité…).
[6] Le fait que l'on utilise une version consolidée de la Constitution n'est même pas explicitement précisé et n'est jamais souligné. De ce fait, les normes originaires et dérivées ne sont pas concrètement séparées en pratique.
[7] Même les rares décisions de justice utilisées par les partisans de la supra-constitutionnalité ne montrent aucune affirmation d'un statut particulier pour les actes originaires.
[8] Pour un avis contraire, voir FAVOREU *et alii*, *op. cit.*, p. 109.

catégorie dogmatique de constitution en droit français se caractérise par un statut institutionnel unique attribué sur la base d'une pluralité de définitions[1].

Le cas des actes dérivés est à première vue assez simple. La procédure définie par l'article 89 de la Constitution sert manifestement de définition. Tout acte adopté dans les conditions qu'elle prévoit est constitutionnel[2]. Il est possible d'hésiter sur la frontière précise entre les conditions d'existence et de régularité. Les éléments organiques et formels paraissent concerner l'existence des actes constitutionnels[3] alors que les conditions matérielles n'ont jamais été vérifiées avant d'appliquer une loi de révision, ce qui suggère qu'il s'agit de conditions de régularité[4]. L'incertitude porte surtout sur les conditions temporelles qui n'ont jamais eu l'occasion d'être contrôlées. Quoi qu'il en soit, le premier aspect de la définition de la constitution peut être précisé : il vise les actes adoptés par le Parlement réuni en Congrès ou par un référendum suite à un vote conforme du Sénat et de l'Assemblée nationale. L'exploitation combinée des principes de catégorisation juridique et des théories de la double signification et de la règle constitutive permet de voir cette règle indiscutée comme une définition alors qu'elle est généralement présentée différemment. Le cas des actes édictés par un référendum de l'article 11 est plus complexe. Depuis la révision constitutionnelle de 2008, il est clair qu'ils ne peuvent pas servir à modifier la Constitution quand ils résultent d'une initiative parlementaire[5] puisqu'il est explicitement prévu que la conformité des propositions de lois mentionnées à l'article 11 devra être vérifiée par le Conseil constitutionnel avant leur approbation[6]. Cela démontre que le constituant a voulu exclure que la nouvelle procédure de l'article 11 soit utilisée pour modifier la Constitution. La situation des projets de lois de l'article 11 est beaucoup moins nette. Au regard des réticences exprimées précédemment, nous n'allons pas entrer dans les débats tenant à l'interprétation de l'article 11[7]. Tout au plus pouvons-nous noter que le Conseil d'État avait clairement rejeté l'idée qu'il puisse servir à

[1] Dans ce cas, l'opposition entre les pouvoirs constituants originaire et dérivé est comprise comme séparant deux catégories théoriques renvoyant aux organes impliqués dans chacune des règles constitutives en cause selon qu'il s'agisse de règles constitutives au sens strict ou de règles constitutives dérivées.

[2] Pour une analyse comparable, voir GESLOT Christophe, « Normes constitutionnelles et normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois », *JCP* 2007.I.149.

[3] Pour une idée comparable, voir BADINTER Robert, « Le Conseil constitutionnel et le pouvoir constituant », *in Libertés. Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 220.

[4] Précisons bien qu'il s'agit d'une question de fond : le fait que le Conseil constitutionnel se soit déclaré incompétent pour connaître de l'annulation des actes de révision ne change donc rien au caractère régulatif des règles en causes.

[5] Nous visons ici bien sûr la nouvelle procédure qui exige à la fois l'intervention de parlementaires et de citoyens.

[6] Cette obligation est prévue par la nouvelle version de l'article 61 de la Constitution.

[7] Pour des éléments à ce sujet, voir notamment BERLIA Georges, « Le problème de la constitutionnalité du référendum du 28 octobre 1962 », *RDP* 1962, p. 936-946 ; LAMPUÉ Pierre, « Le mode d'élection du Président de la République et la procédure de l'article 11 », *RDP* 1962, p. 931-935 ou GOGUEL François, « De la conformité du référendum du 28 octobre 1962 à la Constitution », *in Mélanges en hommage à Maurice Duverger*, Paris, PUF, 1987, p. 115-125.

adopter des actes constitutionnels[1]. En fait, deux conceptions de l'usage de cet article pour réviser la Constitution sont possibles. S'il est licite[2], un nouveau critère doit être ajouté à la définition, sans doute formé par l'ajout des conditions de l'article 11 et de la revendication d'une qualité constitutionnelle[3]. Ce second élément est indispensable puisque seule une partie des actes adoptés dans le cadre de l'article 11 a valeur constitutionnelle. S'il est illicite, l'acte est inexistant au regard de l'article 11 et a besoin d'un autre fondement[4]. Faute de toute norme juridique susceptible de lui conférer la qualité de constitution, il s'agit au mieux d'un acte originaire dont l'existence ne peut reposer que sur une règle constitutive[5]. Rappelons ici que la question de l'existence se pose même en l'absence de tout contrôle juridictionnel[6]. Au final, deux définitions alternatives de la partie dérivée de la catégorie dogmatique de constitution sont donc envisageables

Le cas des actes originaires est plus compliqué tout en étant incontournable car la partie dérivée de la définition de la catégorie de constitution en découle[7]. De plus, puisque la présence de croyances partagées permet l'existence continue de la règle constitutive des actes

---

[1] CE Ass, 18 décembre 1998, Sarran, Levacher et autres, n°200286. Voir, pour une analyse de cet arrêt sur ce point, CAMBY Jean-Pierre, « Le référendum et le droit (à propos du référendum du 24 septembre 2000) », *RDP* 2001, p. 7. D'autres organes se sont prononcés implicitement en ce sens. Voir ainsi, à propos du Comité Vedel de 1993, GONDOUIN Geneviève, « Le Conseil constitutionnel et la révision de la Constitution », *RDP* 2001, p. 521.

[2] L'évaluation de sa licéité pose des problèmes complexes d'interprétation, par exemple pour prendre en compte l'effet d'une erreur partagée d'interprétation si l'on admet l'existence d'un sens originel doté d'une pertinence juridique. C'est ce genre de difficulté qui a parfois motivé l'utilisation de théories réalistes. Voir par exemple, AVRIL Pierre, *op. cit.*, p. 62.

[3] Au minimum, cette revendication peut s'incarner dans la prétention à modifier directement la règle constitutionnelle par opposition à la création d'une loi ordinaire dérogeant à la Constitution ou profitant de carences procédurales pour la violer.

[4] Il pourrait exister en tant que loi ordinaire mais cela ne suffirait pas à expliquer comment l'acte adopté en 1962 a pu modifier la Constitution. Cet exemple confirme l'importance de la séparation de l'existence et de la régularité et de celle des inconstitutionnalités matérielles et formelles (voir *contra* EISENMANN Charles, Note sous CE, 6 novembre 1936, *D.* 1937.III.1) : les problèmes posés par l'adoption par la procédure de l'article 11 d'une loi inconstitutionnelle et d'un acte qui se veut constituant ne peuvent être assimilés. Notons que si une proposition de révision constitutionnelle devait à l'avenir être adoptée par un référendum convoqué sur la base de l'article 11 en contournant d'une manière ou d'une autre le contrôle de constitutionnalité, nous nous retrouverions également face à un acte originaire et en aucun cas face à un acte dérivé.

[5] De ce fait, nous n'en sommes pas réduit à l'alternative entre admettre le bien-fondé de l'utilisation de l'article 11 pour réviser la Constitution et nier la valeur constitutionnelle de l'acte de 1962 qui est utilisée par le professeur Troper pour défendre sa théorie de l'interprétation (« Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC* 2002, p. 343 et « L'interprétation constitutionnelle », *in* MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 18). Dans le cas de la révision de 1962, son existence est incontestablement reconnue et doit être expliquée à travers les croyances des acteurs si les normes positives ne peuvent y suffire. Précisons bien que la preuve de sa reconnaissance tient plus à l'application permanente de la révision de 1962 qu'à la déclaration d'incompétence du Conseil constitutionnel. Cette dernière ne repose pas sur la qualité constitutionnelle de l'acte mais bien sur son caractère référendaire (n°62-20 DC du 6 novembre 1962). Elle vaut aussi pour les lois adoptées par la procédure de l'article 11 (n°92-313 DC du 23 septembre 1992).

[6] Si le Conseil constitutionnel a décliné toute compétence pour le contrôle *a posteriori*, la possibilité d'un contrôle *a priori* est de plus en plus évoquée. En dehors de la nouvelle procédure créée en 2008, il n'est pas prévu par la Constitution. Cependant, certaines décisions du Conseil constitutionnel ont paru admettre sa compétence pour vérifier la constitutionnalité des projets soumis au référendum de l'article 11 (Cons. const., du 24 mars 2005 et du 25 mai 2005). Pour des analyses sur ce point, voir HAMON Francis, « La crise du système référendaire », *Droits* n°43, p. 101 et FATIN ROUGE STEFANINI Marthe, « Contentieux des actes préparatoires au référendum », *RFDC* 2005, p. 617 et 619.

[7] Précisons que l'application immédiate des définitions des catégories juridiques implique que la disparition des actes dérivés en cas de révolution tient bien à leur abrogation implicite par la nouvelle constitution et non à la perte de validité de l'acte qui fondait leur existence à l'origine.

originaires, ceux-ci peuvent apparaître à tout moment[1]. La combinaison déjà évoquée entre les limites de la méthode dogmatique et l'absence de discours explicite sur l'identification constitutionnelle empêche de préciser la teneur exacte de ces croyances. Cela n'exclut pas pour autant quelques apports sur ce que les critères positifs de constitutionnalité ne sont pas. Les critères théoriques (rigidité…) ne peuvent prétendre à ce titre : la séparation théorie-dogmatique est confirmée car les critères forgés par la doctrine pour comparer les systèmes juridiques n'ont aucune pertinence pour attester d'une croyance partagée. Plus largement, le conceptualisme est condamné, ce qui joue un grand rôle pour ce qui concerne l'adaptation[2]. Cela n'avait *a priori* rien d'évident au regard des doutes sur la valeur des règles définissant la constitution. Il est écarté ici non pas en raison de sa contradiction avec une dogmatique positiviste mais à cause de sa rupture avec la réalité juridique, faute de tout rapport avec les croyances qui la déterminent. De même, la recherche de critères universels est exclue, ce qui entraîne le rejet des arguments comparatistes. La théorie de la règle constitutive impose ainsi un certain type de raisonnement. Les problèmes empirique (texture ouverte de la règle constitutive) et méthodologique (difficultés d'accès aux croyances partagées) rencontrés quand l'on recherche une définition claire ne remettent pas en cause la pertinence du rejet de ces propositions répandues. Il ne faut cependant pas nier que la réponse apportée reste vague soit parce qu'il n'existe pas de réponse précise, soit parce qu'elle n'est pas vraiment accessible, ce qui conduit à faire état de certaines incertitudes (II).

II. LES INCERTITUDES DE L'APPLICATION DE LA THEORIE DE LA REGLE CONSTITUTIVE A L'ETUDE DU SYSTEME JURIDIQUE FRANÇAIS

Si la partie de la définition qui se réfère aux actes dérivés est à peu près clarifiée, il en va différemment pour celle qui concerne les actes originaires. Il paraît nécessaire d'approfondir cette question pour pouvoir se prononcer sur l'adaptation de la catégorie. Faute d'argumentations explicites, nous ne pouvons que formuler des hypothèses. La théorie de la règle constitutive permet à la fois d'imaginer des solutions originales (A) et de reconstruire une solution classique (B).

[1] Il est alors impossible de prétendre que les actes constitutionnels ne peuvent résulter que de la procédure révision dans les périodes non-révolutionnaires. Ce fut pourtant un argument très employé à propos du débat sur l'utilisation de l'article 11. Voir notamment, BERLIA Georges, article précité, p. 944 ou VEDEL Georges, « Le droit, le fait, la coutume », précité, p. 7.
[2] Voir *infra*, p. 362.

A. Les hypothèses originales

Certaines hypothèses n'étaient traditionnellement pas disponibles pour une doctrine qui se désintéressait de la définition de la constitution et des croyances des acteurs. Nous allons ici examiner plus précisément la place éventuelle des croyances sur les cas individuels. Elles peuvent en effet soit jouer un rôle dans le cadre d'une doctrine générale des sources du droit qui y ferait référence (1) soit servir en tant que telles de règle constitutive (2).

1. LA SUPERPOSITION DE DEUX CROYANCES DISTINCTES

Les croyances sur les cas individuels peuvent représenter un point de repère. Dans ce cas, un acte de langage n'aurait la qualité de constitution que s'il fait l'objet d'une croyance des acteurs en ce sens. Cette situation s'approche de celle des États fédérés américains dans lesquels la qualité de constitution a été attribuée sur la base des marques d'allégeance des autorités plutôt que par la recherche de leur effectivité[1]. Le critère de l'appartenance à la partie originaire de la catégorie dogmatique serait alors l'existence d'une croyance en la constitutionnalité de l'acte en cause. Il s'agirait d'un critère dogmatique fixé par une règle constitutive auquel les acteurs pourraient explicitement se référer lors du processus d'identification. L'adaptation serait alors facile à évaluer puisqu'il suffirait de chercher la présence d'une croyance partagée sur l'acte ou la norme relevant d'un droit externe dont la constitutionnalité est contestée. Ce critère peut sembler étrange mais il n'est pas vraiment inédit puisqu'il s'approche de l'*opino juris* habituellement exigé des coutumes : une norme donnée n'est une coutume que s'il existe une croyance sur sa qualité de norme juridique ou plutôt sur le fait que l'obéissance à une norme juridique est la motivation du comportement effectif qui incarne l'élément matériel de la coutume[2].

Pour bien comprendre cette idée, il faut discerner l'opposition entre les croyances évoquées par la théorie de la règle constitutive et celle qui est envisagée ici. En effet, elles n'entretiennent pas la même relation avec les représentations des acteurs. Nous l'avons vu, les croyances qui forment la règle constitutive sont utilisées par les acteurs sans qu'ils soient conscients de leur qualité de croyances[3]. Au contraire, la croyance décrite dans l'hypothèse qui nous occupe est identifiée comme telle et ne permet la qualification que si elle est relevée

[1] Voir BRYCE James, *La République américaine. Le gouvernement des États*, 2e éd., Paris, M. Giard et E. Brière, 1912, p. 32 et ESMEIN Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p. 571.

[2] Cet exemple est intéressant car il montre la prise en compte d'une croyance sur un cas individuel dans le cadre de la qualification juridique mais la croyance envisagée pour la catégorie dogmatique de constitution est plus précise : il s'agirait d'une croyance en la qualité de norme constitutionnelle et pas simplement en celle de règle juridique.

[3] En tout cas, cette qualité de croyance n'est pas le motif de l'identification (voir *supra*, p. 304).

par les acteurs. La vérification de sa présence a sa place dans le discours du droit et n'est pas simplement un élément contribuant inconsciemment à l'existence de la pratique juridique. En fait, l'exigence d'une croyance sur un cas individuel par une source originaire du droit suppose la combinaison de deux croyances distinctes. La première croyance incarne la règle constitutive dont la seconde est l'objet. Autrement dit, la première est une croyance sur les croyances. Cette réflexivité ne doit pas étonner car il est tout à fait possible de croire, par exemple, que mon voisin croit en Dieu. En outre, il s'agit moins d'une croyance sur les croyances que d'une croyance (C1) sur la pertinence d'un certain type de croyances (C2) pour conférer une qualité institutionnelle donnée. C1 est une croyance sur un type et C2 une croyance sur des cas individuels. La confusion entre ces deux sortes de croyances et les deux niveaux de langage auxquels elles se placent est caractéristique des théories sociologistes qui voient la coutume comme la base du droit. En réalité, la croyance exigée pour relever de la coutume ne peut passer pour une source du droit puisqu'elle est elle-même l'objet de la cognition juridique en tant que croyance. Les croyances simples suffisent pour valider l'acte qu'elles concernent[1] mais C2 sera, en cas de double croyance, dotée d'un statut juridique particulier justifiant son usage pour conférer la qualité institutionnelle en question. Cela implique également que la croyance n'est pas forcément la seule condition mais qu'elle s'accompagne par exemple d'une pratique répondant à certains critères précis[2]. En outre, seule une croyance sur un cas individuel autonome de tout type peut former une règle constitutive alors qu'une croyance sur un individu rattaché à tort à un type peut être valable dans le cadre d'une catégorie dogmatique renvoyant à l'existence de certaines croyances. C'est même l'erreur de principe sur le type (la norme juridique) qui explique que l'*opino juris* de la coutume n'est pas en tant que telle une croyance constitutive. La différence entre une croyance individuelle constitutive et l'*opinio juris* est même sans doute encore plus profonde car cette dernière est une croyance des acteurs sur leurs comportements lors de l'obéissance à la règle considérée[3] alors que la première est une croyance des acteurs sur la qualité institutionnelle d'un fait brut donné sans qu'aucun comportement ne soit en cause. Ce point est essentiel pour éclairer les rapports entre coutumes et règles constitutives. Il est ainsi

[1] Voir *supra*, p. 295.
[2] Voir ainsi, CHAGNOLLAUD Dominique, *Droit constitutionnel contemporain*, 5e éd., Paris, Dalloz, 2007, T. I, p. 49.
[3] En ce sens, voir EL HELW Maged, *La coutume constitutionnelle en droit français*, Paris, Librairie Duchemin, 1976, p. 82 ; GÉNY François, *Méthode d'interprétation des sources en droit privé. Essai critique*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1923, T. I, p. 361 ou SÉFÉRIADÈS S., « Aperçus sur la coutume juridique internationale et notamment son fondement », *RGDIP* 1936, p. 141. Cette particularité explique pourquoi une règle constitutive effective n'est pas pour autant une coutume : la croyance qui l'incarne est une croyance sur la qualité institutionnelle de certains faits bruts et non une croyance sur le comportement des acteurs ou *a fortiori* sur le statut de la règle constitutive elle-même (voir *supra*, p. 305). De ce fait, non seulement la théorie de la règle constitutive ne se confond pas avec l'approche traditionnelle de la coutume mais en plus, les règles constitutives n'entrent pas dans les catégories juridiques de coutumes se basant sur la combinaison entre une pratique et une *opinio juris*.

possible qu'un système juridique ne connaisse pas de coutumes car l'efficacité des croyances autonomes sur les cas individuels n'implique pas l'existence de coutumes dont la validité objective exige des croyances supplémentaires sur le type « coutume ». Cette différence est conforme à la solution adoptée à propos des coutumes constitutionnelles malgré l'implication de croyances dans tous les cas.

Le schéma dessiné pour la coutume à travers la double croyance peut être reproduit pour la constitution. Elle serait alors un acte de langage particulier faisant l'objet d'une croyance sur sa qualité de constitution[1]. C2 désigne la croyance dans la qualité constitutionnelle d'un acte précis inscrit dans le temps et dans l'espace quand C1 renvoie à la croyance dans la pertinence de C2. C2 ne se confond pas avec l'*opinio juris* de la coutume constitutionnelle car elle porte sur un acte de langage et elle concerne l'appartenance à une catégorie et non un élément de son régime juridique tel que l'applicabilité de la norme. Cette hypothèse donne une définition de l'acte originaire complétant celle de l'acte dérivé. Elle présente l'intérêt de correspondre à certains précédents et d'expliquer la facilité de la transition entre constitutions distinctes. Il ne semble d'ailleurs pas qu'un acte constitutionnel originaire français ait été privé d'une croyance type C2. Cependant, l'absence d'explicitation de ce critère est gênante : si la Constitution reposait sur une telle base, les acteurs auraient déjà eu l'occasion de s'y référer. L'argument n'est pas inattaquable faute de toute explicitation inverse et de toute contestation à même d'imposer le dépassement du sens commun dicté par des croyances partagées mais il montre bien le manque d'indice en faveur de la double croyance. Au final, nous ne pouvons écarter cette hypothèse mais l'état actuel du système juridique ne permet pas de la vérifier. De plus, les croyances sur les cas individuels d'acte constitutionnel pourraient jouer un rôle sans passer par la structure complexe de la double croyance (2).

2. LA CATEGORIE DOGMATIQUE DE CONSTITUTION COMME SERIE DE CROYANCES SUR DES CAS INDIVIDUELS

L'éventualité d'une catégorie de constitution formée par une série de croyances sur des cas individuels ne doit pas être négligée. Elle apparaîtrait comme une catégorie extensive finie, c'est-à-dire une catégorie définie par la réunion d'éléments identifiés individuellement plutôt

[1] Le risque de circularité est ici maximal puisque la croyance sur la qualité de constitution renvoie à l'existence de cette croyance : être une constitution signifie seulement être l'objet d'une croyance en ce sens qui est donc totalement circulaire. Cependant, la rupture de cette circularité est possible ainsi que nous l'avons vu à propos des règles constitutives : les croyances sur les qualités institutionnelles font indirectement référence à la fonction ou au régime attribué. Le critère réel devrait être formulé comme « ce que les gens croient appartenir à la catégorie juridique de constitution » et non « ce que les gens croient être une constitution » ce qui supprime tout soupçon de circularité. Le problème n'est alors pas plus aigu que dans toutes les définitions comprenant la revendication de la qualité en cause dans leurs critères, ce qui est le cas général des catégories d'actes normatifs.

que par l'usage de critères prédéterminés[1]. Chacun des membres se caractériserait par le fait qu'il est l'objet d'une croyance individuelle sans que la pertinence juridique de celle-ci ne soit déterminée par une croyance plus générale sur un type. Ces croyances viseraient notamment la Constitution de 1958 mais pourraient aussi se rapporter à d'autres actes comme la révision de 1962, si l'on devait exclure qu'elle ait la qualité d'acte dérivé. L'absence de critères ne contredit en rien le concept de catégorie dogmatique qui n'a pas vocation à désigner uniquement des catégories intensives[2]. Cette solution est évidemment moins fertile sur le plan doctrinal mais cela ne change rien à sa valeur éventuelle qui dépend d'éléments empiriques et non de choix théoriques. Notons qu'elle s'approche de certaines formulations de la norme fondamentale qui sont orientées sur une norme précise plutôt que sur la référence à des critères tels que l'effectivité. Cela démontre que cette idée peut revendiquer des précédents malgré l'originalité de son statut[3] et de sa fonction[4]. La croyance n'est pas forcément le produit de l'application de la norme mais peut au contraire exister dès son édiction, ce qui semble assez probable pour les actes constituants dont l'élaboration est généralement publique et reconnue. Précisons que le passage par des croyances individuelles n'enlève rien à la structure de la doctrine générale des sources du droit qui comprend quand même des normes sur le régime juridique de ces actes et des croyances sur les types d'autres sources originaires du droit. La composition de la doctrine générale des sources du droit par une combinaison de croyances sur les cas individuels et sur les types n'est pas spécialement problématique même si elle peut nuire à sa cohérence en cas de contradiction.

L'existence de telles croyances sur les cas individuels reste tout de même discutable. Certes, elle est parfaitement compatible avec la présentation de la Constitution de 1958 comme un acte originaire malgré son origine dérivée : une croyance sur cet acte a pu émerger et remplacer l'ancienne dérivation. Cela vaut aussi pour la double croyance mais il est plus logique d'envisager une croyance autonome sur l'acte de 1958 que de se référer à un type qui aurait toutes les chances de couvrir aussi les actes de 1945 et 1946 et de favoriser une dérivation pourtant improbable. Surtout, le détachement de la double croyance est parfaitement cohérent avec l'absence totale de raisonnement ou de justification explicites lors de l'identification constitutionnelle. Une croyance quelconque sur un type devrait en principe

[1] Rappelons que nous évoquons ici la partie de la catégorie qui se réfère aux actes originaires. Son caractère potentiellement extensif ne change rien au caractère intensif de la partie de la catégorie qui se réfère aux actes dérivés.
[2] Il existe d'ailleurs en droit français des catégories dogmatiques extensives. Citons par exemple la catégorie des personnes publiques ou celle des départements d'outre-mer.
[3] Il ne faut pas oublier ici que nous recherchons une croyance effectivement partagée par les acteurs et non un présupposé de la pratique juridique.
[4] La règle constitutive incarnée par ces croyances individuelles a vocation à créer une réalité sociale quand la norme fondamentale se contente d'un rôle épistémologique tenant à la précision des conditions de vérité de la science du droit.

être utilisée dans ce genre de cas alors qu'une croyance sur un cas individuel n'a pas d'autre contenu que la qualité de l'individu visé. Étant donné que son statut n'est pas invocable en lui-même, le silence n'est alors pas du tout étonnant. Les rares travaux doctrinaux sur l'identification constitutionnelle aboutissent d'ailleurs parfois à des solutions laissant penser à une qualification individuelle des actes constituants[1] ou se limitent à une référence à l'acte de 1958[2] comme si sa constitutionnalité relevait d'une croyance incontestée. Toutefois, nous avons déjà pu noter que d'autres raisons pouvaient expliquer le manque de motivation. En outre, les croyances sur les types ou les catégories valides favorisent forcément l'apparition de croyances sur les cas individuels désignés par ces types sans que cela prouve que la croyance individuelle est par elle-même décisive[3]. Ainsi, les lois les plus célèbres font sans doute l'objet d'une croyance individuelle sans que cette dernière ne joue de rôle quant à leur validité. De plus, la continuité du système juridique est plus difficile à concevoir dans le cadre d'une succession de croyances isolées. Surtout, les rares cas de contestation relevés ne montrent jamais l'usage d'un argument simple tenant à la constitutionnalité propre, incontestable et unique du texte de 1958. Les débats de 1962 ont vu se succéder des arguments à la pertinence discutable mais personne n'a jamais prétendu que l'acte de 1962 était constitutionnel parce qu'il était constitutionnel. Ce serait d'ailleurs une forme d'argumentation étonnante dans une culture juridique marquée par la réflexivité du droit et la valorisation de la recherche de critères au détriment des affirmations gratuites. L'hypothèse de la croyance individuelle ne doit finalement être ni négligée ni surestimée. Des cas plus classiques restent d'ailleurs envisageables (B).

B. Le retour d'une hypothèse classique : la théorie du pouvoir constituant

Nous avons déjà noté que les études dogmatiques consacrées au pouvoir constituant pouvaient être rattachées à l'identification constitutionnelle. Si elles ont été rejetées en raison des limites de leur formulation, il faut désormais nous demander s'il est possible de les reconstruire sur la base de la théorie de la règle constitutive. Nous verrons ainsi que la théorie du pouvoir constituant doit être ré-envisagée (1) même si sa place en droit français demeure contestable (2).

---

[1] Serait ainsi « constitutionnelle toute norme figurant directement ou indirectement dans le texte approuvé par le référendum en 1958 » (AGUILA Yann, *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 17). Cette solution laisse cependant de côté la révision de 1962 et rien n'est précisé quant à ses fondements.

[2] Voir AUBY Jean-Marie et DRAGO Roland, *op. cit.*, p. 118.

[3] Nous retrouvons une situation comparable à celle dénoncée à propos de l'effectivité par le biais du paradoxe du grand éléphant blanc (voir *supra*, p. 308). La croyance individuelle est peut être une conséquence du phénomène qui a déclenché l'identification constitutionnelle plutôt que le facteur permettant cette identification.

1. LA POSSIBILITE DE RECONSTRUIRE LA THEORIE DU POUVOIR CONSTITUANT

La théorie de la règle constitutive détermine le mode d'existence des normes qui forment les présupposés de l'ordre juridique. Pour autant, leur contenu n'est pas prédéterminé et la reprise d'idéologies répandues est tout à fait possible. Elle est même assez logique car les croyances communes sont inévitablement en rapport étroit avec les idées partagées par les acteurs. La division sociale du travail en matière juridique incite même à prêter une attention particulière aux idéologies fortement représentées chez les juristes. Puisqu'ils sont le principal groupe concerné par l'identification constitutionnelle[1], les croyances propres à ce groupe et transmises lors de la formation de ses membres sont particulièrement importantes. C'est par ce biais que pourrait émerger par exemple une forme de convergence européenne sur la notion de constitution souvent valorisée qui est favorisée par une certaine proximité idéologique et culturelle. Précisons bien que nous n'ajoutons pas ici un nouvel élément à la théorie de la règle constitutive mais que nous l'appliquons en tenant compte du contenu le plus probable des croyances partagées. Nous formulons simplement une hypothèse tenant à l'existence d'une relation concrète entre l'idéologie des juristes et les croyances formant la doctrine générale des sources du droit. Elle ne se confond pas avec l'affirmation d'une capacité doctrinale de création de règles constitutives à travers des constructions conceptualistes. De même, l'intérêt pour le droit comparé se comprend d'un point de vue externe mais ne lui donne en aucun cas une vertu prescriptive ou normative.

Dans cette optique restreinte, l'attention portée aux idéologies répandues chez les juristes peut participer à une réhabilitation de la théorie du pouvoir constituant. Nous avons dénoncé cette théorie sous toutes ses formes. L'exclusion de la théorie du pouvoir constituant comme pouvoir de fait n'est pas fragilisée par notre nouvelle approche car elle demeure une simple forme particulière des théories de l'effectivité. En revanche, la théorie jusnaturaliste pourrait voir son statut changer. Bien sûr, sa prétention à l'universalité et ses justifications politiques demeurent indéfendables mais le pouvoir constituant pourrait à juste titre être considéré comme un fait institutionnel. Les représentations partagées par les acteurs sur ce pouvoir peuvent lui donner une existence objective, quand bien même elles constituent de fausses croyances sur des entités telles que la souveraineté. La théorie du pouvoir constituant est profondément modifiée par une reconstruction de ce type : la base du système juridique n'est

[1] Il faut ici réaffirmer que les acteurs concernés par un phénomène public aussi important que l'identification constitutionnelle ne se limitent pas aux seuls experts du droit, même s'ils y jouent un rôle particulier.

plus le pouvoir constituant mais la croyance en ce pouvoir[1]. Cette dernière peut renvoyer à l'intervention d'un organe spécifique ou à une procédure particulière qui s'inscriraient dans les conditions de réussite de l'acte de langage constitutionnel prévues dans la doctrine générale des sources du droit. Deux grands cas peuvent être envisagés. Le premier est la présence d'une référence dans la doctrine générale des sources du droit à une procédure donnée, comme par exemple l'exigence d'une adoption démocratique[2]. Le pouvoir constituant serait alors le nom donné dans le cadre de la deuxième herméneutique à l'organe dont l'action est dotée d'une pertinence spécifique par la doctrine générale des sources du droit[3]. Le deuxième cas implique une structure en deux temps où une règle constitutive donne la qualité institutionnelle de pouvoir constituant à un organe[4] alors qu'une autre fait référence à l'action de ce pouvoir dans la définition de la constitution. Il apparaît dans ce cas comme une réalité sociale vécue par les acteurs et non comme une construction théorique[5]. Il peut même avoir un caractère inconditionné dans la mesure où il dispose d'une compétence générale qui n'est limitée par aucune norme supérieure[6]. Dans les deux cas, cela suppose une multiplication des éléments présents dans la doctrine générale des sources du droit puisque de nombreux faits intermédiaires devront être institués (vote, électeur…). Cette difficulté n'est pas insurmontable car la texture ouverte de la règle constitutive permet potentiellement une vague référence à la démocratie qui ne passe pas par des exigences précises et utilise des actes à la valeur juridique discutable couverts par des règles constitutives temporaires[7]. La règle constitutive serait sans aucun doute plus complexe que celle décrite dans les hypothèses originales mais cela n'a rien d'impossible, ni même d'improbable. Les deux possibilités

---

[1] Cela transforme évidemment les conditions de vérité des énoncés portant sur le pouvoir constituant et élimine toute la dimension métaphysique relevée dans les développements doctrinaux les plus communs (voir *supra*, p. 175).

[2] Ce premier cas imposerait l'ajout de la condition d'une revendication car tous les actes adoptés démocratiquement ne peuvent sérieusement passer pour des actes constituants. Quoi qu'il en soit, cela permettrait notamment d'expliquer la place occupée dans la doctrine par la théorie de la souveraineté nationale. Elle ne serait plus la fiction dépourvue de toute habilitation combattue à juste titre par le passé (BARTHÉLEMY Joseph et DUEZ Paul, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, p. 75).

[3] Notons qu'il n'est pas dit que l'on doive alors parler de compétence constituante puisque la qualité constitutionnelle des actes qu'il produit tient à leur placement dans une catégorie de la doctrine générale des sources du droit et non d'une véritable habilitation conférée à l'organe en cause.

[4] Ce dernier est un fait institutionnel à part entière : la combinaison de sa dimension institutionnelle et des procédures qui incarnent son action sont autant de faits bruts (ou de faits institutionnels de premier degré) qui sont globalement dotés d'une valeur institutionnelle spécifique.

[5] La place et le rôle des organes trouvent alors une base claire et compréhensible sans qu'il soit utile de se référer au poids de l'histoire ou à des théories révolutionnaires dont la valeur juridique reste mystérieuse. Pour une attitude inverse, voir CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933, p. 28-34.

[6] Notons que ce caractère inconditionné ne provient donc pas d'un soi-disant caractère a-juridique souvent envisagé par les partisans de la théorie du pouvoir constituant, mais bien de son placement spécifique dans l'ordre juridique.

[7] Nous pensons ici notamment aux gouvernements de fait dont l'existence est souvent rapportée de manière peu argumentée à un supposé principe d'effectivité qui serait pourtant bien incapable d'expliquer la combinaison complexe d'actes qui sont nécessaires à la survie et au fonctionnement d'un gouvernement.

envisagées doivent donc être étudiées pour évaluer la place qu'elles occupent dans le droit français actuel (2).

2. LA PLACE CONTESTABLE DU POUVOIR CONSTITUANT DANS LE SYSTEME JURIDIQUE FRANÇAIS ACTUEL

Le fait que l'existence du pouvoir constituant soit théoriquement envisageable ne suffit pas à déterminer si elle est effectivement confirmée dans le système juridique français. L'indice le plus sérieux en ce sens tient à sa popularité doctrinale. Toutefois, l'absence de toute référence dans la pratique juridique elle-même peut créer le doute. La notion de pouvoir constituant est en effet quasiment inconnue du discours du droit. Au mieux, pouvons-nous relever quelques références au pouvoir dérivé[1] : le pouvoir constituant est évoqué mais pas sous sa forme originaire[2]. La souveraineté connaît le même sort : elle n'est envisagée que sur la base du texte constitutionnel[3]. Les exemples jurisprudentiels étrangers d'identification de la constitution n'évoquent pas non plus le pouvoir constituant. Cette situation est d'autant plus notable que les occasions de s'y référer au-delà de l'identification constitutionnelle ne sont pas rares : interprétation du texte, conflits de normes… Elle contribue clairement à faire du pouvoir constituant un concept essentiellement doctrinal[4] inspiré d'une idéologie révolutionnaire[5] dont le succès actuel est discutable et en tout cas sans rapport avec la pratique juridique. Les études qui lui sont consacrées montrent bien l'usage de critères arbitrairement choisis sans tenir compte des termes du discours du droit. Les références politiques ne sont pas plus satisfaisantes même si les périodes de crise peuvent favoriser une utilisation notable de cette notion[6]. Tous ces éléments fragilisent l'hypothèse selon laquelle le pouvoir constituant originaire bénéficierait en droit français d'un statut qui en ferait un fait institutionnel à même de baser la qualification des actes constitutionnels.

---

[1] Nous pensons avant tout à la fameuse décision n°92-312 DC du 2 septembre 1992 déjà plusieurs fois citée.

[2] Certains ont pourtant voulu voir dans la décision de 1992 une affirmation de l'unité du pouvoir constituant car elle dote le pouvoir de révision des qualités traditionnelles du pouvoir originaire (BAGHESTANI Laurence, *Le titulaire de la souveraineté nationale et son exercice dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, Dijon, 1996, p. 206). Rien dans l'argumentation du Conseil constitutionnel ne nous paraît néanmoins indiquer une quelconque adhésion aux théories métaphysiques du pouvoir constituant. De même, le refus du Conseil constitutionnel de contrôler la révision de 1962 est parfois liée à la reconnaissance d'un pouvoir constituant originaire souverain (VERDIER Marie-France, « La révision de la constitution par l'article 11. La saga de l'article 11 : magnificat ou requiem », *in* ROUSSILLON Henry (dir.), *Référendum et démocratie*, Toulouse, PUSST, 1996, p. 264) alors même que le Conseil est muet sur ce point et que sa solution purement procédurale vaut aussi pour les lois ordinaires issues de la procédure de l'article 11.

[3] Elle est surtout envisagée à propos de questions tenant à la place faite au droit international par la Constitution. En ce sens, voir LUCHAIRE François, « La souveraineté », *RFDC* 2000, p. 458.

[4] KLEIN Claude, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 192.

[5] Sur ce point, voir par exemple, BASTID Paul, *L'idée de constitution*, Paris, Economica, 1985, p. 140 ou BURDEAU Georges, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, Thèse, Paris, 1930, p. 9-30.

[6] Citons notamment une intervention radiophonique de De Gaulle en 1962 (BAGHESTANI Laurence, *op. cit.*, p. 184).

Cet échec ne remet pas en cause la validité de la première version de la théorie reconstruite du pouvoir constituant : l'intervention de certains organes ou de certaines procédures pourrait être exigée par la règle constitutive sans qu'ils soient dotés d'un statut institutionnel propre. L'absence de tout renvoi à la notion de pouvoir constituant et son caractère purement doctrinal ne serait pas gênant dans ce cas. En revanche, il faudrait pouvoir déterminer quels critères font l'objet de croyances partagées, ce qui est encore une fois compliqué par l'absence d'argumentation explicite sur la qualification constitutionnelle. La combinaison entre une adoption démocratique et une revendication constitutionnelle ne semble pas suffisante car une loi ordinaire adoptée par le Parlement et porteuse d'une telle revendication ne serait pas *a priori* qualifiée de norme constitutionnelle[1]. Ce constat est particulièrement important car il vaut aussi pour un éventuel acte européen répondant aux mêmes caractéristiques. Il n'est pas possible d'établir une simple relation d'identité entre adoption démocratique et qualité constitutionnelle. Il faudrait disposer d'un critère plus précis. Or, si tous les actes constitutionnels susceptibles d'être attribués au pouvoir originaire dans une période récente montrent un caractère vaguement démocratique, il est bien difficile d'établir un rapport plus précis entre les actes adoptés en 1875[2], 1940[3], 1945, 1946, 1958 et 1962[4]. Ce critère est donc à la fois incertain et insuffisant, si tant est qu'il ait un rôle quelconque. Sa force repose de plus sur une continuité de la catégorie dogmatique qui est certaine sur le régime juridique mais sujette à débat sur les critères. Toutefois, si la règle constitutive devait impliquer des critères sur la procédure menée, comme c'est souvent le cas dans le droit moderne, l'histoire récente oriente vers la prise en compte de la démocratie. Elle a en outre l'avantage d'entretenir une étroite relation avec les théories de la souveraineté les plus communes[5] dont la force politique est indéniable même si leur importance juridique n'est pas évidente[6]. La reprise de ce concept

[1] Même si nous manquons de précédents, la pratique actuelle laisserait plutôt supposer qu'elle serait censurée par le Conseil constitutionnel ou considérée à défaut comme une loi ordinaire de la même manière qu'une délibération de conseil municipal porteuse de la même revendication ne serait pas vue comme un acte constitutionnel (voir *supra*, p. 103).

[2] Il a été adopté par une assemblée élue dont l'habilitation constituante est discutée. Voir à ce sujet, BLONDEL André, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, Aix-en-Provence, Paul Roubaud, 1927, p. 227 ; ESMEIN Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Panthéon-Assas, 2001, p. 606 et PIERRÉ-CAPS Stéphane, « Retour sur une controverse constitutionnelle : la naissance de la Troisième République, l'assemblée de Bordeaux et la question du pouvoir constituant », *in Mélanges en l'honneur de Christian Dugas de la Boissony*, Nancy, PUN, 2008, p. 323.

[3] La transition de 1940 reposait sur le transfert sous conditions du pouvoir constituant à Pétain. La licéité de ce mécanisme a fait l'objet d'un très grand nombre d'études. Voir par exemple, pour des prises de position actuelles, CARTIER Emmanuel, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945)*, Paris, LGDJ, 2005, p. 51 ou PACTET Pierre, « Retour sur l'acte dit loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 », *in Mélanges Dmitri Georges Lavroff*, Paris, Dalloz, 2004, p. 491-507.

[4] Nous ne détaillerons pas les transitions de 1945, 1946, 1958 et 1962 car elles ont déjà été évoquées et qu'elles impliquent toutes l'intervention d'un référendum même si le caractère dérivé ou originaire de son intervention est sujet à débat.

[5] Précisons bien que la valeur de ces théories s'exprime idéalement sous la forme de fausses croyances sans qu'il soit nécessaire de s'exprimer sur les débats métaphysiques sur ses caractéristiques (indivisibilité…).

[6] Pour se limiter aux éléments les plus facilement accessibles, la pratique du Conseil constitutionnel laisse ainsi fort peu de place à la souveraineté dans les rapports internes. Elle est parfois évoquée mais seulement en tant que souveraineté constituée et non pré-constitutionnelle notamment dans les décisions précitées de 1962 et 1992. Mieux, la souveraineté du pouvoir

dans toutes les constitutions républicaines à part celle de 1875[1] est notable même si elle n'est pas décisive. Il a aussi sa place dans le discours politique. Les critiques qui lui sont parfois adressées n'ont guère d'importance ici puisqu'il s'agit de tenir compte d'une croyance et non de formuler une théorie politique[2]. La prise en compte d'une vague idée de souveraineté nationale ou populaire paraît correspondre à la dimension démocratique de la règle constitutive démontrée par la pratique. Cette dernière ne suggère aucune exigence substantielle même si la place du référendum pourrait être débattue puisque les quatre derniers actes pouvant être considérés comme des actes constituants originaires ont été adoptés par cette procédure[3] dont le rôle est confirmé par la reconnaissance manifestée par le Conseil d'État dans un avis de 1945[4]. Admettre sa place spécifique n'impose d'ailleurs en aucun cas de considérer les actes adoptés par référendum comme des actes souverains formant une catégorie à part[5]. Notons au passage, que les actes pré-constituants de manière générale peuvent également être ré-envisagés à la lumière de la théorie de la règle constitutive[6], à condition de soutenir que les critères actuels de constitutionnalité sont relativement récents.

Nous voyons ici qu'il est plus facile de déterminer ce que la règle constitutive de la catégorie de constitution n'est pas que de préciser ce qu'elle est. Les limites empirique et méthodologique[7] convergent pour empêcher la clarification totale des critères de constitutionnalité. Même le degré de précision de la croyance ne peut être vraiment déterminé en raison de transitions claires et peu discutées en pratique : la règle d'identification peut rester vague comme peut l'être une règle de succession tant que chaque génération présente un héritier incontesté. Or, nous savons que la dogmatique n'a pas vocation à être plus précise que le discours du droit sous peine de perdre son caractère descriptif et la fonction qui en découle[8]. C'est pourquoi la définition de la catégorie de constitution est précisée sur les actes

---

constituant affirmée en 1992 (n°92-312 DC) a laissé sa place dans le considérant de principe du Conseil constitutionnel à la reconnaissance de sa faculté à déroger aux anciens articles par des règles nouvelles (n°2003-478 DC du 30 juillet 2003).

[1] HAQUET Arnaud, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, Paris, PUF, 2004, p. 31.

[2] Pour un exemple d'attitude inverse, voir *ibid.*, p. 114.

[3] Notons que l'admission éventuelle du caractère suffisant de la combinaison entre une revendication constitutionnelle et une adoption référendaire ne contredit pas directement l'article 89 qui subordonne révision constitutionnelle par référendum à l'exigence préalable d'un vote conforme du projet ou de la proposition par l'Assemblée nationale et le Sénat. En effet, nous serions alors simplement en présence de deux règles constitutives alternatives. Par ailleurs, s'il devait être établi, le lien entre référendum et qualité constitutionnelle serait une caractéristique originale du droit français au regard de la rareté de cette procédure (DE GUILLENSCHMIDT Michel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Economica, 2005, p. 50).

[4] GUILLON Armand, « L'organisation des pouvoirs publics depuis la libération », *EDCE* 1947, p. 41.

[5] Une telle position serait pour le moins étonnante puisque les lois adoptées par la procédure de l'article 11 peuvent être révisées par une loi non-référendaire. Voir ainsi, Cons. const., n°76-65 DC du 14 juin 1976 (à propos des dispositions organiques de l'acte adopté le référendum du 6 novembre 1962).

[6] Pour autant, il ne faudrait pas surestimer leur rôle. La Constitution de 1958 ne semble *a priori* pas plus dérivée des actes qui ont permis sa création que de la Constitution de 1946. Le changement de fondement du texte rendu probable pour des raisons déjà évoquées réduit nécessairement le rôle potentiel des actes pré-constituants.

[7] Sur ce point, un approfondissement peut sans doute être apporté du point de vue externe, notamment sur la base de l'étude des faits politiques mais il sort du cadre d'une thèse centrée avant tout sur l'adaptation de la catégorie.

[8] Voir *supra*, p. 63.

dérivés mais reste floue sur les actes originaires. L'existence de la règle constitutive est manifeste mais elle est trop vague pour donner naissance à une série de critères exploitable en une définition opératoire de la constitution. La définition dogmatique de la constitution ne peut donc que rester en partie indéterminée faute de données suffisantes. La reconnaissance de cette indétermination relative participe déjà d'une meilleure compréhension de la catégorie de constitution. La prise de conscience de cette carence et de son origine permise par l'usage des théories de la double signification et de la règle constitutive empêche de tenter de la combler en confondant dogmatique et théorie. L'élucidation de la catégorie progresse donc malgré des limites incontournables. C'est ce progrès qui rend possible une meilleure compréhension de l'adaptation de cette catégorie (Section 2).

SECTION 2 : L'ADAPTATION DE LA CATEGORIE DOGMATIQUE DE CONSTITUTION EN DROIT FRANÇAIS

L'objectif final de l'étude menée est moins de définir la constitution que de comprendre les modalités potentielles de son adaptation en dépassant les obstacles conceptuels généralement rencontrés. Le travail d'élucidation proposé ne vaudra donc que dans la mesure où il permet d'avancer sur cette voie malgré ses limites concernant les critères de la catégorie. C'est pourquoi il faut évaluer sa contribution à la résolution des problèmes apparemment insolubles qui s'opposent à la réflexion sur l'évolution de la catégorie dogmatique de constitution. Nous entendons la mettre en valeur en montrant tout d'abord qu'il rend possible une nouvelle analyse de la décision du 19 novembre 2004 du Conseil constitutionnel, seule décision qualifiant une norme européenne revendiquant *a priori* une valeur constitutionnelle (I). Ensuite, nous verrons que son apport dépasse ce seul exemple et qu'il démontre que la description de l'adaptation de la constitution exige de nouveaux outils d'analyse (II).

I. L'ANALYSE RENOUVELEE DE LA DECISION DU 19 NOVEMBRE 2004

La décision du 19 novembre 2004 du Conseil constitutionnel[1] présente un intérêt évident pour toute recherche sur l'adaptation de la constitution aux mutations contemporaines du droit puisqu'elle est la seule tentative d'argumentation juridictionnelle sur ce sujet. Notre étude se limitera aux questions touchant à la nature juridique du traité établissant une Constitution pour

[1] Cons. const., n°2004-505 DC du 19 novembre 2004.

l'Europe. L'utilisation du cadre d'analyse élaboré précédemment permet d'y voir un problème d'identification constitutionnelle (A) résolu par l'emploi de critères inadaptés (B)[1].

A. Une décision d'identification constitutionnelle susceptible d'évaluation

La décision de novembre 2004 est prise sur le fondement de l'article 54 de la Constitution et porte donc en principe sur un traité international. Il convient de ce fait de démontrer son rapport avec l'identification constitutionnelle (1) pour envisager une analyse critique dans le cadre défini progressivement dans cette première partie (2).

1. LA QUALIFICATION DE TRAITE INTERNATIONAL : UNE APPARENCE PEU CREDIBLE

Le rapport entre la décision étudiée et l'identification constitutionnelle est à première vue assez ténu : le Conseil constitutionnel est saisi d'un traité international et confirme sa nature juridique sans évoquer directement l'éventualité de sa valeur constitutionnelle. En conséquence, son évocation dans une étude centrée sur l'adaptation de la constitution pourrait surprendre. Or, elle pose bel et bien une question d'identification constitutionnelle en raison des ambiguïtés de l'acte qu'elle qualifie. Son titre fait déjà naître un soupçon, confirmé par sa désignation récurrente comme « constitution » dans son propre texte[2]. De même, les prises de position politiques sur sa valeur sont loin d'être claires[3] alors que le débat doctrinal a mené certains à affirmer sa qualité constitutionnelle[4] ou au moins à admettre une hésitation sur ce point[5]. Dans ces conditions, la question de sa constitutionnalité ne pouvait être évitée.

---

[1] Précisons bien que l'analyse de la décision sera menée exclusivement du point de vue interne. Il est clair que des motifs politiques ont pu jouer un rôle dans les choix du Conseil constitutionnel (en ce sens, voir, ROUX Jérôme, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe à l'épreuve de la Constitution française », *RDP* 2005, p. 66). Pour autant, l'existence d'une cause externe de ce type n'enlève rien à la pertinence d'une approche purement juridique au regard de l'autonomie relative du discours du droit.

[2] Dans le même sens, voir MAGNETTE Paul, « Questions sur la constitution européenne », *in* MAGNETTE Paul et REMACLE Éric (éd.), *La constitution de l'Europe*, 2e éd., Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 15. Certains semblent considérer cet élément comme déterminant (voir par exemple, JACQUÉ Jean-Paul, « Les principes constitutionnels fondamentaux dans le projet de traité établissant une Constitution européenne », *in* ROSSI Lucia Serena (dir.), *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne. Le projet de traité-constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 51 et dans une moindre mesure CHALTIEL Florence, « Une première pour le Conseil constitutionnel : juger un traité établissant une Constitution », *RMCUE* 2005, p. 6) mais cela paraît excessif car la qualification d'un acte normatif ne dépend pas uniquement de la revendication portée par ses auteurs, même quand il s'agit d'États. Elle dépend du respect de conditions généralement assez complexes fixées par des règles constitutives. Prétendre que les constitutions font exception exige au minimum une démonstration détaillée.

[3] Leur diversité a bien sûr été accrue dans le cas de la France par une longue campagne référendaire durant laquelle la nature juridique du texte a pu servir successivement d'argument en faveur et en défaveur de la ratification du traité.

[4] Voir par exemple, JACQUÉ Jean-Paul, article précité, p. 52 ou FRANCK Claude, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe a appelé une modification de la Constitution française », *JCP* 2005, p. 633.

[5] Voir ainsi, FELDMAN Jean-Philippe, « Sur le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe », *D.* 2004, p. 1531 ou BLANC Didier, « Les incidences du traité-constitutionnel européen sur la constitution européenne : une affectation minimale », *RRJ* 2005, p. 2262. Il ne faut pas pour autant oublier que le rejet de la nature constitutionnelle est la position la plus répandue dans la doctrine (pour un exemple, voir, DORD Olivier, « Le Conseil constitutionnel face à la Constitution européenne : contrôle des apparences ou apparence de contrôle », *AJDA* 2005, p. 212) tout comme dans les organes officiels appelés à se prononcer sur la question comme le Conseil d'État luxembourgeois (avis du 22 mars 2005, n°96.883) ou un

Le Conseil constitutionnel semble pourtant ne pas en tenir compte puisqu'il le qualifie de traité international sans envisager explicitement une nature constitutionnelle. Un examen plus détaillé montre toutefois une réalité plus nuancée. En effet, si le Conseil s'interrogeait sur la nature internationale de l'acte examiné, il aurait en principe dû évoquer ce problème pour évaluer la recevabilité d'un recours fondé sur l'article 54 de la Constitution[1]. Or, il ne s'y intéresse que pour préciser la place hiérarchique de l'acte en cause[2], ce qui laisse supposer qu'il recherche moins la confirmation de la nature internationale que l'infirmation d'une alternative constitutionnelle[3]. D'ailleurs, si le terme « constitution » n'est pas utilisé, l'idée selon laquelle l'acte en cause « conserve le caractère d'un traité international »[4] montre bien que c'est l'hypothèse d'une évolution vers le statut constitutionnel qui est envisagée. De même, la référence négative au titre du texte contribue à démontrer que c'est bien la qualité constitutionnelle de l'acte qui est en cause[5], comme le rappelle le commentaire « officiel » de la décision par le secrétaire général du Conseil[6].

Cependant, la logique choisie par le Conseil constitutionnel paraît s'éloigner des exigences de l'identification constitutionnelle. Constater qu'un acte répond aux conditions caractérisant les traités internationaux ne suffit pas à démontrer qu'il n'est pas une constitution sauf à soutenir que les catégories positives sont soumises au principe de non-contradiction. Ainsi, le fait que l'acte de 1962 réponde aux critères de la catégorie des lois ordinaires ne l'empêche pas d'être un acte constitutionnel[7]. Il n'y a donc pas de raison de considérer qu'il faut prouver que l'acte n'est pas un traité avant de vérifier s'il est une constitution[8]. Même en admettant

---

groupe d'experts créé par le Parlement estonien (LAFFRANQUE Julia, « Ratification of the European Constitution in Estonia : a New Constitution for Estonia ? », *in* ALBI Anneli et ZILLER Jacques (dir.), *The European Constitution and National Constitutions : Ratification and Beyond*, Dordrecht, Kluwer, 2007, p. 83).

[1] Certains auteurs soutiennent de la même manière que le Conseil aurait dû se déclarer incompétent s'il avait estimé que le traité de 2004 avait valeur constitutionnelle. Voir en ce sens, CARCASSONE Guy, « Conseil constitutionnel on the European Constitutional Treaty », *European Constitutional Law Review* 2005, p. 294 et dans une certaine mesure LUCHAIRE François, « La Constitution pour l'Europe devant le Conseil constitutionnel », *RDP* 2005, p. 55.

[2] L'examen de cette question se déroule dans la partie de la décision qui porte « sur le principe de primauté du droit de l'Union européenne » et qui entend prouver que la Constitution de 1958 demeure « au sommet de l'ordre juridique interne ». Cet examen au fond suppose que la question de la recevabilité a déjà été tranchée favorablement, ce qui donne un tour étonnant à l'argumentation du Conseil puisque la réponse est présupposée par le fait même que le Conseil se pose la question.

[3] L'hypothèse d'une évolution vers un statut constitutionnel est en effet le seul élément qui pourrait suggérer que la nature juridique du texte puisse être déterminante pour préciser son statut hiérarchique.

[4] Cons. const., n°2004-505 DC du 19 novembre 2004, considérant 9.

[5] « Considérant, en particulier, que n'appelle pas de remarque de constitutionnalité la dénomination de ce nouveau traité » (Cons. const., n°2004-505 DC du 19 novembre 2004, considérant 10).

[6] SCHOETTL Jean-Éric, « La ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe appelle-t-elle une révision de la Constitution française ? », *LPA* 2004, n°238, p. 4.

[7] Nous pourrions à la rigueur estimer que l'élément déterminant en 1962 est la présence d'une revendication constitutionnelle qui fait entrer l'acte qui la porte soit dans la catégorie des actes constituants dérivés adoptés par la procédure de l'article 11 soit dans la catégorie des actes constituants originaires (voir *supra*, p. 329). Il serait alors possible de dire que l'un des critères de la catégorie de loi ordinaire est l'absence de revendication constitutionnelle et de reporter cette idée à la catégorie des traités. Toutefois, même si nous admettions ce raisonnement, force est de constater que le Conseil constitutionnel ne se contente pas de démontrer l'absence d'une revendication constitutionnelle dans sa décision de novembre 2004.

[8] Pour prétendre le contraire, il faudrait soutenir que parmi les critères de la partie originaire de la catégorie dogmatique de constitution figure la coupure avec toute procédure connue d'édiction de normes. Cependant, rien n'indique que ce soit le cas

qu'il soit pertinent de chercher à qualifier l'acte en cause de traité international, les critères utilisés demeurent assez étonnants. Tout d'abord, le Conseil s'attache « notamment » à trois critères[1]. Il utilise donc une liste ouverte alors que la qualification d'un acte normateur n'est pas un problème de fait et qu'il n'y a donc aucune raison d'utiliser un faisceau d'indices typique des qualifications *in concreto*[2]. Mieux, les trois critères retenus (conditions d'entrée en vigueur, de révision et possibilité de le dénoncer) n'ont pas de rapport avec la définition admise du traité international : celle d'un « accord conclu entre deux ou plusieurs sujets de droit international destiné à produire des effets de droit et régi par le droit international »[3]. Les effets et le régime juridiques sont totalement négligés. À la rigueur, la référence aux conditions d'entrée en vigueur pourrait être considérée comme un renvoi un peu obscur à l'exigence d'un accord entre sujets de droit international puisque l'entrée en vigueur du traité de 2004 est conditionnée par la ratification de tous les États membres dans les conditions prévues par leur droit interne[4]. Les termes employés sont tout de même critiquables car la procédure de conclusion est négligée au profit de la seule entrée en vigueur sans raison apparente[5].

Dans tous les cas, les deux autres critères sont clairement détachés des critères classiques du traité international. L'évocation des conditions de révision est difficile à interpréter faute de précision sur l'élément à retenir dans un processus complexe qui implique l'intervention d'organes européens et étatiques. Tout au plus peut-on y voir une allusion à la dimension internationale d'une procédure exigeant la ratification de tous les États dans les conditions prévues par leur droit propre[6]. Pour autant, le critère reste discutable car la révision n'est jamais prise en compte pour qualifier un traité en droit interne ou international. D'ailleurs, la Constitution de 1958 ne présente aucune exigence sur la procédure de révision des traités

---

et le Conseil n'argumente pas en ce sens. À défaut, la qualité originaire de l'acte reste une qualité théorique constatée après la qualification dogmatique et elle ne peut donc faire figure de critère de l'identification constitutionnelle.

[1] Cons. const., n°2004-505 DC du 19 novembre 2004, considérant 9.

[2] L'utilisation d'une liste ouverte pourrait en revanche résulter d'une incertitude sur les critères qui pourrait être expliquée par la relative indétermination de la règle constitutive mais rien n'indique que le Conseil ait relevé une telle incertitude.

[3] DAILLER Patrick et PELLET Alain, *Droit international public*, 7e éd., Paris, LGDJ, 2002, p. 118. Notons que la Convention de Vienne sur le droit des traités le définit comme « un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international » (article 2). Précisons ici que si la Convention de Vienne n'a pas été ratifiée par la France, elle reste une référence utile car elle constitue avant tout le résultat d'un travail de codification du droit international coutumier.

[4] La procédure internationale a été mise en valeur de manière explicite par l'avis précité du Conseil d'État du Luxembourg.

[5] D'autres éléments formels sont parfois relevés comme la prévision d'une limite temporelle pour la ratification (MICHEL Valérie et BOUVERESSE Aude, « La notion de constitution », *in* CONSTANTINESCO Vlad, GAUTIER Yves et MICHEL Valérie (dir.), *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Strasbourg, PUS, 2005, p. 47) mais ils sont sujets aux mêmes types de critiques.

[6] Cette idée est très souvent reprise. Voir par exemple, CONSTANTINESCO Vlad, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe : changement qualitatif ou simple consolidation ? », *Europe en formation* n°4-2004, p. 7 et surtout, SCHOETTL Jean-Éric, article précité, p. 4.

conclus par les France, *a fortiori* aucune exigence assimilable à une définition[1]. Le manque de formalisme du droit international est également bien connu : n'importe quel type de procédure peut être envisagé pour réviser un traité depuis l'unanimité des parties jusqu'à l'intervention unilatérale d'un organe intégré en passant par l'accord de la majorité des parties[2]. De ce fait, il paraît foncièrement illogique de lier la qualité de traité international d'un acte à la procédure prévue pour sa révision. Celle-ci ne peut même pas faire figure d'indice en la matière. Le dernier critère est encore plus surprenant : le droit de dénoncer unilatéralement un acte est dénué de tout lien avec la définition du traité international. Le droit interne est là-encore muet[3] alors qu'en droit international la dénonciation unilatérale n'est qu'une exception envisagée dans les cas où les parties ont entendu l'autoriser[4]. La possibilité de dénoncer les traités européens en vigueur avant 2004 est même sujette à caution[5] sans qu'un juge n'y ait jamais vu une raison de nier leur qualité de traité international. Ce détachement entre le but affiché de l'argumentation, prouver la qualité de traité, et les arguments utilisés suggère que la décision poursuit en réalité un tout autre objectif (2).

2. UNE DECISION ORIENTEE EN REALITE VERS L'IDENTIFICATION CONSTITUTIONNELLE

Le Conseil constitutionnel s'est servi de critères qui n'ont jamais été reliés à la définition du traité international et qui ne peuvent l'être sauf à prétendre que de nombreux actes considérés unanimement comme des traités n'en sont pas[6]. En outre, il l'a fait dans un raisonnement étrange laissant penser que l'acte dispose d'un statut préalable[7]. Il faut donc soit considérer que le Conseil était dans l'erreur soit estimer que son raisonnement doit être compris dans une perspective différente de celle affichée. Or, il est justement possible d'y

[1] Ce critère serait d'ailleurs souvent difficile à manier car il n'est pas rare que les actes nationaux ou internationaux restent muets sur la procédure qu'il convient d'employer pour les réviser. Dans ce cas, la procédure de révision applicable résulte de leur qualification et non l'inverse. Rien ne garantit d'ailleurs que la prévision par un acte d'une procédure pour le réviser soit valable : une loi ordinaire ne peut ainsi maîtriser sa procédure de révision en droit français.

[2] Voir *infra*, p. 485.

[3] Le Conseil constitutionnel a déjà pu considérer que certains types de traités internationaux devaient prévoir une procédure de dénonciation sous peine d'inconstitutionnalité (n°85-188 DC du 22 mai 1985 et n°2005-524/525 DC du 13 octobre 2005) mais cela démontre *a contrario* que de nombreux traités peuvent exclure cette éventualité sans que cela ne pose aucun problème. De plus, c'est la constitutionnalité et non la qualification des traités qui a pu être contestée par le Conseil.

[4] Plus précisément, il est possible de dénoncer un traité si les parties l'ont prévu explicitement, si l'on peut prouver qu'elles avaient l'intention de le permettre sans l'avoir précisé explicitement ou si cette prérogative peut être déduite de la « nature du traité » (article 56 de la Convention de Vienne sur le droit des traités).

[5] Pour une présentation des arguments classiques sur ce sujet, voir, BERRAMDANE Abdelkhaleq et ROSSETTO Jean, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 25-26.

[6] Cette hypothèse implique des conséquences plus qu'improbables car l'ensemble de ces actes devraient être considérés comme inexistants faute de tout statut alternatif. Notons que les éléments prouvant l'écart entre l'argumentation du Conseil et la pratique admise et prévisible suffisent à démontrer le caractère problématique du raisonnement mené sans qu'il soit nécessaire de proposer une étude longue visant à préciser la règle constitutive de la catégorie de traité international.

[7] La vérification des trois critères précités ne permet pas au Conseil de conclure que le traité établissant une Constitution pour l'Europe est un traité international mais plutôt qu'il « conserve » ce caractère, ce qui est pour le moins étonnant pour un texte qui reprend certes des dispositions préexistantes mais qui constitue formellement un acte entièrement nouveau et non une révision des traités européens en vigueur. L'on voit donc mal comment il pourrait « conserver » sa nature juridique.

voir une décision d'identification constitutionnelle. L'écart avec les critères classiques du traité international serait alors expliqué, tout comme l'idée que l'acte reste un traité, en tout cas si l'on suppose que certains traités peuvent avoir valeur constitutionnelle[1]. L'argumentation du Conseil viserait alors à prouver que le traité de 2004 n'est pas constitutionnel parce qu'il ne correspond pas aux critères de la catégorie de constitution du droit français. Elle resterait tout de même discutable car elle présupposerait sans l'expliquer que le traité établissant une Constitution pour l'Europe ne pourrait relever que de deux catégories et que l'inexistence dans l'une (celle de constitution) impliquerait forcément l'existence dans l'autre (celle de traité international). Malgré ce défaut, cela reste l'interprétation la plus solide de la décision de novembre 2004. Elle est d'ailleurs cohérente avec l'objectif visé, c'est-à-dire la précision de la place dans la hiérarchie des normes[2], alors que le constat de l'inexistence comme traité international serait sans effet sur ce point. Les critères utilisés peuvent eux aussi être reliés à la démonstration de l'absence de valeur constitutionnelle de l'acte examiné. Ainsi, la référence aux conditions d'entrée en vigueur servirait à écarter les soupçons de parenté avec l'édiction de la Constitution des États-Unis que suggère l'intervention d'une « Convention » à l'origine du projet[3].

En outre, les effets sur le régime juridique du traité de 2004 d'une éventuelle reconnaissance de sa qualité constitutionnelle légitiment clairement un travail d'identification constitutionnelle. L'enjeu est considérable : non seulement la recevabilité du recours devant le Conseil constitutionnel en dépend mais cela pourrait aussi influer sur sa procédure d'approbation. En effet, si le traité renvoie aux procédures nationales pertinentes, il reste à savoir quelle est la procédure valable en droit français puisque la procédure de ratification ne concerne que les traités internationaux. L'hypothèse du recours à l'article 89 de la Constitution a ainsi pu être évoquée dans le cas où cet acte aurait été considéré comme constitutionnel[4]. Cette idée peut paraître défendable puisqu'il s'agit de la procédure prévue pour l'adoption d'un acte relevant de la catégorie dogmatique de constitution en droit

[1] Le traité établissant une Constitution pour l'Europe serait alors considéré en principe comme un traité international au regard de sa procédure d'adoption et le Conseil constitutionnel se serait contenté de vérifier s'il avait malgré cela acquis une valeur constitutionnelle sans développer les éléments justifiant sa qualité « initiale » de traité.

[2] Dans le même sens, voir FAVOREU Louis et PHILIP Loïc, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 13e éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 944 ou ZINAMSGAROV Nicolas, *La décision du Conseil constitutionnel relative au Traité établissant une Constitution pour l'Europe : une « grande » décision ?*, Mémoire de DEA, Bordeaux IV, 2005, p. 25.

[3] Il est ainsi généralement noté que la Convention sur l'avenir de l'Europe n'a joué qu'un rôle technique et qu'elle n'a pas excédé son mandat, contrairement à la Convention de Philadelphie. Voir par exemple, DEHOUSSE Renaud, « Convention européenne, pourquoi les anti-fédéralistes ont gagné », *Europe en formation* n°2-2003, p. 30 ou TRIANTAFYLLOU Dimitris, *La Constitution européenne selon le Traité de Rome de 2004*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 147.

[4] LUCHAIRE François, article précité, p. 54.

français[1]. Pour autant, il ne faut pas oublier que le traité pourrait aussi répondre aux critères de la partie originaire de la catégorie dogmatique de constitution[2]. En outre, il est délicat de considérer l'article 89 comme la procédure nationale pertinente dans la mesure où il s'agit moins de la procédure à utiliser pour les normes entrant dans un « domaine » constitutionnel que de la procédure qui confère aux actes adoptés une nature constitutionnelle. L'identification constitutionnelle permet donc normalement de considérer comme constitutionnels les actes édictés dans le cadre de cette procédure et non de sélectionner les actes ayant vocation à l'utiliser[3]. Il semble alors délicat d'envisager que le Conseil décide que le traité doit être adopté dans le cadre de la procédure de l'article 89, même s'il avait estimé qu'il avait valeur constitutionnelle. Quoi qu'il en soit, les effets d'une qualification constitutionnelle demeurent importants car elle implique que la voie d'une ratification éventuellement précédée d'une habilitation constitutionnelle sera écartée[4]. De plus, l'interrogation sur la qualité constitutionnelle reste pertinente pour préciser le statut hiérarchique prévisible du traité et ses conséquences sur la procédure à suivre, ce qui est le but premier du Conseil. L'importance de cette question, combinée avec les faiblesses relevées dans les critères retenus pour défendre la qualification de traité international confirme la nécessité d'examiner la décision sous l'angle de l'identification constitutionnelle.

Cela en fait une décision unique en droit français, qui confirme le rôle que peut jouer le travail juridictionnel de qualification constitutionnelle trop souvent considéré comme exclu[5]. Elle présente même une certaine originalité au niveau mondial puisque l'identification constitutionnelle n'est pas traitée à la suite d'une rupture de la légalité interne mais en raison de l'émergence d'une norme externe susceptible de revendiquer une qualité constitutionnelle. En outre, de manière également inaccoutumée, le problème se pose avant l'adoption définitive de l'acte potentiellement constitutionnel, ce qui écarte toutes les explications *a posteriori*

---

[1] L'adoption d'un acte entièrement nouveau qui n'est pas *stricto sensu* une révision du texte de 1958 peut surprendre mais chacune des révisions se présente comme un acte autonome relevant de la catégorie dogmatique de constitution, même s'il vise à modifier le texte de 1958. La différence conceptuelle entre révision et adoption d'un acte nouveau n'est en réalité pas très nette (voir *supra*, p. 165). En outre, la procédure a déjà pu servir à adopter un texte entièrement nouveau qui passera difficilement pour une modification de celui de 1958 : la Charte de l'environnement.

[2] Nous envisageons notamment le cas où il serait considéré comme le produit de l'action du pouvoir constituant auquel se référerait la règle constitutive. Si celle-ci devait au contraire reposer sur des croyances individuelles, il serait bien difficile de la rattacher à une procédure préexistante puisque la qualité constituante n'est alors acquise qu'*a posteriori*.

[3] C'est parce qu'il est adopté par la procédure de révision que l'acte est constitutionnel et non l'inverse.

[4] La solution la plus logique serait de se déclarer incompétent sur le fondement de l'article 54 et de ne pas indiquer de procédure à suivre en tenant ainsi compte des limites inhérentes au contrôle *a priori* quant aux rapports entre la procédure d'adoption finalement suivie et la qualification de l'acte. Notons toutefois que le fait que les développements sur la qualité constitutionnelle du traité ont été placés dans la partie de la décision consacrée au principe de primauté montre que ces difficultés potentielles d'adoption n'ont pas vraiment été envisagées par le Conseil constitutionnel. Cela peut toutefois s'expliquer par la certitude, fondée ou non, que l'acte ne serait pas constitutionnel : l'idée n'a été évoquée que pour renforcer une argumentation sur la hiérarchie des normes sans avoir jamais été sérieusement envisagée.

[5] Voir *supra*, p. 117 et s.

(effectivité, norme fondamentale…) qui permettent souvent d'éviter la question de l'identification constitutionnelle[1]. Ce sont ces particularités qui font de la décision de novembre 2004 la meilleure preuve de la légitimité et de l'autonomie de la dimension dogmatique de l'interrogation sur l'adaptation de la constitution. La détermination de la nature juridique du traité établissant une Constitution pour l'Europe ne présente plus d'intérêt pratique mais la décision de 2004 demeure incontournable pour comprendre ce qui pourrait faire d'une norme internationale une constitution et donc comprendre le processus d'adaptation de la constitution[2]. Elle doit être utilisée comme un révélateur de la catégorie dogmatique et des difficultés occasionnées par son utilisation[3].

Saisir la fonction d'identification constitutionnelle de la décision est essentiel pour son analyse car cela implique une nouvelle lecture des trois critères utilisés : ils ne doivent plus être reliés à la catégorie dogmatique de traité international mais à celle de constitution. Plus précisément, ils relèvent de la partie originaire de cette dernière puisque la constitutionnalité du traité établissant une Constitution pour l'Europe ne peut venir des procédures prévues aux articles 11 ou 89 étant donné que la question se pose avant leur éventuelle utilisation[4]. Or, l'un des apports majeurs de la théorie de la règle constitutive est de permettre la critique de l'identification constitutionnelle d'actes originaires. Elle n'est plus considérée comme le fruit d'une décision totalement discrétionnaire du juge mais comme le résultat de l'application d'une règle préexistante à laquelle le juge est tenu s'il entend respecter le droit français. C'est dans ce cadre que nous devons évaluer la solution retenue par le Conseil constitutionnel. Elle peut participer à l'explicitation de la règle constitutive du droit français mais elle ne peut en revanche prétendre la créer ou la déterminer. Il ne s'agit évidemment pas ici de critiquer la catégorie positive de constitution mais bien de s'interroger sur son respect par le juge. Cette vision spécifique du statut et de l'objet des critères utilisés par le Conseil constitutionnel donne finalement une nouvelle perspective sur la décision du 19 novembre 2004 (B).

---

[1] Voir *supra*, notamment p. 307. La seule solution envisageable pour écarter la question est d'adhérer à un réalisme total laissant une marge de manœuvre sans limite au juge pour préciser la nature de l'acte en cause. Nous avons toutefois déjà pu constater les défauts d'une telle approche.

[2] L'abandon du traité établissant une Constitution pour l'Europe prive le débat mené de toute conséquence concrète mais l'étude de cet acte et des décisions qui le concernent peut encore jouer un rôle comparable à celui qu'aurait une expérience de pensée. Elle présente en outre l'intérêt d'éviter la dimension « fictive » de ce genre d'exercice puisqu'il s'agit de résoudre une difficulté qui s'est déjà posée et qui pourrait éventuellement réapparaître sous une forme ou une autre.

[3] Notons que dans le cas où le traité établissant une Constitution pour l'Europe aurait vraiment été une constitution, le Conseil constitutionnel aurait pu se contenter de déclarer la requête irrecevable en constatant qu'il ne s'agissait pas d'un traité international sans préciser pour autant sa nature juridique. Son argumentation montre toutefois une toute autre approche qui fait de la décision de 2004 une décision d'identification constitutionnelle dont il faut tenir compte.

[4] Le traité établissant une Constitution pour l'Europe est un acte dérivé s'il entre dans la catégorie juridique de traité international mais il ne peut appartenir à la catégorie de constitution qu'en tant qu'acte originaire.

B. Un choix critiquable des critères de constitutionnalité

Les critères utilisés pour préciser la nature du traité de 2004 font désormais figure de critères de constitutionnalité. Ce devraient être des critères dogmatiques (1) mais leurs défauts conduisent à les décrire comme des critères théoriques utilisés de manière déplacée (2).

1. DES CRITERES DOGMATIQUES INSATISFAISANTS

Les limites de la détermination et de la connaissance de la règle constitutive de la catégorie de constitution en droit français empêchent de comparer directement les critères retenus par le Conseil aux critères dogmatiques. Ceci n'empêche pas pour autant la critique car s'il subsiste des incertitudes, il est possible d'exclure toute valeur à certains critères dans la mesure où ils sont totalement coupés des pratiques et des discours partagés de manière non-controversée par les acteurs. Néanmoins, l'évaluation du raisonnement du Conseil constitutionnel est difficile, car s'il cite divers critères, il évite soigneusement de les présenter comme exclusifs : puisque sa solution se base « notamment » sur les trois critères précités, rien ne dit que s'ils étaient tous les trois satisfaits le texte aurait valeur constitutionnelle. Cela permet sans doute d'éviter de se prononcer définitivement sur ce point pour l'avenir. Notons qu'une lecture attentive de la décision permet d'ajouter un quatrième critère : après avoir déduit « notamment » des dispositions relatives à l'entrée en vigueur, la révision et la dénonciation unilatérale que le traité « conserve le caractère d'un traité international », le Conseil ajoute qu' « en particulier », sa « dénomination » ne pose pas problème « qu'en effet […] [elle] est sans incidence sur l'existence de la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne »[1]. Cela montre que si la dénomination n'est pas pertinente[2], un acte qui prétendrait remplacer la Constitution de 1958 ou plus simplement s'inscrire au sommet de la hiérarchie des normes perdrait son caractère de traité international[3]. Il faut ici remarquer que la citation d'une série de critères sans prétendre les créer et sans les relier à une source connue renforce l'idée selon laquelle les actes constitutionnels doivent être identifiés par l'application d'une règle dont la valeur n'est pas questionnée par les acteurs[4]. D'ailleurs, si la doctrine a

[1] Cons. const., n°2004-505 DC du 19 novembre 2004, considérant 10. Précisons que l'idée selon laquelle le traité n'avait pas vocation à se placer au sommet de l'ordre juridique interne est en contestable. Nous aurons l'occasion d'y revenir (voir *infra*, p. 700) mais à ce stade seule la liste des critères dogmatiques de constitutionnalité nous intéresse.

[2] Encore est-il possible de se demander si le Conseil refuse de tenir compte de la dénomination dans le travail de qualification ou s'il estime simplement que celle du traité qui lui est soumis n'altère pas son caractère international.

[3] Même si l'argumentation du Conseil n'est pas toujours transparente, la présentation du considérant 10 montre qu'il ne sert pas à aborder un nouveau problème juridique mais concerne bien la détermination de la nature internationale ou constitutionnelle de l'acte contrôlé. La question de la hiérarchie des normes n'est abordée à ce stade de la décision que pour « neutraliser » la dénomination en confirmant le caractère de traité international de l'acte en cause. D'ailleurs, l'ensemble des développements commentés est introduit par « en premier lieu », le « en second lieu » n'intervenant qu'au considérant 11.

[4] Notons que l'avis n°96.893 rendu par le Conseil d'État du Luxembourg le 22 mars 2005 suit le même principe.

parfois critiqué les critères choisis, le principe même de l'usage de critères à l'origine inconnue n'a jamais été remis en cause. Cela montre l'admission unanime de l'usage de principes privés de justification comme présupposés de la pratique juridique et du droit français[1].

Les critères retenus par le Conseil constitutionnel sont cependant assez problématiques. S'ils prétendent figurer les conditions prévues par la règle constitutive des actes constituants originaires du droit français, ils devraient logiquement permettre l'identification de la Constitution de 1958. Même si leur relative obscurité complique l'analyse, il semble qu'il n'en est rien car ils ne sont applicables qu'à la qualification d'actes conventionnels. Ainsi, l'on voit mal comment établir une correspondance entre les conditions d'entrée en vigueur de la Constitution de 1958 et celles du traité de 2004 car la procédure de ratification unanime n'a pas d'équivalent en droit interne. De ce fait, nous pourrions imaginer que la qualité constitutionnelle exige alors l'intervention d'un acte unilatéral mais ce critère n'aurait pas un grand pouvoir discriminant puisque la plupart des actes internes suivent ce modèle. Le critère des conditions de révision appelle une critique encore plus sévère. Là-encore, nous pourrions relever l'opposition entre l'exigence de ratification unanime et une procédure unilatérale, voire simplement majoritaire. Toutefois, il est bien difficile d'imaginer que les acteurs partagent une croyance sur un élément aussi éloigné des préoccupations classiques de l'identification constitutionnelle. Mieux, si la Constitution de 1958 devait être révisée pour conditionner sa révision à l'approbation de toutes les régions ou si une telle procédure avait été prévue dans l'origine, il paraît illusoire de croire qu'elle perdrait sa qualité constitutionnelle. Il est de surcroît bien difficile d'imaginer à quelle catégorie dogmatique elle appartiendrait alors car cela n'en ferait certainement pas un traité international et aucune norme n'a jamais été identifiée sur la base de ses conditions de révision. À l'inverse, un acte adopté dans le cadre d'une procédure internationale mais doté des mêmes conditions de révision que l'acte de 1958 devrait être considéré comme un traité international au regard de la souplesse du droit international sur les procédures de révision. Au final, le lien entre procédure de révision et règle constitutive de constitution n'est pas du tout établi. Le critère de la dénonciation présente des défauts du même ordre. Non seulement il est plus qu'improbable qu'il existe une croyance sur un élément aussi éloigné des débats sur l'identification constitutionnelle mais en plus des normes constitutionnelles positives

[1] Ce consensus apparent est particulièrement notable étant donnée l'existence et l'utilisation de tels principes ne sont que très peu théorisées alors qu'elle implique de rompre avec l'une des caractéristiques les plus nettes du droit moderne : sa réflexivité.

prévoient la possibilité d'autodétermination de certains territoires[1], ce qui équivaut pour eux à dénoncer, entre autres, la Constitution de 1958. De plus, si ce droit avait été accordé ou était accordé à l'avenir à toutes les régions françaises, l'on voit mal en quoi cela altérerait la nature juridique de l'acte de 1958. Cette idée n'a d'ailleurs rien d'une fiction puisque l'article 86 du texte originel permettait à chaque État membre de la Communauté française de déclarer son indépendance à la suite d'une initiative et d'une procédure purement locale. Les effets d'une telle mesure (perte de validité de l'ensemble du droit français, transfert de toutes les compétences…) sont largement comparables à ceux de la dénonciation d'un traité tel que le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Pourtant, personne n'a jamais prétendu que cette disposition faisait de la Constitution de 1958 un traité international, même du point de vue de l'ordre juridique des États membres de la Communauté. La règle constitutive de la constitution en droit français est donc parfaitement compatible avec la prévision d'un droit de dénonciation. Les trois premiers critères sont improbables mais aussi insuffisants car ils ne permettent pas de comprendre quelles particularités justifient la valeur constitutionnelle de l'acte de 1958 voire de celui de 1962. Les critères assumés par les acteurs dans l'ordre juridique français ne peuvent pas être ceux-là. La seule hypothèse tenable serait l'existence d'une règle constitutive supplémentaire pour les normes externes. Cela n'est pas logiquement inconcevable mais la décision de 2004 serait le seul élément manifestant une croyance de ce type, ce qui paraît vraiment mince, surtout en l'absence de toute position explicite en ce sens.

Même si sa fonction exacte est sujette à caution, le quatrième critère ne doit pas être oublié. Certes, son introduction par les termes « en particulier » laisse à penser qu'il n'est pas autonome mais son détachement des trois critères déjà étudiés suggère qu'il s'agit seulement d'une maladresse rédactionnelle visant à établir son lien avec la conservation de la qualité de traité international. Il mérite de ce fait d'être étudié de manière autonome. L'idée selon laquelle seul un acte suprême pourrait être considéré comme constitutionnel est *a priori* assez étonnante. En effet, le statut hiérarchique d'un acte est en principe connu uniquement après qu'il ait été qualifié : c'est parce qu'un acte est législatif qu'il s'impose au règlement et non parce qu'il s'impose au règlement qu'il est législatif. Le Conseil reconnaît d'ailleurs implicitement cette logique puisqu'il évalue la constitutionnalité du traité dans la partie de la décision qui porte sur « le principe de primauté ». Autrement dit, il suggère que son statut hiérarchique dépend de sa nature internationale ou constitutionnelle. Son argumentation n'est

[1] Nous pensons à l'article 5 de l'accord de Nouméa auquel renvoie l'article 77 de la Constitution. Plus largement, l'article 53 de la Constitution qui prévoit que « nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées » est traditionnellement considéré comme couvrant aussi l'hypothèse de la sécession de territoires (Cons. const., n°75-59 DC du 30 décembre 1975).

alors pas à l'abri d'une forme de circularité puisqu'il paraît affirmer à la fois que le traité ne sera suprême que s'il a valeur constitutionnelle[1] et qu'il n'aura valeur constitutionnelle que s'il est suprême[2]. Elle peut aussi sembler contradictoire puisque si la qualité constitutionnelle assure la suprématie de la norme concernée, l'on voit mal pourquoi le Conseil détaille par la suite les dispositions du traité sur son statut hiérarchique alors qu'il a déjà établi sa nature non-constitutionnelle[3]. Le premier temps du raisonnement est soit inutile soit suffisant. Si les trois premiers critères sont inadaptés, le quatrième pose donc avant tout un problème de logique. C'est pourquoi il doit être ré-interprété : ce n'est pas à la suprématie de l'acte qu'il faut s'attacher lors de l'identification constitutionnelle mais à la présence d'une revendication de suprématie[4]. Cette dernière ferait partie des conditions d'appartenance à la catégorie dogmatique de constitution : seul un acte prétendant à la suprématie peut être reconnu sur la base de la règle constitutive de la partie originaire de cette catégorie. Cette idée n'est pas facile à défendre car aucune constitution française n'a jamais revendiqué de manière explicite sa suprématie[5]. Il est alors possible de la reformuler en voyant dans la suprématie revendiquée une preuve du caractère *ultra vires* du traité qui en ferait un acte originaire qui ne pourrait être validé que par l'intervention du pouvoir constituant originaire. Cette vision néglige toutefois la contestation du lien entre le caractère originaire et le dépassement de compétence[6]. Surtout, il n'y a pas d'incompatibilité entre le statut de traité international et la suprématie, ce qui contredit l'aspect *ultra vires* d'un traité qui la revendiquerait[7].

---

[1] Il ne le dit pas explicitement mais la volonté de qualifier le traité dans la partie de la décision consacrée au statut hiérarchique du traité est inexplicable si le Conseil n'adhère pas à cette idée.

[2] Là-encore, le Conseil ne l'affirme pas clairement. Cependant, le fait qu'il traite d'abord de la suprématie dans le stade de son raisonnement consacré à la démonstration de la conservation de la qualité de traité international du traité établissant une Constitution pour l'Europe n'a de sens que si l'absence de suprématie permet de déduire la nature non-constitutionnelle de l'acte malgré une dénomination ambiguë. Notons au passage que dans ce premier temps, le Conseil fonde la non-suprématie du traité sur le seul article I-5 alors qu'il en utilisera plusieurs pour le même résultat par la suite.

[3] Notons que le lien entre la nature non-constitutionnelle du traité et sa suprématie appréciée dans le cadre d'un contrôle *a priori* est très contestable (GENEVOIS Bruno, « Le Conseil constitutionnel et la primauté du droit communautaire », *RFDA* 2005, p. 241) mais cela ne garantit pas pour autant la cohérence du raisonnement du Conseil.

[4] Cette ré-interprétation permet de lier l'étude des éléments du texte portant sur son statut hiérarchique avec sa qualification. Les dispositions qu'il contient indiquent en effet plutôt la volonté de ses auteurs concernant son statut hiérarchique que son statut réel (voir *infra*, p. 700). Toutefois, elle n'est pas parfaite car les considérants 11 à 13 qui reviennent de manière détaillée sur ces dispositions restent inexpliqués.

[5] L'acte de 1958 contient tout de même deux dispositions ambiguës de ce point de vue. Tout d'abord, l'article 54 prévoit que les traités contraires à la Constitution ne peuvent être ratifiés avant sa révision. Sa portée exacte est cependant très discutée (voir *infra*, p. 648). Ensuite, l'article 61 institue le contrôle de constitutionnalité des lois mais il s'agit d'un article avant tout procédural. La suprématie de la Constitution est d'ailleurs bien antérieure à ces articles (voir *infra*, p. 620).

[6] Voir *supra*, p. 165.

[7] Il est certes possible de prétendre que cette solution est admissible dans l'ordre international mais pas dans l'ordre interne car l'article 55 de la Constitution ne prévoit que la supériorité des traités sur les lois. Cet argument peine à convaincre car l'article 54 vise justement à relever les éléments d'un traité appelant une révision de la Constitution avant sa ratification. Autrement dit, un traité revendiquant sa suprématie n'a pas besoin de l'intervention du pouvoir originaire mais seulement d'une révision de la Constitution. Le rejet de l'existence de tout principe supra-constitutionnel en droit français rend cette révision tout à fait envisageable en principe.

Face à cet échec, une dernière interprétation est envisageable. Le raisonnement du Conseil constitutionnel doit être compris comme neutralisant la revendication constitutionnelle que semble porter le titre du traité de 2004. Il vise à prouver que celui-ci est purement symbolique et n'emporte pas la prétention de disposer du statut d'un acte constitutionnel en droit interne. La revendication de la suprématie n'est plus alors un élément auquel se réfère la règle constitutive de la catégorie de constitution mais un indice de l'absence de revendication constitutionnelle du traité. Le point essentiel ici n'est ni l'absence de suprématie, ni même l'absence de revendication de suprématie mais bien l'affirmation par le traité de sa non-suprématie à travers l'article I-5 qui marque pour le Conseil sa soumission volontaire aux constitutions nationales. Cette présentation est intéressante car elle évite toute circularité[1] et qu'elle n'intègre pas d'exigence improbable dans la règle constitutive, même si le retour du Conseil sur les dispositions fixant le statut hiérarchique du traité reste difficile à comprendre[2]. Le quatrième critère supposerait alors uniquement la présence d'un critère de revendication constitutionnelle dans la partie originaire de la règle constitutive de la constitution, ce qui est assez probable. L'absence d'une telle revendication implique l'inexistence de l'acte de 2004 comme constitution et justifie sa qualification de traité international. Cette lecture de la décision est cohérente avec le lien réalisé par le Conseil avec la dénomination car celle-ci n'a un rôle que dans la mesure où elle est aussi un indice de la volonté des auteurs quant à la nature juridique du traité[3]. Elle suppose toutefois que tout acte constitutionnel a vocation à être suprême et que l'autorité qui entend créer un acte constitutionnel ne peut souhaiter lui donner une place subordonnée dans la hiérarchie des normes. Cette prétention est un peu excessive mais elle tient à une appréciation des faits et non au contenu de la règle constitutive. De plus, elle exclut la pluralité des actes constitutionnels en n'envisageant que la supériorité sur la Constitution française et non l'égalité avec elle, qui serait pourtant logique si les deux actes relevaient de la même catégorie[4]. Dans tous les cas, il ne faut pas oublier que la revendication constitutionnelle ne peut être une condition suffisante de constitutionnalité sous peine de ne pouvoir exclure la feuille de papier. Ce serait donc le seul critère dogmatique utilisé à juste titre alors que l'indétermination de la règle constitutive resterait très forte. Ce

[1] La suprématie résulte bien du statut constitutionnel et ne participe pas à sa détermination. C'est la revendication de non-suprématie et non le statut réel qui a un rôle à jouer dans l'identification constitutionnelle.

[2] À la rigueur, il est tout de même possible de soutenir que la revendication d'une non-suprématie suffisait quand il s'agissait de chercher une revendication constitutionnelle mais que la précision sur le statut hiérarchique complet du texte pour évaluer la nécessité d'une révision constitutionnelle avant sa ratification exigeait plus de détails.

[3] Notons que cette interprétation peut difficilement valoir pour les trois premiers critères car ils sont sans rapport avec les caractéristiques habituelles des constitutions. Par ailleurs, pour un exemple de négation de toute portée à la dénomination du texte, voir ROUX Jérôme, article précité, p. 67.

[4] La révision de 1962 donne l'exemple de la coexistence de deux actes dans la partie originaire de la catégorie dogmatique de constitution sans difficulté majeure, en tout cas si l'on admet qu'il ne s'agit pas d'un acte dérivé.

n'est pas forcément surprenant car le Conseil constitutionnel ne dispose pas de ressources particulières pour la connaître et est même placé dans une situation particulièrement complexe en raison du caractère *a priori* de l'examen mené[1]. Au final, si le quatrième critère peut être lié à la règle constitutive, l'origine des trois autres est mystérieuse. Une comparaison avec certains développements théoriques permet de montrer qu'ils trouvent probablement leur source dans la confusion entre discours du droit et discours théorique (2).

2. L'UTILISATION ERRONEE DE CRITERES THEORIQUES

Une décision de justice ne peut structurellement relever du discours théorique entendu comme un discours sur le droit visant à la compréhension du monde dans le cadre d'une deuxième herméneutique qui s'ajoute à celle des acteurs. D'ailleurs, la décision de 2004 est bien conçue comme une norme individuelle et non comme la construction d'un modèle théorique rendant compte de la place du traité établissant une Constitution pour l'Europe dans l'évolution des systèmes juridiques actuels. Nous ne prétendons donc pas que le Conseil constitutionnel a voulu faire œuvre théorique mais plutôt qu'il a utilisé des critères issus du discours théorique, c'est-à-dire qu'il a emprunté des critères à des auteurs engagés dans un effort purement théorique[2]. Un transfert de ce type incarne un danger connu des sciences sociales : la modification de l'objet étudié à travers l'usage de concept de seconde herméneutique par les acteurs qui mène à la transformation des représentations et des choix des acteurs. Ce risque est particulièrement fort en droit car, à la différence des catégories théoriques, les catégories dogmatiques sont dotées d'effets juridiques. Étant donné que les juges ne disposent pas d'une discrétion totale en matière d'identification constitutionnelle, le fait qu'ils utilisent un concept théorique représente une erreur juridique et non épistémologique[3]. Cela implique en effet l'application du régime juridique d'une catégorie dogmatique donnée à des actes qui ne relèvent pas de cette catégorie mais d'une catégorie théorique portant simplement le même nom. Ce choix est non seulement illicite mais également illogique puisqu'il revient à se baser sur une homonymie pour déduire des conséquences normatives d'un terme descriptif. L'on tombe alors dans une sorte de circularité conservatrice déjà dénoncée : les termes théoriques sont définis en fonction de leurs régimes juridiques actuels donc leur reprise directe assure la perpétuation non assumée et non justifiée

[1] Les croyances sur les types et sur les individus qui seront en définitive déterminantes pour la qualification de l'acte ne sont pas forcément suffisamment assurées alors que les conditions prévues pour son entrée en vigueur ne sont pas satisfaites.
[2] Plus précisément, nous faisons référence à des auteurs qui sont considérés comme tenant un discours relevant de la deuxième herméneutique au regard des critères déjà précisés car le statut des énoncés sur le droit n'est pas toujours explicite.
[3] En revanche, il s'agit d'une erreur épistémologique quand la confusion s'opère dans un cadre doctrinal car la doctrine est soumise à des impératifs épistémologiques contrairement aux acteurs qui ne cherchent pas à décrire le droit.

du droit positif[1]. Les difficultés causées par cette attitude illustrent idéalement l'importance de la séparation entre catégories dogmatiques et théoriques.

Or, le Conseil constitutionnel semble tomber dans ce travers car les critères qu'il utilise sont privés de toute résonance en droit positif mais rappellent certains développements théoriques. Plus précisément, ils s'apparentent aux analyses doctrinales répandues sur la possibilité d'une transition constitutionnelle en Europe[2] qui sont adossées aux théories classiques du fédéralisme. En effet, la distinction entre constitution et traité occupe assez peu la doctrine historiquement car la constitution est généralement adoptée par un acte unilatéral. Seules les études consacrées aux États complexes font exception. Une doctrine allemande largement reprise en France fait ici office de courant majoritaire[3] et oppose deux grandes sortes d'entités politiques : l'État fédéral et la confédération. Une série de critères est utilisée : effet direct ou indirect du droit dérivé, existence d'une primauté fédérale, compétences étendues ou purement nationales, procédures d'adoption majoritaires ou unanimes, licéité de la sécession ou encore création par une constitution ou par un traité[4]. Ils ont l'intérêt de dépasser la simple distance entre créations par un acte unilatéral ou multilatéral qui semblait insuffisante pour couvrir le cas des États fédéraux formés par agrégation mais aussi d'entretenir un rapport avec un certain nombre d'exemples historiques considérés comme des prototypes[5]. Ils sont particulièrement pertinents pour nous car le débat européen a depuis longtemps transformé les divers critères du fédéralisme en critères de l'opposition entre traité et constitution[6]. Ainsi, la constitution se caractériserait par la généralité des compétences créées mais surtout par des procédures d'adoption et de révision se contentant de l'accord d'une majorité de membres, la possession d'une véritable primauté et l'interdiction de la sécession. Symétriquement, le traité est marqué par son adoption et sa révision unanime, la possession d'une primauté purement internationale et l'autorisation de la sécession. Cette construction est évidemment théorique car elle se détache du discours des acteurs et prétend à une universalité inaccessible aux catégories dogmatiques.

---

[1] En dernière analyse, cela revient de manière assez étonnante à définir le régime juridique de certaines situations sur la base de leur appartenance à un groupe lui-même formé sur la base du régime juridique de ses membres.

[2] À ce stade apparaît un autre problème né du mélange entre discours théorique et dogmatique : le juge choisit ici, sans le justifier, de se référer à certaines théories au détriment d'autres, ce qui renforce encore la fragilité des critères utilisés.

[3] Ces doctrines et leurs critiques seront détaillées dans la seconde partie de la thèse (voir *infra*, p. 487) puisqu'elles relèvent avant tout du discours théorique. Elles ne sont abordées ici que dans la mesure nécessaire à l'exposé de la décision de 2004.

[4] Voir par exemple, CADART Jacques, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, Economica, 1990, T. I, p. 70 ou ZOLLER Elisabeth, *Droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, PUF, 1999, p. 29.

[5] Les théories en question ont été élaborées avant tout sur la base des exemples allemand et américain.

[6] Pour des exemples allant dans ce sens, voir BLUMANN Claude, « Entrée en vigueur, révision et retrait dans le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe », *Tribune du droit public* 2004, p. 149 ou GERKRATH Jörg, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1997, p. 270.

Les critères utilisés par le Conseil constitutionnel se situent clairement dans cette perspective. Tout d'abord, la pluralité de critères, qui est en tant que telle critiquable pour des catégories théoriques, s'apparente au faisceau d'indices injustifié de la décision de 2004. Ensuite, l'alternative exclusive entre traité et constitution y trouve aussi sa source. Surtout, les trois critères à l'origine mystérieuse correspondent parfaitement à ceux que l'on retrouve dans la théorie générale des formes d'État. L'adoption (entrée en vigueur) et la révision du traité établissant une Constitution pour l'Europe sont avant tout caractérisées par la préservation de l'exigence de ratification unanime alors que ce point avait été très débattu. Ce caractère est inopérant pour qualifier un acte de traité ou de constitution mais il est utilisé pour opposer le traité et la constitution entendus dans un sens théorique. L'attention portée à la dénonciation malgré son manque d'intérêt en droit international comme en droit interne trouve aussi sa justification dans la théorie générale des formes d'État. Elle est en effet au cœur de l'opposition entre État fédéral et confédération, et donc entre constitution et traité[1]. Ces arguments sont totalement détachés de l'identification constitutionnelle mais ils trouvent leur cohérence dans un effort théorique respectant les catégories issues de la doctrine majoritaire. La suprématie qui fait office de quatrième critère suit aussi ce modèle : l'absence de primauté sur les constitutions nationales confirmerait le caractère international de celle-ci par opposition à une véritable suprématie fédérale[2]. La correspondance de ce critère avec la théorie générale des formes d'État est confirmée par le lien établi par le Conseil entre le caractère international de la primauté et la référence du traité à un « mode communautaire » d'exercice des compétences[3], implicitement opposé au « mode fédéral » présent dans un premier projet. Le lien entre nature de l'entité créée et nature juridique de son statut, typique de la doctrine majoritaire, se retrouve bien dans la décision de 2004.

La reprise illicite de critères théoriques apparaît finalement comme l'explication la plus probante des choix du Conseil constitutionnel[4]. Elle permet de comprendre la combinaison inédite et étonnante de ces critères, tout comme l'absence de toute justification. Mieux, elle correspond à l'impression de classement entre les catégories de traité et de constitution d'une

---

[1] Voir, LE FUR Louis, *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2000, p. 536 ou HANF Dominik, « The Treaty Establishing a Constitution for Europe. A Flexible Constitution ? », *in* DEMARET Paul, INGE Govaere et HANF Dominik (éd.), *30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe. Liber professorum 1973-74 – 2003-04*, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 2005, p. 55.

[2] Notons que cette théorie est largement défendue par une école doctrinale récente qui entend relativiser la portée de la primauté du droit communautaire pour la réconcilier avec la suprématie constitutionnelle (voir *infra*, p. 611).

[3] Cons. const., n°2004-505 DC du 19 novembre 2004, considérant 12.

[4] Nous disposons finalement de deux interprétations du quatrième critère : soit il tire sa source de la règle constitutive et se réfère à une revendication constitutionnelle, soit il est le fruit d'une confusion entre théorie et dogmatique et vise clairement le statut hiérarchique du traité. La première lecture est la plus intéressante mais l'ampleur de la reconstruction nécessaire la rend nettement moins crédible que la seconde.

norme dont l'existence n'est jamais interrogée : la démarche théorique porte sur des normes valides et ne permet pas de statuer sur leur validité[1]. C'est l'interprétation qui offre la plus forte cohérence interne. Elle vaut également pour de nombreux commentaires doctrinaux car si l'approbation[2] côtoie la désapprobation[3], les modalités de choix des critères ne sont pas remises en cause et la confusion des genres n'est pas dénoncée[4]. Le flou sur la qualification dans ce cadre est renforcé par des emprunts théoriques permanents, voire par certaines dérives essentialistes[5]. Les difficultés engendrées par le traité établissant une Constitution pour l'Europe illustrent de ce fait idéalement les incertitudes qu'occasionne l'emploi à la fois dogmatique et théorique du terme « constitution ». Cette attitude est discutable puisqu'elle repose sur une confusion sémantique mais elle montre également l'importance de concevoir l'adaptation de la catégorie dogmatique de constitution en tenant compte du contexte général de la transition constitutionnelle sans se limiter au seul cadre national. L'attention portée aux exemples anciens de constitutions nées d'accords internationaux est louable, même si elle ne peut servir de base à l'identification constitutionnelle. La confusion entre dogmatique et théorique est en tant que telle révélatrice des particularités de l'adaptation de la notion de constitution aux mutations du droit contemporain. En effet, chacun de ces discours a sa place dans l'évaluation de cette adaptation. Au final, si le Conseil constitutionnel s'est engagé dans un débat dogmatique qu'il aurait pu éviter, la réflexion théorique est bien la voie à suivre pour élucider la transition constitutionnelle (II).

II. LA COMPREHENSION DE LA PARTICULARITE DE LA TRANSITION CONSTITUTIONNELLE

L'analyse du cas concret que représente la qualification du traité établissant une Constitution pour l'Europe a permis d'introduire un concept dont l'étude doit être développée : la transition constitutionnelle. Nous désignons par cette expression l'hypothèse

[1] Cela explique pourquoi le constat de la qualité non-constitutionnelle de la norme suffit à y voir un traité international. Nous ne sommes pas face à des processus indépendants d'identification visant à préciser le mode d'existence des normes en cause mais bien face au tri de normes valides entre deux catégories théoriques exclusives.

[2] Voir par exemple, ROUSSEAU Dominique, « Primauté du droit de l'Union et primauté normative de la Charte des droits fondamentaux », *in* MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel et MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand (dir.), *Constitution et construction européenne*, Paris, Dalloz, 2006, p. 191.

[3] Voir, FRANCK Claude, article précité, p. 634 ou PICHERAL Caroline, « La primauté du droit de l'Union aux termes de la décision n°2004-505 DC du Conseil constitutionnel. Reconnaissance et méconnaissance d'un principe », *RAE* 2005, p. 121.

[4] Au contraire, de nombreux auteurs approuvent ou développent le mélange entre catégories théorique et dogmatique. Voir ainsi, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Commentaire de la décision n°2004-505 DC du 19 novembre 2004 », *RTDE* 2005, p. 561 ou PICHERAL Caroline, article précité, p. 122.

[5] « L'essence constitutionnelle » du traité est évoquée (LENAERTS Koen et VAN NUFFEL Piet, « La Constitution pour l'Europe et l'Union comme entité politique et ordre juridique », *CDE* 2005, p. 19) tout comme « sa nature profonde » qui serait « inconnaissable » (intervention du professeur Gautron dans la table ronde « Quel contenu donner à la révision constitutionnelle », *in* MATHIEU Bertrand *et alii*, *op. cit.*, p. 231).

de l'adoption d'une constitution par une série d'entités initialement séparées et dotées de leurs propres constitutions, à l'image l'adoption de la Constitution des États-Unis en 1787[1]. Nous entendons montrer ici que la dogmatique contribue de manière décisive à la clarification de l'adaptation de la catégorie juridique de constitution nécessaire pour comprendre et représenter ce phénomène (A). Pour autant, elle reste insuffisante car l'interaction complexe entre théorie et dogmatique constatée dans la décision de 2004 se retrouve ici. Seule leur combinaison permet de saisir parfaitement le principe et le fonctionnement d'une transition constitutionnelle (B).

A. La contribution de la dogmatique à la compréhension de la transition constitutionnelle

L'élucidation de la catégorie dogmatique de constitution rend possible l'identification des difficultés posées par la décision de 2004 et permet aussi d'envisager une argumentation plus appropriée. En effet, elle écarte certains des problèmes complexes relevés dans l'introduction (1) et propose plus largement une nouvelle vision de la place de la constitution dans le système juridique qui rend possible sa mutation (2).

1. LA RESOLUTION DE CERTAINS PROBLEMES COMPLEXES

La vision dépassionnée de la catégorie dogmatique de constitution qui émerge du travail mené rend son adaptation plus facile à saisir dans ses deux modalités. La première passe par l'évolution du sens du terme « constitution » dans le discours du droit, c'est-à-dire un changement des critères servant à sélectionner les normes constitutionnelles dans l'ordre juridique français. Ce dernier était assez mystérieux à l'origine, notamment parce qu'il était remis en cause par les approches cherchant l'essence éternelle de la constitution et implicitement par les approches théoriques se limitant à des constructions doctrinales. Au mieux, l'on pouvait constater *a posteriori* cette modification à travers une définition lexicale recensant les usages du terme dans le discours du droit[2] sans pour autant pouvoir l'expliquer. Il était alors impossible d'envisager les potentialités et les limites de cette adaptation. La théorie de la règle constitutive change la donne puisque le changement des critères de constitutionnalité ne pose plus aucune difficulté conceptuelle. Il marque simplement celui des croyances partagées par les acteurs sur le type de faits bruts devant être considérés comme des

[1] Cette éventualité ne doit bien sûr pas être confondue avec le passage d'une constitution à l'autre à l'intérieur d'un État auquel renvoie souvent les termes « transition constitutionnelle ».
[2] Notons qu'il s'agirait d'une définition lexicale atypique dans une perspective dogmatique puisque l'usage du terme ne serait pas relevé dans la norme générale qui le définit mais dans des normes individuelles qui le mettent en œuvre.

actes constitutionnels. C'est finalement une éventualité assez banale même si sa répétition déboucherait sur une insécurité juridique permanente. La transformation de la liste des normes constitutionnelles pour inclure des éléments anciennement écartés ne crée plus alors aucun problème. La complexité constatée précédemment reste entière, surtout dans un contexte de mutation du droit, mais cela n'altère pas l'apport de la théorie de la règle constitutive à la compréhension du phénomène d'adaptation constitutionnelle. La deuxième modalité de l'adaptation de la constitution est encore plus simple à concevoir. L'inclusion de normes externes dans la catégorie dogmatique de constitution n'a rien de compliqué dans la mesure où elles répondent aux critères de cette dernière, ce qui semble possible dans le système juridique français au regard des critères exposés précédemment. L'évolution est certes moins spectaculaire mais ses effets sur les rapports juridiques sont tout aussi profonds. L'apport est sensible puisque le travail dogmatique se limite traditionnellement aux actes constitutionnels déjà connus.

Mieux, la vision proposée du mode d'existence et de la fonction des catégories dogmatiques permet d'éclaircir certains des problèmes complexes qui bloquent la description de l'adaptation de la constitution. Il s'agit moins de les résoudre que de montrer qu'ils ne sont pas véritablement gênants une fois précisé ce que l'on veut dire quand l'on évoque la constitution au sens dogmatique. Ainsi, le lien entre peuple et constitution, qui donne lieu à tant de débats sur la possibilité d'un peuple européen[1], et l'intégration du peuple ou du pouvoir constituant dans la définition de la constitution sont envisageables sans qu'aucun effort théorique ne soit nécessaire. D'ailleurs, les théories politiques n'ont pas d'effet direct sur les croyances partagées sur le peuple et son rôle. Les rapports éventuels entre la constitution et le pouvoir constituant en droit national sont sans effet sur le cadre européen, ce qui ne signifie pas que l'on peut les exclure du droit européen en fonction de choix personnels[2]. Le lien entre État et constitution repose lui aussi sur des critères dogmatiques sur lesquels la doctrine n'a pas de poids[3]. Le détachement entre État et constitution ne présente de

[1] Voir, parmi de nombreux exemples, GERKRATH Jörg, *op. cit.*, p. 264 ou ROBBERS Gerhard, « Le peuple européen et la Constitution pour l'Europe », *Politeia* n°6, p. 309. Les débats sur le pouvoir constituant européen sont aussi très répandus. Voir, GRARD Loïc, « Traité constitutionnel, une réalité juridique », *RDP* 2003, p. 1261 ou RIDEAU Joël, « Les référendums nationaux dans le contexte de l'intégration européenne », *in* AUER Andreas et FLAUSS Jean-François (éd.), *Le référendum européen*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 112.

[2] Au contraire, selon certains, la doctrine pourrait par exemple choisir d'écarter « la théorie du pouvoir constituant » au profit de nouvelles sources de légitimité (TORCOL Sylvie, « L'internationalisation des constitutions nationales », *Politeia* n°8, p. 336).

[3] Beaucoup d'auteurs défendent à l'inverse un lien absolu entre État et constitution (voir par exemple, CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1922, T. II, p. 575 ou LAVROFF Dmitri-Georges, *Le droit constitutionnel de la Ve République*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1999, p. 98) ou nient toute relation (voir par exemple, GUERRA-MARTINS Ana Maria, « Vers une Constitution post-nationale, fédérale, confédérale ou vraiment sui generis ? », *Revue européenne de droit public* 2004, p. 51 ou PROVOST Anne, « Recherche sur la nature du traité établissant une

ce fait aucune difficulté. Il est facilité par le rejet des conceptions défendant la création de l'État ou de l'ordre juridique par la constitution. Les débats sur la place de la souveraineté dans l'édiction de la constitution[1] peuvent avoir une pertinence politique mais ne sont pas nécessaires pour comprendre la transition constitutionnelle. L'incarnation traditionnelle de la constitution au niveau étatique ne paraît pas en tant que telle décisive. Elle peut aisément être expliquée par l'absence de toute revendication constitutionnelle au niveau international. Au passage, notons qu'il est plus que douteux que l'édiction par l'État soit l'un des critères de la catégorie alors que le concept juridique d'État est quasiment inconnu du droit interne. L'absence de toute mention de cette idée dans la décision de 2004 mérite également d'être notée. En outre, cela poserait une difficulté logique car l'attribution d'un acte de langage à l'État repose sur sa qualification et non l'inverse. De même, le caractère interne d'une norme dépend de sa valeur institutionnelle et non l'inverse. Toutefois, il reste possible de contourner ce problème, par exemple en exigeant l'intervention d'un organe interne. Quoi qu'il en soit, le fait qu'un traité international soit considéré comme une constitution est également tout à fait envisageable[2]. L'exemple de l'acte de révision de 1962 est ici essentiel : un traité revendiquant sa constitutionnalité pourrait connaître le même sort qu'une loi ordinaire placée dans la même situation[3]. Le rattachement habituel de la constitution à la catégorie des lois et non à celle des contrats dans la terminologie civiliste[4] ne représente pas un véritable obstacle. L'opposition entre actes unilatéraux et multilatéraux est notable mais pas forcément incontournable. La théorie de la double signification s'applique sans difficulté aux deux[5] et en l'absence de tout lien logique entre constitution et acte unilatéral, un acte multilatéral n'a pas besoin d'une justification plus forte qu'un autre fait brut pour accéder à la constitutionnalité. Les exemples étrangers parfois invoqués n'ont pas de rôle à jouer. La prise en compte de la relativité de la dogmatique permet même d'imaginer qu'un acte puisse avoir la qualité de traité international du point de vue du droit international et celle de constitution du point de vue du droit interne. L'hypothèse d'un traité constitutionnel n'a donc rien d'extraordinaire. D'autres éventualités encore plus originales sont envisageables telles que l'approfondissement

---

Constitution pour l'Europe : le point de vue d'une internationaliste », *Tribune du droit public* 2004, p. 321) sans passer par une argumentation dogmatique.

[1] Voir TURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, p. 112 ou ROUX Jérôme, article précité, p. 68.

[2] Notons que ce cas a déjà été envisagé par certains auteurs. Voir ainsi, GOY Raymond, « Sur l'origine extranationale de certaines constitutions », *in Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 39.

[3] Précisons bien qu'il ne s'agit pas de dire ici que la catégorie actuelle de constitution du droit français est fondée sur des critères permettant l'intégration de traité international mais simplement de constater que la « double nature » d'un acte qui répondrait à la fois aux critères des catégories de traité et de constitution ne fait pas obstacle à sa constitutionnalité.

[4] En ce sens, voir LAFERRIÈRE Julien, *Manuel de droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, Montchrestien, 1947, p. 288 ou WIGNY Pierre, *Droit constitutionnel, principes et droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1952, p. 168.

[5] Un acte multilatéral n'est jamais qu'un fait institutionnel complexe constitué par la combinaison de plusieurs actes de langage distincts (à l'image du mariage), voire une forme particulière d'acte de langage collectif.

de la pluralité d'actes constitutionnels qui est déjà effective aussi bien pour les actes originaires que dérivés. Ce point est souvent négligé mais l'attention portée à la définition de la constitution combinée avec la théorie de la double signification a permis de montrer que derrière le singulier de la « Constitution » se cachait un groupe d'actes séparés. L'ajout d'un acte constitutionnel international impliquerait alors des difficultés techniques mais ne pose aucun problème conceptuel[1]. L'émergence d'une norme supérieure à la Constitution est également tout à fait admissible. Elle illustrerait une modalité de l'adaptation moins souvent citée : la mutation du régime juridique de la catégorie de constitution. Encore une fois, ce sont les croyances des acteurs et non les choix des théoriciens qui sont déterminants ici. Au final, tous les problèmes apparemment conceptuels relevés apparaissent ici comme des questions empiriques. Certains éléments de réponses sont même déjà connus. Le cas du traité établissant une Constitution pour l'Europe est ainsi susceptible d'être réglé en se fondant sur l'absence de toute revendication sans être bloqué par ces fameux problèmes. Cette nouvelle conception de la catégorie dogmatique de constitution et de son adaptation facilite clairement la description de la transition constitutionnelle (2).

2. UNE NOUVELLE VISION PERMETTANT DE CONCEVOIR LA TRANSITION CONSTITUTIONNELLE

Le dépassement des obstacles conceptuels permet de concevoir l'hypothèse d'une constitution européenne. En effet, les objections classiques sont privées de la force apparente que leur conférait leur dimension conceptuelle. Le schéma établi décrivait la constitution comme le produit de l'action d'un pouvoir constituant originaire a-juridique incarné dans la nation[2] qui la dotait d'un statut suprême exclusif[3] ne pouvant faire l'objet d'une contestation internationale[4]. Il rendait impossible toute transition constitutionnelle car aucun des éléments qui le composent ne peut se réaliser au niveau international ou européen. L'émergence d'une revendication constitutionnelle européenne pouvait alors légitimement passer pour une forme de déviance à combattre. Or, si cette vision de la constitution n'est pas fausse, elle néglige totalement sa propre relativité. Sa modification devra donc avoir lieu sans prétendre faire émerger une nouvelle vérité conceptuelle indépassable. En fait, deux dérives se font face.

[1] Notons que la pluralité d'actes constitutionnels peut aussi apparaître sous la forme d'une pluralité de catégories dogmatiques mais cette hypothèse est un peu plus complexe en raison de la combinaison de la dogmatique et de la théorie.
[2] ARDANT Philippe et MATHIEU Bertrand, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 20e éd., Paris, LGDJ, 2008, p. 54 ou LAFERRIÈRE Julien, *op. cit.*, p. 302.
[3] COHENDET Marie-Anne, *Droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 88 ou TRÉMEAU Jérôme, « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *AIJC* 1990, p. 219.
[4] MARTINEZ LOPEZ-MUNIZ José-Luis, « La primauté du droit communautaire européen », *in La méthodologie de l'étude des sources du droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 166.

D'un côté, certains ont tendance à voir dans l'état actuel du système juridique français la marque d'une essence constitutionnelle indépassable[1]. De l'autre, il est soutenu qu'il est possible de dépasser arbitrairement cette réalité par un changement de vision du monde au niveau doctrinal[2]. Le défaut commun à ces deux approches est la négligence de la place déterminante des représentations des acteurs. La relativité de ces schémas y trouve sa source, tout comme la possibilité de leur mutation. Les problèmes conceptuels complexes tenant à l'adaptation de la constitution sont avant tout le fruit de cette négligence de la relativité des structures des systèmes juridiques. Il est légitime de constater qu'il n'existe pas actuellement de constitution européenne au sens dogmatique français du terme mais pas d'exclure *a priori* toute évolution du droit en ce sens. En dépassant cette difficulté, nous renouons avec l'objectif fixé à notre recherche : acquérir la capacité à « penser » l'adaptation de la constitution. Cela revient en dernière analyse à appliquer à l'adaptation le constat effectué à propos de la coutume constitutionnelle ou des principes supra-constitutionnels : l'adaptation n'a rien d'évidente mais elle est possible.

L'intérêt de la théorie de la règle constitutive est ici manifeste : en introduisant des conditions de vérité quant aux présupposés du système juridique, elle permet de saisir la relativité et le caractère évolutif de ses structures. La capacité à rendre compte de la transition constitutionnelle découle donc de celle à décrire le système juridique en se détachant des préférences de l'observateur et de certains schémas doctrinaux. Il s'agit de refuser à la fois la nécessité conceptuelle et l'impossibilité logique qui sont les deux faces d'une même erreur. C'est pourquoi la mutation potentielle des critères de constitutionnalité implique de reconsidérer certaines idées classiques. Ainsi, si l'hypothèse d'un référendum européen ou d'un traité international transférant le pouvoir constituant[3] est sans pertinence actuelle du point de vue interne[4], la probabilité d'apparition de croyances individuelles sur les actes concernés est tout à fait défendable[5]. Le rôle potentiel de ce genre de croyances montre aussi comment un traité international pourrait se transformer en constitution. L'adaptation de la constitution est au final prise en compte sous ses différents aspects : acquisition d'une qualité

[1] La dimension essentialiste est parfois remplacée ou renforcée par les préférences politiques libérales ou nationalistes qui encouragent à voir une réalité incarnant bien ces choix comme une vérité objective et incontestable.

[2] Pour un exemple de ce type, voir TORCOL Sylvie, « Les mutations du constitutionnalisme à l'épreuve de la construction européenne : essai critique sur l'ingénierie constitutionnelle », *Civ. Eur.* n°9, p. 372.

[3] Pour des propositions de ce type, voir FLAUSS Jean-François, « Le référendum européen dans tous ses états. Conclusions générales », *in* AUER Andreas et FLAUSS Jean-François (éd.), *Le référendum européen*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 339 ou ROUSSEAU Dominique, « Traité constitutionnel, un monstre juridique », *Le Monde* 22 octobre 2002, p. 17.

[4] Ce genre d'idée ne correspond manifestement à aucune catégorie dogmatique et semble donc coupé du raisonnement juridique, ce qui est gênant si l'on veut en déduire que certains actes ont des propriétés juridiques spécifiques qui découleraient de leur nature constitutionnelle.

[5] Notons qu'il s'agit ici d'envisager une évolution potentielle mais qu'il est impossible de formuler d'énoncé dogmatique à ce sujet puisqu'il faudrait passer par une prévision du point de vue externe qui ne relève pas de la dogmatique.

constitutionnelle par des normes externes mais aussi émergence d'une catégorie de constitution différente de celle du système juridique français actuel. À travers la théorie de la règle constitutive, l'évolution de cette dernière devient comparable à celles des catégories de meurtre ou de loi. Le rôle de cette théorie est encore plus fort dans le cas de transition constitutionnelle car celle-ci s'opère plus probablement par le biais d'actes originaires que par celui de révision des constitutions nationales. La contribution de la dogmatique à la description de la transition constitutionnelle est ici établie : les mécanismes en cause impliquent nécessairement l'apparition de nouvelles normes.

La dissipation des problèmes conceptuels n'est toutefois que partielle. En effet, les solutions proposées ne valent que pour la constitution au sens de la dogmatique qui se rapporte au droit français, c'est-à-dire seulement pour une partie des sens du terme « constitution ». Cette avancée n'est pas négligeable puisque c'est dans ce seul sens que la qualité constitutionnelle d'un acte est dotée d'effets juridiques en droit français. Pour autant, la dissipation assez aisée de ces problèmes conceptuels démontre aussi les limites de l'analyse dogmatique : malgré certaines confusions, la présence de tels débats sur ceux-ci n'est certainement pas due au hasard. En réalité, la catégorie dogmatique de constitution n'est pas seule en cause. Au contraire, la transition constitutionnelle ne peut être comprise qu'en ajoutant certains éléments théoriques aux éclaircissements dogmatiques déjà fournis (B).

B. La nécessité d'une combinaison entre théorie et dogmatique

La transition constitutionnelle est un phénomène incontournable pour l'étude de l'adaptation de la constitution car elle est justement son incarnation contemporaine. Or, elle se caractérise par la mise en relation de constitutions situées à des niveaux distincts. C'est pour cela que la catégorie dogmatique ne suffit pas à sa représentation (1) et qu'elle doit être combinée avec la catégorie théorique de constitution (2).

1. L'INSUFFISANCE DE LA CATEGORIE DOGMATIQUE DU DROIT FRANÇAIS FACE AUX TRANSITIONS CONSTITUTIONNELLES

Nous avons pu définir la transition constitutionnelle comme l'adoption d'une constitution par un groupe d'entités initialement séparées et dotées de leurs propres constitutions. Il faut préciser ce concept en déterminant dans quel sens le terme « constitution » est employé dans cette phrase. L'exemple américain peut ici se révéler utile. Il est clair que la Constitution des États-Unis n'a pas été comprise comme relevant des catégories dogmatiques de constitution

employées dans les divers États fédérés. De longs débats ont eu lieu pour savoir s'il s'agissait d'un traité international ou d'une constitution[1] mais d'une constitution spécifique, celle d'un État fédéral et non d'un acte constitutionnel ajouté dans chaque État fédéré. Cela n'a rien d'étonnant pour au moins trois raisons. Tout d'abord, les constituants entendaient bien bâtir un nouvel ordre juridique et non simplement greffer de nouvelles normes dans les ordres juridiques existants. Ensuite, un système juridique dans lequel chaque État membre intégrerait le texte commun dans sa propre catégorie dogmatique serait très complexe en raison de la grande diversité des statuts juridiques d'un même acte censé s'imposer à tous. Enfin et surtout, dans ce cas, les rapports entre la Constitution fédérale et les constitutions fédérées seraient marqués par une égalité totale. Chaque État fédéré pourrait alors réviser la Constitution fédérale dans son propre ordre juridique et les règles communes seraient susceptibles de diverger au risque de priver l'engagement pris de toute portée. Ces particularités montrent pourquoi l'on ne peut assimiler une transition constitutionnelle avec une révolution interne ou une transition licite : la constitution centrale s'ajoute aux constitutions des membres sans les abroger et s'inscrit dans une catégorie spécifique. Cette situation repose sur une logique distincte de celle qui caractérise habituellement les actes constituants originaires. La volonté d'adoption d'une constitution fédérale ou centrale ne doit pas se comprendre comme celle d'adopter une constitution au sens du droit de chacun des États-membres[2]. Les acteurs ne se sont pas interrogés sur l'intégration de la Constitution fédérale dans la catégorie de constitution de chaque État et ils n'avaient pas à le faire car ce n'est pas cette revendication là qu'elle portait mais bien celle de s'inscrire dans une catégorie nouvelle[3]. Le terme « constitution » au début de la formule précitée ne répond donc pas au sens dogmatique disponible, celui du droit des États membres, mais à un sens différent.

La situation de l'Europe dans l'hypothèse d'une transition constitutionnelle paraît tout à fait comparable. Les partisans de l'adoption d'une constitution européenne ne souhaitent pas voir ajouter un acte constitutionnel dans la catégorie de constitution de chacun des États membres[4]. Les objections vues dans le cadre américain sont parfaitement transposables ici : il

---

[1] LAMBERT Jacques, *Histoire constitutionnelle de l'Union américaine*, Paris, Sirey, 1930, vol. 1, p. 21 ou ZOLLER Elisabeth, « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'État », *RCADI* 2002, T. 294, p. 84.

[2] Précisons qu'une telle hypothèse n'est bien sûr pas exclue, même si elle semble plus qu'improbable au regard de la complexité du système juridique qui en résulterait et de l'inefficacité prévisible du mécanisme. Cependant, elle constituerait simplement une extension de la catégorie nationale de constitution et se distinguerait de l'exemple américain tout comme de ce que nous appelons ici une « transition constitutionnelle ».

[3] Notons que nous envisageons ici le cas de l'interprétation constitutionnelle de l'acte de 1787, qui s'est finalement imposée, car si nous devions y voir un traité international, elle n'aurait aucune pertinence pour étudier la transition constitutionnelle.

[4] Nous employons ici cette formule pour simplifier la présentation étant donné que nous ne disposons pas encore d'une définition théorique de la constitution. En effet, elle est plus que critiquable car le rapport entre les différentes catégories des États membres peut difficilement passer pour uniquement nominal. Elle repose en réalité sur un critère théorique.

ne s'agit pas de soumettre cet acte à des régimes juridiques divers qui en feraient un engagement plus que souple, soumis légalement au bon-vouloir de chaque État membre[1]. Le fait que le droit communautaire prétende déjà être autonome et primer le droit national[2] rend une telle hypothèse encore plus improbable. Bien au contraire, l'établissement d'une constitution est souvent considéré comme la garantie d'une véritable primauté. D'ailleurs, le droit de l'Union européenne fonctionne sur la base de notions propres[3] et l'on voit mal pourquoi la catégorie de constitution devrait faire exception. Le débat sur la satisfaction des critères de la catégorie dogmatique de constitution par le traité établissant une Constitution pour l'Europe est légitime. Pour autant, il ne doit pas faire oublier qu'une éventuelle constitution européenne n'a pas plus vocation à relever de la catégorie dogmatique de constitution du droit français que la Constitution des États-Unis ne relève de la catégorie dogmatique de constitution de la Virginie. Le succès d'une revendication constitutionnelle européenne passe par l'intégration dans une catégorie dogmatique européenne qui ne se confond pas avec la catégorie française étudiée jusque-là. Cela implique donc l'apparition d'une nouvelle catégorie dotée d'une définition et d'un régime juridique original à travers l'émergence de croyances à ce sujet. La construction proposée est sans doute un peu complexe au regard des exigences épistémologiques pesant sur la dogmatique positiviste mais elle est des plus simples en pratique car les acteurs n'ont pas besoin d'être conscients de la multiplication des catégories ou *a fortiori* du rôle joué par les croyances dans ce phénomène[4].

Négliger cette séparation des catégories favorise une confusion déjà facilitée par le désintérêt pour la définition de la catégorie dogmatique de constitution. Le débat doctrinal et juridictionnel sur la constitutionnalité du traité établissant une Constitution pour l'Europe a ainsi pu se dérouler sans que la diversité des catégories en cause n'ait été relevée[5]. Or, au-delà de l'opposition entre catégories dogmatique et théorique, il faut souligner qu'une transition constitutionnelle implique plusieurs catégories dogmatiques distinctes de constitution[6] et que la notion habituellement utilisée par la doctrine française ne peut suffire. En conséquence, il

[1] Il serait alors en effet possible pour chaque État membre de la réviser unilatéralement par une loi constitutionnelle nationale. En revanche, un simple traité international ne peut pas être modifié unilatéralement de manière licite.
[2] Voir *infra*, p. 682.
[3] Pour plus de détails sur cette autonomie notionnelle, voir *infra*, p. 585 et s.
[4] L'exemple américain est là-encore assez utile. L'autonomie de la catégorie fédérale de constitution ne pose aucun problème pratique et est manifestée par l'originalité de son statut hiérarchique ou son détachement des constitutions fédérées. Elle a pu être assurée sans qu'il soit nécessaire de théoriser l'opposition entre les catégories.
[5] La difficulté de répondre à la question posée dans la décision de 2004 peut y trouver sa source : la véritable question n'est pas celle de l'appartenance du traité à une catégorie existante de constitution mais bien celle de l'apparition d'une nouvelle catégorie. Or, cette interrogation n'a pas fait l'objet de véritables recherches sur le plan dogmatique. L'autonomie de la notion européenne de constitution n'est évoquée que dans le cadre d'efforts théoriques visant à donner une nouvelle image du droit positif (voir *infra*, p. 585) et non pour anticiper une transition constitutionnelle marquant une évolution de ce droit.
[6] Sont en effet impliquées dans la transition les catégories dogmatiques de constitution de chacun des membres de la nouvelle entité et la nouvelle catégorie qui émerge au niveau central.

est impossible d'appliquer le régime juridique des actes constitutionnels français à une éventuelle constitution européenne. Ainsi, l'évocation de l'article 89 pour adopter le traité de 2004 dans le cas où sa valeur constitutionnelle aurait été reconnue manifeste un mélange des catégories puisque cet article ne concerne que les actes constitutionnels au sens du droit français. Cette critique vaut aussi contre l'idée selon laquelle des révisions constitutionnelles nationales pourraient faire émerger une constitution européenne : elles pourraient certes écarter d'éventuels obstacles internes mais sûrement pas faire naître une nouvelle catégorie au niveau européen. De même, la combinaison entre une revendication constitutionnelle de ce nouveau genre et un référendum de l'article 11 ne présente pas de pertinence spécifique. Le rapport avec l'article 54 n'est pas non plus évident puisque le placement de cette catégorie potentielle parmi les « engagements internationaux » couvert par cette disposition paraît tout à fait défendable. Le rapport à la suprématie doit aussi être débattu. Même en admettant que la suprématie fasse partie du régime juridique des actes relevant de la catégorie française de constitution[1], rien ne nous permet de prévoir si ce trait se retrouverait pour une éventuelle constitution européenne. De ce fait, même si le Conseil constitutionnel et la doctrine ne font pas preuve de précision quant au sens du terme « constitution »[2] qu'ils utilisent, le lien entre la qualification du traité de 2004 et sa suprématie peut faire l'objet de critiques.

En outre, cette séparation des catégories fonctionne dans les deux sens. En conséquence, elle implique que l'usage d'un vocabulaire constitutionnel par la Cour de justice des Communautés[3] n'a pas d'importance pour le travail sur la catégorie dogmatique de constitution en droit français[4]. Même si l'on voyait dans cette attitude la marque d'une véritable catégorie dogmatique[5], celle-ci n'aurait pas de rôle dans l'examen de la décision du 19 novembre 2004 et plus largement dans le débat dogmatique interne. Le fait que la Cour de justice considère un acte comme une constitution au sens européen du terme ne veut pas dire qu'il s'agit d'une constitution au sens du droit national. Le juge national est au mieux tenu par les catégories communautaires quand il applique le droit communautaire mais pas dans l'utilisation de catégories nationales homonymes[6]. Le Conseil constitutionnel et la CJCE répondent à des questions différentes qui ne sont liées que sur le plan sémantique. La même

[1] Voir *infra*, p. 649.
[2] Pour un exemple clair de mélanges des catégories en cause, voir BLANC Didier, « Les incidences du traité-constitutionnel européen sur la constitution européenne : une affectation minimale », *RRJ* 2005, p. 2260.
[3] Pour des détails sur cette jurisprudence, voir *infra*, p. 578.
[4] Pour un avis contraire, voir MOSSLER Geneviève, « Le Conseil constitutionnel est-il souverainiste ? », *Politeia* n°8, p. 48.
[5] Cette interprétation n'a rien d'évident car la Cour de justice n'énonce ni critères ni conséquences à la qualité de « charte constitutionnelle » attribuée aux traités. Il est donc possible d'y voir avant tout une démarche rhétorique (voir *infra*, p. 579).
[6] Pour prendre un exemple non-constitutionnel, la loi au sens de l'article 6 de la CEDH n'est pas la loi au sens de l'article 34 de la Constitution de 1958. Les catégories sont autonomes aussi bien quant à leurs critères qu'à leur régime juridique et doivent coexister en droit national sans que cela ne marque une quelconque incohérence.

remarque vaut évidemment pour d'éventuelles décisions étrangères : chaque ordre juridique dispose de ses propres catégories malgré un vocabulaire en partie partagé. D'éventuelles divergences apparentes entre juges nationaux ne sont donc pas du tout problématiques tant que c'est la qualité de constitution au sens du droit interne qui est en cause[1]. Rien n'empêche qu'un État X intègre l'ensemble du droit de l'Union européenne dans le droit constitutionnel par une loi de révision mais cela n'implique pas que l'État Y aurait tort de ne pas lui reconnaître une valeur constitutionnelle au sens de son propre droit national. Cette logique qui vaut pour les actes dérivés peut aussi être appliquée aux actes originaires.

Les limites de l'approche dogmatique sont alors visibles. Le sens dogmatique ne concerne par définition qu'un système juridique précis alors que la transition constitutionnelle entraîne la confrontation de catégories issues de plusieurs droits distincts. Sur ce point, nous devons donc nous contenter de souligner la pluralité des constitutionnalités dogmatiques impliquées dans les transitions constitutionnelles. Il serait donc étonnant de prétendre que dans la définition de la transition constitutionnelle le terme « constitution » renvoie à une catégorie dogmatique qui ne bénéficie pas de la généralité nécessaire à la définition d'un concept à vocation universelle. En réalité, le décalage entre le sens de ce terme et celui étudié jusque-là indique le rôle notable de la théorie dans l'analyse des transitions constitutionnelles (2).

2. LE ROLE DE LA CATEGORIE THEORIQUE DE CONSTITUTION DANS L'ANALYSE DES TRANSITIONS CONSTITUTIONNELLES

L'apparition d'une catégorie dogmatique centrale de constitution est autonome sur le plan conceptuel de la catégorie connue dans les ordres juridiques des États membres et maîtrisée par les juristes de ces États. Il convient alors de savoir dans quel sens il est utile de désigner comme « constitutionnels » les membres de cette nouvelle catégorie. En effet, rien ne dit que cette dernière ait vocation à porter ce nom. Mieux, cette éventuelle homonymie n'a rien de particulièrement significatif : elle pourrait s'intituler « moutarde » ou « camion » sans que cela n'ait aucune conséquence juridique. La variation se situerait plutôt sur un plan politique ou symbolique qui ne nous concerne pas. Le terme choisi pour désigner une catégorie de droit positif ne doit pas être sur-interprété. Par exemple, rien n'interdit à une loi de prévoir à l'avenir d'intituler « constitution » les décisions prises par les conseils de discipline des établissements scolaires. La dogmatique devrait alors employer le mot « constitution » dans ce nouveau sens mais il est clair qu'il n'aurait aucun rapport avec celui que l'on emploie

[1] Nous laissons pour le moment de côté la question de l'application nationale de la catégorie européenne de constitution si elle devait apparaître. Nous reviendrons sur ce point lors de l'évocation de la suprématie constitutionnelle (voir *infra*, p. 703).

actuellement. Les actes en cause ne seraient ainsi pas utilisés pour le contrôle de constitutionnalité des lois. Surtout, ils ne seraient sans doute pas intégrés au droit constitutionnel en tant que discipline : les méthodes et les concepts propres au droit constitutionnel n'auraient pas à leur être appliqués. Le nom donné arbitrairement à une catégorie d'actes par les acteurs n'a pas à avoir d'effet sur leur étude. Dans le cas contraire, l'étude du droit constitutionnel connaîtrait une extension sans limite et sans intérêt au gré d'innovations purement nominales. Ce raisonnement peut être repris à propos du droit européen : si les directives étaient désormais appelées « constitutions », cela ne renouvellerait pas l'interrogation sur l'émergence d'une constitution européenne. Au-delà de ces hypothèses d'école, le fait que certains actes constitutifs d'organisation internationale soient intitulés « constitution » n'a pas radicalement transformé leur étude. En conséquence, la constitutionnalité de la nouvelle catégorie qui justifie que l'on parle de « transition constitutionnelle » et qui fait naître les problèmes conceptuels déjà cités ne peut s'expliquer par le nom de cette catégorie. La dogmatique, même étendue au niveau européen pour dépasser la seule catégorie nationale ne peut donc suffire à expliquer le sens du terme « constitution » dans la définition de la transition constitutionnelle.

Il est alors tentant de conclure que toute la réflexion sur la transition constitutionnelle n'est que le résultat d'une magistrale confusion sémantique. Tous les problèmes posés par l'éventuelle émergence d'une constitution européenne seraient alors dissous. Toutefois, cette vision nous semble excessive. La résolution de problèmes complexes est certes facilitée par la clarification des termes employés mais les confusions langagières cachent souvent des difficultés plus profondes. Expliquer l'intérêt de la doctrine pour cette question par une simple confusion paraît alors exagéré. En effet, le débat sur l'émergence d'une constitution européenne ou le constat de l'existence d'une Constitution aux États-Unis semblent bien avoir un sens qui dépasse le simple usage de ces termes dans le droit européen ou fédéral. Il faut ici se souvenir de la variété des catégories du discours sur le droit. La constitutionnalité dogmatique ne permet pas de rendre compte de la particularité des transitions constitutionnelles car la « constitutionnalité » dogmatique centrale est sans intérêt pour un droit constitutionnel légitimement orienté vers la constitutionnalité interne. En revanche, la constitutionnalité théorique demeure envisageable. L'idée serait alors que la « constitution » centrale est une constitution au sens théorique, et non dogmatique, ce qui justifierait l'attention que lui portent les constitutionnalistes. Pour reprendre l'exemple historique typique, la particularité de la Constitution des États-Unis n'est ni son titre, ni son placement dans une nouvelle catégorie dogmatique intitulée « constitution » mais bien son statut

spécifique qui la rend comparable aux actes habituellement considérés comme des constitutions dans le sens théorique. Le concept de transition constitutionnelle prend ici tout son intérêt : il désigne l'apparition d'une constitution au sens théorique regroupant des entités qui étaient jusque-là dotées de manière exclusive de ce type de normes.

La dogmatique de niveau central peut certes disposer de sa propre notion de constitution mais la perspective générale unissant les divers systèmes juridiques séparés dans le temps et dans l'espace pour les lier aux transitions constitutionnelles ne peut utiliser de notion dogmatique sous peine de confusions permanentes. La constitutionnalité pertinente de la Constitution des États-Unis ou d'une éventuelle constitution européenne est donc une constitutionnalité théorique. Les actes coupés de la catégorie dogmatique française de constitution se placent dans le cadre d'une transition constitutionnelle à partir du moment où ils partagent des caractéristiques objectives sélectionnées au niveau théorique. C'est cette spécificité qui permet de voir l'adoption d'une « constitution » centrale comme une mutation notable. Cette position est cohérente avec les développements menés sur la constitution au sens dogmatique et les complète en montrant comment envisager la transition constitutionnelle sur la base d'une notion transversale de constitution. Les limites des études consacrées au fédéralisme ont dans un certain sens montré la voie à suivre. En effet, l'utilisation de certains actes apparemment internationaux comme constitution est l'un des phénomènes les plus valorisés des expériences allemande et américaine[1]. Or, tout se passe comme si une seule notion de constitution était en cause alors qu'il y en a au moins trois : deux notions dogmatiques[2] et une notion théorique. Le passage entre ces catégories est un dangereux paralogisme qui trouve son origine dans le fait que les normes relevant de la catégorie dogmatique centrale appartiennent aussi à la notion théorique. Pour reprendre le cas qui nous occupe, il ne serait donc pas faux de dire que la Constitution de 1958 et une éventuelle constitution européenne seraient des constitutions dans le même sens du terme puisqu'elles relèvent toutes deux de la catégorie théorique[3]. Le tout est de ne pas oublier que divers sens du terme sont en jeu et que le sens théorique n'a notamment aucune pertinence pour les juges. L'adaptation de la catégorie de constitution apparaît alors sous un nouveau jour : elle consiste avant tout dans l'émergence de normes externes relevant de nouvelles catégories dogmatiques que leurs propriétés font entrer dans la catégorie théorique de

[1] Voir par exemple, ZOLLER Elisabeth, article précité, p. 51 ou MOUSKHELICHVILI M., *La théorie juridique de l'État fédéral*, p. 111.
[2] En réalité, il y a beaucoup plus que deux notions dogmatiques en cause car chaque État membre dispose en principe de sa propre notion. Le nombre exact de notions dogmatiques varie donc selon les cas.
[3] C'est cette caractéristique qui justifie d'éventuelles comparaisons entre ces deux normes mais aussi leur étude dans le cadre d'une discipline unique.

constitution. Nous voyons bien ici que c'est la combinaison de la théorie et de la dogmatique qui permet de comprendre la transition constitutionnelle. La notion utilisée dans cette perspective est théorique mais elle repose sur la connaissance et la maîtrise de régimes juridiques dépendant de la dogmatique. L'importance de la séparation des diverses catégories de constitution est ici démontrée. La limitation à la dogmatique est à la fois insuffisante et coupée de la pratique réelle du discours sur le droit. La valorisation de la catégorie théorique est quant à elle facilitée par la relativisation de la place de la catégorie dogmatique induite par son étude dépassionnée. C'est elle qui représente le cœur de l'analyse de la transition constitutionnelle et de l'adaptation de la constitution.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Au terme de l'étude de la catégorie dogmatique de constitution, nous pouvons noter une relative clarification de ce que l'on veut dire quand l'on dit « X est une constitution » dans le discours dogmatique se rapportant au discours du droit français. Le terme « constitution » y désigne un acte ou une norme, sachant que la nature juridique de la norme dépend de celle de l'acte dont elle est la signification langagière. Une norme constitutionnelle est donc la signification langagière d'un acte constitutionnel. Ce dernier est quant à lui un acte de langage spécifique répondant aux critères fixés par l'une des règles constitutives de la constitution présente dans le système juridique français. Ces règles se divisent entre des normes positives qui portent sur les actes constitutionnels dérivés et des croyances partagées par les acteurs sur les actes constitutionnels originaires. Les premières renvoient aux actes adoptés dans les conditions organiques et procédurales fixées par l'article 89 de la Constitution de 1958 et peut-être aux actes se revendiquant constitutionnels adoptés par le biais de l'article 11 de cette même Constitution. Le contenu des secondes est moins facile à déterminer car il dépend de la doctrine générale des sources du droit, c'est-à-dire de l'ensemble des croyances sur le type de faits « comptant comme » des actes normatifs du système juridique français, qui ne peut être connue que du point de vue externe. Le degré actuel de détermination du droit français et les limites méthodologiques de la dogmatique interdisent une réponse tranchée à ce sujet bien que seules quelques hypothèses soient véritablement envisageables.

Ce rapide bilan permet de souligner l'avancée réalisée vers la définition de la constitution. Le genre auquel cette dernière se rattache est précisé. La complexité de la structure de la catégorie a aussi pu être démontrée : elle repose en réalité sur une pluralité de définitions complémentaires et non sur une unique série de critères. Cependant, l'apport est plus net pour ce qui concerne l'élucidation de la catégorie. Ses modes d'existence et de fonctionnement sont clairement spécifiés. Son autonomie est confirmée à travers le rejet de scepticismes trop marqués mais aussi de tendances excessives à la théorisation à visée universelle. Le point le plus important est sans doute la banalisation de la fonction et de l'existence de la constitution réalisée par la concentration sur les représentations des acteurs plutôt que sur les schémas purement doctrinaux. L'image d'une norme extraordinaire produite par un pouvoir constituant populaire a-juridique appelée à dominer sans partage un ordre juridique constitutionnalisé est écartée. Sa remise en cause et la séparation attentive du sens dogmatique français des autres sens du terme permettent de concevoir sans difficulté majeure l'adaptation de l'ordre juridique français en général et de la catégorie dogmatique de constitution en particulier à

l'européanisation et à l'internationalisation du droit[1]. Les obstacles conceptuels classiques sont dissipés par la conception proposée de la catégorie dogmatique de constitution et son inscription dans une description positiviste du droit français. L'adaptation s'incarne alors soit dans l'intégration de normes externes dans la catégorie dogmatique de constitution, soit dans la transformation de celle-ci par la mutation de ses critères. Toutefois, la banalisation de la catégorie dogmatique de constitution aboutit finalement à une relativisation de la place de son adaptation dans la problématique générale de l'adaptation de la constitution aux mutations du droit contemporain. Si sa compréhension passe d'abord par l'élucidation de la catégorie *dogmatique*, l'éventuelle émergence d'une constitution européenne doit être comprise comme l'apparition d'une norme relevant de l'ordre juridique de l'Union européenne appartenant à la catégorie *théorique* de constitution. Or, la capacité à évaluer la réalité de cette évolution dépend totalement de la définition retenue de la catégorie théorique de constitution. Au regard des limites désormais établies du travail dogmatique, l'étude de la transition constitutionnelle doit être poursuivie dans une perspective théorique (Partie II).

[1] Précisons qu'être capable de concevoir cette évolution implique avant tout que l'on soit capable de l'évaluer. Il ne s'agit pas de démontrer son existence ou encore moins de prouver son bien-fondé mais uniquement de construire les outils permettant de mesurer son degré de réalisation sans se laisser abuser par des obstacles conceptuels à la valeur discutable.

PARTIE II : LA CATEGORIE THEORIQUE DE CONSTITUTION

L'étude théorique de la constitution est la deuxième étape de la démarche visant à comprendre son adaptation aux mutations contemporaines du droit. Elle implique une méthode très différente de celle adoptée jusqu'ici en raison de l'opposition profonde entre catégories théorique et dogmatique. Il ne s'agit plus de décrire un concept utilisé par les acteurs pour construire leur monde social mais d'élaborer un concept servant à connaître ce monde social. La catégorie théorique est totalement autonome de la catégorie dogmatique. De ce fait, elle ne vise pas l'identification constitutionnelle : elle confère un statut doctrinal à des faits institutionnels et non un statut institutionnel à des faits bruts. C'est pourquoi elle contribue à une lecture du système juridique d'un point de vue externe modéré qui tient compte des représentations des acteurs tout en s'en détachant sur les plans cognitif et volitif. Les indications précédemment recueillies sur les critères du droit français sont inutiles pour le travail de redéfinition principalement stipulatif qui doit désormais nous occuper. Celui-ci n'est pas lié à un discours du droit donné mais se place au contraire dans un discours sur le droit à vocation potentiellement universelle, même si le choix des critères ne peut se détacher d'un arrière-plan culturel inévitable[1]. La catégorie de constitution construite dans cette seconde partie devra donc se placer dans une théorie générale des sources du droit dépourvue de conséquences juridiques et non dans la doctrine générale des sources du droit d'un système juridique précis.

Dans ce domaine, les études sont aussi nombreuses qu'étaient rares les travaux consacrés à l'identification constitutionnelle[2] car la constitution peut légitimement faire figure de cas typique de notion théorique[3]. Ce déséquilibre s'explique probablement par l'ampleur des obstacles qui s'opposent à la recherche dogmatique sur la constitution mais aussi par l'importance concrète et symbolique de cette dernière qui encourage les comparaisons sur les plans spatial et temporel. Il montre un relatif consensus quant à l'intérêt de son étude théorique là où l'utilité voire la possibilité même de son étude dogmatique sont contestées. Cela renforce évidemment l'importance de l'élucidation du sens théorique du terme « constitution ». Mieux, puisque l'essentiel des débats actuels sur la constitution sont d'ordre

[1] Si le discours théorique n'a pas à retranscrire une pratique culturellement inscrite comme le fait le discours dogmatique, ses présupposés sont forcément liés à une certaine conception du droit et de son étude. La place accordée aux prototypes dans l'élaboration et l'évaluation des catégories théoriques (voir *supra*, p. 78 et s.) contribue aussi à les priver d'universalité.

[2] Le statut épistémologique des études existantes est déterminé en fonction des critères exposés précédemment en s'attachant plus aux méthodes effectivement appliquées qu'aux intentions affichées par les auteurs concernés.

[3] Nous aurons l'occasion de relever de multiples propositions de définition. Or, force est de constater que les autres catégories normatives (traité international, règlement…) ne font en aucun cas l'objet de démarches de ce type. Seule la loi a pu bénéficier d'importants travaux théoriques à l'époque où elle occupait le centre du système juridique.

théorique, ils ne peuvent être tranchés que par une réflexion théorique qui est en plus indispensable à la compréhension du phénomène de transition constitutionnelle. Les insuffisances de la dogmatique indiquent en effet que la pertinence de la théorie juridique en la matière n'est pas entamée par son absence d'effet juridique. La variété des travaux existants impose de leur consacrer une attention particulièrement soutenue : la dimension partiellement lexicale des redéfinitions théoriques implique de les considérer comme des indices concernant les idées partagées sur la notion en cause[1]. Plus largement, une quelconque innovation n'est acceptable que dans la mesure où les solutions actuellement proposées ne sont pas pleinement satisfaisantes. La grande diversité de la doctrine empêche la reprise d'un modèle majoritairement admis et impose, au contraire, une présentation organisée des principales propositions doctrinales pour saisir leurs enjeux et leurs justifications. L'élucidation de la catégorie théorique de constitution passe donc dans un premier temps par un exposé critique des définitions retenues par la doctrine, appuyé notamment sur les critères d'évaluation des définitions théoriques dégagés dans le chapitre préliminaire (Titre I). Son objectif final ne doit pas être oublié : elle vise avant tout à acquérir la capacité de rendre compte de l'adaptation de la constitution. Dès lors, la fertilité des définitions actuelles devra être appréciée en fonction de cet objectif, qu'elles aient une perspective générale ou qu'elles soient à l'inverse spécifiquement orientées vers la transition constitutionnelle. Une nouvelle définition ne sera acceptable que si elle permet de réduire la polysémie et l'indétermination du terme de manière à saisir ce que l'on veut dire quand l'on dit « X est une constitution » dans le contexte de la transition constitutionnelle. Sa valeur dépendra des problèmes qu'elle permet de résoudre ou au moins d'éclairer sous un jour nouveau en faisant apparaître les alternatives dissimulées derrière des difficultés apparemment terminologiques. Autrement dit, elle devra compléter le travail d'élucidation de la transition constitutionnelle déjà entamé et bloqué par les limites de la connaissance dogmatique. L'intérêt de la redéfinition théorique de la constitution devra au final être prouvé concrètement par son apport à la description et à la compréhension de l'adaptation de la constitution (Titre II).

[1] Rappelons que la redéfinition théorique d'un terme déjà communément employé ne peut faire table rase de ses usages actuels mais doit au contraire éviter de s'éloigner du prototype qui base la catégorie en cause (voir *supra*, p. 80).

TITRE I : PRESENTATION CRITIQUE DES CRITERES CLASSIQUES DE LA CATEGORIE THEORIQUE DE CONSTITUTION

L'analyse des propositions doctrinales actuelles est bien plus aisée pour la catégorie théorique qu'elle ne l'était pour la catégorie dogmatique. En effet, elles se présentent le plus souvent de manière explicite ou implicite comme des définitions sans qu'il soit nécessaire de procéder à une reconstruction complexe. Si les suggestions de la doctrine française seront abordées en priorité, celles de la doctrine étrangère méritent aussi d'être examinées puisque la théorie ne connaît pas les mêmes limites que la dogmatique. Les exemples étrangers seront particulièrement utiles car la valeur des définitions doit être évaluée en fonction des membres qu'elles font entrer dans la catégorie de constitution : l'intérêt du regroupement et son rapport avec le prototype en dépendent. La comparaison entre systèmes juridiques distincts participera à l'évaluation des définitions envisageables car les critères choisis devront permettre décrire les droits actuels. La méfiance pour le droit comparé, inhérente à la perspective dogmatique, n'a donc pas sa place dans une démarche théorique. L'attention portée à des normes issues d'ordres juridiques non-étatiques est elle aussi tout à fait légitime, surtout si l'on tient compte de l'objectif final de la recherche : la compréhension de l'adaptation de la constitution[1]. Des hypothèses d'école pourront même être employées puisque la catégorie élaborée devra servir à décrire des situations effectives mais aussi potentielles : la cohérence de la classe créée dépend également des membres envisageables. L'utilisation d'un cas d'école n'est d'ailleurs pas très différente de celle d'un cas historique car il s'agit toujours de traiter d'une norme[2] privée de toute validité. Les diverses tentatives avortées d'institution d'une constitution européenne pourront alors nous intéresser : le problème conceptuel qu'elles révèlent n'est pas remis en cause par leur échec politique car il est mis en valeur et non créé par l'hypothèse de leur adoption.

La phase d'évaluation ne peut toutefois débuter qu'une fois les critères à tester déterminés. Il faut avant tout identifier précisément les critères imaginés par la doctrine. Ils seront présentés individuellement même si certains auteurs ont tendance à les cumuler au risque de

[1] Plus précisément, la confrontation avec ce type de normes sera indispensable au stade de la formulation de la définition théorique du terme « constitution ». Rien ne garantit en revanche que la catégorie finalement élaborée aura vocation à s'appliquer aussi dans les systèmes juridiques non-étatiques car il reste toujours possible de restreindre le champ d'application d'une catégorie à certains ordres juridiques ou à certains types d'ordre juridique, voire même à des parties d'ordre juridique. De nombreuses catégories théoriques sont ainsi propres à la théorie du droit administratif français.

[2] L'exemple de la norme est pris par commodité mais il ne faut pas oublier que les catégories théoriques peuvent servir à classer n'importe quel type de faits institutionnels juridiques et pas seulement les normes.

bâtir des typologies contradictoires[1]. Il faut noter pour commencer que la doctrine oppose de manière presque unanime les définitions matérielles et formelles de la constitution[2]. La popularité de cette dichotomie justifie son usage pour faciliter l'accès aux diverses définitions existantes. Précisons bien que l'opposition entre définitions matérielles et formelles ne se substitue pas à celle entre définitions dogmatiques et théoriques mais sert à partager en deux groupes les définitions théoriques. Nous voyons ici apparaître une sorte de structure dans la polysémie du terme « constitution » : il est possible de distinguer plusieurs degrés de différenciation lexicale. Le premier tient au statut de la connaissance (dogmatique/théorie) alors que le deuxième dépend des caractéristiques des critères retenus (matériel/formel) et que le troisième s'incarne dans les divergences sur les critères pertinents parmi les critères matériels ou formels. En raison des désaccords persistants quant au critère permettant de séparer les définitions matérielles des définitions formelles, nous nous contenterons à ce stade du raisonnement de nous fier au classement choisi par les tenants de chacune des définitions étudiées. Nous commencerons par exposer la notion la plus ancienne, celle de constitution au sens matériel. La variété des hypothèses couvertes par ce concept démontrera à quel point son indétermination est insatisfaisante dans le cadre d'une recherche visant à dégager une définition précise de la constitution (Chapitre I). Une fois les insuffisances de la définition matérielle établies, nous évoquerons les définitions formelles qui sont incontestablement les plus répandues actuellement. Si elles paraissent *a priori* plus claires et moins variées que les définitions matérielles, leurs limites nous conduiront à conclure que la dichotomie classique doit être réexaminée pour permettre d'élucider la catégorie théorique de constitution (Chapitre II).

[1] Sur les problèmes de l'usage de critères multiples pour les définitions théoriques, voir *supra*, p. 83. L'admissibilité très restreinte des catégories théoriques multicritères justifie le traitement individualisé de chaque critère envisagé par la doctrine. Elle implique également de rejeter certaines définitions très populaires, notamment celles proposées par le professeur Raz (« On the Authority and Interpretation of Constitutions : Sime Preliminaries », *in* ALEXANDER Larry (dir.), *Constitutionalism : Philosophical Foundations*, Cambridge, CUP, 1998, p. 154).

[2] Pour un exemple, voir ARDANT Philippe et MATHIEU Betrand, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 20e éd., Paris, LGDJ, 2008, p. 57.

Chapitre I : L'imprécision du concept de constitution au sens matériel

Bien que les définitions matérielles de la constitution soient moins valorisées par la doctrine que les définitions formelles, il est difficile de trouver un manuel qui traite de la notion de constitution sans évoquer son sens « matériel ». L'étude de la constitution au sens théorique serait donc incomplète si elle négligeait ce sens particulier. Cependant, la façon dont la doctrine aborde la question fait naître une certaine perplexité. L'usage classique du terme « matériel » en ce qui concerne les actes juridiques impliquerait en principe qu'un critère soit considéré comme matériel s'il tient au contenu de l'acte[1]. Or, si cette idée est bien présente, elle n'est certainement pas en situation de monopole. Certains envisagent en effet une rupture totale avec l'approche habituelle du droit : la constitution au sens matériel serait une réalité institutionnelle et non normative. Elle s'opposerait donc à la constitution formelle en tant qu'elle désigne des faits quand la seconde désigne des normes[2]. La particularité de la définition matérielle de la constitution ne tiendrait pas à la différence spécifique choisie mais au genre de l'objet défini. Cette conception particulière de la constitution au sens matériel est sans doute minoritaire mais elle est suffisamment influente et originale pour que nous la présentions de manière détaillée (Section 1). Le sens classique, c'est-à-dire le sens normatif matériel, pourra ensuite être envisagé (Section 2).

SECTION 1 : LES DEFINITIONS NON-NORMATIVES DE LA CONSTITUTION

La notion de définition non-normative de la constitution est assez simple à comprendre : toutes les définitions de la constitution qui visent un autre type de fait que des normes entrent dans cette catégorie. Elle est issue de travaux qui soulignent la distance entre les conceptions institutionnelle et normative de la constitution[3]. Nous préférons tout de même l'expression « non-normative » au terme « institutionnelle » qui est particulièrement ambigu[4] et n'est au demeurant pas défini par les auteurs concernés. En nous inspirant d'une distinction proposée par le professeur Commanducci, il est possible de classer les conceptions non-normatives de

[1] En ce sens, voir ARDANT Philippe et MATHIEU Bertrand, *op. cit.*, p. 57.
[2] Plus précisément, la constitution au sens matériel désigne des faits qui ne sont pas des normes car nous avons déjà pu voir que les normes étaient un type particulier de faits (voir *supra*, p. 145).
[3] Voir notamment, BEAUD Olivier, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », *in* SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 77 ou « Constitution et droit constitutionnel », *in* RIALS Stéphane et ALLAND Denis (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 257 mais aussi BOBBIO Norberto, « Sur la notion de constitution chez Hegel », *Revue européenne de sciences sociales* 1972, p. 134.
[4] Le mot « institution » compte certainement parmi les termes les plus utilisés mais aussi les plus flous des sciences sociales. Sa définition ne fait l'objet d'aucun consensus et varie grandement selon l'auteur en cause. Dans le cadre de la conception institutionnaliste qui guide nos travaux, la constitution est toujours une institution ou un fait institutionnel et l'opposition entre norme et institution paraît difficile à comprendre dans notre perspective.

la constitution dans deux grandes catégories[1]. Seront ainsi concernées en premier lieu les théories héritées de la pensée anti-moderne telles que l'opposition constitution-loi constitutionnelle défendue par Carl Schmitt[2] ou la constitution matérielle des auteurs italiens. Nous désignerons cet ensemble comme celui des conceptions organicistes de la constitution (I). Toutefois, il ne faut pas négliger l'existence d'autres approches non-normatives qui trouvent leur origine dans un attrait pour les sciences sociales extra-juridiques. Elles entendent décrire la constitution comme un fait social sans tenir compte de sa normativité. La distance avec le normativisme est motivée par d'autres impératifs et débouche sur d'autres résultats qui doivent donc faire l'objet d'une présentation séparée (II).

I. LA CONSTITUTION COMME ORGANISME

Les conceptions organicistes de la constitution la présentent comme un produit de la société qui ne se confond en aucun cas avec les simples lois constitutionnelles. Celles-ci voient leur rôle relativisé par rapport à celui de la constitution au sens strict, voire sont dénoncées comme bénéficiant à tort d'une qualité constitutionnelle. La constitution n'est pas alors une norme même si elle ne peut être réduite à un fait politique[3]. Cette description assez originale mérite un exposé détaillé (A) qui permettra de relever certaines confusions qui nuisent à son intérêt (B).

A. Une définition originale de la constitution

Les conceptions organicistes ont en commun le détachement opéré entre constitution et loi constitutionnelle. Pour autant, elles divergent nettement quant à la place de la volonté dans l'émergence de la constitution. La tradition non-volontariste est toujours vive (1) mais elle est désormais concurrencée par une forme particulière de volontarisme qui se prétend coupée du normativisme (2).

---

[1] COMMANDUCCI Paolo, « Ordre ou norme ? Quelques idées de constitution au XVIIIe siècle », *in* TROPER Michel et JAUME Lucien (dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Paris, LGDJ, 1994, p. 26.

[2] SCHMITT Carl, *op. cit.*, p. 151. La proximité entre le concept de constitution défendu par Carl Schmitt et par les penseurs contre-révolutionnaires a par exemple été soulignée par le professeur Brunet (« Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? », *in* JOUANJAN Olivier, GREWE Constance, MAULIN Éric et WACHSMANN Patrick (dir.), *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 116).

[3] C'est sur ce point que les deux conceptions non-normatives de la constitution se séparent : dans l'approche organiciste, la critique de la normativité ne s'accompagne pas du virage sociologique qui caractérise les autres approches non-normatives.

1. LA VISION NON-VOLONTARISTE DE LA CONSTITUTION COMME ORGANISME

Nous traiterons ici des théories décrivant la constitution comme une réalité naturelle ou sociale qui émerge sans l'intervention d'une décision humaine. Elle est un ensemble apparu spontanément qui regroupe des valeurs, des procédures, des organes ou encore des habitudes ancrées dans la culture d'une société donnée[1]. Néanmoins, elle ne se présente pas comme une simple accumulation d'éléments disparates mais bien comme un ordre[2]. Le terme « constitution » est alors employé par analogie à la constitution du corps humain[3]. Il ne désigne donc pas une série de normes, quel que soit le critère retenu pour les sélectionner. Une telle constitution ne peut être connue qu'à travers la prise en considération d'éléments culturels profonds et non pas par l'étude de décisions d'acteurs politiques[4]. Elle est une catégorie autonome qui ne relève pas d'une théorie générale des sources du droit.

Cette vision de la constitution a des racines profondes dans l'histoire européenne[5]. Elle correspond au concept de constitution construit par les auteurs anti-modernes et se retrouve donc chez des auteurs contre-révolutionnaires[6] tels que De Bonald[7], De Maistre[8] ou Burke[9]. Il marquait déjà le souhait de tenir compte des structures sociales indépassables, incarnant la constitution « naturelle » de la société, plutôt que des lois édictées par les hommes[10]. Mieux, ces dernières ne pouvaient passer que pour des fausses normes privées de tout avenir[11]. Dans ces conditions, l'analyse des lois constitutionnelles ne présentait aucun intérêt pour

---

[1] Voir, DE MAISTRE Joseph, *Considérations sur la France*, Paris, Librairie catholique Emmanuel Vitte, 1924, p. 89 ; AGUILA Yann, « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *RFDC* 1995, p. 11 ou BEAUD Olivier, « Carl Schmitt… », précité, p. 77 et 81.

[2] En ce sens, voir BAKER Keith Michael, « Constitution », *in* FURET François et OZOUF Mona (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française. Institutions et créations*, Paris, Flammarion, 1992, p. 183 ; BEAUD Olivier, « Constitution et constitutionnalisme », *in* RAYNAUD Philippe et RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 1996, p. 119 ; BURKE Edmund, *Réflexions sur la révolution de France, Paris*, Hachette, 1989, p. 43 ; TILLET Édouard, « Les ambiguïtés du concept de constitution au XVIIIe siècle : l'exemple de Montesquieu », *in Pensée politique et droit*, Aix-en Provence, PUAM, 1998, p. 370 ou VERGNES Arnaud, *La notion de constitution d'après la pratique institutionnelle de la fin de l'Ancien régime* (1750-1789), Thèse, Paris II, 2000, p. 94.

[3] MOUSNIER Roland, « Comment les français du XVIIe siècle voyaient-ils la Constitution ? », *in La plume, la faucille et le marteau*, Paris, PUF, 1970, p. 45 ; REIPLINGER Charles, *Naissance de la constitution écrite. La constitution des corps politiques en Angleterre et en Amérique du Nord aux XVIe et XVIIe siècles*, Thèse, Paris II, 2004, p. 146 ; STOURZH Gérald, « Constitution : évolution des significations du terme depuis le début du XVIIe siècle jusqu'à la fin du XVIIIe siècle », *Droits* n°29, p. 162 ou VERGNES Arnaud, *op. cit.*, p. 44.

[4] COTTA Sergio, « La notion de constitution dans ses rapports avec la réalité sociale », *Annales de philosophie politique* 1965, p. 153 ; BASSE Bernard, *La constitution de l'ancienne France*, Paris, DMM, 1986, p. 15 ; DOCKÈS-LALLEMENT Nicole, « Utopie et constitution », *in* AFHIP, *La constitution dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 123 ou VIALA Alexandre, « L'esprit des constitutions par-delà les changements », *in* VIALA Alexandre (dir.), *La constitution et le temps*, Lyon, L'Hermès, 2003, p. 31

[5] Rappelons que nous n'entendons pas étudier l'histoire du concept de constitution (voir *supra*, p. 74). Cela n'empêche pas de s'y référer quand elle permet de mieux comprendre les complexités conceptuelles ou la polysémie actuelles.

[6] En ce sens, voir BASTID Paul, *L'idée de constitution*, Paris, Economica, 1985, p. 14.

[7] *Théorie du pouvoir politique et religieux*, Paris, UGE, 1966, p. 20.

[8] *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques et des autres institutions humaines*, Paris, Librairie catholique Emmanuel Vitte, 1924, p. 241.

[9] *Réflexions sur la révolution de France*, Paris, Hachette, 1989, p. 45.

[10] Outre les références précitées, voir BAYLE Francis, *Les idées politiques de Joseph de Maistre*, Thèse, Lyon, 1944, p. 52.

[11] De Maistre dénonce ainsi « la profonde imbécillité […] de ces pauvres gens qui s'imaginent que les législateurs sont des hommes » (*op. cit.*, p. 257).

comprendre la constitution, sauf à préférer les apparences à la réalité. La définition de la constitution n'avait dès lors pas vocation à y renvoyer. Cette approche s'appuie sur une démarche historiciste, qui voit l'histoire comme la preuve de la validité en matière constitutionnelle[1]. Ses sources sont même encore plus lointaines car le courant contre-révolutionnaire s'est souvent contenté de formaliser des éléments plus anciens. Cette conception de la constitution était ainsi déjà visible dans les débats de la fin de l'Ancien régime[2] dans lesquels plusieurs tendances s'opposaient sur la question de la présence d'une constitution en France. Ceux qui prétendaient qu'il existait déjà une constitution appliquée ou applicable valorisaient le plus souvent des structures spontanées puisque l'absence d'une série limitée de lois constitutionnelles écrites était évidente[3]. Ils pouvaient d'ailleurs revendiquer l'héritage de l'Antiquité grecque et notamment d'Aristote[4]. Si le terme « *politeia* », habituellement traduit par « constitution », n'est pas toujours utilisé de manière univoque chez Aristote[5], il désigne plutôt des faits sociaux qu'un groupe limité de textes[6], en parfaite cohérence avec la vision anti-moderne de la constitution. De même, la notion d'ordre trouve son origine dans la compréhension finaliste du monde qui affecte un but à chaque chose, même dans le domaine social ou politique[7]. La continuité entre Aristote et certains penseurs médiévaux a orienté le concept de constitution vers l'idée d'un ordre spontané et non celle d'un ordre choisi[8]. À l'inverse, dès la fin de l'Ancien régime, les partisans du changement[1]

---

[1] Voir dans ce sens, GENGEMBRE Gérard, « La Contre-Révolution et le refus de la constitution », *in* TROPER Michel et JAUME Lucien (dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, précité, p. 61. Ajoutons qu'une version particulière de l'historicisme, le providentialisme, a parfois soutenu cette conception de la constitution : « toute constitution est divine dans son principe » (DE MAISTRE Joseph, *op. cit.*, p. 266). Voir aussi, CORDELIER Jean-Pierre, *La théorie constitutionnelle de Joseph de Maistre*, Thèse, Paris, 1961, p. 178 ou BAYLE Francis, *op. cit.*, p. 49.

[2] Pour des détails, voir BAKER Keith Michael, article précité, p. 181 ; ARNOULT Gabriel, *De la révision des constitutions*, Thèse, Nancy, 1895, p. 24 ; CARBASSE Jean-Marie, « La constitution coutumière : du modèle au contre-modèle », *in Modelli nella storia del pensiero politico. La rivoluzione francese e i modelli politici*, Florence, Leo S. Olschki, 1989, p. 166 ; GANZIN Michel, « La dynamique du concept jusnaturaliste de constitution (1751-1789) », *in Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 697 ; SAINT-BONNET François, « Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel », *Droits* n°32, p. 19 ou VALENSISE Marina, « La constitution française », *in* BAKER Keith Michael (dir.), *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture*, Oxford, Pergamon Press, 1987, vol. 1, p. 442.

[3] En revanche, la volonté de prouver l'existence d'une constitution monarchique est souvent passée par la référence aux « lois fondamentales du Royaume ». Voir ainsi, DE MAISTRE Joseph, *op. cit.*, p. 102.

[4] Notons que si Aristote est l'auteur antique le plus cité en la matière, l'antiquité romaine a aussi contribué à l'émergence du concept de constitution. Voir en ce sens, CROSA Emilio, « L'idée de constitution dans l'antiquité classique », *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle* 1951, p. 194.

[5] Elle est successivement décrite comme « une certaine manière d'organiser ceux qui vivent dans la cité » (ARISTOTE, *La politique*, Paris, J. Vrin, 1995, p. 165), une « autorité souveraine des États » (*ibid.*, p. 198) ou « un ordre de magistratures fixant leur mode de distribution » (*ibid.*, p. 261) ce qui montre pour le moins une ambiguïté.

[6] Aristote décrit rarement des normes créées volontairement comme des constitutions (*ibid.*, p. 158). Pour des analyses comparables, voir LAVROFF Dmitri Georges, « Aristote et le droit constitutionnel », *Politeia* n°9, p. 300 ; HAMON Léo, « L'affirmation, l'évolution et la signification du fait constitutionnel », *RCADC* 1987, p. 87 ou MCILWAIN Charles Howard, « A Fragment on Sovereignty », *in Constitutionalism in the Changing World*, Cambridge, CUP, 1939, p. 48. Pour un avis contraire, voir TURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, p. 98.

[7] Sur le lien entre Aristote et l'idée d'ordre constitutionnel doté d'une cohérence et d'une logique naturelle, voir TILLET Édouard, article précité, p. 378. La valeur du système politique tient alors à sa « symétrie avec l'ordre du monde » (BURKE Edmund, *op. cit.*, p. 43). Voir aussi, GANZIN Michel, *La pensée politique d'Edmund Burke*, Paris, LGDJ, 1972, p. 72.

[8] En ce sens, voit BASTID Paul, *op. cit.*, p. 13 ou VERGNES Arnaud, *op. cit.*, p. 21.

réduisent la constitution aux lois écrites pour des raisons politiques[2] et nient l'existence d'une constitution française[3] en refusant la notion traditionnelle de constitution[4]. Si le lien entre la constitution et l'acte constitutionnel n'était pas toujours établi, au moins était-elle rattachée à des institutions créées volontairement[5]. Ce retour en arrière permet de comprendre l'intérêt politique du positionnement conceptuel des contre-révolutionnaires car l'attachement à une constitution spontanée participe au refus plus général de la modernité apportée par la Révolution[6].

Cette référence aux conceptions contre-révolutionnaires pourrait surprendre puisque les débats de la Révolution n'ont plus qu'un intérêt historique et que leur dimension théorique n'est souvent que l'habillage d'aspirations politiques[7] désormais dépassées[8]. Prétendre décrire aujourd'hui la constitution monarchique et catholique de la France serait difficilement crédible sur le plan scientifique[9]. Leur intérêt tient en fait moins à leur descendance directe, notamment chez Hegel[10], qu'à leur postérité inconsciente. Les cultures européennes[11] restent marquées par l'opposition entre l'affirmation d'une capacité de décision populaire et celle de la soumission à un ordre des choses imposé[12]. Le débat français a d'ailleurs un équivalent au

---

[1] Pour être plus précis, il faut encore noter que parmi ceux qui soutenaient l'existence d'une constitution, certains estimaient le *statu quo* satisfaisant alors que d'autres défendaient la revalorisation d'une constitution ancienne trop souvent négligée. Sur ce point, voir VALENSISE Marina, article précité, p. 442 ou DE MAISTRE Joseph, *Considérations sur la France*, précité, p. 89.

[2] Voir ELKAM Frédérique, « Le droit constitutionnel non-écrit : une vraie fausse modernité », *Civ. Eur.* n°9, p. 238.

[3] DE MAISTRE Joseph, *op. cit.*, p. 89 ou GANZIN Michel, « Le concept de constitution dans la pensée jusnaturaliste (1750-1789) », *in* AFHIP, *La constitution dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 193.

[4] BAKER Keith Michael, article précité, p. 199 ou PASQUINO Pasquale, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1998, p. 65.

[5] Pour des avis contrastés sur ce point, voir GALY François, *La notion de Constitution dans les projets de 1793*, Thèse, Paris, 1932, p. 152 ou VERGNES Arnaud, *op. cit.*, p. 253 et 528.

[6] « Une de ses folies est de croire qu'une assemblée peut constituer une nation ; qu'une constitution […] est un ouvrage comme un autre » (DE MAISTRE Joseph, *op. cit.*, p. 81).

[7] DURANTON Henri, « La France a-t-elle une Constitution ? Un aspect du débat idéologique à l'aube de la Révolution », *Cahiers d'histoire de l'institut de recherches marxistes* n°32, p. 142.

[8] Ils connaissent tout de même une postérité limitée à travers les auteurs contemporains qui s'interrogent sur l'existence d'une constitution sous l'Ancien régime. Voir ainsi, CHEVALLIER Jacques, « Pour une sociologie du droit constitutionnel », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 286 ou VERPEAUX Michel, « 1791, première Constitution française ? », *RFDC* 1993, p. 5. Ce questionnement purement historique n'est toutefois pas d'un grand intérêt dans la réflexion sur l'adaptation de la constitution aux mutations du droit contemporain.

[9] « L'ouragan dévastateur est depuis longtemps passé. Si vous voulez une constitution, il faudra bien l'écrire » (BARTHÉLEMY Joseph, « Les constantes de l'histoire. Actuel renouveau de la vague maistrienne », *RHFDSJ* 1996, p. 123).

[10] Il présente ainsi la « Constitution de l'Allemagne » en décrivant ses structures sociales (« La Constitution de l'Allemagne », *in Écrits politiques*, Paris, Champ libre, 1977, p. 43-133). Il précise que « la constitution politique est en premier lieu l'organisation de l'État et le processus de vie organique par rapport à lui-même » (*Principes de la philosophie du droit*, Paris, Gallimard, 1983, p. 298) et qu'elle est « quelque chose d'incréé […] ce qui existe en soi et pour soi, qui doit être considéré comme divin et immuable […] la constitution d'un peuple déterminé dépend de la nature et de la culture de la conscience de ce peuple […] vouloir donner à un peuple une constitution *a priori*, même si par son contenu elle est plus ou moins rationnelle, c'est une fantaisie qui néglige l'élément qui fait d'elle plus qu'un être de raison » (*ibid.*, p. 306).

[11] Voir toutefois pour un exemple d'utilisation d'une dichotomie comparable dans un contexte non-européen, PITKIN Hanna Fenichel, « The Idea of a Constitution », *Journal of Legal Education* 1987, p. 167.

[12] Sur cette opposition, voir PIERRÉ-CAPS Stéphane, « Les mutations de la notion de constitution et le droit constitutionnel », *Civ Eur.* n°6, p. 41 ; ROUSSEAU Dominique, « La notion de patrimoine constitutionnel européen », *in Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 29 ; ARNAUD Pierre, « VIIe colloque : l'idée de constitution », *Annales de philosophie politique* 1965, p. 175 ou MÖLLERS Christoph, « Pouvoir constituant, Constitution, Constitutionalisation », *in* VON BOGDANDY Armin et BAST Jürgen (dir.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart, 2006, p. 185.

Royaume-Uni[1]. Cet héritage occulté permet un retour notable à propos de l'adaptation de la catégorie. Il transparaît d'abord dans l'argumentation extra-juridique : les structures culturelles traditionnelles sont utilisées comme guide de la décision politique[2]. L'argument peut servir aussi bien à propos de l'organisation des institutions que pour fixer le niveau auquel les décisions doivent être prises. Il se retrouve dans une optique régionaliste[3] autant qu'européenne. Les constitutions nationales sont dans ce cas décrites comme décalées par rapport à la réalité des structures régionales ou d'une identité européenne inscrite dans l'histoire même du continent[4]. Nous ne pousserons pas plus loin nos investigations sur ce point car l'évaluation de la pertinence d'arguments politiques dépasse de loin nos objectifs[5]. L'héritage anti-moderne est ensuite visible dans la quasi-reprise du débat de la fin de l'Ancien régime dans la théorie juridique[6] pour savoir si l'Union européenne a déjà une constitution[7]. L'absence de normes écrites européennes clairement constitutionnelles incite certains à présenter un ensemble hétéroclite de normes[8], de valeurs[9] et d'organes comme une véritable constitution européenne au sens traditionnel du terme[10]. Comme avant la Révolution, la qualité de constitution n'est pas attribuée à une norme produite volontairement. L'exemple britannique est souvent cité : l'Europe aurait bien une constitution à condition d'entendre ce terme dans son sens britannique[11], c'est-à-dire comme un ensemble de normes et de pratiques formant spontanément un ordre politique[12]. Ce modèle pourrait également être appliqué à la

---

[1] MCILWAIN Charles Howard, *Constitutionalism, Ancient and Modern*, Ithaca, Cornell University Press, 1947, p. 11.

[2] Voir par exemple, BARTHÉLEMY Joseph, article précité, p. 124. Notons que des idées comparables étaient parfois déjà perceptibles chez les contre-révolutionnaires (DE MAISTRE Joseph, *op. cit.*, p. 69).

[3] Pour un exemple d'utilisation de la tradition pré-révolutionnaire dans la défense d'une conception multiculturelle du constitutionnalisme, voir TULLY James, *Une étrange multiplicité*, Bordeaux, PU de Bordeaux, 1999, p. 98.

[4] Le préambule du traité établissant une constitution pour l'Europe illustre idéalement cette tendance : une série de faits historiques sont présentés comme la justification objective de l'unité européenne et de la constitution appelée à la réaliser.

[5] Rappelons que nous entendons fournir les outils permettant d'étudier l'adaptation de la constitution en tant que catégorie juridique et non réfléchir à l'opportunité de son adaptation.

[6] Nous séparons ici les arguments politiques des questions tenant à l'étude du droit mais il ne faut pas oublier que les anti-modernes ne peuvent admettre une telle distinction puisqu'ils rejettent le principe de Hume.

[7] Nous retrouvons ici les mêmes positions que celles adoptées durant les débats de la fin de l'Ancien régime : la défense de l'explicitation de la constitution existante (BRAND Michael, « Affirming and Refining European Constitutionalism : Towards the Establishment of the First Constitution for the European Union », EUI Working Paper LAW n°2004/2, p. 6), l'affirmation de l'absence de « constitution digne de ce nom » (DUMONT Hugues, « La question de l'État européen du point de vue d'un constitutionnaliste », *Droit et Société* n°53/2003, p. 32) et celle de l'existence actuelle d'une constitution européenne (SNYDER Francis, « Constitutional Law of the European Union », *RCADE* vol. VI, Bool 1, p. 56). Cette opposition repose sur une divergence conceptuelle : il n'y aucun désaccord sur l'état du droit positif, seule la possibilité de présenter un certain nombre d'éléments incontestés comme constitutionnels est débattue.

[8] L'intégration de normes écrites dans une constitution composite ne doit pas surprendre : elle se retrouvait déjà chez les contre-révolutionnaires. Voir ainsi, BURKE Edmund, *op. cit.*, p. 36.

[9] Voir par exemple, « Editorial Comments : Union without Constitution », *CMLR* 1997, p. 1109.

[10] BERNHARDT Rudolf, « Les sources du droit communautaire : la 'constitution' de la Communauté », *in* Commission des Communautés européennes, *Trente ans de droit communautaire*, Luxembourg, Office des publications des CE, 1981, p. 73.

[11] Voir BIRKINSHAW Patrick, « Constitutions, Constitutionalism and the State », *European Public Law* 2005, p. 35 ou BLUMANN Claude et DUBOUIS Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3e éd., Paris, Litec 2007, p. 27.

[12] Sur cette conception de la Constitution du Royaume-Uni, voir BRYCE James, La *République américaine*, 2e éd., Paris, M. Giard & E. Brière, 1911, T. I, p. 56 ou PACE Alessandro, « Constitutions rigides et constitutions souples » *in La communicabilité entre systèmes juridiques. Liber amicorum Jean-Claude Escarras*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 355.

communauté internationale[1]. Certaines normes écrites sont invoquées mais la constitution conserve son caractère spontané car un ensemble de valeurs, d'actions non-coordonnées et les représentations qui s'y attachent sont censés former un ordre sans qu'une volonté quelconque ne l'ait organisé de manière cohérente. Le mimétisme avec la fin de l'Ancien régime atteint son summum quand l'adoption d'une constitution écrite est rejetée en raison des bienfaits de la constitution spontanée[2]. Les théories contre-révolutionnaires sont même parfois explicitement évoquées[3].

Au-delà du cas spécifique de l'Union européenne, il faut aussi citer la constitution matérielle mise en avant par la doctrine italienne[4]. Elle partage avec la conception anti-moderne les idées d'ordre et de contenu composite[5]. Elle présente toutefois une dimension moins métaphysique en se plaçant dans le cadre d'un sociologisme ancien orienté vers la recherche d'un ordre social immanent. L'opposition entre la société et l'État permet celle des principes spontanés aux normes écrites[6] dans la fixation d'objectifs politiques[7] qui limitent la révision des lois constitutionnelles[8] et sont le produit des rapports réels entre les groupes sociaux et les acteurs politiques[9]. Des développements en partie comparables peuvent être trouvés en dehors de la doctrine italienne[10], notamment avec la constitution sociale d'Hauriou. Là-encore, la constitution est définie sur la base d'un ensemble de valeurs et de structures sociales apparues spontanément[11]. La constitution sociale n'est pas le nom donné aux normes constitutionnelles régissant un domaine spécifique mais bien un ensemble autonome visant à limiter la place des lois constitutionnelles[12]. Sa stabilité et sa spontanéité sont d'ailleurs

---

[1] TOMUSCHAT Christian, « Obligations Arising for States Without or Against their Will », *RCADI* 1993-IV, p. 218.
[2] En ce sens, voir WEILER J.H.H., « In Defence of Statu Quo : Europe's Constitutional Sonderweg », *in* WEILER J.H.H. et WIND Marlene (dir.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, CUP, 2003, p. 7. Pour une prise de position soutenant au contraire l'intérêt de l'écrit contre la spontanéité, voir BRAND Michael, article précité, p. 29.
[3] Voir CONSTANTINESCO Vlad, « L'émergence d'un droit constitutionnel européen – Rapport de synthèse », *in* FLAUSS Jean-François (dir.), *Vers un droit constitutionnel européen. Quel droit constitutionnel européen ?*, *RUDH* 1995, p. 449.
[4] Les travaux en français sur cette notion sont assez rares. Voir tout de même, CARRINO Agostino, « De la constitution matérielle », *in Mélanges Michel Troper*, précité, p. 239-247 ; MAGNON Xavier, *Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire devant les juges constitutionnels français et italiens*, Thèse, Aix-Marseille III, 2002, p. 420-424 ou BLAIRON Katia, *Le régionalisme et le fédéralisme dans les réformes de l'État italien*, Thèse, Nancy II, 2005, p. 63-64.
[5] BISCARETTI DI RUFFIA Paolo, « Les constitutions européennes : notions introductives », *in La constitution comme loi fondamentale dans les États de l'Europe occidentale et dans les États socialistes*, Paris, LGDJ, 1966, p. 8.
[6] CARRINO Agostino, article précité, p. 244 ou MODERNE Franck, *Réviser la constitution*, Paris, Dalloz, 2006, p. 13.
[7] GAMBINO Silvio, « Communicabilité et comparaison entre systèmes juridiques (méthodes et recherche constitutionnelle en Italie) », *in Liber amicorum Jean-Claude Escarras*, précité, p. 89.
[8] LUCIANI Massimo, « Rapport italien », *AIJC* 1990, p. 170 ou RIGAUX Marie-Françoise, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 114.
[9] CARRINO Agostino, article précité, p. 242 ou MAGNON Xavier, *op. cit.*, p. 422.
[10] Voir notamment, CHEVALLIER Jacques, article précité, p. 286.
[11] HAURIOU Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, p. 613. Notons que cette notion est encore régulièrement évoquée par des auteurs contemporains. Voir par exemple, GÉLIN-RACINOUX Laurence, *Recherches sur le rapport de la constitution au temps*, Thèse, Nantes, 2005, p. 444 ou ROUSSEAU Dominique, « La Constitution, projet inachevé », *RCADC* 2005, p. 183.
[12] HAURIOU Maurice, *op. cit.*, p. 615.

opposées à la mutabilité et à l'artificialité des lois constitutionnelles[1]. Plus largement, plusieurs dichotomies dans la classification des constitutions trouvent leur origine dans le débat qui opposa les modernes aux anti-modernes[2]. Citons les antagonismes entre constitution formelle et matérielle[3], normative-descriptive[4], spontanée-volontaire, normative-institutionnelle, artificielle-naturelle[5] ou encore écrite-coutumière. L'insistance sur le rôle des coutumes constitutionnelles dans l'émergence d'une constitution spontanée n'est pas sans lien avec l'approche contre-révolutionnaire quand elle se fait sans se référer au discours du droit[6]. L'idée selon laquelle toute constitution a forcément une part non-écrite peut ici faire l'objet d'une nouvelle interprétation : elle concernerait la constitution au sens théorique et non au sens dogmatique. Les arguments dogmatiques évoqués à propos de la coutume constitutionnelle ne sont plus alors pertinents. Tout tient à l'intérêt d'intégrer des éléments non-écrits dans la catégorie théorique de constitution[7]. L'exemple anglais est là-encore souvent cité comme une preuve irréfutable[8]. La supra-constitutionnalité peut elle aussi chercher à exploiter cette dynamique. Elle est même au cœur de la vision volontariste de la constitution comme organisme (2).

2. LA VISION VOLONTARISTE DE LA CONSTITUTION COMME ORGANISME

Si les théories des penseurs pré-modernes et anti-modernes sont sans aucun doute non-volontaristes, la présentation de la constitution comme un ordre plutôt que comme un ensemble de lois peut s'articuler avec la reconnaissance de la place de la volonté humaine dans son édification. Le professeur Blanquer a ainsi affirmé que la constitution ne s'incarnait pas dans un « bloc de constitutionnalité » conçu comme un groupe de normes mais plutôt dans un « ordre constitutionnel »[9]. Elle serait donc une structure dynamique et cohérente qui

[1] Pour une présentation critique, voir BURDEAU Georges, *Traité de science politique*, Paris, LGDJ, 1984, T. IV, p. 16.
[2] Ce rapport entre diverses dichotomies a été souligné à juste titre par Burdeau (*op. cit.*, p. 27) même s'il nous semble abusif de le réduire à l'opposition entre les conceptions de la constitution comme donné et comme acte volontaire.
[3] Précisons bien que la séparation entre constitution au sens normatif matériel et au sens normatif formel n'a pas de rapport direct avec ce problème. Il ne faut donc pas exagérer la portée de cette explication (*contra ibid.*, p. 16).
[4] L'idée selon laquelle la connaissance de la constitution dépendrait entièrement de la connaissance de faits sociaux et non de l'étude de normes édictées volontairement est en effet déjà présente dans les doctrines contre-révolutionnaires.
[5] Cette opposition est évoquée notamment dans BASTID Paul, *L'idée de constitution*, précité, p. 10.
[6] Ce lien déjà présent chez les contre-révolutionnaires (GENGEMBRE Gérard, article précité, p. 61) est même parfois assumé par les partisans de la coutume constitutionnelle. Voir ainsi, DOCKÈS-LALLEMENT Nicole, article précité, p. 123.
[7] La référence à la constitution matérielle est d'ailleurs utilisée dans ce cadre (AVRIL Pierre, « Dérogation à la dérogation », *in Les mutations du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Pars, Dalloz, 2002, p. 273) même si le caractère dogmatique ou théorique de l'objectif poursuivi n'est pas toujours clairement annoncé.
[8] En ce sens, voir GOUET Yvon, *La coutume en droit constitutionnel interne et international envisagée principalement dans ses rapports avec les autres modes de constatation du droit*, Paris, Pédone, 1932, p. 28.
[9] BLANQUER Jean-Marie, « Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel ? », *in Mélanges Jacques Robert*, Paris Montchrestien, 1998, p. 236. Notons que cette notion a été reprise notamment par le professeur Lavroff (« À propos de la constitution », *in Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz , 2003, p. 289).

sert de guide aux organes qui lui sont soumis[1]. Dans cette optique, l'aspect institutionnel apparaît dans le rejet de la réduction de la constitution à une série de normes. Pour autant, l'ordre constitutionnel n'a rien de spontané : il ne provient pas d'un héritage historique lointain ou de rapports de force politiques[2] mais des décisions du juge, c'est-à-dire de la volonté d'un organe qui peut modifier l'ordre par ses actions[3]. La dimension textuelle de la constitution est alors écartée au profit d'une réflexion générale sur un ordre appuyé sur la séparation des pouvoirs et la liberté[4]. L'aspect institutionnel de l'ordre tient aussi au fait qu'il apparaît comme un système liant des acteurs dont le rôle est fixé par le juge[5]. Il peut donc être comparé à un organisme[6], comme dans les conceptions traditionnelles de la constitution.

D'autres théories assument leur refus de la conception normative de la constitution. La plus influente d'entre elles est probablement celle qu'a proposée le professeur Beaud. Elle entend revaloriser une conception institutionnelle de la constitution dans un cadre français centré pour des raisons historiques sur les textes constitutionnels[7]. Elle repose sur la distinction entre la constitution et les lois constitutionnelles : les normes auxquelles la doctrine réduit classiquement la constitution ne sont que des lois constitutionnelles[8] qui ne doivent pas être confondues avec la constitution. Les premières sont le produit d'une série d'actes adoptés par le pouvoir constituant ou le pouvoir de révision qui se matérialisent dans des textes révisables par une procédure prédéterminée. La seconde est une décision fondamentale prise par le souverain sur l'organisation politique[9]. La distinction est fondamentale car la décision constitutionnelle structure la communauté politique. Les lois constitutionnelles sont donc subordonnées à cette décision originaire qu'elles se contentent d'appliquer : la constitution n'est pas révisable légalement alors que les lois constitutionnelles peuvent être modifiées dans

---

[1] BLANQUER Jean-Marie, « L'ordre constitutionnel d'un régime mixte », *RDP* 1998, p. 1536.

[2] La première option correspond bien sûr aux théories pré-révolutionnaires et contre-révolutionnaires quand la seconde renvoie plutôt aux approches italiennes contemporaines.

[3] BLANQUER Jean-Marie, « L'ordre constitutionnel… », précité, p. 1540.

[4] BLANQUER Jean-Marie, « La distance parcourue de l'ordre institutionnel à l'ordre constitutionnel », *in Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, Paris, LGDJ, 1999, p. 27. L'ordre constitutionnel comprend des « principes qui, en quelque sorte, sont révélés par la Constitution et qui donc, d'une certaine façon, lui sont peut-être supérieurs » (*ibid.*, p. 31).

[5] BLANQUER Jean-Marie, « L'ordre constitutionnel… », précité, p. 1540.

[6] La constitution serait un « système juridique vivant qui irradie » (BLANQUER Jean-Marie, « Bloc… », précité, p. 238). Notons qu'une conception un peu différente de la notion d'ordre constitutionnel a été proposée par le professeur Le Divellec qui insiste également sur sa dimension composite mais entend proposer une vision moins normativiste en intégrant à la fois des normes écrites et non écrites pouvant « revêtir un statut différencié et une normativité variable » et l'utilisation qu'en font les acteurs de manière à rendre compte de « l'interaction entre ce qui doit être, c'est-à-dire les agencements contraignants de la Constitution normative, et ce qui est réellement, la Constitution réelle » (« Un ordre constitutionnel confus », *in* CHAGNOLLAUD Dominique (dir.), *Les 50 ans de la Constitution*, Paris, Litec, 2008, p. 158). Là-encore, il s'agit de refuser la réduction de la Constitution aux normes pour y voir un système dynamique difficile à cerner.

[7] BEAUD Olivier, « Constitution et droit constitutionnel », *in* RIALS Stéphane et ALLAND Denis (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 261.

[8] BEAUD Olivier, « La souveraineté dans la 'Contribution à la théorie générale de l'État' de Carré de Malberg », *RDP* 1994, p. 1300 ou *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 351.

[9] *Ibid.*, p. 366 ou « La notion de pacte fédératif », *in* KERVÉGAN Jean-François et MOHNHAUPT Heinz (dir.), *Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire du droit et la philosophie*, Francfort, Vittorio Klostermann, 1999, p. 257.

la mesure où l'on respecte la constitution[1]. Cette hiérarchie trouve son origine dans la supériorité intrinsèque du pouvoir constituant sur le simple pouvoir de révision qui se reflète dans le rapport des actes constituants et des actes de révision[2]. La référence au pouvoir constituant montre clairement ce que cette théorie doit au volontarisme révolutionnaire et en quoi elle s'oppose à la contre-révolution. Pour autant, elle s'écarte de manière sensible de la conception normative de la constitution. Tout d'abord, elle est fondée sur l'opposition entre norme et décision : le pouvoir constituant établit certes une série de normes mais il prend en même temps une décision fondamentale qui ne se confond pas avec ces normes[3]. Ensuite le statut constitutionnel n'est pas accordé à toutes les normes signifiées par l'acte originaire : seuls quelques éléments fondamentaux sélectionnés matériellement bénéficient de cette protection[4]. Le texte constitutionnel et la volonté du constituant sont contournés dans les cas où le texte ne prévoit pas de limites à la révision[5]. C'est ici qu'intervient une notion proche de l'ordre constitutionnel : le statut constitutionnel concernerait le cœur même de l'ordre politique établi par la décision constituante, c'est-à-dire un groupe limité de valeurs et une structure politico-sociale générale[6]. Le refus de présenter la constitution comme un ensemble de normes trouve là sa justification. L'originalité de cette conception parmi toutes celles qui décrivent la constitution comme un organisme tient à l'intervention du concept de décision qui rompt avec l'historicisme qui domine les prises de positions plus anciennes.

Elle trouve son origine dans les travaux de Carl Schmitt, auxquels elle emprunte certains concepts[7]. Ainsi, l'importance accordée à la structure fondamentale de la constitution ou à la décision constituante est déjà présente chez Schmitt[8], et a d'ailleurs largement influencé la doctrine française[9] et étrangère[1]. De même, l'opposition entre la constitution et les lois

---

[1] Voir par exemple, BEAUD Olivier, *La puissance de l'État*, précité, p. 482.

[2] Nous retrouvons ici les éléments déjà évoqués lors du traitement de la supra-constitutionnalité (voir *supra*, p. 319) car l'un des principaux intérêts de la théorie du professeur Beaud est de formuler des limites aux lois de révision constitutionnelle.

[3] Le professeur Beaud admet tout à fait que l'acte originaire crée des normes (*ibid.*, p. 350). Pour autant, la conception institutionnelle qu'il défend décrit la constitution comme « l'ordre politique […] le système éthico-politique tout entier, et non pas la loi fondamentale de l'État » sachant que « cette primauté de l'ordre politique – du Tout – suppose d'admettre une (ou des) autorité(s) capable(s) de créer et de maintenir un tel ordre » (« La notion de constitution chez Montesquieu », *in Staat, Souveränität, Verfassung. Festschrift für Helmut Quaritsch zum 70. Geburstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, p. 412). Cette citation montre bien la difficile combinaison entre un héritage pré-moderne et un volontarisme moderne.

[4] Cette sélection est inévitable si l'on entend garder le contact avec la réalité sociale de la pratique juridique : si la protection était étendue à l'ensemble de l'acte originaire, il serait tout simplement impossible de réviser la constitution. La dimension institutionnelle de la conception de la constitution défendue par le professeur Beaud ne tient donc pas à la séparation entre les actes originaires et les actes dérivés mais bien aux éléments ajoutés pour opposer constitution et lois constitutionnelles.

[5] Pour un exemple de cette approche, voir BEAUD Olivier, *op. cit.*, p. 464.

[6] BEAUD Olivier, « Carl Schmitt… », précité, p. 81 ou « Constitution et droit constitutionnel », précité, p. 258.

[7] Cette influence majeure est reconnue par le professeur Beaud. Voir ainsi, *op. cit.*, p. 216, 340 ou 350.

[8] SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 151. L'opposition entre décision et norme et la proximité avec la notion d'ordre est bien visible car la constitution est l'acte qui « détermine par une décision unique la globalité de l'unité politique [….] la détermination consciente de la configuration globale spécifique que choisit l'unité politique ».

[9] Voir par exemple, AVRIL Pierre, *Les conventions de la constitution*, Paris, PUF, 1997, p. 49 ou FOUQUET-ARMAND Maud, « Les révisions de la Constitution de 1958 : de la Ve à la VIe République », *RRJ* 2001, p. 1591.

constitutionnelles est évoquée par Schmitt[2]. Surtout, le thème de l'ordre concret lui avait déjà permis de tempérer son décisionnisme par des emprunts à la pensée anti-moderne[3]. Celle-ci rend envisageable une cohérence non-artificielle de la structure de la constitution[4]. Cette tendance a été accentuée par les autres sources du professeur Beaud notamment Hegel[5] et Aristote[6] qui l'ont finalement conduit à défendre une vision finaliste du monde[7]. L'attention portée à l'œuvre de Montesquieu a également pu apporter une dimension sociologiste à cette théorie[8]. Ce cheminement complexe explique comment des sources aussi opposées que le volontarisme et la pensée anti-moderne peuvent se combiner pour donner naissance à une nouvelle conception, et donc à une nouvelle définition, de la constitution. Au final, la variété des écoles présentant la constitution comme un organisme n'entache pas leur unité qui s'exprime dans l'usage spécifique du terme constitution pour désigner un ordre social et politique, une structure composite basant l'organisation d'un État, qui incite à préférer au texte constitutionnel un certain nombre d'éléments présentés comme des faits sociaux. Ce schéma commun permet d'envisager une critique globale de ces positions (B).

B. Une conception critiquable

Les conceptions organicistes de la constitution paraissent proposer une définition dont l'originalité tient autant au genre qu'à la différence spécifique. Elles méritent donc d'être évaluées en tant que définitions théoriques, sans se prononcer sur la valeur politique des revendications héritées des débats révolutionnaires qu'elles soutiennent implicitement. Or, elles souffrent de défauts notables car elles ont une dimension prescriptive (1) qui provient de la poursuite d'un objectif qui dépasse largement le cadre de la théorie juridique (2).

---

[1] Voir ainsi, GERBER David, « Constitutionalizing the Economy : German Neo-Liberalism, Competition Law and the 'New' Europe », *American Journal of Comparative Law* 1994, p. 45.
[2] SCHMITT Carl, *op. cit.*, p. 152.
[3] Celui-ci est décrit comme un ordre social apparu par un processus historique donnant naissance à des normes immanentes. Voir SCHMITT Carl, *Les trois types de pensée juridique*, Paris, PUF, 1995, p. 53.
[4] Cette cohérence est au centre de la vision de la constitution de Schmitt (CASTIGLIONE Dario, « The Political Theory of the Constitution », *Political Studies* 1996, p. 420) et la rapproche clairement des conceptions organicistes.
[5] Sur ce point, voir BEAUD Olivier, « Constitution et constitutionnalisme », *in* RAYNAUD Philippe et RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 1996, p. 123.
[6] *Ibid.*, p. 118. Notons que l'influence d'Aristote passe aussi à travers l'œuvre d'Hegel. En ce sens, voir FRIEDRICH Carl, *La démocratie constitutionnelle*, Paris, PUF, 1958, p. 66
[7] BEAUD Olivier, *Théorie de la fédération*, Paris, PUF, 2007, p. 273. Précisons toutefois que le professeur Beaud prétend adopter une analyse finaliste du monde sans adhérer pour autant à une perspective aristotélo-thomiste.
[8] Cet emprunt est tout à fait assumé par le professeur Beaud qui cite Montesquieu comme l'un des pères de la conception institutionnelle de la constitution tout en notant qu'il se place plus dans la tradition antique que dans celle de la sociologie moderne et que son approche tente bien « d'articuler ensemble le droit et le politique » dans une perspective à la fois prescriptive et descriptive (« La notion de constitution… », précité, p. 425).

1. LES MANIFESTATIONS DE LA DIMENSION PRESCRIPTIVE DES CONCEPTIONS ORGANICISTES

Une vision originale de la constitution est *a priori* susceptible d'améliorer une compréhension du système juridique gênée par les impasses auxquelles conduit la vision majoritaire. L'originalité tiendrait ici à la préférence affichée pour la description de la constitution comme un ordre, une institution ou une réalité sociale plutôt que comme une norme ou un ensemble de normes[1]. Si nous écartons les qualités d'institution ou de réalité sociale parce qu'elles n'excluent pas vraiment celle de norme juridique, la notion d'ordre paraît quant à elle vraiment singulière. Elle est toutefois assez difficile à saisir. Il faut ici rappeler qu'une norme est la signification d'un acte de langage prescriptif réel ou non. L'« ordre » préservera donc sa particularité s'il est détaché de toute forme de prescription, autrement dit s'il n'est pas appelé à guider le comportement des acteurs.

Or, les théories en cause ne semblent pas répondre à cette exigence. Elles décrivent toutes implicitement la constitution comme étant formée de normes, au moins partiellement. Les traditions sur l'organisation des pouvoirs publics ou l'ordre de succession que valorisent les contre-révolutionnaires sont indéniablement une série de normes[2]. De même, la constitution matérielle italienne se distingue des rapports politiques par sa vertu prescriptive. Le fait que de nombreux auteurs réclament son application par le juge suffit à le démontrer[3] : une entité susceptible de solutionner un litige judiciaire est forcément capable de guider le comportement des acteurs et constitue donc une norme. La constitution sociale d'Hauriou ou *a fortiori* les reconstructions récentes basées sur la jurisprudence constitutionnelle suivent bien sûr le même modèle. La préférence parfois exprimée pour le terme de « valeur » au détriment de celui de « norme » ne paraît pas avoir d'importance réelle. La présentation occasionnelle des coutumes constitutionnelles comme une alternative à la conception normative de constitution[4] est également contestable. Les coutumes sont indéniablement prescriptives. C'est même par cette caractéristique qu'elles se distinguent des simples pratiques. Le fait qu'elles ne soient pas le fruit d'une édiction volontaire n'y change rien. Lier la constitution aux lois fondamentales du Royaume relève donc bien d'une conception

---

[1] Cette particularité est explicitée par les auteurs contemporains (BEAUD Olivier, « Constitution et droit… », précité, p. 262 ou MODERNE Franck, *op. cit.*, p. 9) mais elle était déjà visible chez les auteurs contre-révolutionnaires.

[2] De Maistre évoque ainsi les « lois qui conviennent » à un peuple ou « les droits des peuples » (*Considérations…*, précité, p. 68 et 75) alors que Burke parle de « règle » (*op. cit.*, p. 29) et De Bonald de « lois fondamentales » (*op. cit.*, p. 43). Il faut toutefois ne pas oublier que ces auteurs sont toujours ambigus sur la nature exacte de ce qu'ils appellent « constitution » et qui est plutôt désigné en général comme un groupe d'organes ou un esprit partagé. De tels éléments ne suffiraient cependant pas à remplir les fonctions qu'ils lui assignent. Au minimum, il faut reconnaître que les constitutions qu'ils envisagent sont « le fondement de normes à la fois sociales, politiques et juridiques » (BRUNET Pierre, « Constitution », *in Encyclopedia Universalis*, 2007).

[3] Voir par exemple, RIGAUX Marie-Françoise, *op. cit.*, p. 114 et 306 ou ROUSSY Jean, *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales aux Etats-Unis et en Suisse*, Thèse, Lausanne, 1969, p. 166.

[4] Pour un exemple, voir, BARANGER Denis, *Le droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, PUF, 2006, p. 14.

normative, fut-elle non-écrite et spontanée. Leur existence réelle est certes contestée[1] mais si l'on devait la remettre en cause, cela signifierait qu'elles ne peuvent incarner la constitution et non qu'elles ne sont pas des normes. La description de la constitution du Royaume-Uni comme étant l'archétype de la conception institutionnelle de la constitution[2] appelle les mêmes critiques car celle-ci est bien un ensemble de normes. Le débat révolutionnaire sur la définition de la constitution cache derrière son aspect théorique des positions politiques plus ou moins réformistes[3] qui gagnent à être exposées sans en faire de faux problèmes conceptuels. Sa résurgence au niveau européen doit donc être observée avec prudence : les constitutions anciennes, dont celle du Royaume-Uni, ne sont pas de véritables alternatives théoriques mais seulement le fruit d'un modèle politique distinct et tout aussi normatif[4].

Les approches héritées de Carl Schmitt peinent elles aussi à s'écarter de la normativité. Les principes constitutionnels non-révisables sont forcément normatifs[5] sans quoi ils ne peuvent par définition servir à interdire de réviser la constitution. L'exemple principal utilisé par le professeur Beaud confirme cette analyse : l'obligation de respecter la forme républicaine du gouvernement[6] est indéniablement une norme. Elle vise à guider le pouvoir de révision et permet de comparer sa conduite à celle qui était attendue au regard du droit. La forme républicaine de gouvernement elle-même n'est qu'une série de normes sur le mode de gouvernement admis, voire sur les valeurs qui s'imposent aux gouvernants[7]. La présentation de la constitution comme étant la volonté du peuple[8] ou comme une structure juridique[9] peine pareillement à se dégager de son caractère normatif. Le concept de « décision » peut à la rigueur sembler s'opposer aux « normes ». Néanmoins, les décisions telles que Schmitt les décrit restent bien des actes de langage prescriptifs, ou s'apparentent à la signification de tels actes de langage. Il s'agira parfois de normes individuelles mais la décision constitutionnelle ne se contente pas de trancher un cas concret et crée donc une ou plusieurs normes générales. Ainsi, la décision d'instituer un régime démocratique revient à l'édiction soit d'une norme

[1] Elles apparaissent en effet comme un outil utilisé par les Parlements pour renforcer leur position dans le cadre des luttes politiques et sociales de la fin de l'Ancien régime plutôt que comme de véritables coutumes jouissant d'une application durable. Pour des débats à ce sujet, voir BASTID Paul, *op. cit.*, p. 63 ; SAINT-BONNET François, « Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel », *Droits* n°32, p. 8 ; HAROUEL Jean-Louis, « Regards sur les constitutions dans l'histoire du droit français », *Annuaire de droit européen* vol. I, p. 12 ou VALENSISE Marina, article précité, p. 449.
[2] Voir REIPLINGER Charles, *op. cit.*, p. 16.
[3] VALENSISE Marina, article précité, p. 448.
[4] Autrement dit, ce qui fait la constitutionnalité des normes européennes doit être décrit sur la base de critères transparents sans que l'exemple anglais ne puisse être d'une grande utilité car il n'est pas en tant que tel porteur d'une notion théorique originale opposable au modèle continental.
[5] Le contraire est pourtant régulièrement affirmé : Schmitt verrait la constitution « comme être (*Sein*) politique de l'État » et non comme « devoir-être (*Sollen*) de l'État » (BEAUD Olivier, « Carl Schmitt... », article précité, p. 77).
[6] BEAUD Olivier, « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le traité de Maastricht », *RFDA* 1993, p. 1062.
[7] Précisons bien que cette remarque vaut évidemment pour toutes les limites à la révision.
[8] BEAUD Olivier, « Carl Schmitt… », précité, p. 81.
[9] BEAUD Olivier, « La souveraineté dans la 'Contribution à la théorie générale de l'État'… », précité, p. 1301.

générale imposant le respect de la démocratie soit d'une série de normes générales créant des institutions démocratiques. Le mode d'existence de cette norme est quelque peu mystérieux puisqu'elle ne fait pas l'objet d'un acte de langage identifié mais cela ne change rien à son caractère prescriptif. L'originalité de la décision se situerait plutôt dans le raisonnement pratique : elle est le résultat d'un choix arbitraire et non de l'application de normes pré-existantes[1]. Sans se prononcer sur ce schéma, force est de constater que la décision ainsi décrite signifie bien une norme. C'est à ce prix qu'elle pourra s'imposer au comportement des sujets. La prétention à se concentrer sur la décision constitutionnelle plutôt que sur la norme revient alors à préférer l'acte à la norme. Certes, cela ne remet pas directement en cause l'opposition entre constitution et loi constitutionnelle : l'acte considéré ici n'est pas celui qui signifie les lois constitutionnelles mais bien la décision fondamentale qui institue les normes générales de niveau supérieur qui priment ces lois[2]. Malgré cela, la séparation sur le genre de la constitution qui faisait la particularité de cette vision est totalement écartée. Elle n'est plus qu'une définition normative particulière. Il est difficile de savoir s'il s'agit d'une définition formelle ou matérielle mais la typologie classique n'est plus vraiment bousculée par cette tentative de renouvellement. Précisons que la réduction de l'ordre à la norme ne doit pas surprendre. En effet, l'organisation et la cohérence qui le caractérisent ne peuvent provenir que d'une application de l'intentionnalité humaine à des faits qui seraient sans cela liés uniquement par des rapports de causalité. La défense d'un ordre spontané néglige le rôle de l'intention dans l'interprétation qui permet de voir une cohérence dans un agrégat composite et de considérer des pratiques comme des normes. L'ordre constitutionnel reste finalement normatif, au moins partiellement : il est avant tout une catégorie de normes.

Cette prise de conscience fait naître une difficulté supplémentaire : le caractère dogmatique ou théorique des critères qui le définissent n'est pas facile à déterminer. L'on pourrait penser qu'ils sont forcément théoriques puisque l'ordre constitutionnel concurrence des conceptions normatives matérielles et formelles qui sont manifestement théoriques[3]. Mieux, ils sont choisis arbitrairement par la doctrine[4] pour bâtir des notions nouvelles (constitution sociale,

---

[1] Le meilleur exemple de cette conception est donné par la vision de la souveraineté que défend Schmitt : celle-ci se caractériserait par la capacité à décider en cas d'exception. Cela recouvre « ce qu'on ne peut subsumer ; elle échappe à toute formulation générale, mais simultanément révèle un élément formel spécifique de nature juridique, la décision dans son absolue pureté » qui « se sépare de la norme juridique » (*Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988, p. 23).

[2] L'ordre qu'incarne la constitution dans la vision décrite ici reste donc bien distinct de l'ensemble de normes écrites qui forme les lois constitutionnelles, même s'il est clairement normatif.

[3] Le placement des théories organicistes soit comme des conceptions matérielles opposées aux conceptions formelles, soit comme des conceptions institutionnelles opposées aux conceptions normatives les désigne clairement comme relevant de la théorie. Leur rapport avec les catégories dogmatiques n'est pas clairement évoqué.

[4] Ce choix arbitraire suffit à les considérer comme des notions théoriques au regard de notre typologie sans s'arrêter sur les intentions affichées par les auteurs : le caractère dogmatique ou théorique d'une catégorie dépend en effet de la manière dont elle est créée et non des intentions de son créateur (voir *supra*, p. 47). Notons que cet arbitraire n'est généralement pas

matérielle…) sans tenir compte du discours des acteurs. L'utilisation de ressources philosophiques ou historiques indique aussi une démarche théorique car elles n'ont aucune pertinence pour connaître l'état du droit positif[1]. Pour autant, beaucoup d'auteurs entendent attacher des effets juridiques à la catégorie qu'ils défendent[2]. Cela passe soit par l'ajout de nouvelles normes constitutionnelles au-delà de l'acte constitutionnel au sens dogmatique[3], soit par la sélection d'une structure constitutionnelle parmi les normes positives[4]. Nous sommes ici face à un cas de figure très répandu : des théories sont élaborées pour modifier la doctrine générale des sources du droit. Autrement dit, les deux niveaux de l'herméneutique sont mélangés car des faits inconnus de la dogmatique sont présentés comme des normes positives en raison de leur appartenance à une catégorie théorique[5]. La cohérence apparente que permettait l'interprétation des conceptions organicistes comme étant simplement des catégories normatives matérielles[6] est remise par cause par l'hésitation sur le statut de ces catégories. Elle empêche l'évaluation de ces catégories et montre que les théories organicistes portent une revendication particulière et ne sont pas simplement fondés sur l'imprécision du concept d'« ordre ». Leur élucidation exige des précisions supplémentaires (2).

2. LA SOURCE DE LA PRESCRIPTION : UNE AMBITION DE THEORIE GENERALE IMPLICITE

La dérive des théories organicistes s'explique par les présupposés qui les soutiennent. Les catégories théoriques sont évaluées ici dans un cadre positiviste qui est incompatible avec des approches anti-modernes qui nient le principe de Hume[7]. Un tel choix[1] empêche de séparer les

---

assumé en raison de l'essentialisme partagé par la plupart des auteurs organicistes (voir *infra*, p. 401). Toutefois, au vu du rejet des essences (voir *supra*, p. 35 et s.), ce qui est présenté comme une description apparaît en réalité comme un choix arbitraire dissimulé volontairement ou non par des développements théoriques.

[1] Pour un avis comparable, voir AGUILA Yann, « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *RFDC* 1995, p. 12.

[2] Si l'effet juridique attendu est clair chez les tenants de la constitution sociale ou dans les travaux du professeur Beaud, d'autres écoles peuvent paraître plus ambiguës. Ainsi, il est bien difficile de savoir si les contre-révolutionnaires prétendent décrire le droit ou formuler des propositions politiques. Les partisans de la coutume semblent bien quant à eux prétendre déduire un statut juridique d'une sélection résultant pourtant de choix théoriques. Voir ainsi, TULLY James, *op. cit.*, p. 98 ou BLUMANN Claude et DUBOUIS Louis, *op. cit.*, p. 27.

[3] Il peut s'agir de coutumes constitutionnelles (BISCARETTI DI RUFFIA Paolo, article précité, p. 8 ou COTTA Sergio, article précité, p. 155), de normes constitutionnelles non-textuelles (BLANQUER Jean-Marie, « L'ordre constitutionnel d'un régime mixte », précité, p. 1536 ou BEAUD Olivier, « Constitution et droit constitutionnel », précité, p. 264) ou de normes constitutionnelles renforcées (RIGAUX Marie-Françoise, *op. cit.*, p. 96).

[4] SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 156.

[5] Pour prendre un exemple, si l'on définit arbitrairement les critères qui font d'une norme une coutume constitutionnelle et que l'on en déduit sa validité juridique, l'on tire une conséquence dogmatique d'une catégorie théorique. Mieux, même si l'on se contente d'y voir un outil de classification, le problème reste entier car les catégories théoriques normatives ont vocation à classer les normes positives. Le mélange de normes positives et de normes sans valeur juridique qui résulte de la création d'une catégorie de coutume constitutionnelle purement théorique ne peut aider à comprendre le système juridique.

[6] Certains affirment ainsi que le caractère constitutionnel d'un principe dépend de son contenu (BLANQUER Jean-Marie, article précité, p. 1538 ou LÉVY Denis, « Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans l'élaboration du droit constitutionnel », *in Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, LGDJ, 1974, T. I, p. 41)

[7] En ce sens, voir BEAUD Olivier, « La notion de constitution… », précité, p. 424. Pour des exemples, voir DE BONALD Louis-Ambroise, *op. cit.*, p. 43 ; VALENSISE Marina, article précité, p. 459 ou MOUSNIER Roland, article précité, p. 46.

faits et les normes et conduit à confondre les lois scientifiques et juridiques[2]. Le concept d'ordre spontané ou l'opposition entre coutumes et normes prend tout son sens dans une vision sociologiste qui ressuscite le mode de pensée antique en négligeant la distance entre règle et régularité[3] et qui est particulièrement visible chez les tenants de la constitution matérielle italienne[4]. Le problème posé par les théories organicistes ne se résume donc pas aux choix des critères matériels ou formels servant à sélectionner les normes constitutionnelles mais tient au contraire à une divergence sur la théorie générale du droit[5]. Cette dernière suffirait en principe à l'éliminer de notre étude. La capacité à donner une meilleure représentation du système juridique que peuvent invoquer les tenants de l'organicisme est utile pour défendre une catégorie théorique mais ne peut servir à promouvoir une nouvelle théorie générale. La discussion sur la valeur comparée de deux définitions de la constitution n'a pas d'influence sur la théorie générale adoptée mais doit au contraire être menée dans le cadre d'une théorie générale prédéterminée. Or, le but de la doctrine organiciste est moins de promouvoir une meilleure définition théorique de la constitution qu'une nouvelle théorie générale du droit.

Cet objectif spécifique permet de comprendre pourquoi il est impossible de saisir l'autonomie de l'ordre face à la norme. Elle ne repose en effet pas vraiment sur la contestation de sa qualité normative au sens logique mais plutôt sur la proposition d'une forme alternative de normativité, c'est-à-dire d'un mode d'existence des normes distinct de celui retenu par le positivisme volontariste[6]. Ce projet est facilité par le rattachement de ce dernier à la fois à la politique et à la théorie générale du droit. S'il a été utilisé comme base de la science du droit, il est avant tout apparu comme une doctrine politique soutenant la possibilité d'agir pour changer le droit et la société[7]. À cette double orientation répond logiquement une doctrine à la fois politique et théorique. Ainsi, la contestation du volontarisme portée par Hayek concerne

---

[1] La rupture avec le principe de Hume est parfois clairement assumée et défendue. Voir ainsi, CARRINO Agostino, article précité, p. 242 et RIALS Stéphane, « La Contre-révolution : le procès du constitutionnalisme volontariste », *in Révolution et Contre-révolution au XIXe siècle*, Paris, Albatros, 1987, p. 14.

[2] DUCLOS Pierre, *La notion de Constitution dans l'œuvre de l'assemblée constituante de 1789*, Thèse, Poitiers, 1932, p. 7.

[3] Pour un exemple récent, voir HAYEK Friedrich, *Droit législation et liberté*, Paris, PUF, 1980, T. I, p. 93.

[4] Le principe de base de la théorie italienne de la constitution matérielle est en effet de déduire des règles de rapports de force entre les acteurs politiques, c'est-à-dire de déduire des normes de simples faits. Cette dérive confirme le lien entre les visions organicistes car les contre-révolutionnaires ont influencé le sociologisme comtien (RIALS Stéphane, article précité, p. 19 et CORDELIER Jean-Pierre, *op. cit.*, p. 178).

[5] Cette divergence de théorie générale explique pourquoi il est impossible d'imaginer que certains pays, comme le Royaume-Uni, auraient adopté la conception institutionnelle de constitution : la théorie générale relève des présupposés de la science du droit et ne peut pas varier en fonction de l'objet étudié. Si les faits et les normes sont radicalement séparés, ils le sont nécessairement aussi bien en France qu'au Royaume-Uni.

[6] En ce sens, voir RIALS Stéphane article précité, p. 14.

[7] Notons que cette dimension politique du volontarisme explique en partie la dimension jusnaturaliste du volontarisme que nous avons déjà eu l'occasion de dénoncer (voir *supra*, p. 178 et s.).

aussi bien le volontarisme politique, qu'il nomme « constructivisme »[1], que la théorie générale volontariste[2], sur la base d'une argumentation unique. L'historicisme et le providentialisme des contre-révolutionnaires suivent le même modèle[3]. La dimension théorique est visible aussi dans certaines théories de la coutume constitutionnelle[4]. Le rejet de la réduction de la constitution à un acte de volonté populaire révisable à merci est alors bien compréhensible. La combinaison de critiques politiques et théoriques est tout de même paradoxale car la dénonciation de la situation politique (volontarisme législatif et constitutionnel) suppose la reconnaissance de sa réalité alors que la théorie générale proposée conduit à la nier. Nous retrouvons ici le dédoublement du droit typique du jusnaturalisme : d'un côté le droit idéal identifié sur une base historiciste ou sociologiste et de l'autre le droit positif dénigré, mais reconnu. Nous n'entendons bien sûr pas débattre de l'intérêt politique du rationalisme ou du volontarisme car cela n'a aucune influence sur le choix de la définition théorique de la constitution[5]. En revanche, le débat sur la théorie générale mérite notre attention. La normativité alternative envisagée tient à la possibilité qu'une norme existe uniquement sur la base d'un héritage historique ou de rapports sociaux sans passer par une décision humaine. Selon le modèle classique des doctrines anti-positivistes, elle incarnerait le « vrai » droit par opposition au droit « formel » édicté par les autorités politiques. Le positivisme que nous pratiquons n'exclut en aucun cas la validité de normes spontanées mais leur existence doit être démontrée sur des bases empiriques et non en fonction de préférences politiques. Nous ne pouvons donc que rejeter les arguments anti-modernes aussi bien sur le plan politique que sur celui de la théorie générale. Surtout, ils ne peuvent nous servir car ils ne débouchent pas vraiment une définition autonome et utilisable de la constitution.

La situation des conceptions qui cumulent l'organicisme et le volontarisme est plus complexe. L'influence anti-moderne y rencontre en effet un volontarisme extrême d'origine révolutionnaire. Pourtant, en ce qui concerne la constitution, l'innovation proposée relève

---

[1] HAYEK Friedrich, *op. cit.*, p. 62. Hayek rejette à la fois le volontarisme et le rationalisme qui le sous-tend (sur le rapport entre ces éléments et la définition de la constitution, voir RIALS Stéphane, « Aux origines du constitutionnalisme écrit. Réflexions en marge d'un projet constitutionnel de la Ligue (1588) », *RHFDSJ* 1989, p. 190). Cette posture l'amène d'ailleurs à s'opposer à Carl Schmitt (*op. cit.*, p. 85).

[2] *Ibid.*, p. 77, 89 et 120. Précisons que sa critique est radicale : il ne s'agit pas simplement de donner une valeur au décalage inévitable entre le texte constitutionnel et la pratique politique (voir GICQUEL Jean, *Essai sur la pratique de la Ve République*, Paris, LGDJ, 1968, p. 30) mais bien de nier que le droit puisse trouver son origine dans la volonté des hommes.

[3] De Maistre critique néanmoins les « constitutions » révolutionnaires sans pour autant nier leur existence comme l'y conduirait logiquement la vision du droit que sous-tend son anti-volontarisme (*Considérations sur la France*, précité, p. 81).

[4] M. Acquarone affirme ainsi que « la coutume étant un mode autonome de création des normes juridiques, elle a vocation, par hypothèse, à affirmer sa présence partout où il est possible qu'existent des règles de droit » (*op. cit.*, p. 222). Une telle position contredit évidemment le volontarisme en tant que théorie générale du droit et non en tant que doctrine politique.

[5] Les préférences politiques de l'observateur n'ont pas d'effet direct sur la réalité sociale. L'hostilité au rationalisme ne permet pas de décrire les normes rompant avec ce modèle comme constitutionnelles sans quoi la description proposée du système juridique perdra toute objectivité. Sur le danger des critères idéologiques, voir *infra*, p. 450 et s.

bien de la théorie générale[1]. Le professeur Beaud ne défend pas une nouvelle « définition » de la constitution mais bien une nouvelle « conception » censée produire des effets juridiques inattendus grâce à une analyse renouvelée[2]. La possibilité d'opposer la valeur spécifique de la constitution, comprise comme une décision politique donnant une structure à l'État, aux simples lois constitutionnelles repose sur le rejet du positivisme[3]. En effet, même si nous admettions la réalité d'une décision politique de ce type, sa pertinence juridique lui est conférée sur la base d'un raisonnement théorique ou politique et non dogmatique. La rupture est donc aussi profonde que chez les anti-modernes puisqu'une catégorie théorique est dotée de conséquences dogmatiques aussi bien sur le statut hiérarchique de certaines normes[4] que sur la validité des lois constitutionnelles[5]. De cette rupture avec le positivisme dépend d'ailleurs la reprise du thème de l'ordre et de la structure contre celui de la norme[6]. La tentation sociologiste incarnée dans l'évocation de lois politiques va dans le même sens[7]. De plus, il n'est pas acceptable de formuler une proposition de théorie générale qui ne vaudrait qu'au niveau constitutionnel. La théorie générale est appelée à permettre la compréhension du droit entier dans le cadre d'une dogmatique unifiée. Nous voyons mal comment l'étude de certaines normes pourrait exiger une épistémologie et une ontologie spécifique sous peine de multiplier les énoncés dogmatiques contradictoires. Le rejet du positivisme ne peut pas sérieusement se limiter au niveau constitutionnel. Or, si les penseurs anti-modernes pourraient potentiellement assumer un projet radical à perspective élargie, cela impliquerait de nier la valeur de toutes les lois et déboucherait donc sur un irréalisme éliminatoire. Les autres conceptions organicistes peuvent difficilement être étendues au-delà du cas de la constitution. Le renouvellement théorique apparent qu'elles proposent semble alors servir surtout à défendre l'existence d'effets juridiques pour certaines normes imaginées par la doctrine. Ses objectifs sont donc politiques et non scientifiques.

---

[1] Ainsi, la conception de la constitution de Carl Schmitt dont l'héritage est revendiqué repose sur le rejet de la théorie pure de Kelsen (BEAUD Olivier, « Carl Schmitt… », précité, p. 79) et débouche sur une extension de la science du droit constitutionnel (*ibid.*, p. 82) qui est nécessaire à partir du moment où l'on entend assimiler la constitution à un ensemble de « sentiments réels » ou à « l'esprit » d'un peuple (*ibid.*, p. 81) en utilisant une notion particulière de validité (*ibid.*, p. 84).

[2] Elle impliquerait par exemple l'intervention du pouvoir constituant pour ratifier le traité de Maastricht (« La souveraineté de l'État… », précité, p. 1063) ou la limitation des révisions constitutionnelles (MIRANDA Jorge, « Le contrôle et les limites de la révision de la constitution », *AIJC* 2004, p. 442).

[3] Précisons bien que la séparation entre constitution et lois constitutionnelles peut tout à fait être soutenue dans un cadre positiviste mais seulement si elle se retrouve dans la doctrine générale des sources du droit. Or, l'argumentation du professeur Beaud est relativement abstraite et prétend à une valeur universelle. Elle ne fait en aucun cas référence aux représentations variables partagées par les acteurs.

[4] SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, précité, p. 242.

[5] *Ibid.*, précité, p. 153.

[6] Notons que la rupture avec le normativisme n'est pas toujours claire car si les raisonnements tenus par le professeur Beaud sont souvent proches du normativisme (voir notamment, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 392), il revendique clairement la reprise d'une notion d'ordre héritée d'auteurs indéniablement non-normativistes (voir, « La notion de constitution chez Montesquieu », précité, p. 411 et « Constitution et droit constitutionnel », précité, p. 258).

[7] BEAUD Olivier, « Carl Schmitt… », précité, p. 76. L'héritage d'Hegel et de Montesquieu est là-encore évoqué.

Pour être complet, il faut noter que les théories organicistes sont aussi marquées par une autre rupture plus classique avec le positivisme : la valorisation de l'essentialisme[1]. L'ordre constitutionnel est souvent considéré comme l'essence de la constitution[2] qui doit être décrite sans tenir compte des représentations des acteurs[3] ou de préférences théoriques[4]. Cela explique le mélange entre théorie et dogmatique puisque leur séparation n'a pas de sens dans une perspective essentialiste. Cette approche est d'ailleurs au cœur de la « théorie générale de l'État »[5]. L'importation de visions allemande ou anglaise de la constitution peut elle aussi s'abriter derrière leur rapport avec une essence universelle de la constitution. Le retour du débat révolutionnaire ne peut alors surprendre car dans ce cadre les avancées conceptuelles peuvent régler les désaccords politiques. Plus précisément, l'essentialisme apparaît même à deux stades : dans la sélection des éléments qui forment l'ordre constitutionnel mais aussi dans le concept même d'ordre constitutionnel. Il est en effet totalement cohérent avec une vision finaliste du monde dans laquelle la nature se charge d'affecter une fin à chaque chose indépendamment de l'intentionnalité humaine[6]. Plus modestement, la recherche de l'unité de la constitution marque aussi une inspiration essentialiste[7]. Cette perspective spécifique explique pourquoi il est dur de classer l'organicisme entre théorie et dogmatique : l'arbitraire doctrinal est pratiqué mais pas assumé.

Quoi qu'il en soit, la tendance prescriptive des conceptions organicistes devient logique si l'on tient compte de la théorie générale du droit sur laquelle elles reposent. Cependant, sous cette forme, elles ne présentent aucun intérêt pour nous. Il faut au contraire tirer les conséquences de l'arbitraire doctrinal qui les caractérise en les évaluant comme des définitions théoriques de la constitution. Le fait qu'elles intègrent à la catégorie des éléments non-juridiques est évidemment gênant. En outre, elles ne peuvent se placer dans une théorie générale des sources du droit faute de proposer à une typologie cohérente des catégories normatives : elles sont entièrement centrées sur la constitution et n'expliquent pas, par exemple, ce qui sépare la constitution des lois et des traités internationaux. Mieux elles sont

---

[1] Pour une analyse comparable de l'approche organiciste de la constitution, voir VIALA Alexandre, « L'esprit des constitutions par-delà les changements », *in* VIALA Alexandre (dir.), *La constitution et le temps*, précité, p. 32.
[2] DE MAISTRE Joseph, « Essai sur le principe générateur… », précité, p. 236 ou SCHMITT Carl, *op. cit.*, p. 135.
[3] Notons toutefois que le professeur Blanquer prétend que la notion d'ordre constitutionnel serait mieux à même de rendre compte de la représentation que le Conseil constitutionnel se fait de la Constitution (« La distance… », précité, p. 26).
[4] La conception institutionnelle de la constitution permettrait ainsi de mieux comprendre « le concept même de constitution » (BEAUD Olivier, « La notion… », précité, p. 410) et non de tirer les conséquences sur la constitution de certains présupposés plus profonds sur le droit. Cette vision postule manifestement l'existence autonome du concept de « constitution ».
[5] La réflexion de Schmitt vise ainsi clairement à découvrir l'essence de la constitution (*op. cit.*, p. 150). La dimension essentialiste de la théorie générale de l'État est d'ailleurs mise en valeur par le professeur Beaud (« Carl Schmitt… », précité, p. 61 et 88) qui n'hésite pas à en reprendre le principe (voir *infra*, p. 717).
[6] Sur les différentes versions de cette idée, voir VALENSISE Marina, article précité, p. 459.
[7] SCHMITT Carl, *op. cit.*, p. 155. Dans une vision non-essentialiste, une catégorie n'a en effet pas d'autre unité que celle qui résulte de la satisfaction de certains critères communs par ses membres.

totalement coupées du prototype de constitution : elles excluent par exemple les actes constituants américain et français et intègrent en revanche des normes sans valeur juridique[1]. Leur utilisation ne peut donc en aucun cas servir à analyser l'adaptation de la constitution puisqu'elles n'entretiennent qu'un rapport lointain avec ce que l'on veut habituellement dire quand l'on emploie le terme « constitution ». La résurrection d'une notion presque défunte pour l'appliquer à une nouvelle situation qui est en plus dépourvue de toute dimension coutumière serait clairement déplacée. Les écoles organicistes de la constitution sont donc écartées sur le plan de la théorie générale comme sur celui de la théorie juridique. Elles intéressent sans doute l'histoire des idées politiques mais pas la réflexion actuelle sur la constitution et son adaptation. Ce constat ne suffit toutefois pas à éliminer les définitions non-normatives de la constitution qui la présentent comme un système d'organes (II).

II. LA CONSTITUTION COMME SYSTEME D'ORGANES

La distinction entre conceptions normative et institutionnelle de la constitution a été proposée pour mettre en valeur la place de l'organicisme dans la tradition constitutionnelle européenne. Elle ne suffit toutefois pas à couvrir toutes les définitions non-normatives de la constitution. En effet, il n'est pas rare que cette dernière soit présentée de manière floue comme un système ou un régime politique sans reprendre pour autant la notion d'ordre qui marque la conception institutionnelle (A). Cette vision a même été théorisée sur une base partiellement historique pour faire émerger le modèle de la constitution-machine (B).

A. La constitution comme système ou régime politique

Même s'ils ne forment pas vraiment une école identifiable, un certain nombre d'auteurs assimile les concepts de constitution et de régime politique. Il faut ici exposer leur point de vue pour montrer qu'il ne pose pas de problème de théorie générale tant que l'on reste conscient de ses limites (1) et notamment de l'autonomie du concept de constitution (2).

1. UN CONCEPT PEU PROBLEMATIQUE

Décrire la constitution comme un régime politique implique de ne plus y voir une norme mais un fait social non-normatif : l'ensemble formé par des organes politiques et les relations

[1] Au passage, il faut noter que la constitution du Royaume-Uni est un cas-limite et ne peut donc servir de base à un modèle théorique : peu d'exemples actuels peuvent sembler aussi loin du prototype de la constitution.

établies entre eux qui détermine la manière dont une société est effectivement gouvernée[1]. Celui-ci est parfois désigné comme la « constitution réelle » par opposition à la « constitution formelle »[2]. Il ne faut évidemment pas confondre cette vision de la constitution qui relève les particularités de chaque régime politique concret avec l'idée selon laquelle il existerait un nombre limité de régimes incarnant chacun une sorte de concept pur[3]. Cette conception essentialiste renvoie en fait encore une fois à une sorte d'ordre constitutionnel. Au contraire, l'approche empirique de la constitution considérée comme un régime politique respecte la séparation entre être et devoir-être et se concentre sur les rapports politiques réels et non sur les rapports idéaux tracés par une série de normes. La constitution ainsi entendue n'est donc pas réductible aux normes juridiques appelées à régir le statut et le fonctionnement des principaux organes de l'État[4]. C'est bien l'attention portée aux rapports politiques en tant que faits et non aux normes qui les concernent qui caractérise l'originalité de cette vision de la constitution. Si elle est souvent présentée comme dotée d'une portée générale, elle est également utilisée de manière plus modeste pour rappeler qu'il existe une réalité sociale indépassable au-delà de l'abstraction des textes[5].

L'opposition entre la constitution comme régime politique et comme norme rappelle sans doute l'opposition entre conceptions descriptive et normative de la constitution[6]. Nous estimons toutefois que cette dernière typologie n'est pas très opportune. En effet, les normes peuvent être décrites au même titre que les autres faits sociaux. Nous retrouvons ici le problème bien connu de la science normative : il faut séparer la méthode, descriptive ou prescriptive, de l'objet étudié, fait ou norme. Pour être complet, il ne faut pas oublier que les

---

[1] CASTIGLIONE Dario, « The Political Theory of the Constitution », *Political Studies* 1996, p. 421 ; ARNAUD Pierre, « VIIe colloque : l'idée de constitution », *Annales de philosophie politique* 1965, p. 182 ; LAVROFF Dmitri Georges, « Aristote et le droit constitutionnel », *Politeia* n°9, p. 300 ou HAMON Léo, « L'affirmation, l'évolution et la signification du fait constitutionnel », *RCADC* 1987, p. 88.

[2] LEMAIRE Félicien, « Les conventions de la Constitution dans le système juridique français », *RFDC* 1998, p. 515 ; CONSTANTINESCO Vlad et PIERRÉ-CAPS Stéphane, *Droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, PUF, 2007, p. 212 ou LASSALLE Ferdinand, *Qu'est-ce qu'une constitution ?*, Arles, Sulliver, 1999, p. 40

[3] Pour des exemples de ce genre de conceptions, voir CROSA Emilio, « L'idée de constitution dans l'antiquité classique », *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle* 1951, p. 191 ou TAMBARO Ignace, « Le principe organique de la constitution politique », *RDP* 1907, p. 214 voire SCHMITT Carl, *op. cit.*, p. 133.

[4] La confusion entre les concepts d'organisation réelle des pouvoirs et la sélection matérielle des normes est pourtant répandue dans la doctrine. Voir ainsi, DUVERGER Maurice, *Cours de droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, Sirey, 1946, p. 19 ; WHEARE Kenneth Clinton, *Modern Constitutions*, Oxford, OUP, 1966, p. 1 voire MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, « Une Constitution pour quelle Europe ? Brèves réflexions à l'occasion d'un anniversaire », *JCP* 2007.I.128.

[5] ARDANT Philippe et MATHIEU Bertrand, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 20e éd., Paris, LGDJ, 2008, p. 54.

[6] Cette opposition a notamment été proposée par la professeur Zoller. Elle confronte la conception descriptive qui porte sur « l'étude des institutions politiques » à la conception normative qui renvoie à la « loi fondamentale et suprême que se donne un peuple libre » (*Droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, PUF, 1999, p. 20 et 31). Cette dichotomie se retrouve sous diverses formes chez de nombreux auteurs. Voir par exemple, BESSON Samantha, « The Many European Constitutions and the Future of European Constiutional Theory », *ARSP Beiheft* 2006, p. 164 ou MÖLLERS Christoph, « Pouvoir constituant, constitution, constitutionalisation », *in* VON BOGDANDY Armin et BAST Jürgen (dir.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart, 2006, p. 184.

normes peuvent être étudiées du point de vue interne ou du point de vue externe. La conception de la constitution peut donc être descriptive ou normative en raison de sa méthode ou de son objet[1]. Les auteurs qui font référence à cette dichotomie ne précisent pas clairement comment il faut l'entendre voire mélangent les deux sens de l'opposition en laissant entendre qu'une conception normative par son objet le serait forcément dans sa méthode[2]. En outre, elle ne permet pas de classer toutes les conceptions doctrinales sur la constitution car il est bien difficile de savoir dans quelle catégorie se classent les approches organicistes. Aussi, n'est-il pas très utile de la reprendre directement et vaut-il mieux nous contenter de conserver notre typologie et d'approfondir l'élément central de la conception descriptive de la constitution : sa présentation comme un ensemble de rapports politiques réels.

Celui-ci n'est certainement pas dénué de tout lien avec les écoles organicistes. Les contre-révolutionnaires portaient déjà une prétention réaliste ou sociologique[3] qui se retrouve chez Schmitt[4] ou parmi les tenants de la constitution matérielle au sens italien du terme[5]. Les auteurs pré-modernes font aussi figure de référence commune à toutes les approches non-normatives de la constitution[6]. Pourtant, l'originalité de la conception évoquée ici ne doit pas être négligée : elle tient au fait qu'aucune conséquence normative n'est déduite des constats empiriques sur les rapports politiques[7]. Elle est pleinement compatible avec le principe de Hume[8] et n'implique pas de rompre avec le positivisme juridique. Elle débouche au contraire sur la description de faits situés dans notre monde et liés par des rapports de causalité, loin

---

[1] Ajoutons que des combinaisons doivent être envisagées : une science descriptive peut ainsi porter soit sur un objet normatif soit sur un objet non-normatif.

[2] L'opposition retenue par la professeur Zoller tend bien à lier méthode prescriptive et objet normatif : la conception normative de constitution ne se contente pas de renvoyer à un objet normatif mais propose une sélection politique de cet objet puisqu'elle précise que « le contenu d'une constitution normative n'est pas indéterminé. La constitution normative est la constitution de la liberté » (*op. cit.*, p. 33).

[3] Ils paraissent en permanence hésiter entre une conception normative non-avouée de la constitution (voir *supra*, p. 396) et une description du régime effectif (voir BAYLE Francis, *Les idées politiques de Joseph de Maistre*, Thèse, Lyon, 1944, p. 49 ou HEGEL Georg Wilhelm Friedrich, *Leçons sur la philosophie de l'histoire*, Paris, J. Vrin, 1979, p. 97). Cette imprécision n'est pas étonnante puisqu'ils ne séparent pas vraiment les faits et les normes faute de séparer causalité et imputation.

[4] *Op. cit.*, p. 132 ou BEAUD Olivier, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », précité, p. 80.

[5] Pour des exemples, voir COTTA Sergio, « La notion de constitution dans ses rapports avec la réalité sociale », *Annales de philosophie politique* 1965, p. 154 ou ROUSSY Jean, *op. cit.*, p. 166.

[6] En effet, les auteurs antiques sont autant cités par les tenants de l'assimilation entre constitution et régime politique que par ceux des conceptions organicistes de la constitution. Voir, CASTIGLIONE Dario, « From the Charter to the Constitution of Europe ? », *Queen's Paper on Europeanisation* n°5/2002, p. 3 ; HAMON Léo, article précité, p. 87 ou LAVROFF Dmitri Georges, « L'instrumentalisation de la Constitution », *in* AFHIP, *La constitution dans la pensée politique*, précité, p. 424. Ce double sens du terme « constitution » serait d'ailleurs présent dès l'Antiquité (DOCKÈS-LALLEMENT Nicole, « Utopie et constitution », *ibid.*, p. 123).

[7] Il a pu être souligné à juste titre qu'elle n'avait pris son autonomie que tardivement car elle exige le respect de ce principe négligé par la pensée pré-moderne. En ce sens, voir COMANDUCCI Paolo, « Ordre ou norme ? », *in* TROPER Michel et JAUME Lucien (dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Paris, LGDJ, 1994, p. 35.

[8] Précisons que si la différence est conceptuellement claire, elle peut être difficile à mettre en œuvre en pratique car les buts de la doctrine ne sont pas toujours explicites. La promotion de l'assimilation entre régime juridique et constitution peut aussi servir certains objectifs politiques. Pour un exemple de son utilisation pour valoriser la spontanéité et la démocratie contre le rationalisme, voir BURDEAU Georges, « Une survivance, la notion de Constitution », *in L'évolution du droit public. Études en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 61.

d'un hypothétique ordre constitutionnel formé sur la base de rapports d'imputation conçus comme résultant de la nature ou de l'histoire[1]. Il faut bien séparer ce qui tient du sociologisme, à savoir la prétention de déduire le droit positif de faits sociaux non-normatifs, et de la sociologie du droit, c'est-à-dire la discipline étudiant le droit du point de vue externe. Présenter la constitution comme un régime politique se comprend aisément dans une perspective sociologique qui ne se confond pas avec le sociologisme défendu par les tenants de l'organicisme. Constater qu'il existe des rapports politiques au-delà ou en dehors des normes juridiques n'implique aucune ambition dogmatique. Évidemment, la frontière peut sembler mince au regard du lien parfois établi entre effectivité et validité, particulièrement au niveau constitutionnel[2] mais il n'y pas de lien nécessaire entre l'approche sociologique de la constitution et les théories de l'effectivité. Malgré des racines communes, le type de définitions non-normatives de la constitution envisagé ici rompt donc avec la tradition européenne anti-volontariste soulignant la soumission inévitable à un ordre imposé puisque le régime politique est pris ici comme une réalité sociale et non comme une série de principes obligatoires issus de l'histoire. La constitution n'est plus alors un ordre ou un organisme mais une série de rapports concrets entre les acteurs politiques ou juridiques.

Leur étude ne pose pas de problèmes épistémologiques majeurs. Leur existence et la possibilité de les décrire paraissent difficilement attaquables[3]. L'intérêt d'une telle description est aussi assuré : elle évite l'excès de formalisme qui pourrait conduire à prendre les normes constitutionnelles pour l'expression des rapports politiques réels[4]. Elle permet de remettre le droit à la place qui est la sienne en évitant de le surestimer et contribue à la politique constitutionnelle puisqu'il faut bien connaître l'effet réel des normes pour envisager leurs éventuelles modifications. La notion de régime politique ne doit finalement pas être contestée : elle est moins problématique que celle d'ordre constitutionnel. Cependant, le choix terminologique consistant à utiliser le mot « constitution » pour désigner le régime politique est quant à lui nettement plus discutable (2).

---

[1] Le problème de l'acceptation du principe de Hume confirme la complexité de la séparation des approches descriptives et prescriptives. En effet, les tenants de l'organicisme prétendent sans doute décrire une réalité et non édicter des prescriptions subjectives reposant sur leurs préférences personnelles. Cependant, si l'on admet le principe de Hume, les normes qu'ils prétendent déduire des réalités sociologiques sont le fruit d'une inférence fautive et sont en réalité des prescriptions. Le rejet de l'essentialisme implique le même statut pour les normes fondées sur une approche conceptualiste.

[2] Voir *supra*, p. 307 et s.

[3] Les critiques quant au caractère descriptif de la science du droit concernent surtout la dogmatique : si beaucoup nient qu'il soit possible de décrire objectivement des normes du point de vue interne, étendre cette prétention au point de vue externe impose de nier toute valeur objective aux sciences humaines en général et pas seulement à l'étude du droit.

[4] En ce sens, voir POIRMEUR Yves et ROSENBERG Dominique, « La doctrine constitutionnelle et le constitutionalisme français », *in* CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 239 ou DE BURCA Grainne, « The Institutional Development of the European Union : a Constitutional Analysis », *in* CRAIG Paul et DE BURCA Grainne (dir.), *The Evolution of European Union Law*, Oxford, OUP, 1999, p. 62

2. LA DISTINCTION DES CONCEPTS DE CONSTITUTION ET DE REGIME POLITIQUE

Admettre l'importance de l'analyse sociologique des rapports politiques ne suffit pas à prouver qu'elle soit déterminante quant au choix de la définition théorique de la constitution qui doit être retenue pour rendre compte de l'état actuel des systèmes juridiques et de leurs mutations récentes ou prévisibles. Or, une partie de la doctrine a parfois paru adopter une position de cet ordre. Les années 50, 60 et 70 ont connu une dénonciation assez large de l'irréalisme d'une science juridique qui ignore les avancées de la sociologie. Les disciplines juridiques ont alors été dédoublées par divers pendants sociologiques[1] qui pouvaient soit servir de complément soit avoir vocation à les remplacer pour construire une véritable science du droit[2]. Ce mouvement général a été particulièrement fort en ce qui concerne les relations entre droit constitutionnel et science politique[3], sans doute à cause des particularités de la science politique, du droit constitutionnel et des normes constitutionnelles[4]. En effet, la science politique s'est beaucoup plus développée que la sociologie du droit ou la science administrative notamment parce qu'elle n'a pas été laissée aux seuls juristes. Le droit constitutionnel, quant à lui, était depuis longtemps engagé dans des débats de théorie politique et ne bénéficiait pas de la même considération que les autres disciplines juridiques. Enfin, la validité des normes constitutionnelles est loin d'être évidente et le fait qu'elles étaient peu invocables devant la justice contribuait à laisser leur interprétation au jeu politique au risque de discréditer l'apport des techniques dogmatiques établies. Leur faible juridicité facilitait le désintérêt pour la constitution[5] et encourageait la prétention à remplacer ce concept désuet par sa version modernisée et scientifique : celui de régime politique[6]. Ce choix terminologique ne visait pas simplement à clarifier les termes utilisés. Il servait à soutenir l'exclusivité de l'étude externe de la constitution en niant toute pertinence à une étude interne qui portait forcément sur une entité artificielle et inutile. Même si elles ne poussent pas toujours aussi loin leurs ambitions, nous pouvons noter que les tentatives d'assimilation entre constitution et régime

[1] Même si certaines de ces disciplines sont plus anciennes, l'on peut discerner une relation de ce genre entre le droit administratif et la science administrative, le droit international et l'étude des relations internationales, le droit civil et la sociologie du droit au sens usuel ou encore le droit pénal et une partie de la criminologie. Pour une analyse comparable, voir VIALA Alexandre, « L'autonomie du droit : un fantasme de juriste ? », *in Le droit figure du politique. Études offertes au professeur Michel Miaille*, Montpellier, 2008, vol. I, p. 480.
[2] Pour une proposition de ce type, voir AMSELEK Paul, « La part de science dans les activités des juristes », *D.* 1997, p. 341.
[3] Voir notamment, BURDEAU Georges, article précité, p. 55.
[4] Pour une intéressante approche historique et sociale de la séparation entre droit constitutionnel et science politique, voir RAYNAUD Philippe, « Le droit et la science politique », *Jus Politicum* n°2, p. 2-6.
[5] BURDEAU Georges, article précité, p. 60.
[6] Pour un exemple, voir ARNAUD Pierre, article précité, p. 183.

politique sont toujours marquées par l'enjeu disciplinaire que représente la promotion de la science politique[1].

Le débat sur l'intérêt de cette redéfinition de la constitution est donc compliqué par le rôle de considérations sans pertinence théorique. Les prises de position sur les places respectives du régime politique et de la constitution sont en effet souvent le fruit de choix politiques et académiques[2]. Sur le plan politique, la revalorisation récente de l'État de droit peut conduire à voir dans la description du résultat d'actions enfreignant le droit comme étant la constitution un recul peu compatible avec une doctrine considérant le droit comme absolument obligatoire. Sur le plan académique, au conflit entre la dogmatique classique et la science politique s'est substituée une opposition entre cette dernière et l'analyse du contentieux constitutionnel qui a émergé progressivement sous la Ve République. Cette évolution a implicitement été vue par une partie de la doctrine comme une légitimation de sa pratique et comme une garantie contre les critiques fondées sur la sociologie[3]. Nous aurons l'occasion de revenir sur la place actuelle du contentieux constitutionnel[4], mais pour ce qui est de l'approche externe du droit constitutionnel, il faut faire preuve de mesure. Cet aspect ne peut être abandonné[5] mais rien n'oblige à s'y limiter. La dénonciation de l'artificialité de la science juridique est en partie fondée mais seulement tant qu'elle ne mène pas à négliger l'originalité du droit au titre d'un réalisme qui aboutit à l'irréalisme[6]. Malgré l'importance du point de vue externe, la sociologie ne peut se substituer à la dogmatique et à la théorie juridique[7]. Le rôle que revêt le point de vue interne et le discours des acteurs permet de comprendre pourquoi : il constitue un fait social à part entière qui mérite d'être étudié, même s'il n'est pas la seule dimension de la réalité juridique. Négliger le point de vue interne pour défendre le point de vue externe n'est pas moins grave que l'attitude inverse. Le droit constitutionnel ne se distingue pas sur ce point des autres disciplines juridiques : elles peuvent être complétées mais pas remplacées par une approche externe. Cette caractéristique découle d'ailleurs du principe de Hume : il n'est pas plus possible de déduire des normes de rapports politiques qu'il n'est possible de déduire des

---

[1] Voir ainsi, BURDEAU Georges, article précité, p. 56 ou ARDANT Philippe et MATHIEU Bertrand, *op. cit.*, p. 66.

[2] Cette situation n'est pas spécifiquement française. Pour un mélange d'éléments empiriques, disciplinaires et politiques dans ce domaine, voir ACKERMANN Bruce, « The Rise of World Constitutionalism », *Virginia Law Review* 1997, p. 771.

[3] En ce sens, voir FAVOREU Louis, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC* 1990, p. 80 ou BEAUD Olivier, « Constitution et droit constitutionnel », *in* RIALS Stéphane et ALLAND Denis (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 260.

[4] Voir *infra*, p. 460 et 465.

[5] Précisons bien que nous prenons ici position quant à l'utilité de l'étude externe du droit constitutionnel et en aucun cas sur l'organisation universitaire de cette étude ou de son enseignement.

[6] Or, la critique du formalisme mène plus souvent à la négation du point de vue interne qu'à la simple prise en compte de sa relativité. Voir ainsi, BURDEAU Georges, article précité, p. 62 et dans une optique plus modérée, LAVROFF Dmitri Georges, « Aristote et le droit constitutionnel », *Politeia* n°9, p. 310.

[7] En ce sens, voir PERRIN Jean-François, « Définir le droit selon une pluralité de perspectives », *Droits* n°10, p. 63.

rapports politiques de normes[1]. La connaissance des normes et des rapports politiques exige donc des études séparées sur plan méthodologique. Seule leur combinaison permet d'évaluer leur place respective dans la détermination du comportement des acteurs[2]. L'oublier peut même nuire à l'étude des régimes politiques en introduisant des considérations normatives déplacées dans son cadre. La séparation des études externes et internes doit au final être opposée aussi bien à la négation ancienne de la dogmatique qu'à la méfiance actuelle pour les études qui s'en détachent.

Or, définir la constitution comme l'ensemble des institutions et des rapports politiques réels dans un État donné oriente son étude dans un sens exclusivement sociologique. Cette exclusivité est en tant que telle critiquable. En outre, le prototype de constitution renvoie avant tout à des actes ou à des groupes de normes, telle la Constitution de 1958 ou celle des États-Unis, plutôt qu'à des régimes politiques. Il est impossible de placer un concept sociologique dans le cadre d'une théorie générale des sources du droit : le régime politique ne s'oppose manifestement pas à la loi ou au traité. L'usage ancien du terme « constitution » était sans doute assez différent[3] mais l'étymologie n'a pas de rôle à jouer dans sa redéfinition[4]. D'autres expressions sont même disponibles pour dénoter ce genre de réalité sans qu'il soit besoin de changer le sens actuel du terme « constitution »[5]. Prétendre le faire reviendrait à chercher à réformer le droit constitutionnel en tant que discipline et non à clarifier le concept actuel de constitution. Il est d'ailleurs possible d'éviter une direction purement contentieuse sans passer par-là. Il faut en effet distinguer trois visions de l'étude du droit constitutionnel : dogmatique, réaliste dogmatique et purement sociologique. Le choix ne se réduit donc pas à l'alternative entre une approche totalement contentieuse et exclusivement externe. Surtout, les choix d'ordre épistémologique de ce type ne doivent pas être confondus avec les questions terminologiques relevant de la théorie juridique. La catégorie de constitution définie comme régime politique ne peut même pas passer pour une catégorie de théorie juridique puisqu'elle repose sur des critères qui ne se réfèrent pas à des propriétés juridiques[6].

Les difficultés générales créées par cette redéfinition sont encore accentuées dans l'optique de l'évaluation de l'adaptation de la catégorie. Il est évident qu'il existe une forme de système

---

[1] Ce principe vaut aussi contre les concepts intermédiaires qui mélangent des éléments juridiques et politiques. Voir par exemple, STERNBERGER Dolf, « On the Concept of Living Constitution », *Annales de philosophie politique* 1965, p. 139.
[2] Pour un exemple de confrontation entre constitutions « réelle » et « formelle », voir LASSALLE Ferdinand, *op. cit.*, p. 50.
[3] Sur l'incertitude initiale, voir par exemple VERGNES Arnaud, *La notion de constitution d'après la pratique institutionnelle de la fin de l'Ancien régime* (1750-1789), Thèse, Paris II, 2000, p. 50.
[4] Voir *supra*, p. 74.
[5] Pour une analyse comparable, voir COHENDET Marie-Anne, *Droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 90.
[6] Sur la séparation des catégories de théorie juridique et de théorie externe, voir *supra*, p. 57.

politique au niveau européen dans la mesure où des organes divers, dont certains sont élus, y luttent pour acquérir le pouvoir. Ce constat n'a rien d'original ou d'intéressant puisqu'il peut être répété pour les niveaux nationaux et locaux voire dans d'autres structures sociales sans que le terme « constitution » ne soit jamais évoqué à ce propos[1]. L'interrogation pour savoir si l'Union européenne a une constitution ou si elle peut en avoir une ne vise certainement pas à savoir si elle a ou peut avoir un régime politique[2]. Traiter la constitution comme un synonyme de régime politique permet au mieux d'écarter le débat sur son adaptation mais en aucun cas de le comprendre ou *a fortiori* de le régler. Ces divers éléments nous incitent à défendre une séparation des concepts de constitution et de régime politique. Avant de nous prononcer définitivement, il convient toutefois d'évoquer la critique la plus formalisée contre la conception normative de la constitution : la théorie de la constitution-machine (B).

B. La constitution comme machine

Parmi les définitions non-normatives de la constitution, la plus élaborée est sans doute celle que propose implicitement la théorie de la constitution-machine du professeur Troper. Cette construction revendique des bases anciennes (1) mais paraît indissociable du réalisme (2).

1. UNE THEORIE COMPLEXE AUX RACINES ANCIENNES

La théorie de constitution-machine a été progressivement développée à partir des travaux du professeur Troper[3]. Elle consiste à décrire la constitution comme une sorte de mécanisme visant à réaliser certains objectifs prédéterminés tels que la stabilité du pouvoir politique[4] ou l'élaboration de décisions raisonnables[5]. Sa normativité est négligée de manière intentionnelle[6] : son efficacité tient à ses effets causaux[1] et non juridiques[2]. Autrement dit, elle

---

[1] Voir toutefois, sur le cas de l'OMC, JACKSON John, *The World Trade Organization : Constitution and Jurisprudence*, Londres, The Royal Institute of International Affairs, 1998, p. 129.

[2] Ce débat ne peut avoir de sens que si l'on lie le concept de constitution ainsi entendu à certaines qualités politiques telles que la démocratie ou le libéralisme. Pour un exemple, voir, LODGE Juliet, « L'émergence d'une constitution européenne : démocratie naissante ou eurocratie camouflée », *in* TELO Mario et MAGNETTE Paul (dir.), *Repenser l'Europe*, Bruxelles, ULB, 1995, p. 105.

[3] Comme la plupart des théories de l'école réaliste française, celle de la constitution-machine était déjà évoquée dans l'article fondateur du professeur Troper : « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 150. L'on peut aussi relever des idées proches mais moins théorisées dans d'autres écoles. Voir BRENNAN Geoffrey et HAMLIN Alan, « Economical Constitutions », *in* BELLAMY Richard et CASTIGLIONE Dario (dir.), *Constitutionalism in Transformation : European and Theoretical Perspectives*, Oxford, Blackwell, 1996, p. 194.

[4] PAPATOLIAS Apostolos, *Conception mécaniste et conception normative de la constitution*, Thèse, Paris X, 1995, p. 26.

[5] SEURIN Jean-Louis, « Des fonctions politiques des constitutions. Pour une théorie politique des constitutions », *in* SEURIN Jean-Louis (dir.), *Le constitutionalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984, p. 36.

[6] Conceptions mécaniste et normative de la constitution sont en effet explicitement opposées. Voir PAPATOLIAS Apostolos, *op. cit.*, p. XIX ou TROPER Michel, « La machine et la norme. Deux modèles de constitution », *in La théorie du droit, le*

n'est pas considérée comme un ensemble de normes créant des obligations appelées à fournir un modèle à suivre mais plutôt comme un système d'organes[3] produisant des contraintes qui pèsent sur la société entière[4]. Les acteurs politiques ne sont donc pas obligés mais contraints par la constitution[5]. Sa force causale fait qu'ils ne peuvent agir et atteindre leurs buts qu'en tenant compte de ces contraintes, indépendamment de leur appréciation de sa valeur ou de sa normativité. Ce modèle particulier repose sur l'idée selon laquelle les acteurs poursuivraient uniquement leur intérêt personnel[6]. Son caractère institutionnel ou non-normatif est évident[7] mais il reste très différent de l'organicisme car il se limite totalement aux faits. En conséquence, il ne pose *a priori* aucun problème de théorie générale puisque la normativité de la constitution est cette fois-ci vraiment sacrifiée. Cette dernière ne limite pas la compétence des acteurs mais bien leurs capacités comme le ferait un autre phénomène social ou naturel. Cette théorie ne dissimule pas une normativité alternative sous couvert de l'institution mais assume au contraire la facticité totale de la constitution.

Dans cette perspective, le système de contrepoids que représente la constitution conduit les acteurs à des négociations et ne leur offre que des choix stratégiques limités, ce qui permet la prévision et la prédétermination de leurs comportements futurs. L'organisation institutionnelle crée des dépendances qui contraignent chacun à prendre en considération les préférences et les représentations des autres. Certains exemples anciens ou actuels illustrent idéalement cette idée. Le veto royal de 1791 ou le bicaméralisme de 1795 contraignent ainsi la chambre basse à dépasser son seul point de vue[8]. Une simple obligation en ce sens aurait sans doute une efficacité beaucoup plus limitée que l'incapacité de décider qu'implique ce type de dispositif. Le contreseing joue exactement le même rôle. Une lecture purement juridique de cette

---

droit, l'État, Paris, PUF, 2001, p. 147 mais aussi BOUCOBZA Isabelle, « Du bon usage de deux modèles de constitution : la machine ou/et la norme dans la réforme de la justice italienne », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 196.

[1] PAPATOLIAS Apostolos, *op. cit.*, p. 24 ou TROPER Michel, « La constitution et ses représentations sous la Ve République », *Pouvoirs* n°4, p. 72.

[2] La notion de validité n'a donc pas d'intérêt pour la constitution conçue comme machine. Elle constituée par un ensemble de faits sociaux non-normatifs. Il nous paraît cependant excessif d'y voir un ensemble d'énoncés descriptifs. Pour un avis contraire, voir BARANGER Denis, « Les constitutions de Michel Troper », *Droits* n°37, p. 138.

[3] HAMON Francis et TROPER Michel, *Droit constitutionnel*, 30e éd., Paris, LGDJ, 2007, p. 22 ou TROPER Michel, « Le problème de l'interprétation constitutionnelle… », précité, p. 150.

[4] TROPER Michel, « Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit », *in Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, LGDJ, 1993, p. 210.

[5] TROPER Michel, « La Constitution de 1791 à nos jours », *RFDC* 1992, p. 4 ou « Les représentations… », précité, p. 62.

[6] PAPATOLIAS Apostolos, *op. cit.*, p. 467 ou HOWARD Dick, « La conception mécaniste de la constitution », *in* TROPER Michel et JAUME Lucien (dir.), *op. cit.*, Paris, LGDJ, 1994, p. 162. Pour une idée proche héritée de Benjamin Constant, voir ROUSSEAU Dominique, « La garantie de la Constitution », *in* CLÉMENT Jean-Paul, JAUME Lucien et VERPEAUX Michel (dir.), *Liberté, libéraux et constitutions*, Paris, Economica, 1997, p. 103.

[7] Ce point mérite toutefois d'être souligné car les typologies classiques qui soulignent l'existence de conceptions « institutionnelle » ou « descriptive » de la constitution négligent pourtant généralement la théorie de la constitution-machine.

[8] PAPATOLIAS Apostolos, *op. cit.*, p. 63 ou TROPER Michel et JAUME Lucien, « Avant-propos. Une nouveauté toujours actuelle, le texte de 1791 », in TROPER Michel et JAUME Lucien (dir.), *op. cit.*, p. 17.

institution impose d'y voir une formalité alors qu'elle apparaît comme une contrainte déterminante dans une optique mécaniste. La responsabilité politique appelle les mêmes remarques[1], surtout quand elle est rationalisée[2]. À l'inverse, l'institution d'un préambule prévoyant des droits et libertés suit une logique radicalement opposée[3]. Toutefois, même le contrôle de constitutionnalité, censé incarner la conception normative de la constitution poussée à son paroxysme, peut faire l'objet d'une lecture mécaniste[4]. L'institution chargée de ce contrôle apparaît dans ce cas comme un co-législateur et son contrôle peut être rapproché du veto royal de 1791 : il est simplement un obstacle à la toute-puissance du Parlement[5]. Cette approche entraîne une nouvelle vision de la logique des constitutions dans leurs rapports avec les régimes politiques mais aussi une nouvelle conception de l'étude du droit. Elle est en effet appelée à mettre en valeur ce genre de mécanismes plutôt qu'à mener des débats sans fin sur l'interprétation des normes. Nous retrouvons ici la volonté de rompre avec l'artificialité du formalisme au profit d'une attention accrue pour la réalité sociale. Les visions non-normatives partagent la valorisation des rapports réels entre les acteurs au détriment de l'image faussée que les juristes ont tendance à défendre.

La théorie de la constitution-machine présente tout de même des originalités. Son statut est assez discuté, ce qui peut remettre en cause sa véritable qualité de définition. Elle est ainsi parfois présentée comme une conception particulière de l'efficacité de la constitution[6]. Elle n'aurait alors aucune influence sur sa définition mais montrerait simplement que les objectifs des constituants peuvent reposer aussi bien sur la causalité (machine) que l'imputation (norme). Il n'est cependant pas facile de déterminer si cette conception relève des représentations de la doctrine (deuxième herméneutique) ou de celles des acteurs (première herméneutique). Si la deuxième hypothèse est retenue[7], l'étude de la constitution-machine relève de l'histoire des faits ou des idées politiques[8]. Cette interprétation n'est pas cohérente

---

[1] TROPER Michel, « Les représentations… », précité, p. 68.
[2] TROPER Michel, « La Constitution de 1791 à nos jours », précité, p. 9.
[3] Elle reposerait sur sa « force illocutoire » (PAPATOLIAS Apostolos, *op. cit.*, p. 224).
[4] Voir TROPER Michel, « La Constitution de 1791… », précité, p. 9 ou « La constitution et ses représentations… », précité, p. 69 voire CAYLA Olivier, « La chose et son contraire (et son contraire, etc.) », *Les études philosophiques* n°3, p. 292.
[5] Pour une idée proche, voir TROPER Michel, « Le problème de l'interprétation constitutionnelle… », précité, p. 145.
[6] BOUCOBZA Isabelle, article précité, p. 196 ou PAPATOLIAS Apostolos, *op. cit.*, p. VII.
[7] Pour des exemples de cette position, voir TROPER Michel, « La constitution et ses représentations… », p. 62 ; « Constitutionalisme et démocratie », *in Mélanges Raymond Goy*, Rouen, Pub. de l'Université de Rouen, 1998, p. 145 ; « Sieyès et la hiérarchie des normes » , *in* QUIVIGIER Pierre-Yves, DENIS Vincent et SALEM Jean (dir.), *Figures de Sieyès*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2008, p. 35 ou « 1789, l'invention de la constitution », *in Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 180.
[8] Les réalistes français se situent souvent à la frontière du droit et de l'histoire des idées politiques. La science du droit serait ainsi chargée « d'analyser les concepts ou les théories que les détenteurs de ce pouvoir [politique] sont nécessairement amenés à trouver pour se justifier » (LE PILLOUER Arnaud, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes*, Paris, Dalloz, 2005, p. 56). Pour autant, le professeur Troper affirme que sa reconstruction des conceptions de la constitution tient plus de la théorie du droit que de l'histoire (« L'expérience américaine et la constitution française du 3 septembre

avec son utilisation pour critiquer la doctrine[1] : les croyances des acteurs et les méthodes de la doctrine n'ont pas de rapports directs. Ce concept n'aurait alors pas d'intérêt pour la théorie ou la dogmatique constitutionnelle, ce qui n'expliquerait pas pourquoi il est présenté comme un élément pertinent sur le plan de l'épistémologie juridique[2]. Or, l'un des buts de la théorie de la constitution-machine est de pousser la science du droit à préférer l'analyse causale au conceptualisme en soulignant l'importance du fonctionnement réel de la constitution[3]. Au regard de ces éléments, la théorie de la constitution-machine doit être interprétée comme proposant une nouvelle définition doctrinale de la constitution dans le but de peser sur les pratiques de la science du droit. Si la constitution est un mécanisme et non un ensemble de normes[4], elle ne peut logiquement être étudiée que sur le plan causal et non à travers une méthode dogmatique. Cette reconstruction nous paraît donc être la formulation la plus probante de la théorie de la constitution-machine et elle entraîne sa redéfinition comme étant un mécanisme créé volontairement pour orienter l'action politique dans un sens donné.

Si nous laissons de côté cette question du statut épistémologique de la théorie, il est utile de préciser ses origines pour mieux la situer par rapport aux autres conceptions de la constitution. Elle n'est pas une création *ex nihilo* car elle s'appuie sur des idées répandue au XVIIIe siècle[5]. Une fois de plus, les débats de la fin de l'Ancien régime et Montesquieu font figure de référence[6], tout comme le constitutionnalisme anglais[7]. Néanmoins, ce sont plutôt les partisans de changements radicaux que les défenseurs du *statu quo* qui sont invoqués ici[8]. Le mécanisme constitutionnel hérite clairement du volontarisme et du rationalisme : il est une construction artificielle et réfléchie pour déterminer les comportements humains[9]. Il se place

---

1791 », *in* TROPER Michel et JAUME Lucien (dir.), *op. cit.*, p. 115), ce qui empêche de la placer dans l'histoire des idées politiques comme semble l'indiquer son rapport avec les représentations des acteurs.

[1] Celle-ci est pourtant répandue. Voir, TROPER Michel, « La constitution et ses représentations… », précité, p. 64 et 72.

[2] Pour des exemples de cette attitude, voir BOUCOBZA Isabelle, article précité, p. 196 ; PAPATOLIAS Apostolos, *op. cit.*, p. 469 ou TROPER Michel, « Le concept de constitutionnalisme… », précité, p. 215.

[3] TROPER Michel, « Le problème de l'interprétation… », précité, p. 151.

[4] Une telle vision contribue indéniablement à la définition de la constitution puisqu'elle détermine son genre à défaut de préciser la différence spécifique retenue. Elle implique d'ailleurs d'écarter les principales définitions classiques retenues par le professeur Troper lui-même puisqu'il reconnaît que la doctrine considère la constitution comme un « ensemble de normes » doté de certaines caractéristiques (« Constitution », *in* ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 103).

[5] TROPER Michel, « L'invention de la constitution », *in* GOYARD-FABRE Simone (dir.), *L'État moderne 1715-1848*, Paris, J. Vrin, 2000, p. 143-145.

[6] Voir ainsi, PAPATOLIAS Apostolos, *op. cit.*, p. 9 ou TROPER Michel, « La machine et la norme… », précité, p. 148. Cette référence commune s'explique par la relative indétermination du concept de « constitution » chez Montesquieu. Pour des détails, voir TILLET Édouard, « Les ambiguïtés du concept de constitution au XVIIIe siècle : l'exemple de Montesquieu », *in Pensée politique et droit*, Aix-en Provence, PUAM, 1998, p. 361-399.

[7] TROPER Michel, article précité, p. 149.

[8] Les contre-révolutionnaires évoquent bien des « lois sociales » qui pourraient être assimilées aux contraintes engendrées par les mécanismes constitutionnels mais il ne faut pas oublier qu'ils ne respectent pas le principe de Hume, ce qui empêche de relier clairement leurs développements à l'opposition de la causalité à l'imputation.

[9] PAPATOLIAS Apostolos, *op. cit.*, p. 23. Elle hérite donc de l'une des deux conceptions de constitution du XVIIIe. Voir RIALS Stéphane, « La Contre-révolution : le procès du constitutionnalisme volontariste », *in Révolution et Contre-révolution*

dans une vision des sciences sociales héritées de Newton, c'est-à-dire comme des disciplines appelées à révéler des relations mécaniques sur lesquelles les hommes peuvent agir[1]. Si cette approche peut aujourd'hui paraître un peu datée, elle est résolument moderne : le mécanisme s'oppose à l'organisme des pré-modernes et des anti-modernes. La pierre angulaire des développements du professeur Troper est d'ailleurs directement issue de la Révolution puisqu'il s'agit de l'article 16 de la Déclaration de 1789 selon lequel « toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Il est difficile à comprendre si l'on considère la constitution comme un acte normatif. C'est pourquoi, l'on estime le plus souvent qu'il faut entendre « n'a point de *bonne* Constitution »[2]. Le professeur Troper propose toutefois une interprétation différente en proposant de voir la constitution comme un mécanisme[3]. Elle se définirait dans ce cas comme le mécanisme garantissant la séparation des pouvoirs et les droits fondamentaux, ce qui donnerait un sens clair à l'article 16[4] en tant que définition de la constitution[5]. Cet argument est assez convaincant mais il ne peut être décisif au regard de la place limitée que nous accordons à l'étymologie. Surtout, la théorie de la constitution-machine entretient un rapport bien plus fort avec un réalisme très contemporain qu'avec les idéaux révolutionnaires (2).

2. UN CHEVAL DE TROIE DU REALISME

Comme toutes les autres conceptions non-normatives de la constitution, la théorie de la constitution-machine lie une redéfinition théorique avec des ambitions relevant plutôt de la théorie générale du droit. L'argumentation qui la soutient est plus transparente que celle des organicistes car le rejet de l'essentialisme que ses tenants partagent exclut toute prétention à révéler le « véritable » concept de constitution. Le rapport entre la théorie mécaniste et le réalisme est assez manifeste[6]. Ainsi, elle impose clairement d'étudier la constitution du point

---

au XIXe siècle, Paris, Albatros, 1987, p. 14 et pour un avis contraire, MOUSNIER Roland, « Comment les français du XVIIe siècle voyaient-ils la Constitution ? », *in La plume, la faucille et le marteau*, Paris, PUF, 1970, p. 46.

[1] Pour des références à Newton, voir PAPATOLIAS Apostolos, *op. cit.*, p. 7 ; TROPER Michel, « L'expérience… », précité, p. 117 ou HOWARD Dick, article précité, p. 154.

[2] Voir *infra*, p. 447.

[3] TROPER Michel, « La Constitution de 1791 à nos jours », précité, p. 5 ; « Constitutionalisme et démocratie », précité, p. 145 ou « 1789, l'invention de la constitution », précité, p. 185.

[4] Sur ce point précis, voir aussi ALBERTINI Pierre, « Article 16 », *in* CONAC Gérard, DEBENE Marcel et TEBOUL Gérard (dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, Paris, Economica, 1993, p. 337 et, pour un avis contraire, voir PAPATOLIAS Apostolos, *op. cit.*, p. 47.

[5] Voir notamment, TROPER Michel, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1973, p. 159 ou « L'interprétation de la déclaration des droits, l'exemple de l'article 16 », *Droits* n°8, p. 121. Il ne s'agit évidemment pas de prétendre qu'il s'agit du « véritable » sens du terme « constitution » mais simplement que c'est de cette manière que les hommes de 1789 considéraient ce concept. Le scepticisme langagier des tenants de la théorie réaliste de l'interprétation permet tout de même de douter de la cohérence de cette idée.

[6] Elle est l'aboutissement de l'article fondateur du réalisme français (TROPER Michel, « Le problème… », précité, p. 150) et est explicitement qualifiée de « réaliste » (TROPER Michel, « La constitution et ses représentations… », précité, p. 62).

de vue externe radical qui caractérise le réalisme[1]. Elle incite bien à nier la dogmatique et non à construire une dogmatique alternative comme le proposent implicitement les organicistes. Déterminer le sens des normes signifiées par un acte constitutionnel n'a pas plus d'intérêt que le débat sur leur éventuelle violation[2]. La connaissance du droit repose bien sur l'étude de l'action de certains organes et non sur celle des textes. La science juridique dessinée ici se limite à l'analyse des interactions des institutions publiques au détriment d'une approche normative qui ne peut être descriptive[3]. La réduction du droit à une série de régularités de comportement dans une optique réaliste se combine parfaitement avec la description de la constitution comme un mécanisme appelé à créer de telles régularités. Tout cela converge finalement vers le partage d'un scepticisme fort sur les rapports d'imputation[4]. Les défauts de cette approche ont déjà pu être relevés[5] : si les causes de l'action politique ne se limitent pas aux raisons pour agir considérées juridiquement comme valables, ce genre de motifs n'est certainement pas entièrement inopérant car ils sont en partie pris au sérieux par les acteurs et les citoyens[6].

Le réalisme et la théorie de la constitution-machine ne se contentent pas de se ressembler : ils dépendent en réalité étroitement l'un de l'autre. L'approche mécaniste repose avant tout sur la présentation de la normativité de la constitution comme une illusion dangereuse sur la base d'arguments réalistes[7]. En effet, le point de vue externe est *a priori* complémentaire du point de vue interne. La valorisation des relations stratégiques entre les acteurs n'exige donc une redéfinition de la constitution que si l'on entend nier toute dimension normative à cette dernière. D'ailleurs, cette relation particulière est pleinement assumée : pour le professeur Troper, c'est parce que l'absence de norme validante prive la constitution de toute normativité que son existence et son analyse doivent être envisagées dans une perspective mécaniste[8].

---

[1] Le rejet des rapports d'imputation au profit de la réduction du droit à une série de rapports causaux est ainsi typique du scepticisme réaliste qui ne considère le droit que du point de vue externe (voir *supra*, p. 202).
[2] TROPER Michel, « Le problème… », précité, p. 151 ou PAPATOLIAS Apostolos, *op. cit.*, p. 478.
[3] TROPER Michel, « Le concept de constitutionnalisme… », précité, p. 215 voire « La machine et la norme… », précité, p. 155. Nous retrouvons ici l'ambiguïté du statut de la théorie de la constitution-machine qui semble se rattacher alternativement à la théorie politique, à l'histoire des idées politiques et à la théorie générale du droit. Le rattachement des contraintes juridiques à une « causalité faible » (TROPER Michel et CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », *in* TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et GRZEGORCZYK Christophe (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, 2005, p. 14) n'aide certainement pas à dissiper cette incertitude car elle trouble encore ses relations avec la causalité et l'imputation.
[4] L'un des effets majeurs du réalisme français serait ainsi de « montrer que la causalité n'est pas aussi étrangère au droit que le prétendait Kelsen » (TROPER Michel, « La Constitution comme système juridique autonome », *Droits* n°35, p. 77).
[5] Voir *supra*, p. 203.
[6] Si le droit ne produit pas d'effet magique, il paraît difficile de nier que les normes régissant l'élection du Président de la République figurent parmi les causes de nombreuses activités des acteurs politiques et des citoyens. Négliger leur normativité en niant le point de vue interne empêche de rendre compte correctement de la réalité sociale.
[7] PAPATOLIAS Apostolos, *op. cit.*, p. 399 ou TROPER Michel, « La constitution et ses représentations… », précité, p. 64.
[8] Pour une formulation claire de cette position, voir TROPER Michel, « La machine et la norme… », précité, p. 154.

Celle-ci n'a pas vocation à compléter mais bien à remplacer la perspective normative[1]. Elle se place de ce fait dans une théorie générale unique qui l'associe à la théorie réaliste de l'interprétation et à la théorie des contraintes juridiques[2]. Mieux, ces contraintes juridiques font partie du mécanisme qu'est la constitution et pèsent donc sur le comportement des acteurs[3]. La théorie de la constitution-machine n'est pas en dernière analyse une théorie autonome ressuscitant une partie oubliée de l'histoire des idées politiques mais plutôt un complément de la théorie centrale qu'est la théorie réaliste de l'interprétation. La dimension normative niée sur le plan dogmatique[4] est à nouveau combattue sur le plan théorique sans que ces deux aspects ne soient vraiment séparés[5].

Ces liens étroits nous gênent inévitablement car ils impliquent que définir la constitution comme une sorte de mécanisme suppose d'adhérer à un réalisme intégral que nous avons déjà rejeté[6]. Il est impossible de définir la catégorie dogmatique de constitution comme une série particulière d'actes normatifs pour ensuite assimiler la catégorie théorique de constitution à une sorte de mécanisme. Du fait de la dépendance entre réalisme et approche mécaniste, les arguments qui soutiennent ces deux positions sont totalement contradictoires. En outre, les reproches adressés au réalisme valent aussi contre l'approche mécaniste. Son autonomie est ainsi très contestable car la constitution comme mécanisme repose sur la constitution comme norme[7]. Les exemples de mécanismes constitutionnels cités illustrent idéalement cette difficulté. Le droit de veto n'est pas une question de capacité mais bien de compétence[8] : l'Assemblée de 1791 peut tout à fait prétendre adopter une loi en dépassant le veto royal. Sur le plan matériel, cela ne présente aucune difficulté, seules les normes juridiques s'y opposent. De même le contreseing n'est pas nécessaire pour adopter un acte dans le même sens que l'essence est nécessaire pour faire fonctionner un moteur à explosion. La notion de possibilité

---

[1] La conception normative mènerait en effet à une « discussion stérile » portant en réalité sur la « légitimité » dans laquelle les techniques dogmatiques classiques ne sont rien d'autres qu'un « procédé rhétorique » (TROPER Michel, « La constitution et ses représentations… », précité, p. 64 et 68). Voir toutefois en sens contraire, PAPATOLIAS Apostolos, *op. cit.*, p. 305.

[2] Le lien entre conception mécaniste de la constitution et théorie des contraintes juridiques est explicitement assumé par le professeur Troper (« La machine et la norme… », précité, p. 162). Celle-ci paraît remplacer la référence à la science politique qui clôturait l'exposé de cette théorie dans un premier temps (« La constitution et ses représentations… », précité, p. 71).

[3] Voir, pour une analyse comparable, BARANGER Denis, article précité, p. 144 et pour un exemple, PAPATOLIAS Apostolos, *op. cit.*, p. 478.

[4] Voir *supra*, p. 196.

[5] Nous avons déjà pu noter que le professeur Troper condamnait d'un seul mouvement la classification et la qualification comme formant une même pratique essentialiste camouflant en acte de connaissance les actes de volonté de la doctrine et des acteurs du droit (voir *supra*, p. 31). De ce point de vue, il ne sépare pas vraiment les différents types de catégorie juridique.

[6] Au passage, ce constat montre que si l'on peut supposer que les acteurs réfléchissent parfois à l'efficacité de la constitution sur le plan causal, l'on ne peut considérer qu'ils adhèrent entièrement à la conception mécaniste de la constitution puisque le réalisme s'écarte fortement des représentations partagées sur le droit (voir *supra*, p. 205).

[7] Ce schéma rappelle évidemment les difficultés occasionnées par le rôle central du juge dans les théories réalistes : il ne peut être identifié sur la base de normes dont l'existence est pourtant niée (voir *supra*, p. 199).

[8] Le professeur Troper a même décrit le mécanisme constitutionnel comme une organisation « dans laquelle les autorités ont des compétences » (article précité, p. 62) ce qui nuit au caractère authentiquement non-normatif d'une telle entité.

opposée à la conformité dans l'optique mécaniste[1] n'est pas vraiment matérielle : elle concerne ce que les organes ont le droit de faire et non ce qu'ils sont capables de faire. Cette remarque vaut bien sûr également pour la dissolution[2] ou le contrôle de constitutionnalité qui ne peut jouer un rôle en France que si les acteurs respectent l'article 62 de la Constitution. Dans tous ces cas, une révision des normes en vigueur changerait les contraintes qui pèsent sur les acteurs. Celles-ci ne tiennent pas uniquement à des relations de causalité car l'intention et les représentations humaines occupent une place centrale. Négliger cette particularité revient en réalité à oublier une partie fondamentale des rapports politiques réels. Seule une analyse interne permet de connaître ces contraintes mais aussi de les faire exister puisqu'elles reposent sur le point de vue interne des acteurs. Finalement nous sommes ici assez proche du concept de *bad man* déjà évoqué : l'on présuppose que les acteurs ne tiendront compte du droit que dans la mesure nécessaire à leurs intérêts[3] et qu'ils n'y voient qu'une contrainte stratégique[4]. Cependant, la conduite du *bad man* n'a de sens que si les autres hommes connaissent et prennent au sérieux le point de vue interne. Un scepticisme généralisé ne permettrait en aucun cas la présence de contraintes juridiques. La conception normative de constitution est forcément pertinente pour les acteurs. La doctrine doit donc en tenir compte et ne peut s'en passer si elle entend décrire la constitution[5]. Il reste tout de même possible de s'attacher à une conception mécaniste rejetant le réalisme en définissant la constitution comme le groupe de normes qui crée un mécanisme visant un objectif donné. La dimension non-normative est alors perdue car nous sommes face à une définition normative matérielle de la constitution.

En outre, cette lecture minimaliste de l'optique mécaniste consistant à affirmer que l'édiction d'une norme peut avoir des effets indirects de contrainte au-delà de ses effets normatifs directs est dépourvue de toute originalité. Les peines de prison ou la loi pénale en général sont ainsi édictées dans une large mesure pour les effets causals escomptés sur les

---

[1] TROPER Michel, « La Constitution de 1791 à nos jours », précité, p. 7. Cette ambiguïté pouvait facilement s'expliquer au XVIIIe siècle au regard de la distance entre le principe de Hume et les théoriciens de l'époque mais elle se comprend difficilement chez un auteur positiviste contemporain. Elle tient sans doute à l'absence de séparation suffisante entre effets causaux des normes positives (concurrence instaurée entre des organes partageant des compétences…) et effets juridiques desdites normes (censure d'une loi, refus de confiance au gouvernement…) qui sont mélangés dans la conception mécaniste. Une séparation stricte de ces éléments en ferait une vision particulière des techniques constitutionnelles permettant d'atteindre des objectifs prédéterminés plutôt qu'une nouvelle définition ou conception de la constitution.

[2] Pour une présentation mécaniste de la dissolution, voir ROUSSEAU Dominique, article précité, p. 103.

[3] Notons que l'on présuppose en plus que cet intérêt ne peut être que la maximisation du pouvoir détenu ce qui est un postulat pour le moins massif. Cette idée était implicite dans la théorie de la constitution-mécanisme et a été explicitée dans le cadre de la théorie des contraintes juridiques (TROPER Michel et CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, article précité, p. 15).

[4] Pour une idée proche, voir TROPER Michel, « La constitution et ses représentations… », précité, p. 71.

[5] De manière paradoxale, la constitution est aussi occasionnellement décrite comme une « métarègle » dans le cadre de la conception mécaniste de la constitution (TROPER Michel, « L'expérience américaine… », précité, p. 117), ce qui contredit sa présentation récurrente comme un simple ensemble de contraintes.

choix des acteurs. Le droit économique est aussi marqué par des mesures qui ont plus vocation à servir de contraintes que d'obligations internalisées par les sujets de droit : mise en concurrence, variation des taux d'intérêt… La construction de stratégie n'est pas un modèle alternatif de légalité mais une conséquence logique sur laquelle un droit effectif peut toujours compter[1]. Elle reste en effet conditionnée par la normativité qui est une condition nécessaire à l'apparition de la situation déclenchant les effets attendus. Cette généralisation de l'approche mécaniste montre bien que le droit constitutionnel ne présente aucune spécificité sur ce point. L'existence d'une réflexion politique précoce à ce sujet n'est pertinente ni pour la théorie générale ni pour la théorie juridique. À la rigueur, le grand nombre d'institutions et d'organes engendrés par le droit constitutionnel quand les autres branches du droit se contentent souvent d'ajouter une signification supplémentaire à des institutions préexistantes pourrait y favoriser l'analyse mécaniste. Cependant, si cela peut expliquer une attention soutenue des acteurs à cette logique particulière, cela n'implique pas que l'étude du droit se limite aux effets indirects des normes juridiques. Les normes constitutionnelles jouent pleinement leur double rôle de cause et de motif sans qu'il soit justifié de délaisser le point de vue interne pour le point de vue externe. Nous ne voyons alors aucune raison de centrer la définition théorique de la constitution sur l'élément mécanique. Associée à la dimension normative, cela n'a pas grand intérêt. Dissociée de cette dimension, cela s'approche de l'assimilation entre constitution et régime politique en ajoutant un aspect idéologique : la constitution serait les éléments du régime politique qui ont pour effet ou pour objet de limiter le pouvoir[2]. Un tel choix est à la fois marqué par sa rupture avec le droit et par un engagement politique déplacé dans une perspective théorique. De plus cette transformation n'est pas du tout nécessaire puisqu'une définition normative est suffisante pour baser une analyse sociologique centrée sur les effets externes de ces normes. L'apport à l'élucidation de l'adaptation est d'ailleurs totalement absent : le modèle mécaniste peut s'appliquer à l'Union européenne comme à toute structure de pouvoir[3] mais il n'y a pas de lien entre constitutionnalité et analyse mécaniste. Les problèmes complexes tenant à l'adaptation ne sont pas touchés par cette nouvelle perspective. La rupture importante représentée par une redéfinition mécaniste appelle de fortes justifications. Or, celles-ci font cruellement défaut. Comme dans toutes les conceptions non-normatives, les ambitions de théorie générale sont dominantes et les spécificités de la

[1] L'originalité clairement revendiquée par les tenants de la conception mécaniste (voir notamment TROPER Michel, « La constitution et ses représentations… », p. 72) serait alors totalement perdue.
[2] Sur cet objectif, voir TROPER Michel, « L'expérience américaine… », précité, p. 116 ou « Constitutionnalisme et démocratie » précité, p. 145. L'approche mécaniste est alors proche de théories que leur caractère idéologique assumé coupe totalement du positivisme. Voir notamment, FRIEDRICH Carl, *La démocratie constitutionnelle*, Paris, PUF, 1958, p. 76.
[3] Sur l'application générale de ce modèle, voir HAMON Francis et TROPER Michel, *op. cit.*, p. 22.

simple théorie sont volontairement laissées de côté. C'est cette particularité qui explique sans doute le mieux leur rejet et la préférence pour les conceptions normatives de constitution. Il faut donc désormais étudier le concept de constitution au sens matériel en tant qu'il renvoie à un certain type de définitions normatives de la constitution (Section 2).

SECTION 2 : LES DEFINITIONS NORMATIVES MATERIELLES DE LA CONSTITUTION

Le rejet des définitions non-normatives de la constitution[1] permet de réduire la notion de constitution au sens matériel aux seules définitions normatives matérielles de la constitution[2]. Cela revient d'ailleurs simplement à préférer le sens moderne de ce terme au sens ancien et à ses dérivés[3]. L'opposition entre définitions matérielle et formelle de la constitution ne tient plus alors au genre mais bien à la différence spécifique qui mène à la sélection d'un groupe restreint d'actes ou de normes. Seront dites « matérielles » les définitions qui emploient un critère renvoyant à la signification de l'acte et non à son statut[4]. Elles sont assez répandues dans la doctrine française et offrent une telle variété qu'elles doivent être réparties entre des catégories distinctes pour faciliter leur présentation. Nous séparerons ici les définitions qui s'attachent au type d'élément visé par l'acte (matière concernée) de celles qui préfèrent la solution adoptée (obligations édictées). Les premières couvrent les normes portant sur une branche du droit spécifique indépendamment du choix des autorités sur l'ordre social et politique à construire quand les secondes se limitent aux normes instituant un ordre social et politique d'un certain type. Ces dernières ont donc une dimension idéologique notable qui permet d'opposer les définitions idéologiquement neutres (I) et idéologiquement engagées (II). Cette typologie peut surprendre puisque les catégories théoriques ne sont pas censées

[1] Cette élimination est notamment permise par notre objectif spécifique d'élucidation de l'adaptation de la catégorie. Elle serait inenvisageable dans une étude historique. Voir par exemple, COMANDUCCI Paolo, « Ordre ou norme ? », *in* TROPER Michel et JAUME Lucien (dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Paris, LGDJ, 1994, p. 23.

[2] Pour une distinction du même ordre, voir TROPER Michel, « Constitution », *in* ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 104.

[3] L'usage commun du mot « constitution » a en effet suivi la même évolution en passant progressivement d'un sens non-normatif à un sens normatif. Sur les différents aspects de cette transformation, voir BAKER Keith Michael, « Constitution », *in* FURET François et OZOUF Mona (dir.), *Dictionnaire critique de la révolution française. Institutions et créations*, Paris, Flammarion, 1992, p. 189 ; FARR James, « Conceptual Change and Constitutional Innovation », *in* BALL Terence et POCOCK J.G.A. (dir.), *Conceptual Change and the Constitution*, Lawrence, University Press of Kansas, 1988, p. 23 ou TROPER Michel, « L'invention de la constitution », *in* GOYARD-FABRE Simone (dir.), *L'État moderne 1715-1848*, Paris, J. Vrin, 2000, p. 135.

[4] La doctrine parle généralement de « contenu » (FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André et SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 73 ou PACTET Pierre et MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Droit constitutionnel*, 27e éd., Paris, Sirey, 2008, p. 63) ou d' « objet » (VEDEL Georges, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p. 112 ou OURAGA Abou, « Constitution et autonomie du politique », *RCADC* 2005, p. 156) ce qui correspond globalement à la signification (S1) par opposition au statut (découlant de S2) dans notre terminologie.

jouer de rôle politique mais la catégorie de constitution se démarque encore une fois par l'abondance des définitions engagées qui confirment son originalité.

I. LES DEFINITIONS IDEOLOGIQUEMENT NEUTRES

Les définitions normatives matérielles idéologiquement neutres se caractérisent par des critères portant sur la matière touchée par les normes en cause. Cette description reste assez vague car la doctrine est marquée dans ce domaine par une grande imprécision (A) qui ne fait pas obstacle à la popularité non-démentie de ce genre définition, notamment en raison de leur usage pour défendre une conception extensive de la constitution (B).

A. L'imprécision classique de ce type de définitions

Si la définition matérielle est évoquée par la plupart des manuels et des travaux portant sur la constitution, elle est marquée par une double imprécision qui tient tant aux critères (1) qu'au statut de la catégorie (2).

1. L'IMPRECISION DES CRITERES UTILISES

L'attachement aux matières concernées présente *a priori* l'avantage d'opposer la constitution à la loi puisque cette dernière est définie depuis longtemps sur une base matérielle. Cependant, la définition matérielle de la loi renvoie le plus souvent aux actes généraux. Elle fait donc référence aux spécificités des règles signifiées plutôt qu'à la matière qu'elles régissent[1]. Cela montre la variété des critères matériels envisageables mais empêche de placer la loi et la constitution au sens matériel dans une même typologie, sauf à voir la constitution comme une sorte de loi puisque les normes constitutionnelles sont le plus souvent générales. La définition matérielle de la loi reste tout de même intéressante car elle illustre la manière dont est habituellement utilisée l'opposition matérielle-formelle dans la théorie générale des sources du droit. Des critères purement matériels sont envisageables dans ce cadre alors qu'ils sont exclus dans une perspective dogmatique sauf à admettre que n'importe

[1] Nous faisons ici référence à la définition matérielle classique de la loi (voir CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, T. I, p. 288) qui tire ses racines de la défense de l'égalité et de la recherche d'un critère permettant la séparation des pouvoirs. Elle ne doit pas être confondue avec la définition matérielle spécifique qui a été élaborée sur la base de la Constitution de 1958 et qui s'attache quant à elle au domaine concerné par les normes législatives (voir *infra*, p. 510). Cette dernière relève de la dogmatique et non de la théorie.

qui puisse édicter des normes et d'écarter le concept même de compétence[1]. Quoi qu'il en soit, les définitions matérielles ainsi entendues sont bien moins ambitieuses que ne l'est par exemple, la conception italienne de la constitution matérielle. Leur particularité se limite à l'usage de critères matériels et non formels dans la sélection des normes[2] et n'implique pas de préférence pour le droit spontané au détriment du droit écrit. Certes, elles visent aussi à lutter contre le formalisme par ce choix atypique, mais d'une manière bien moins radicale que les définitions non-normatives de la constitution. Toutefois, la raréfaction des références aux définitions matérielles au niveau législatif incite à la méfiance quant à leur survie au niveau constitutionnel.

La doctrine formule de manière variable cette définition matérielle mais elle s'approche en général de l'idée de règles fixant l'organisation politique d'un État[3]. Derrière cette apparente unanimité se cache une indétermination non-négligeable. Le concept d'organisation politique n'est pas univoque et est souvent assez imprécis[4]. Pris littéralement, il impliquerait l'intégration de toutes sortes de normes éloignées du prototype de constitution[5] car il couvre logiquement l'organisation de toutes les collectivités territoriales ou de tous les conseils consultatifs qui participent aux décisions politiques. C'est pourquoi la constitution au sens matériel est souvent limitée à l'organisation des organes les plus importants ou des organes suprêmes[6]. Cette restriction très floue des critères tend cependant à augmenter l'indétermination de la notion. De plus, même si nous admettions cette nouvelle définition, nous sommes confrontés à la multiplication des normes ou des actes constitutionnels. Ainsi, dans le système juridique français, devraient être considérés comme constitutionnels toutes les lois organiques mais aussi les règlements des assemblées ou les lois et les règlements voire les circulaires qui influent d'une manière ou d'une autre sur le statut des assemblées, du

---

[1] Nous retrouvons ici le problème posé par la feuille de papier largement évoqué en première partie. Celle-ci ne peut plus servir ici puisque les catégories théoriques de sources du droit concernent des normes dont la validité a préalablement été établie sur la base de raisonnements dogmatiques.

[2] Cette caractéristique se retrouve aussi chez des auteurs tenants de définitions présentées comme non-normatives de la constitution. Voir ainsi, BASSE Bernard, *La constitution de l'ancienne France*, Paris, DMM, 1986, p. 16 ou EL HELW Maged, *La coutume constitutionnelle en droit français*, Paris, Librairie Duchemin, 1976, p. 17.

[3] Voir, parmi de nombreux exemples, CARRÉ DE MALBERG Raymond, *op. cit.*, T. II, p. 571 ; BURDEAU Georges, *Traité de science politique*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1984, T. IV, p. 8 ; ROUVILLOIS Frédéric, *Droit constitutionnel, fondements et pratiques*, 2e éd., Paris, Flammarion, 2004, p. 97 ou LAVROFF Dmitri Georges, *Le droit constitutionnel de la Ve République*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1999, p. 84. Notons que cette vision était déjà présente chez Vattel (*Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Washington, The Carnegie Institution, 1916, p. 31).

[4] Les définitions matérielles de la constitution sont ainsi décrites comme « juridiquement insaisissables » parce qu'elles reposent sur des « intuitions vagues et subjectives » (FAVOREU Louis *et alii*, *op. cit.*, p. 74).

[5] Sur l'écart entre les textes habituellement considérés comme constitutionnels et les définitions matérielles, voir DE BÉCHILLON Denys, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996, p. 54.

[6] Pour des exemples, voir CADART Jacques, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, Economica, 1990, T. I, p. 126 ou VIRALLY Michel, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 178. Pour une idée proche, voir AUSTIN John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, CUP, 1995, p. 216.

Gouvernement ou du Président[1]. Une telle idée s'écarte à la fois de l'usage ordinaire de la doctrine et du prototype. De ce fait, une réduction supplémentaire est parfois évoquée : la constitution serait formée des normes fondamentales sur les organes suprêmes[2]. Cela renforce l'imprécision car le caractère fondamental d'une norme est extrêmement subjectif[3]. Au final, définir la constitution comme l'ensemble des règles régissant l'organisation politique d'un État ne débouche pas sur une notion précise. Elle fait même courir le risque d'éliminer de la catégorie théorique de constitution des éléments appartenant à la catégorie dogmatique de certains systèmes juridiques et rattachés au prototype. Ainsi, les déclarations de droit ou les dispositions sur les autorités locales sont facilement éliminées.

La difficile inclusion de la diversité des normes auquel semble renvoyer le prototype de constitution peut mener à des solutions alternatives. Rien n'empêche en principe d'opter pour une définition de type « toutes les normes signifiées par un acte portant en général sur la matière X sont constitutionnelles » mais la doctrine néglige cette voie[4]. Elle préfère généralement étendre les matières concernées en ajoutant à l'organisation politique la protection des droits fondamentaux[5], la création d'une hiérarchie des normes[6] voire l'affirmation de principes généraux[7] quand elle ne se contente pas d'un renvoi approximatif au statut de l'État[8] ou de la société[9]. Cette tendance engendre de nouveaux problèmes. D'abord la généralité de ces critères permet toutes les dérives[10]. Ensuite, la neutralité de la définition est remise en cause par la référence aux droits fondamentaux : l'on sort ici de la

---

[1] Cette extension est parfois en partie assumée. Les lois électorales ont ainsi pu être explicitement rattachées à la constitution au sens matériel. Voir, HAMON Léo, « Sur une notion en débat », *RDP* 1984, p. 299.

[2] En ce sens, voir DE GUILLENSCHMIDT Michel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Economica, 2005, p. 42 et SALMOND John et WILLIAMS Glanville, *Jurisprudence*, 10e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1947, p. 139.

[3] Sur la subjectivité des définitions matérielles, voir FAVOREU Louis *et alii*, *op. cit.*, p. 74 ou AUER Andreas, « E pur si muove, le caractère constitutionnel de la Constitution pour l'Europe », *RDUE* 2005, p. 68. Cette particularité incite parfois à s'attacher aux représentations des acteurs sur ce qui est constitutionnel (MENENDEZ Augustin José, « Three Conceptions of the European Constitution », ARENA Working Paper n°12/2003, p. 6 ou TROPER Michel, « La Constitution comme système juridique autonome », *Droits* n°35, p. 65) mais l'on risque alors de confondre dogmatique et théorie.

[4] Voir toutefois, BISCARETTI DI RUFFIA Paolo, « Les constitutions européennes, notions introductives », *in La constitution comme loi fondamentale dans les États de l'Europe occidentale et dans les États socialistes*, Paris, LGDJ, 1966, p. 6.

[5] Voir, parmi de nombreux exemples, AUBERT Jean-François, « Qu'est-ce qu'une constitution ? », *in* KADDOUS Christine et AUER Andreas (éd.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 109 ou ESPLUGAS Pierre, « Constitution et contentieux constitutionnel », *RCADC* 2005, p. 137.

[6] NOEL Guillaume, *Existe-t-il des limites de fond au pouvoir de révision de la Constitution ?*, Mémoire de DEA, Paris II, 1998, p. 97.

[7] Voir LOUIS Jean-Victor, « La CIG de 1996 : une étape vers une nouvelle constitution de l'Union européenne », *in* MOUTON Jean-Denis et STEIN Torsten (éd.), *Vers une nouvelle Constitution pour l'Union européenne ? La conférence inter-gouvernementale de 1996*, Trèves, ERA, 1997, p. 104 ou BLUMANN Claude et DUBOUIS Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3e éd., Paris, Litec, 2007, p. 27.

[8] Voir ainsi, CHANTEBOUT Bernard, *Droit constitutionnel*, 25e éd., Paris, Sirey, 2008, p. 22 ou WIGNY Pierre, *Droit constitutionnel, principes et droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1952, p. 167.

[9] ROUSSY Jean, *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales aux Etats-Unis et en Suisse*, Thèse, Lausanne, 1969, p. 41.

[10] Les caractéristiques les plus diverses peuvent parfois être décrites comme prouvant la constitutionnalité d'une norme quelconque. Citons par exemple l'autorisation de l'usage de la force (MACDONALD Ronald, « The Charter of the United Nations in Constitutional Perspective », *The Australian Yearbook of International Law* 1999, p. 210)

référence à une matière, qui serait le statut politique ou social des personnes, pour entrer vers une exigence substantielle quant au modèle politique exigé. Enfin, la variété des critères favorise l'indétermination car chaque auteur dispose quasiment de sa définition. Les catégories se multiplient donc au risque d'empêcher toute communication non-ambiguë[1]. Par ailleurs, les défauts classiques de la définition matérielle sont maximisés car l'attention portée aux droits fondamentaux ou au statut politique des personnes augmente le nombre d'actes visés : des actes qui sont considérés sur le plan dogmatique comme des traités, des lois, des règlements voire des actes non-contraignants sont alors vus comme constitutionnels. Une fois de plus, la catégorie théorique de constitution est étendue sans fin au détriment de son rapport avec le prototype mais surtout de son utilité qui tient à sa spécificité. Le cumul des critères est même en tant que tel problématique : s'agit-il de critères alternatifs ou cumulatifs[2] ? Le cumul exclut la Constitution de 1958 ou la Constitution américaine originale, ce qui paraît peu crédible, alors que l'alternative favorise l'extension sans fin de la catégorie. Il est sans doute plus opportun de créer des catégories de « règles sur les droits de l'homme » ou de « règles sur les organes politiques » qui ont l'avantage d'être claires et de ne pas souffrir des défauts qui les touchent quand elles sont vues comme des redéfinitions de la constitution. Pourtant, la doctrine privilégie le plus souvent la diversité des critères[3], voire l'évocation de différents types de constitution[4]. Le concept de constitution sociale déjà cité se voit ainsi adjoindre une constitution économique[5] ou une constitution démotique[6], sachant que cette liste n'est pas limitative[7]. La fonction exacte de ces concepts n'est pas évidente car ils peuvent soit servir à agrandir la liste des normes vues comme constitutionnelles en dépassant la seule constitution politique[8], soit à distinguer dans la constitution au sens matériel des normes renforcées ou

---

[1] Notons que ce phénomène trouve sa source dans l'éventail des critères matériels imaginables qui tranche avec la relative rareté des critères formels (voir *infra*, p. 470 et s.) et est donc plus un défaut des définitions matérielles que des choix de la doctrine.

[2] La question est particulièrement pertinente si l'on estime que la catégorie théorique de constitution regroupe des actes plutôt que des normes car ces dernières peuvent difficilement couvrir diverses matières, ce qui suggère que les critères qui les concernent ne peuvent qu'être alternatifs au risque d'étendre sans fin la catégorie théorique de constitution.

[3] Voir par exemple, DE BÉCHILLON Denys, *op. cit.*, p. 54 ; HAMON Léo, « L'affirmation, l'évolution et la signification du fait constitutionnel », *RCADC* 1987, p. 90 ou ZOLLER Elisabeth, *Droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, PUF, 1999, p. 36.

[4] Pour un bilan de cette tendance, voir CONSTANTINESCO Vlad et PIERRÉ-CAPS Stéphane, *Droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, PUF, 2007, p. 211-214.

[5] BAQUERO CRUZ Julio, *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Union*, Oxford, Hart, 2002, p. 25 ou RABAULT Hugues, « La Constitution économique de la France », *RFDC* 2000, p. 709.

[6] PIERRÉ-CAPS Stéphane, « La constitution démotique ou les mutations de la constitution au seuil du XXIe siècle », *in État, société et pouvoir à l'aube du XXIe siècle. Mélanges en l'honneur de François Borella*, Nancy, PUN, 1999, p. 413 ou VERVIN Marianne, « La question du droit constitutionnel démotique : une problématique actuelle », *Civ. Eur.* n°9, p. 143.

[7] Certains parlent ainsi également de constitutions judiciaire, interfonctionnelle ou redistributive comme de catégories à ajouter à cette liste (TRACHTMAN Joel, « The constitutions of the WTO », *EJIL* 2003, p. 624).

[8] Voir ainsi, RABAULT Hugues, article précité, p. 711. Le flou est parfois encore plus fort : certains affirment que toute règle qui contraint le comportement économique des acteurs fait partie de la constitution économique (STREIT Manfred et MUSSLER Werner, « The Economic Constitution of the European Community – from Rome to Maastricht », *in* SNYDER Francis (dir.), *Constitutional Dimensions of European Economic Integration*, Dordrecht, Kluwer, 1996, p. 111). Cela implique d'y intégrer des règles dépourvues de valeur juridique et très éloignées du prototype de la constitution.

supra-constitutionnelles[1]. La première tendance est la plus répandue : il s'agit avant tout de souligner l'importance de normes traditionnellement négligées par la doctrine constitutionnaliste[2]. Malgré leur intérêt, ces catégories participent à l'indétermination de la constitution au sens matériel et aux débats qui entourent sa définition.

En outre, la description des définitions matérielles existantes est pour le moment incomplète car il existe aussi une vision alternative héritée de Kelsen. Elle définit la constitution sur une base matérielle mais en se fondant sur son caractère de norme validante et non sur le domaine couvert par ses normes. Elle serait la norme validant toutes les normes juridiques à part elle-même[3] ou la règle qui fixe les conditions de production des normes générales[4]. Cette notion remplace parfois celle de source du droit[5], ce qui explique la distinction entre la constitution logique, c'est-à-dire la norme fondamentale, et la constitution positive[6]. La distance avec la doctrine majoritaire n'est pas forcément grande puisque l'organisation politique est avant tout celle des pouvoirs normatifs[7]. Cela correspond à la vision répandue selon laquelle la constitution serait une sorte de norme fondamentale au sens faible, c'est-à-dire privée de la charge épistémologique de la théorie pure du droit, qui

---

[1] Voir par exemple, BAQUERO CRUZ Julio, *op. cit.*, p. 50.

[2] PIERRÉ-CAPS Stéphane, article précité, p. 413 ou TORCHIA Luisa, « La nouvelle constitution économique », *Revue française d'administration publique* n°67, p. 385. Cette idée peut prendre une dimension politique quand elle vise à prouver que la réalisation du programme libéral du constitutionnalisme classique exige de régir d'autres domaines que le pouvoir politique (voir CONSTANTINESCO Léontin-Jean, « La constitution économique de la CEE », *RTDE* 1977, p. 245). Notons par ailleurs qu'à la suite des ordo-libéraux allemands, la notion de constitution économique est souvent reliée au thème de la décision hérité de Schmitt (GERBER David, « Constitutionalizing the Economy : German Neo-Liberalism, Competition Law and the 'New' Europe », *American Journal of Comparative Law* 1994, p. 44 ou HATJE Armin, « The Economic Constitution », *in* VON BOGDANDY Armin et BAST Jürgen (dir.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart, 2006, p. 590). Elle peut donc aussi être liée aux conceptions institutionnelles de la constitution.

[3] Cette définition est notamment défendue par le professeur Pfersmann (« The New Revision of the Old Constitution », *ICON* 2005, p. 386). Notons qu'elle est alternativement présentée comme une notion formelle (« Le sophisme onomastique, changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution », *in* MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 34) et matérielle (« La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne fédérale. Théorie, pratique, limites », *in* AFDC, *La révision de la constitution*, Paris, Economica, 1992, p. 15) de constitution. Voir aussi l'idée de « règle génératrice d'autres règles » évoquée par le professeur Troper (« Avant-propos. Une nouveauté toujours actuelle, le texte de 1791 », *in* TROPER Michel et JAUME Lucien (dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Paris, LGDJ, 1994, p. 17). Ce dernier rejette toutefois explicitement la définition de la constitution comme « système de normes qui ne trouvent le fondement de leur validité que dans une norme fondamentale supposée » (« La Constitution comme système juridique autonome », précité, p. 64).

[4] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1999, p. 224 ou *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1997, p. 179 mais aussi EISENMANN Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928, p. 3 voire DYÈRE Arthur, « The Constitutionalisation of the European Union : Discourse, Present, Future and Facts », *ELR* 2005, p. 171.

[5] « La constitution est la méthode de toutes les normes, et non pas seulement des normes générales, c'est-à-dire des lois ; la constitution ce sont les normes réglant la procédure toute entière de création des normes, qui a lieu à tous les degrés de l'ordre juridique, selon des formes variables » (KELSEN Hans, « Théorie du droit international coutumier », *in Écrits français de droit international*, Paris, PUF, 2001, p. 63).

[6] Voir KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, précité, p. 198 et *supra*, p. 215.

[7] La compétence, quel que soit son objet, passe légitimement pour un pouvoir normatif dans le sens défini par Kelsen qui couvre aussi bien les normes générales que les normes individuelles indépendamment de leur place dans la hiérarchie des normes. Seules les compétences purement matérielles d'exécution de normes pourront être distinguées de pouvoirs normatifs mais elles ne forment certainement pas une partie importante des constitutions.

fonderait l'ensemble de l'activité de l'État[1]. La popularité de cette approche dans la doctrine contemporaine[2] permet d'envisager de définir la constitution sur cette base[3]. L'idée principale de la définition matérielle classique est préservée tout en évitant le risque de démultiplication des critères. Cependant, l'évaluation de la valeur intrinsèque de cette proposition fait apparaître des difficultés. Le concept même de validation renvoie aux problèmes déjà évoqués tenant à la construction *a posteriori* des théories de Kelsen. En effet, la qualité de norme validante peut être reliée soit à la prétention à valider soit à une validation effective. Dans le premier cas, toute norme juridique prétendant valider des normes inférieures sera constitutionnelle[4]. Plus précisément, il faut sans doute limiter la catégorie aux normes prétendant valider sans être elles-mêmes validées pour éviter d'intégrer toutes les normes intermédiaires. En outre, il faudra reformuler les normes positives car elles prétendent rarement explicitement valider une autre norme : les normes prétendant attribuer une compétence à une assemblée pour adopter des lois devront être vues comme des normes validant les lois. Dans le second cas, la situation est nettement plus complexe. La signification (S1) affichée par un acte normatif ne sera pas suffisante car il devra avoir l'effet prétendu pour être constitutionnel. La norme ne devra pas prétendre valider la loi mais la valider effectivement. Il s'agit alors d'une qualité reconnue *a posteriori* en fonction de l'effet de la norme plutôt que de son contenu, ce qui s'écarte indéniablement du principe de la définition matérielle. Dans les deux cas, la notion de validation peut être plus ou moins étendue. Elle peut ainsi inclure toute norme jouant un rôle dans l'édition de la loi, ce qui implique un retour à l'extension sans fin de la catégorie[5]. Mieux, l'appréciation *a posteriori* permet de considérer toutes les normes susceptibles d'invalider la norme inférieure comme des normes validantes. L'opposition entre existence et régularité incite à ne tenir compte que des normes ayant une influence sur l'existence des normes inférieures[6] mais cette solution ne peut être retenue par

---

[1] Si Kelsen ne voit pas la constitution comme la norme fondamentale, il estime en revanche que la constitution au sens matériel est « au degré suprême de l'ordre juridique étatique » (*Théorie générale du droit et de l'État*, précité, p. 179) et qu'elle est le « fondement de l'ordre juridique étatique » (*ibid.*, p. 308).

[2] Voir *supra*, p. 323 et s.

[3] De nombreux auteurs soulignent ainsi le fait que les constitutions fondent un ordre juridique. Voir DUPUY Pierre-Marie, « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI* 2002, p. 224 ou DUVERGER Maurice, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 17e éd., Paris, PUF, 1988, T. I, p. 18. Cette idée est ancienne (ARNOULT Gabriel, *De la révision des constitutions*, Thèse, Nancy, 1895, p. 3) mais reste rejetée par certains (LAVROFF Dmitri Georges, « L'instrumentalisation de la Constitution », *in* AFHIP, *La constitution dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 429).

[4] Cette idée rejoint la définition de la constitution comme règle précisant les conditions de création des normes générales : s'il s'agit d'un critère matériel, la prétention de régir la création doit suffire pour classer une norme valide dans cette catégorie.

[5] Cette extension est parfois assumée. La présence de normes relevant de la constitution au sens matériel dans le Code civil est ainsi évoquée (FAVOREU Louis *et alii*, *op. cit.*, p. 75).

[6] Cela suppose de ne considérer comme norme validante de N1 qu'une partie des normes qui portent sur sa validité et non d'inclure toutes les normes susceptibles de rendre N1 annulable, ce qui conduirait à une forme de circularité sur la base de la définition retenue par Kelsen de la hiérarchie des normes puisque l'infériorité dépend de l'annulabilité (voir *infra*, p. 598).

Kelsen puisqu'il rejette cette opposition[1]. Inclure toutes les normes susceptibles d'invalider les normes inférieures amène sans doute une catégorie assez proche de la combinaison entre les normes portant sur l'organisation politique et celles protégeant les droits fondamentaux ou posant des principes généraux[2]. Finalement, l'originalité de Kelsen tient sans doute plus dans les termes choisis pour exprimer la définition matérielle que dans la définition même qui est somme toute assez proche de la notion majoritaire. Cette formulation est dépendante de la conception particulière du système juridique que défend Kelsen, c'est-à-dire sa description comme un ensemble de normes unies par une source de validité unique et dont l'existence repose sur une dérivation progressive. Elle ne peut pas être intégrée dans le schéma général dans lequel se place notre travail : aucune catégorie normative ne valide pour nous l'ensemble des normes juridiques françaises. Non seulement cela complique l'usage de la définition mais en plus cela la prive de son principal intérêt qui tient justement à sa cohérence avec la vision pyramidale de Kelsen. Le caractère fondamental de la constitution ne peut donc servir à la définition. Il a encore moins d'intérêt dans le contexte de l'adaptation car il serait purement trivial[3]. Le relatif progrès en termes de détermination représenté par la définition kelsénienne a pour conclure un coût bien trop élevé par rapport aux bénéfices assez faibles qu'elle occasionne. La constitution au sens matériel reste donc marquée par des critères relativement imprécis qui incitent d'autant plus à la prudence que la portée même de cette classification est débattue (2).

2. L'IMPRECISION DE LA PORTEE DE LA CLASSIFICATION

L'imprécision constatée des critères de constitutionnalité est gênante mais pas forcément décisive puisqu'il est possible de tenter une reconstruction stipulative à même de la dissiper. Ce travail ne sera cependant utile que dans la mesure où la notion de constitution au sens matériel présente une fertilité qui le justifie. Or, l'intérêt et la portée de cette catégorie est encore plus incertaine que sa définition. La doctrine se prononce rarement à ce sujet car cette conception « traditionnelle » appelle moins de justification que la proposition d'une rupture telle que la promotion d'une définition non-normative de la constitution. De plus, elle est

[1] Voir *supra*, p. 164 mais voir toutefois, KELSEN Hans, « La garantie juridictionnelle de la constitution », *RDP* 1928, p. 214.
[2] Cela évite donc de s'écarter du prototype en n'incluant que les normes portant directement sur la compétence des principaux organes politiques. L'extension peut même être encore plus forte car toute norme susceptible d'invalider des normes non-suprêmes est incluse dans la catégorie, quel que soit son contenu. Notons que le raisonnement mené est transposable sans difficultés à la définition de la constitution par son rôle de réglementation de la création des lois. Cette idée peut en effet elle aussi renvoyer à une réglementation effective et intégrer toutes les normes supérieures qui de fait interdisent au législateur de donner certains contenus à ces productions.
[3] Dans ce sens, « le fait pour un traité d'établir une constitution n'est ni extraordinaire ni problématique mais au contraire très commun » (PFERSMANN Otto, « The New Revision of the Old Constitution », précité, p. 386).

souvent évoquée par des manuels qui sont légitimement plus orientés vers la transmission des connaissances que vers la critique. Un autre facteur moins évident peut contribuer à cette abstention : le lien entre essentialisme et approche matérielle des concepts juridiques. La forme est classiquement reliée à l'apparence là où la matière permettrait la révélation de véritable nature des choses. Dans ces conditions, la fertilité des définitions matérielles n'est plus à prouver car l'artificialité des critères formels suffit à les discréditer, d'autant plus qu'ils impliquent de s'appuyer sur les choix subjectifs des acteurs politiques qui sont seuls à décider quelle forme revêt une norme donnée. Les critères matériels marquent au contraire le retour à une réalité cachée. C'est pourquoi ils sont souvent accompagnés de multiples références essentialistes[1]. Ils mènent, de manière consciente ou non, à valoriser une « science » objective contre une politique forcément subjective et l'éternité du savoir contre la relativité des décisions. Ils « sauvent » ainsi des normes dépourvues de tout statut dogmatique grâce à la valeur de définitions matérielles scientifiques indépendantes des contingences politiques. L'importance de l'enjeu et de l'influence de théories politiques sur l'étude du droit favorise cette pratique dans le domaine constitutionnel.

Cette motivation irrecevable tend évidemment à décrédibiliser les définitions normatives matérielles de la constitution mais elle n'est pas la seule envisageable. Elles peuvent ainsi revendiquer une fonction de politique juridique. Les matières isolées représenteraient les sujets qu'il faut traiter pour rédiger une constitution efficace et complète[2]. Il s'agit toutefois d'une question technique sans grande pertinence pour nous et qui dépend en définitive de préférences politiques[3]. Nous rejetons donc la défense des définitions matérielles basées sur cet élément, sans nier pour autant qu'elles ont historiquement pu avoir ce rôle[4]. La mise en avant de leur rôle pédagogique semble *a priori* plus intéressante. Elles ne porteraient pas alors sur la constitution en tant qu'acte mais plutôt sur le droit constitutionnel en tant que

---

[1] Ces critères découleraient ainsi d'une « idée purement rationnelle » (CARRÉ DE MALBERG Raymond, *op. cit.*, T. II, p. 571). Privilégier la forme sur la matière reviendrait à « nier la nature constitutionnelle [de certaines règles], ce qui est impossible puisqu'il s'agit là d'une qualité qui leur est intrinsèque » (PROVOST Anne, « Recherche sur la nature du traité établissant une Constitution pour l'Europe : le point de vue d'une internationaliste », *Tribune du droit public* 2004, p. 320). Le contenu de certains principes serait donc « par essence constitutionnel » (MONJAL Pierre-Yves, *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, Paris, LGDJ, 2000, p. 381).

[2] En ce sens, voir FONTENEAU Maurice, *Du pouvoir constituant en France et de la révision constitutionnelle dans les Constitutions françaises depuis 1789*, Caen, Imprimerie Charles Valin, 1900, p. 8 ou CONSTANTINESCO Vlad, « Contenu et structure de la Constitution », *in* BIEBER Roland et WIDMER Pierre (éd.), *L'espace constitutionnel européen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995, p. 100.

[3] Le fameux exemple suisse de l'inclusion dans la constitution, au sens dogmatique, de la réglementation sur l'abattage des animaux montre simplement l'importance accordée politiquement à cette mesure sans qu'un quelconque avis « scientifique » ne soit à même de remettre en cause son opportunité. Sur la diversité du contenu des normes vues comme constitutionnelles, voir AUBERT Jean-François, « La Constitution, son contenu, son usage », *RDS* 1991, p. 69-89.

[4] Sur ce point, voir LAMPERT Joseph, *La distinction des lois constitutionnelles et ordinaires dans les différents États de l'Europe moderne*, Mulhouse, Alsatia, 1931, p. 26.

discipline[1]. L'écart avec le prototype s'explique puisqu'elles ne visent pas à décrire le système juridique mais à définir un champ d'étude dans une perspective académique tenant à l'élaboration de programmes ou de manuels. Le choix d'une catégorie théorique de norme qui ne tient pas compte du statut dogmatique de ses membres n'est plus vraiment gênant : la négligence du régime juridique implique un écart avec la structure du système juridique qui ne peut condamner une notion qui ne sert pas à le décrire[2]. De même, la coupure avec toute théorie générale des sources du droit ne pose plus problème. En effet, pour éviter les défauts de la théorisation isolée, il faut assurer la cohérence de la catégorie de constitution avec les catégories voisines appelées à regrouper les normes qu'elle exclurait[3]. Les définitions matérielles de constitution ne peuvent répondre à cet impératif car personne n'a jamais prétendu construire de typologie générale des normes définissant les traités, les lois et les règlements sur la base des matières qu'ils régissent[4]. Opter pour une définition matérielle introduirait alors une incohérence dans la théorie générale des sources du droit car des catégories définies matériellement et formellement ne peuvent être mutuellement exclusives. Or, associer définition matérielle et délimitation des branches du droit implique que la cohérence de la catégorie créée doit être appréciée dans le cadre d'une classification des disciplines juridiques et non des normes juridiques. Le critère matériel semble soutenable dans cette perspective puisqu'il permet effectivement d'opposer, par exemple, le droit constitutionnel au droit civil. Il n'est néanmoins pas exempt de toute critique car le caractère matériel des définitions des branches du droit n'est pas évident. Les droits administratif ou pénal paraissent ainsi identifiés avant tout sur la base du juge compétent en principe pour leur application. Le droit constitutionnel, quant à lui, couvre souvent tout ce qui est prévu par les normes constitutionnelles au sens dogmatique. Les statuts du Conseil supérieur de la magistrature ou de la Nouvelle-Calédonie lui sont par exemple souvent rattachés, alors qu'ils

---

[1] La recherche d'une définition « pédagogique » est déjà présente chez Vedel (*Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p. 6). Le professeur Rials de son côté a pu souligner que la définition matérielle de la constitution était surtout une définition du droit constitutionnel (« Les incertitudes de la notion de constitution sous la Ve République », *RDP* 1984, p. 588). Cette définition du droit constitutionnel est contestée (MIAILLE Michel, « Droit constitutionnel et sciences sociales », *RDP* 1984, p. 290) tout comme le concept même de définition pédagogique (LUCHAIRE François, « De la méthode en droit constitutionnel », *RDP* 1981, p. 280). Le lien entre critère matériel et définition du droit constitutionnel semble toutefois répandu (voir DUVERGER Maurice, *op. cit.*, p. 14 ou ILIOPOULOS-STRANGAS Julia et PREVEDOUROU Eugénie, « Rapport grec », *in* FIDE, *XX Congress*, Londres, BICL, 2002, T. II, p. 263) même s'il est difficile de savoir si l'on fait référence au droit constitutionnel en tant que discipline ou en tant que corps de règles.

[2] Cette hypothèse permet d'écarter l'objection préalablement évoquée tenant à la coupure avec les normes détachées de tout rapport à l'organisation politique que l'on peut trouver dans des constitutions qui font figure de prototype de constitution au sens théorique : l'écart avec la description du système juridique justifie le détachement du prototype.

[3] Voir *supra*, p. 83.

[4] Rappelons que nous parlons ici de théorie générale des sources du droit et non de doctrine générale des sources du droit. Les définitions dogmatiques ne sont donc pas en cause. Ce point mérite d'être souligné puisqu'il existe un débat dans la doctrine française sur le caractère formel ou matériel de la définition dogmatique de la loi (voir *infra*, p. 509 et s.). Celui-ci n'a aucune pertinence quand l'on recherche des critères applicables à tous les systèmes juridiques et à même de rendre compte de leur adaptation.

n'appartiennent pas forcément à la constitution au sens matériel. Sans s'engager sur son bien-fondé, force est de constater que le thème bien connu de la constitutionnalisation des branches du droit repose justement sur une compréhension formelle et non matérielle du droit constitutionnel. Dans un autre domaine, les débats sur l'existence d'un droit économique illustrent également les limites du critère matériel. Il peut tout de même préserver son intérêt dans une perspective comparatiste pour comparer le « droit constitutionnel » de divers États. Au final, s'il peut parfois être utile, la pratique doctrinale répandue en matière de partage des branches du droit ne garantit pas sa généralisation.

Dans tous les cas, une approche de ce type est dénuée de tout lien avec l'interrogation sur l'adaptation de la catégorie de constitution qui représente le cœur de notre analyse. Certes, elle permettrait de traiter l'adaptation du droit constitutionnel à travers l'émergence d'un droit constitutionnel européen, entendu comme un ensemble de normes sur l'organisation politique édictées au niveau européen. Néanmoins, même sans s'arrêter sur l'imprécision de ce critère[1], l'intérêt de ce changement nominal est assez mystérieux dans la mesure où l'existence de ce type de normes au niveau européen et international est un phénomène ancien et incontesté. Il peut bien sûr soutenir des stratégies académiques de répartition entre spécialistes mais ce type d'argument ne peut être retenu. Certains suggèrent en revanche qu'il justifierait l'usage de concepts tels que la séparation des pouvoirs ou la démocratie pour évaluer les institutions européennes[2] ou plus largement le développement d'une « analyse constitutionnelle » de ces dernières[3]. Cette position marque une confusion entre le droit constitutionnel considéré comme une branche du droit ou comme la discipline qui l'étudie et le constitutionnalisme comme idéologie. Le droit constitutionnel n'est pas vu ici comme un champ de recherche mais comme un ensemble de doctrines politiques[4]. Cette posture consiste à affirmer que toute structure politique doit respecter les standards du constitutionnalisme et présente donc un caractère idéologique qui nuit à sa valeur théorique. La réflexion sur l'adaptation de la constitution se réduit dans cette optique à une lutte idéologique censée imposer certains principes au niveau européen. La perspective pédagogique ne suffit finalement pas à

[1] Rappelons qu'il est *a priori* applicable à toute structure de pouvoir ce qui étend largement le champ du droit constitutionnel.
[2] En ce sens, voir DE WET Erika, « The International Constitutional Order », *ICLQ* 2006, p. 52 ou SCHWARZE Jürgen, « Constitutional Developments in the European Community », *Law and State* 1987, p. 102.
[3] Voir ainsi, PINI Joseph, « Qu'est-ce qu'une constitution ? », *RAE* 2001-2002/6, p. 651 ou POIARES MADURO Miguel, « From Constitutions to Constitutionalism : a Constitutional Approach for Global Governance », *in* LEWIS Douglas (dir.), *Global Governance and the Quest for Justice*, Oxford, Hart, 2005, vol. 1, p. 233. Cette idée est aussi appliquée à d'autres institutions. Voir HELFER Laurence, « Constitutional Analogies in the International Legal System », *Loyola of Los Angeles Law Review* 2003, p. 197 ou JACKSON John, « Changing Fundamentals of International Law and International Economic Law », *Archiv des Völkerrechts* 2003, p. 444.
[4] Pour une dénonciation précoce de cette dérive, voir CHARLIER Robert-Edouard, « Évolution et situation présente de la notion de droit constitutionnel », *in Études offertes à Jean-Jacques Chevallier*, Paris, Cujas, 1977, p. 34.

promouvoir de manière efficace la redéfinition matérielle de la constitution. Elle est plus utile pour définir le droit constitutionnel en tant que discipline que pour définir la constitution en tant qu'acte ou norme puisqu'elle ne peut servir à décrire l'ordre juridique.

Le succès des définitions matérielles ne trouve certainement pas sa source dans le seul objectif pédagogique qui n'a connu de développements importants qu'autour de l'hypothèse de l'apparition d'un droit constitutionnel européen. En fait, il repose surtout sur le mélange entre théorie et dogmatique. La combinaison de facteurs déjà relevés tels que la négligence de la séparation de ces deux aspects, le caractère originaire de nombreuses normes constitutionnelles ou la domination de la notion théorique sur la dogmatique a été renforcée par une dénonciation du formalisme largement essentialiste qui laisse croire que la théorie pourrait faire varier les effets juridiques des normes selon la classification retenue[1]. Dans ce cadre, la promotion du sens matériel de la constitution est vue comme un moyen de garantir la force juridique d'une série de normes fondamentales. La doctrine va parfois jusqu'à avancer que l'on peut adopter une « conception matérielle du droit » à même de changer les effets juridiques de certaines normes[2]. La disqualification de « fausses » normes constitutionnelles présentes dans les actes constitutionnels participe au même mouvement[3]. L'héritage essentialiste[4] mène en effet à penser que l'acte de volonté qu'est l'édiction d'une norme peut être erroné car les autorités politiques ne peuvent altérer la « nature profonde » des normes[5]. La définition matérielle du droit constitutionnel apparaît sous un nouveau jour : elle porte ici sur le droit constitutionnel en tant que corps de règles et non en tant que discipline[6]. La différence est sensible car cette définition ne s'apparente plus alors à un choix épistémologique mais à une prescription juridique sans titre ni efficacité. Elle fait disparaître tout intérêt pour la valeur heuristique car celle-ci n'a de sens que dans une discipline descriptive. Les versions fortes des notions de constitutions sociale ou économique illustrent cette tendance : elles ne cherchent pas à souligner la diversité des normes constitutionnelles mais à conférer une valeur constitutionnelle au sens dogmatique aux normes fondamentales

---

[1] Voir par exemple, JACQUÉ Jean-Paul, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4e éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 87 ou EL SHAWI Mundhir, *Contribution à l'étude du pouvoir constituant*, Thèse, Toulouse, 1961, p. 152. Même les critiques des définitions matérielles ne semblent pas percevoir ce problème. Voir AUER Andreas, « E pur si muove… », précité, p. 67.

[2] GÉLIN-RACINOUX Laurence, *Recherches sur le rapport de la constitution au temps*, Thèse, Nantes, 2005, p. 36 et 526.

[3] ROUSSY Jean, *op. cit.*, p. 171

[4] La dénonciation de ces fausses règles constitutionnelles peut ainsi reposer sur l'opposition entre règles « essentiellement » et « accidentellement » constitutionnelles (*ibid.*, p. 170).

[5] Notons que la critique des définitions matérielles de la constitution basée sur leur absence d'effet juridique (FAVOREU Louis *et alii*, *op. cit.*, p. 76) participe également au mélange entre dogmatique et théorie.

[6] Cette tendance se retrouve largement à propos de l'hypothèse d'un droit constitutionnel européen dont l'existence est vue comme plus facile à établir que celle d'une constitution européenne. Voir notamment, CONSTANTINESCO Vlad, « L'émergence d'un droit constitutionnel européen – Rapport de synthèse », *RUDH* 1995, p. 447.

qui organisent la société ou l'économie[1]. Mieux, il est possible d'établir un lien entre cette dérive et la fameuse idée selon laquelle l'Union européenne aurait une constitution au sens matériel à défaut d'avoir une constitution au sens formel[2] puisque son statut comprend des normes organisant des pouvoirs publics[3]. Elle tend à étendre encore la notion de constitution en sens matériel en ajoutant des critères inattendus tels que la création d'une citoyenneté[4], l'exercice de compétences étatiques par l'entité créée[5] ou d'autres éléments de ce genre[6]. Cette extension contribue à affaiblir encore le maigre intérêt que pouvaient présenter les définitions matérielles de la constitution pour l'évaluation de l'adaptation de la constitution. Il est donc tentant d'y voir simplement une tentative d'éviter ce débat[7]. Pour autant, l'éventualité d'un mélange entre dogmatique et théorie contribue également à la motivation de certains auteurs qui espèrent ainsi renforcer la valeur des normes européennes les plus importantes[8]. Nous retrouvons ici le danger que constitue le découpage des catégories dogmatiques pour former des catégories théoriques regroupant des normes dotées de statuts juridiques distincts. Non seulement il peut difficilement aider à comprendre la structure du système juridique mais il devient en plus problématique quand il laisse croire que le

---

[1] Voir dans une certaine mesure GERBER David, article précité, p. 76. Cette extension est parfois réalisée au profit d'autres normes juridiques (voir ainsi MADDALON Philippe, « Pourquoi est-il difficile d'identifier la constitution économique européenne ? », *in* GIEPI, *La constitution économique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 107) mais elle vise le plus souvent à donner une valeur juridique renforcée à des éléments qui en sont privés, par exemple en mettant en avant des valeurs fondamentales sur lesquelles reposeraient un droit économique donné (GEORGOPOULOS Théodore, « Sur le concept de constitution économique de l'Union européenne », *ibid.*, p. 12).

[2] Sur ce thème très répandu, voir par exemple ISAAC Guy et BLANQUET Marc, *Droit général de l'Union européenne*, 9e éd., Paris, Sirey, 2006, p. 190 ; LEBON Vanessa, *Le constitutionnalisme en Europe*, Thèse, Nice 2005, p. 149 ou JACQUÉ Jean-Paul, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4e éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 93. Cette idée se décline notamment à travers le courant qui prône le resserrement du traité de base aux matières « constitutionnelles » pour accroître sa constitutionnalité. Voir ASO FERRER Angela, « Constitution or International Treaty », IGC Net Workshop, juillet 2005, p. 26 ou BLUMANN Claude et DUBOUIS Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3e éd., Paris, Litec, 2007, p. 29.

[3] DA CRUZ VILACA José Luis, « Un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité : quelques réflexions », *in* ROSSI Lucia Serena (dir.), *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne. Le projet de traité-constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 188 ou HARTLEY Trevor, *The Foundations of the European Community Law*, 5e éd., Oxford, OUP, 2003, p. 93.

[4] SIMON Denys, « Conclusions générales » *in* LABOUZ Marie-Françoise (dir.), *Les accords de Maastricht et la constitution de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 222 et ROUSSILLON Henry, « Mutations de la société internationale, droit constitutionnel et groupements régionaux », *RCADC* 2001, p. 239.

[5] DOUGLAS-SCOTT Sionaidh, « A Constitution for Europe, in Defence of Public Reason », Working Papers da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisbao 11/2001, p. 3 et LEBON Vanessa, *op. cit.*, p. 150.

[6] Certains évoquent ainsi les principes de subsidiarité et de proportionnalité (DE BURCA Grainne, « The development of European Constitutionalism and the Role of the EU Charter of Fundamental Rights », *Columbia Journal of European Law* 2003, p. 363) quand d'autres soulignent la création d'une hiérarchie des normes (LOUIS Jean-Victor, « La constitution de l'Union européenne », *in* TELO Mario (dir.), *Démocratie et construction européenne*, Bruxelles, ULB, 1995, p. 333)

[7] L'élargissement de la notion de constitution est même parfois reconnu (DUBOUIS Louis, « La nature de l'Union européenne », *in* COHEN-JONATHAN Gérard et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir.), *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 91). Cela revient à admettre avoir prouvé que l'Union européenne pouvait bien avoir une constitution parce que l'on a changé le sens de ce terme, autrement dit, l'on a pu répondre positivement parce que la question posée a été changée. L'idée selon laquelle l'Union européenne dispose d'une constitution au sens matériel fait donc bien figure d' « idée réconfortante et en même temps un peu démobilisante » (BLUMANN Claude, « Essai sur le processus de constitutionnalisation de l'Union européenne », *in Les mutations du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002. 280).

[8] Pour des exemples, voir BOULOUIS Jean, « Le droit des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général », *in Droit communautaire et droit français*, Paris, La mémoire du droit, 1999, p. 23 ; LENAERTS Koen, « La constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'Union européenne », *in En hommage à Francis Delpérée*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 818 ou PROVOST Anne, article précité, p. 301.

classement théorique proposé aura des conséquences sur la valeur des normes sélectionnées. La grande variété du droit communautaire primaire encourage ce phénomène : s'il est à juste titre réparti entre diverses catégories théoriques, il faut absolument éviter de croire que celles-ci influent sur son statut juridique. Ce glissement n'apporte d'ailleurs rien à la compréhension de l'adaptation de la constitution. Il permet de contourner le droit positif mais pas de le comprendre. Même en renonçant à la confusion entre dogmatique et théorie, l'écart avec le prototype reste critiquable. La constitution au sens matériel de l'Union européenne fera bien partie de la même catégorie théorique que la Constitution de 1958 mais elle partagera cette qualité avec n'importe quel décret sur l'organisation d'un ministère ou avec tous les traités internationaux qui protègent les droits de l'homme. L'interrogation sur la constitutionnalité des normes européennes ne se limite sans doute pas à une hypothèse d'une telle banalité. Si c'était le cas, l'Europe aurait une constitution depuis 1951 et la virulence du débat récent ou la modernité apparente de cette évolution[1] seraient totalement perdues. En fait, ces aspects prouvent que le concept de constitution employé à propos de l'Union européenne devra permettre de tester l'idée d'une rupture constitutionnelle et non de rebaptiser une situation acquise, ancienne et présente bien au-delà du cadre européen, sous peine de passer à côté des enjeux qui animent la doctrine[2]. Les problèmes complexes plusieurs fois évoqués ne se poseraient d'ailleurs pas à ce sujet car il est par exemple manifeste qu'une norme de ce type n'a pas besoin d'être liée à un État et qu'il existe des normes susceptibles de la primer. En conclusion, l'imprécision sur la notion même de constitution au sens matériel et sur son statut compromet son utilisation, surtout pour élucider l'adaptation de la constitution. Elle évite la question plutôt qu'elle n'y répond en valorisant la capacité évidente de normes internationales à organiser des pouvoirs publics. La résurrection de théories anciennes et délaissées à propos du cadre européen[3] incite à y voir une stratégie rhétorique qui consiste à utiliser une définition ancienne de la constitution pour revendiquer la charge théorique et symbolique dont bénéficie son usage actuel[4]. Cette tendance est encore plus visible chez les tenants des conceptions extensives de la constitution (B).

---

[1] Sur la rupture constituée par l'adoption d'une constitution européenne, voir CHALTIEL Florence, « Une constitution pour l'Europe, an I de la République européenne », *RMCUE* 2003, p. 494 ; LAMOUREUX François, « Le projet Pénélope », *in* COHEN-JONATHAN Gérard et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir.), *op. cit.*, p. 44 ou TOULEMON Robert, « La constitution européenne, son origine, ses vertus, ses faiblesses », *RMCUE* 2005, p. 213.

[2] Précisons bien que cela ne signifie pas que ce concept ne peut mener à déclarer que l'Europe a déjà une constitution. Cette rupture peut être envisageable mais aussi actuelle à condition qu'elle ne soit pas d'une banalité telle que l'émergence tardive d'un débat à ce sujet ne devienne inexplicable et que celui-ci soit privé de tout enjeu.

[3] Comme nous le verrons, la doctrine constitutionnaliste avait depuis longtemps délaissé la notion matérielle de constitution au profit d'une notion formelle considérée comme beaucoup plus intéressante et moderne (voir *infra*, p. 470 et s.).

[4] Le sens matériel est ainsi clairement à l'origine des usages politiques du terme « constitution ». Cependant, il était alors doté d'un sens extrêmement flou qui est très éloigné de l'image d'une norme fondamentale et suprême que l'on connaît

B. Les conceptions extensives de la constitution

Nous appelons conception extensive certaines formes de définitions matérielles de la constitution qui cherchent à se détacher de l'objet habituel du droit constitutionnel pour appliquer cette notion à l'ensemble des institutions sociales[1]. Cette approche ne concerne que peu d'auteurs mais elle présente des particularités qui exigent un exposé détaillé (1) pour saisir les limites de sa contribution à la description de l'adaptation de la constitution incarnée par son application aux actes constitutifs d'organisation internationale (2).

1. EXPOSE DE LA CONCEPTION EXTENSIVE

La conception extensive de la constitution se caractérise par l'affirmation selon laquelle toutes les institutions sociales auraient une constitution et pas seulement les États et les entités politiques relativement autonomes[2]. Cette idée se retrouve de manière peu théorisée chez des auteurs qui soulignent simplement que toutes sortes d'entités sont régies par des constitutions. L'exemple le plus commun est fourni par les « constitutions » monastiques[3]. Les auteurs anglais aiment aussi à souligner que ce terme vaut pour les institutions les plus banales, tel le club de golf de Jack Straw[4]. Ce thème ancien a connu un renouveau lors des discussions sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe chez ceux qui entendaient montrer que les constitutions n'ont pas forcément de lien avec les États[5]. Il permettait soit de renverser des objections théoriques soit de relativiser l'innovation que semblait représenter l'adoption d'un texte « constitutionnel » européen. Cet argument ne nous paraît pas recevable car il est l'illustration parfaite des confusions qu'occasionne la polysémie du terme « constitution ». Il revient à s'attacher au titre d'un document ou au mot employé dans certains contextes spécifiques (droit canon…) sans jamais s'interroger sur sa signification. Pourtant, une relation purement nominale n'a pas de pertinence théorique et les usages historiques d'un terme n'ont

aujourd'hui. Utiliser la définition ancienne tout en cherchant à s'approprier sa connotation moderne constitue simplement un paralogisme permis par l'ambiguïté du sens de ce mot.

[1] Les définitions matérielles de la constitution mènent parfois à leur corps défendant à une extension de ce type. La différence tient au fait qu'ici l'extension n'est pas une dérive incontrôlée mais l'objectif même de la construction théorique.

[2] Pour des exemples, voir BURDEAU Georges, *Traité de science politique*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1984, T. IV, p. 12 ou MIRANDA Jorge, « Constitution et intégration européenne », *in Mouvement du droit. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 872.

[3] Voir MAUS Didier, « Gouvernance et identité en Europe. La problématique de la Constitution pour l'Europe », *Revue européenne de droit public* 2004, p. 310 ou VERGÈS Jean, « Réflexions sur le constitutionnalisme européen », *in* GRAF VITZHUM Wolfgang et PENA Marc (dir.), *L'identité de l'Europe*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, p. 202.

[4] BIRKINSHAW Patrick, « Constitutions, Constitutionalism and the State », *European Public Law* 2005, p. 34 et DASHWOOD Alan, « The EU Constitution – What Will Really Change ? », *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2004-2005, p. 32.

[5] Pour un exemple, voir MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, « Une Constitution pour quelle Europe ? Brèves réflexions à l'occasion d'un anniversaire », *JCP* 2007.I.128, p. 3.

pas de rôle à jouer dans une redéfinition contemporaine[1]. Estimer que l'Union européenne peut avoir une constitution parce que les monastères en ont aussi conduit à passer, volontairement ou non, à côté du débat en passant d'un sens du terme « constitution » à un autre. Quand l'on s'interroge pour savoir si l'Union européenne peut avoir une constitution, il est impossible de réduire cette question à la forme « l'Union européenne peut-elle avoir une norme organisant son fonctionnement ? » car la réponse est à la fois évidemment positive et sans aucun intérêt. L'existence même de discussions montre que cette interprétation ne peut être la bonne.

Les conceptions extensives de la constitution sont cependant souvent l'objet de théorisations nettement plus poussées. La plus populaire d'entre elles a émergé au milieu du XXe siècle. Elle insiste sur la présence de constitutions dans toutes les institutions sociales par opposition aux seuls États[2]. Les normes constitutionnelles y sont définies comme les normes qui instituent les organes et les procédures qui régissent une société ou une institution[3]. Cela revient en quelques sortes à les décrire comme des règles constitutives et non régulatives[4]. Elles se retrouvent alors sans différence notable dans les États, les collectivités locales mais aussi les associations, les entreprises ou encore la communauté internationale[5]. L'extension est parfaitement assumée car le sens habituel du terme est vu comme abusivement réducteur. Elle se justifie par des arguments essentialistes et non par une stipulation[6]. Son originalité ne se limite pas à sa dimension théorique car elle revendique des appuis dans la théorie générale du droit à travers deux écoles distinctes. La première est l'institutionnalisme défendu notamment par Hauriou et repris par Renard à propos de la constitution. Dans cette perspective, le droit s'incarnerait dans des institutions appelées à réaliser de manière durable une « Idée » presque platonicienne[7]. L'institution s'oppose aux structures contractuelles car

---

[1] L'argument étymologique sur l'usage du terme « constitution » pour les monastères avant même que les États n'existent n'est pas recevable au regard du détachement entre étymologie et définition théorique (voir *supra*, p. 74).

[2] PRELOT Marcel, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1972, p. 27 et QUERMONNE Jean-Louis, « Vers un pacte constitutionnel européen », *in* CEDECE, *Les procédures de révision des traités communautaires : du droit international au droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 147.

[3] Précisons que certains préfèrent parler de « droit constitutionnel » et non de « constitution » mais nous avons déjà vu que cette précaution n'avait pas vraiment d'intérêt et qu'elle ajoutait plutôt à la confusion et à l'imprécision.

[4] PESCATORE Pierre, « La Cour en tant que juridiction fédérale et constitutionnelle », *in Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Berlin, Carl Heymans Verlag KG, 1965, p. 521.

[5] Voir PESCATORE Pierre, « La constitution, son contenu, son utilité », *RDS* 1992, p. 43 ou RENARD Georges, « Qu'est-ce que le droit constitutionnel ? Le droit constitutionnel et la théorie de l'institution », *in Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1943, p. 491.

[6] Pour un exemple d'écart avec toute approche stipulative, voir PESCATORE Pierre, article précité, p. 46. L'auteur refuse toute réduction de la constitution à l'État car « un État ne peut pas, à volonté, supprimer les droits de l'homme ; il ne peut pas, non plus, prétendre supprimer les autres États et les institutions de la vie internationale ». Non seulement cette position paraît en partie contestable mais en plus son rapport avec la définition de la constitution est difficile à percevoir.

[7] RENARD Georges, article précité, p. 491. Nous retrouvons ici l'institutionnalisme d'Hauriou qui rompt avec le normativisme et repose sur une ontologie dualiste qui l'oppose au néo-institutionnalisme développé précédemment.

elle dispose d'un pouvoir objectif chargé de réaliser cette fameuse « Idée »[1]. Les pratiques sociales sont alors intégrées dans la constitution en plus des normes explicites[2]. La notion d'institution demeure assez indéterminée mais elle est toujours organisée sur la base d'un groupe de normes qualifiées de constitutionnelles[3]. L'État n'est qu'une institution parmi d'autres et sa constitution n'a donc pas de spécificités notables[4]. La deuxième école qui défend une conception extensive de la constitution s'appuie sur l'objectivisme sociologique de Duguit, notamment dans la version proposée par Scelle[5]. Elle consiste à rejeter le positivisme normativiste pour lui préférer l'étude de règles objectives « découvertes » dans la réalité sociale[6]. Le droit ne se limite pas à l'État mais est produit par toutes les sociétés, c'est-à-dire tous les groupes humains unis par une solidarité minimale[7]. Chaque société est régie par une constitution qui répartit les fonctions exercées en son sein selon le modèle tri-partite classique retrouvé dans les États[8]. L'institutionnalisme et l'objectivisme sont clairement différents mais ils s'inscrivent tous deux dans un sociologisme aujourd'hui quasiment disparu. Ils se retrouvent dans la volonté de banaliser le droit tel que le conçoit généralement la dogmatique, notamment en refusant que l'État occupe une place spécifique dans sa création[9]. Cette hostilité envers l'État tire sa source autant de principes de théorie générale du droit que de préférences politiques sans qu'il soit possible de faire la part des choses[10]. Elle explique tout de même la critique de la constitution au sens matériel qui se limite le plus souvent au droit étatique ou dérivé de l'État (international ou communautaire). Ces constructions méritent notre attention car elles sont les seules tentatives systématiques de justification de la conception extensive de constitution. Elles sont rarement reprises explicitement aujourd'hui, mais toute référence aux travaux de Scelle ou d'Hauriou sur les constitutions implique nécessairement de se placer dans ce cadre spécifique.

---

[1] BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, 4e éd., Paris, Dalloz, 2003, p. 197.
[2] Sur cet aspect dans la pensée d'Hauriou, voir WEINBERGER Ota, *Law, Institution and Legal Polics. Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, Dordrecht, Kluwer, 1991, p. 120.
[3] RENARD Georges, article précité, p. 491.
[4] Elle bénéficie au mieux d'une forme de priorité sur les autres constitutions (*ibid.*, p. 491).
[5] SCELLE Georges, « Le droit constitutionnel international », *in Mélanges Raymond Carré de Malberg*, précité, p. 504. Cette théorie est parfois reprise par des auteurs contemporains. Voir PROVOST Anne, article précité, p. 323.
[6] SCELLE Georges, *Précis de droit des gens*, Paris, Sirey, 1932, T. I, p. 31. Pour des détails sur l'objectivisme sociologique, voir DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, E de Boccard, 1928, T. I notamment, p. 8-153.
[7] SCELLE Georges, *op. cit.*, p. 30. Précisons que dans cette conception, chaque individu peut être membre de plusieurs sociétés à la fois (voir SCELLE Georges, article précité, p. 507).
[8] SCELLE Georges, *op. cit.*, T. II, p. 7 ou « Règles générales du droit de la paix », *RCADI* 1933-IV, p. 421. C'est cette idée qui est reprise dans PESCATORE Pierre, article précité, p. 43 ou PRÉLOT Marcel, *op. cit.*, p. 28.
[9] PESCATORE Pierre, article précité, p. 45 ; SCELLE Georges, *op. cit.*, p. 33 et RENARD Georges, article précité, p. 491.
[10] Paradoxalement, elle est présentée comme un gage du caractère non-idéologique de la conception extensive qui ne privilégie pas l'État et son droit, au contraire de la conception matérielle classique de la constitution.

Leur utilisation est bien sûr difficile pour nous. Il faut logiquement les rejeter totalement en raison de leur caractère sociologiste qui les mène à mélanger théorie et dogmatique[1], à violer le principe de Hume et à s'écarter de la pré-notion de droit. L'essentiel des arguments qui soutiennent les définitions extensives sont écartés au niveau de la théorie générale avant même de procéder à une évaluation théorique. Cette dernière doit toutefois être envisagée de manière autonome en renonçant à la cohérence conférée par les appuis sociologistes. Dans cette optique, elle montre une maximisation des défauts des définitions matérielles de la constitution. Le but dogmatique est ici transparent : l'attaque contre le monopole de l'État vise clairement à diminuer la portée juridique de sa constitution. Elle ne cherche pas à proposer une nouvelle représentation théorique du système juridique mais bien à contester les rapports positifs qui le composent. Nous sommes une fois de plus face à une définition doctrinale arbitraire qui prétend avoir un effet juridique au mépris du fonctionnement du langage juridique. En plus, le détachement total du discours du droit qu'implique l'approche sociologiste qui sous-tend les conceptions extensives de constitution mène à se baser sur des critères qui ne sont pas juridiques au sens où ils ne dépendent pas du statut ou des effets conférés par des normes juridiques. Les définitions extensives s'éloignent de ce fait du point de vue externe modéré pour aller vers un point de vue externe radial qui ne permet pas de pratiquer la redéfinition théorique qui nous intéresse.

En outre, si l'on se limite strictement au niveau théorique, l'extension de catégorie qui est présentée comme un avantage fait plutôt figure de défaut rédhibitoire. S'il est légitime de se demander si seul un État peut avoir une constitution, considérer que chaque association en a une s'écarte totalement du prototype de la constitution. L'utilisation du terme « constitution » pour désigner toute règle constitutive conduit à une extension sans fin et sans intérêt qui prive les constitutions de toutes particularités[2]. La coupure avec le prototype est au passage à double sens puisque les nombreuses règles régulatives qui sont traditionnellement vues comme relevant de la constitution au sens théorique sont ici oubliées[3]. La redéfinition

[1] La classification constitutionnelle est notamment employée pour démontrer la primauté des traités communautaires sur l'ensemble du droit national (PESCATORE Pierre, « La Cour… », précité, p. 523) ou pour justifier son interprétation dynamique (PESCATORE Pierre, « La constitution… », précité, p. 57).

[2] Pour des analyses comparables, voir DUMONT Hugues et VAN DROOGHENBROECK Sébastien, « La contribution de la Charte à la constitutionnalisation du droit de l'Union européenne » *in* CARLIER Jean-Yves et DE SCHUTTER Olivier (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 68 ; KIRCHOF Paul, « The Legal Structure of the European Union as a Union of States », *in* VON BOGDANDY Armin et BAST Jürgen (dir.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart, 2006, p. 770 ; MÖLLERS Christoph, « Pouvoir constituant, Constitution, Constitutionalisation », *ibid.*, p. 185 voire LOUIS Jean-Victor, « Le modèle constitutionnel européen : de la Communauté à l'Union », *in* MAGNETTE Paul et REMACLE Eric (éd.), *Le nouveau modèle européen*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2000, vol. 1, p. 31.

[3] La relativité de la différence entre les règles constitutives et régulatives que nous avons pu constater précédemment (voir *supra*, p. 263) pourrait même nous conduire à nier toute autonomie aux règles constitutives et à étendre encore plus la notion

envisagée ajouterait donc à la confusion faute de suivre les principes qui s'imposent à ce type d'opération. Elle ne pourrait se justifier que par des apports colossaux en termes de fertilité. Or, il est impossible d'envisager des analyses communes sur les normes qui relèvent d'une catégorie de constitution aussi large. Elle regroupe des actes autonomes et hautement politiques (les constitutions des États), des actes techniques et standardisés (les statuts des entreprises) et des actes mal-rédigés et peu effectifs (les statuts des associations). Leurs forces symboliques et leurs portées juridiques pourraient difficilement être plus différentes. Ce n'est pas par hasard que ces conceptions extensives sont restées à l'état de programme de recherche sans que personne ne pense jamais à les utiliser véritablement de manière constante pour décrire le droit positif ou pour structurer une discipline. Elles ne font pas naître de nouvelles analyses mais se contentent de « casser le thermomètre » en privant la constitutionnalité de toute originalité. Leur contribution à la réflexion sur l'adaptation, notamment par leur relativisation du rôle de l'État, n'est qu'une apparence trompeuse. Pour préciser le lien entre constitution et État, il faut disposer de critères répondant aux standards de la redéfinition et qui ne se réfèrent à l'État ni positivement ni négativement. La conception extensive ne répond à aucune de ces conditions. Cela n'a pas empêché son utilisation dans des études ponctuelles sur l'adaptation de la constitution, notamment à propos des organisations internationales (2).

2. L'EXEMPLE TYPIQUE DE SON UTILISATION A PROPOS DE L'ADAPTATION DE LA CONSTITUTION : LE CAS DES ACTES CONSTITUTIFS D'ORGANISATION INTERNATIONALE

La notion extensive de constitution est censée avoir une portée générale mais elle n'est de fait que très rarement utilisée. Il existe néanmoins une exception qui est particulièrement intéressante pour nous : le cas des actes constitutifs d'organisation internationale. Une partie importante de la doctrine internationaliste les décrit en effet comme étant les « constitutions » des organisations internationales[1]. Elle se place souvent dans le cadre d'une théorie à portée plus générale qui soutient l'existence d'un droit interne des organisations internationales entendu comme un ordre juridique distinct à la fois de l'ordre international et des ordres internes[2]. Il s'agit d'une conception pluraliste des rapports entre ordres juridiques qui prétend

extensive de constitution qui couvrirait au final l'ensemble des règles sociales ou à la rigueur à la reformuler comme ne concernant que les règles concernant les principaux organes d'une société ou d'une institution.

[1] Voir, parmi de nombreux exemples, ABI-SAAB Georges, « La notion d'organisation internationale : essai de synthèse », *in* ABI-SAAB Georges (dir.), *Le concept d'organisation internationale*, Paris, UNESCO, 1980, p. 13 ; CAHIER Philippe, « L'ordre juridique interne des organisations internationales », *in* DUPUY René-Jean (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988, p. 245 ou SATO Tetsuo, *Evolving Constitutions of International Organizations*, Dordrecht, Kluwer, 1996, p. 229. Voir toutefois, pour un avis contraire, TUNKIN Gregory, « The Legal Bases of International Organization Action », *in* DUPUY René-Jean (dir.), *op. cit.*, p. 264.

[2] Voir notamment, CAHIER Philippe, « Le droit interne des organisations internationales », *RGDIP* 1963, p. 577 ; DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public*, 8e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 164 ; FOCSANEANU Lazar, « Le droit interne de

qu'à l'ordre international s'ajoutent des ordres internes aussi bien pour les États que pour les organisations internationales. La structure du droit interne des organisations internationales serait à peu près assimilable à celle des ordres juridiques étatiques et s'opposerait à celle de l'ordre international[1], notamment en raison de son formalisme, de sa hiérarchisation ou de l'importance qu'y ont les normes édictées unilatéralement[2]. Du coup, la théorie générale des sources du droit utile à leur description doit être calquée sur celle des États et l'acte constitutif peut être assimilé aux constitutions étatiques. Cette classification constitutionnelle repose sur un critère matériel : la fonction d'organisation et de création des institutions internationales qui serait comparable à celle des constitutions dans les États. La notion de constitution d'organisation internationale relève donc bien de la constitution au sens matériel : elle se rapporte soit à la qualité de règle constitutive[3], soit à la qualité de norme validante, dans la variante héritée de Kelsen que nous avons déjà évoquée[4]. Le caractère constitutif n'est pas toujours considéré comme suffisant car il exclut de nombreuses normes qui relèvent des actes constitutifs au sens dogmatique[5]. Il est surtout complété par d'autres critères censés montrer la proximité entre constitutions étatiques et internationales telles que le nom des actes[6], leur durée illimitée[7], leur primauté sur les autres traités[8] ou l'impossibilité d'imposer des réserves lors de leur édiction[9]. Ces différents éléments[10] sont toutefois périphériques et servent plus à mettre en valeur un vague air de famille qu'à établir une nouvelle vision de la qualité constitutionnelle[11]. Ils dépassent la conception extensive et illustrent typiquement les risques

---

l'Organisation des Nations Unies », *AFDI* 1957, p. 327 ou REUTER Paul, « L'ordre juridique international et les traités des organisations internationales », *in Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin, Springer-Verlag, 1983, p. 749.

[1] JACQUÉ Jean-Paul, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, LGDJ, 1972, p. 294.

[2] Voir ainsi REUTER Paul, « Principes de droit international public », *RCADI* 1961-II, p. 489.

[3] CADOUX Charles, « La supériorité du droit des Nations Unies sur le droit des États membres », *RGDIP* 1959, p. 664 ; HAHN Hugo, « Constitutional Limitations in the Law of European Organisations », *RCADI* 1963-I, p. 195 ou CRAWFORD James, « The Charter of the United Nations as a Constitution », *in* FOX Hazel (dir.), *The Changing Constitution of the United Nations, Londres*, The British Institute for International and Comparative Law 1997, p. 8.

[4] ABRAHAM Ronny, « La Cour internationale de justice, juge constitutionnel ? », *in* CHEMAIN Régis et PELLET Alain (dir.), *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, Paris, Pedone, 2006, p. 106 voire JACQUÉ Jean-Paul, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, LGDJ, 1972, p. 293.

[5] En ce sens, voir ARANGIO-RUIZ Gaetano, « The Federal Analogy and United Nations Charter Interpretation : a Crucial Issue », *EJIL* 1997.

[6] COTTIER Thomas et HERTIG Maya, « The Prospects of 21st Century Constitutionalism », *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 2003, p. 277 et ALBI Annelli et VAN ELSUWEGE Peter, « The European Union Constitution, National Constitutions and Sovereignty : an Assessment of a European Constitutional Order », *ELR* 2004, p. 748.

[7] FRANCK Thomas, « Is the United Nations Charter a Constitution ? », *in Liber Amicorum Tono Eitel*, Berlin, Springer, 2003, p. 96 et MONACO Riccardo, « Le caractère constitutionnel des actes institutifs d'organisations internationales », *in La communauté internationale. Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, p. 161.

[8] RIDEAU Joël, *Juridictions internationales et contrôle du respect des traités constitutifs des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 1969, p. 34 et KOPELMANAS Lazare, *L'Organisation des Nations Unies*, Paris, Sirey, 1958, T. I, p. 165.

[9] SICAULT Jean-Didier, « Les organisations internationales », *in* ALLAND Denis (dir.), *Droit international public*, Paris, PUF, 2000, p. 169 et TRUYOL Y SERRA Antonio, « Théorie du droit international public », *RCADI* 1981-IV, p. 376.

[10] Pour une vision synthétique et un peu originale, voir PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Multilevel Constitutionalism and Judicial Protection of Freedom and Justice in the International Economic Law of the EC », *in Continuity and Change in EU Law. Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, OUP, 2008, p. 341.

[11] Certains d'entre eux semblent formels mais cela n'empêche pas les auteurs qui les utilisent d'en déduire que les actes institutifs d'organisation internationale sont constitutionnels au sens matériel (voir JACQUÉ Jean-Paul, *op. cit.*, p. 293).

des définitions qui sont centrées sur la réalité étudiée, c'est-à-dire les actes constitutifs d'organisation internationale, plutôt qu'orientées vers une perspective générale tenant compte des concepts voisins. Elle marque soit une théorisation de type essentialiste appelée à révéler la « nature » de ces actes soit une démarche faussée où la qualité constitutionnelle est connue d'avance et où l'instruction à charge fait feu de tout bois.

Quoi qu'il en soit, cette vision spécifique des actes constitutifs d'organisation internationale entretient une relation étroite avec les définitions extensives de la constitution. Elle s'appuie même sur les éléments de théorie générale utilisés par Scelle ou Hauriou à ce sujet. Pour être plus précis, les défenseurs de la qualité constitutionnelle de ces actes préfèrent le plus souvent s'appuyer sur l'institutionnalisme d'Hauriou[1]. Non seulement l'organisation internationale est décrite comme une structure appelée à réaliser une Idée particulière mais en plus d'autres éléments typiques des théories d'Hauriou sont évoqués comme leur durabilité[2]. Cette référence permet de se rallier sans débat au pluralisme qui caractérise l'institutionnalisme[3]. Le caractère dogmatique ou théorique de la constitutionnalité envisagée n'est pas précisé mais nous pouvons relever des éléments contradictoires sur ce point. Le rôle dévolu à l'interprétation des actes en cause en fournit un très bon exemple. De nombreux auteurs font ainsi mention de la présence d'une « interprétation constitutionnelle », comprise comme une sorte d'interprétation évolutive qui fait varier le sens des actes concernés pour suivre les évolutions de la réalité sociale[4]. Celle-ci se manifesterait notamment dans l'application aux organisations internationales de la théorie des pouvoirs implicites[5]. Elle est décrite soit comme une preuve de valeur constitutionnelle[6] soit comme une conséquence de cette valeur[7], voire simplement évoquée sans clarifier le rapport entre ces deux éléments[8]. Ces diverses positions sont incompatibles. La première pourrait indiquer un travail théorique mais elle très peu répandue alors que la seconde ne peut se comprendre que si l'on prétend que les

---

[1] Voir notamment CAHIER Philippe, article précité, p. 566, MONACO Riccardo, article précité, p. 155 ou FOCSANEANU Lazar, article précité, p. 320 mais aussi CHEVALIER-GOVERS Constance, « Actes constitutifs des organisations internationales et constitutions nationales », *RGDIP* 2001, p. 385.

[2] Sur la présence de cet élément dans les théories d'Hauriou, voir HAURIOU Maurice, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1916, p. 200 ou BERGEL Jean-Louis, *op. cit.*, p. 196.

[3] Voir ainsi, MONACO Riccardo, « Cours général de droit international public », *RCADI* 1968-III, p. 110.

[4] En ce sens, voir FASSBENDER Bardo, « The United Nations Charter as Constitution of the International Community », *Columbia Journal of Transnational Law* 1998, p. 538 ; JENKS Wilfred, « Some Constitutional Problems of International Organizations », *BYBIL* 1945, p. 16 ou CAHIER Philippe, « L'ordre juridique... », précité, p. 244.

[5] Ce lien est souligné par exemple dans DUPLESSIS Isabelle, « Le recours à la Constitution de l'OIT dans l'acquisition de son autonomie institutionnelle », *RBDI* 2004, p. 47 ou SLOAN Blaine, « The United Nations Charter as a Constitution », *Pace Yearbook of International Law* 1989, p. 64.

[6] SICAULT Jean-Didier, « Les organisations internationales », précité, p. 169.

[7] Voir SATO Tetsuo, *op. cit.*, p. 231 ou FRANCK Thomas, article précité, p. 102.

[8] Voir par exemple, COMBACAU Jean et REUTER Paul, *Institutions et relations internationales*, 3e éd., Paris, PUF, 1985, p. 300 ou MONACO Riccardo, « Le caractère constitutionnel… », précité, p. 169.

actes constitutifs d'organisation internationale ont une qualité constitutionnelle dogmatique[1]. Dans tous les cas, elles sont très critiquables car l'association entre interprétation extensive et interprétation constitutionnelle paraît abusive puisqu'elle néglige la grande diversité de la pratique en la matière[2]. L'utilisation dogmatique de ce concept est encore plus discutable car même si nous admettions que l'interprétation d'une constitution ne peut être qu'évolutive, il est bien difficile d'estimer que tous les actes qui instituent une organisation internationale doivent obligatoirement suivre ce modèle[3]. Cela supposerait en effet qu'il existe une catégorie dogmatique de constitution universelle qui vaut dans tous les ordres juridiques nationaux et internationaux. Nous ne voyons pas quel serait le mode d'existence d'une telle catégorie et la diversité des régimes juridiques des constitutions nationales suffit à prouver qu'elle est dépourvue de toute réalité. L'hypothèse plus modeste d'une catégorie dogmatique purement internationale peine aussi à convaincre au regard de la confusion permanente entre critères et conséquences que l'on peut relever dans la doctrine[4]. Elle reste tout de même envisageable, ce qui encourage à étudier la pratique internationale en la matière[5].

Précisons tout de suite que celle-ci ne peut avoir de pertinence dans la perspective théorique qui est désormais la nôtre. Même si les acteurs du droit international considéraient à raison les actes constitutifs d'organisation internationale comme des constitutions et en tiraient des conséquences sur leur interprétation, cela n'indique rien sur sa qualité théorique qui n'a pas vocation à les intéresser. De toute façon, les études existantes ne laissent pas voir de véritable travail de qualification mais montrent simplement que le droit international établit un lien entre la qualité d'acte constitutif d'organisation internationale, catégorie dogmatique autonome et peu ambiguë, et l'application d'une certaine théorie de l'interprétation[6]. Le

---

[1] Le passage du sens théorique à un sens dogmatique censé justifier une interprétation extensive est dénoncé par le professeur Arangio-Ruiz qui s'en prend à la défense de l'interprétation extensive des traités constitutifs d'organisation internationale fondée sur leur supposée nature constitutionnelle. Il critique en effet le « jeu de mots » permettant de passer d'un sens extensif, que nous qualifierions de théorique, à un sens technique propre au droit interne, qui correspond à peu près à ce que nous décrivons comme dogmatique. Voir ARANGIO-RUIZ Gaetano, « The Concept of International Law and the Theory of International Organisation », *RCADI* 1972-III, p. 710.

[2] Celle-ci est même parfois constatée par les internationalistes eux-mêmes. Voir ainsi ALVAREZ José, « Constitutional Interpretation in International Organizations », *in* COICAUD Jean-Marc et HEISKANEN Veijo (dir.), *The legitimacy of International Organizations*, Tokyo, New York, Paris, United Nations University Press, 2001, p. 105.

[3] Pour un avis contraire, voir dans une certaine mesure JACQUÉ Jean-Paul, *op. cit.*, p. 293.

[4] Voir, parmi de nombreux exemples, CADOUX Charles, article précité, p. 655 ; GUILLERMIN Guy, « Quelques réflexions sur la notion de constitution européenne », *in Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, 2004, p. 529 ou DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public*, 8e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 159.

[5] Pour un résumé assez complet de cette pratique jusqu'à l'adoption Convention de Vienne, voir ROSENNE Shabtai, « Is the Constituent Instrument of an International Organization an International Treaty ? », *in Developments in the Law of Treaties 1945-1986*, Cambridge, CUP, 1989, p. 181-258.

[6] *Ibid.*, p. 237 ou ALVAREZ José, article précité, p. 137. Notons cependant que ces développements dogmatiques n'ont plus d'utilité aujourd'hui car la convention de Vienne sur le droit des traités a depuis longtemps consacré la légitimité de la prise en compte des objectifs des parties dans l'interprétation des traités internationaux. En ce sens, voir RAMA-MONTALDO Manuel, « Contribution of the General Assembly to the Constitutional Development and Interpretation of the United Nations Charter », *in* ST. JOHN MACDONALD Ronald et JOHNSTON Douglas (dir.), *Towards World's Constitutionalism*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 2005, p. 511 et SLOAN Blaine, article précité, p. 119.

passage par l'intermédiaire d'une qualification « constitutionnelle » est le fruit d'une construction qui n'a d'intérêt ni pour la dogmatique ni pour la théorie. Elle est d'ailleurs un peu marginale dans la pratique internationale[1] : elle se retrouve au mieux dans certaines opinions minoritaires[2] et dans de rares décisions[3]. Les quelques références que nous pouvons relever ne sont en outre guère impressionnantes car le terme « constitution » est utilisé dans un sens faible sans proposer ni critère ni conséquence à son usage. Au mieux, le rapport avec l'interprétation tient au fait que la durée des actes créant les organisations internationales ou les particularités de leur révision montrent une relativisation de la liberté des parties qui justifie une interprétation s'écartant de leur volonté. En fait, cet artifice langagier est plus probablement le fruit de l'influence d'auteurs anglophones portés pour des raisons culturelles à utiliser le terme « constitution » dans un sens extensif assez vague. La théorisation que l'on peut observer dans la doctrine encourage ce phénomène car elle sert avant tout des objectifs politiques. La théorie du droit interne des organisations internationales vise à augmenter le pouvoir des organisations internationales en insistant sur leur autonomie par rapport à leurs États membres. Le droit international général a en effet historiquement tendance à laisser une place importante à la volonté des États. La théorie du droit interne des organisations internationales permet d'insister sur le recul de cette caractéristique du droit international général, ce qui a des conséquences sur la structure de l'ordre juridique de ces organisations[4] et sur la justification de leurs actions[5]. Elle ne formule pas une hypothèse claire à tester mais un modèle à promouvoir. Ses prétentions sont donc loin d'être purement nominales. L'unité de cette démarche tient au fond au rejet de l'aspect contractuel de ces traités particuliers. Elle rejoint une idée moins répandue mais comparable : la promotion de l'existence d'une

[1] En ce sens, voir ENGEL Salo, « Living International Constitutions and the World Court », *ICLQ* 1967, p. 910 et surtout SIMON Denys, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, Paris, Pedone, 1981, p. 470.

[2] Voir les opinions dissidentes De Visscher sous l'avis de la CIJ du 11 juillet 1950, Statut international du Sud-Ouest africain (« traité de caractère constitutionnel », p. 187) et Alvarez sous l'avis de la CIJ du 28 mai 1951, Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (« Constitution de la société internationale », p. 51) mais aussi l'opinion individuelle Lauterpacht sous l'avis de la CIJ du 7 juin 1955, Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au territoire du Sud-Ouest africain (notamment p. 92, 99, 106 et 109). En ce sens contraire, voir l'opinion dissidente Spencer sous l'avis de la CIJ du 20 juillet 1962, Certaines dépenses des Nations Unies (p. 197).

[3] Pour des références récentes sur l'usage du vocabulaire constitutionnel à propos des organisations internationales, voir l'avis de la CIJ du 9 juillet 2004, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, p. 152 et, en sens contraire, l'avis de la CIJ du 8 juillet 1996, Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, p. 75. Voir aussi, SLOAN Blaine, article précité, p. 65.

[4] Voir, parmi de nombreux exemples, CAHIER Philippe, article précité, p. 581 ou DUPUY Pierre-Marie, *op. cit.*, p. 164. Cette originalité est toutefois contestée. Voir ainsi, BALLADORE PALLIERI Giorgio, « Le droit interne des organisations internationales », *RCADI* 1969-II, p. 32 ou DIEZ DE VELASCO VELLEJO Manuel, *Les organisations internationales*, Paris, Economica, 2002, p. 106.

[5] En ce sens, voir ARANGIO-RUIZ Gaetano, « The Federal Analogy… », précité. Les constructions « constitutionnelles » des internationalistes visent aussi parfois des objectifs politiques de transformation.

constitution de la communauté internationale[1]. La défense de la constitutionnalité ne vise pas une meilleure compréhension du système juridique mais des objectifs politiques spécifiques[2].

L'exposé de ces diverses théories contribue bien sûr à l'élucidation de l'usage du terme « constitution ». Son intérêt est renforcé pour l'analyse de son adaptation en raison de la proximité entre les situations qu'elles envisagent avec celles qui incarnent l'adaptation[3]. De plus, le débat européen contemporain y fait souvent référence soit directement en renvoyant aux développements internationalistes classiques[4], soit indirectement à travers l'évocation du caractère constitutionnel des actes constitutifs d'organisation internationale[5]. La relation entre développement d'un droit interne et la constitutionnalité de son acte fondateur est également au cœur de la théorie de la constitutionnalisation de l'Europe[6]. Les observations faites à propos des conceptions extensives de la constitution sont donc essentielles. Elles confirment les problèmes déjà constatés : le désintérêt pour la valeur heuristique des définitions, le mélange entre théorie et dogmatique[7] et la poursuite d'objectifs politiques. L'exposé de ces éléments permet de progresser dans la compréhension des enjeux des débats sur la constitutionnalité européenne et internationale. Si l'interrogation sur le mode d'interprétation de certains traités internationaux ou sur l'autonomie des ordres juridiques qu'ils engendrent est tout à fait nécessaire, la définition théorique de la constitution ne peut en aucun cas y

---

[1] Il est ainsi possible d'opposer la micro-constitutionnalisation du droit international que représentent les actes institutifs d'organisation internationale à la macro-constitutionnalisation présente à un niveau plus général (PETERS Anne, « Compensatory-Constitutionalism », *Leiden Journal of International Law* 2006, p. 593). Ce second phénomène serait formé par l'émergence de normes internationales portant sur des thèmes « constitutionnels » (droits de l'homme…) et par l'émergence d'une véritable hiérarchie menant à logique plus constitutionnelle que contractuelle car dirigée vers l'intérêt commun. Voir BRYDE Brun-Otto, « International Democratic Constitutionalism », *in* ST. JOHN MACDONALD Ronald et JOHNSTON Douglas (dir.), *op. cit.*, p. 107 ; FASSBENDER Bardo, « We the Peoples of the United Nations : Constituant Power and Constituant Form in International Law », *in* LOUGHLIN Martin et WALKER Neil (dir.), *The Paradox of Constitutionalism*, Oxford, OUP, 2007, p. 274 ou TOMUSCHAT Christian, « International Law : Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century », *RCADI* 1999, p. 73. La dimension extensive de la définition retenue est parfois totalement assumée (voir TOMUSCHAT Christian, « International Law as the Constitution of Mankind », *in Le droit international à l'aube du XXIe siècle*, New York, Nations Unies, 1997, p. 37) alors que certaines théories portant sur la Charte des Nations Unies se concentrent sur sa suprématie alléguée (pour une présentation synthétique, voir SUY Eric, « The Constitutional Character of Constituent Treaties of International Organizations and the Hierarchy of Norms », *in Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin, Springer, 1995, p. 267). Les théories de ce type présentent une certaine diversité mais la confusion entre dogmatique et théorie reste marquée, tout comme l'écart avec le prototype. En outre, elles sont « rarement claires et systématiques » et utilisent le terme « constitution » pour renvoyer « vers quelques grandes idées imprécises » (RUIZ-FABRI Hélène, « Les contaminations disciplinaires », *in* DU BOIS DE GAUDUSSON Jean et FERRAND Frédérique (dir.), *La concurrence des systèmes juridiques*, Aix-en-Provence, PUAM, 2008, p. 137), le plus souvent dans un but prescriptif (*ibid.*, p. 139).

[2] En ce sens, voir OPSAHL Torkel, « An International Constitutional Law », *ICLQ* 1961, p. 782. Elle permettrait notamment de « changer les valeurs prédominantes en droit international » (WALTER Christian, « Constitutionalizing (Inter)national Governance », *German Yearbook of International Law* 2001, p. 172) et de restreindre la place de la souveraineté (KOLB Robert, « La structure constitutionnelle du droit international public », *Canadian Yearbook of International Law* 2001, p. 72).

[3] Nous pensons ici à l'attribution de la qualité de constitution à un acte *a priori* international ou en tout cas non-étatique.

[4] ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1998, p. 378 ou GERKRATH Jörg, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1997, p. 107.

[5] PERTEK Jacques, *Droit des institutions de l'Union européenne*, 2e éd., Paris, PUF, 2006, p. 430 ou DORAU Christoph et JACOBI Philip, « The Debate Over a European Constitution », *European Public Law* 2000, p. 418.

[6] Voir *infra*, p. 566.

[7] Voir toutefois, TOMUSCHAT Christian, « International Law : Ensuring… », précité , p. 88.

contribuer. Les conceptions extensives de la constitution ne peuvent donc se prévaloir de cet objectif. Elles apparaissent comme frappées des mêmes défauts que les définitions matérielles les plus communes mais de manière accentuée. L'identité qu'elles soulignent entre certains traités et les constitutions nationales repose soit sur des critères inadaptés (interprétation, durée…) soit sur une définition matérielle très excessive tenant au caractère partiellement constitutif commun aux normes signifiées par ces deux types d'actes. Elles conduisent bien à un éclatement sans intérêt du concept de constitution. Affirmer que chaque organisation internationale a, au même titre que les États, une constitution, même pour les organisations secondaires dépourvues de tout pouvoir normatif n'apporte rien à l'analyse du droit positif[1]. Au contraire, cela altère la représentation du système juridique en jouant sur les mots. Ces théories se concentrent bien sûr souvent sur les organisations les plus développées telles que l'Union européenne ou l'Organisation des Nations Unies[2] mais les principes et la définition qu'elles posent ont une portée bien plus générale. Elles ne rendent pas vraiment compte des débats européens ou internationaux[3] qui se réfèrent clairement à une constitutionnalité qui dépasse celle dont pourrait bénéficier les actes institutifs des organisations internationales « ordinaires »[4] ou *a fortiori* des clubs de golf[5]. Dans ce cadre, l'enjeu dépasse d'ailleurs largement la seule question de l'interprétation qui domine les théories centrées sur les seules organisations internationales. Suivre ce modèle occulte la complexité des relations entre les droits des organisations internationales, le droit international général et les droits nationaux. Il permet certes d'affirmer que chacun dispose de sa constitution[6] mais en utilisant un concept si large qu'il ne révèle plus rien sur la particularité de ces ordres juridiques. Le rapport de cette notion avec celle de traité international dans la théorie générale des sources du droit est en plus totalement laissé de côté. Ces constructions ont été imaginées pour régler un problème dogmatique qui est hors de leur portée et elles ne peuvent être efficacement reconverties dans une perspective théorique faute de valeur heuristique. Ce bilan confirme les faiblesses des

---

[1] « Qualifier la Charte des Nations Unies, c'est facile mais ça ne sert à rien » (CARCASSONE Guy, « Les vertus et les dangers de la transposition dans l'ordre international », *in* CHEMAIN Régis et PELLET Alain (dir.), *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, Paris, Pedone, 2006, p. 180). Voir aussi DANI Marco, « Economic Constitutionalism in a Time of Uneasiness », Jean Monnet Working Paper n°8/05, p. 11 ou DUMONT Hugues, « La question de l'État européen du point de vue d'un constitutionnaliste », *Droit et Société* n°53/2003, p. 53.

[2] Voir *infra*, notamment p. 566 et 570.

[3] Sur ce point en droit international général, voir BRYDE Brun-Otto, article précité, p. 105 ou RAMA-MONTALDO Manuel, article précité, p. 505.

[4] En ce sens voir, BERRAMDANE Abdelkhaleq et ROSSETTO Jean, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 37 ; DEWOST Jean-Louis, « Peut-on parler de droit constitutionnel européen ? », *ENA mensuel* 04/1992, p. 11 ou PHILIP Christian, *La constitution européenne*, Paris, PUF, 2004, p. 9.

[5] BRAND Michiel, « Affirming and Refining European Constitutionalism », EUI Working Paper LAW n°2004/2, p. 22 et GUILLERMIN Guy, article précité, p. 526.

[6] MACKCORMICK Neil, *Questioning Sovereignty. Law, State and Practical Reason*, Oxford, OUP, 1999, p. 104.

conceptions matérielles idéologiquement neutres de la constitution mais ses enseignements ne peuvent *a priori* être étendus aux conceptions matérielles idéologiquement engagées (II).

II. LES DEFINITIONS IDEOLOGIQUEMENT ENGAGEES

Le dernier type de définition matérielle de constitution que nous devons évoquer se caractérise par l'utilisation d'un critère très particulier : la qualité de constitution n'est accordée qu'aux actes assurant une organisation politique qui suit un modèle prédéterminé. Elle repose donc sur un choix idéologiquement engagé quant aux caractéristiques de celle-ci[1], même si elle est rarement explicitement distinguée des définitions matérielles les plus classiques[2]. La doctrine majoritaire se construit autour du constitutionnalisme hérité des Lumières (A) mais certains développements plus récents complètent cette perspective et sont de ce fait qualifiés de « néo-constitutionnalistes » (B).

A. Le constitutionnalisme classique

L'évaluation de l'influence du constitutionnalisme sur la définition de la constitution impose d'exposer les critères qu'il a pu inspirer (1) de manière à pouvoir les évaluer (2).

1. LE CONSTITUTIONNALISME CLASSIQUE COMME CRITERE DE LA CONSTITUTIONNALITE

Le terme « constitutionnalisme » désignera ici l'idéologie fondée sur la promotion de la constitution écrite entendue comme un texte déterminant la structure de l'État dans le but de limiter le pouvoir politique[3]. Cette volonté de rompre avec l'arbitraire s'incarne parfaitement dans l'article 16 de la Déclaration de 1789 qui définit la constitution par sa contribution à la séparation des pouvoirs et la garantie des droits[4]. La mise en avant de ces deux éléments lie clairement la constitution au libéralisme. Cet article est parfois décrit comme définissant la « bonne » constitution plutôt que la constitution en général[5], ce qui a l'avantage d'éviter

[1] Le caractère prescriptif de ce type de définition est même parfois assumé. Voir COTTA Sergio, « La notion de constitution dans ses rapports avec la réalité sociale », *Annales de philosophie politique* 1965, p. 151.
[2] Elle fait donc davantage figure de catégorie de politique juridique passive qu'active dans le cadre de la typologie précédemment établie (voir *supra*, p. 57). Son identification n'est pas évidente puisqu'elle repose sur l'objectif poursuivi lors de sa création mais celui-ci n'est pas toujours assumé, surtout quand il résulte de jugements de valeur opérés de manière inconsciente.
[3] Voir MCILWAIN Charles Howard, *Constitutionalism, Ancient and Modern*, Ithaca, Cornell UP, 1947, p. 21 ou LLOYD Howell, « Le constitutionnalisme », *in* BURNS James Henderson (dir.), *Histoire de la pensée politique moderne*, Paris, PUF, 1997, p. 230.
[4] BISCARETTI DI RUFFIA Paolo, « Les constitutions européennes : notions introductives », *in La constitution comme loi fondamentale dans les États de l'Europe occidentale et dans les États socialistes*, Paris, LGDJ, 1966, p. 7.
[5] Voir par exemple, ZOLLER Elisabeth, *Droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, PUF, 1999, p. 57 ou MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, p. 23.

l'usage de critères idéologiques dans la théorie générale des sources du droit. Cette interprétation de l'article 16 paraît toutefois assez critiquable[1]. Quoi qu'il en soit, nous appelons définitions constitutionnalistes celles qui défendent ce type de critère comme critère de constitutionnalité et non comme outil permettant d'opérer un tri parmi les normes dont la constitutionnalité est déjà établie. Cette première attitude est assez répandue. Certains utilisent ainsi ce genre de critères pour isoler les « vraies » normes constitutionnelles[2]. Il est alors possible de dénoncer des constitutions apparentes dont l'effectivité ou la validation formelle ne sauraient suffire[3]. La valorisation de « régimes constitutionnels » dans lesquels les pouvoirs seraient limités repose sur le même principe[4].

Notre première approche du constitutionnalisme centrée sur sa réalisation révolutionnaire peut sembler insuffisante. Cependant, notre ambition se limite à l'identification des critères idéologiques retrouvés couramment dans la doctrine sur une longue période. Nous n'entendons pas développer d'analyses relevant de l'histoire des idées politiques ou *a fortiori* de la théorie politique mais seulement reprendre les critères habituellement reliés par la doctrine à l'idéologie constitutionnaliste ou qui paraissent issus de cette idéologie[5], sans qu'il soit nécessaire de détailler son contenu[6] ou d'assurer sa cohérence[7]. Le constitutionnalisme n'est pas pour nous un objet d'étude autonome mais seulement un support dans la classification des définitions existantes de la constitution. S'il présentait sans doute à l'origine une dimension institutionnelle, déjà évoquée à travers le modèle de la constitution-machine, il a peu à peu glissé vers une notion normative[8] qui est la plus développée aujourd'hui. Nous pouvons distinguer deux grands types de critères répandus dans la doctrine. Le premier tient à

---

[1] Voir *supra*, p. 415. Les travaux préparatoires paraissent ambigus (voir ALBERTINI Pierre, « Article 16 », *in* CONAC Gérard, DEBENE Marcel et TEBOUL Gérard (dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, Paris, Economica, 1993, p. 334) ce qui empêche toute réponse définitive à ce sujet. Celle-ci n'a de toute façon pas une importance déterminante pour nous.

[2] BEGUIN Jacques, « Allocation de clôture du colloque », *in* SEURIN Jean-Louis (dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984, p. 31 et PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Constitutionalism and International Adjudication : How to Constitutionalize the UN Dispute Settlement System », *New York University Journal of International Law and Politics* 1999, p. 768. Cela rejoint l'attitude déjà relevée consistant à sélectionner les « vraies » constitutions soit dans la catégorie dogmatique de constitution soit dans une catégorie théorique définie formellement.

[3] Voir ainsi, BEAUD Olivier, « Constitution et constitutionnalisme », *in* RAYNAUD Philippe et RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 1996, p. 126.

[4] Voir AUBERT Jean-François, « La Constitution, son contenu, son usage », *RDS* 1991, p. 33 ou HÄBERLE Peter, *L'État constitutionnel*, Paris, Economica, 2004, p. 11.

[5] L'absence d'adhésion explicite au constitutionnalisme par certains des auteurs cités n'est donc pas nécessairement gênante dans la mesure où ils utilisent des critères répondant à la définition du constitutionnalisme que nous avons adoptée. L'usage de ce terme se justifie par son caractère pratique au regard du lien historique établi par une partie substantielle de la doctrine.

[6] Une approche plus détaillée serait évidemment nécessaire dans une perspective d'histoire des idées politiques au regard de la complexité du constitutionnalisme et des différences entre les traditions française, américaine et anglaise mais il demeure un « tronc commun » qui suffit largement dans l'optique qui est la nôtre.

[7] Le constitutionnalisme libéral entretient en effet des rapports complexes avec la démocratie (TROPER Michel, « Constitutionalisme et démocratie », *in Mélanges Raymond Goy*, Rouen, Pub. de l'Université de Rouen, 1998, p. 143), ce qui n'empêche pas la doctrine d'associer libéralisme et démocratie sans tenir compte de cette difficulté.

[8] Voir GALY François, *La notion de Constitution dans les projets de 1793*, Paris, Thèse, 1932, p. 5.

la limitation du pouvoir politique[1] : une norme ne limitant pas le pouvoir ne pourra pas être vue comme constitutionnelle[2] et inversement[3]. Ce critère est assez difficile à manier car sauf à instituer un organe omni-compétent, un acte juridique limite forcément le pouvoir qu'il crée[4] ce qui empêche toute sélection sur cette base. De ce fait, beaucoup préfèrent exiger la garantie d'un libéralisme politique minimum. L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est ici une référence souvent reprise[5]. L'élément le plus important historiquement est la séparation des pouvoirs[6] à laquelle s'ajoute donc la garantie des droits, souvent rebaptisée depuis protection des droits fondamentaux[7], après que le terme « libertés » ait perdu la place centrale qu'il a un temps occupée[8]. Cette mutation sémantique marque le renforcement de l'attention portée à ce second critère qui est progressivement passé d'une vague référence à des libertés civiles à des exigences de plus en plus poussées quant aux droits fondamentaux[9]. Le second critère est assez différent car il tient à la nature démocratique de la constitution[10]. Il présente à la fois une face matérielle, l'institution d'organes fonctionnant de manière démocratique[11], et une face formelle, l'adoption de la constitution par une procédure démocratique[12]. Celle-ci ne relève pas de la définition matérielle mais elle sera évoquée ici en raison de son lien fort avec les autres définitions idéologiques de la

---

[1] CHANTEBOUT Bernard, *Droit constitutionnel*, 25e éd., Paris, Sirey, 2008, p. 23 ; FELDMAN Jean-Philippe, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe et le constitutionnalisme. Un point de vue critique », VIIe Congrès mondial de l'AIDC, Athènes, 2007, p. 3 ou ESPLUGAS Pierre, « Constitution et contentieux constitutionnel », *RCADC* 2005, p. 137.

[2] BEAUD Olivier, article précité, p. 117.

[3] CONSTANTINESCO Vlad, « Contenu et structure de la Constitution », *in* BIEBER Roland et WIDMER Pierre (éd.), *L'espace constitutionnel européen*, Zürich, Schulthess Polygaphischer Verlag, 1995, p. 100.

[4] Pour une analyse comparable, voir BURDEAU Georges, *Traité de science politique*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1984, T. IV, p. 23.

[5] BLANQUER Jean-Michel, « Le projet de Constitution européenne », *RDP* 2003, p. 1278 ; DE BEAUSSE DE LA HOUGUE Claire, « Un aspect des réformes constitutionnelles au Royaume-Uni : la disparition du Lord Chancelier », *RFDC* 2005, p. 308 ou LUCHAIRE François, « De la méthode en droit constitutionnel », *RDP* 1981, p. 279. Notons qu'il est également largement cité par des auteurs étrangers. Pour un exemple, voir LA TORRE Massimo, « Wille zur Verfassung, or the Constitutional State in Europe », *in* ERIKSEN Erik Oddvar, FOSSUM John Erik et MENENDEZ Augustin José (dir.), *Developing a Constitution for Europe*, Londres, Routledge, 2004, p. 158.

[6] Pour des références à ce critère, voir GUERRA-MARTINS Ana Maria, « Vers une Constitution post-nationale, confédérale ou vraiment *sui generis* ? », *Revue européenne de droit public* 2004, p. 52 ou SANTONI Auguste, *De la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires*, Thèse, Toulouse, 1913, p. 60.

[7] GUILLERMIN Guy, « Quelques réflexions sur la notion de constitution européenne », *in Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, 2004, p. 527 ou MABAKA Placide, *Problèmes et perspectives constitutionnels du processus de l'intégration européenne – Aspects nationaux et européens*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 38.

[8] Pour des exemples de cette tendance ancienne, voir DUCLOS Pierre, *La notion de Constitution dans l'œuvre de l'assemblée constituante de 1789*, Thèse, Poitiers, 1932, p. 118 et LAMPERT Joseph, *La distinction des lois constitutionnelles et ordinaires dans les différents États de l'Europe moderne*, Mulhouse, Alsatia, 1931, p. 27.

[9] Citons notamment la prétention d'une certaine doctrine à intégrer des droits et des principes économiques parmi les droits fondamentaux typiquement constitutionnels. En ce sens, voir BAQUERO CRUZ Julio, *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Union*, Oxford, Hart, 2002, p. 29 ou PETERSMANN Ernst-Ulrich, *Constiutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, Fribourg, University Press Fribourg, 2006, p. 175.

[10] Notons que l'inclusion de la démocratie dans le constitutionnalisme est le résultat de son évolution historique : « ce qui n'était, au XVIIIe siècle, qu'un instrument juridique de limitation du pouvoir politique et de protection des individus contre le pouvoir, le gouvernement constitutionnel, est désormais synonyme de démocratie » (PIERRÉ-CAPS Stéphane, « Généalogie de la participation de tous aux affaires communes », *RDP* 2009, p. 152).

[11] BAQUERO CRUZ Julio, *op. cit.*, p. 11.

[12] FRIEDRICH Carl, *La démocratie constitutionnelle*, Paris, PUF, 1958, p. 73 ou ZOLLER Elisabeth, *op. cit.*, p. 32.

constitution. Les critères choisis n'ont en effet aucun rapport avec la structure du système juridique mais permettent de réserver le terme « constitution » à certains types de régime choisis arbitrairement en fonction de préférences politiques[1].

Le modèle de la définition constitutionnaliste est tentant pour au moins deux raisons. D'une part, il peut se prévaloir d'une certaine force historique dans la mesure où les constitutions sont apparues dans le cadre de mouvements inspirés par le constitutionnalisme[2]. La parenté entre constitution et constitutionnalisme n'est donc pas purement nominale. Autrement dit, la notion de constitution est toujours apparue comme une notion engagée. Ses définitions postérieures ne se sont jamais totalement détachées de cette origine particulière. D'autre part, les critères choisis sont assez discriminants en tant qu'ils confèrent une fonction spécifique aux constitutions. Nous sommes assez loin de l'extension sans fin et sans but à laquelle mènent les définitions matérielles non-engagées. Ce double intérêt explique peut-être le retour assez inespéré[3] de ces définitions lors du débat sur l'adaptation de la constitution. L'émergence d'une constitution européenne est souvent assimilée à l'application satisfaisante des standards constitutionnalistes à la nouvelle structure de pouvoir que représente l'Union européenne[4]. Pour certains, le droit communautaire primaire[5] serait déjà constitutionnel parce qu'il limite le pouvoir des institutions européennes et des États[6] et qu'il permet l'existence d'un débat démocratique européen[7]. Pour d'autres, ses carences actuelles impliquent que

---

[1] L'optique libérale est même parfois explicitement reconnue. Voir GUÉNAIRE Michel, « Le constitutionnalisme expression de la politique libérale », *RRJ* 1987, p. 146 ou RAYNAUD Philippe, « Constitutionalisme », *in* RIALS Stéphane et ALLAND Denis (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 266.

[2] En ce sens voir l'intervention de M. Vergès dans « La constitution européenne, une constitution ? Débats », *RAE* 2001-2002, p. 695 ou SARTORI Giovanni, « Constitutionalism : a Preliminary Discussion », *American Political Science Review* 1962, p. 860 *contra* MADDOX Graham, « A Note on the Meaning of 'Constitution' », *ibid.*, p. 805. Elles héritaient d'ailleurs de mouvements antérieurs également orientés vers la limitation du pouvoir. Voir SAINT-BONNET François, « Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel », *Droits* n°32, p. 7.

[3] Le sens engagé était en effet le plus souvent considéré comme désuet. Voir MUNRO Colin, « What Is a Constitution ? », *Public Law* 1956, p. 565 ; CADART Jacques, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, Economica, 1990, T. I, p. 126 ou CHARLIER Robert-Edouard, « Évolution et situation présente de la notion de droit constitutionnel », *in Études offertes à Jean-Jacques Chevallier*, Paris, Cujas, 1977, p. 34.

[4] Notons que nous ne traitons ici que des définitions constitutionnalistes de la constitution et non de l'idée selon laquelle l'Union européenne connaîtrait un constitutionnalisme sans constitution (pour un exemple, voir VAN GERVEN Walter, *The European Union. A Polity of States and Peoples*, Oxford, Hart, 2005, p. 52). Cette position n'est qu'une forme des théories de la constitutionnalisation de l'Union européenne que nous aborderons ultérieurement (voir *infra*, p. 563 et s.).

[5] Pour être complet, il faut préciser qu'une partie de la doctrine ne limite pas la constitution européenne au seul droit communautaire primaire mais l'étend au contraire à d'autres normes, notamment la Convention européenne des droits de l'homme. Voir ainsi, ARNOLD Rainer, « The European Constitution and the Transformation of National Constitutional Law », *in* PERNICE Ingolf et ZEMANEK Jiri (dir.), *A Constitution for Europe : the IGC, the Ratification Process and Beyond*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 21 ou TINIÈRE Romain, « L'accélération de la constitutionnalisation de l'Europe », *Politeia* n°8, p. 293.

[6] Voir, parmi de nombreux exemples, DI FABIO Udo, « The European Charter : Towards a Constitution for the Union », *Columbia Journal of European Law* 2001, p. 164 ou NENTWICH Michael et FALKNER Gerda, « Intergovernmental Conference 1996 : Which Constitution for the Union », *ELJ* 1996, p. 87. Cette idée se retrouve de manière très commune en droit international général. Voir CHEMAIN Régis, « Le contrôle des actes de l'organisation », *in* CHEMAIN Régis et PELLET Alain (dir.), *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, Paris, Pedone, 2006, p. 46 ou VON BOGDANDY Armin, « Constitutionalism in International Law », *Harvard International Law Journal* 2006, p. 226.

[7] FINES Francette, « Les rapprochements entre les structures au double niveau national et communautaire », *in* GAUDIN Hélène (dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect réciproque mutuel ?*, Paris, Economica, 2001, p.

l'Union européenne n'aura une constitution qu'au prix de progrès sur la démocratie[1] voire sur la protection des droits fondamentaux[2]. L'article 16 de la Déclaration de 1789 est encore une fois invoqué en tant qu'il évoque la « société » plutôt que l'État et qu'il n'exclut donc pas par principe l'Union européenne[3]. Cette approche particulière de la constitution donne un sens à toute une série de pratiques répandues dans la doctrine actuelle. Ainsi, les constitutionnalistes dénoncent régulièrement une revendication constitutionnelle infondée au regard des manques réels ou supposés des structures actuelles de l'Union européenne. Il n'est pas rare en effet que la séparation des pouvoirs dans l'UE[4], voire dans l'ONU[5], fasse l'objet de débat. Mieux, certains lient l'existence de constitutions européenne ou internationales à leur contribution à une forme verticale de séparation des pouvoirs permettant de limiter le pouvoir des États[6]. De même, elles conduiraient au renforcement des droits de l'homme quand le droit international classique se contentait de donner des prérogatives aux États[7]. Dès lors, elles peuvent être décrites comme des « constitutions complémentaires » qui s'ajoutent aux constitutions étatiques pour donner de nouvelles protections aux individus[8]. Le débat sur l'existence d'un peuple européen et son éventuelle adhésion à la construction communautaire[9] est alors aisément compréhensible : si une norme n'est constitutionnelle que si elle est adoptée par le

227 ou BRAND Michiel, article précité, p. 15. Cette conception est aussi présente en droit international général. Voir MCGINNIS John et MOVSESIAN Mark, « The World Trade Constitution », *HLR* 2000, p. 514 ou FASSBENDER Bardo, article précité, p. 288.

[1] D'ONORIO Joël-Benoît, « La pseudo-Constitution européenne : de l'abus de langage à l'abus de droit », *D.* 2005, p. 1310 ; BINDREITER Uta, *Why Grundnorm ?*, Dordrecht, Kluwer, 2002, p. 176 ou GRIMM Dieter, « Integration by Constitution », *ICON* 2005, p. 207.

[2] JACQUÉ Jean-Paul, « La Constitution de la Communauté européenne », *RUDH* 1995, p. 426 ou ROUSSEAU Dominique, « La notion de patrimoine constitutionnel européen », *in Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 41. Une partie de la doctrine internationaliste reprend ce modèle. Voir PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Constitutionalism, International Law and 'We the Peoples of the United Nations' », *in Festschrift für Helmut Steinberger*, Berlin, Springer Verlag, 2002, p. 306.

[3] Voir, parmi de nombreux exemples, AZOULAY Loïc, « La nature de l'Union européenne. Discussion », *in* COHEN-JONATHAN Gérard et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir.), *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 120 ou ROUSSEAU Dominique, « Ce que fait l'Europe à la constitution et…réciproquement ! », *Annuaire de droit européen* 2003, p. 29.

[4] DE BURCA Grainne, « The Institutional Development of the European Union : a Constitutional Analysis », *in* CRAIG Paul et DE BURCA Grainne (dir.), *The Evolution of European Union Law*, Oxford, OUP, 1999 p. 65 ou GAUTRON Jean-Claude, « Rapport de synthèse », *RAE* 2001-2002, p. 746.

[5] ALVAREZ José, article précité, p. 108 ou SLOAN Blaine, « The United Nations Charter as a Constitution », *Pace Yearbook of International Law* 1989, p. 77.

[6] OBRADOVIC Daniela, « Community Law and the Doctrine of Divisible Sovereignty », *Legal Issues on European Integration* 1993 p. 12 ou PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Multilevel Trade Governance in the WTO Requires Multilevel Constitutionalism », *in* JOERGES Christian et PETERSMANN Ernst-Ulrich (dir.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Oxford, Hart, 2006, p. 33.

[7] PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Constitutionalism, International Law… », précité, p. 312.

[8] PERNICE Ingolf, « Elements and Structures of the European Constitution », *in* MICCU Roberto et PERNICE Ingolf (dir.), *The European Constitution in the Making*, Baden-Baden, Nomos, 2004, p. 21 ou UERPMANN Robert, « International Law as an Element of European Constitutional Law : International Supplementary Constitutions », *in* VON BOGDANDY Armin et WEILER J.H.H. (dir.), *European Integration – The New German Scholarship*, Jean Monnet Working Paper 9/03.2, p. 7. Pour une idée proche appliquée aux rapports entre l'Union européenne et le droit international, voir KRAJEWSKI Markus, « The Emerging Constitutional Law of European Foreign Policy », *in* BODNAR Adam, KOWALSKI Michal, RAIBLE Karen et SCHORKOPF Frank (dir.), *The Emerging Constitutional Law of the European Union. German and Polish Perspectives*, Berlin, Springer, 2003, p. 464.

[9] Voir SCHMITZ Thomas, « Le peuple européen et son rôle lors d'un acte constituant dans l'Union européenne », *RDP* 2003, p. 1711 ou BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Pourquoi une constitution européenne ? », *RAE* 2001-2002, p. 677.

peuple alors il faudrait un peuple européen pour avoir une constitution européenne. Cette position a pu paraître renforcée par la prise de position de la Cour fédérale allemande sur ce sujet[1]. Plus largement, le débat sur la constitutionnalité du traité établissant une Constitution pour l'Europe a souvent débouché sur la mise en valeur des progrès démocratiques qu'il était censé apporter[2] ou de la plus-value représentée par la consécration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[3]. Alors qu'elle n'occupait plus une place centrale dans la doctrine, la définition constitutionnaliste domine pour ainsi dire les débats sur l'adaptation. L'aspect daté du constitutionnalisme ne freine pas cette tendance. La doctrine est même parfois portée à rechercher l'apparition d'un constitutionnalisme européen plutôt que celle d'une constitution européenne[4]. Cette utilisation justifie l'intérêt pour ces conceptions mais ne doit pas conduire à négliger leurs faiblesses (2).

2. LES FAIBLESSES DES CRITERES CONSTITUTIONNALISTES

Les définitions constitutionnalistes de la constitution partagent certains des défauts propres aux définitions matérielles[5] mais présentent aussi des particularités découlant de leur aspect idéologiquement engagé. Les critères choisis sont également assez imprécis. Ainsi, la notion de protection des droits fondamentaux impose de déterminer quels droits doivent être vus comme fondamentaux, ce qui permet des variations sensibles[6]. Elle tend aussi à encourager les relectures subjectivistes discutables de dispositions objectives au risque de voir partout des droits protégés[7]. L'ambiguïté du concept de séparation des pouvoirs entre séparation stricte et non-cumul est quant à elle trop connue pour devoir être détaillée. La démocratie pose au

---

[1] Cour constitutionnelle fédérale allemande, 12 octobre 1993, Maastricht, *RUDH* 1993, p. 290. Celle-ci est souvent citée lors des discussions sur ce point. Voir ainsi, GERKRATH Jörg, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1997, p. 265.

[2] DUHAMEL Olivier, « Ce texte a un corps de traité mais une âme de constitution », *LPA* 2004, p. 22 ; LUCHAIRE François, « Constitution pour l'Europe et Constitution française », *Politeia* n°6, p. 255 ou MOUTON Jean-Denis, « Introduction », *in Les mots de la constitution européenne*, Paris, PUF, 2005, p. 17.

[3] Voir par exemple, GRARD Loïc, « Traité constitutionnel, une réalité juridique », *RDP* 2003, p. 1263 ou OLSON Thierry et CASSIA Paul, *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, Paris, PUF, 2006, p. 26.

[4] Pour un exemple, voir DE BURCA Grainne, « The Development of European Constitutionalism and the Role of the European Union Charter of Fundamental Rights », *Columbia Journal of European Law* 2003, p. 362. Cette idée se retrouve aussi au niveau mondial mais elle consiste surtout à promouvoir certains choix idéologiques arbitraires en semblant leur donner une sorte de validité juridique. Voir ainsi, POIARES MADURO Miguel, « Legal Travels and the Risk of Legal Jet-Lag », *in Festschrift für Carl Baudenbacher*, Berlin, Nomos, 2007, p. 186.

[5] Ainsi, le rapport entre norme et acte est assez difficile à envisager car toutes les normes des actes habituellement considérés comme constitutionnels ne sont certainement pas consacrés à la séparation des pouvoirs ou à la démocratie.

[6] L'une des extensions les plus populaires, mais aussi les plus étonnantes, consiste à décrire les principes du libre-échange ou le droit de la consommation comme l'expression de droits fondamentaux intrinsèquement constitutionnels. Voir REICH Norbert, « A European Constitution for Citizens », *ELJ* 1997, p. 132 ou PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Constitutional Approaches to International Law : Interrelationships Between National, International and Cosmopolitan Constitutional Rules », *in Festschrift für Georg Ress*, Cologne, Carl Heymanns, 2005, p. 210.

[7] Les théories de la constitutionnalisation de l'OMC en fournissent un exemple saisissant car elles décrivent comme droits individuels des concessions entre États presque totalement dépourvues d'effet direct. Voir PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Constitutionalism and International Organizations », *Northwestern Journal of International Law and Business* 1997, p. 405.

moins autant de difficultés car il s'agit d'une idée si chargée symboliquement que toute redéfinition pratique risque de donner lieu à des débats sans fin. Son caractère extra-juridique est aussi gênant car une stipulation dans une perspective de théorie juridique peut facilement mener à une rupture avec l'usage répandu voire se réduire à un simple jeu de mots. La reprise de critères externes n'est pas plus facile au regard des discussions permanentes sur ce sujet qui donnent lieu chaque année à d'innombrables publications. Face à cette incertitude, certains optent pour des solutions essentialistes[1] quand d'autres préfèrent s'engager dans des débats de théorie politique[2]. La réflexion sur la nécessité d'un *demos* européen et sur la forme qu'il doit prendre a par exemple débouché sur une longue lutte entre communautariens et républicains[3]. Sans nous prononcer sur la pertinence de ces discussions en théorie politique, nous devons constater qu'elles ne peuvent servir de base à une classification juridique descriptive qui entend rester neutre sur le plan axiologique. L'utilisation d'un critère si disputé et qui exige de tels présupposés ne peut pas être retenue.

Sans pousser plus loin la réflexion politique, il est possible de relever les éléments les plus souvent cités comme prouvant le caractère démocratique d'une norme donnée. Certaines formulations comme le rattachement à l'expression de la nation[4] peuvent facilement être écartées. Elles pourraient éventuellement jouer un rôle dogmatique mais elles ne peuvent servir à une comparaison théorique de portée générale. Les conditions reposant sur des jugements de valeurs comme l'intervention d'un « peuple libre »[5] ne doivent pas non plus nous retenir. En revanche, l'exigence d'un référendum paraît plus concrète[6]. Or, un lien est souvent établi entre l'émergence d'une constitution européenne et la tenue d'un hypothétique référendum européen[7]. Pour autant, la plupart des cas typiques de constitution ont été adoptés

---

[1] Il s'agirait ainsi de rechercher « la quintessence du phénomène fondateur qu'est la constitution » (LOUIS Jean-Victor, « La constitution de l'Union européenne », *in* TELO Mario (dir.), *Démocratie et construction européenne*, Bruxelles, ULB, 1995, p. 331) car ce concept serait doté de « sa propre logique » (MARHOLD Hartmut, « Grandeur et faiblesses de la Convention européenne. Un bilan provisoire », *Europe en formation* n°3-4/2002, p. 7).

[2] Voir, parmi de nombreux exemples, MAGNETTE Paul et LACROIX Justine, « European Union Constitutionalism and the American Experience », *in* DE BURCA Grainne et SCOTT Joanne (dir.), *Law and New Governance in the European Union and the United States*, Oxford, Hart, 2006, p. 378 ou SHAW Jo, « Relating Constitutionalism and Flexibility in the European Union », *in* DE BURCA Grainne et SCOTT Joanne (dir.), *Constitutional Change in the European Union. From Uniformity to Flexibility*, Oxford, Hart, 2000, p. 347.

[3] Voir, BREDA Vito, « A European Constitution in a Multinational Europe or a Multinational Constitution for Europe », *ELJ* 2006, p. 337 ou TUORI Kaarlo, « The Failure of the European Union's Constitutional Project », *NoFo* 3, p. 47 mais surtout GRIMM Dieter, « Does Europe Need a Constitution ? », *ELJ* 1995, p. 282-302 et HABERMAS Jürgen, « L'Europe a-t-elle besoin d'une Constitution ? À propos de Dieter Grimm », *in L'intégration républicaine*, Paris, Fayard, 1998, p. 151-157.

[4] ARDANT Philippe et MATHIEU Bertrand, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 20e éd., Paris, LGDJ, 2008, p. 54.

[5] GALY François, *op. cit.*, p. 5 ou ZOLLER Elisabeth, *op. cit.*, p. 31.

[6] Voir BRYCE James, *La République américaine*, 2e éd., Paris, M. Giard & E. Brière, 1912, T. II, p. 36.

[7] AUER Andreas, « Le référendum européen : définitions, repères historiques et jalons d'étude », *in* AUER Andreas et FLAUSS Jean-François (éd.), *Le référendum européen*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 44 ou DRAGO Roland, *Contentieux constitutionnel français*, 2e éd., Paris, PUF, 2006, p. 500.

sans référendum[1]. Une catégorie fondée sur ce critère serait pour le moins restreinte. En outre, de nombreuses normes que personne ne prétend constitutionnelles ont été adoptées sur cette base. La définition même du référendum est susceptible de contestations importantes, par exemple sur le corps électoral concerné[2]. Au-delà du seul cas du référendum, les critères caractérisant la démocratie matérielle ou formelle sont extrêmement variables[3] et problématiques. Il est ainsi très dur de considérer que les conditions de la démocratie formelle sont satisfaites pour la Loi fondamentale allemande[4]. La notion pourrait alors être étendue mais elle n'aurait plus vraiment de limite[5]. La démocratie matérielle conduit également à une alternative entre restriction abusive et extension sans fin sans qu'il soit facile de trouver une voie moyenne. Elle est parfois mélangée avec la protection des droits fondamentaux et utilisée pour couvrir des règles garantissant la concurrence ou la libre circulation des biens qui incarnerait le versant économique de ces valeurs[6]. Le conflit entre libéralisme et démocratie[7] connaît même un renouveau dans les débats sur la constitutionnalité internationale[8]. Dans tous les cas, le sort des normes écartées par ces critères engagés doit être envisagé. La théorie générale des sources du droit proposée paraît incomplète car la catégorie dont relèvent les normes habituellement vues comme constitutionnelles mais qui rompent avec le libéralisme et la démocratie n'est pas précisé. La nature d'une norme suprême rigide adoptée par le peuple pour régir l'organisation politique mais qui ne sépare pas les pouvoirs reste mystérieuse. Mieux, la loi, le traité ou le règlement ne connaissent pas de définitions idéologiques

---

[1] LAUVAUX Philippe, *Les grandes démocraties contemporaines*, 3e éd., Paris, PUF, 2004, p. 142.

[2] L'éventualité d'un référendum pose aussi des problèmes politiques considérables. Sur ce point, voir LEVADE Anne, « La prise en compte spécifique de l'Union européenne par les constitutions nationales », *RAE* 2001-2002, p. 667.

[3] Certains évoquent ainsi la possibilité de prendre en compte l'avis de ceux sur lesquels les mesures protectionnistes ont des effets (GERHART Peter, « The Two Constitutional Visions of the World Trade Organization », *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 2003, p. 23) quand d'autres exigent plus classiquement l'intervention d'une assemblée constituante élue (BERRAMDANE Abdelkhaleq et ROSSETTO Jean, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 44) ou se contentent de l'action de pouvoirs exécutifs (JACQUÉ Jean-Paul, « Les principes constitutionnels fondamentaux dans le projet de traité établissant une Constitution européenne », *in* ROSSI Lucia Serena, *Vers une nouvelle…*, précité, p. 51) voire se réfèrent à l'approbation d'une petite élite commerciale (CASS Deborah, *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, Oxford, OUP, 2005, p. 40).

[4] STARCK Christian, *La constitution, cadre et mesure du droit*, Paris, Economica, 1994, p. 54-55.

[5] La mention des peuples dans le préambule de la Charte des Nations Unies suffirait ainsi à assurer son caractère démocratique (FASSBENDER Bardo, article précité, p. 288). Le respect des procédures ordinaires de ratification des traités aurait d'ailleurs le même effet (LENAERTS Koen et DESOMER Marlie, « New Models of Constitution-Making in Europe : the Quest for Legitimacy », *CMLR* 2002, p. 1252). Les exigences démocratiques paraissent alors bien faibles.

[6] PETERSMANN Ernst-Ulrich, « State Sovereignty, Popular Sovereignty and Individual Sovereignty : from Constitutional Nationalism to Multilevel Constitutionalism in International Economic Law ? », EUI Working Papers Law n°2006/45, p. 18 ou JAYASURIYA Kanishka, « Globalization, Sovereignty and the Rule of Law : from Political to Economical Constitutionalism ? », *Constellations* 2001, p. 443. Le rapport entre libre circulation des biens et démocratie ne passe pas nécessairement par l'évocation de droits fondamentaux car certains auteurs prétendent qu'elle permettrait une « meilleure » expression du peuple en évitant l'influence de lobbies protectionnistes. Voir ainsi, KRAJEWSKI Markus, « Democratic Legitimacy and Constitutional Perspectives of WTO Law », *Journal of World Trade* 2001, p. 178 et s.

[7] Sur ce point, voir par exemple, SUNSTEIN Cass, « Constitutions and Democracy : an Epilogue », *in* ELSTER Jon et SLAGSTAD Rune, *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, CUP, 1988, p. 328.

[8] Le libéralisme caractériserait l'approche européenne du droit international quand l'approche américaine serait plus orientée vers la démocratie. Voir RUBENFELD Jed, « The Two World Orders », *Wilson Quarterly* 2003 et « Unilateralism and Constitutionalism », *New York University Law Review* 2004, p. 1975.

susceptibles de contribuer à l'édification d'une typologie complète et cohérente. Ces carences font naître des soupçons quant au véritable objectif des définitions constitutionnalistes.

La multiplication des stipulations permettrait de progresser mais elle a bien sûr un coût très fort. L'origine historique du terme « constitution » pourrait encourager la persévérance[1] mais il n'a pour nous aucune pertinence. Le rejet de l'essentialisme fragilise en effet l'apport de l'étymologie qu'il ne faut en aucun cas substituer à l'usage actuel. Même si la constitution trouve son origine dans le constitutionnalisme, la construction par chaque système juridique de sa propre catégorie dogmatique montre bien que le détachement est non seulement concevable mais surtout déjà réalisé. Nous ne voyons aucune raison d'exclure la transposition de ce schéma au plan théorique. Nous recherchons une redéfinition actuelle qui n'a pas vocation à rendre compte de tous les usages historiquement connus du terme « constitution »[2] et qui doit tenir compte de son éloignement progressif de sa source idéologique. Une fois l'argument historique écarté, les rapports entre constitution et constitutionnalisme apparaissent comme accidentels[3] et l'écart entre les deux n'appelle pas de justification spécifique. Il est bien évident que le contenu de l'article 16 de la Déclaration de 1789 est quant à lui privé de toute pertinence théorique. Les définitions constitutionnalistes doivent alors être décrites comme des définitions persuasives visant à intégrer des valeurs dans un concept technique en laissant croire à l'inefficacité technique à défaut.

Ces défauts généraux se retrouvent lorsque l'on s'intéresse à l'utilisation des définitions constitutionnalistes à propos de l'adaptation de la constitution. Non seulement ce contexte spécifique ne les supprime pas mais il peut même les accentuer. L'attachement à la protection des droits fondamentaux implique ici de dépasser le cas de quelques actes constitutifs d'organisation internationale pour regrouper les nombreux traités qui régissent cette matière[4]. L'écart avec le prototype débouche sur un paradoxe : la notion de « constitution » est utilisée en principe pour mieux rendre compte de la réalité juridique mais elle le fait sur la base d'une redéfinition totale. Dans ce cas, la clarté exige d'utiliser une notion nouvelle plutôt que

---

[1] Cette origine est toutefois discutée. Voir BURDEAU Georges, *op. cit.*, T. IV, p. 22.

[2] Il serait d'ailleurs probablement impossible de rendre compte de tous ces usages par un terme unique. L'usage antique renvoyant aux décrets impériaux a ainsi joué un rôle dans l'apparition du sens moderne au même titre que l'influence constitutionnaliste ou les conceptions institutionnelles anciennes. Voir STOURZH Gérald, « Constitution : évolution des significations du terme depuis le début du XVIIe siècle jusqu'à la fin du XVIIIe siècle », *Droits* n°29, p. 161 ou BAKER Keith Michael, « Constitution », *in* FURET François et OZOUF Mona (dir.), *Dictionnaire critique de la révolution française. Institutions et créations*, Paris, Flammarion, 1992, p. 182

[3] Sur la faiblesse de ces liens, voir ANDREWS William, *Constitutions and Constitutionalism*, Princeton, Van Nostrand, 1963, p. 26.

[4] En ce sens, voir FERRAJOLI Luigi, « Beyond Sovereignty and Citizenship : A Global Constitutionalism », *in* BELLAMY Richard (dir.), *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty : American and European Perspectives*, Aldershot Avebury, 1996, p. 155 ou PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Theories of Justice, Human Rights and the Constitution of International Markets », *Loyola of Los Angeles Law Review* 2003, p. 408.

d'introduire une confusion de ce type. Le critère de la limitation des pouvoirs est encore plus critiquable car toute obligation internationale limite le pouvoir des États ce qui fait de tout traité international une constitution[1]. La rupture qu'est censée incarner la constitutionnalité a totalement disparu. Notons au passage que la présence éventuelle de buts constitutionnalistes chez les acteurs[2] n'a pas d'importance car c'est l'état objectif du droit positif qui nous intéresse. *A fortiori*, la rhétorique politique[3] peut mériter une étude autonome mais elle relève de la science politique et non de la théorie juridique.

Au regard de ses faiblesses, les raisons qui poussent à utiliser les critères constitutionnalistes méritent d'être éclaircies. Une fois de plus, le mélange entre dogmatique et théorie a un rôle à jouer, d'autant plus que l'impression d'accéder à une vérité éternelle que donne l'aspect idéologique de ces critères[4] tend à le renforcer. L'absence de toute argumentation sur la fertilité de la définition choisie doit être relevée. Surtout, les définitions constitutionnalistes sont souvent présentées comme dotées d'effets juridiques. Les normes coupées de ces finalités spécifiques seraient privées de la qualité constitutionnelle et du statut qui en découle. À l'inverse, la réalisation de ce programme politique semble motiver l'acquisition d'un statut constitutionnel indépendamment de l'état du droit positif[5]. Cette tendance incarne une forme de jusnaturalisme souvent appuyée sur des arguments essentialistes[6] et qui prétend proposer une nouvelle vision du droit dans son ensemble[7]. La connotation très positive du terme « constitution » fait de sa définition un moyen important de promotion des normes pour lesquelles il est utilisé[8]. Le mélange entre dogmatique et théorie

---

[1] Le droit international dans son ensemble pourrait ainsi être considéré comme la constitution de l'humanité (PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Constitutionalism and International Adjudication… », précité, p. 767).

[2] Pour la présentation du constitutionnalisme comme une idéologie à la disposition des acteurs, voir CHALMERS Damian, « The Death of European Constitutionalism and the Renaissance of European Liberal Democracy », *ELR* 2007, p. 441 ; ALLOT Philip, « Intergovernmental Societies and the Idea of Constitutionalism », *in* COICAUD Jean-Marc et HEISKANEN Veijo (dir.), *op. cit.*, p. 71 ou MÜLLER-GRAFF Peter-Christian, « The Future of the European Treaties : a Systematic Approach to a Basic Treaty », *in European Integration and International Co-ordination. Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann*, Dordrecht, Kluwer, 2002, p. 348.

[3] Pour des exemples, voir DONNELLY Brendan, « Constitution or Constitutional Treaty », *Federal Trust Policy Commentary* 2005 ou WEILER J.H.H. et WIND Marlene, « Introduction : European Constitutionalism Beyond the State », *in* WEILER J.H.H. et WIND Marlene (dir.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, CUP, 2003, p. 2.

[4] Sur ce danger, voir TUSSEAU Guillaume, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, p. 33.

[5] Voir, parmi de nombreux exemples, BRYDE Brun-Otto, article précité, p. 109, KUMM Mathias et COMELLA Victor Ferreres, « The Primacy Clause of Constitutional Treaty and the Future of Constitutional Conflict in the European Union », *ICON* 2005, p. 480 ; CHALTIEL Florence, « La souveraineté de l'Union européenne à la croisée des chemins », *LPA* 2003, n°16, p. 6 ou MABAKA Placide, *op. cit.*, p. 267.

[6] Les effets de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dépendraient ainsi de son « essence constitutionnelle » (LEBAUT-FERRARESE Bernadette et KARPENSCHIF Michaël, « La constitutionnalisation de la Charte », *in* PHILIP Christian et SOLDATOS Panayotis (dir.), *La Convention sur l'avenir de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 131). Voir aussi, LENAERTS Koen et VAN NUFFEL Piet, *Constitutional Law of the European Union*, 2e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2005, p. 712.

[7] Voir SAUTER Wolf, « The Economic Constitution of the European Union », *Columbia Journal of European Law* 1998, p. 67 ou WALKER Neil, « European Union Constitutionalism and New Governance », *in* DE BURCA Grainne et SCOTT Joanne (dir.), *Law...*, précité, p. 17. La différence entre première et deuxième herméneutique semble ici largement négligée.

[8] En ce sens, voir CRAIG Paul, « Constitutions, Constitutionalism and the European Union », *ELJ* 2001, p. 128 ou ZOLLER Elisabeth, « Une Constitution pour les États européens, pas pour les peuples », *Commentaires* n°108, p. 969.

est même particulièrement important ici[1] car si la définition constitutionnaliste était vraiment prise pour former une catégorie théorique, le caractère idéologique de ses critères serait contre-productif. En effet, sélectionner des normes sur une base idéologique sans soutenir que cette sélection a des conséquences juridiques revient à présenter le droit positif selon des préférences subjectives[2], sans que cela n'aide ni à le connaître ni à promouvoir la réalisation des valeurs défendues. Pour prendre un exemple, refuser d'appeler « constitution » une norme suprême et rigide régissant l'organisation politique faute d'adoption par le peuple[3] ne change pas l'importance de la norme en question ou son poids dans les rapports juridiques réels[4]. Il vaut bien mieux appeler « constitution » une norme de ce type pour pouvoir ensuite exiger, pour des raisons politiques subjectives, son adoption par le peuple. C'est parce que la norme est importante qu'il faut qu'elle soit adoptée par le peuple et non parce qu'elle est adoptée démocratiquement qu'elle devient juridiquement importante[5]. La neutralité est nécessaire de manière générale pour construire les catégories théoriques[6] mais en plus la vigilance démocratique ou libérale est mieux servie par une représentation objective du système juridique sur laquelle peuvent dans un deuxième temps être appliqués des critères subjectifs. D'ailleurs, même en admettant le bien-fondé d'une définition engagée de la constitution, une définition non-engagée reste nécessaire pour évaluer la réalité du caractère démocratique du système juridique en cause. Le débat sur la constitution européenne fournit une illustration idéale de cette idée. Affirmer qu'il n'existe pas de constitution européenne parce que le droit communautaire primaire n'est pas démocratique n'apprend rien sur les rapports juridiques européens. Au contraire, le danger pour la démocratie serait alors négligé faute de comprendre l'importance du droit communautaire primaire en raison de sa minoration par le refus de sa

[1] Cette tendance est renforcée par la croyance dans le caractère obligatoire du droit qui fait de l'acquisition de la qualité constitutionnelle une question politique et morale plus que juridique. Pour un exemple de cette attitude, voir MOUTON Stéphane, *La constitutionnalisation du droit en France*, Thèse, Toulouse, 1998, p. 24.

[2] Cette dérive est particulièrement répandue dans les débats sur l'adaptation de la catégorie de constitution : l'émergence d'une constitution internationale ou européenne est directement liée par de nombreux auteurs à la satisfaction des principes d'un système politique qu'ils définissent eux-mêmes. Pour des exemples très clairs, voir FRANKENBERG Gunther, « The Return of the Contract : Problems and Pitfalls of European Constitutionalism », *ELJ* 2000, p. 258 ; MITTELMAN James, « The Constitutional Elements in International Political Economy », *in* FALK Richard, JOHANSEN Robert et KIM Samuel (dir.) *The Constitutional Foundations of World Peace*, Albany, State University of New York Press, 1993, p. 95 ou PERNICE Ingolf, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Paris, Pedone, 2004, p. 18.

[3] Voir ABROMEIT Heidrun et HITZEL-CASSAGNES Tanja, « Constitutional Change and Contractual Revision : Principles and Procedures », *ELJ* 1999, p. 43.

[4] Ce point est difficile à saisir en raison du mélange généralisé entre théorie et dogmatique mais aussi de l'absence de concept dogmatique clair de constitution au niveau européen qui favorise l'utilisation déplacée de la théorie.

[5] L'importance d'une norme dépend de son statut dogmatique et non de sa classification théorique. Seul le passage d'un sens à l'autre permet d'occulter cette séparation. Voir par exemple, MENENDEZ Augustin José, « Neither Constitution, Nor Treaty », ARENA Working Paper n°8/2005, p. 3.

[6] Voir *supra*, p. 88 mais aussi PFERSMANN Otto, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC* 2001, p. 287.

qualité constitutionnelle[1]. La véritable question qui se pose à un démocrate est d'évaluer l'importance du droit communautaire primaire pour savoir s'il est nécessaire qu'il soit adopté démocratiquement. Même pour mener un débat sur la démocratie européenne, une catégorie théorique neutre est en fait bien meilleure. La confusion entre la phase d'évaluation selon des valeurs subjectives et de description objective ne sert à rien. Les choix politiques doivent se baser sur la rencontre de valeurs et du monde auxquels elles doivent s'appliquer[2]. La suppression de la connaissance de ce monde au profit d'une évaluation immédiate n'aide pas à atteindre les objectifs poursuivis[3]. L'utilisation de critères engagés dans les définitions théoriques fait obstacle au débat en empêchant de comprendre la spécificité de la constitution. Un débat politique ne peut sûrement pas être réglé par un choix sémantique arbitraire : les définitions constitutionnalistes n'ont donc ni pertinence politique ni pertinence théorique. L'incohérence de la typologie déjà notée conduit de plus au développement de nombreuses catégories résiduelles qui n'ont ni nom ni intérêt et ne sont pas vraiment assumées par la doctrine. Il est bien plus facile de construire une catégorie neutre de constitution pour opposer ensuite en son sein les constitutions démocratiques et non-démocratiques[4]. Les controverses sur la démocratie pourraient alors se développer hors de la théorie juridique puisqu'elles ne sont plus nécessaires à la description du droit mais bien à son évaluation. En outre, cette présentation correspond à la pratique réelle de la doctrine. En effet, les critères idéologiques envisagés ne permettent pas d'isoler les normes constitutionnelles : ils servent en fait de complément et sont ajoutés à des critères plus neutres non-avoués. Dans ce cadre, la véritable définition n'est pas constitutionnaliste et doit encore être précisée pour savoir quelles sont les normes à évaluer. Au final, la combinaison de ces défauts s'oppose à ce que nous retenions une définition constitutionnaliste en général ou à propos de l'adaptation. Ce constat ne suffit toutefois pas à éliminer la rénovation néo-constitutionnaliste de la catégorie (B).

---

[1] Ce raisonnement vaut aussi bien sûr pour les définitions de la constitution qui passeraient par l'exigence de l'approbation d'une nation organisée. Refuser la qualité de constitution à une norme qui bénéficie d'une force et d'un rôle comparable à celui des constitutions nationales empêche de bien saisir l'ampleur de la dérive politique qu'implique l'adoption d'une telle norme. Ce type de choix ne préserve pas du tout la souveraineté nationale contrairement à ce que l'on croît souvent.

[2] La confusion des débats peut mener à des dérives. Les théories sur la constitutionnalisation de l'OMC ont à juste titre pu être décrites comme « une réponse à la profonde anxiété disciplinaire quant au rôle et au statut actuel du droit international » en cherchant à « [l']investir du pouvoir et de l'autorité que possèdent les structures et les normes constitutionnelles interne » (DUNOFF Jeffrey, « Constitutional Conceits : the WTO's Constitution and the Discipline of International Law », *EJIL* 2006, p. 649) malgré le fossé béant qui oppose cette rhétorique à la pratique de l'OMC et à l'intention de ses créateurs (*ibid.*, p. 657). En dernière analyse, le but poursuivi est d'éviter les difficultés politiques plutôt que de chercher à les résoudre (*ibid.*, p. 662).

[3] Il s'agit en fait d'une forme de « myopie » (CHARLIER Robert-Édouard, article précité, p. 34).

[4] Cette idée nous permet de souligner la différence entre l'usage de critères idéologiques transparents pour trier des institutions à la réalité incontestée (savoir si une constitution est démocratique) et l'usage de ces mêmes critères dans le cadre d'une description technique sans prendre conscience de leur relativité. Même si elle ne nous sert à rien pour décrire l'adaptation de la constitution, la première démarche est légitime quand la seconde doit être clairement rejetée.

B. Le néo-constitutionnalisme

Le constitutionnalisme classique a dû être rejeté aussi bien dans ses manifestations générales que dans son utilisation pour décrire l'adaptation de la constitution. Pour autant, l'idéologie constitutionnaliste n'est pas restée bloquée au XVIIIe siècle : elle a au contraire connu des développements postérieurs qualifiés de « néo-constitutionnalistes » (1) qui ne parviennent cependant pas à dépasser les défauts des critères constitutionnalistes (2).

1. LE NEO-CONSTITUTIONNALISME COMME CRITERE DE LA CONSTITUTIONNALITE

Sans entrer dans des détails qui relèvent de l'histoire des idées politiques, force est de constater que le constitutionnalisme a décliné au début du XXe siècle. Il a bénéficié d'une forme de renaissance après la seconde guerre mondiale à travers un mouvement que certains ont appelé « néo-constitutionnalisme »[1]. Cette dénomination vise avant tout un courant politique qui défend l'adoption de constitutions qui laissent une grande place aux droits de l'homme et qui assurent leur défense par l'institution d'un contrôle de constitutionnalité[2]. La Loi fondamentale allemande est l'archétype de cette nouvelle approche[3]. Il s'agit avant tout d'une résurgence du libéralisme mais son originalité tient à la volonté de le concilier avec la démocratie et surtout au rôle central du juge constitutionnel. Le constitutionnalisme est plus reformulé qu'il n'est contredit par le néo-constitutionnalisme. Comme souvent, les tendances politiques se reflètent sur la doctrine juridique. Nous n'approfondirons pas les éléments qui manifestent une forme de renouveau du jusnaturalisme fondée sur les droits de l'homme car celui-ci ne présente pas de particularités notables. De même, la conciliation entre démocratie et libéralisme concerne plutôt la théorie politique et passe en théorie juridique pour un ajout purement verbal, c'est-à-dire l'intégration de la protection des droits fondamentaux dans un critère démocratique plus général. En revanche, la place accordée désormais à la justice constitutionnelle doit être attentivement observée. Au niveau dogmatique, elle encourage le réalisme alors qu'au niveau théorique, elle pèse sur la définition de la constitution. L'idée est en fait assez simple : une norme ne sera considérée comme constitutionnelle que dans la mesure où elle est défendue par un juge constitutionnel[4]. Cette dernière notion peut être

---

[1] La qualification de « néo-constitutionnaliste » est notamment revendiquée par Louis Favoreu (« Propos d'un néo-constitutionnaliste », *in* SEURIN Jean-Louis (dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984, p. 23).

[2] C'est que le professeur Troper nomme « constitutionnalisme *strictissimo sensu* » (« Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit », *in Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 204)

[3] Certains lient d'ailleurs la « résurrection de la notion de constitution » et « la théorie allemande des droits fondamentaux » (FLAUSS Jean-François, « Les droits de l'homme comme élément d'une constitution et de l'ordre européen », *LPA* 1993, n°52, p. 8).

[4] CHAGNOLLAUD Dominique, *Droit constitutionnel contemporain*, 5e éd., Paris, Dalloz, 2007, T. I, p. 29 ou ZOLLER Elisabeth, *Droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, PUF, 1999, p. 46. Pour un avis contraire, voir VERGÈS Jean, « Réflexions sur

comprise dans un sens étendu ou restreint. Dans le premier cas, exercer une forme quelconque de contrôle de constitutionnalité sera suffisant pour se voir reconnaître la qualité de juge constitutionnel[1]. Dans le second, il faudra cumuler des caractéristiques supplémentaires pour ce faire. L'exemple le plus net est fourni par Louis Favoreu qui exige non seulement une compétence exclusive de contrôle de constitutionnalité des lois mais aussi un statut garanti par la constitution, un mode politique de nomination et la soumission au pouvoir constituant[2]. D'autres propositions un peu moins populaires ont pu être formulées[3] mais dans tous les cas elles peuvent servir de repère pour définir la constitution. Nous sommes bien ici face à une définition matérielle car elle consiste à exiger que la constitution prévoie la création d'un juge nommé politiquement et chargé exclusivement du contrôle de constitutionnalité des lois.

La portée exacte de ces critères est néanmoins discutable. Tout d'abord, il est difficile de savoir s'il s'agit de conditions nécessaires et suffisantes ou même de conditions suffisantes car l'usage combiné de nombreux critères complique l'analyse[4]. Seul le sens restreint permet d'y voir un critère suffisant car le sens étendu est tellement large qu'il vaut pour toute norme qui bénéficie d'une protection juridictionnelle. Il est encore plus simple de se servir de ce critère comme d'une condition supplémentaire permettant d'éliminer des normes *a priori* constitutionnelles mais privées d'une telle garantie. La présentation de la constitution comme une charte jurisprudentielle des droits et libertés illustre l'hypothèse du cumul des critères si l'on veut y voir une forme de définition[5]. Ensuite, il n'est pas évident de préciser la raison pour laquelle l'existence d'un juge constitutionnel doit servir de critère de constitutionnalité. Nous pouvons bien sûr relever une dimension idéologique car il est censé conforter le constitutionnalisme classique en donnant une effectivité à la constitution et aux droits

---

le constitutionnalisme européen », *in* GRAF VITZHUM Wolfgang et PENA Marc (dir.), *L'identité de l'Europe*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, p. 203.

[1] DRAGO Guillaume, « Le contrôle juridictionnel », *RAE* 2001-2002, p. 730.

[2] Voir notamment, « Le juge administratif a-t-il un statut constitutionnel ? », *in Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 121-127 ou « La notion de Cour constitutionnelle », *in De la constitution. Études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 1996, p. 15-27. Pour une critique de ce modèle, voir PFERSMANN Otto, « Classifications organocentriques et classifications normocentriques de la justice constitutionnelle en droit comparé », *in En hommage à Francis Delpérée*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1156.

[3] Voir par exemple, JACOBS Francis, « Is the Court of Justice of the European Communities a Constitutional Court ? », *in Essays for the Hon. Mr. Justice T.F. O'Higgins*, Londres, Butterworths, 1992, p. 25.

[4] Voir ainsi, FAVOREU Louis, « Institutions et constitution européennes », *LPA* 2000, n°248, p. 30. À la présence d'une Cour constitutionnelle s'ajoute notamment des exigences tenant à l'intervention d'un pouvoir constituant démocratique. Rappelons que la multiplication incontrôlée des critères est en tant que telle problématique (voir *supra*, p. 83). Par souci de clarté, nous traitons les critères les uns après les autres sans envisager directement la combinaison propre à chaque auteur.

[5] Ce concept qui allie contrôle de constitutionnalité et droits de l'homme a été développé par le professeur Rousseau (voir « Une résurrection : la notion de constitution », *RDP* 1990, p. 6 ou « Constitution », *in* DUHAMEL Olivier et MÉNY Yves (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 209). Il fait toutefois figure de théorisation assez floue, centrée sur le cas français et dotée d'une forte dimension politique qui ne peut remplir les fonctions classiquement attribuées aux catégories théoriques, notamment pour comparer les systèmes juridiques. Il n'est d'ailleurs pas directement présenté comme une définition. De ce fait, il ne peut servir pour déterminer s'il convient ou non de parler de constitution européenne et le professeur Rousseau lui-même utilise à cette fin un concept sensiblement différent porteur avant tout d'exigences démocratiques. Voir par exemple, « Les constitutions possibles de l'Europe », *Cités* n°13, p. 37.

fondamentaux qu'elle proclame[1]. Ce critère apparaît alors comme une condition ajoutée aux définitions constitutionnalistes pour assurer la réalisation de leurs objectifs. Une variante mécaniste de cet argument peut être citée : le juge constitutionnel serait dans cette optique un rouage de la limitation causale des pouvoirs[2]. Cependant, d'autres explications méritent d'être citées. La normativité de la constitution est ainsi souvent liée à l'existence d'un juge constitutionnel[3]. Cette idée est très répandue dans la doctrine française. Avant 1958, voire avant 1971, la constitution n'aurait pas été considérée comme une norme[4]. D'après cette conception, elle faisait figure de document vaguement destiné à guider la vie politique et doté d'une fonction symbolique et non juridique en raison de l'absence de toute applicabilité juridictionnelle[5]. Le droit positif centré sur la loi ne laissait à la constitution qu'une place secondaire qui ne permettait pas son effectivité. Or, si l'on voit la constitution comme une norme juridique particulière et que l'on relie sa normativité à l'existence d'un juge compétent, cette condition fait logiquement partie de sa définition[6]. Le rôle de la garantie juridictionnelle de la constitution pourrait conférer au bloc de constitutionnalité une fonction théorique et non plus seulement dogmatique : les normes reconnues par le juge sont les seules qui bénéficient de sa protection et seraient donc les seules normes constitutionnelles au sens théorique. Toutefois, cet aspect théorique n'est qu'une apparence car l'appartenance au bloc de constitutionnalité dépend d'un critère social et non juridique (l'application par le juge) et est présentée comme dotée d'effets juridiques. Dès lors, il ne peut relever que de la dogmatique et non de la théorie et ne peut servir à réduire la constitution au sens théorique aux normes effectivement appliquées par le juge.

Dans tous les cas, l'élucidation complète de la conception néo-constitutionnaliste de la constitution impose de préciser la nature du lien établi entre normativité et garantie de la constitution par le juge. Celui-ci trouve probablement sa source dans la place traditionnelle du

---

[1] Voir FAVOREU Louis, « Vers une justice constitutionnelle communautaire ? », *in* LOUIS Jean-Victor et WAELBROECK Denis (dir.), *Le Parlement européen dans l'évolution institutionnelle*, Bruxelles, ULB, 1989, p. 236 ; HAMON Francis et WIENER Céline, *La loi sous surveillance*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 62 ou RIVERO Jean, « La fin d'un absolutisme », *Pouvoirs* n°13, p. 9.

[2] FRIEDRICH Carl, *La démocratie constitutionnelle*, Paris, PUF, 1958, p. 142.

[3] Voir ZOLLER Elisabeth, *op. cit.*, p. 45 ou TRÉMEAU Jérôme, « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *AIJC* 1990, p. 221 et surtout CAYLA Olivier, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », *in Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, Paris, LGDJ, 1999, p. 109.

[4] FAVOREU Louis, « La modernité des vues de Charles Eisenmann », *in* AMSELEK Paul (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica, 1986, p. 99 et FAVOREU Louis et RENOUX Thierry, « Contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs », *in Encyclopédie Dalloz – Contentieux administratif*, 1992, p. 3.

[5] FAVOREU Louis et RENOUX Thierry, « Rapport général introductif », *in La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, p. 19.

[6] Cette position n'est toutefois pas assumée de manière constante. Ainsi, Louis Favoreu lui-même a-t-il pu reconnaître l'existence d'un droit constitutionnel sous la IIIe ou la IVe République (« Le droit constitutionnel : droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC* 1990, p. 83) alors même qu'il affirme, qu'à l'époque, la constitution n'était pas considérée comme une norme juridique.

contentieux dans la matière reine du droit public français qu'est le droit administratif[1]. La création d'un juge constitutionnel a donné naissance à une approche contentieuse du droit constitutionnel calquée sur l'étude du droit administratif car définie par son juge et centrée sur l'action de ce dernier. L'objectif académique de la revalorisation du juge et de la redéfinition de la constitution est souvent explicitement assumé et s'accompagne d'une dénonciation à la doctrine traditionnelle plus portée sur l'analyse politique que sur la dogmatique juridique[2]. La défense de l'émergence d'un nouveau droit constitutionnel n'est pas pour autant la seule source de la mise en avant du critère juridictionnel. La définition classique du droit par la sanction peut aussi jouer un rôle si l'on assimile sanction et sanction juridictionnelle. Cette idée souvent attribuée à Kelsen par les auteurs français[3] peut même faire valoir une origine plus ancienne notamment chez Austin[4].

Si la place du critère juridictionnel dans la doctrine est incontournable, son rapport avec l'adaptation de la catégorie semble un peu plus complexe. Il a pu faire figure de cœur de la mutation de la catégorie par le passé puisque le droit constitutionnel était à l'origine privé de juge spécifique. Cette particularité justifie l'intégration d'un critère juridictionnel dans la définition même de la constitution. Cependant, c'est l'adaptation à l'internationalisation du droit qui incarne les évolutions contemporaines qui donnent un sens à notre étude. Or, la CJCE est souvent rapprochée des juges constitutionnels nationaux[5]. Ils ont en effet des fonctions comparables[6] et accordent une place importante aux droits fondamentaux[7]. La proximité est encore plus marquée avec les juges constitutionnels des États fédéraux qui ont en charge le contrôle de la répartition verticale des compétences[8]. Le modèle du juge constitutionnel mis en avant par Favoreu est également parfois utilisé[9]. L'existence d'un droit

---

[1] Ce point a été largement développé par le professeur Bastien. Voir *infra*, p. 466.
[2] FAVOREU Louis, article précité, p. 80.
[3] Celle-ci trouve effectivement un appui dans les travaux de Kelsen (« La garantie juridictionnelle de la constitution », *RDP* 1928, p. 250) repris par Eisenmann (*La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928, p. 22). Nous ne pouvons que rejeter cette conception qui repose sur une définition de l'obligation juridique par la sanction et sur une confusion entre inexistence et irrégularité que nous ne partageons pas. Elle se heurte d'ailleurs frontalement à la pré-notion de droit et au prototype de la constitution : affirmer que seules l'Autriche et les Etats-Unis avaient une Constitution en 1928 (CAYLA Olivier, article précité, p. 111) montre simplement que l'on utilise des notions de droit et de constitution qui doivent être revues.
[4] *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, CUP, 1995, p. 216.
[5] Voir, parmi de nombreux exemples, GAUDIN Hélène, « La Cour de justice, juridiction constitutionnelle ? », *RAE* 2000, p. 210 ; MANCINI Frederico et KEELING David, « From CILFIT to ERT : the Constitutional Challenge Facing the European Court », *YEL* 1991, p. 9 ou ROSENFELD Michel, « Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the United States Supreme Court », *ICON* 2006, p. 622.
[6] SIMON Denys, *Le système juridique communautaire*, 3e éd., Paris, PUF, 2001, p. 484 ou TRIDAMAS Takis, « The Court of Justice and Judicial Activism », *ELR* 1996, p. 206.
[7] DUE Ole, « A Constitutional Court for the European Communities », *in Essays for the Hon. Mr. Justice T.F. O'Higgins*, précité, p. 8 ou SCHERMERS Henry, « A European Suprem Court », *in Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges en la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Carl Heymanns, 2000, p. 1279.
[8] RINZE Jens, « The Role of the European Court of Justice as a Federal Constitutional Court », *Public Law* 1993, p. 430 ou BERRAMDANE Abdelkhaleq et ROSSETTO Jean, *op. cit.*, p. 255.
[9] *Ibid.*, p. 244 ou GAUDIN Hélène, article précité, p. 211.

constitutionnel de l'Union européenne peut alors être prouvée par la présence d'un juge faisant office de juge constitutionnel[1]. L'OMC[2], l'ONU[3] voire le Conseil de l'Europe à travers la Cour européenne des droits de l'homme[4] font l'objet du même type de raisonnements. Inversement, l'incapacité supposée de la CJCE à satisfaire aux exigences du modèle européen de justice constitutionnelle est parfois dénoncée et opposée à la constitutionnalité du droit européen[5]. L'argumentation néo-constitutionnaliste présente ici une autonomie qui impose de mener une critique propre aux propositions de ce courant (2).

2. LES FAIBLESSES DES CRITERES NEO-CONSTITUTIONNALISTES

Les critères néo-constitutionnalistes souffrent d'une double imprécision. D'une part, leur portée n'est pas claire car ils sont occasionnellement présentés comme dotés de conséquences juridiques[6]. D'autre part, leur contenu est discutable au regard de la grande variété des modalités envisageables de contrôle de constitutionnalité aussi bien dans son organisation que dans les actes susceptibles de faire l'objet d'un contrôle. À la rigueur, il est possible d'accepter n'importe quelle sorte de contrôle de constitutionnalité mais la pratique doctrinale paraît différente puisque la Constitution de 1946 qui prévoyait une forme minimale de contrôle de constitutionnalité est rattachée à l' « ancien » droit constitutionnel. Les garanties

[1] VAN GEHUCHTEN Pierre-Paul, « La question de l'État européen, le juriste et la ruse de la construction communautaire », *Droit et Société* n°53/2003, p. 79 ou VESTERDOF Bo, « A Constitutional Court for the European Union », *ICON* 2006, p. 608. La description de la CJCE comme une cour constitutionnelle est d'ailleurs assez ancienne. Voir ainsi, COLIN Jean-Pierre, *Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 1966, p. 182.

[2] EPINEY Astrid, « Européanisation et mondialisation du droit : convergences et divergences », *in* MORAND Charles-Albert (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 66 ou CHO Sungjoon, « Constitutional Adjudication in the World Trade Organization », Jean Monnet Working Paper n°04/08. Pour une vision critique, voir HOWSE Robert et NICOLAIDIS Kalypso, « Legitimacy and Global Governance : Why Constitutionalizing the WTO Is a Step Too Far », *in* PORTER Roger, SAUVE Pierre, SUBRAMIAN Arvind et BEVIGLIA ZAMPETTI Americo (dir.), *Efficiency, Equity, Legitimacy. The Multilateral Trading System at the Millenium*, Washington, Brookings Institution Press, 2001, p. 227.

[3] Voir CHEVALIER-GOVERS Constance, « Actes constitutifs des organisations internationales et constitutions nationales », *RGDIP* 2001, p. 293 et dans une certaine mesure CHEMAIN Régis, article précité, p. 56. Pour un avis contraire, voir CRAWFORD James, « The Charter of the United Nations as a Constitution », *in* FOX Hazel (dir.), *The Changing Constitution of the United Nations*, Londres, The British Institute for International and Comparative Law 1997, p. 14 ou HERDEGEN Matthias, « The Constitutionalization of the United Nations Security System », *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1994, p. 154. Notons que la Cour internationale de justice a refusé de contrôler les décisions prises par les organes des Nations Unies (avis du 21 juin 1971, Conséquences juridiques de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie) alors que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a adopté une décision inverse quant au contrôle de son statut décrite comme « la question de la constitutionnalité » (2 octobre 1995, Le Procureur c/ Dusko Tadic, p. 27).

[4] Voir COHEN-JONATHAN Gérard, « La fonction quasi-constitutionnelle de la Cour européenne des droits de l'homme », *in Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1140 ou SCHERMERS Henry, article précité, p. 1273 et pour un avis contraire, FLAUSS Jean-François, « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle ? », *RFDC* 1999, p. 728.

[5] FAVOREU Louis, « Les cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des cours constitutionnelles », *in Mélange en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 38. Les manques les plus importants tiendraient à la non-spécialisation de ces Cours et à l'impossibilité pour un pouvoir politique démocratique de revenir sur les décisions de ces Cours.

[6] Pour un exemple net, voir ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1998, p. 382.

institutionnelles exigées sont elles aussi variables[1] et paraissent parfois viser à imposer un modèle politique plutôt qu'à décrire le système juridique. Dans tous les cas, définir la constitution par le contrôle ou le juge constitutionnel est une idée étonnante puisque ce contrôle se caractérise par son objet constitutionnel quand ce juge se distingue par son statut et sa compétence constitutionnelle. Autrement dit, leur définition repose sur celle de la constitution au risque d'une circularité totale : la constitution est définie par le juge constitutionnel alors que ce dernier est défini par la constitution[2]. À défaut, la spécificité du juge constitutionnel et du contrôle de constitutionnalité est perdue et l'on en est réduit à exiger une forme de contrôle juridictionnel, ce qui couvre la quasi-totalité des normes juridiques. La rupture de cette circularité exige une définition autonome du juge ou de la constitution.

La recherche d'une définition autonome du juge constitutionnel, ou plus précisément de la constitutionnalité d'un juge paraît être une solution idéale car elle permet alors de voir sa présence comme un critère nécessaire et suffisant pour définir la constitution. Nous manquons ici de précédent doctrinal pertinent ce qui complique indéniablement la recherche de solution. Le choix d'un contrôle opéré sur la base d'une norme supra-législative a l'avantage de sa cohérence avec l'approche constitutionnaliste dans la mesure où il assure l'existence de limites au pouvoir politique spécifique qu'est le pouvoir législatif. Pour autant, il n'est guère satisfaisant car il suppose une définition autonome de la loi et les normes supra-législatives ne sont pas toutes couvertes par le prototype de constitution. À titre d'exemple, les lois organiques ou les traités internationaux bénéficient d'un tel statut en droit français. Même les partisans les plus acharnés de la constitutionnalité internationale ne soutiennent pourtant pas que tous les traités internationaux devraient être qualifiés de « constitutionnels ». En outre, nous n'aurions pas vraiment de définition autonome du juge constitutionnel : l'idée proposée revient simplement à définir la constitution par son caractère supra-législatif. Ce critère est donc à la fois insuffisant et détaché du néo-constitutionnalisme. Les conceptions restreintes du juge constitutionnel ne dépassent pas non plus cette difficulté et risquent de surcroît d'exclure le cas typique qu'est la Constitution des États-Unis de la catégorie théorique de constitution.

Face à cet échec il convient de chercher une définition autonome de la constitution pour briser la circularité susmentionnée. Le critère juridictionnel ne serait plus dans ce cas un critère nécessaire et suffisant mais il pourrait encore faire figure de condition supplémentaire. L'intérêt d'un tel ajout reste néanmoins à justifier. Le vocabulaire utilisé ne plaide pas en sa

[1] Voir sur ce point l'opposition entre BERRAMDANE Abdelkhaleq et ROSSETTO Jean, *op. cit.*, p. 247 et FAVOREU Louis, article précité, p. 40 ou « Institutions et constitution européennes », précité.
[2] Pour des définitions de ce type du juge constitutionnel, voir notamment DUE Ole, article précité, p. 4 ou BOUVIER Vincent, « La notion de juridiction constitutionnelle », *Droits* n°9, p. 129.

faveur car il marque sa dépendance vis-à-vis de la constitution. L'examen du prototype va dans le même sens : les anciennes constitutions françaises ne satisfont pas ce critère mais leur constitutionnalité a rarement été sérieusement contestée. En outre, la mise en relation de cette catégorie avec la théorie générale des sources du droit permet comme toujours de séparer les véritables classifications de théorisations *ad hoc*. Or, aucune catégorie résiduelle n'est prévue pour les normes privées de juge constitutionnel. Tout cela fait de cette stipulation une opération bien trop coûteuse pour correspondre au standard de la redéfinition. Au minimum, cela supposerait une justification particulièrement forte. Celle-ci pourrait tenir à la réalisation du programme constitutionnaliste à travers la limitation des pouvoirs et la protection des droits fondamentaux assurées par le juge constitutionnel. Cet argument est toutefois à rejeter car il suppose avant tout l'admission des critères idéologiques précédemment relevées. Mieux, le gain d'effectivité qu'est censé représenter le juge est contestable. Il repose en effet sur l'idée selon laquelle le juge serait fidèle à des normes préexistantes ou au moins à une pratique résolument libérale. L'existence même du juge ne peut suffire à fournir de telles assurances. De toute façon, même si nous admettions ce gain d'effectivité, celui-ci serait remis en cause par l'imprécision du critère : un contrôle de constitutionnalité au sens large pourrait concerner un contrôle exercé exclusivement sur saisine du gouvernement à propos des décrets voire même des arrêtés préfectoraux ou des délibérations de conseils municipaux. La différence entre une constitution privée de toute application juridictionnelle et une constitution qui ne s'impose judiciairement qu'aux seuls conseils municipaux est assez mince[1]. Sans aller jusqu'à de telles extrémités, il ne faut pas oublier que l'essentiel de la pratique des organes politiques échappe généralement au juge constitutionnel. Le sort des normes qui les concernent est alors douteux car le critère juridictionnel n'a d'intérêt que pour les normes directement concernées.

L'incertitude sur la contribution du juge à l'effectivité constitutionnelle nous conduit à nous pencher sur la relation entre normativité et contrôle juridictionnel car si elle était établie, elle aurait une influence incontestable sur la structure du système juridique. Or, elle appelle de sérieuses critiques car elle se base sur des présupposés et sur une image discutables de la situation antérieure à 1958 et de son évolution. Tout d'abord, le lien qu'elle implique entre obligation et sanction n'a aucun appui dans la conception du droit utilisée ici[2] : dans la

[1] Notons que si le trait est un peu forcé, le cas imaginé ici n'est pas purement fictif car le contrôle de constitutionnalité des lois en Suisse ne concerne que les normes fédérées et exclut totalement les lois fédérales.

[2] Notons d'ailleurs que même dans une vision normativiste classique, l'exigence d'une sanction ne permet pas de réduire la juridicité de la constitution à la présence d'un juge constitutionnel. Voir PFERSMANN Otto, « Relativité de l'autonomie ontologique, confirmation de l'autonomie disciplinaire institutionnelle, paradoxe de l'hétéronomie épistémologique », *in* MATHIEU Bertrand (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 533.

perspective qui est la nôtre, la normativité (S1) et la validité (S2) de la norme ne dépendent ni de la prévision d'une sanction ni de l'attitude des juges. Ensuite, la lecture de l'histoire proposée mérite d'être évaluée. Schématiquement, la situation postérieure à 1958 serait caractérisée par la forte effectivité de la constitution et l'omniprésence du contrôle de constitutionnalité des lois. Le réalisme de cette description et pour le moins sujet à caution, notamment si l'on tient compte du problème de l'interprétation de la Constitution. Surtout, l'absence de normativité des constitutions avant 1958 paraît très exagérée. Toutes les constitutions françaises ont eu de multiples effets juridiques dès leur édiction. L'existence des principales institutions juridiques repose sur les normes constitutionnelles. Il en est de même pour la validité de nombreux actes juridiques notamment les lois. L'absence de contrôle de constitutionnalité n'est pas décisive de ce point de vue au regard de la différence entre existence et régularité : la constitution a des effets sur l'existence d'autres normes même dans les systèmes sans juges constitutionnels. Carré de Malberg est parfois invoqué au soutien de la thèse néo-constitutionnaliste parce qu'il refusait la dérivation entre loi et constitution et soutenait l'équivalence entre loi ordinaire et loi constitutionnelle sous la IIIe République[1]. Cette référence ne peut convaincre car le raisonnement en cause était biaisé dès l'origine[2] et n'est représentatif ni de la doctrine ni de la pratique de son époque. Pour ce qui est de la doctrine, loi et constitution étaient systématiquement séparées. Il est difficile de prétendre que l'on ne croyait pas à la normativité de la constitution alors que de nombreux auteurs affirmaient que le droit français autorisait le contrôle de constitutionnalité spontané et diffus[3]. La pratique n'était pas en reste car la Constitution était régulièrement appliquée par les juges, notamment pour examiner l'existence de certaines normes et pour contrôler la régularité des règlements[4]. Il existait même une forme particulière de contrôle de constitutionnalité des lois : le contrôle de caducité[5]. Certes, l'application de la Constitution était limitée[1], notamment en

---

[1] Voir ainsi, MOUTON Stéphane, *op. cit.*, p. 177 ou OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Pub. des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 52.

[2] Rappelons en effet qu'en dehors de l'idée un peu vague selon laquelle « la volonté générale est toujours égale à elle-même » (*La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, p. 104), l'argumentation de Carré de Malberg repose sur l'absence de différence organique entre pouvoirs législatif et constituant car les choix en ces matières dépendent en définitive des mêmes majorités parlementaires (*ibid.*, p. 113). Cette idée privilégie sans raison la différence politique entre des organes sans tenir compte de la multiplicité des critères qui peuvent permettre de séparer des catégories dogmatiques et opposent bien, même en 1875, les lois ordinaires et constitutionnelles. Elle était d'ailleurs rejetée par la grande majorité de la doctrine. Voir par exemple, WALINE Marcel, « Quelques réflexions sur la notion de constitution en droit positif français », *APD* 1933, p. 118 voire ESMEIN Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p. 1078.

[3] Voir par exemple, DUEZ Paul, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France. Comment il convient de poser la question », *in Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1908, p. 227 ou LEBLANC Jacques, *Du pouvoir des tribunaux d'apprécier en France la constitutionnalité des lois*, Paris, PUF, 1924, p. 44.

[4] En ce sens, voir BUTÉRI Karine, *L'application de la Constitution par le juge administratif*, Thèse, Aix-en-Provence, 2000, p. 12 ou GENEVOIS Bruno, « Le Conseil d'État et l'application de la Constitution », *in* DRAGO Guillaume (dir.), *L'application de la Constitution par les cours suprêmes*, Paris, Dalloz, 2007, p. 33.

[5] Voir par exemple, TRÉMEAU Jérôme, article précité, p. 267.

raison de l'écran législatif, mais sa normativité n'était pas en contestée[2]. Ce constat ne remet pas en cause la mutation profonde qu'a été l'institution du contrôle de constitutionnalité des lois mais l'augmentation des hypothèses d'application juridictionnelle de la constitution ne doit pas être confondue avec l'acquisition d'une normativité supposée absente auparavant. Même si nous admettions le lien entre normativité et application juridictionnelle, nous devrions conclure à la normativité de la constitution puisqu'elle était parfois appliquée par les juges. D'ailleurs, l'institution du Conseil constitutionnel n'empêche pas cette application juridictionnelle de connaître des degrés car l'invocabilité des normes constitutionnelles n'est pas sans limite. La normativité est plus un *continuum* que la rupture nette que décrit une doctrine qui s'éloigne clairement de l'usage commun de ce terme[3]. Le contrôle de constitutionnalité a une influence politique notable mais il serait exagéré de lui attribuer un effet sur la structure du système juridique.

Ces considérations nous conduisent à rejeter l'idée d'une rupture totale intervenue en 1958 à travers l'apparition d'un nouveau droit constitutionnel qui serait la conséquence de la création du Conseil constitutionnel. Cette idée trouve sans doute son origine dans la confusion entre le droit constitutionnel considéré comme corps de règles et comme discipline[4]. Que l'on y soit favorable ou pas, nous sommes forcés de constater que la mutation de la discipline est réelle car elle est en partie passée d'un mélange de dogmatique, d'histoire, de théorie et de science politiques à une forme d'étude contentieuse pas si éloignée du droit administratif[5]. De ce point de vue, le droit constitutionnel est bien différent après 1958 ou plus probablement

---

[1] Ces limites procédurales n'ont pas empêché le juge administratif d'appliquer le préambule de la Constitution de 1946 sous la IVe République, bien avant la décision de 1971 du Conseil constitutionnel. Voir ainsi, CE Ass., 7 juillet 1950, Dehaene, *Rec.* p. 426 et CE Ass., 11 juillet 1956, Amical des Annamites de Paris, *Rec.* p. 317. Pour autant, il faut reconnaître que les juges préféraient généralement évoquer des principes généraux du droit en lieu et place des normes constitutionnelles (en ce sens, voir DERRIEN Arnaud, *Les juges français de la constitutionnalité*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 60-64). Cette tendance a toutefois des explications procédurales qui sont toujours actuelles.

[2] La technique même de l'écran législatif suppose la normativité et la validité de la constitution car si celle-ci n'était pas une norme juridique valide, un règlement inconstitutionnel n'aurait besoin d'aucune protection contre elle.

[3] Il est même possible de proposer une redéfinition encore plus radicale qui lie la normativité à l'institution d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Pour autant, il n'est même pas dit qu'une telle stipulation suffirait à opposer la situation avant et après 1958 puisque d'une part il existait déjà un contrôle de caducité et d'autre part le contrôle prévu en 1958 est assez restrictif. Tout est encore une fois question de degré. De plus, cette stipulation s'éloigne tellement de l'usage admis du terme « normativité » qu'elle paraît totalement inacceptable au regard des impératifs de la redéfinition. Mieux, la doctrine ne prétend pas changer le sens de ce terme mais plutôt décrire une évolution concrète du droit positif.

[4] Le droit constitutionnel est ainsi évoqué par Favoreu en tant que discipline (« L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », *in Études offertes à Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 244) comme en tant que corps de règles (« Bloc de constitutionnalité », *in* DUHAMEL Olivier et MÉNY Yves (dir.), *op. cit.*, p. 88) voire les deux à la fois (« Le droit constitutionnel, droit de la Constitution… », précité, p. 80 ou intervention dans « La constitution européenne, une constitution ? Débats », *RAE* 2001-2002, p. 741).

[5] Cette caractéristique a notamment été mise en valeur dans BASTIEN François, « La constitution du droit ? La doctrine constitutionnelle à la recherche d'une légitimité juridique et d'un horizon pratique », *in La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, p. 214. Pour des exemples, voir DENQUIN Jean-Marie, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits* n°32, p. 35 ou ROUSSEAU Dominique, « Du droit constitutionnel sous-ensemble du droit public au droit constitutionnel droit d'harmonie », *JSLC* 1995, p. 342.

après 1971[1]. En revanche, le droit constitutionnel en tant que corps de règles est relativement stable alors que c'est lui qui est déterminant quant à la définition de la constitution[2]. Son influence sur le reste du droit s'est accentuée, même si la portée exacte de ce phénomène est discutée comme le montre le débat un peu délaissé sur la constitutionnalisation du droit[3]. Mesurer cette mutation dépend paradoxalement de l'usage d'un critère de définition de la constitution qui soit neutre par rapport à la transformation supposée[4]. De plus, si les partisans du « nouveau droit constitutionnel » assument des objectifs pédagogiques[5], il est bien difficile de les séparer d'objectifs politiques sur la place de la constitution[6]. Les raisons qui ont poussé à évoquer l'acquisition de la normativité par la Constitution après 1958 sont donc finalement assez peu convaincantes. L'incapacité à dégager un critère vraiment autonome, le risque d'éloignement du prototype et les raisons académiques et politiques qui poussent à cette redéfinition suffisent à démontrer son danger. Elle introduit dans la théorie générale des sources du droit un désordre que rien ne justifie. Son application au problème de l'adaptation ne peut qu'amener des confusions supplémentaires sans grand intérêt dans un cadre européen marqué depuis longtemps par un contrôle juridictionnel développé. Le débat sur l'émergence d'une constitutionnalité européenne ne peut sérieusement être réduit à la question de l'applicabilité du droit communautaire pour écarter les lois quand l'on sait que l'ensemble des traités internationaux bénéficient déjà de ce statut en droit français. L'enjeu est plus spécifique et la définition envisagée ne permet ni de comprendre le débat ni de résoudre les difficultés qu'il engendre.

---

[1] La date de 1971 est celle qui est le plus souvent retenue comme origine du « nouveau » droit constitutionnel (FAVOREU Louis et RENOUX Thierry, « Rapport… », précité, p. 15). Cela montre au passage que c'est moins la création d'un juge constitutionnel que l'attitude que celui-ci choisit d'adopter qui est déterminante car c'est bien l'une des décisions du Conseil constitutionnel qui est vue comme la cause de la transformation du droit constitutionnel.

[2] Tout au plus pouvons-nous nous interroger sur le sort des normes utilisées par le Conseil constitutionnel et dont l'origine constitutionnelle est discutable. Il s'agit toutefois d'une question d'interprétation qui n'a pas de rapport direct avec le problème de la définition de la constitution (voir *supra*, p. 153 et s.).

[3] Sur ce thème voir la thèse précitée de M. Mouton mais aussi FAVOREU Louis, « L'influence… », précité, p. 244.

[4] En effet, si l'on définit la constitution par son juge, il est sûr que son effet sur le reste du droit a augmenté pour la bonne et simple raison qu'il n'y avait pas de constitution avant 1958. Un raisonnement de ce type ne permet évidemment pas de mesurer l'évolution de la place de la constitution dans l'ordre juridique français.

[5] Voir notamment, FAVOREU Louis, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs* n°13, p. 26 ou « Droit administratif et normes constitutionnelles. Quelques réflexions, trente ans après », *in Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 670.

[6] En ce sens, voir PIERRÉ-CAPS Stéphane, « Les mutations de la notion de constitution et le droit constitutionnel », *Civ. Eur.* n°6, p. 43 ; BASTIEN François, article précité, p. 214 ou POIRMEUR Yves et ROSENBERG Dominique, « La doctrine constitutionnelle et le constitutionalisme français », *in* CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 238. L'ambiguïté provient du fait que « on emploie aujourd'hui en France le mot constitutionnalisme pour désigner à la fois l'ensemble de ces développements et la théorie prescriptive selon laquelle ils sont heureux et doivent être poursuivis » (TROPER Michel, « Le constitutionalisme entre droit et politique », *in* CURAPP, *Droit et politique*, Paris, PUF, 1993, p. 83). Pour des exemples de cette tendance, voir FAVOREU Louis, « Propos… », précité, p. 27 ou MAGNON Xavier, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction », *in Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, précité, p. 248. C'est ce mélange d'intérêts disciplinaires et politiques qui favorise le rejet de l'hypothèse de l'émergence d'une constitution européenne.

L'élimination des critères néo-constitutionnalistes clôt l'examen critique des définitions matérielles de la constitution. Il a permis de montrer que derrière l'apparence d'une notion vague se cachent plusieurs modèles distincts unis par leur lutte contre une doctrine formaliste bien imprécise. Cette élucidation rend possible la distinction de positions doctrinales souvent confondues[1] qui ont pu de ce fait être évaluées. Elles s'opposent de diverses manières ce qui nous conduit à ajouter des niveaux dans la typologie des définitions de la constitution. Après la séparation tenant au statut de la connaissance (théorie-dogmatique) se trouve une opposition de genre (fait-norme) qui précède en réalité l'opposition de différences spécifiques (matérielle-formelle) et *a fortiori* les découpages présents dans chacune de ces deux branches. Les définitions factuelles et normatives formelles sont toutes marquées par un mélange entre théorie et dogmatique, une imprécision résiduelle et surtout un manque de fertilité tant de la représentation générale du système juridique que de celle de son adaptation. Elles doivent donc être laissées de côté au profit des définitions normatives formelles (Chapitre II).

[1] Les différents sens que peut prendre l'expression « constitution au sens matériel » sont le plus souvent confondus ou en tout cas distingués de manière incomplète. Voir ainsi, GÉLIN-RACINOUX Laurence, *Recherches sur le rapport de la constitution au temps*, Thèse, Nantes, 2005, p. 38 ; GERKRATH Jörg, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1997, p. 74 ou SCHWARZE Jürgen, « Constitutional Developments in the European Community », *Law and State*, 1987, p. 100.

Chapitre II : Les insuffisances du concept de constitution au sens formel

La quasi-totalité des travaux sur la catégorie de constitution sont construits sur la base de la dichotomie fondamentale entre constitution au sens matériel et au sens formel. Puisque l'unité apparente et surtout les valeurs logique et scientifique du concept de constitution au sens matériel viennent d'être critiquées, il convient désormais de se tourner vers celui de constitution au sens formel. Il est clairement privilégié par la doctrine française : si les définitions matérielles ont fait l'objet d'un intérêt renouvelé dans les débats sur l'adaptation de la constitution, peu d'auteurs se contentent de ce type de définitions. La notion de constitution au sens formel ne souffre pas d'une ambiguïté aussi accusée que celle de constitution au sens matériel car elle se rapporte à un genre indiscuté : les définitions formelles sont toutes des définitions normatives formelles[1]. Dans la typologie des définitions de la constitution, elles forment donc une sous-catégorie des définitions normatives. Pour autant, la diversité des critères formels évoqués par la doctrine maintient une forme d'incertitude qui va au-delà de l'indétermination résiduelle inévitable. C'est pourquoi il est nécessaire de commencer par définir la définition formelle. Elle exclut ce qui tient à la signification de l'acte, que ce soit la matière concernée ou la règle adoptée. Cette définition purement négative ne peut toutefois suffire. L'idée de « forme » ne se limite pas à la constitution mais est au contraire largement utilisée en droit, notamment à propos d'actes normatifs de toutes sortes[2], et elle peut être comprise dans un sens plus ou moins extensif. Dans une acception restreinte, les critères formels sont ceux qui se rapportent à l'incarnation physique du résultat du processus normatif, c'est-à-dire à l'expression verbale ou écrite qui incarne son aboutissement. Cela correspond à ce que l'on nomme l'*instrumentum* ou à l'objet du vice de forme en droit administratif. Dans le cas de la constitution, ils couvriront surtout son caractère écrit ou non, ce qui n'a évidemment qu'un faible intérêt. Il faut donc plutôt aller vers un sens étendu qui couvre également les critères qui tiennent à l'intervention d'une autorité donnée (critères organiques) ou aux modalités de son intervention (critères

[1] Notons toutefois que l'expression « constitution formelle » est parfois utilisée comme contraire de « constitution matérielle » au sens organiciste (COTTA Sergio, « La notion de constitution dans ses rapports avec la réalité sociale », *Annales de philosophie politique* 1965, p. 157) voire comme synonyme de texte constitutionnel (AVRIL Pierre, *Les conventions de la constitution*, Paris, PUF, 1997, p. 94). Cet usage trouve sa source dans l'ambiguïté de la notion de constitution au sens matériel (voir *supra*, p. 385) et dans le rapport occasionnellement établi entre caractère formel et écrit (voir par exemple, CHEVALLIER Jacques, « Pour une sociologie du droit constitutionnel », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 286).

[2] En ce sens, voir ARDANT Philippe et MATHIEU Bertrand, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 20e éd., Paris, LGDJ, 2008, p. 57.

procéduraux)[1]. C'est ce sens qui est le plus souvent retenu par la doctrine, ce qui favorise la variété des définitions formelles. La délimitation de la notion de constitution au sens formel permet son étude et facilite sa compréhension. Un examen attentif conduit à déceler des carences qui interdisent de retenir les critères habituellement cités par la doctrine dans ce domaine (Section 1). Ce constat semble mener à une impasse puisque les critères formels et matériels sont rejetés. Il s'agit néanmoins d'une apparence car l'analyse des critères formels montre le caractère incomplet de la dichotomie classique. En effet, les définitions formelles ne réunissent pas toutes les définitions normatives non-matérielles imaginables. La mise en valeur des limites de la typologie traditionnelle des définitions théoriques de la constitution indiquera finalement la voie de son dépassement (Section 2).

SECTION 1 : LES LIMITES DES DEFINITIONS DITES « FORMELLES » DE LA CONSTITUTION

Les définitions formelles sont en principe celles qui reposent sur des critères tenant à la forme, aux organes ou à la procédure. Pourtant, les critères purement formels doivent être éliminés à ce stade car il n'existe pas de définition reposant uniquement sur eux. Certes, le caractère écrit est parfois évoqué[2] mais il est manifestement insuffisant pour séparer les constitutions de la plupart des autres normes positives. Le titre de l'acte pourrait aussi être cité mais il est impossible de fonder une comparaison sérieuse entre systèmes juridiques sur un élément de ce genre qui dépend du vocabulaire arbitrairement choisi par les pouvoirs normatifs. La traduction est en tant que telle problématique[3] et il est aisé de trouver des contre-exemples parmi les cas typiques, comme la Loi fondamentale allemande. Cette particularité paraît de plus dépourvue de toute pertinence : des normes dotées de contenus et de statuts totalement divergents peuvent porter le même nom, ce qui prive d'intérêt leur éventuel regroupement. L'utilisation du titre d'un acte comme indication de la volonté de ses auteurs peut avoir un sens sur le plan dogmatique[4] mais pas sur le plan théorique car il ne vise pas à partager les représentations des acteurs mais à construire des représentations sur ces représentations. En conséquence, seuls les critères organiques et procéduraux doivent faire

[1] Voir ainsi, TURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, p. 110 ; VEDEL George et DELVOLVÉ Pierre, « La constitution comme base du système juridique », *JSLC* 1979, p. 111 ou PACTET Pierre et MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Droit constitutionnel*, 27e éd., Paris, Sirey, 2008, p. 63. Pour reprendre l'analogie avec les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, ce sens étendu couvre également l'objet du vice de procédure et de l'incompétence.
[2] Voir, parmi de nombreux exemples, AUBERT Jean-François, « La Constitution, son contenu, son usage », *RDS* 1991, p. 34 ; JELLINEK Georg, *L'État moderne et son droit*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1913, T. 2, p. 173 ou GREWE Constance et RUIZ-FABRI Hélène, *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995, p. 34.
[3] Le risque est alors de limiter la catégorie à une aire linguistique donnée, ce qui n'est évidemment pas souhaitable.
[4] Voir *supra*, p. 353.

l'objet d'une étude plus poussée. Parmi eux, un critère est privilégié par la doctrine : la rigidité. Notre travail doit donc se concentrer sur cet élément (II) même si nous ne devons pas oublier l'existence d'autres critères formels plus originaux (I).

I. LES CRITERES FORMELS ATYPIQUES

Nous traiterons ici des critères formels couramment utilisés mais qui ne sont pas directement liés à la rigidité des normes en cause. Nous pouvons distinguer ceux qui tiennent à l'adoption de la norme (A) de ceux qui portent sur les conditions de sa révision (B).

A. Les critères liés à l'adoption de la norme

Les définitions théoriques de la constitution s'attachent rarement aux modalités d'adoption des normes[1]. Cela peut paraître étonnant car les définitions dogmatiques et théoriques des normes reposent souvent sur les spécificités de leur adoption. Toutefois, comme nous avons déjà pu le noter, le caractère originaire d'une part importante des normes constitutionnelles typiques complique l'utilisation de ce genre de critères[2] et tend à réduire la procédure d'édiction des normes constitutionnelles à celle de leur révision. Certains ont tout de même proposé des critères liés à l'adoption de la norme en se référant au pouvoir constituant. Il doit ici être considéré comme un élément théorique (1) sans que cela ne garantisse l'utilité des définitions qui s'y réfèrent (2).

1. LE POUVOIR CONSTITUANT COMME CRITERE THEORIQUE

La constitution est souvent présentée simplement comme la norme adoptée par le pouvoir constituant[3]. Étant donné que la place potentielle du pouvoir constituant dans la dogmatique a déjà été indiquée[4], nous entendons maintenant envisager l'intervention du pouvoir constituant comme un critère théorique, c'est-à-dire retenu arbitrairement par la doctrine pour fournir une représentation du système juridique et de la théorie générale des sources du droit. La doctrine ne précise pas si elle entend se placer dans une perspective dogmatique ou théorique et il

[1] La référence au mode d'adoption est même explicitement dénoncée par certains auteurs. Pour une illustration, voir AUER Andreas, « L'adoption et la révision des constitutions : de quelques vérités malmenées par les faits », *in* BIEBER Roland et WIDMER Pierre (dir.), *L'espace constitutionnel européen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995, p. 271.
[2] Cette particularité permet en effet une grande diversité dans les procédures d'adoption et gêne leur traitement comme des réalités juridiques faute de normes juridiques positives connues chargées de les réglementer.
[3] Pour des exemples, voir GÉLIN-RACINOUX Laurence, *Recherches sur le rapport de la constitution au temps*, Thèse, Nantes, 2005, p. 52 ou MIRANDA Jorge, « Constitution et intégration européenne », *in Mouvement du droit public. Mélanges Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 871.
[4] Voir *supra*, p. 336 et s.

faudra donc procéder à une reconstruction pour préciser le rôle théorique que peut avoir la référence au pouvoir constituant. Cette démarche est légitimée par la tendance des manuels à évoquer le pouvoir constituant dans les réflexions générales sur la notion de constitution. Les travaux sur la constitution sont le plus souvent d'ordre théorique en raison de la négligence du problème de l'identification constitutionnelle et de la volonté de bâtir des théories générales. Le concept même de pouvoir constituant est abordé comme une notion utilisable dans tous les droits et non comme une notion dogmatique relative à un système juridique précis et défini par celui-ci. Cette position peut parfois s'expliquer par l'usage de catégories jusnaturalistes ou politiques. Dans le premier cas, l'universalité du pouvoir constituant trouve sa source dans le rejet du droit positif au profit d'un droit idéal formé par des concepts éternels[1] et non dans la poursuite d'objectifs théoriques. Cette hypothèse est clairement vérifiée dans certains cas mais elle ne peut être étendue sans limite à des auteurs qui ne revendiquent pas le caractère conceptualiste ou jusnaturaliste de leurs développements. Surtout, au regard de la théorie générale utilisée, cette voie est sans issue, ce qui encourage à lire la doctrine sous un autre jour pour en proposer la meilleure interprétation possible. Dans le second cas, nous sommes face à une notion qui renvoie seulement aux doctrines politiques qui entendent assurer la légitimité de certains organes pour édicter une constitution. Cette posture est défendable mais elle n'a pas de pertinence juridique[2]. Une reconstruction dans un sens théorique est donc nécessaire.

Il faut prendre conscience de la portée de ce choix. Il implique notamment que les énoncés se rapportant au pouvoir constituant voient leurs conditions de vérité modifiées. De ce fait, les critiques formulées précédemment à propos du rôle dogmatique du pouvoir constituant n'ont plus d'importance quand l'on cherche à déterminer son rôle dans la théorie juridique. La place accordée au pouvoir constituant dans la définition de la constitution doit être réétudiée dans cette nouvelle perspective. Dans ce cadre, nous pouvons relever deux types d'attitudes. La première est de se contenter d'exiger l'intervention du pouvoir constituant. La notion de pouvoir constituant n'est pas reliée à un autre élément mais décrite en tant que telle comme le

[1] Cette option a été envisagée dans la première partie (voir *supra*, p. 175). Nous risquons ici de reconstruire les mêmes énoncés de deux manières distinctes et opposées. Cette éventualité n'est pas vraiment gênante car elle constitue au contraire une tentative pour comprendre de la manière la plus convaincante possible des énoncés doctrinaux ambigus.

[2] Le terme « constitution » et ses dérivés se retrouve dans différents types de discours mais notre travail entend étudier seulement sa signification dans le discours juridique et non dans les discours de la pratique ou de la théorie politiques. Les oppositions entre ces discours, notamment quant aux objectifs poursuivis par leurs locuteurs, justifient en effet une séparation assez stricte de leur étude. Cela ne veut évidemment pas dire que ces discours sont eux-mêmes totalement isolés car la production de normes illustre souvent la circulation entre discours politique et juridique.

critère permettant de définir la constitution au sens théorique[1]. Une norme adoptée par un autre pouvoir ne pourrait être classée comme constitutionnelle. Une variante un peu plus précise de cette idée insiste sur la fonction du pouvoir constituant originaire[2], entendu comme un pouvoir a-juridique. Une norme adoptée sur la base d'une procédure juridique pré-existante ne ferait pas alors partie de la catégorie théorique de constitution. La deuxième attitude consiste à exiger un titulaire spécifique pour le pouvoir constituant. Elle s'incarne avant tout dans la relation établie entre pouvoir constituant et caractère démocratique de la procédure constitutionnelle[3]. Il n'est pas utile d'approfondir ce point car l'ajout du pouvoir constituant ne change rien aux faiblesses déjà énoncées des définitions démocratiques formelles[4]. Elle se manifeste aussi dans l'attribution du pouvoir constituant au souverain[5] qui conduit à définir la constitution comme la norme adoptée par le souverain[6]. Cette proposition peut acquérir une dimension démocratique si l'on attribue la souveraineté au peuple ou à la nation mais nous ne nous intéresserons ici qu'à la version de cette théorie qui renvoie au souverain sans ajouter d'exigence politique supplémentaire pour éviter les critiques adressées aux définitions constitutionnalistes. Dans tous les cas, la dimension organique est claire, tout comme la distance avec les définitions matérielles puisque la signification de l'acte adopté par ce pouvoir n'a pas d'importance.

L'utilité de cette conception pour étudier l'adaptation de la constitution est facile à comprendre. En effet, si cette exigence est assez banale au niveau national, sa transposition au niveau européen[7] est susceptible d'avoir des conséquences notables. Le critère du pouvoir originaire serait ainsi opposable à toutes les normes européennes ou internationales adoptées par le biais d'une procédure régulière. Par exemple, un traité international conforme aux règles internationales ne pourrait en aucun cas être considéré comme constitutionnel. Il faut

---

[1] Voir GÉLIN-RACINOUX Laurence, *op. cit.*, p. 56 ou dans une certaine mesure FRANCK Christian, « Traité et constitution : les limites de l'analogie », *in* MAGNETTE Paul (dir.), *La constitution de l'Europe*, 2e éd., Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 37.

[2] En ce sens, voir DE BARRANGER Thibaut, *Constitutions nationales et construction communautaire*, Paris, LGDJ, 1995, p. 5 ou GOHIN Olivier, « La nature juridique de l'Union européenne », *in* GOHIN Olivier et PÉCHEUL Armel (dir.), *La nouvelle Union européenne*, Paris, François-Xavier de Guibert, 2005, p. 80.

[3] Nous retrouvons ici la définition constitutionnaliste formelle déjà évoquée mais seulement dans le cas où elle est reliée à la notion de pouvoir constituant, ce qui n'est pas toujours le cas. Voir tout de même, pour un exemple, BERRAMDANE Abdelkhaleq et ROSSETTO Jean, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 44.

[4] Voir *supra*, p. 450 et s.

[5] TURPIN Dominique, « Réflexions sur la nécessité d'une Constitution européenne », *in Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet*, Clermont-Ferrand, PU de Clermont-Ferrand, 2001, p. 391.

[6] CARCASSONE Guy, « Les vertus et les dangers de la transposition dans l'ordre international », *in* CHEMAIN Régis et PELLET Alain (dir.), *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, Paris, Pedone, 2006, p. 180 ou COHENDET Marie-Anne, *Le droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 84.

[7] La réflexion sur l'existence d'un pouvoir constituant européen est particulièrement répandue. Voir, parmi de nombreux exemples, BLANCHARD David, *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, Rennes, Éd. Apogée, 2001, p. 419 ; GRARD Loïc, « Traité constitutionnel, une réalité juridique », *RDP* 2003, p. 1261 ou MOUTON Stéphane, « Le pouvoir constituant européen, nouvel objet du droit constitutionnel ? », *in* ROUSSILLON Henry, BIOY Xavier et MOUTON Stéphane (dir.), *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, Toulouse, PUSST, 2006, p. 231.

au contraire une rupture procédurale forte, comparable à une révolution interne. Ce thème est très répandu dans la doctrine européenne où l'intervention, forcément illégale, du pouvoir constituant est opposée à la procédure internationale classique qui caractérise la construction européenne[1]. Il a été utilisé lors du débat sur la nature de la convention pour l'avenir de l'Europe[2] au cours duquel la distance qui sépare celle-ci des pratiques internationales communes a été soulignée[3]. La comparaison avec la Convention de Philadelphie a mené la réflexion vers l'hypothèse d'une révolution camérale, dont la réalité aurait été démontrée par un éventuel dépassement de son mandat par la Convention sur l'avenir de l'Europe[4]. Aussi son absence a-t-elle été citée comme preuve de la qualité non-constitutionnelle du projet qu'elle a proposé[5]. Le critère du pouvoir souverain peut aussi servir car, pour certains, seul un organe étatique peut disposer d'un tel pouvoir, ce qui implique qu'il est impossible d'envisager une constitution européenne ou internationale sans qu'un État nouveau ne vienne surplomber les États existants[6]. À l'inverse, l'insistance sur l'apparition d'une forme de souveraineté européenne montre que les partisans de la constitution européenne peuvent aussi opter pour cette définition[7]. Le lien établi entre acte unilatéral et constitution[8] peut également trouver son origine dans l'assimilation entre pouvoir constituant et pouvoir souverain ou originaire. Ce rapide panorama permet de déceler une tendance marquante : là où les critères matériels offraient une notion étendue favorable à la constitutionnalité internationale ou européenne, les critères formels sont quant à eux souvent au service du scepticisme en ce domaine. L'élucidation de la polysémie du terme « constitution » n'en est que plus nécessaire, ce qui impose de ne pas oublier les défauts des critères basés sur le pouvoir constituant (2).

---

[1] Bien entendu, cette idée ne peut pas toujours être clairement séparée d'une exigence démocratique car il est possible de critiquer les manques démocratiques des procédures internationales. La rupture serait alors à la fois le signe de l'action d'un pouvoir originaire et d'une transition vers la démocratie.

[2] Cette question a fait l'objet d'un très grand nombre d'études. Voir ainsi, CRAIG Paul, « Constitutional Process and Reform in the European Union », *Forum Constitutionis Europae* n°3/04 ; KLEIN Claude, « Constitution et entités politiques multinationales : à propos de la Convention européenne », *Cités* n°13, p. 38 ou MARTI Gaëlle, *Le pouvoir constituant européen*, Thèse, Nancy II, 2008, p. 573.

[3] DUBOS Olivier, « Une constitution européenne, des constitutions nationales », *Revue européenne de droit public* 2003, p. 986 ou POIARES MADURO Miguel, « How Constitutional Can the European Union Be ? The Tension Between Intergovernementalism and Constitutionalism in the European Union », Jean Monnet Working Paper n°5/04, p. 33.

[4] Voir ROSENFELD Michel, « La convention européenne et l'œuvre des constituants américains », *Cités* n°13, p. 47 et surtout TRIANTAFYLLOU Dimitris, *La Constitution de l'Union européenne selon le Traité de Rome de 2004*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 147.

[5] Pour une idée proche, voir MAULIN Eric, « Révision d'un traité ou émergence d'un pouvoir constituant ? », *in* BEAUD Olivier, LECHEVALIER Arnaud, PERNICE Ingolf et STRUDEL Sylvie (dir.), *L'Europe en voie de Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 292. Voir toutefois sur la signification du changement de nom de l'enceinte chargée de rédiger la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, MENDEZ DE VIGO Inigo, « Ce texte a un corps de traité mais une âme de constitution », *LPA* 2004, n°250, p. 22.

[6] En ce sens, voir PELLET Alain, « Propos introductifs », *in* CHEMAIN Régis et PELLET Alain (dir.), *op. cit.*, p. 176.

[7] Voir, CHALTIEL Florence, *La souveraineté de l'État et l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2000, p. 495.

[8] Voir *infra*, p. 713.

2. LES DEFAUTS DU POUVOIR CONSTITUANT COMME CRITERE THEORIQUE

La référence au pouvoir constituant est assez séduisante, en partie en raison de sa capacité à répondre aux défis de l'adaptation. Cependant, la notion même de pouvoir constituant peut faire l'objet de critiques. Elle est généralement employée sans plus de précision alors même qu'il est difficile de la situer clairement en tant que catégorie théorique. Comme pour les définitions basées sur la justice constitutionnelle, le risque de circularité est fort : alors que la constitution se définit par le pouvoir constituant, celui-ci se définit par la constitution[1]. Or, définir le pouvoir constituant comme le pouvoir qui a adopté ou qui peut adopter la constitution n'est possible que si l'on dispose d'une définition autonome de la constitution. L'imprécision de la doctrine sur ce point peut sans doute s'expliquer par le fait que le pouvoir constituant est souvent considéré comme une sorte de fait brut qui n'a pas besoin d'être défini[2]. En effet, si le pouvoir constituant est une réalité directement observable ou une entité métaphysique quelconque, il peut être identifié avant la constitution. Toutefois, nous avons vu précédemment que cette approche ne pouvait être retenue. Le pouvoir constituant au sens dogmatique est un fait institutionnel et non un fait brut. Il n'existe que relativement à un droit donné et est sans doute absent de nombreux systèmes juridiques[3]. Or, une catégorie théorique à vocation générale ne peut se fonder sur une qualité institutionnelle propre à un système juridique[4]. Il faut au contraire disposer d'un critère théorique se rapportant à une propriété juridique et non se contenter d'une qualification dogmatique sous peine de perdre toute perspective de comparaison. Un énoncé rejetant l'existence d'une constitution européenne faute de pouvoir constituant européen est en tant que tel insuffisant si l'on ne peut clarifier ce que l'on doit entendre par « pouvoir constituant » dans ce contexte. Il est donc indispensable d'isoler les procédures ou les organes qui caractérisent ce pouvoir.

À cette fin, nous pouvons tout d'abord imaginer une notion matérielle de pouvoir constituant : il s'agirait du pouvoir compétent pour adopter des normes générales dans certains domaines spécifiques, tels que l'organisation des pouvoirs publics. Un tel concept a l'avantage de rompre avec l'essentialisme qui caractérise souvent l'évocation du pouvoir constituant. Il peut être utilisé pour comparer l'organisation des pouvoirs normatifs dans

---

[1] Pour une définition de ce type du pouvoir constituant, voir RICCI Roland, « La conception française du pouvoir constituant », *in* KOUBI Geneviève et MULLER-QUOY Isabelle (dir.), *Sur les fondements du droit public. De l'anthropologie au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 88.

[2] Voir *supra*, p. 174.

[3] Il serait ainsi inconnu du droit anglais. Voir en ce sens, LOUGHLIN Martin, « Constituent Power Subverted », *in* LOUGHLIN Martin et WALKER Neil (dir.), *The Paradox of Constitutionalism*, Oxford, OUP, 2007, p. 27.

[4] Cette relativité des qualités institutionnelles suppose bien sûr de s'écarter de l'universalité des conceptions essentialistes du pouvoir constituant mais aussi des approches politiques qui ne permettent pas de comprendre l'état actuel de l'adaptation de la constitution. Pour un exemple à propos du pouvoir constituant européen, voir TORCOL Sylvie, « Les mutations du constitutionnalisme à l'épreuve de la construction européenne », *Civ. Eur.* n°9, p. 372.

différents pays en sélectionnant le pouvoir normatif compétent dans certains domaines pour déterminer comment il est organisé. Cependant, l'existence d'un tel pouvoir au niveau européen ou international ne pose aucun problème. Le pouvoir d'adopter des traités internationaux est indéniablement couvert par cette définition au risque de sortir du prototype. En outre, l'autonomie de cette notion de pouvoir constituant est assez discutable car les normes qui relèvent de sa compétence correspondent à la notion classique de constitution au sens matériel. La dimension organique qui caractérise le critère du pouvoir constituant disparaît car ce concept ne renvoie plus à un organe précis mais seulement à l'organe qui a adopté ou peut adopter la constitution au sens matériel. En conséquence, l'existence du pouvoir constituant ne pourra être exclue que si l'on ne relève pas de constitution au sens matériel. Le raisonnement fondé sur le pouvoir constituant ne se distingue alors pas de celui fondé sur la constitution au sens matériel. Les imprécisions et les défauts qui caractérisent cette dernière sont eux aussi transposés ici. Cette définition ne peut donc nous être utile[1], non à cause de ses propres faiblesses mais à cause de celles qui touchent les définitions matérielles de la constitution.

Pour écarter cette difficulté, nous devons logiquement lier la notion de pouvoir constituant à l'intervention d'un organe spécifique, qu'il s'agisse d'un pouvoir juridique ou originaire. La première hypothèse couvre avant tout le constitutionnalisme formel qui ne peut nous retenir. Nous n'avons pu relever aucune autre proposition dans ce domaine. La seconde hypothèse est donc la plus pertinente. Elle semble dotée d'une certaine autonomie puisque le pouvoir constituant n'est pas défini par rapport à la constitution mais sur la base de l'absence de toute norme juridique d'habilitation. Des normes matériellement constitutionnelles peuvent alors être exclues de la catégorie théorique de constitution faute d'avoir été adoptées par un pouvoir originaire. Le constat de l'intervention d'un pouvoir de ce genre ne peut avoir lieu qu'*a posteriori* mais ce n'est pas du tout gênant dans le domaine théorique : la validité des normes juridiques est assurée sur le plan dogmatique avant qu'une classification théorique ne sépare celles qui ont été adoptées par un pouvoir dérivé de celles qui ont été adoptées par un pouvoir originaire. Ce dernier peut prendre toutes sortes de formes sans que des critères idéologiques ne soient nécessaires[2]. Ces points positifs ne doivent cependant pas masquer les limites des définitions appuyées sur le pouvoir originaire. Avant toute chose, leur rapport avec les cas

[1] Cela ne remet pas en cause l'utilité d'une définition théorique du pouvoir constituant, même élaborée sur une base matérielle, pour comparer des processus normatifs mais il ne s'agit pas là de l'objectif que nous poursuivons.

[2] De même, les critères qui ne sont pas directement liés au caractère originaire de ce pouvoir n'ont pas à être retenus. Citons ainsi l'exigence d'une rupture avec les procédures diplomatiques habituelles dans les relations internationales (SCHILLING Theodor, « The Autonomy of the Community Legal Order : an Analysis of Possible Foundations », *in Who in the Law is the Ultimate Judicial Umpire of European Community Competences ?*, Jean Monnet Working Paper n°10/96).

typiques de constitution n'est pas évident. Il n'est ainsi pas certain que la Constitution de 1958 puisse être considérée comme formée de normes originaires[1] et il ne fait aucun doute que la plupart de ses révisions sont le produit d'actes dérivés[2]. Étendre la définition du pouvoir constituant pour regrouper les pouvoirs originaires et dérivés ne peut mener bien loin car tous les pouvoirs normatifs répondent à cette définition. Il reste tout de même possible de définir la constitution comme la somme des normes originaires et des normes qui les ont révisées. Ce choix n'écarte néanmoins pas toutes les difficultés. En effet, toutes les normes produites par un pouvoir originaire ne peuvent raisonnablement passer pour constitutionnelles. Les régimes transitoires édictent par exemple de nombreuses normes originaires que personne n'a jamais décrites comme constitutionnelles. La référence au pouvoir originaire est dès lors insuffisante car il manque un critère séparant le simple pouvoir originaire du pouvoir constituant originaire[3]. Par ailleurs, certaines normes qu'il paraît intéressant de considérer comme constitutionnelles seront *de facto* exclues par ce critère. Nous pensons notamment aux normes constitutionnelles de colonies nouvellement indépendantes qui ont été adoptées légalement par les organes de l'ancienne métropole[4]. L'intérêt même de la référence au pouvoir originaire n'est quant à lui plus vraiment évident puisque toutes les normes constitutionnelles ne sont pas le produit de ce pouvoir. Mieux, le refus des théories mystiques du pouvoir originaire[5] diminue les particularités des normes qui résultent de son intervention[6]. La justification de l'exclusion de la catégorie de constitution de normes dérivées qui partagent l'ensemble des caractéristiques de normes originaires (matière traitée, mode de révision…) n'est plus du tout claire dans ces conditions. Ces carences incitent à ne pas s'arrêter à ce genre de considération dans l'analyse d'une norme européenne non-originaire qui présenterait des signes de constitutionnalité.

Quoi qu'il en soit, ces considérations n'impliquent pas que la notion de pouvoir souverain ne puisse pas servir de base à la définition du pouvoir constituant. Le sens même du terme « souverain » est toutefois assez complexe à déterminer. Nous avons vu précédemment que si l'on écarte les théories jusnaturalistes, il désigne un fait institutionnel spécifique[7]. Or, nous

---

[1] Voir *supra*, p. 106.
[2] Bien sûr, les constitutions reposent toujours en dernière analyse sur des normes originaires (voir *supra*, p. 107) mais cela ne suffit pas à les caractériser car toutes les normes juridiques peuvent pour ainsi dire soutenir la même prétention.
[3] Il serait tentant d'utiliser à cette fin un critère matériel mais cela correspond simplement à l'hypothèse de la définition matérielle du pouvoir constituant que nous venons de rejeter.
[4] Cette situation caractérise la plupart des anciennes colonies anglaises et concerne donc un grand nombre de pays.
[5] Voir *supra*, p. 174 et s.
[6] À l'inverse le mélange entre dogmatique et théorie qui caractérise ce genre de théories conduit à déduire des effets juridiques de l'intervention d'un pouvoir constituant pourtant défini arbitrairement par la doctrine. Pour une illustration, voir SCHILLING Theodor, « Treaty and Constitution. A Comparative Analysis of Uneasy Relationship », *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1996, p. 48.
[7] Voir *supra*, p. 176 et 337.

savons que l'attribution d'une qualité institutionnelle s'inscrit dans un contexte social donné et ne peut servir de base à une catégorie théorique. Rejeter toute possibilité de voir apparaître une constitution européenne faute de souveraineté européenne paraît dès lors très contestable. Sans même s'engager sur le rapport entre constitution et souveraineté, un tel énoncé suppose une notion théorique de souveraineté qui doit être précisée car l'absence de souveraineté de l'Union européenne au sens du droit français n'a pas de pertinence spécifique[1]. À la rigueur, le recours au droit international serait envisageable pour séparer les entités souveraines (les États) des autres collectivités et instituer ce critère comme base de la définition théorique de la constitution. Le droit international présente une sorte d'universalité qui lui permet de servir dans une réflexion théorique sur l'adaptation de la constitution pour lier la capacité d'établir une constitution, au sens théorique, à la possession de la souveraineté au sens dogmatique du droit international[2]. Toutes les normes typiques seraient bien sûr couvertes par un tel critère mais l'originalité du pouvoir constituant reste indéterminée car toutes les normes nationales sont établies par un pouvoir souverain au sens du droit international. Décrire la constitution comme le produit d'un pouvoir souverain au sens du droit international revient à la confondre avec l'ensemble du droit national. De plus, les traités internationaux sont eux aussi édictés par les États et sont de ce fait dans une certaine mesure l'émanation de pouvoirs souverains. Cette dérive apparente de la catégorie s'explique par un glissement du sens du terme « souverain » : l'image de l'adoption de la constitution par le souverain trouvait son origine dans une doctrine politique et une notion de certains droits internes qui n'a pas de grand rapport avec le concept de souveraineté reconnu par le droit international. Dans ce cadre, elle est la compétence à s'engager librement ou le fait d'être indépendant qui la fonde[3] et n'a donc rien à voir avec l'image de la nation omni-compétente décrite par la théorie jusnaturaliste de la souveraineté. La notion jusnaturaliste est en tant que telle inacceptable alors que la notion internationale n'a pas vraiment d'intérêt. Il faut plutôt chercher une définition théorique de la souveraineté qui serait la première étape de la définition de la constitution elle-même. Elle pourrait viser la qualité d'un pouvoir omni-compétent en droit interne mais ce type de pouvoir ne se retrouve pas dans tous les droits et n'entretient qu'un rapport diffus avec les normes constitutionnelles

[1] Il est ainsi impossible de déduire l'exclusion de tout pouvoir constituant européen de l'attribution de la souveraineté à la nation par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (en sens contraire, voir TURPIN Dominique, « Réflexions sur la nécessité d'une Constitution européenne », *in Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet*, Clermont-Ferrand, PU de Clermont-Ferrand, 1991, p. 391). Un tel raisonnement mélange une définition théorique de la constitution comme produit du pouvoir souverain et une affectation de la souveraineté au sens dogmatique du droit français.

[2] Pour un exemple de l'utilisation de la souveraineté au sens du droit international dans ce contexte, voir DUMONT Hugues et VAN DROOGHENBROECK Sébastien, « La contribution de la Charte à la constitutionnalisation du droit de l'Union européenne », *in* CARLIER Jean-Yves et DE SCHUTTER Olivier (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 70.

[3] En ce sens, voir DAILLER Patrick et PELLET Alain, *Droit international public*, 7e éd, Paris, LGDJ, 2002, p. 425.

typiques, ce qui fait qu'isoler les produits de son action n'a pas *a priori* de fertilité particulière. En fait, l'intérêt récent pour le critère du pouvoir souverain n'est pas la marque d'une démarche théorique générale mais plutôt de la tendance à imaginer des critères *ad hoc* pour répondre aux défis de l'adaptation au détriment du maintien de la cohérence de la catégorie. Celle-ci est facilitée par la prégnance du conceptualisme qui laisse croire qu'il existerait une « vraie » notion de constitution et que la valeur scientifique des choix terminologiques n'a pas besoin d'être prouvée. Le constat des limites de la référence à la souveraineté écarte toute une série d'arguments qui sont à l'origine des problèmes apparemment insolubles sur l'adaptation de la constitution. Le lien avec l'État ou le caractère forcément unilatéral de la constitution ne peuvent être défendus qu'au prix de nouvelles justifications qui ne se fondent pas sur la définition de la constitution comme le résultat de l'action d'un pouvoir souverain. Une fois de plus, la raison qui pousserait à exclure de la catégorie les normes multilatérales ou non-étatiques qui, par exemple, réglementeraient l'organisation politique et seraient à la fois rigides et suprêmes doit être précisée si l'on veut maintenir ce genre de restrictions. À première vue, l'usage d'une catégorie commune qui permettrait ensuite de souligner la diversité des modes d'édiction constitutionnelle et de les comparer semble plus approprié. Au final, les insuffisances des critères tenant à l'adaptation nous oriente vers les critères tenant à la révision qui ne sont pas réductibles à la rigidité, ce qui vise avant tout le critère de révision majoritaire (B).

B. La révision majoritaire

Nous allons ici nous attacher à élucider un critère tenant à la révision qui était marginal dans la doctrine jusqu'à une période récente. Sa nouvelle popularité impose de l'étudier avec soin mais son examen aboutit à constater qu'il souffre de graves limitations aussi bien quant à sa portée (1) qu'à son utilité (2).

1. UN CRITERE A LA PORTEE LIMITEE

Choisir le critère de la révision majoritaire revient à poser comme critère de constitutionnalité la prévision d'une procédure de révision qui se contente de l'approbation de la majorité des parties concernées. Rappelons qu'il s'agit ici d'un critère théorique et que la critique dogmatique de ce critère proposée auparavant[1] est sans effet sur ses valeurs logique et scientifique. L'absence de toute portée dogmatique ne l'empêche pas en tant que telle d'être

[1] Voir *supra*, p. 351.

utile à la représentation du système juridique et de correspondre aux impératifs de la redéfinition théorique. Pour autant, définir la constitution comme une norme révisable par une procédure majoritaire est assez inattendu. Cette idée est totalement absente des définitions générales proposées par la plupart des manuels. En revanche, son succès est indéniable dans les travaux spécialisés qui sont consacrés à l'hypothèse de l'émergence d'une constitution européenne. De nombreux auteurs affirment ainsi que si le droit communautaire[1] originaire se rapproche par certains aspects des constitutions nationales, le fait que ses normes ne soient révisables que par décision unanime des États membres interdit de lui reconnaître un caractère constitutionnel[2]. Il ne deviendra un droit constitutionnel que le jour où sera prévue une procédure de révision où la majorité remplacera l'unanimité[3]. Même si elle n'était pas très répandue, cette manière de voir connaît quelques précédents en droit international[4]. Ajoutons que des idées proches sont parfois proposées. Citons les liens établis entre la rupture constitutionnelle et des procédures qui ne passent pas par des ratifications classiques[5] ou laissent une place aux organes intégrés[6] voire consacrent le référendum[7]. Précisons bien que nous entendons nous concentrer sur la relation qui peut exister entre ce genre de procédures et la constitutionnalité des normes sur lesquelles elles débouchent. Affirmer qu'elles représenteraient un changement politique en apportant une certaine souplesse et en relativisant le rôle des États paraît tout à fait acceptable mais ne nous intéresse pas directement. Dans tous les cas, il ne faut pas négliger la diversité des positions doctrinales existantes. La révision est au centre de toutes les attentions mais le caractère majoritaire et non unanime de l'adoption initiale des actes en cause est parfois cité comme un critère de constitutionnalité[8]. Sa place est néanmoins le plus souvent minorée[9] parce que l'adoption des constitutions est considérée

---

[1] Notons que nous ne séparons pas pour le moment le droit communautaire du droit de l'Union européenne car leurs propriétés spécifiques ne présentent pas à ce stade une importance déterminante.

[2] Voir, parmi de nombreux exemples, BLUMANN Claude, « Quelques réflexions sur le projet de constitution de l'Union européenne », *RDP* 2003, p. 1273 ; LEFEBVRE Maxime, « La Constitution européenne : bilan d'un accouchement (2002-2004) », *RMCUE* 2004, p. 560 ou ROSSETTO Jean, « Quelle réalité juridique pour la 'Constitution européenne' ? », *Tribune du droit public* 2004, p. 334.

[3] Voir AUBERT Jean-François, « Nécessité et fonctions de la Constitution », *in* BIEBER Roland et WIDMER Pierre (dir.), *op. cit.*, p. 23 ; CHOPIN Thierry, « La Convention, moment constituant pour l'Europe ? », *Politique étrangère* 2003, p. 733 ou CLERGERIE Jean-Louis, « L'avant-projet de Constitution européenne », *LPA* 2003, n°42, p. 15.

[4] Voir ainsi, GIRAUD Emile, « La révision de la Charte des Nations Unies », *RCADI* 1956-II, p. 341 ou SCELLE Georges, *Précis de droit des gens*, Paris, Sirey, 1932, T. I, p. 257.

[5] REUTER Paul, *Cours d'organisations européennes*, Paris, Les cours du droit, 1958-1959, p. 53.

[6] KOVAR Robert, « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire » *RCADE* vol. IV, book 1, p. 32.

[7] FLAUSS Jean-François, « Le référendum européen dans tous ses états. Conclusions générales », *in* AUER Andreas et FLAUSS Jean-François (dir.), *Le référendum européen*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 339.

[8] Voir par exemple, CONSTANTINESCO Vlad, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe : changement qualitatif ou simple consolidation », *Europe en formation* n°4-2004, p. 7 ou TRIANTAFYLLOU Dimitris, « Les procédures d'adoption et de révision du traité constitutionnel » *in* AMATO Giuliano, BRIBOSIA Hervé et DE WITTE Bruno (dir.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 226.

[9] MAULIN Eric, article précité, p. 290.

comme un phénomène peu juridique qui relèverait plutôt de l'histoire que du droit positif[1]. Cette tendance classique est renforcée dans le cas européen par la faible probabilité de l'adoption majoritaire directe d'un nouveau traité international : l'institution d'une procédure majoritaire de révision paraît plus plausible. Quoi qu'il en soit, établir un lien entre procédure de révision ou d'adoption constitutionnelle et majorité revient à définir la constitution par cette procédure[2]. Ce critère n'est pas toujours évident à cerner mais le fait que l'on se concentre sur l'adoption ou sur la révision n'est *a priori* pas décisif.

La relation entre procédure majoritaire et constitution n'a pas toujours eu les faveurs de la doctrine[3]. Elle peut quand même se prévaloir de racines anciennes dans la classification générale des formes d'États. Comme nous avons pu l'évoquer brièvement, la doctrine allemande de la fin du XIXe siècle a élaboré, pour des raisons largement politiques[4], une typologie générale des formes d'États qui a eu une grande influence sur la doctrine française. Malgré des variations non-négligeables, elle repose avant tout sur l'opposition entre État fédéral et confédération d'États sur la base d'une série de critères tenant à l'effet direct du droit central, le nombre d'organes en causes, l'existence d'un droit de sécession, l'institution par un traité ou une constitution ou encore la présence de procédures de décision ou de révision majoritaires[5]. Elle se caractérise donc déjà par l'attention portée à la procédure de révision majoritaire[6]. Les différents éléments cités sont reliés dans une perspective conceptualiste qui a progressivement fait apparaître un lien entre qualité constitutionnelle et révision majoritaire[7], en tant que caractéristiques de l'État fédéral. L'apparition de la constitution et l'émergence de l'État passent toutes deux par la consécration de procédures de révision majoritaire. Cette relation est particulièrement nette dans les travaux d'Eisenmann[8]

---

[1] EISENMANN Charles, *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1948, p. 306.

[2] Comme souvent, ce critère est régulièrement combiné avec d'autres, comme par exemple un critère matériel sur le domaine concerné par les normes constitutionnelles. Les difficultés causées par ce genre de combinaison et la multiplication des possibilités nous poussent toutefois à poursuivre dans la voie tracée jusque-là en l'évaluant avant tout comme un critère exclusif et en ne traitant les combinaisons de critères les plus significatives que de manière subsidiaire.

[3] L'importance de la constitution justifie plutôt traditionnellement une procédure renforcée ce qui a conduit les théoriciens anciens à affirmer qu'en principe son édiction requiert l'accord de toutes les personnes impliquées (voir BASTID Paul, *L'idée de constitution*, Paris, Economica, 1985, p. 133 ou JELLINEK Georg, *L'État moderne et son droit*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1913, T. 2, p. 179) y compris quand il s'agit de l'ensemble des citoyens d'un État.

[4] Voir notamment, ZOLLER Elisabeth, « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'États », *RCADI* 2002, p. 52.

[5] Sur ces différents éléments, voir par exemple, AUBERT Jean-François, « Essai sur le fédéralisme », *RDP* 1963, p. 404 ; MALINVERNI Giorgio, « Les notions classiques de confédération et d'État fédéral », *in* Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Le concept contemporain de confédération*, Strasbourg, Éd. du Conseil de l'Europe, 1995, p. 41 ou SCELLE Georges, *op. cit.*, T. II, p. 192.

[6] Celle-ci serait présente dans la plupart des États fédéraux. Voir BOWIE Robert et FRIEDRICH Carl, *Études sur le fédéralisme*, Paris, LGDJ, 1962, T. II, p. 625 et s.

[7] Pour un exemple très net, voir AUBERT Jean-François, « Qu'est-ce qu'une constitution ? », *in* KADDOUS Christine et AUER Andreas (dir.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 111.

[8] *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1982, vol. 1, p. 429. Si les affirmations d'Eisenmann à ce sujet sont très connues, l'idée est cependant plus ancienne. Voir CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, T. I, p. 134.

qui font figure sur ce point de référence incontournable pour la doctrine postérieure[1]. La coupure entre la qualité de traité et la procédure majoritaire peut aussi bénéficier de l'opposition entre contrat et loi dans la typologie théorique civiliste classique. La révision unanime serait de type contractuel alors que la révision majoritaire manifesterait l'apparition d'une volonté autonome forcément législative. La présentation de la constitution comme une loi, c'est-à-dire comme un acte unilatéral signifiant des normes générales, s'incarnerait dès lors dans la révision majoritaire.

Ce critère peut pourtant difficilement servir à définir la constitution de manière générale. Certes, il est applicable dans le cadre européen puisque le droit primaire de la Communauté et de l'Union européennes a été adopté sous la forme de traités internationaux approuvés unanimement par les États membres. Plus largement, toute construction fédérale peut être évaluée sur la base de cet élément. En revanche, il ne peut être utilisé pour les normes qui sont révisées par des procédures unilatérales. Il est impossible de dire si la révision de la Constitution de 1958 se fait par décision unanime ou majoritaire puisqu'elle a lieu à travers une procédure législative ou référendaire. Or, la plupart du temps, les normes dont la constitutionnalité est envisagée sont l'objet de procédures du même type et ne peuvent donc pas être classées en fonction du caractère majoritaire ou unanime des décisions de révision qui les concernent. Pour la première fois, un critère de constitutionnalité proposé par la doctrine ne se contente pas de rompre avec les cas typiques mais ne peut tout simplement pas servir à leur évaluation. En conséquence, il ne peut être accepté sous cette forme : rien ne justifie qu'un critère de constitutionnalité spécifique soit imaginé pour les constructions fédérales sauf à dédoubler la catégorie et à ne lier les constitutions fédérales et non-fédérales que par une homonymie trompeuse[2]. C'est sans doute pour cette raison qu'il n'a jamais été assumé dans des constructions générales mais est au contraire évoqué exclusivement dans des études spécifiques sur les transitions fédérales. Nous pourrions tenter de le reformuler en opposant procédures contractuelles et non-contractuelles de révision et en regroupant dans la seconde catégorie aussi bien les procédures majoritaires que législatives mais nous nous éloignerions alors de la doctrine établie sans motif valable.

---

[1] Voir ainsi, BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Entretien sur la Constitution européenne », *RDP* 2002, p. 1576 ou PERTEK Jacques, *Droit des institutions de l'Union européenne*, 2e éd., Paris, PUF, 2006, p. 430.

[2] Rappelons que là où la catégorie dogmatique peut avoir une définition complexe formée par plusieurs séries de critères alternatifs, la multiplication des définitions équivaut à la multiplication des catégories en matière théorique. En effet, les catégories dogmatiques visent surtout l'imputation d'un régime juridique donné à une classe de faits alors que les catégories théoriques servent uniquement à construire des classifications dénuées de tout effet. Le seul lien entre les membres d'une catégorie théorique est le fait qu'ils répondent aux mêmes critères. Ce n'est évidemment pas le cas si l'on doit imaginer une définition différente pour les constitutions fédérales et non-fédérales.

Les difficultés d'extension du critère s'expliquent par le fait qu'il a été envisagé dans un contexte très spécifique sans que la catégorie de constitution ainsi élaborée n'ait été replacée dans une théorie générale des sources du droit. Il sert au plus à opposer deux catégories : traité international et constitution. Cela ne peut suffire car il faudrait pouvoir intégrer d'autres normes dans cette typologie qui ne couvre certainement pas l'ensemble du droit positif. D'ailleurs, la reformulation que nous avons envisagée remet en cause ce schéma car elle intègre logiquement toutes les lois et tous les règlements dans la catégorie de constitution. En outre, le lien établi dans tous les cas entre traité international et révision contractuelle n'est pas non plus satisfaisant. Beaucoup de contrats répondent en effet à ce critère alors que de nombreux traités internationaux peuvent être révisés sans que l'unanimité ne soit exigée[1]. Ces multiples incohérences sont à même de condamner le critère de la révision majoritaire. Malgré cela, son examen doit être poursuivi à des fins d'élucidation en cherchant à comprendre les qualités qu'il est censé avoir et qui ont justifié l'intérêt de la doctrine. Ses racines historiques dans le conceptualisme allemand plaident sans doute en sa défaveur mais il convient de ne pas s'arrêter là pour évaluer sa valeur scientifique (2).

2. UN CRITERE A L'UTILITE LIMITEE

L'héritage essentialiste de la théorie générale de l'État, dans laquelle le critère de révision majoritaire trouve sa source, complique l'évaluation de sa fertilité puisqu'il substitue la recherche d'une vérité conceptuelle à celle d'une utilité scientifique. Comme souvent, il est tentant de lui trouver une fonction dogmatique mais celle-ci ne peut qu'être écartée sauf à soutenir qu'il existerait une catégorie dogmatique universelle liant la procédure de révision majoritaire à certains effets juridiques[2]. Elle est pourtant souvent associée à une modification de la hiérarchie des normes[3] ou, surtout, à une rupture avec le droit international[4]. Cette dernière idée est assez simple à saisir : l'institution d'une procédure majoritaire incarnerait le passage d'un droit propre d'une organisation internationale à un droit interne comparable aux droits nationaux. Elle repose sur l'établissement d'un rapport entre le droit international et les

[1] Voir *infra*, p. 484.
[2] Une version faible de cette idée se manifeste par l'affirmation selon laquelle la prévision d'une procédure de révision majoritaire montre la volonté des parties à un traité d'accorder une forte autonomie à l'entité qu'il institue. Cette position semble exagérée car les raisons qui poussent à prévoir une telle procédure peuvent varier et rien ne dit que cette volonté ait un quelconque effet juridique. Pour un avis contraire, voir SCHILLING Theodor, « The autonomy… », précité.
[3] Voir POIARES MADURO Miguel, « The Importance of Being Called a Constitution », *in* AZOULAI Loïc et BURGORGUE-LARSEN Laurence (dir.), *L'autorité de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 44.
[4] Voir, parmi de nombreux exemples, GERKRATH Jörg, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1997, p. 270 ou VIOLA André, « Il n'y aura pas encore de Constitution européenne ! », *RRJ* 2004, p. 2577.

procédures unanimes[1] basé sur l'image d'un droit international régi par un principe de souveraineté de l'État imposant le respect du bon-vouloir des États[2]. Dans cette perspective, les procédures majoritaires rompent avec la logique du droit international car elles ont une dimension interne[3] en ce qu'elles impliquent que l'État minoritaire se voit imposer des obligations sans y avoir consenti[4]. Nous retrouvons ici la relation entre constitutionnalisation du droit international et introduction d'une forme de verticalité détachée du respect de la volonté des États qui est visible aussi dans les définitions extensives de la constitution[5]. L'admission de la révision majoritaire serait donc le signe d'un changement de logique appuyé de surcroît par des exemples historiques dans les transitions fédérales allemande et américaine. Le concept de rupture avec le droit international n'est toutefois pas très clair. Il peut renvoyer à un usage dogmatique ou théorique de l'expression « droit international ».

Dans le premier cas, la rupture signifierait qu'un traité révisable à la majorité sort de l'ordre juridique international pour entrer dans un autre ordre juridique à déterminer. Cela suppose que l'acte en cause acquiert une nouvelle qualité institutionnelle accompagnée d'un régime juridique spécifique. Autrement dit, cela montre la confusion classique consistant à doter une catégorie fondée sur un critère théorique d'effets juridiques. Tout se passe comme si l'appartenance à un ordre juridique dépendait de choix doctrinaux alors qu'il s'agit d'une question empirique relevant de la première herméneutique. Le caractère international d'une norme est le fruit d'une qualité institutionnelle spécifique et non d'une classification théorique issue d'une définition abstraite de l'ordre international. Une autre voie peut tout de même être envisagée en soutenant que l'institution de procédures majoritaires constitue en tant que telle une violation de la légalité internationale. Ce n'est pas le changement de logique qui importe ici mais plutôt le fait qu'un traité révisable à la majorité n'a pas de place dans la doctrine générale des sources du droit international et se place donc nécessairement dans un autre ordre juridique. L'évaluation de cette hypothèse implique de préciser le concept de révision majoritaire car celle-ci connaît diverses modalités selon que l'État minoritaire est engagé ou

[1] HAHN Hugo, « Constitutional Limitations in the Law of European Organisations », *RCADI* 1963-I, p. 197 ou LOUIS Jean-Victor, « La CIG de 1996 : une étape vers une nouvelle constitution pour l'Union européenne ? », *in* MOUTON Jean-Denis et STEIN Thorsten (dir.), *Vers une nouvelle Constitution pour l'Union européenne ?*, Trèves, ERA, 1997, p. 104.
[2] L'affirmation non justifiée de l'opposition totale entre droit international et procédure majoritaire semble bien aller dans ce sens. Pour des exemples, voir TRIANTAFYLLOU Dimitris, *op. cit.*, p. 129 et WEILER J.H.H., « A Constitution for Europe : Some Hard Choices », *JCMS* 2002, p. 566 ou dans une moindre mesure, ABROMEIT Heidrun et HITZEL-CASSAGNES Tanja, « Constitutional Change and Contractual Revision : Principles and Procedures », *ELJ* 1999, p. 34.
[3] BURGORGUE-LARSEN Laurence, article précité, p. 1576.
[4] LABAND Paul, *Le droit public de l'empire allemand*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1900, T. I, p. 153.
[5] Voir *supra*, p. 442.

non par la révision majoritaire[1]. Si l'État minoritaire reste régi par le droit ancien, il n'y pas véritablement de problème[2] : l'égalité souveraine des États demeure et nous pouvons d'ailleurs relever de nombreux exemples de ce type aussi bien pour l'adoption[3] que pour la révision des traités internationaux[4]. Les cas de révisions majoritaires engageant l'État réfractaire sont plus rares mais plusieurs traités instituant des organisations internationales répondent à ce schéma[5]. Il existe même des procédures encore plus intégrées dans lesquelles la révision a lieu sans que la ratification des États membres ne soit exigée[6]. Ces mécanismes trouvent leur fondement dans l'engagement originel des États membres. En fait, soutenir qu'il y a là une violation du droit international supposerait à la fois d'admettre l'existence de règles supérieures primant les traités internationaux[7] et que parmi celles-ci se trouve un principe qui interdirait la révision majoritaire, ce que personne ne prétend[8]. À vrai dire, il ne reste qu'un cas véritablement problématique : celui de l'engagement d'États majoritaires lors de l'adoption d'un traité qu'ils ont signé mais qu'ils refusent de ratifier[9]. Il serait effectivement difficile de rattacher un tel acte au droit international car il n'existe pas de procédure générale de ce type valable dans ce cadre. En dehors des accords en forme simplifiée, la signature ne peut dispenser de la ratification. Il est donc possible d'envisager dans ce cas une sortie du

---

[1] L'acte adopté à la majorité peut en effet engager tous les États parties mais aussi laisser subsister les droits spécifiques des États réfractaires voire leur offrir une alternative entre rupture du traité en cause et acceptation de la révision. Dans les deux derniers cas, la révision majoritaire ne crée pas directement d'obligation non consentie pour l'État minoritaire.

[2] Pour un avis contraire, voir QUERMONNE Jean-Louis, « L'Union européenne entre gouvernance et gouvernement ou quelle Constitution pour une Fédération d'États-nations ? », *RDP* 2003, p. 400.

[3] Il s'agit à vrai dire de la modalité normale d'entrée en vigueur des traités internationaux multilatéraux. Pourtant, elle est parfois évoquée comme une rupture avec le droit international. Voir ainsi, BLUMANN Claude, « Entrée en vigueur, révision et retrait dans le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe », *Tribune du droit public* 2004, p. 151 (à propos de la participation du Royaume-Uni aux négociations du traité CECA).

[4] Là-encore, cette procédure est assez répandue pour les traités instituant des organisations internationales. En ce sens, voir SCHWELB Egon, « The Amending Procédure of Constitutions of International Organizations », *BYBIL* 1954, p. 53-61.

[5] C'est le cas de l'UNESCO (art. XIII de la Constitution), de l'OIT (art. 36 de la Constitution) , de l'OMS (art. 73 de la Constitution), la Ligue arabe (art. 19 du Pacte) ou bien sûr des Nations unies (art. 108 de la Charte) même si dans certains cas un retrait de l'organisation est possible (*ibid.*, p. 59 ou RIDEAU Joël, *Juridictions internationales et contrôle du respect des traités constitutifs des organisations internationales*, Paris, LGDJ 1969, p. 10).

[6] Le statut du FMI ne prévoit ainsi qu'une simple acceptation majoritaire (art. XXVIII) tout comme celui de la Banque mondiale (art. VII) alors que l'Acte constitutif de la FAO (art. XX) et la Constitution de l'UNESCO (art. XIII) autorisent les révisions par l'assemblée de l'organisation sans ratification dans le cas où celles-ci ne créent pas de nouvelle obligation pour les États membres. Le traité CECA lui-même prévoyait, dans un champ très retreint, une possibilité de révision majoritaire sans ratification formelle par les États membres (art. 95). Ajoutons que nous n'évoquons ici que les procédures dans lesquelles l'approbation d'une majorité d'États sans ratification suffit et non celle où l'approbation unanime des États suffit sans ratification. Ces dernières sont très répandues dans les traités européens (voir par exemple art. 229 A TCE ou 42 TUE). Il faut ici préciser que, sauf mention contraire, les articles des traités européens sont cités dans les versions de ces traités antérieures au traité de Lisbonne puisque sa ratification reste incertaine au moment où nous écrivons.

[7] Nous faisons référence ici aux principes de *jus cogens*. Sans entrer dans une controverse qui est assez éloignée de l'objet de nos recherches, il ne faut pas oublier que l'existence même de cette catégorie en droit positif n'est pas admise par tous.

[8] Le professeur De Witte a au contraire noté que le caractère restrictif des procédures de révision des traités communautaires n'était pas du tout due au droit international car celui-ci permet toutes sortes d'adaptations comme la suppression de toute ratification, le passage à la majorité ou l'implication d'acteurs non-étatiques (« Treaty Revision in the European Union : Constitutional Change Through International Law », *Netherlands Yearbook of International Law* 2004, p. 83).

[9] Cette hypothèse a d'ailleurs été évoquée par quelques auteurs (voir CONSTANTINESCO Vlad, « Quelle constituante pour quelle constitution ? », *Europe en formation* n°1-2002, p. 20) et par le projet « Pénélope » que la Commission européenne avait proposé lors des débats sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe (VAN RAEPENBUSH Sean, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 136).

droit international[1] mais cela ne permettra de sauver le critère de révision majoritaire. D'une part, le critère doctrinal répandu est à la fois moins précis et sensiblement différent[2]. D'autre part, le fait qu'un acte ne soit pas un traité international au sens dogmatique n'a aucune conséquence sur le plan théorique et n'a aucune raison de nous pousser à conclure qu'il devrait être considéré comme constitutionnel. Toutes les normes adoptées sans que l'ensemble des personnes qui leur sont soumises n'y ait consenties ne sont certainement pas constitutionnelles, ce qui rend abusif l'assimilation des procédures majoritaires au pouvoir constituant[3].

Face à cette situation, nous devons nous concentrer sur le second cas : la lecture théorique du concept de « sortie du droit international ». Son intérêt nous paraît assez discutable car la place accordée à la révision majoritaire repose sur une vision caricaturale d'un droit international depuis longtemps disparu. L'approche purement contractuelle de ce droit est depuis longtemps bousculée par l'institutionnalisation, la juridictionnalisation, la place accordée aux décisions majoritaires sans compter le rôle constant reconnu à la coutume internationale. La révision majoritaire ne rompt qu'avec un droit international totalement idéalisé[4]. Prétendre qu'il s'agit d'une procédure unilatérale paraît de plus abusif[5]. Mieux, si cette mutation est si souvent évoquée par la doctrine européenne, c'est parce que la procédure actuelle de révision des traités sur l'Union européenne et la Communauté européenne accuse un retard important sur l'évolution du droit international : admettre une révision majoritaire n'a plus grand chose d'original aujourd'hui[6]. De ce fait, si nous admettions que les traités révisables à la majorité étaient constitutionnels, la catégorie de constitution inclurait de nombreux engagements que personne n'a jamais considérés comme constitutionnels[7]. Là-

[1] Nous sommes ici dans un cas d'école dépourvu de véritables précédents. Il est donc difficile de donner une réponse définitive. À la rigueur, nous pouvons tout à fait imaginer que l'apparition d'un acte de ce genre soit l'occasion de l'apparition d'une nouvelle catégorie en droit international. Dans tous les cas, celle-ci n'existe pas à l'heure actuelle.

[2] En effet, c'est bien la révision qui est au cœur du critère et en aucun cas l'adoption. De plus, il est rare qu'une différence soit établie entre les cas où la révision majoritaire engage toutes les parties et ceux où seuls certains États sont engagés.

[3] Pour un avis contraire, voir MIRANDA George, « Constitution et intégration européenne », *in Mouvement du droit public. Mélanges Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 878 ou SCHILLING Theodor, « Treaty… », précité, p. 48.

[4] L'importance accordée à cet élément par la doctrine allemande du XIXe siècle était sans doute plus justifiée au regard de l'état du droit international de l'époque (à ce sujet, voir ELES Georges-Tibère, *Le principe de l'unanimité dans la société des nations et les exceptions à ce principe*, Paris, Pedone, 1935, notamment p. 4) mais elle était aussi le fruit d'une exagération motivée par des raisons politiques.

[5] Cette position est pourtant assumée par Eisenmann (*Centralisation et décentralisation*, précité, p. 306), dont les travaux sont difficiles à placer entre théorie et dogmatique.

[6] En ce sens voir, DE CARA Jean-Yves, « La révision des traités communautaires et le droit international », *in* CEDECE, *Les procédures de révision des traités communautaires : du droit international au droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 12 ou ROUSSEAU Charles, *Droit international public*, Paris, Sirey, 1970, T. I, p. 234. Notons que l'ampleur des obligations créées par les traités communautaires n'a aucune importance ici (pour un avis contraire, voir QUERMONNE Jean-Louis, article précité, p. 400) puisque la procédure de révision permet justement d'instituer de nouvelles obligations ou de transférer de nouvelles compétences et donc de changer la portée du traité concerné.

[7] La fréquence de ce type de procédure explique pourquoi certains ont prétendu que c'était le choix de l'unanimité au détriment de la majorité qui marquait la particularité et l'importance des traités communautaires. En ce sens, voir LESGUILLONS Henry, *L'application d'un traité-fondation : le traité instituant la CEE*, Paris, LGDJ, 1968, p. 95.

encore, seule l'hypothèse d'une adoption majoritaire engageant tous les États impliqués présenterait une certaine originalité, sans qu'il soit pour autant possible d'y voir un signe de constitutionnalité. La perte de la qualité de traité qu'elle entraîne n'implique nullement la qualité de constitution au sens dogmatique ou au sens théorique[1].

À défaut de pouvoir établir une quelconque rupture avec le droit international, nous devons chercher une autre justification du critère théorique de révision majoritaire. Elle pourrait tenir à la capacité d'auto-organisation dont dispose l'entité créée par un acte révisable à la majorité. Celle-ci disposerait en effet dans ce cas de la compétence la compétence[2]. Quand le statut d'une organisation n'est révisable qu'à l'unanimité de ses membres, ceux-ci conservent la compétence de leur compétence puisqu'il est impossible qu'ils soient privés d'une de leur compétence contre leur gré[3]. À l'inverse, s'il est révisable à la majorité, ils perdent cette compétence qui serait transférée à l'organisation elle-même[4]. Ce raisonnement ne vaut bien sûr que si la procédure majoritaire se combine avec l'interdiction de sortie unilatérale de l'organisation sans quoi les membres conservent une forme extrême de compétence de la compétence à travers leur droit de sécession[5]. Il trouve son origine dans la théorie générale de l'État allemande qui accorde un grand prix à cette compétence, assimilée à la souveraineté[6], dans sa typologie des formes d'État. Dans un État fédéral, c'est l'entité centrale qui la détient alors que ce sont les entités locales dans la confédération d'États[7], sachant que le premier est créé par une constitution et la seconde par un traité international. L'institution d'une procédure de révision majoritaire pour le statut de ces organisations incarne le transfert de la compétence de la compétence[8] car elle permet de se détacher de la volonté des membres et de fonder ainsi une nouvelle société politique[9]. Dans cette optique, il n'est aucunement

---

[1] Au mieux, nous pourrions reconnaître que ce mode d'adoption en ferait une norme interne plutôt qu'une norme internationale mais la théorie générale des sources du droit interne ne se réduit pas à la seule catégorie de constitution.

[2] Les deux idées peuvent même se rejoindre. En ce sens, voir QUERMONNE Jean-Louis, article précité, p. 400.

[3] HALPÉRIN Jean-Louis, « La Constitution européenne, un événement juridique ? », *ERA-Forum scripta juris europaei* 2004, p. 332 ou MERCADIER Marie-Françoise, « Pouvoir constituant et transferts de souveraineté », Intervention au colloque *Le pouvoir constituant aujourd'hui*, Tunis, 16-17 novembre 2006, p. 8.

[4] COTTIER Thomas et HERTIG Maya, « The Prospects of 21st Century Constitutionalism », *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 2003, p. 284 ou MALINVERNI Giorgio, article préité, p. 49.

[5] Sur le rôle du droit de retrait de ce point de vue, voir HANF Dominik, « The Treaty Establishing a Constitution for Europe : a Flexible Constitution ? », *in* DEMARET Paul, INGE Govaere et HANF Dominik (dir.), *30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe, Liber professorum 1973-74 –2003-04*, P.I.E. Peter Lang, 2005, p. 55 ou VAHLAS Alexis, « Souveraineté et droit de retrait de l'Union européenne », *RDP* 2005, p. 1581.

[6] Pour des exemples d'assimilation de ces deux notions, voir CONSTANTINESCO Vlad et PIERRÉ-CAPS Stéphane, *Droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, PUF, 2007, p. 18 ou LUCHAIRE François, « L'Union européenne et la Constitution », *RDP* 1992, p. 959.

[7] LE FUR Louis, *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2000, p. 495 ou FAURE TRONCHE Véronique, *L'Union européenne entre confédération et fédération*, Thèse, Limoges, 2000, p. 71.

[8] CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, p. 125 ou MAGNON Xavier, *Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire devant les juges constitutionnels français et italien*, Thèse, Aix-Marseille III, 2002, p. 678.

[9] DUMONT Hugues et VAN DROOGHENBROECK Sébastien, article précité, p. 73 ou WEILER J.H.H. article précité, p. 566. Ce genre de déduction paraît très critiquable car cela suppose que les textes sont le juste reflet de faits sociaux.

nécessaire que le texte ait été à l'origine adopté à la majorité. Cette description du transfert de la compétence de la compétence nous paraît discutable. Le texte qui crée une organisation internationale fixe ses compétences, ce qui fait que l'organisation dispose déjà, dans un certain sens, d'une compétence de sa compétence[1]. En tout cas le caractère unanime ou majoritaire de la procédure de révision ne change rien aux compétences détenues ou à l'identité de leur détenteur[2]. De plus, il faut tenir compte des rapports entre ordres juridiques. Si le droit de l'entité centrale ne bénéficie pas d'une applicabilité préférentielle dans l'ordre juridique de ses composantes, la procédure de révision majoritaire ne suffira pas à écarter les actes d'un des membres qui empièteraient sur les compétences de l'organisation. Du point de vue de l'ordre juridique de celui-ci, ses compétences sont intactes et c'est lui qui dispose de la compétence de la compétence, quoi qu'en dise le droit de l'entité centrale. La raison pour laquelle nous ne devrions tenir compte que de ce dernier pour savoir à qui échoît la compétence de la compétence n'est pas précisée. En fait, le transfert de compétence de la compétence exige en plus la reconnaissance unanime de la supériorité du droit de l'entité centrale, ce qui tend à accumuler de manière dangereuse les critères de constitutionnalité. D'ailleurs, le besoin de conditions supplémentaires est confirmé par les conséquences intenables auxquelles mène le lien exclusif entre révision majoritaire et compétence de la compétence. De nombreux traités internationaux sont déjà révisables à la majorité sans que l'on en ait déduit que les États ne disposaient plus de la compétence de la compétence ou *a fortiori* que celle-ci avait été transférée à des organisations internationales. Or, logiquement les organisations dont le statut est révisable à la majorité ou par une procédure intégrée disposent de la compétence de la compétence. Dès lors, l'on est conduit soit à affirmer que de nombreuses entités détiennent en même temps cette compétence, soit que le lien entre celle-ci

[1] C'est bien le droit de l'organisation internationale et non celui des États membres qui fixe les compétences qu'elle détient mais aussi la procédure qui permet de les modifier. Quand les États membres interviennent dans le cadre prévu par la compétence prévue par le statut de l'organisation, ils peuvent légitimement être décrits comme des organes de celle-ci, au même titre que les États fédérés qui interviennent sur la base d'une procédure fixée dans une constitution fédérale (sur ce point, voir LE FUR Louis, *op. cit.*, p. 592).

[2] L'unanimité n'est pas déterminante ici : si certains actes devaient être adoptés par l'ensemble des députés d'une assemblée, cela n'en ferait pas des actes contractuels pour autant. De plus, étant donné que la répartition des compétences a lieu dans les conditions prévues par le droit de l'organisation, les États membres ne détiennent pas vraiment la compétence de leur compétence puisqu'ils peuvent au plus s'opposer à de nouveaux transferts et non récupérer leur compétence (sur ce dernier élément, voir LUCHAIRE François, article précité, p. 959) comme il le pourrait si la fixation des compétences de l'organisation dépendait de leur droit interne. Ce constat nous mène à affirmer qu'en réalité, aucun État ne dispose plus de la compétence de sa compétence et que ce critère n'a pas vraiment d'intérêt et ne peut *a fortiori* servir à mettre en valeur les particularités de la construction européenne ou des États qui y participent (pour un avis contraire, voir JACQUÉ Jean-Paul, « Cours général de droit communautaire », *RCADE* vol. I, book 1, p. 262). Le passage à la majorité ne modifie pas cette situation. Il ne permet pas non plus à l'organisation de s'auto-transformer : soit l'on considère les États comme des organes de l'organisation, et alors celle-ci a toujours disposé de cette possibilité, soit l'on leur nie cette qualité, et l'organisation n'est pas plus autonome dans le cas où la révision majoritaire est admise.

et révision majoritaire doit être rejeté[1]. Mieux, il faut bien voir le sens dans lequel les organisations internationales peuvent avoir la compétence de la compétence. Si l'on s'en tient au droit, toutes les organisations internationales en disposent puisque ce sont les normes de leur ordre juridique qui déterminent leurs compétences. Si l'on prend en considération les réalités politiques, ce sont toujours les États membres qui fixent leurs compétences, même si c'est par une décision majoritaire. Plus largement, l'on voit mal pourquoi le fait qu'un État perde son droit de veto sur des décisions collectives permettrait de parler de procédure législative. Une procédure majoritaire implique certes qu'un État donné n'est plus maître de son destin mais ce sont les États qui demeurent maîtres du statut de l'organisation sans que le passage à la majorité n'implique d'imputer plus fortement à l'organisation la décision de révision prise.

Pour finir, même si nous admettions le lien entre révision majoritaire et compétence de la compétence, le rapport entre constitutionnalité et compétence de la compétence devrait encore être prouvé[2]. Ainsi, si la Constitution de 1958 était révisée pour qu'à l'avenir la révision ne puisse plus avoir lieu sans l'accord unanime des régions, l'on voit mal pourquoi il faudrait alors la considérer comme un traité international. Des procédures unanimes existent même déjà pour réviser des actes que tout le monde considère comme constitutionnels[3]. Mieux, les réformes envisagées de l'Union européenne se dirigent souvent vers la préservation de l'unanimité pour les dispositions matériellement constitutionnelles et la consécration de la majorité pour les autres[4]. Il n'y a en vérité pas plus de rapport entre majorité et droit national qu'entre unanimité et droit international. La définition théorique de la souveraineté comme compétence de la compétence est elle-même contestable car cette dernière qualité est dépourvue de toute conséquence et conduit à des résultats pour le moins inattendus. En fait, il s'agit d'une théorie abstraite bâtie sur quelques rares exemples historiques de transition

---

[1] Pour une idée en partie comparable, voir DE WITTE Bruno, « Sovereignty and European Integration : the Weight of Legal Tradition », *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1995, p. 172.

[2] Il est pourtant affirmé de manière récurrente (voir par exemple, QUERMONNE Jean-Louis, « Vers un pacte constitutionnel européen », *in* CEDECE, *op. cit.*, p. 148). Certains soutiennent même que l'absence de compétence de la compétence qui résulte de la situation actuelle fait obstacle à la primauté absolue du droit communautaire qui serait typiquement constitutionnelle (JOERGES Christian, « Constitutionalism and Transnational Governance : Exploring a Magic Triangle », *in* JOERGES Christian, SAND Inger-Johanne et TEUBNER Gunther (dir.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, Hart, 2004, p. 371) alors que le rapport nous paraît inverse.

[3] C'est le cas de certains articles de la Constitution du Canada (AUBERT Jean-François, « Entre le contrat et la loi : la Constitution du Canada », *in Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 1992, p. 377 ou VERDUSSEN Marc, « La procédure de révision de la constitution : données comparatives », *in* DELPÉRÉE Francis (dir.), *La procédure de révision de la constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 102). Certains tentent toutefois d'opposer « l'unanimité inhérente et l'unanimité prescrite » car dans cette dernière « chaque membre s'adresserait à l'organisation » (AUBERT Jean-François, « Qu'est-ce qu'une constitution ? », précité, p. 111) mais il est bien difficile de voir ce que recouvre une telle distinction.

[4] DEHOUSSE Franklin, « Quelques réflexions sur l'écriture des constitutions européennes », *in Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, ULB, 2003, p. 87 ou DE WITTE Bruno, « Entry Into Force and Revision », *in* DE WITTE Bruno (dir.), *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, Florence, EUI, 2003, p. 221.

fédérale[1] dans un cadre conceptualiste dépassé. Il faut rompre avec cette attitude pour pouvoir évaluer l'adaptation de la constitution. La révision majoritaire ne peut donc servir de critère de constitutionnalité, ce qui laisse la porte ouverte à un critère plus classique : la rigidité (II).

II. LE CRITERE FORMEL TYPIQUE : LA RIGIDITE

Définir la constitution comme une norme rigide est l'attitude la plus répandue dans la doctrine française. La situation de ce critère est diamétralement opposée à celle du critère de révision majoritaire : il est peu utilisé dans les travaux spécifiquement consacrés à l'adaptation de la catégorie mais largement repris dans les développements généraux des manuels, ce qui le rend incontournable. Il repose sur une comparaison entre les procédures d'édiction des lois ordinaires et des lois constitutionnelles. Pour le reste, il est assez vague ce qui impose de le préciser (A) pour pouvoir évaluer son utilité (B).

A. Un critère imprécis

L'indétermination de ce critère tient avant tout à la diversité des positions présentes dans la doctrine. La rigidité est souvent évoquée sans explication particulière, comme s'il s'agissait d'un concept bien connu. C'est pourquoi il est difficile d'identifier la particularité de la relation entre procédures législatives ordinaires et constitutionnelles qui caractérise la rigidité (1) et que son utilisation comme critère de constitutionnalité est relativement complexe (2).

1. UN CRITERE DIFFICILE A IDENTIFIER

Si les critères matériels sont très anciens, la définition de la constitution par sa rigidité est beaucoup plus récente[2]. Certes, les constitutions écrites ont toujours prévu des procédures spécifiques de révision[3] mais leur difficulté n'a pas tout de suite été utilisée pour définir la constitution elle-même. Le concept de rigidité est paradoxalement apparu dans la doctrine

[1] Quelques exemples (États-Unis, Suisse et Allemagne) qui ont servi à construire la théorie classique des formes d'État sont encore régulièrement cités aujourd'hui. Voir ainsi, KLEIN Claude, « Constitution et entités politiques multinationales à propos de la Convention européenne », *Cités* n°13, p. 41 ou MAULIN Eric, « Le pouvoir constituant dans l'Union européenne », *Droits* n°45, p. 87.

[2] L'on trouve des références à l'importance de la différenciation des procédures législatives et constitutionnelles dès la fin du XVIIIe siècle, notamment chez Rousseau, mais sans que son rôle dans la définition de la constitution ne soit évoqué. Pour des exemples, voir BORGEAUD Charles, *Établissement et révision des constitutions en Amérique et en Europe*, Paris, Thorin, 1893, p. 81 ou BASTID Paul, *L'idée de constitution*, Paris, Economica, 1985, p. 133.

[3] En ce sens, voir ESMEIN Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p. 574 ou LAUVAUX Philippe, *Les grandes démocraties contemporaines*, 3e éd., Paris, PUF, 2004, p. 141.

anglaise[1] chez Bryce[2] puis chez Dicey[3] avant de se diffuser dans la doctrine continentale. Ainsi, il est populaire en France mais fonde aussi la définition formelle de constitution retenue par Kelsen[4]. La teneur exacte de la vision originelle de Bryce fait l'objet d'un débat car elle a récemment été relue dans un sens bien éloigné de la comparaison entre procédure législative ordinaire et procédure de révision constitutionnelle qui a cours aujourd'hui[5]. Dans cette optique, l'opposition entre constitutions souples et rigides servirait à séparer la constitution au sens descriptif des normes édictées volontairement, autrement dit elle se confondrait avec la distinction des concepts anti-moderne et moderne de constitution décrite précédemment[6]. La différence procédurale entre révision des lois ordinaires et constitutionnelles serait une conséquence de cette première dichotomie et non un critère autonome[7]. Cette interprétation des travaux de Bryce paraît contestable[8] mais il n'est pas utile de nous prononcer sur ce débat car sa portée se limite à l'histoire de la doctrine et n'a pas vocation à intéresser la théorie contemporaine[9]. Quelle qu'ait été l'intention de Bryce, le terme « rigidité » est aujourd'hui employé dans un sens procédural qui ne vise pas à différencier les normes écrites et non-écrites ou volontaires et spontanées. Les rapports entre les deux visions de la rigidité pourront être précisés en cas de besoin[10] mais notre rejet de l'essentialisme permet de laisser de côté le débat sur le sens originel de ce mot pour se contenter de son sens actuel[11].

Se limiter à l'approche procédurale est une décision importante mais elle ne suffit pas à préciser le concept de rigidité car même dans cette perspective les positions doctrinales sont variées. Tout d'abord, la place respective des procédures d'adoption et de révision n'est pas

---

[1] Cette origine est attestée par de nombreux auteurs. Voir ainsi DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, E. de Boccard, 1930, T. III, p. 597 ou MAYSTADT Philippe, « Le contrôle de constitutionnalité en Suisse », *in Actualités du contrôle juridictionnel des lois*, Bruxelles, Larcier, 1973, p. 177.

[2] « Flexible and Rigid Constitutions », *in Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, Clarendon, 1901, p. 154 et *La République américaine*, 2e éd., Paris, V. Giard & E. Brière, 1911, T. I, p. 540.

[3] *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1902, p. 112.

[4] *Théorie pure du droit*, 2e éd, Paris, LGDJ, 1999, p. 225.

[5] Pour un exposé général de cette thèse, voir PACE Alessandro, « Constitutions rigides et constitutions souples », *in Liber amicorum Jean-Claude Escarras*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 335-354.

[6] PACE Alessandro, article précité, p. 336. Cette idée paraît effectivement présente chez Bryce (article précité, p. 156) et est reprise par d'autres auteurs (RÉGLADE Marc, *La coutume en droit public interne*, Bordeaux, Imprimerie de l'Université, 1919, p. 187 ou WIGNY Pierre, *Droit constitutionnel. Principes et droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1952, p. 170).

[7] En ce sens, voir PACE Alessandro, article précité, p. 346 et dans une moindre mesure BRYCE James, *op. cit.*, p. 540. Pour un avis contraire, voir DICEY, *op. cit.*, p. 109.

[8] Bryce rejette en effet explicitement les classifications anciennes qui reposent sur les oppositions écrite-non-écrite ou spontanée-volontaire (article précité, p. 149) pour préférer un critère tenant à la relation de la constitution « avec les lois ordinaires de l'État et avec les autorités ordinaires qui édictent ces lois » (*ibid.*, p. 150).

[9] Nous avons déjà pu voir que des critères forgés dans un but idéologique pouvaient progressivement évoluer pour finalement acquérir une fonction théorique. Plus largement, rien n'oblige à revenir à la définition et la fonction originelles des critères théoriques : seule la fertilité de leur forme actuelle importe.

[10] L'interprétation nouvelle de Bryce revient souvent à lui attribuer une confusion entre théorie et dogmatique : de la qualité théorique qu'est la rigidité, il déduirait des conséquences dogmatiques telle que l'applicabilité d'une procédure de révision donnée (pour une proposition de ce type, voir MODERNE Franck, *Réviser la Constitution*, Paris, Dalloz, 2006, p. 20). Des confusions de cet ordre ne sont pas rares à propos du concept de rigidité (voir *infra*, p. 505).

[11] À l'inverse, la contestation de la vision de Dicey semble fondée sur la recherche d'un sens véritable de la rigidité qui permet de décrire sa vision de la rigidité comme une erreur (voir PACE Alessandro, article précité, p. 356).

claire. La majorité de la doctrine se concentre exclusivement sur la révision[1] mais une minorité s'attache aussi aux particularités de l'adoption[2], ce qui change bien sûr la liste des normes considérées comme constitutionnelles[3]. La préférence pour la révision s'explique probablement par la réticence déjà notée des constitutionnalistes quant à l'étude de l'adoption des constitutions. De plus, la grande diversité des procédures d'adoption incite à bâtir des critères centrés sur la procédure de révision. Surtout, la dimension informelle qui caractérise souvent les procédures d'adoption rend sans objet leur comparaison avec la procédure législative. Il faudrait d'ailleurs déterminer si la procédure d'adoption doit être comparée à la procédure législative qui existait dans le régime précédent ou à celle qui est instituée dans la constitution. Ensuite, le rôle joué par la rigidité n'est pas évident. La doctrine oppose habituellement les constitutions souples et rigides[4], ce qui laisse à penser que la rigidité n'est pas un critère de constitutionnalité mais un outil pour trier les constitutions. La constitution au sens formel serait alors une sous-catégorie de la constitution au sens matériel du terme[5]. Cela implique un cumul de critères dangereux au regard des faiblesses des définitions matérielles, sans compter que la sous-catégorisation évoquée est contestable puisque la sous-catégorie des constitutions souples est désuète[6]. Au final, il est préférable de faire de la rigidité le critère de la constitutionnalité[7] et de le limiter aux seules procédures de révision.

La question de la fonction de la rigidité mène à se confronter au problème de la suffisance de ce critère pour définir la constitution. Pour le résoudre, nous devons encore clarifier la notion de rigidité. Les auteurs se répartissent selon un clivage implicite mais fondamental entre rigidité-différence et rigidité-difficulté. Dans le premier cas, la rigidité se caractérise par une procédure de révision constitutionnelle différente de la procédure législative ordinaire sans aucune exigence supplémentaire quant à la relation entre ces procédures[8]. Cette

---

[1] Voir par exemple, BARTHÉLEMY Joseph et DUEZ Paul, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, p. 185 ou MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, p. 221.

[2] Citons ainsi AMOR Abdelfattah, « Constitution et standards constitutionnels », *RCADC* 2000, p. 73 ; BLONDEL André, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, Aix-en-Provence, Paul Roubaud, 1927, p. 34 ou GÉLIN-RACINOUX Laurence, *Recherches sur le rapport de la constitution au temps*, Thèse, Nantes, 2005, p. 51.

[3] Dans le premier cas, l'adoption par le pouvoir législatif ordinaire n'est pas déterminante alors que les procédures de révision sont sans importance dans le second, sans oublier que les deux exigences peuvent se cumuler.

[4] Voir, parmi de nombreux exemples, DUVERGER Maurice, *Cours de droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, Sirey, 1946, p. 123 ou TURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, p. 110.

[5] L'idée serait donc ici de sélectionner dans un premier temps les normes constitutionnelles sur la base de leur contenu puis de déterminer celles qui ne peuvent être révisées que par une procédure spéciale et font donc partie de la constitution rigide. Cela permet aussi de séparer les États qui ont une constitution rigide de ceux qui n'ont qu'une constitution souple, c'est-à-dire ceux dans lesquels les normes régissant le pouvoir politique peuvent être modifiées par de simples lois ordinaires.

[6] Celles-ci ont pour ainsi dire disparu (AMOR Abdelfattah, article précité, p. 74) et le constat de leur déclin n'est pas neuf (BRYCE James, article précité, p. 242).

[7] Cette position est la plus répandue dans la doctrine, notamment à travers la proposition d'une définition formelle de la constitution basée sur la seule rigidité. Voir ainsi, GICQUEL Jean et GICQUEL Jean-Éric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 189.

[8] Voir par exemple, DEBBASCH Charles, PONTIER Jean-Marie, BOURDON Jacques et RICCI Jean-Claude, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 3e éd., Paris, Economica, 2001, p. 89 ; EISENMANN Charles, *La justice*

conception permet de construire une typologie cohérente puisqu'elle engendre une classification binaire dans laquelle les normes peuvent aisément être réparties. En revanche, elle est totalement incompatible avec la définition de la constitution comme norme rigide. En effet, à part les lois ordinaires, toutes les normes sont adoptées et révisées par une procédure distincte de la procédure législative ordinaire. Les traités, les règlements ou même les circulaires font alors figure de normes rigides sans que leur constitutionnalité ne puisse sérieusement être soutenue. Un critère supplémentaire sera donc nécessaire, ce qui est problématique, surtout si le but de l'opération est d'intégrer dans la définition de la constitution une qualité qu'elle partage avec presque toutes les normes juridiques. Opposer le pouvoir constituant au pouvoir législatif est peut-être une bonne idée[1] mais le rapprocher du pouvoir réglementaire paraît plus douteux. Les limites de cette vision de la rigidité expliquent pourquoi de nombreux auteurs se tournent vers ce que nous appelons la rigidité-difficulté : une norme sera dite rigide si sa procédure de révision est plus complexe ou difficile à engager que la procédure législative ordinaire[2] ou si elle présente une valeur supérieure à cette dernière[3]. Ce nouveau critère renvoie à la recherche déjà ancienne de la stabilité des constitutions et présente plusieurs intérêts pour nous. Avant tout, il permet à la rigidité de devenir un critère autonome de constitutionnalité : toute norme révisable seulement par une procédure plus difficile que la procédure législative ordinaire sera considérée comme constitutionnelle. Il est même possible d'appliquer ce critère aux normes non-écrites. Ainsi, les lois fondamentales du Royaume qui étaient censées être hors de portée des décisions générales du roi peuvent être décrites comme échappant à la procédure législative ordinaire[4].

---

constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche, Paris, LGDJ, 1928, p. 3 ou ROUSSILLON Henry, « Rigidité des constitutions et justice constitutionnelle : réflexions sur un paradoxe », *in Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 252.

[1] Ce n'est toutefois pas certain car l'on peut penser que celle-ci trouve sa source dans une articulation déplacée entre dogmatique et théorie. En effet, l'utilisation de procédures différentes pourrait être considérée comme la preuve de l'existence de catégories dogmatiques distinctes de loi et de constitution dans le système juridique en cause, ce qui expliquerait l'intérêt de la doctrine pour ce critère étonnant. Il servirait en fait à identifier les systèmes juridiques qui assurent un statut juridique spécifique à la constitution. Cependant, l'exigence d'un critère supplémentaire demeure car l'utilisation d'une procédure autre que la procédure législative ordinaire ne peut évidemment suffire à établir la constitutionnalité des normes concernées. De plus, nous avons pu voir qu'une différenciation procédurale ne garantissait pas forcément l'appartenance à des catégories dogmatiques distinctes et qu'inversement les actes relevant de plusieurs catégories pouvaient tout à fait être adoptés et révisés par une même procédure.

[2] En ce sens, voir AUER Andreas, « E pur si muove, le caractère constitutionnel de la Constitution pour l'Europe », *RDUE* 2005, p. 69 ; DELPÉRÉE Francis, *Droit constitutionnel*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 1987, T. I, p. 92 ou ROUVILLOIS Frédéric, *Droit constitutionnel, fondements et pratiques*, 2e éd., Paris, Flammarion, 2004, p. 102.

[3] GICQUEL Jean, *op. cit.*, p. 189 ou VEDEL Georges, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p. 112.

[4] En ce sens, voir FABRE Michel-Henry, *Principes républicains de droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1984, p. 152 ou GAJAC Jean, *De la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires*, Thèse, Bordeaux, 1903, p. 9. Ce constat conforte l'intérêt de la lecture classique du concept de rigidité qui ne confond pas les oppositions écrit-non-écrit et rigide-souple car l'on peut concevoir une constitution non-écrite protégée du législateur ordinaire tout comme une constitution écrite à sa disposition. Pour un avis contraire refusant l'évocation de coutumes rigides, voir KOUBI Geneviève et ROMI Raphaël, *État, constitution, loi*, Paris, Litec, 1993, p. 109. Il n'en reste pas moins que l'analyse procédurale des lois fondamentales du Royaume peut paraître un peu décalée par rapport au système juridique peu volontariste de l'Ancien régime. D'ailleurs, elles sont censées ne pas être révisables et non faire l'objet d'une procédure de révision spécifique.

Dans tous les cas, l'originalité de la constitution ainsi définie est maintenue face aux autres normes non-législatives, ce qui évite de créer une catégorie distordue. Néanmoins, cette deuxième approche de la rigidité souffre d'une indétermination particulièrement forte car le concept de difficulté ou de complexité est beaucoup moins clair que celui de différence. Par exemple, le sort des normes non-révisables est débattu : certains y voient un cas extrême de difficulté et donc de rigidité[1] quand d'autres leur dénient toute constitutionnalité car la rigidité n'est envisageable que pour des normes révisables[2]. L'évaluation de la rigidité se base parfois sur des éléments non procéduraux : une constitution longue serait plus rigide qu'une constitution courte car un plus grand nombre de normes seraient alors soustraites au pouvoir législatif ordinaire[3]. Cette position est contestable car la procédure constitutionnelle n'est pas dans cette situation plus difficile mais simplement dotée d'un champ d'application plus étendu[4]. Plus largement la difficulté est variable ce qui permet de concevoir des degrés de rigidité[5]. Même en se limitant à la procédure, cette gradation est gênante car elle laisse supposer qu'il y aurait aussi des degrés dans la constitutionnalité au risque de construire une théorie générale des sources du droit complètement illisible voire incohérente, composée de normes plus ou moins législatives et constitutionnelles. Il est donc préférable d'opter pour une définition qui débouche sur des réponses binaires en considérant comme rigides et donc comme constitutionnelles les normes révisables par une procédure plus difficile que la procédure législative ordinaire, quel que soit le degré de cette difficulté. Son application à des cas concrets demeure tout de même assez problématique (2).

2. UN CRITERE DIFFICILE A APPLIQUER

Une fois choisie la conception de la rigidité susceptible de nous intéresser, il faut essayer de l'appliquer à diverses configurations pour la préciser et surtout l'évaluer. La correspondance avec le prototype de la catégorie de constitution qui en découle doit notamment être vérifiée. Or, l'examen du droit français fait apparaître des faiblesses non négligeables. Les procédures *a priori* plus difficiles à engager que la procédure législative

---

[1] Voir ainsi, SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 147 ou AUER Andreas, « L'adoption et la révision des constitutions : de quelques vérités malmenées par les faits », *in* BIEBER Roland et WIDMER Pierre (dir.), *L'espace constitutionnel européen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995, p. 273.

[2] CAPORAL Stéphane, « Constitution et Europe : discours et doctrines », *in* AFHIP, *La constitution dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 401 ou DEBBASCH Charles *et alii*, *op. cit.*, p. 106.

[3] Voir ESMEIN Adhémar, *op. cit.*, p. 580.

[4] Cette présentation peut toutefois se comprendre si l'on prend comme base de travail la constitution au sens matériel puis qu'on évalue son degré de rigidité en fonction de la procédure permettant de réviser les normes qui en relèvent. Sa rigidité sera d'autant plus forte qu'un grand nombre de ces dernières sont couvertes par la procédure de révision de la constitution.

[5] Pour des exemples, voir ZOLLER Elisabeth, *Droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, PUF, 1999, p. 60 ou LAFFERIÈRE Julien, *Manuel de droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, Montchrestien, 1947, p. 285.

ordinaire dépassent de loin la procédure de révision constitutionnelle, pourtant seule à donner naissance à des actes relevant du prototype de constitution. En conséquence, la catégorie théorique de constitution comprendrait aussi bien l'acte de 1958 et ses révisions que l'ensemble des lois organiques, voire des lois de programmation et de finances[1]. Cette extension conduit à intégrer dans les catégories de constitution des actes moins durables voire moins importants politiquement que de simples lois ordinaires. Si l'on pousse l'analyse en utilisant des cas d'école, la valeur du critère de rigidité semble de plus en plus compromise. Ainsi, si les lois réglementant les AOC devaient à l'avenir être adoptées suite à la consultation d'un organisme spécifique, elles entreraient dans la catégorie théorique de constitution. L'article 11 de la Constitution pose aussi problème car il a servi à adopter des lois mais aussi à réviser la constitution. Si l'on admet qu'il s'agit d'une procédure de révision constitutionnelle[2], la différence entre procédures de révision des lois et de la constitution est considérablement fragilisée. La cohérence des auteurs qui défendent une définition de la constitution fondée sur la rigidité mais qui admettent que la coutume ou la jurisprudence peuvent engendrer des normes constitutionnelles doit aussi être questionnée car dans ce cas la révision ne passe pas par une procédure plus exigeante que la procédure législative ordinaire. Ce rapide bilan du seul droit français positif montre bien que l'usage de la rigidité-difficulté pour définir la constitution est loin d'être simple.

Ces complications résultent en fait de deux problèmes plus profonds : le flou de la notion de difficulté et la relativité de la rigidité. En effet, quelques éléments sont communément cités par la doctrine pour apprécier le degré de difficulté d'une procédure : organe impliqué, délai ou encore type de vote exigé[3]. Certains cas sont faciles à trancher : quand une procédure parlementaire impose une majorité renforcée ou plusieurs votes séparés par des délais prédéterminés, elle est bien sûr plus exigeante que la procédure ordinaire. Cependant, tout se brouille dès que l'on sort des procédures parlementaires[4] : comment savoir si le référendum représente une procédure plus difficile que le vote parlementaire ? La réponse dépend sans

[1] Les deux derniers cas sont plus ambigus mais l'adoption des lois de programmation exige une formalité supplémentaire (consultation du Conseil économique, social et environnemental), là où des exigences particulières pèsent sur celle des lois de finances. Pour celles-ci, la possibilité d'une adoption par ordonnance pourrait toutefois nous conduire à y voir une procédure plus souple que la procédure législative ordinaire.

[2] Sur ce point, voir *supra*, p. 329.

[3] Pour des exemples des variations possibles, voir ZOLLER Elisabeth, *op. cit.*, p. 78 ou VERDUSSEN Marc, « La procédure de révision de la constitution : données comparatives », *in* DELPÉREE Francis (dir.), *La procédure de révision de la constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 88 et s.

[4] Certains estiment tout de même que la rigidité est « une notion précise » car « il n'est pas difficile, par exemple, de comparer deux procédures et de dire laquelle est la plus exigeante » (AUBERT Jean-François, « La Constitution, son contenu, son usage », *RDS* 1991, p. 36).

doute de la conjoncture politique[1]. La loi adoptée par référendum en 1962 aurait échoué au Parlement alors que celle repoussée par le peuple en 2005 aurait probablement été approuvée par la grande majorité des députés et des sénateurs. De même, les rapports politiques sont incontournables pour déterminer s'il est plus difficile de passer par une majorité renforcée à la chambre basse ou par un vote à la majorité simple dans les deux chambres. L'importance de l'exigence d'un avis conforme dépend également de la nature et du comportement de l'organe saisi. Les exemples pourraient être multipliés mais tous concourent à montrer que la difficulté d'une procédure est une caractéristique fuyante et variable. L'objectivité que revendiquent les partisans de la rigidité[2] est pour le moins réduite.

À ce flou s'ajoute la relativité de la rigidité : elle est nécessairement un rapport entre deux procédures ou, pour être plus précis, entre la procédure législative ordinaire et une autre procédure. Cela suppose de disposer d'une notion théorique utilisable de loi ordinaire[3], ce qui ajoute un obstacle sérieux au regard des désaccords de la doctrine sur ce point[4]. De plus, en se concentrant sur les rapports entre loi et constitution, la définition de la constitution par sa rigidité néglige les autres types de normes qui composent le système juridique et ne contribue pas à bâtir une théorie générale des sources du droit complète. Il s'agit plus d'une théorisation isolée de la constitution que d'une définition susceptible de figurer dans une typologie de ce genre. Cette vision restrictive hérite en fait d'un passé dans lequel la loi était pour ainsi dire confondue avec le droit. Elle entretient une relation ambiguë avec le légicentrisme. D'un côté, l'attribution d'une place privilégiée à la constitution s'oppose au système légicentriste, surtout dans sa forme extrême niant toute différence entre loi ordinaire et constitutionnelle[5]. De l'autre, la volonté de ne définir la constitution qu'à travers son rapport à la loi montre un réflexe légicentriste fondé sur l'idée selon laquelle le monopole de l'édiction de normes générales revient au législateur. Celle-ci reste profondément ancrée dans une culture juridique française où il n'est pas rare d'assimiler loi et normes générales. Or, cette présentation ne correspond plus à un système juridique dans lequel les normes constitutionnelles mais aussi les règlements, les traités internationaux, les principes généraux du droit, les coutumes

[1] Pour des positions comparables, voir MODERNE Franck, *op. cit.*, p. 28 ou WHEARE Kenneth Clinton, *Modern Constitutions*, Oxford, OUP, 1966, p. 17.
[2] AUER Andreas, « E pur si muove… », précité, p. 70.
[3] La catégorie dogmatique de loi que nous avons utilisée jusque-là par commodité ne peut suffire dans la perspective universelle qui caractérise les efforts de théorisation appelés à servir entre autre à comparer des systèmes juridiques distincts.
[4] Voir *infra*, p. 509 et s.
[5] Nous faisons ici référence au système décrit par Carré de Malberg (voir *supra*, p. 464). Ce dernier était conscient de l'opposition entre sa pensée et la rigidité constitutionnelle puisqu'il a essayé de démontrer que les lois constitutionnelles de 1875 ne pouvaient en aucun cas être considérées comme des normes constitutionnelles faute d'être rigides (voir notamment *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, p. 118).

internationales ou encore les actes locaux signifient des normes générales[1]. La spécificité de la constitution et de son statut doit logiquement être déterminée par référence à toutes ces normes et non en se limitant à la seule loi ordinaire. Rien ne justifie que cette dernière fasse l'objet d'une attention plus forte car toutes les normes générales font concurrence et/ou s'opposent potentiellement aux normes constitutionnelles. Les sujets de droit sont quant à eux concernés par toutes ces normes. Mieux, la place privilégiée réservée aux traités internationaux rend la loi secondaire. En conséquence, même si l'on admet qu'il est important de s'attacher à la difficulté respective de diverses procédures normatives, cela n'implique pas de réserver une place particulière à la procédure législative[2]. Affirmer que la constitution s'imposerait à l'ensemble du système juridique ou des branches du droit parce qu'elle s'impose à la loi n'est plus tenable.

Le concept classique de rigidité doit donc être actualisé, probablement en passant d'une rigidité relative à la loi à une rigidité absolue. Autrement dit, une norme sera constitutionnelle si sa procédure de révision est plus complexe ou difficile que toutes les autres procédures normatives du système juridique en cause[3]. La rigidité des normes vues comme constitutionnelles devra alors être précisée en tenant compte des procédures de révision des règlements ou des traités internationaux. Il peut paraître tentant d'assimiler les traités aux lois, en tout cas dans les cas où leur ratification doit être autorisée par le législateur. Cependant, l'adoption et la révision des traités impliquent divers États, voire des organes internationaux, et ne peut donc être réduite à la phase française de la procédure[4]. Le flou de la notion de difficulté réapparaît à ce stade : comment savoir s'il est plus difficile d'obtenir l'accord de plusieurs États que de passer par un référendum ou par les conditions cumulatives de la procédure de l'article 89 de la Constitution ? La réponse à cette question dépendra sans doute du texte en cause et ne peut être dotée de la généralité nécessaire à une catégorie théorique

---

[1] L'évolution du droit a sans doute multiplié les catégories concurrençant la loi ordinaire mais son monopole a toujours été un mythe. C'est pourquoi la place privilégiée de celle-ci dans la définition de la rigidité est contestée depuis longtemps. Voir HÉRAUD Guy, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Paris, Sirey, 1946, p. 198.

[2] La critique des définitions de la constitution qui sont construites exclusivement par rapport à la loi doit être mise en parallèle avec nos remarques sur la tendance à donner une place exagérée au contrôle de constitutionnalité des lois dans ce cadre (voir *supra*, p. 466) car la logique est exactement la même. Comme le note le professeur Maulin, « la vertu même du contrôle de constitutionnalité de la loi s'amenuise à proportion de la perte d'importance relative de la loi » (« Aperçu d'une histoire française de la modélisation des formes de justice constitutionnelle », *in* GREWE Constance, JOUANJAN Olivier, MAULIN Éric et WACHSMANN Patrick (dir.), *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2006, p. 138).

[3] Certains auteurs ont déjà eu l'occasion de formuler des propositions du même ordre. Voir notamment, ROUSSILLON Henry, article précité, p. 254 ou PFERSMANN Otto, « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître », *in* MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 34. Dans le dernier cas, cette extension peut toutefois s'analyser comme un simple effet d'une définition théorique du terme « loi » comme désignant toute norme générale et abstraite.

[4] Notons que cette circonstance montre que l'adoption d'un traité est plus complexe que celle d'une loi ordinaire puisque la loi ne constitue qu'une partie du processus. Les traités sont donc des normes rigides si l'on s'en tient au critère classique. Sa fragilité est ici confirmée : il implique de considérer tous les traités internationaux comme des normes constitutionnelles. La rupture avec le prototype est totale alors que la fertilité d'une telle catégorie devient pour le moins hasardeuse.

utilisable. Elle variera de plus en fonction de la difficulté de la procédure de ratification des autres États, ce qui implique que chaque traité se placera différemment sur l'échelle de rigidité en fonction de l'identité de ses parties. Au final, la rigidité ne peut être utilisée pour comparer les traités internationaux et les constitutions alors que le rapport entre ces deux types de normes est au cœur de la réflexion sur l'adaptation de la constitution. Nous n'avons relevé aucune proposition doctrinale visant à résoudre cette difficulté. En revanche, la rigidité du droit communautaire primaire est souvent évoquée à l'appui de sa constitutionnalité car il serait plus simple d'adopter un acte général dérivé que de réviser le droit primaire[1]. Sans nous prononcer sur la fertilité d'un tel constat, nous devons tout de même noter que le flou de la notion de difficulté peut encore poser problème[2]. Surtout, cette rigidité n'est établie que par rapport au droit dérivé de l'organisation et non par rapport au droit national. Dès lors, cette démarche se rapproche des conceptions extensives de la constitutionnalité internationale déjà évoquées[3] et ne sert à rien pour éclairer les rapports entre droit communautaire primaire et normes constitutionnelles nationales. Pour avancer sur ce point c'est bien aux procédures nationales et internationales qu'il faudrait comparer les procédures communautaires[4]. En fait, une deuxième relativité de la rigidité se manifeste ici, au risque d'accentuer la confusion : celle de l'ordre juridique de référence. La réponse quant au caractère rigide d'une norme dépend entre autres de l'ordre juridique dans lequel on se place, même quand l'on utilise un concept de rigidité absolue. Construire une notion cohérente et utilisable de rigidité s'avère finalement très difficile sinon impossible. De toute façon, il est inutile de poursuivre cet effort car la fertilité limitée de cette notion relativise l'intérêt de sa clarification (B).

B. Un critère inutile

La valeur logique du critère de rigidité est plus que discutable mais cela n'a pas d'effets directs sur sa valeur scientifique. Se concentrer sur la comparaison des procédures de révision

---

[1] Voir par exemple, AUER Andreas, article précité, p. 88 ; GERKRATH Jörg, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1997, p. 126 ou SCHEUING Dieter, « Quelle constitution pour quelle Europe ? », *in* GREWE Constance (dir.), *Questions de droit européen*, Caen, PU de Caen, 1996, p. 17. Ce modèle a déjà été appliqué aussi à l'ONU. Voir FRANCK Thomas, « Is the UN Charter a Constitution ? », *in Liber amicorum Tono Eitel*, Berlin, Springer, 2003, p. 97 ou CARCASSONE Guy, « Les vertus et les dangers de la transposition dans l'ordre international », *in* CHEMAIN Régis et PELLET Alain (dir.), *La Charte des Nations Unies, une constitution mondiale ?*, Paris, Pedone, 2006, p. 180.

[2] Sans entrer dans des détails inutiles, il ne faut pas oublier ici que les procédures d'adoption des actes dérivés sont variées et que certaines exigent l'accord de tous les États membres ce qui rend leur révision assez exigeante. Par ailleurs, le droit de l'Union européenne connaît certaines procédures de révisions simplifiées (voir notamment art. 48 TUE et art. 40 TCE) et la possibilité de recourir au droit international général pour réviser le traité est soutenue par une partie de la doctrine (voir *infra*, p. 706).

[3] Voir *supra*, p. 438 et s.

[4] Certains auteurs paraissent emprunter cette voie. Voir MAGNON Xavier, *Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire devant les juges constitutionnels français et italien*, Thèse, Aix-Marseille III, 2002, p. 677 ou LEVADE Anne, « La prise en compte de l'Union européenne par les constitutions nationales », *RAE* 2001-2002, p. 666.

revient à traiter exclusivement d'un point très spécifique du régime de la constitution. Il faut donc élucider les éléments qui ont poussé la doctrine à s'y intéresser pour évaluer leur bien-fondé. Ils tiennent à la fois à des motifs politiques (1) et juridiques (2).

1. UN CRITERE POLITIQUE SECONDAIRE

La rigidité est souvent comprise comme dotée de vertus politiques importantes en tant qu'outil pour encadrer le pouvoir[1]. En effet, les mécanismes qui compliquent la révision des normes constitutionnelles leur assurent une protection plus forte que celles dont bénéficient les lois ordinaires. Du coup, ces dernières font figure de normes temporaires appelées à évoluer avec l'air du temps là où la constitution bénéficie d'une grande stabilité[2] qui lui confère une fonction de réglementation du jeu politique. Le pouvoir législatif est limité par la rigidité puisqu'un groupe de normes est protégé de ses incursions[3]. Cette organisation est censée garantir une sorte de modération à propos des sujets les plus sensibles, des institutions les plus importantes ou plus simplement participer à la préservation de l'œuvre du souverain constituant. L'action politique quotidienne ne peut alors être totalement arbitraire parce qu'elle est bornée par un cadre institutionnel permanent. La politique ordinaire se sépare donc de la politique constitutionnelle car la première utilise des moyens ordinaires (procédure législative) quand la seconde exige des moyens extraordinaires (procédure constitutionnelle). Cette compréhension de la rigidité entretient des liens étroits avec le constitutionnalisme. Un lien historique d'une part, car l'apparition d'une procédure constituante spécifique coïncide avec celle des premières constitutions écrites qui étaient souvent particulièrement rigides[4]. Un lien conceptuel d'autre part, car le constitutionnalisme voit les constitutions comme des instruments pour assurer la liberté en limitant le pouvoir. Cette limitation est bien présente dans la restriction du pouvoir législatif qu'implique la rigidité : la majorité politique est encadrée par des exigences procédurales appelées à favoriser la recherche du consensus[5]. La rigidité peut même servir à préserver la séparation des pouvoirs chère aux constitutionnalistes car un législateur tout-puissant n'est pas vraiment soumis à la séparation des pouvoirs dans la

---

[1] En ce sens, voir ARDANT Philippe et MATHIEU Bertrand, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 20e éd., Paris, LGDJ, 2008, p. 57 ou HO Hio Ky, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en France*, Paris, Pedone, 1926, p. 185.

[2] Voir COHENDET Marie-Anne, *Droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 90 ou WALINE Marcel, « Quelques réflexions sur la notion de constitution en droit positif français », *APD* 1933, p. 112.

[3] UYTTENDAELE Marc, « Le langage oral du droit constitutionnel », *in* INGBER Léon et VASSART Patrick (dir.), *Le langage du droit*, Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 197 ou LAMPERT Joseph, *La distinction des lois constitutionnelles et ordinaires dans les différents États de l'Europe moderne*, Mulhouse, Alsatia, 1931, p. 29.

[4] La Constitution de 1791 est exemplaire de ce point de vue car sa révision n'était possible qu'au prix de conditions draconiennes comprenant notamment l'élection d'une assemblée de révision et le vote d'un vœu de révision par trois législatures successives (Titre VII).

[5] MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, *op. cit.*, p. 222.

mesure où il peut modifier à tout moment ses compétences et son statut. C'est pour cette raison que la séparation entre pouvoirs constituant et constitués garantie par la rigidité est considérée comme une limitation importante du pouvoir politique[1]. La rigidité permet au pouvoir constituant de se distinguer non seulement par son objet mais aussi dans les modalités de son intervention. La souveraineté du législateur est dans ces conditions limitée par l'existence d'une procédure spécifique de révision de la constitution sans que la procédure de son adoption n'ait d'importance.

Ces racines profondes de la rigidité[2] pourraient nous conduire à la rejeter au même titre que les définitions constitutionnalistes de la constitution[3]. Toutefois son caractère idéologique est moins accusé. En effet, le contenu de la constitution protégée du législateur est indéterminé : elle pourrait par exemple instituer un régime totalitaire sans que cela n'ait de conséquence sur sa classification. Nous avons donc affaire à une notion minimale de limitation du pouvoir qui s'éloigne des exigences libérales du constitutionnalisme contemporain. En outre, la limitation du pouvoir justifie le critère mais n'est pas le critère lui-même. Aussi, la dimension idéologique de la rigidité fait-elle plutôt figure de reste d'un héritage ancien que d'élément central d'une théorie actuelle. L'apparition tardive du concept de constitution rigide confirme cette approche : les procédures renforcées de révision constitutionnelle visaient sans doute à limiter le pouvoir législatif mais cela ne veut pas dire pour autant que le critère théorique imaginé un siècle plus tard n'a de sens qu'au regard de cet objectif. Son origine politique n'a rien de surprenant car le terme « constitution » lui-même trouve sa source dans des discours engagés. S'il faut refuser d'inclure des préférences subjectives dans la définition de la constitution, un rapport historique et éloigné paraît inévitable et il n'altère pas ici la capacité à représenter n'importe quel système juridique.

La possibilité de concevoir une approche neutre de la rigidité ne suffit pas à établir sa valeur scientifique. En ce qui concerne l'adaptation, son utilité pour évaluer l'apparition d'une constitutionnalité européenne est discutable. Se concentrer sur la rigidité dans le seul ordre juridique de l'Union européenne ne présente aucun intérêt : l'interrogation sur l'émergence d'une constitution européenne ne peut tenir à la séparation des procédures de révision du droit primaire et du droit dérivé car elle était évidente dès l'origine et se retrouve dans toutes les organisations internationales dotées d'un pouvoir normatif. La disparition de l'arbitraire

[1] Voir ainsi, MODERNE Franck, *op. cit.*, p. 18 ou ZOLLER Elisabeth, *op. cit.*, p. 73.
[2] Si la prévision de procédures de révision renforcée est l'aboutissement de diverses traditions (théorie du contrat social, pratique des chartes coloniales américaines…). Elles convergent toutes vers la limitation du pouvoir. Pour plus de détails sur les sources de la rigidité, voir BARTHÉLEMY Joseph et DUEZ Paul, *op. cit.*, p. 188.
[3] La rigidité est en effet explicitement justifiée par sa finalité de limitation des pouvoirs et de garantie des droits des citoyens, ce qui marque le caractère idéologiquement engagé de la promotion de ce critère. Voir GAJAC Jean, *op. cit.*, p. 90.

absolu du parlement ou du gouvernement qui a eu un sens à une certaine époque au niveau national n'en a jamais eu au niveau européen. De même, l'incapacité des pouvoirs législatifs nationaux à réviser le droit de l'Union européenne n'a rien d'original et n'a pas vraiment été contestée[1]. L'éventuelle constitutionnalité européenne ne peut tenir au rapport du droit primaire avec le droit dérivé ou avec les lois nationales. Ce décalage entre le débat européen et la rigidité est confirmé par la place accordée dans la doctrine à l'hypothèse de l'institution d'une procédure de révision majoritaire comme critère de constitutionnalité. Cette idée revient en effet à valoriser une procédure de révision assouplie voire rendue plus facile que la révision de nombreux actes dérivés qui exigent l'approbation unanime des États membres. La limitation de pouvoir qui est censée justifier la rigidité paraît bien éloignée de la réflexion européenne sur l'adaptation de la constitution. Plus largement, l'aspect légicentriste du critère classique de rigidité limite fortement son utilité. Même en acceptant que la rigidité limite le pouvoir et qu'il est légitime de baser un critère théorique sur de telles considérations, le rôle accordé à la loi reste problématique. Combiné avec la justification politique étudiée, il revient à défendre le critère de rigidité par la limitation du pouvoir législatif qu'il démontre. Or, l'hypothèse de la toute-puissance du législateur semble aujourd'hui plus qu'anachronique. Si la limitation générale de l'arbitraire pouvait revêtir une certaine importance à la fin de l'Ancien régime et si l'encadrement du législateur présentait des enjeux importants dans la première moitié du XXe siècle[2], il semble déplacé désormais de fonder notre compréhension de la constitution sur ces éléments. Le Royaume-Uni fait pour ainsi dire figure de dernier régime légicentriste. La compréhension de la limitation du pouvoir législatif impliqué par la rigidité participe à l'exposé de mutations anciennes du droit public mais elle n'a pas d'intérêt pour saisir ses évolutions actuelles. Cela renforce l'importance du passage de la rigidité relative à la rigidité maximale mais celui-ci est difficile et négligé par la doctrine.

Quoi qu'il en soit, la contribution de la rigidité à la limitation du pouvoir ne doit pas être exagérée car la rigidité s'incarne souvent dans une simple différence de procédure devant le parlement. Nous retrouvons ici l'argument classique de Carré de Malberg[3] qui est déplacé sur le plan juridique mais tout à fait valable dans le cadre de l'analyse politique. De plus, nous

---

[1] Nous parlons bien sûr ici d'une contestation juridique car la question se présente différemment sur le plan politique. Notons que sur le plan juridique, ce point est acquis depuis longtemps pour l'ensemble du droit international et ne peut pas de ce fait caractériser la constitutionnalité sauf à rompre totalement avec le prototype de la constitution.

[2] La question de la limitation du pouvoir législatif occupait particulièrement les auteurs de l'époque. Voir ainsi, DESFOUGÈRES Henri, *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Arthur Rousseau, 1913, p. 24. ou BLONDEL André, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, Aix-en-Provence, Paul Roubaud, 1927, p. 2. La nouveauté de cette préoccupation ne doit néanmoins pas être exagérée car il est tout à fait possible d'en trouver des traces dans des périodes antérieures. Pour un exemple, voir HAMILTON Alexander, JAY John et MADISON James, *Le fédéraliste*, Paris, LGDJ, 1957, p. 420.

[3] *La loi expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, p. 113.

nous heurtons au problème du rapport entre causalité et imputation. La justification politique de la rigidité repose sur l'établissement d'un lien systématique entre une règle juridique (la différenciation de deux procédures) et une réalité politique (la limitation du pouvoir). Or, il est périlleux de bâtir une catégorie théorique en fonction d'effets causaux[1] car ceux-ci dépendent de faits sociaux variables qui ne sont pas intégrés dans les définitions de théorie juridique. Ce problème général est idéalement illustré par la rigidité. Ainsi, la rigidité est *a priori* présente pour toute exigence procédurale ou formelle qui dépasse ce qui est prévu par la procédure législative ordinaire, ce qui couvre toutes sortes de mesures purement symboliques telles que la création d'organes consultatifs disciplinés ou des majorités renforcées faciles à rassembler au regard de la conjoncture politique. Les exemples déjà cités de 1962 et 2005 démontrent bien que la réalité de la difficulté d'une procédure, et donc de la limitation du pouvoir qu'elle entraîne, dépend de faits politiques trop instables pour donner naissance à des définitions stables. La relativité de la rigidité est d'ailleurs attestée par les multiples révisions qui touchent un texte censé n'être révisable qu'en dernière extrémité[2]. Aucun critère juridique ne peut en fait suffire à caractériser à coup sûr une limitation sérieuse du pouvoir politique. L'impression inverse est le fruit d'un formalisme déplacé quand l'on prétend évaluer les effets sociaux des règles juridiques. La rigidité ne garantit finalement ni la limitation du pouvoir ni la stabilité de la constitution. Sa justification politique ne paraît pas tenable sauf à renforcer encore l'imprécision et l'indétermination du critère. Mieux, ce schéma repose sur un présupposé juridique supplémentaire et critiquable (2).

2. UN CRITERE JURIDIQUE INSUFFISANT

La défense des définitions fondées sur la rigidité s'appuie implicitement sur l'établissement d'une relation entre hiérarchie des normes et différenciation des procédures constitutionnelles et législatives. L'idée selon laquelle la rigidité limite le pouvoir politique en dépend car cette différenciation ne prouve ni l'inexistence, ni l'annulabilité, ni même l'illicéité des lois ordinaires contraires à la constitution. Or, l'on voit mal comment le pouvoir législatif est limité dans ce cas : il est toujours libre d'édicter toutes sortes de règles sans que la rigidité ne puisse le gêner. Au minimum, force est de constater qu'il ne souffre d'aucune restriction juridique, même si l'on ne peut exclure une restriction politique. L'effet hiérarchique de la rigidité est nécessaire à sa valorisation politique mais il est également

[1] Voir *supra*, p. 56.
[2] Sur cet effet supposé de la rigidité, voir HAURIOU Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, p. 258.

affirmé par la doctrine de manière explicite[1]. Le rapport inverse est aussi parfois évoqué : la hiérarchie aurait pour conséquence la rigidité[2]. Il arrive même que hiérarchie et rigidité soient assimilées[3]. Si le lien entre hiérarchie et rigidité était établi, cela donnerait évidemment un grand intérêt à ce critère, y compris dans le cadre de l'adaptation. Ainsi, si l'on admet que la constitution est plus difficile à réviser qu'un traité international, l'on devra conclure qu'elle est hiérarchiquement supérieure au traité. La rigidité maximale impliquerait de son côté une suprématie absolue.

Il convient donc d'approfondir l'étude des relations entre hiérarchie et rigidité. L'idée promue par la doctrine est simple : si N1 est plus difficile à réviser que N2 alors N1 est supérieure à N2[4]. Le rapport entre constitution et loi ordinaire ne serait qu'une application de ce principe général. Notons tout de suite que la notion de supériorité employée n'est pas parfaitement claire. Il est possible, comme nous l'avons vu, que la supériorité soit purement et simplement confondue avec la rigidité, ce qui prive de tout intérêt la référence à la hiérarchie des normes. Sinon, d'autres définitions sont envisageables, par exemple en caractérisant la supériorité de N1 sur N2 par l'annulabilité de N2 en cas de contradiction de N1. La relation entre rigidité et supériorité entendue dans ce sens paraît dictée par le bon sens : pourquoi exiger une procédure de révision complexe si une procédure simple permet d'atteindre le même objectif ? Le cas typique des procédures parlementaires renforcées peut être invoqué à l'appui de cette idée : les décisions exigeant la majorité simple sont susceptibles d'être adoptées à la majorité renforcée alors que l'inverse n'est pas vrai[5]. Les décisions adoptées par le biais de la procédure renforcée sont donc susceptibles de modifier celles adoptées à la majorité simple sans réciprocité. Cela ne prouve pas directement l'annulabilité de ces dernières en cas de contrariété avec les premières[6] mais l'on peut estimer que les normes

---

[1] Voir, parmi de nombreux exemples, DUGUIT Léon, *op. cit.*, T. III, p. 690 ; KASTARI Paavo, « Le caractère normatif et la prééminence hiérarchique des constitutions », *RIDC* 1966, p. 838 ; FAVOREU Louis, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 38 ou ZOLLER Elisabeth, *op. cit.*, p. 75.

[2] DICEY Albert, *op. cit.*, p. 129 ; GUCHET Yves et CATSIAPIS Jean, *Droit constitutionnel*, Paris, Ellipses, 1996, p. 16 ou MAGNON Xavier, « Quelques maux à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence », *RFDC* 2004, p. 604.

[3] BLONDEL André, *op. cit.*, p. 27 ; ROUSSILLON Henry, « Le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois dans les pays socialistes », *RDP* 1977, p. 74 ou BRYCE James, article précité, p. 151.

[4] Voir LABAND Paul, *Le droit public de l'empire allemand*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1901, T. II, p. 359 ; AUBERT Jean-François, « La Constitution, son contenu, son usage », précité, p. 43 ou MODERNE Franck, « La révision de la constitution », *AIJC* 2004, p. 427.

[5] AUBERT Jean-François, article précité, p. 40.

[6] Prétendre le contraire suppose d'assimiler de manière discutable les règles de compétences et d'annulation : ce n'est pas parce que l'on est incompétent pour prendre une décision que celle-ci est forcément annulable. Surtout, l'irrégularité de la norme ordinaire en cas de contrariété avec les normes renforcées n'est pas évidente. Il faut séparer la prétention à adopter un acte de type 1 par la procédure normative 2 et celle d'adopter un acte de type 2 contredisant une norme de type 1 par le biais d'une procédure normative 2. Dans le second cas, l'existence de la norme de type 2 signifiée par l'acte de type 2 ne pose pas de problème spécifique et la contradiction ne sera problématique que si la violation de N1 par N2 est prohibée. La différence

renforcées ont une forme de supériorité au regard de l'organisation asymétrique des règles de révision[1]. Ces développements valables dans l'hypothèse de différenciation des procédures parlementaires ne sont néanmoins pas extensibles sans limites. Ainsi, dans le système juridique français, une loi adoptée par référendum peut être révisée par une loi parlementaire et inversement. De même, le législateur pouvait traditionnellement revenir sur les traités internationaux sans que la particularité de la procédure internationale ne puisse l'en empêcher[2]. Par ailleurs, les traités internationaux révisables par une décision unanime des parties ne s'imposent pas à ceux qui sont révisables par une décision majoritaire[3]. Ces exemples[4] montrent que la rigidité ne suffit pas à créer une relation hiérarchique. Inversement, la hiérarchie est souvent établie sans différenciation procédurale : les rapports entre principes généraux du droit et règlements, coutumes internationales et normes internes ou *jus cogens* et traités internationaux le prouvent aisément. Même les relations entre lois et règlements sont *a priori* détachées de tout rapport avec la rigidité. Les discussions sur celles qui existent entre la constitution et les traités sont de plus en plus poussées, mais sans que la rigidité n'entre jamais en ligne de compte[5].

Ce constat vient bousculer une position initiale qui paraissait relever du bon sens. En fait, la différenciation des procédures législatives tient plus de l'exception que du cas typique : c'est la seule situation dans laquelle les conditions d'existence de la norme ordinaire (N2) sont remplies lors de l'édiction de la norme renforcée (N1)[6]. Les apparences sont donc trompeuses. De plus, la disjonction empirique de la rigidité et de la hiérarchie se voit

---

entre inexistence et annulabilité empêche de se contenter d'une différence procédurale pour retenir l'irrégularité de la norme en cause. En fait, l'ambiguïté tient largement aux incertitudes quant au concept même d'irrégularité appliqué à une norme.

[1] En ce sens, voir BOULOUIS Jean, « L'existence, la nullité et l'annulation des actes juridiques en droit public français », *Travaux de l'association Henri Capitant 1965*, p. 781 ou ILIOPOULOS-STRANGAS Julia et PREVEDOUROU Eugénie, « Rapport grec », *in* FIDE, *XX Congress London*, Londres, BICL, 2002, T. II, p. 263. Cette présentation est toutefois minoritaire car la supériorité est plus souvent vue comme la conséquence de cette différenciation procédurale. Voir ainsi, AUER Andreas, « De la suprématie et de la dépendance de la constitution : un essai », *in Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 1991, p. 19 ou LAFERRIÈRE Julien, *Manuel de droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, Montchrestien, 1947, p. 286.

[2] En tous cas, il pouvait revenir sur les normes signifiées par les traités internationaux. Cette possibilité a perduré jusqu'à la reconnaissance de la primauté des traités sur les lois sur la base d'une disposition constitutionnelle spécifique (voir *infra*, p. 692). La soumission des lois aux traités résulte donc bien d'une règle de hiérarchisation et non du rapport des procédures d'édiction respectives de ces normes. D'ailleurs, le statut des traités internationaux varie selon les États en fonction de règles de hiérarchisation (pour un panorama, voir Conseil d'État, *La norme internationale en droit français*, Paris, La Documentation française, 2000, p. 30) : il ne faut pas confondre règles de compétence ou de procédure et règles de conflit.

[3] *Ibid.*, p. 10.

[4] De nombreux autres cas pourraient être cités. En ce sens voir, TROPER Michel, « Kelsen et l'idéologie des constitutionnalistes français », *in* HERRERA Carlos Miguel (dir.), *Actualités de Kelsen en France*, Paris, LGDJ, 2001, p. 35. Les systèmes juridiques étrangers ne sont pas en reste comme le montre la différenciation « indolore » des procédures de révision constitutionnelle en Espagne (RODRIGUEZ-PINERO M. et LEGUINA VILLA J., « Rapport espagnol », *AIJC* 1990, p. 111)

[5] Voir *infra*, p. 693 et s.

[6] Et encore ne faut-il pas négliger le fait qu'un système juridique peut exiger par exemple, qu'au-delà des conditions procédurales, la qualité constitutionnelle ou législative de la norme adoptée soit revendiquée. Dans ce cas, la réunion des conditions exigées pour N1 ne suffira pas à adopter N2. Pour un exemple présentant en plus une forme originale d'exception à la constitution, voir KASTARI Paavo, article précité, p. 839.

renforcée par l'absence de lien logique entre ces deux éléments. La rigidité est un concept qui repose sur des normes régissant l'édiction d'autres normes qui ne doivent pas être confondues avec les normes fixant les rapports hiérarchiques dans un système juridique donné[1]. Dès lors, le lien que la doctrine établit entre rigidité et hiérarchie relève d'une approche conceptualiste. La catégorie des normes rigides est une catégorie théorique, ce qui implique qu'y appartenir n'a pas de conséquences juridiques. S'il est parfois possible d'établir un lien causal entre un type de norme et certains phénomènes sociaux, il n'est pas acceptable de défendre un rapport d'imputation générale entre ce même type et certains effets juridiques. Cela revient à affecter un régime juridique universel à un groupe de normes sélectionnées arbitrairement par la doctrine : seule cette confusion entre dogmatique et théorie permet d'établir une relation systématique entre rigidité et suprématie. Dans les systèmes juridiques qui prévoient la suprématie des normes constitutionnelles, elle équivaut à déduire de la constitutionnalité théorique l'un des effets de la constitutionnalité dogmatique.

Il n'est pourtant pas inenvisageable de chercher d'autres voies pour établir cette relation. La prévision d'une procédure spécifique pour la révision constitutionnelle pourrait en effet signifier l'exclusivité de celle-ci pour adopter de nouvelles normes constitutionnelles et donc pour altérer la constitution en vigueur. Cependant, la réciproque est tout aussi valable : l'originalité de la procédure législative peut être interprétée comme signifiant son exclusivité pour altérer les lois en vigueur. La rigidité aboutirait alors à la formation de sphères de compétences séparées pour les pouvoirs législatifs et constituant, ce qui ne correspond manifestement pas au droit français contemporain. La compétence du pouvoir constituant pour revenir sur les normes législatives ne peut pourtant pas découler de la différence procédurale puisque celle-ci n'a pas d'effet juridique direct[2]. Elle ne peut provenir que d'une règle supplémentaire de hiérarchisation ajoutée aux règles procédurales pour passer d'une séparation horizontale des sphères de compétence à des rapports verticaux entre deux pouvoirs[3]. La différenciation procédurale ne suffit donc pas à établir de compétences de

[1] Pour une position comparable, voir DE BÉCHILLON Denys, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996, p. 17.

[2] En revanche, une combinaison entre des sphères de compétence et une différenciation procédurale peut mener à conclure que la norme ordinaire qui contredit la norme renforcée viole la norme qui fixe les procédures et les compétences. Ce raisonnement pourrait s'appliquer pour les lois ordinaires qui violent les lois organiques en droit français. En ce sens, voir CAR Jean-Christophe, *Les lois organiques de l'article 46 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, Economica, 1999, p. 502 et, pour un avis contraire, RENAUT Michel, *La loi organique dans la constitution de 1958*, Thèse, Nancy II, 1994, p. 17. Un résultat comparable peut être obtenu en évoquant le parallélisme des formes sans avoir recours à la rigidité. Voir ainsi, AMSELEK Paul, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *in Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1002.

[3] L'annulation d'actes sortant de la sphère de compétence du pouvoir qui les a édictés ne doit pas forcément être interprétée en termes de hiérarchie. Ainsi, dans un État fédéral, il est tout à fait possible qu'un acte fédéral soit annulé pour avoir empiété sur les compétences fédérées sans qu'il faille en déduire la supériorité des actes fédérés contraires à cet acte fédéral.

révision asymétriques mais la rigidité-difficulté pourrait être évoquée pour dépasser cet état de fait. Si l'on présume que le constituant a entendu créer un système juridique cohérent, il peut sembler légitime d'estimer que l'exigence d'une procédure renforcée appelle un statut privilégié sur le plan hiérarchique[1]. C'est le seul moyen d'éviter le contournement de la procédure renforcée par la procédure ordinaire. Ce raisonnement est tout à fait défendable et correspond même sans doute aux pratiques habituelles du droit constitutionnel écrit. Pour autant, il n'est pas sûr que la volonté du constituant ait une pertinence juridique alors qu'elle n'a pas été exprimée formellement. Surtout, rien ne garantit qu'il ait construit un droit cohérent. Nous sommes ici face à une supposition sur l'intention des autorités politiques et non face à un fait juridique. Dans le cas où le constituant affirmerait à la fois une procédure de révision plus complexe pour N1 que pour N2 et la supériorité de N2 sur N1, cette dernière serait bien établie[2]. L'emploi exclusif de l'argument de la rigidité à propos du rapport entre loi ordinaire et constitution contribue d'ailleurs à la fragiliser : pourquoi se limiter à ce cas précis s'il est possible de déduire systématiquement la hiérarchie de la rigidité ?

Pour terminer, il faut examiner l'hypothèse d'un rapport plus modeste entre rigidité et hiérarchie. Pour pouvoir établir la supériorité de N1 sur N2, encore faut-il que N1 et N2 appartiennent à des catégories dogmatiques distinctes. Pour cela, la rigidité-difficulté n'est pas nécessaire, puisque n'importe quelle différence peut permettre une telle séparation[3]. En revanche, la rigidité-différence pourrait s'avérer utile mais elle n'est pas forcément indispensable. D'une part, deux catégories dogmatiques peuvent s'opposer sur le plan matériel ou formel alors même que les normes qui leur appartiennent sont révisées par une procédure unique. D'autre part, la rigidité-différence ne débouche pas forcément sur des

---

L'utilisation de modèles de ce genre est néanmoins plus difficile en l'absence de règles répartissant matériellement les compétences car chaque pouvoir a alors *a priori* une compétence illimitée à l'origine.

[1] Pour une idée proche, voir CHEVALLIER Jacques, « La coutume en droit constitutionnel français », *RDP* 1970, p. 1410 ou VIFOREANO C., « Le contrôle de constitutionnalité des lois », *in Mélanges Paul Negulesco*, Bucarest, Imprimeria Nationala, 1935, p. 820.

[2] Le raisonnement consistant à déduire le contrôle juridictionnel de la supériorité et la supériorité de la rigidité est pourtant extrêmement répandu. Il est notamment présent dans l'arrêt Marbury c. Madison de la Cour suprême des Etats-Unis qui est souvent cité comme le fruit d'une logique juridique parfaite, transposable dans tous les systèmes juridiques connaissant une constitution rigide. En ce sens, voir notamment BLONDEL André, *op. cit.*, p. 35 ; LEBLANC Jacques, *Du pouvoir des tribunaux d'apprécier en France la constitutionnalité des lois*, Paris, PUF, 1924, p. 24 ou AUER Andreas, « E pur si muove, le caractère constitutionnel de la Constitution pour l'Europe », *RDUE* 2005, p. 70. Il s'agit en fait d'un paralogisme reposant sur une inférence illicite fondée sur une confusion entre différents sens de la pluralité. Pour des démonstrations convaincantes à ce sujet, voir NINO Carlos Santiago, « Marshall's Logic and Kelsen's Problem », *in* GIANFORMAGGIO Letizia et PAULSON Stanley (dir.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turin, Giappichelli, 1995, p. 228 et surtout TROPER Michel, « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste », *in* ZOLLER Elisabeth (dir.), *Marbury v. Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, Paris, Dalloz, 2003, p. 220 ou « La suprématie de la constitution », *in Études en hommage à Claude Courvoisier*, Paris, Dalloz, 2005, p. 267. Notons tout de même que les positions adoptées par la doctrine et leurs justifications sont plus variées et plus riches que le raisonnement de Marshall et ne s'expliquent pas uniquement par une confusion terminologique.

[3] En sens contraire, voir AMOR Abdelfattah, « Constitution et standards constitutionnels », *RCADC* 2000, p. 73 ou FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André et SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 78.

catégories séparées. Ainsi, la définition dogmatique de la constitution proposée précédemment couvrait des normes adoptées et révisables en suivant plusieurs procédures. En revanche, l'unité de la procédure de révision paraît plus difficilement compatible avec une hiérarchisation car la révision de N2 pourra alors logiquement modifier aussi N1[1]. Cette idée permet d'établir une relation minimale entre rigidité et hiérarchie mais en aucun cas de définir la constitution sur cette base au regard des carences déjà citées de la rigidité-différence de ce point de vue. Les raisonnements qui prétendaient établir un rapport plus net entre rigidité et hiérarchie pour établir l'opportunité de la définition de la constitution par la rigidité sont quant à eux insatisfaisants. La valeur scientifique de ce critère est donc plus que relative.

Ce constat met un terme à l'évaluation des définitions formelles classiques de la constitution et nous conduit à les rejeter au même titre que les définitions matérielles. Cette conclusion peut surprendre car elle paraît écarter les définitions habituellement reçues de la constitution alors même que l'utilité de la catégorie elle-même n'est pas en cause. Ce paradoxe trouve sa source dans l'insuffisance des typologies classiques des définitions de la constitution qui réduisent à tort le débat à une dichotomie matérielle-formelle qui peine à rendre compte de toutes les définitions envisageables (Section 2).

SECTION 2 : LES LIMITES DES TYPOLOGIES CLASSIQUES DE DEFINITIONS DE LA CONSTITUTION

L'impossibilité d'utiliser les définitions formelles de la constitution pour rendre compte de l'adaptation de cette catégorie impose une nouvelle approche. Si les problèmes tenant à leurs valeurs logique et scientifique sont importants, nous estimons que ces définitions présentent un défaut plus profond en ce qu'elles laissent de côté des critères de constitutionnalité envisageables qui ne sont ni formels ni matériels. Pour le démontrer, il faut revenir sur la typologie classique qui oppose les définitions formelles et matérielles de la constitution en mettant en avant non plus l'ambiguïté du terme « constitution » mais plutôt celle des expressions « constitution au sens formel » et « constitution au sens matériel ». Cela implique de s'écarter temporairement de la définition de la constitution pour étudier la manière dont sont perçues et classées les pratiques définitoires de la doctrine. Ce travail d'élucidation ne porte plus sur la catégorie théorique de constitution mais bien sur les catégories de définitions doctrinales de la constitution. Nous entendons ainsi prouver que la polysémie visible à travers les notions de constitution aux sens formel et matériel ne se limite pas en réalité à l'opposition

[1] En ce sens, voir BAGUENARD Jacques, « La Constitution », *in* MOREAU Jacques (dir.), *Droit public*, 3e éd., Paris, Economica, 1995, T. I, p. 37 ou STARCK Christian, « La suprématie de la constitution », *RCADC* 1987, p. 32.

des critères étudiés jusque-là. Au contraire, nous pouvons relever deux oppositions distinctes entre constitution aux sens formel et matériel qui doivent nous conduire à une double typologie des définitions de la constitution (I). Le constat de cette dualité permettra de montrer que la typologie des définitions théoriques de la constitution ne peut être résumée à l'opposition matérielle-formelle et qu'elle doit être complétée (II).

I. L'AMBIGUÏTE DES TYPOLOGIES CLASSIQUES : LA DUALITE DE L'OPPOSITION ENTRE CONSTITUTION AU SENS FORMEL ET AU SENS MATERIEL

La démonstration de l'insuffisance des définitions formelles de la constitution passe par une compréhension accrue de la notion de constitution au sens formel dans sa relation avec la constitution au sens matériel. Pour cela, il faut exposer le double sens de la dichotomie entre constitution aux sens formel et matériel (A) pour améliorer l'analyse de la doctrine (B).

A. L'exposé de la dualité de la dichotomie constitution au sens formel-constitution au sens matériel

La dichotomie entre constitution aux sens formel et matériel semble univoque si l'on s'en tient à la façon dont elle est considérée par la doctrine, en tout cas si l'on se limite à la conception normative de la constitution. Les définitions formelles et matérielles elles-mêmes sont souvent contestées mais leur opposition ne semble pas remise en cause. Nous entendons adopter une position inverse en notant que la classification des définitions formelles et matérielles de la constitution peut aussi bien être une classification de définitions ou de catégories dogmatiques (1) que de définitions ou de catégories théoriques (2).

1. LA DICHOTOMIE CONSTITUTION AU SENS FORMEL-CONSTITUTION AU SENS MATERIEL COMME CLASSIFICATION DE CATEGORIES OU DE DEFINITIONS DOGMATIQUES

La redéfinition de la constitution supposait de mener un travail largement stipulatif. L'étude des typologies doctrinales de définitions ne peut à l'inverse être réalisée que par une approche lexicale centrée sur l'usage des expressions « constitution au sens formel » et « matériel ». Nous voulons montrer qu'elles sont régulièrement employées pour classer les catégories et définitions dogmatiques pratiquées en droit positif voire par extension pour classer les systèmes juridiques en fonction des catégories et définitions dogmatiques qu'ils connaissent. Les éléments triés par de telles typologies ne sont donc pas des normes ou des actes normatifs mais des catégories ou des définitions dogmatiques voire des systèmes

juridiques. Pour les répartir, la doctrine s'attache aux critères consacrés par le droit positif pour définir certaines catégories dogmatiques. Ainsi, si le système juridique SJA définit les normes de type N1 sur la base de leur adoption par un organe O1 à travers une procédure P1, il est possible d'affirmer que la catégorie dogmatique N1 est définie formellement dans SJA. De même, si N2 est définie par son objet dans SJA, l'on peut dire que la catégorie dogmatique N2 est définie matériellement dans SJA. Dans cette perspective, ce ne sont pas les normes qui sont classées mais bien les catégories dogmatiques elles-mêmes. Leur aspect formel ou matériel tient au critère valable en droit positif pour les définir. Il s'agit en fait d'un critère théorique employé pour classer des critères dogmatiques. Ces derniers correspondent aux conditions de réussite extra-langagières des actes normatifs relevant de catégories dogmatiques pour reprendre le schéma exposé précédemment[1]. Les conditions de réussite tenant à la forme, à l'organe ou à la procédure impliquée sont dites « formelles » alors que celles tenant à la signification (S1) de l'acte sont dites « matérielles »[2]. Deux catégories théoriques de critères dogmatiques ou de conditions de réussite extra-langagières sont alors disponibles sur la base de ces définitions du caractère formel ou matériel des critères. Les critères dogmatiques sont ici utilisés comme objet des critères théoriques. Cette approche peut être étendue pour classer les catégories dogmatiques elles-mêmes en décrivant comme catégories formelles celles qui sont définies formellement et comme catégories matérielles celles qui sont définies matériellement. Elle peut même être poussée encore plus loin pour classer les systèmes juridiques selon le type de catégories dogmatiques qu'il contient : un système juridique pourra être considéré comme ayant une doctrine générale formelle des sources du droit si toutes ses catégories dogmatiques de normes sont des catégories formelles.

Cette utilisation spécifique de la dichotomie formel-matériel n'a rien de neuf. Elle était déjà présente dans le débat classique sur l'opposition entre loi aux sens formel et matériel. La doctrine se divisait en effet au début du XXe siècle pour savoir si la notion de loi en droit français devait être vue comme une notion formelle ou matérielle[3]. D'un côté, les tenants de la définition formelle rattachaient la qualité législative à l'adoption par le parlement et de l'autre, les tenants de la définition matérielle la rattachaient au caractère général des normes signifiées. L'objet de ce désaccord n'est toutefois pas aisé à percevoir en raison du

[1] Voir *supra*, p. 138.
[2] Dans la perspective tracée par la théorie de la double signification, nous pourrions dire que les critères formels tiennent à l'énonciation elle-même quand les critères matériels tiennent à la signification de l'énonciation (voir *supra*, p. 127).
[3] Pour un résumé de ce débat, voir CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, T. I., p. 273-377. Voir aussi, DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, E. de Boccard, 1928, T. II, p. 160 ou pour un exemple étranger, LABAND Paul, *Le droit public de l'empire allemand*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1928, T. II, p. 260-264 et 344-355.

conceptualisme qui empêche de savoir si les auteurs proposent une catégorie théorique de loi, une catégorie théorique des catégories dogmatiques de loi voire une catégorie dogmatique de loi inédite[1]. De plus, la négligence du rapport entre acte et norme renforce l'ambiguïté[2]. Les choses sont un peu plus nettes lors de la renaissance de ce débat après 1958. Deux camps s'opposent clairement. Le premier est composé des partisans de la définition matérielle de la loi qui décrivent l'acte législatif comme l'acte adopté dans le domaine fixé par l'article 34, complété le cas échéant par d'autres articles de la Constitution[3]. Le second est composé des partisans de la définition formelle de la loi qui voient l'acte législatif comme l'acte adopté par le parlement en suivant la procédure législative ordinaire[4]. Ici, la discussion porte sur les critères retenus par le droit positif et non sur ceux qui devraient être choisis arbitrairement par la doctrine. La démarche menée est tout à fait comparable à celle que nous avons suivie lorsque nous entendions préciser les conditions de réussite extra-langagière des actes constitutionnels en droit français. La dichotomie entre loi aux sens formel et matériel incarne bien dans ce cas une classification doctrinale des règles de définition susceptibles d'exister en droit positif et par extension des positions doctrinales sur l'existence de ces règles. Les auteurs qui prétendent que le droit positif définit matériellement la loi sont décrits comme partisans de la conception matérielle de la loi et inversement. L'explicitation du classement théorique des critères dogmatiques permet de clarifier les tensions quant à la définition dogmatique de la loi. Les auteurs anciens qui définissaient la loi par sa généralité utilisaient une notion de loi au sens matériel sans aucun rapport avec celle qui est apparue en 1958 car il s'agissait d'une catégorie théorique de la loi et non d'une catégorie théorique des catégories dogmatiques de loi. Notons que cette dernière perspective peut être retrouvée en dehors du débat de 1958. Ainsi, l'affirmation selon laquelle les actes législatifs sont en partie définis matériellement dans le cadre des régimes transitoires en droit français[5] est un autre exemple de classification théorique de définitions dogmatiques de la loi.

---

[1] Eisenmann semble ainsi vouloir retranscrire la catégorie dogmatique du droit français (EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1983, vol. 2, p. 46) tout comme Carré de Malberg (*op. cit.*, p. 369) là où Laband oscille entre dogmatique et théorie (*op. cit.*, p. 260 et 350) et où Duguit s'oriente vers la théorie sans toutefois adhérer clairement à son autonomie (*op. cit.*, p. 165).

[2] L'opposition entre loi au sens formel et loi au sens matériel est en effet parfois confondue avec celle entre acte et norme législatifs. Voir par exemple, POIRAT Florence, *Le traité, acte juridique international*, Leyde, Boston, Martinus Nijhoff, 2004, p. 12.

[3] PACTET Pierre, « La loi, permanence et changements », *in Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 506 ou FABRE Michel-Henry, « La loi, expression de la souveraineté », *RDP* 1979, p. 343. Pour être précis, il s'agit plutôt de définitions mixtes alliant critères matériel et formel.

[4] FAVOREU Louis, « La loi », *in* AFDC, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Paris, PUAM, 1990, p. 84 ou MATHIEU Bertrand, *La loi*, Paris, Dalloz, 1996, p. 17.

[5] Voir AUBY Jean-Marie et DRAGO Roland, *Traité de contentieux administratif*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1984, T. I, p. 121.

La différence conceptuelle entre ces deux options est confirmée par des exemples à même de démontrer la polysémie de l'évocation de normes aux sens formel et matériel, et de leur dérivée que sont les définitions et les catégories normatives formelles et matérielles. Les énoncés « le système juridique français connaît une notion formelle de constitution »[1] ou « le droit anglais se limite à une notion matérielle de constitution »[2] illustrent parfaitement le fait que les concepts de constitution aux sens formel et matériel peuvent désigner l'opposition entre des critères dogmatiques définissant la constitution. Mieux, ces phrases n'ont aucun sens si l'on considère que ces concepts renvoient à des catégories théoriques de constitution comme nous l'avons fait jusque-là, puisqu'une catégorie théorique n'est par définition jamais utilisée dans un système juridique. De même, les idées selon lesquelles le Conseil constitutionnel s'est rallié à une conception formelle de la constitution[3] ou la loi et la constitution s'opposeraient en droit français par une différence formelle[4] n'ont de pertinence que dans cette nouvelle perspective. Nous pouvons également citer la fameuse théorie de la déconstitutionnalisation qui affirme qu'après une révolution, les normes matériellement législatives mais formellement constitutionnelles subsistent en tant que normes législatives[5]. Elle consiste en effet à soutenir l'existence d'une catégorie dogmatique spécifique, définie par des critères matériels, dont les membres demeurent valides malgré l'abrogation de la constitution. En dernière analyse, cela revient à avancer qu'il existe deux catégories dogmatiques de constitution en droit français : l'une (C1) est définie formellement et dote ses membres d'un statut constitutionnel jusqu'à la révolution, alors que l'autre (C2) est définie matériellement et confère à ses membres un statut législatif après la révolution. Plus précisément, C2 est une sous-catégorie de C1. Il faudrait donc dire que C1 est définie formellement et se scinde en C1a et C1b selon des critères matériels sachant que seules les normes relevant de C1a survivent en tant que lois en cas de révolution. L'évocation d'aspects formels et matériels porte bien dans cette théorie sur les qualités des critères employés par le

[1] Pour des positions comparables, voir CADOUX Charles, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4e éd., Paris, Cujas, 1995, T. I, p. 167 ; BLANC Didier, « Les incidences du traité-constitutionnel européen sur la constitution européenne », *RRJ* 2005, p. 2261 ou NGUYEN Le Mong, « Contributions à la théorie de la constitution souveraine par le peuple », *RDP* 1971, p. 966.

[2] Pour un exemple, voir WALINE Marcel, « Quelques réflexions sur la notion de constitution en droit positif français », *APD* 1933, p. 112. Le même type d'énoncé peut se retrouver à propos d'autres systèmes juridiques. Voir ainsi LEVY Denis, « Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans l'élaboration du droit constitutionnel », *in Mélanges Marcel Waline*, Paris, LGDJ, 1974, T. I, p. 41 ou SCHWARZE Jürgen, « La naissance d'un ordre constitutionnel européen », *in* SCHWARZE Jürgen (dir.), *La naissance d'un ordre constitutionnel européen*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 467.

[3] AGUILA Yann, *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 17 ou dans une moindre mesure RIALS Stéphane, « Les incertitudes de la notion de constitution sous la Ve République », *RDP* 1984, p. 588.

[4] VEDEL Georges, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p. 113.

[5] Sur ce sujet, voir ESMEIN Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p. 582 ou LIET-VEAUX Georges, *La continuité du droit interne*, Paris, Sirey, 1942, p. 142.

système juridique et non sur ceux créés par la doctrine[1]. Les normes relevant de C1 forment une constitution au sens formel dans la mesure où elles font partie d'une catégorie dogmatique définie formellement et non parce qu'elles sont isolées par la doctrine à travers des critères formels.

Quoi qu'il en soit, ces divers énoncés doctrinaux apparaissent sous un jour nouveau si nous les considérons comme visant à classifier les critères dogmatiques. La définition stipulative théorique qui les fonde porte sur le tri des critères dogmatiques de constitutionnalité et non sur celui des normes dont on cherche à établir la constitutionnalité théorique ou des critères théoriques établissant cette constitutionnalité. Les expressions « constitution au sens formel » et « matériel » désignent alors des méta-catégories qui classent les catégories dogmatiques selon leur définition. Il faut absolument éviter de les confondre avec les catégories théoriques de constitution définies formellement ou matériellement. Elles n'ont rien à voir avec la théorie générale des sources du droit car elles classent des catégories dogmatiques et ne servent pas à bâtir une série de catégories théoriques appelées à rendre compte de manière générale des normes présentes dans un système juridique donné[2]. D'ailleurs, elles ne peuvent être employées pour définir la constitution elle-même. Cette limite complique leur utilisation dans une optique comparative. La définition de critères formels ou matériels permet une comparaison aisée des critères en cause. C'est ainsi qu'il est par exemple possible de saisir les termes du débat sur la définition de la loi en droit français. Cependant, la sélection des critères pertinents repose sur un emploi dogmatique du terme « loi » : seuls les critères font dans ce cas l'objet d'une classification théorique. Ces méta-catégories sont donc utiles pour décrire les critères d'un système juridique donné mais ne permettent pas de comparer les systèmes juridiques. Si l'on veut savoir si les droits allemand et français partagent le même type de définition de la loi, il faut d'abord disposer d'une notion théorique de loi à même de faire le lien entre ces deux ordres juridiques. Cette hypothèse illustre idéalement la complémentarité des catégories théoriques de normes et des catégories théoriques de critères dogmatiques définissant les normes car la comparaison de droits distincts n'est possible qu'à travers l'étude des définitions dogmatiques de normes sélectionnées sur la base de leur appartenance à une catégorie théorique prédéfinie. La relative complexité de cette combinaison contribue sans doute à renforcer le flou qui masque la dualité du sens des termes « constitution au sens

[1] C'est en tous cas la seule interprétation positiviste possible de cette théorie car soutenir le contraire reviendrait à attribuer des effets juridiques à des catégories théoriques.

[2] Pour un exemple de discussion sur des définitions théoriques formelle et matérielle à propos d'actes non-constitutionnels, voir JACQUÉ Jean-Paul, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, LGDJ, 1972, p. 56-70.

formel » et « matériel ». Or, la vigilance doit être constante car leur deuxième sens est construit sur des bases très différentes (2).

2. LA DICHOTOMIE CONSTITUTION AU SENS FORMEL-CONSTITUTION AU SENS MATERIEL COMME CLASSIFICATION DE CATEGORIES OU DE DEFINITIONS THEORIQUES

Le deuxième sens de la dichotomie entre constitution aux sens formel et matériel apparaît aussi comme une classification de classifications, c'est-à-dire une classification de critères et par extension des catégories formées sur la base de ces critères. Pour autant, elle ne se confond pas avec celle que nous venons de traiter car il s'agit d'une classification de critères et de catégories théoriques et non dogmatiques. L'opposition entre les définitions formelles et matérielles est toujours présente mais ce sont désormais des définitions théoriques. Cet usage des expressions « constitution au sens formel » et « matériel » est le plus répandu et il correspond à celui repris jusque-là dans cette seconde partie. Le travail de construction de la catégorie théorique de constitution passe par le choix arbitraire de critères qui peuvent être classés de la même manière que les critères dogmatiques : ceux qui se rapportent à la forme, à l'organe ou la procédure sont dits « formels » alors que ceux qui concernent la signification d'un acte sont dits « matériels ». Les catégories théoriques peuvent être classées en suivant le même modèle. Les catégories de constitution au sens formel et matériel contiennent alors des définitions et des catégories théoriques et non dogmatiques. Il s'agit donc encore de méta-catégories mais les catégories-objet ne sont plus les mêmes. Cela implique un changement du statut de la méta-catégorie : ce ne sont plus des catégories de théorie juridique puisqu'elles ne sont plus définies par des critères se rapportant à des propriétés juridiques mais bien à des propriétés théoriques[1]. L'on pourrait parler de catégories méta-théoriques dans la mesure où elles sont formées par des critères théoriques arbitraires portant sur des propriétés théoriques. Ce type de catégories a logiquement une finalité différente : elles servent à comprendre les pratiques doctrinales et non à décrire le système juridique[2]. La polysémie de la dichotomie considérée est bien confirmée puisque les deux usages envisagés se situent à des niveaux de connaissance distincts, dans des discours dotés de fonctions distinctes et soumis à des impératifs distincts[3]. Le rapport final au système juridique des deux types de méta-catégories

[1] Rappelons que les catégories de théories juridiques sont formées par des critères théoriques, c'est-à-dire fixés arbitrairement par les théoriciens, mais que ceux-ci se rapportent à des propriétés juridiques, c'est-à-dire à des éléments créés par le droit positif. Une catégorie qui sort de ce schéma ne peut passer pour une catégorie de théorie juridique.

[2] Bien sûr, elles contribuent indirectement à cette description en ce que l'élucidation des pratiques doctrinales doit permettre de dissiper certaines ambiguïtés de l'étude du droit.

[3] Précisons que les catégories classées par les méta-catégories en cause ne sont pas les catégories théoriques qui forment la première dichotomie mais les catégories théoriques de constitution elles-mêmes. Ce sont des catégories théoriques de normes et non des catégories théoriques de définitions ou de catégories dogmatiques.

n'est pas équivalent car elles portent en dernière analyse sur des critères dans le premier cas et sur des normes dans le second. Les catégories théoriques classées ici portent bien sur les normes elles-mêmes sans tenir compte des critères utilisés par le droit positif pour les qualifier et leur conférer une existence juridique. Elles relèvent de la théorie générale des sources du droit et non de la représentation de la doctrine générale des sources du droit[1].

Ce deuxième type de méta-catégories est illustré par le sens dans lequel ont été employés les termes « constitution au sens formel » et « matériel » dans le cadre de l'étude théorique de la constitution[2]. Les diverses positions doctrinales ont été réparties entre catégories formelles et matérielles de la constitution[3] pour mieux comprendre et évaluer leur contribution à la compréhension du système juridique par la définition théorique de la constitution. Ce sens étant sans rapport direct avec le droit positif, il est impossible de l'utiliser dans des énoncés tels que le « le système juridique français ne reconnaît pas la constitution au sens matériel » ou « n'emploie pas de définition matérielle de la constitution ». Un système juridique n'est pas susceptible de comprendre de membres de la constitution au sens matériel dans le sens retenu par la seconde dichotomie puisqu'il s'agit de catégories normatives théoriques et non dogmatiques. La distance avec la première dichotomie est ici manifeste. La transposition de cette logique à la loi donnerait des résultats comparables : la discussion menée après 1958 ne peut trouver sa place dans les catégories méta-théoriques, puisqu'elle ne porte pas sur des critères théoriques de légalité mais sur des critères dogmatiques de légalité. En revanche, la typologie civiliste classique peut être considérée comme l'incarnation de la loi au sens matériel dans ce sens puisqu'elle propose, de manière inconsciente, une catégorie théorique de loi susceptible d'être classée comme matérielle au regard des critères théoriques utilisés.

Les conséquences de cette séparation des deux dichotomies ne sont pas négligeables. Chacune d'entre elle est parfaitement légitime et remplit une fonction spécifique et nécessaire. La première permet de décrire les pratiques définitoires du droit positif et la seconde celles de la théorie. Toutefois, si la première dichotomie est le reflet de la diversité des définitions dogmatiques, qui ne peut être critiquée en tant qu'elle est le produit du droit positif, la

[1] Notons au surplus qu'une combinaison est même possible entre les typologies en cause. En effet, les catégories de la première dichotomie font figure de catégories théoriques normatives matérielles en tant qu'elles classent des normes (les règles constitutives) selon leur contenu. Cependant, elles ne peuvent être désignées pour autant comme relevant des catégories théoriques matérielles de constitution puisqu'elles ne visent pas à définir la constitution mais à définir et à classer les définitions dogmatiques de la constitution.

[2] Ce sens spécifique et sa dimension théorique sont bien connus de la doctrine (voir par exemple, PFERSMANN Otto, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC* 2001, p. 285 ou TOMUSCHAT Christian, « International Law : Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century », *RCADI* 1999, t. 281, p. 88) mais il n'est pas mis en relation avec l'autre version de la dichotomie entre constitution au sens formel et matériel.

[3] Cette présentation a l'intérêt d'être un peu plus précise que la simple référence à la constitution au sens formel et matériel qui peut laisser croire à une classification des constitutions alors que ce sont des définitions qui sont classées.

seconde marque une polysémie théorique résultant des hésitations d'une doctrine qui propose plusieurs définitions pour le seul concept de constitution. La coexistence de catégories dogmatiques formelles et matérielles est normale alors que celle de catégories théoriques du même ordre est un problème qui doit être résolu[1]. Notons bien que si cette dernière situation représente une contradiction au niveau des catégories théoriques de constitution, il n'en va pas de même au niveau des méta-catégories des catégories théoriques. En effet, dans le deuxième cas ce sont les critères et non les normes qui sont classées et reconnaître l'existence de deux méta-catégories théoriques revient simplement à rendre compte des contradictions qui existent effectivement dans la pratique doctrinale. Nous devons au minimum admettre que la présence de catégories relevant des deux méta-catégories de la première dichotomie marque l'existence de catégories complémentaires alors que la même situation pour les méta-catégories de la deuxième dichotomie montre la présence de catégories concurrentes. De même, l'existence de catégories mixtes dans la première dichotomie n'est pas gênante puisque le droit positif n'est pas soumis à des impératifs logiques dans ses définitions. En revanche, elle doit être considérée avec méfiance dans la seconde au regard des dangers des définitions multicritères de la constitution[2]. Plus précisément, il est légitime qu'une catégorie mixte puisse être conçue dans la seconde dichotomie dans la mesure où des définitions unissant des critères formels et matériels sont utilisées par la doctrine[3]. Cependant, là où ce constat dans la première dichotomie n'aurait aucun effet, il implique le rejet de la catégorie théorique, et non méta-théorique, en cause s'il est effectué dans la seconde dichotomie. Il est possible d'être à la fois une constitution aux sens matériel et formel dans chacune des deux dichotomies mais dans la seconde cela montre un défaut de la définition retenue. La seconde dichotomie, en élucidant la pratique doctrinale, révèle ses faiblesses là où la première dichotomie se contente de fournir un outil pour décrire le système juridique.

Au final, derrière l'unicité apparente de l'opposition formel-matériel appliquée au cas de la constitution se cachent deux typologies distinctes quant au niveau de connaissance en cause et aux conséquences qu'elles impliquent. Ce constat ne provient pas d'une définition stipulative mais d'un simple travail lexical : il repose sur une explicitation de la variété de l'usage

[1] Sur le plan théorique, défendre cette coexistence revient à entretenir une homonymie qui évite de trancher les problèmes posés par le concept de constitution, notamment dans le contexte de son adaptation, au risque d'un flou conceptuel important.
[2] Ce type de définition de la constitution n'est admissible qu'à condition d'organiser de manière rigoureuse et cohérente la théorie générale des sources du droit en prévoyant la place et la fonction réservée à une catégorie résiduelle des normes non-constitutionnelles. Voir *supra*, p. 83. Ce n'est toutefois pas une position répandue dans la doctrine.
[3] Pour prendre un exemple, si un auteur définit la constitution comme « une norme rigide portant sur l'organisation des pouvoirs publics », force est de constater qu'il s'agit bien d'une catégorie théorique de constitution qui est à la fois formelle et matérielle. Elle se placera donc logiquement dans une catégorie mixte au sein de la seconde dichotomie.

d'expressions telles que constitution aux sens formel et matériel[1] ou définitions formelle et matérielle de la constitution. Dès lors, il ne s'agit pas d'introduire une complication dans une typologie simple mais de mettre en avant une complexité présente avant l'analyse et trop souvent négligée. À ce stade, il faut rappeler que notre étude porte sur la constitution et son adaptation et non sur l'attitude de la doctrine concernant la constitution. C'est pourquoi il convient de démontrer que l'élucidation que l'on vient de proposer permet de progresser dans la définition de la constitution elle-même[2] (B).

B. L'apport de la double dichotomie constitution au sens formel-constitution au sens matériel

En tant que telle, l'explicitation de la dualité de la dichotomie en cause ne révèle pas de tensions ou de conflits sous-jacents dans la doctrine. En revanche, elle permet de dissiper les confusions qui peuvent résulter de la négligence de cette polysémie (1) et surtout de parfaire l'étude de l'opposition entre constitution aux sens formel et matériel pour prouver qu'elle ne suffit pas à rendre compte de toutes les définitions potentielles de la constitution (2).

1. LA DISSIPATION DE CONFUSIONS GENANTES

Au-delà de l'ajout de quelques précisions méthodologiques quant au rapport entre définitions formelles et matérielles, l'exposé de la dualité de la dichotomie entre constitution au sens formel et matériel ne paraît *a priori* pas vraiment utile à l'élucidation de la catégorie théorique de constitution. L'opposition relevée entre catégories théoriques formelles et matérielles est déjà bien connue et a d'ailleurs structuré notre présentation des définitions classiquement utilisées par la doctrine. En revanche, la polysémie moins évidente des expressions « constitution au sens formel » et « matériel » peut mener à des confusions susceptibles de faire obstacle à la clarification de la définition théorique de la constitution. Idéalement, la séparation entre méta-catégories théoriques et dogmatiques suffit à dissiper toute incertitude mais la pratique doctrinale est loin de toujours suivre ce modèle. En effet, l'on peut relever une tendance à appeler « constitution au sens formel » ou « matériel » tout acte, groupe de normes voire catégorie dogmatique entrant aussi bien dans les catégories théoriques que dans les catégories dogmatiques regroupées dans les méta-catégories des deux

[1] En fait, dans cette expression la dichotomie tient moins au terme « constitution » qu'à l'expression « sens formel » ou « matériel ». C'est dans cette dernière qu'elle s'incarne car il y a en réalité deux sens matériels et deux sens formels selon qu'il renvoie aux définitions dogmatiques ou théoriques formelles et matérielles (et aux usages qui en découlent).

[2] Précisons bien ici que, puisque la double dichotomie est le fruit d'un effort lexical, sa véracité ne peut être remise en cause par son absence de fertilité dans notre perspective. Au plus pourrait-on en déduire que son exposé n'a pas sa place dans le cadre spécifique de notre étude.

typologies citées. Cela ne doit pas surprendre au regard de l'imprécision répandue aussi bien sur les relations entre actes, normes et catégories normatives que sur la différence entre théorie et dogmatique. Cette situation a des effets notables. En introduisant une ambiguïté dans l'usage des termes « constitution au sens formel » et « matériel », elle augmente celle du terme « constitution » lui-même car l'appartenance à la constitution au sens formel ou matériel n'est pas vue comme le placement dans une catégorie autonome mais comme une preuve de constitutionnalité.

En conséquence, le risque de prendre la catégorie dogmatique pour la catégorie théorique, ou l'inverse, est accru par la fausse clarification que semble apporter la séparation entre les sens formel et matériel du mot « constitution ». Ainsi, la phrase « tout État a une constitution au sens matériel »[1] peut être interprétée comme se référant soit à la catégorie dogmatique matérielle soit à la catégorie théorique matérielle. Dans le premier cas, elle est manifestement fausse car de nombreux États ne connaissent pas de définitions matérielles de la constitution. Dans le second cas, elle peut être vraie en fonction de l'adhésion à une notion matérielle plus ou moins extensive et neutre. Plus largement, la variété des situations ne doit pas être négligée. Par exemple, la Charte de 1814 peut être décrite comme relevant de la catégorie théorique matérielle mais pas formelle, faute de rigidité ; et de la catégorie dogmatique formelle et non matérielle, car sa différence avec les lois tient à son adoption dans le cadre d'une procédure et d'un acte spécifique et non à son contenu. Il est donc impossible de fournir une réponse satisfaisante en se limitant aux seules notions de constitution aux sens formel ou matériel sans préciser leur statut. Le cas de la constitution anglaise fournit une illustration parfaite de cette difficulté. L'affirmation selon laquelle « l'Angleterre a une constitution au sens matériel mais pas au sens formel » est susceptible de plusieurs interprétations : présence d'une constitution au sens dogmatique matériel mais pas dogmatique formel (1) ; au sens dogmatique matériel mais pas théorique formel (2) ; au sens théorique matériel mais pas dogmatique formel (3) et au sens théorique matériel mais pas théorique formel (4). De plus, chacune de ces interprétations peut avoir plusieurs sens selon la définition théorique formelle ou matérielle que l'on retient. Les combinaisons sont donc très nombreuses, ce qui nuit à la clarté de la communication dans la doctrine. En fait, la multiplicité des possibilités rend une phrase de ce type presque incompréhensible, ce qui montre bien comment la dualité de l'opposition constitution au sens formel et matériel renforce la polysémie du terme « constitution » et le flou de la doctrine. En outre, la méconnaissance de cette difficulté fait

[1] Pour un exemple, voir DEBBASCH Charles, PONTIER Jean-Marie, BOURDON Jacques et RICCI Jean-Claude, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 3e éd., Paris, Economica, 2001, p. 81.

courir le risque de passer d'un sens à l'autre[1]. La tentation est particulièrement forte à propos des deux sens matériels. Si l'on stipule une définition théorique matérielle assez large, le système juridique anglais contient forcément des normes potentiellement constitutionnelles dans ce sens matériel. Cependant, ce constat n'implique en aucun cas que celles-ci bénéficient d'un statut spécifique et ne change rien à leurs conditions de révision ou à leur place dans la hiérarchie des normes[2]. Autrement dit, il n'implique pas que le droit anglais connaît une catégorie dogmatique matérielle dont elles seraient membres. Faute de prêter attention à l'opposition entre dogmatique et théorie, la confusion est facile. Elle contribue très probablement à l'intérêt de la doctrine communautaire pour la notion matérielle de constitution et le modèle anglais[3], de manière plus réaliste que la référence à une notion théorique matérielle tellement étendue qu'elle en devient totalement triviale. Il ne serait d'ailleurs pas nécessaire d'utiliser l'exemple anglais pour prouver que des normes organisant les pouvoirs publics existent au niveau européen, alors qu'il est en apparence bien plus utile si l'on veut établir que cela permet à l'Union européenne d'avoir une constitution au sens dogmatique, comparable à toutes les constitutions étatiques. La polysémie de l'expression « constitution au sens matériel » permet ici de passer d'une catégorie théorique banale à une catégorie dogmatique. Cette interprétation de la doctrine paraît confirmée par l'habitude déjà notée de donner un effet juridique à la présence de normes dotées d'une constitutionnalité théorique matérielle[4]. Cette tendance peut bien sûr être le fruit d'une confusion pure et simple mais l'équivalence entre constitution au sens matériel en Angleterre et constitution au sens formel sur le continent laisse effectivement penser à une proximité alors que la constitutionnalité formelle continentale vaut sur les plans dogmatique et théorique quand la constitutionnalité matérielle anglaise est uniquement théorique. Cet exemple montre comment l'utilisation d'un terme unique pour des méta-catégories distinctes encourage l'amplification

---

[1] Pour des exemples, voir PROVOST Anne, « Recherche sur la nature du traité établissant une Constitution pour l'Europe : le point de vue d'une internationaliste », *Tribune du droit public* 2004, p. 321 ou WHEARE Kenneth Clinton, *Modern Constitutions*, Oxford, OUP, 1966, p. 2.

[2] Pour un exemple de la possibilité de l'application d'une définition théorique matérielle et de l'inexistence d'une définition dogmatique matérielle en droit anglais, voir KING Anthony, *The British Constitution*, Oxford, OUP, 2007, p. 6 et 9.

[3] C'est comme cela que s'explique l'habitude de se référer à la constitution au sens matériel qui existe en Angleterre (sens théorique) pour prétendre que la « constitution » de l'Union européenne peut bénéficier d'un statut juridique spécifique sans faire l'objet d'une différence formelle (sens dogmatique). Pour une illustration, voir BLUMANN Claude et DUBOUIS Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3e éd., Paris, Litec, 2007, p. 27. Cette habitude ne doit pas être confondue avec la référence occasionnelle au droit anglais pour souligner l'opposition entre constitution issue d'une révolution et constitution résultant d'un processus évolutionnaire (BESSELINK Leonard, « The Notion and Nature of the European Constitution After the Reform Treaty », p. 2). Précisons toutefois que, même si nous admettions qu'une constitution puisse s'incarner dans des normes spontanées (voir *infra*, p. 630), cette dichotomie ne fournit pas en tant que telle de critère permettant de définir la constitution et n'implique pas un retour à l'approche prémoderne de la constitution (en sens contraire, voir *ibid.*, p. 5 et s.).

[4] Voir, parmi de nombreux exemples, GUILLERMIN Guy, « Quelques réflexions sur la notion de constitution européenne », *in Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, 2004, p. 538 ou SCHWARZE Jürgen, article précité, p. 102.

de la confusion entre dogmatique et théorie[1]. La doctrine paraît aussi prendre la catégorie théorique formelle pour la catégorie dogmatique de constitution[2] alors qu'elles n'entretiennent aucun rapport puisque même les catégories dogmatiques formelles et théoriques formelles ne sont pas identiques. La confusion inverse est également assez répandue[3], ce qui s'explique en partie par l'idée critiquable selon laquelle une définition matérielle serait forcément théorique[4]. Des formes mixtes peuvent aussi être relevées. La plus célèbre est sans doute la mise en avant du caractère formellement international et matériellement constitutionnel du traité établissant une Constitution pour l'Europe sans relever que l'on confronte ainsi une nature dogmatique et une nature théorique[5]. Enfin la prise en compte de la dualité de la dichotomie constitution au sens formel et matériel permet d'éviter la dérive vers une tripartition des définitions de la constitution qui ajouterait à l'alternative classique la catégorie dogmatique comme troisième terme[6].

Toutes ces confusions se retrouvent dans la prétention selon laquelle il existerait une approche formelle et une approche matérielle du droit et de la constitution, entre lesquelles il est possible de choisir librement[7]. Si la doctrine bénéficie d'une certaine marge de manœuvre quant au critère théorique, la situation est différente pour les critères dogmatiques. Le théoricien peut sélectionner le critère qu'il va employer mais pas décider de celui retenu par le droit positif. Pour reprendre un exemple plusieurs fois évoqué, le théoricien peut déclarer qu'il n'existe pas de constitution au sens théorique en Angleterre en optant pour un critère formel mais il n'a pas la possibilité d'opter pour une approche matérielle du droit et en

---

[1] Nous pensons notamment à la comparaison parfois rencontrée entre catégorie théorique matérielle de constitution (norme fixant le statut de l'État) et une catégorie dogmatique formelle (« une loi qui s'appelle ainsi ») qui n'a pas de sens puisqu'il s'agit en fait de catégories appartenant à deux typologiques distinctes sans rapport direct. Pour un exemple WIGNY Pierre, *Droit constitutionnel, principes et droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1952, p. 168.

[2] Il pourra s'agir par exemple d'estimer que la qualité de constitution au sens du droit français, impliquant l'applicabilité dans les conditions spécifiques du droit français (écran-législatif, contrôle du Conseil constitutionnel…), est attribuée à certaines normes sur la base de leur rigidité. Voir, LARZUL Tanneguy, *Les mutations des sources du droit administratif*, Lyon, L'Hermès, 1994, p. 2 ; LEVY Denis, « Les sources du droit constitutionnel », *in Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 426 ou dans une certaine mesure FAVOREU *et alii*, *Droit constitutionnel*, précité, p. 77.

[3] Cela consiste le plus souvent à définir la constitution au sens formel comme le texte adopté en 1958 ou plus largement comme un acte spécifique et nommément désigné. Voir CADOUX Charles, *op. cit.*, p. 166 ; AMSON Daniel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Litec, 1999, p. 19 ou KOBAYASHI Naoki, « Different Concepts of Modern Constitutions », *in* AIDC, *Constitution moderne*, Fribourg, Éd. Universitaires de Fribourg, 1988, p. 176.

[4] Pour des positions de ce type, voir PFERSMANN Otto, « Carré de Malberg et la hiérarchie des normes », *RFDC* 1997, p. 503 ou LAFERRIÈRE Julien, *Manuel de droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, Montchrestien, 1947, p. 273.

[5] Pour des exemples mélangeant les éléments dogmatiques formels de la catégorie de traité international et théoriques matériels de celle de constitution, voir MICHEL Valérie et BOUVERESSE Aude, « La notion de constitution », *in* CONSTANTINESCO Vlad, GAUTIER Yves et MICHEL Valérie (dir.), *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Strasbourg, PUS, 2005, p. 37 et 46 ou MANIN Philippe, « L'influence du droit international sur la jurisprudence communautaire », *in* SFDI, *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, p. 160.

[6] Pour des illustrations de ce genre de tripartitions, voir CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Commentaire de la décision n°2004-505 DC du 19 novembre 2004 relative au traité établissant une Constitution pour l'Europe », *RTDE* 2005, p. 561 ou ROUVILLOIS Frédéric, *Droit constitutionnel. Fondements et pratiques*, 2e éd., Paris, Flammarion, 2004, p. 111.

[7] Voir, parmi de nombreux exemples, BLANCHARD David, *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, Rennes, Éd. Apogée, 2001, p. 104 ou MODERNE Franck, *Réviser la Constitution*, Paris, Dalloz, 2006, p. 9.

déduire la présence d'une catégorie dogmatique matérielle de constitution. De même, les critiques contre les critères matériels sont sans effet sur la catégorie dogmatique matérielle[1] et vice-versa[2]. La défense de l'adhésion d'un système juridique à la catégorie théorique formelle de constitution[3] est privée de sens car il peut se référer au mieux à la catégorie dogmatique formelle. Pour les mêmes raisons, une décision de justice ne peut être justifiée par l'opposition entre catégories théoriques formelles et matérielles[4]. La légitimité de l'application de la dichotomie formel-matériel à la classification des catégories dogmatiques est perçue par la doctrine sans être théorisée, ce qui complique la prise de conscience de la distinction des domaines dans lesquels les définitions sont stipulatives de ceux dans lesquels elles sont lexicales. La doctrine est libre au niveau théorique mais contrainte à propos de l'existence de propriétés juridiques érigées par un choix arbitraire comme caractéristiques d'une catégorie théorique. Or, les catégories théoriques de catégories dogmatiques de constitution peuvent paraître brouiller la séparation puisque la doctrine semble à même de déterminer la constitutionnalité formelle et matérielle sur le plan dogmatique. En fait, il n'en est rien. Dans ce cadre, la définition de la constitution relève de la dogmatique et échappe totalement au théoricien qui choisit seulement ce qui caractérise l'aspect formel ou matériel des critères dogmatiques existants. La situation est évidemment différente en ce qui concerne la typologie méta-théorique des catégories théoriques de constitution car le théoricien est ici libre sur les critères méta-théoriques et théoriques. La différence des prérogatives de la doctrine encourage probablement le passage entre les divers sens des expressions « constitution au sens formel » et « matériel » pour essayer de profiter de la liberté théorique dans le domaine dogmatique. La catégorie dogmatique de constitution est alors déterminée en se basant sur une simple homonymie avec la catégorie théorique. L'élucidation de l'usage de la double dichotomie formel-matériel permet de saisir comment la doctrine en vient à mélanger les catégories dogmatiques et théoriques mais ne doit pas nous conduire à condamner la typologie des catégories dogmatiques construite sur la base de la première dichotomie. Elle demeure incontournable à la fois parce que de nombreux énoncés doctrinaux seraient incompréhensibles sans elle et parce que l'affirmation selon laquelle un système juridique donné consacre une constitution au sens dogmatique formel représente une

[1] Pour un exemple opposé, voir AUER Andreas, « E pur si muove, le caractère constitutionnel de la Constitution pour l'Europe », *RDUE* 2005, p. 68.
[2] Pour une position inverse, voir GÖZLER Kemal, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Thèse, Bordeaux IV, 1995, p. 13.
[3] Voir CHAGNOLLAUD Dominique, *Droit constitutionnel contemporain*, 5e éd., Paris, Dalloz, 2007, T. I, p. 29.
[4] Pour un avis contraire, voir MANIN Philippe, article précité, p. 160.

information utile pour mieux connaître ce système juridique[1]. Elle pourra notamment baser une comparaison avec les critères retenus pour définir d'autres catégories normatives. Les deux dichotomies parallèles ont donc vocation à perdurer mais doivent être attentivement distinguées pour ne pas accroître les confusions entre catégories dogmatique et théorique de constitution et empêcher de ce fait la clarification de la définition de chacune de ces catégories[2]. Dans le cas contraire, le cumul de cette ambiguïté avec les autres imprécisions déjà dénoncées conduit à rendre totalement illisible le débat sur la constitutionnalité. Plus précisément, les difficultés de la définition théorique apparaissent nettement quand l'on ajoute aux insuffisances des définitions matérielles et formelles prises individuellement la dualité de la dichotomie entre ces deux types de définition. De plus, l'inutilité d'un choix général entre les approches formelle et matérielle est établie ici car rien n'empêche la coexistence d'une définition dogmatique formelle en droit français et d'une définition théorique matérielle. Mieux l'opposition formel-matériel n'apparaît plus capable de rendre compte de l'ensemble des définitions de la constitution (2).

2. LA DEMONSTRATION DE L'INCOMPLETUDE DE L'OPPOSITION FORMEL-MATERIEL

Les deux typologies de méta-catégories de constitution sont construites sur un même modèle : celui d'une dichotomie opposant critères matériel et formel sur le plan dogmatique comme sur le plan théorique. Nous entendons montrer ici que cette dichotomie ne peut suffire à rendre compte de toutes les définitions de la constitution envisageables. Certes, elle couvre aisément la plupart des catégories de constitution. Pour les catégories dogmatiques, le respect de la procédure de l'article 89 de la Constitution ou l'intervention du pouvoir constituant, même originaire, sont des critères formels alors que la réalisation d'une certaine conception de la justice est un critère matériel. Pour les catégories théoriques, tous les éléments traités jusque-là pour les définitions normatives matérielles de la constitution[3] sont des critères matériels alors que l'adoption majoritaire ou le rôle donné au pouvoir constituant font indéniablement figure de critères formels. L'opposition formel-matériel paraît donc

[1] L'intérêt de ce genre d'affirmation n'est pas forcément évident en droit français car l'on ne relève pas d'exemples historiques de définition dogmatique matérielle de la constitution. Simplement, c'est sur cette typologie que se fonde justement un tel constat. Au passage, le fait que la catégorie dogmatique de constitution ait toujours été une catégorie formelle explique pourquoi la doctrine française tend à confondre catégorie théorique formelle et catégorie dogmatique.

[2] À cette fin, il semble utile d'employer une terminologie plus claire en renonçant aux termes « constitution au sens formel » et « matériel » beaucoup trop ambigus au profit d'expressions telles que « critère dogmatique formel de constitutionnalité » ou « catégorie théorie matérielle de constitution » ce qui fait apparaître en permanence la dualité de la dichotomie.

[3] Les conceptions non-normatives de la constitution montrent déjà les limites de la dichotomie formel-matériel pour rendre compte de l'ensemble des pratiques doctrinales. Cependant, il est possible de dépasser cette difficulté en ajoutant un niveau à la classification ainsi que nous l'avons vu dans le chapitre précédent en opposant les définitions par leur genre avant de s'attacher à la différence spécifique (voir *supra*, p. 467).

satisfaisante à première vue. Pourtant, certains critères peuvent faire naître des doutes à ce sujet. Dans le domaine dogmatique, l'hypothèse de l'exigence d'une croyance sur des cas individuels est difficile à classer. Pour faire face à cette situation, il est possible de redéfinir la notion de critères formels puisqu'il s'agit d'un concept théorique ou méta-théorique. Ainsi, la distinction formel-matériel semble assez proche de la distinction entre aspects externes et internes de l'acte voire de celle entre acte et norme[1]. Si l'on retient l'attachement à l'aspect externe comme caractérisant la dimension formelle du critère, nous pouvons alors subdiviser les critères formels pour séparer les critères tenant à l'acte lui-même de ceux qui tiennent au contexte de l'édiction de l'acte[2]. Dans ce cas, les éléments tenant à la forme, aux organes ou à la procédure relèveraient de la première sous-catégorie alors que l'efficacité ou les croyances sur l'effet social de l'acte appartiendraient à la seconde. Cette reconstruction préserve l'idée qui basait la dichotomie classique en évitant de la détruire sans nécessité.

Dans le domaine théorique, les choses sont plus compliquées. Parmi les critères déjà étudiés, la place des procédures de révision est moins évidente qu'il n'y paraît. En effet, elles ne semblent pas entrer dans l'une des deux sous-catégories de critères formels que nous venons de définir. Elles ne dépendent pas de la procédure d'adoption puisque le principe du parallélisme des formes n'a pas de valeur universelle et qu'il est possible de se référer à la seule procédure de révision. Du coup, le fait qu'une norme soit révisable par une procédure donnée n'a pas de rapport direct avec la forme de l'acte ou avec les organes et les procédures qui ont participé à sa création. Le contexte de l'édiction de l'acte n'est pas non plus en cause. Certes, la procédure de révision des actes constituants originaires est en principe la procédure d'adoption des actes constituants dérivés mais d'une part le cas des actes originaires n'est pas traité et d'autre part la constitutionnalité théorique des actes dérivés repose sur leur propre procédure de révision ce qui laisse le problème intact. À la rigueur, nous pourrions voir dans les critères tenant à la révision des critères matériels dans la mesure où la procédure de révision est prévue dans l'acte constitutionnel et qu'il s'agit donc d'une condition tenant à sa signification. Cette vision n'est toutefois pas convaincante pour plusieurs raisons. Tout d'abord, ce critère ne peut baser une catégorie de normes car seules quelques-unes des normes constitutionnelles ont pour objet de fixer la procédure de révision. Il reste tout de même possible d'y voir une catégorie d'actes mais cela ne vaudrait alors que pour l'acte originaire et

[1] En ce sens, voir ARDANT Philippe et MATHIEU Bertrand, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 20e éd., Paris, LGDJ, 2008, p. 57 ou FABRE Michel-Henry, *Principes républicains de droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1984, p. 151.

[2] Plus précisément, l'on devrait dire qu'il s'agit des éléments extra-langagiers liés au contexte car dans le cadre d'une approche pragmatique du langage, la signification dépend largement d'éléments tenant au contexte ce qui risquerait de brouiller à nouveau la séparation entre critères formels et matériels.

non pour les actes dérivés[1]. Ensuite, elle impose de modifier le critère actuellement retenu car rien n'empêche de tenir compte de la procédure de révision fixée dans des normes relevant d'une autre catégorie : la prévision de la procédure par la constitution elle-même n'est pas exigée. Même en admettant de voir le critère de révision comme critère matériel dans la plupart des cas, cette hypothèse montre bien qu'il demeure un cas, même imaginaire, dans lequel les exigences liées à la procédure de révision ne sont ni des critères formels ni des critères matériels. Il est à la fois difficile techniquement et inopportun d'étendre encore le critère formel car nous serions conduit à rompre avec la cohérence originelle de la dichotomie classique et avec son usage dans les autres branches du droit. D'ailleurs, la révision n'est pas le seul critère inclassable : le placement hiérarchique, la théorie de l'interprétation ou la procédure de contrôle applicables appellent les mêmes remarques.

Au terme de cette analyse, la dichotomie formel-matériel apparaît incomplète, en tout cas pour ce qui concerne les catégories théoriques de constitution. Cette carence s'ajoute aux ambiguïtés et faiblesses déjà notées. Elle n'a néanmoins rien d'étonnant si l'on se réfère à la méthodologie de la définition juridique. Nous avons pu souligner qu'une typologie complète et cohérente repose en principe sur l'opposition des catégories deux à deux par un critère unique débouchant sur une classification de tous les faits étudiés en A/non-A[2]. Or, la dichotomie formel-matériel est bâtie sur deux critères distincts et non sur un critère unique. Aussi, un critère peut-il tout à fait être non-matériel sans être formel[3] là où il est par exemple exclu qu'une norme soit non-rigide sans être souple. L'impossibilité de classer les critères tenant à la révision est la conséquence logique de cette faiblesse structurelle. Pour régler ce problème, il faut opérer une reconstruction de la typologie des définitions et des catégories théoriques de constitution. Au premier niveau de cette nouvelle classification s'opposent les critères matériels (C1) et non-matériels (C2) en fonction de la prise en compte du contenu de l'acte. Ensuite, parmi les critères non-matériels (C2), s'opposent les critères formels (C2.1) et non-formels (C2.2) en fonction de l'attachement aux aspects externes de l'acte. Les critères formels quant à eux peuvent être séparés en critères tenant à l'acte lui-même (C2.1.1) et au contexte de son édiction (C.2.1.2). Pour être complets dans notre exposé de la nouvelle arborescence, nous pouvons évoquer l'opposition entre critères matériels engagés (C1.1) et non-engagés (C1.2) ou celles entre les critères formels tenant à la forme (C2.1.1.1), à la

[1] Pour être complet, un acte dérivé pourrait être couvert par un tel critère dans le cas où il instituerait une nouvelle procédure de révision ou plus simplement modifierait la procédure de révision.
[2] Voir *supra*, p. 83.
[3] Concrètement, cela sera le cas de tous les critères qui ne tiennent pas au contenu de l'acte (non-matériel) sans se rapporter pour autant à sa forme ou aux procédures et aux organes impliqués dans sa création (non-formel).

procédure (C2.1.1.2) et à l'organe (C2.1.1.3). L'on voit immédiatement que cette typologie est plus complexe que l'arbre simplifié le plus souvent présenté[1]. L'opposition entre critères matériels et formels devient simplement annexe car la base de la typologie est plutôt l'opposition entre critères matériels et non-matériels[2]. La catégorie C2.2 mérite toute notre attention car elle rassemble les critères qui sont à la fois non-formels et non-matériels, ce qui fait qu'elle n'a pas été traitée pour le moment. La possibilité d'envisager des critères de ce type est la meilleure preuve de l'incomplétude de la dichotomie formel-matériel. Bien sûr, il serait peut-être envisageable de « forcer » ces catégories pour faire entrer ce type de critère dans l'une d'entre elles mais ce serait un effort inutile visant à cacher le problème sans le résoudre. L'ajout d'un troisième terme ni formel ni matériel ne revient pas à introduire une incohérence dans une typologie bien conçue mais participe au contraire à un effort visant à assurer la cohérence de cette dernière pour éviter sa remise en cause totale.

La dichotomie formel-matériel doit au final être dépassée pour pouvoir intégrer les critères relevant de C2.2. Cette catégorie spécifique n'a pu être mise en évidence que grâce à l'attention portée à la dualité de la dichotomie constitution aux sens formel et matériel qui permet de replacer chaque critère dans le contexte de son étude. En effet, la catégorie C2.2 n'existe véritablement que parmi les critères théoriques de constitutionnalité, en tout cas si l'on s'en tient aux critères répandus. L'opposition formel-matériel est logiquement imparfaite mais elle est *a priori* suffisante pour classer les catégories dogmatiques de constitution car elle couvre toutes les définitions dogmatiques classiquement envisagées[3]. C'est pour cette raison qu'elle jouit de la confiance de la doctrine. Les particularités des catégories théoriques ou *a fortiori* des catégories de catégories théoriques sont généralement négligées ce qui incite à laisser de côté les critères ni formels ni matériels ou à les assimiler abusivement à l'une ou l'autre de ces catégories. Seule l'approximation dans la définition du concept de définition formelle de la constitution[4] permet d'envisager leur domination sur la doctrine actuelle alors que les critères formels sont en réalité très peu utilisés dans la théorie juridique. Le caractère incomplet des typologies actuelles est masqué par diverses confusions : dogmatique et théorie,

[1] N'oublions pas qu'elle doit en plus être poursuivie en évoquant chacun des critères précis relevant des catégories envisagées et qu'elle ne concerne que les critères se rapportant à la conception normative de la constitution, ce qui permet d'envisager un niveau supplémentaire pour séparer les critères liés à la conception normative de ceux liés à la conception non-normative. En outre, il ne faut pas oublier que cette typologie de critères peut être transformée en typologie de définitions, de catégories voire de systèmes juridiques ce qui multiplie les combinaisons en cas de cumul de critères, légitime ou non.

[2] Au passage, il est tout à fait possible de construire une arborescence alternative qui oppose au premier niveau les critères formels et non-formels puis au second niveau les critères non-formels matériels et non-matériels. La différence est purement nominale car les catégories finales seront exactement les mêmes.

[3] Voir *infra*, p. 529 et s.

[4] L'approximation évoquée ne tient pas à la rupture avec un hypothétique « véritable » sens du terme « formel » mais celle avec l'usage reçu dans la pensée juridique française quant aux caractéristiques des éléments formels.

définitions non-normatives et normatives matérielles[1] ou encore catégories théoriques de catégories dogmatiques et catégories théoriques ou catégories méta-théoriques de catégories théoriques. La reconstruction générale proposée permet au contraire de valoriser un type de critère négligé, ou au moins non-théorisé, comme formant une catégorie de catégories à part entière. Il convient de poursuivre ce travail en étudiant ce nouveau type de critères (II).

II. L'INSUFFISANCE DES TYPOLOGIES CLASSIQUES : LES DEFINITIONS BASEES SUR LE REGIME JURIDIQUE

Constater que la typologie traditionnelle des définitions théoriques de la constitution laisse de côté une catégorie spécifique de critères est un constat intéressant mais qui en tant que tel ne permet pas d'avancer dans le travail de redéfinition théorique de la constitution qui nous occupe. C'est en analysant en détail cette nouvelle catégorie qu'il sera possible de dégager sa contribution à la réalisation de nos objectifs. Plus précisément nous entendons nous concentrer sur un aspect particulier de cette catégorie : les critères basés sur le régime juridique. Cette notion devra être précisée (A) de façon à pouvoir évaluer l'intérêt de son utilisation pour définir la catégorie théorique de constitution (B).

A. Le principe des critères basés sur le régime juridique

En précisant les notions même de critère et de définition basées sur le régime juridique (1), il nous sera possible d'envisager les diverses modalités de leur utilisation à propos des catégories dogmatique et surtout théorique de constitution (2).

1. PRESENTATION DES CRITERES ET DES DEFINITIONS BASES SUR LE REGIME JURIDIQUE

La catégorie C2.2, isolée dans la typologie des définitions de la constitution, est pour l'instant assez vague. Cela semble logique puisqu'il s'agit d'une catégorie résiduelle, définie de façon purement négative comme rassemblant les critères qui ne sont ni formels ni matériels. Nous savons donc ce que ses membres ne sont pas mais pas ce qu'ils sont. Avant de pouvoir employer de tels critères, il faudrait d'abord les avoir clairement identifiés. Nous disposons d'un indice à travers la liste des critères utilisés par la doctrine qui ne sont ni

[1] Le concept de constitution matérielle renvoie à ces deux types de définitions qui n'ont pourtant pas grand chose à voir et menace la capacité à définir de manière opératoire des critères matériels de constitutionnalité.

formels ni matériels au regard des précisions apportées sur ces concepts[1]. Cette liste comprend notamment la révision majoritaire, la rigidité, le contrôle juridictionnel, le statut hiérarchique et la méthode d'interprétation applicable à la norme ou à l'acte en question. Cet inventaire est à première vue disparate car il concerne aussi bien la révision que l'application. Nous estimons cependant possible de démontrer que tous ces critères ont un point commun : tous se rapportent au régime juridique des actes ou des normes à trier.

Pour comprendre cette idée, il convient de rappeler la structure des catégories dogmatiques. La catégorie dogmatique Y est le lien entre des critères X, c'est à dire la définition du terme « Y », le statut Y et le régime juridique Z. Ce dernier est l'ensemble des règles juridiques applicables à la situation qualifiée de Y en raison de la satisfaction des critères X. Or, tous les éléments cités comme faisant partie de la catégorie C2.2 sont des règles applicables à certaines catégories d'actes ou de normes. Pour prendre un exemple, l'application de l'article 89, procédure rigide, fait partie du régime juridique des normes relevant de la catégorie dogmatique de constitution en droit français. De même, l'application d'une procédure de révision majoritaire aux normes de la Charte des Nations Unies fait partie de leur régime juridique. Le statut hiérarchique, qu'il tienne à une asymétrie dans la procédure de révision ou à une forme d'annulabilité en cas de conflit de normes, découle lui aussi du statut dogmatique des normes considérées. Chacun des éléments en cause fait bien partie du régime juridique actuel ou potentiel de catégories normatives dogmatiques. Lier la constitutionnalité théorique à l'un de ces critères de la catégorie C2.2 revient donc à la lier au régime juridique des normes à classer. Nous passons ici d'une définition négative à une définition positive de C2.2 ou en tout cas de la partie la plus importante de C2.2[2].

Sa rupture avec les critères formels et matériels est confirmée car, quand ils sont employés pour définir théoriquement une catégorie de normes, ils n'ont aucun lien avec le régime juridique de ses membres. Les critères matériels sont reliés au contenu des normes ou des actes qui peut être déterminé sans connaître leur statut juridique ou *a fortiori* les règles qui leur sont applicables[3]. Les critères se rapportant à la forme, aux organes ou aux procédures

[1] Étant donné que nous apprécions la classification de ces critères sur la base des définitions des termes « formel » et « matériel » que nous avons arrêtées et justifiées précédemment, il est tout à fait possible que les critères que nous rattachons à cette liste soient considérés par la doctrine majoritaire ou par certains auteurs comme formels ou matériels.

[2] Le concept de catégorie basée sur le régime juridique n'est pas sans rappeler la « notion d'un régime juridique » évoquée par Eisenmann mais celle-ci présentait une ambiguïté gênante. Eisenmann a ainsi pu écrire que « seul est d'ordre formel le critère de l'acte législatif ; mais la notion de l'acte législatif en droit positif français n'est pas une notion d'ordre formel : c'est la notion d'un régime juridique » (*Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1983, vol. 2, p. 51). L'opposition entre notion et critère est assez mystérieuse et laisse penser qu'Eisenmann voulait surtout dire que l'intérêt de la qualification d'acte législatif était d'entraîner l'application d'un certain régime juridique, autrement dit, que la catégorie de loi était une catégorie dogmatique en droit français, ce qui n'a rien à voir avec les catégories théoriques basées sur le régime juridique.

[3] Cette possibilité est clairement établie par la distinction entre signification langagière (S1) et statut juridique (S2) telle qu'elle a été exposée dans la théorie de la double signification (voir *supra*, p. 124). Elle ne doit toutefois pas être exagérée car

sont eux aussi indépendants du régime juridique des actes ou des normes considérées. En entrant dans les détails, deux cas de figure sont envisageables. Tout d'abord, le système juridique peut ne pas tenir compte des critères formels utilisés dans la définition théorique. Ainsi, dans un système qui définirait la constitution par la présence d'une croyance sur les cas individuels, l'intervention d'une assemblée constituante éventuellement déterminante pour une catégorie théorique formelle n'aurait aucun effet sur le statut ou le régime juridique des normes en cause. À l'inverse, si le droit positif se réfère également à l'action d'une assemblée constituante, celle-ci aura des effets sur les règles applicables aux normes en cause. Néanmoins, cela signifiera seulement que les mêmes propriétés servent à la qualification et à la classification théorique mais pas que ces propriétés relèvent en tant que telles du régime juridique des normes concernées. Ces illustrations montrent bien que les critères théoriques portant sur le régime juridique d'un acte ou d'une norme se détachent de son contenu comme de sa forme, même entendue dans un sens large. Ce constat est tout à fait logique puisqu'ils tiennent aux règles qui leur sont applicables et non à leur contenu ou à leurs propriétés externes. La seule situation complexe est celle de l'acte qui prévoit lui-même son régime juridique mais ce cas est structurellement limité[1]. De toute façon, ce n'est pas son contenu en tant que tel qui est l'objet du critère : le lien avec le contenu est accidentel car seul compte le résultat, c'est-à-dire le régime applicable en définitive.

L'originalité des critères basés sur le régime juridique est établie mais leur placement dans la typologie des définitions de la constitution a besoin d'être précisé. La cohérence de celle-ci exige en effet qu'à chaque niveau de classification deux catégories s'opposent par un critère unique. C'est pour cette raison que, parmi les critères non-matériels (genre), les critères relevant de C2.2 se caractérisent par leur aspect non-formel (différence spécifique). C2.2 ne peut donc être redéfinie comme rassemblant les critères basés sur le régime juridique sous peine d'engendrer une nouvelle incohérence dans la typologie en cause puisque rien ne garantit que tous les critères qui ne sont ni formels ni matériels se rapportent forcément au régime juridique. Pour contourner ce problème, il convient d'ajouter une subdivision : C2.2 se partage entre les critères ni formels ni matériels basés sur le régime juridique (C2.2.1) et ceux qui ne sont pas basés sur le régime juridique (C2.2.2). Cette dernière catégorie est, pour autant que l'on puisse en juger, totalement vide : elle complète logiquement l'arborescence mais n'a pas de membre connu et n'a, de ce fait, pas besoin d'être étudiée davantage. Pour terminer

l'on pourrait arguer à juste titre qu'il faut connaître la règle d'interprétation applicable pour établir définitivement S1 mais il s'agit ici d'un simple outil comparable aux règles générales du langage et non un élément du critère proprement dit.

[1] Voir *infra*, p. 634 et s.

notre reconstruction de typologie des définitions de la constitution, il reste à savoir si C2.2.1 doit elle-même être subdivisée car certains de ces composants tels que la procédure de révision ou le positionnement hiérarchique sont habituellement décrits comme formels. Il faut alors réfléchir à l'opportunité d'une telle présentation qui suppose d'étendre la notion de critères formels ou de la dédoubler pour inclure des éléments liés au régime juridique. Notons que cette nouvelle présentation conduirait plutôt à brouiller l'apport constitué par la mise en valeur des particularités des définitions basées sur le régime juridique. Surtout, comme nous l'avons vu, l'extension d'une notion est toujours coûteuse car, plus le concept est large, moins les éléments qui en relèvent ont d'originalité. La seule justification envisageable est la volonté d'opposer les critères qui tiennent au contenu à tous les autres critères. Si ce genre d'approche peut servir pour dénoncer le formalisme, elle ne paraît pas vraiment utile pour comprendre la diversité des définitions théoriques. Le prix à payer est d'ailleurs élevé, comme nous avons déjà pu le noter, car cela suppose de rompre avec le concept de forme systématiquement repris dans la pensée juridique française. Le dépassement de la forme *stricto sensu* pour inclure des éléments procéduraux, organiques et contextuels n'impliquait pas une telle rupture car elle était simplement la conséquence du passage de la conception de l'acte comme support à celle de l'acte comme processus. Cette évolution trouvait sa légitimité dans la vision défendue du rapport entre acte et norme : le support n'est qu'un élément secondaire insuffisant pour dégager la signification langagière (S1) et le statut (S2) des actes normatifs. Elle n'est pas sans rappeler le dépassement de l'énoncé par l'énonciation dans le cadre de la théorie des actes de langage[1]. L'extension qu'impliquerait l'intégration d'éléments tenant au régime juridique dans la notion de forme ne connaît pas de justification du même ordre. En conséquence, il est inutile voire dangereux de nier l'autonomie des critères basés sur le régime juridique ou de prévoir une sous-catégorie de critères formels tenant au régime juridique. Ce choix permet de séparer clairement les critères tenant au régime juridique pour étudier leur utilisation dans les définitions (2).

2. UTILISATION DOGMATIQUE ET THEORIQUE DES CRITERES BASES SUR LE REGIME JURIDIQUE

Les critères basés sur le régime juridique se singularisent par le fait qu'ils sont davantage utilisés dans les définitions théoriques que dans les définitions dogmatiques. Pour expliquer cette spécificité, il faut revenir sur les caractéristiques des définitions dogmatiques des catégories de normes et d'actes. *A priori*, tous les types de critères peuvent être employés dans

[1] Voir *supra*, p. 134.

ce genre de définitions mais en pratique les définitions formelles ou partiellement formelles sont clairement les plus répandues. Les sources de cette situation se trouvent autant dans les fonctions propres de la qualification juridique que dans l'organisation typique des doctrines générales des sources du droit des systèmes juridiques modernes. Les critères matériels sont tout à fait utilisables mais, pris isolément, ils impliquent de négliger la répartition des compétences voire l'existence même de pouvoirs normatifs : une norme définie de manière purement matérielle doit son statut à son contenu sans que les conditions de son édiction n'ait une quelconque importance. L'identité de l'organe qui a produit la norme n'a alors aucun rôle à jouer. Dans ces conditions, les critères matériels portant sur le domaine concerné sont inutilisables[1] sur le plan dogmatique alors que ceux qui marquent une préférence idéologique ne peuvent être consacrés que si l'on reconnaît que n'importe qui est compétent pour créer des normes. Les critères formels présentent au contraire l'avantage de permettre l'attribution de compétences normatives à certains organes et de leur imposer le respect de procédures précises s'ils souhaitent créer du droit car les critères de définition d'un acte correspondent à ses conditions de réussite extra-langagières[2]. En fait, les critères matériels ne peuvent jouer un rôle dogmatique que s'ils s'ajoutent à des critères formels. Ainsi, l'on peut imaginer que l'existence de certaines normes soit conditionnée par l'intervention d'un organe donné dans certains domaines précis ou pour réaliser des valeurs prédéterminées[3]. Cette préférence culturelle pour les critères formels ne suffit toutefois pas à préciser la place des critères basés sur le régime juridique dans les définitions dogmatiques. Celle-ci est nécessairement limitée parce qu'elle suppose une forme de renversement de la logique juridique. En principe, la qualification permet de déterminer le régime juridique alors que l'inclusion de critères basés sur le régime juridique dans les définitions dogmatiques impose de connaître le régime juridique avant de qualifier l'acte en cause. Des raisonnements un peu plus complexes peuvent être envisagés : une première qualification (Q1) déterminerait une partie du régime juridique (RJ1) qui serait utilisée pour une deuxième qualification (Q2) décisive pour le reste du régime juridique (RJ2). Pour prendre un exemple, la qualification d'homicide volontaire

[1] Une anarchie indescriptible résulterait par exemple de la reconnaissance de la validité juridique de toutes les normes portant sur la réglementation du travail, de la construction ou de l'économie. Bien sûr, cette hypothèse n'est pas logiquement irréalisable mais elle est tellement peu réaliste qu'elle ne mérite pas d'être approfondie.

[2] Voir *supra*, p. 138. Cela explique sans doute en partie la tendance de la doctrine qui mélange dogmatique et théorie à préférer les critères matériels : le passage par la matière évite d'avoir besoin de l'intervention d'organes étatiques pour créer du droit et permet donc d'envisager en théorie la création du droit par la doctrine qui a disparu des systèmes juridiques modernes.

[3] Voir *supra*, p. 128. Les droits contemporains ont sans doute plus tendance à faire de tels éléments des conditions de régularité et non d'existence, ce qui les exclut des dimensions dogmatiques. Il existe tout de même des exceptions comme l'exemple déjà cité de la répartition entre loi et règlement des actes adoptés par un organe cumulant les pouvoirs en droit français. La classification des contrats administratifs propose aussi des exemples d'actes classés selon leur contenu (clauses exorbitantes du droit commun, mode de rémunération…).

(Q1) fait encourir une peine de trente ans de prison (RJ1) qui permet de qualifier l'acte en cause de crime (Q2) ce qui a des conséquences sur la procédure ou la prescription (RJ2). Le même schéma peut être appliqué à une catégorie d'acte normatif. Ce dernier aurait alors un double statut, à l'image du fait qui est à la fois qualifié d'homicide volontaire et de crime. Autrement dit, la réussite de l'acte normatif serait déjà assurée par la première qualification (S2) avant qu'une seconde série de conditions de réussite ne procure à l'acte en cause un nouveau statut (S2'). Cela n'a rien d'impossible en principe mais cela paraît assez improbable et nous n'avons d'ailleurs aucun exemple à citer[1]. Il n'est pas étonnant que l'on préfère généralement passer directement de critères formels au régime juridique sans passer par la case intermédiaire d'une qualification partielle. Le droit pénal présente des particularités en raison du besoin de classer les nombreux comportements qu'il réprime sans que l'on puisse trouver de nécessité comparable pour les actes normatifs. Le cas du crime, déjà cité précédemment, est une exception limitée et non un exemple généralisable. Les critères basés sur le régime juridique font donc figure d'hypothèses d'écoles en ce qui concerne les catégories dogmatiques normatives et *a fortiori* la catégorie de constitution. La catégorie C2.2.1 aura finalement tendance à rester vide dans la typologie des définitions dogmatiques de la constitution.

Il en va différemment des définitions théoriques. Nous avons déjà pu voir que plusieurs critères de constitutionnalité théorique relevaient de C2.2.1. Les éléments qui conduisent à l'élimination de ce type de critère dans la dogmatique ne sont pas transposables à la théorie. Pour commencer, les critères matériels sont sans doute plus répandus que les critères formels au niveau théorique. Leur fertilité est plus que discutable mais leur utilisation n'est pas problématique car elle n'a aucune influence sur le statut juridique des normes en cause et donc sur la répartition des compétences des organes étatiques. De même, les critères de régime juridique sont répandus et faciles à concevoir parce que la classification théorique n'a pas de rapport direct avec la qualification. C'est pourquoi nous ne retrouvons pas l'inversion de l'ordre du raisonnement visible dans le domaine dogmatique. Le régime juridique des faits étudiés préexiste à la classification alors qu'il résulte de la qualification. L'aspect *a posteriori* du travail théorique facilite le recours à des critères inutilisables lors du travail dogmatique

[1] D'autres possibilités existent pour définir un fait juridique par son régime dans le cas où un régime est fixé pour ce fait particulier par une norme dont l'applicabilité ne repose pas sur une qualification préalable. Ainsi, les services publics confiés aux personnes privées sont qualifiés de service public sur la base de leur régime spécifique. En fait, les activités en cause voient des éléments de leur régime (RJ1) fixés individuellement par la loi ou le règlement indépendamment de leur nature juridique, ce qui permet de les qualifier (Q1) et d'en déduire des éléments additionnels de régime (RJ2). Le schéma est un peu distinct de celui que l'on vient d'évoquer puisqu'il ne recourre pas à une double qualification. Cependant, nous n'avons pas non plus d'exemples normatifs à citer et ce schéma s'adapte mal aux constitutions qui fixent le plus souvent elles-mêmes leur régime juridique, ce qui empêche de savoir s'il est valable avant de les avoir qualifiées de constitution.

justement en raison de ce caractère *a posteriori*[1]. Le régime juridique est l'incarnation parfaite de cette différence entre dogmatique et théorie car il ne peut être connu qu'une fois que la qualification est intervenue[2]. Les catégories théoriques peuvent être construites sur n'importe quelle propriété juridique, y compris celles relevant du régime juridique d'une norme.

Le contraste entre dogmatique et théorie est vraisemblablement à l'origine de la négligence des critères tenant au régime juridique dans les typologies classiques de critères de constitutionnalité[3], voire dans les définitions mêmes de la constitution[4]. La doctrine tend dès lors à s'orienter naturellement vers les critères formels et matériels en oubliant la possibilité de sortir de ce cadre étroit. L'étude de la typologie des critères de constitutionnalité permet d'identifier un domaine trop souvent laissé de côté par la doctrine. Faute de séparer clairement doctrine et théorie générale des sources du droit, l'on a tendance à se référer implicitement à la doctrine générale des sources du droit mieux connue et plus pratiquée. Les critères typiques de la dogmatique sont alors préférés, ce qui implique de se limiter à une dichotomie formel-matériel qui est logiquement imparfaite mais suffisante en pratique. La division reçue entre aspects internes et externes des actes normatifs peut être reportée efficacement pour éclairer l'identification constitutionnelle mais elle est incomplète et déplacée si l'on entend se concentrer sur la définition théorique de la constitution. La mise en valeur des différences entre les typologies de critères dogmatiques et théoriques, fruit de l'élucidation des termes « constitution au sens formel » et « matériel », permet de comprendre les limites actuelles de la définition de la constitution et fournit un début de légitimation à l'effort visant à exploiter les ressources des définitions basées sur le régime juridique. Contrairement à ce que l'on aurait pu croire, le rejet des définitions théoriques matérielles et formelles ne débouche pas sur une voie sans issue mais sur une troisième possibilité. Qui plus est, celle-ci passe par un critère qui est typiquement théorique en ce qu'il ne peut être utilisé dans la dogmatique. Toutes les définitions potentielles n'ont donc pas été envisagées pour le moment, faute d'avoir saisi l'ampleur des choix offerts en la matière. Plutôt que de tenter de trancher un débat doctrinal polarisé par l'opposition entre critères formels et matériels, il convient de

[1] Sur cette difficulté spécifique, voir *supra*, p. 188.
[2] C'est la raison qui expliquait le besoin de schéma complexe passant par une double qualification pour permettre l'utilisation de critères basés sur le régime juridique dans le domaine dogmatique.
[3] Voir, parmi de nombreux exemples, GICQUEL Jean et GICQUEL Jean-Éric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 188 ou LAVROFF Dmitri Georges, *Le droit constitutionnel de la Ve République*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1999, p. 85.
[4] Le statut hiérarchique est ainsi parfois écarté comme critère parce qu'il est « une conséquence de la valeur constitutionnelle d'une règle plutôt qu'un critère de définition » (AGUILA Yann, *op. cit.*, p. 19), ce qui est tout à fait justifié pour une définition dogmatique mais déplacé si l'on cherche à préciser la définition théorique de la constitution.

trouver un autre chemin hors de cette dichotomie. Encore faut-il déterminer si la contribution prévisible des critères fondés sur le régime juridique justifie de développer leur analyse (B).

B. L'intérêt de la concentration sur le régime juridique dans le domaine théorique

L'exposé des insuffisances de la catégorie théorique formelle de constitution a débuté en montrant que des éléments détachés de la définition formelle étaient soit oubliés soit assimilés abusivement à des critères formels. Il doit être complété en prouvant les inconvénients qui résultent de cette attitude au regard des avantages des définitions théoriques basées sur le régime juridique. Dans ce but, nous devrons souligner les défauts inhérents[1] aux définitions formelles et matérielles au niveau théorique (1) pour les confronter à l'intérêt que représente la fidélité à la structure du système juridique des catégories théoriques basées sur le régime juridique (2).

1. LE DANGER DES DEFINITIONS FORMELLES ET MATERIELLES

Notre travail portera ici sur la deuxième typologie de critères de constitutionnalité, c'est-à-dire sur celle des critères théoriques de constitutionnalité, car il est inutile d'évoquer les dangers des définitions dogmatiques formelles et matérielles dans la mesure où elles sont fixées par le discours du droit et non par le discours théorique. Argumenter sur de telles définitions n'a donc de sens que dans une perspective politique qui n'est pas la nôtre. Dans ce cas, la fertilité de la définition ne serait d'ailleurs pas évaluée. Cette dernière ferait plutôt l'objet de jugements de valeur subjectifs, ce qui est assez logique car sa finalité prescriptive et non descriptive interdit que l'on prétende déterminer sa valeur scientifique. La situation est inverse pour les définitions théoriques, qui ne prescrivent rien mais peuvent être utilement critiquées parce qu'elles sont choisies arbitrairement par la doctrine. Nous souhaitons démontrer qu'il existe des motifs susceptibles de compliquer l'usage des critères formels et matériels de constitutionnalité, en dehors des carences propres à chaque critère que nous avons déjà eu l'occasion de relever. La valeur logique de ces critères ne sera pas remise en cause car un éventuel défaut sur ce plan pourra être corrigé par une reconstruction. En revanche, leur valeur scientifique, autrement dit leur fertilité, peut faire l'objet d'une analyse critique à même de justifier que l'on recherche une autre voie pour définir la constitution.

[1] Par « défauts inhérents », nous entendons les défauts qui résultent forcément de ce type de définition même une fois que les notions de critères formel et matériel ont été précisées pour écarter les faiblesses logiques de la typologie classique des critères de constitutionnalité.

Pour mener à bien cette tâche, il convient d'abord de situer l'apport de l'usage de critères matériels dans la définition de la constitution. Sélectionner des normes sur une base matérielle permet d'isoler une branche du droit en déterminant l'objet du droit constitutionnel[1]. En dehors de sa fonction pédagogique, cette approche peut servir à des fins de comparaison des modalités choisies par chaque système juridique pour traiter ces matières, par exemple sur le type de pouvoirs normatifs compétents ou sur le positionnement hiérarchique des normes en cause. Elle a donc une utilité indéniable mais elle conduit à se couper de l'usage classique du terme « constitution » qui vise en principe un groupe de normes dotées d'un statut spécifique plutôt qu'une branche du droit. Le problème posé par l'adaptation de la catégorie illustre cette rupture car nous avons pu voir progressivement qu'il concernait l'apparition de normes d'un nouveau type et non la réglementation d'une matière donnée par des normes européennes. Or, les systèmes juridiques actuels sont structurés de manière principalement formelle, ce qui relativise l'intérêt des regroupements théoriques de normes fondés sur des critères matériels car celles-ci auront forcément des statuts très divers. La forte tendance à confondre dogmatique et théorie ou à dériver vers des jugements de valeur politique chez les auteurs qui privilégient les définitions matérielles confirme les risques de l'écart avec l'organisation formelle des systèmes juridiques modernes. Elle montre un détachement de toute valeur scientifique au profit d'objectifs distincts mais également une relation paradoxale au régime juridique : l'objectif de la classification matérielle est dans ces cas d'attribuer aux normes regroupées un régime juridique unique indépendamment de ce que prévoit le droit positif. Le régime juridique est ici aussi au cœur du travail de la doctrine mais cela la conduit à user de paralogisme illégitime. C'est d'ailleurs la principale fonction des catégories théoriques matérielles de constitution comme le prouve la maigre place qui leur est réservée dans les développements généraux des manuels : elles sont généralement présentées symboliquement, sachant que, pour le reste, la notion de « constitution » employée est soit dogmatique soit théorique formelle. Le choix de critères matériels conduit au final à des catégories au mieux inutiles et au pire dangereuses.

L'examen des qualités propres aux critères formels n'est guère plus encourageant. Certes, ils peuvent dans quelques cas avoir une certaine fertilité. Ainsi, il peut être pratique de comparer les actes adoptés par référendums ou par des procédures législatives renforcées pour savoir s'ils partagent des points communs quant aux matières sur lesquelles ils portent ou au statut dont ils bénéficient. Néanmoins, cela n'a rien à voir avec le prototype de la constitution

[1] Voir *supra*, p. 428.

ou les fonctions occupées traditionnellement par ce concept dans la théorie du droit. L'écart avec le débat sur l'adaptation de la constitution est également sensible. Pour prendre un exemple classique, il ne vise pas à connaître l'effet de toutes les normes adoptées par le biais d'une procédure internationale majoritaire. La fertilité supposée des critères formels repose en réalité souvent sur l'anticipation de certains effets juridiques. L'évocation d'une adoption majoritaire ou de l'intervention d'un pouvoir constituant tient avant tout à l'influence attendue sur le régime juridique des normes concernées. Cependant, l'idée selon laquelle les normes rassemblées par leurs caractéristiques formelles bénéficient d'un régime juridique unique est trompeuse. Nous avons pu souligner plusieurs fois que les droits modernes étaient structurés sur une base formelle mais il ne faut pas oublier que leur structure dépend de critères formels fixés par le discours du droit et non par la doctrine. Le caractère formel de critères théoriques ne leur confère pas pour autant d'effets juridiques et n'a pas vocation à leur en conférer. L'organisation des systèmes juridiques ne donne pas aux critères formels une fertilité plus forte que les critères matériels, sauf à opérer une confusion entre théorie et dogmatique dans un sens ou un autre[1]. Cette confusion explique le mélange entre catégorie théorique formelle et catégorie dogmatique mais elle doit être rejetée. Les critères formels sont parfaits pour organiser les pouvoirs mais pas pour décrire de manière détachée et synthétique le fonctionnement des systèmes juridiques en préservant la possibilité du comparatisme.

Le rôle joué par les confusions entre dogmatique et théorie dans la justification des définitions formelles et matérielles de la constitution permet d'accréditer l'existence d'un lien entre le type des critères et leur statut (théorique ou dogmatique). Autant les critères fondés sur le régime juridique sont peu adaptés aux définitions dogmatiques, autant les critères formels et matériels sont déplacés dans les définitions théoriques. Ces derniers peuvent avoir une utilité marginale dans des études sectorielles mais pas pour des définitions générales appelées à servir dans des représentations du système juridique et dans de nombreuses études. Cette spécificité tire son origine d'un défaut commun à ces critères : ils conduisent à rassembler des normes potentiellement dotées de régimes juridiques très diversifiés. En effet, des normes régissant un domaine donné ou adoptées en suivant des procédures proches dans différents systèmes juridiques n'ont pas de raison d'avoir un unique régime juridique. Leur statut sera au contraire déterminé par les normes particulières du droit auquel elles appartiennent. De ce fait, les catégories de ce genre nuisent à la représentation et à la

[1] La confusion peut consister dans un usage dogmatique de critères théoriques si l'on donne des effets juridiques à la catégorie théorique formelle créée. Elle peut aussi s'incarner dans un usage théorique des critères dogmatiques. Ce deuxième cas est moins grave mais il prive les catégories théoriques de leur utilité en ne permettant pas de se détacher du point de vue des acteurs et en éliminant toute perspective de comparaison entre systèmes juridiques.

compréhension du système juridique parce qu'elles contiennent des normes que tout oppose. Leur regroupement crée un risque de croire à une proximité inexistante qui transparaît à travers l'attitude consistant à penser qu'un concept unique de constitution désigne à la fois les catégories dogmatique et théorique et que les normes qui en relèvent partagent la plupart de leurs caractéristiques. La comparaison des normes issues de divers systèmes juridiques et relevant de cette catégorie sera le plus souvent peu intéressante au regard de la diversité de leur statut. L'on a au final le choix entre une dérive jusnaturaliste, si l'on ne sépare pas la dogmatique de la théorie, et la reconnaissance de l'inutilité des catégories formelles et matérielles dans le cas contraire. En dernière analyse, le respect de l'autonomie de la dogmatique et de la théorie mène à condamner le principe même de la définition théorique de la constitution par des critères matériels ou formels. L'infertilité de ces définitions, une fois les confusions écartées, n'est pas due au hasard mais à l'importation d'une logique propre à la qualification dans la classification théorique sans tenir compte de l'opposition entre ces processus. Les défauts de chaque critère formel ou matériel s'ajoutent ou s'expliquent par ce problème général. Les critères basés sur les régimes juridiques offrent une situation diamétralement inverse en termes de potentialité théorique (2).

2. L'INTERET DU REGIME JURIDIQUE : LA FIDELITE A LA STRUCTURE DU SYSTEME JURIDIQUE

Les catégories théoriques fondées sur des critères basés sur le régime juridique regroupent par définition des actes ou des normes dotés d'un régime juridique identique, au moins pour ce qui concerne les éléments servant de critère. Le risque de distorsion impliqué par les critères formels et matériels ne se retrouve pas ici. Les critères tenant au régime juridique incarnent idéalement le caractère *a posteriori* de la théorie juridique puisque la sélection des membres de la catégorie dépend des effets juridiques résultant d'une qualification antérieure. Cela favorise une représentation fidèle du système juridique dont l'intérêt pédagogique est évident puisque les normes sont triées selon les effets que leur confère le droit positif et non en fonction des préférences de l'observateur. Pour autant, les catégories construites de cette façon ne sont pas réductibles aux catégories dogmatiques et peuvent réunir des normes issues de plusieurs catégories dogmatiques relevant le cas échéant de plusieurs systèmes juridiques. Une distance avec la dogmatique à même de permettre les comparaisons est donc maintenue tout en évitant la tentation de substituer les catégories théoriques aux catégories dogmatiques. Mieux, cette dernière opération n'est pas simplement exclue par un impératif épistémologique mais structurellement impossible puisque la catégorie théorique est définie par un statut qui

lui préexiste. La différence qualitative entre critères théoriques et dogmatiques écarte toute possibilité de confusion alors que c'est la principale dérive des définitions doctrinales de la constitution que nous avons pu relever. Cette garantie n'est toutefois pas absolue car il reste envisageable de déduire de l'appartenance à une catégorie de ce type un effet juridique qui n'est pas exigé dans sa définition. L'on peut ainsi défendre à tort un lien entre règles de procédure et règles de conflits comme l'illustrent certains usages du critère de rigidité[1].

La fertilité de ce genre de catégories est tout de même conditionnée par l'opportunité du choix du critère appelé à définir la catégorie. Pris globalement, le régime juridique détermine forcément la fonction et la place des normes et conditionne les réactions des acteurs, en tout cas dans un système juridique effectif. En revanche, tous les éléments du régime juridique ne sont pas utiles à un panorama général ou à toutes les études sectorielles. Il faut donc identifier, ou plutôt fixer, l'élément du régime juridique qui sera utile pour permettre les comparaisons et surtout traiter des problèmes spécifiques, à l'image de ceux qu'entraîne la réflexion sur l'adaptation de la constitution. Cette décision est indispensable car il est impossible de définir une catégorie en reprenant l'ensemble du régime juridique de certaines normes sauf à bâtir une théorie générale des sources du droit incohérente multipliant les catégories, y compris les catégories mixtes. De plus, les catégories théoriques équivaudraient alors le plus souvent aux catégories dogmatiques, ce qui les prive de tout intérêt et empêche de les utiliser pour traiter plusieurs systèmes juridiques distincts. Le choix est donc incontournable mais pas facile pour autant. La rigidité ou la révision majoritaire démontrent qu'un critère basé sur le régime juridique peut tout à fait être privé de fertilité et coupé du prototype de constitution. La préférence pour les critères basés sur le régime juridique n'est que le début de la redéfinition de la constitution car un nouveau tri doit être opéré à ce stade. Elle évite les défauts propres aux critères formels et matériels et correspond aux exigences de l'adaptation de la constitution car nous avons déjà pu noter que les débats à ce sujet étaient implicitement centrés sur le statut à même de donner un sens à l'hypothèse de l'émergence d'une constitution européenne ou internationale.

En orientant notre travail de redéfinition de la constitution sur l'analyse de la structure du système juridique, nous pouvons paraître sujet à l'accusation de formalisme. Celle-ci peut couvrir trois idées distinctes, une fois exclu le reproche sociologiste précédemment dénoncé[2].

---

[1] Voir *supra*, p. 505.

[2] Pour des approches de ce type de la notion de constitution au sens formel, voir DE BURCA Grainne, « The Institutional Development of the European Union : a Constitutional Analysis », *in* CRAIG Paul et DE BURCA Grainne (dir.), *The Evolution of European Union Law*, Oxford, OUP, 1999, p. 61 ou GAMBINO Silvio, « Communicabilité entre systèmes juridiques (méthodes et recherche constitutionnelle en Italie) », *in Liber amicorum Jean-Claude Escarras*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 83.

La première consiste à critiquer l'usage de critères dogmatiques purement formels dans la qualification juridique des faits[1]. Il s'agit d'une position politique qui n'a pas de rapport avec la construction de catégories théoriques. La deuxième consiste à refuser la définition de catégories théoriques par des critères purement formels[2]. Elle est pleinement légitime au regard des problèmes posés par ce genre de critères mais elle ne peut bien sûr nous être opposée. La troisième, plus vague, revient à rejeter tous les critères théoriques qui ne sont pas guidés par le respect de certaines valeurs, c'est-à-dire de toutes les définitions théoriques qui ne participent pas à l'appréciation de la réalisation de certaines valeurs[3]. C'est cette dernière conception qui peut nous retenir car elle conduit à qualifier de « formalistes » les critères basés sur le régime juridique. Elle ne nous semble néanmoins pas décisive en raison de la stricte séparation entre description et évaluation qu'implique notre adhésion au positivisme juridique. L'intérêt d'une approche structurelle[4] de la théorie du droit est de permettre les relations systématiques existant dans un droit donné. Or, la réalisation de certaines valeurs dépend justement de leur incarnation dans des normes jouissant d'un certain statut. La perspective adoptée offre donc la possibilité de décrire de manière objective l'état du système, quitte à opérer ensuite une évaluation des structures décrites. La compréhension de la théorie générale des sources du droit est un préalable et non un substitut à l'étude, engagée ou non, de son contenu[5]. L'accusation de formalisme peut au final être écartée sauf à imaginer que des choix théoriques ont une influence directe sur l'avenir du système juridique. Le rejet de cette dernière critique clôt l'élucidation de la typologie des critères de constitutionnalité qui aboutit à la valorisation des critères de constitutionnalité basé sur le régime juridique. Il convient désormais de suivre cette direction en proposant une redéfinition de la constitution à même d'assurer l'adaptation de cette catégorie sur la base des enseignements de l'analyse critique des critères doctrinaux classiques (Titre II).

---

[1] Pour des exemples, voir DUGUIT Léon, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Fontemoing, 1901, T. I, p. 435 ou ROUSSY Jean, *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales aux Etats-Unis et en Suisse*, Thèse, Lausanne, 1969, p. 171.

[2] Voir KOBAYASHI Naoki, article précité, p. 174 ou GANSHOF VAN DER MEERSCH Walter, « L'ordre juridique des Communautés européennes et le droit international », *RCADI* 1975-V, p. 28.

[3] Cette hypothèse correspond aux idées défendues par les tenants des définitions constitutionnalistes (voir *supra*, p. 445).

[4] Notons que nous préférons parler d'approche « structurelle » plutôt que « formelle » au regard des ambiguïtés de ce dernier terme et du caractère non-formel des critères de régime juridique si l'on s'en tient à la typologie défendue ici.

[5] Pour des positions comparables sur les rapports entre structures et contenu, voir WEINBERGER Ota, « Logic and the Pure Theory of Law », *in* TUR Richard et TWINING William (dir.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon, 1986, p. 188 ou KELSEN Hans, « On the Pure Theory of Law », *Israel Law Review* 1966, p. 4.

TITRE II : L'ADAPTATION DE LA CATEGORIE THEORIQUE DE CONSTITUTION

La présentation critique des critères théoriques de constitutionnalité traditionnels doit aider à reconsidérer la question de l'adaptation de la constitution aux mutations contemporaines du droit. Nous entendons avancer vers la résolution des problèmes posés par l'hypothèse de la transition constitutionnelle, entendue comme l'adoption d'une constitution par un groupe d'entités initialement séparées et dotées de leurs propres constitutions[1]. La déconstruction assurée par l'élucidation de la diversité des usages théoriques du terme « constitution » par la doctrine doit être exploitée pour mieux saisir l'adaptation de la constitution. Elle a permis de souligner les limites des définitions reçues de ce mot et les confusions qu'elles occasionnaient parfois. En conséquence, elle facilite leur dépassement en même temps qu'elle oriente les discussions sur l'adaptation de la définition même de la catégorie[2]. La mise en valeur de l'originalité et de l'intérêt des critères tenant au régime juridique autorise notamment la sortie de l'alternative restrictive opposant constitution aux sens formel et matériel. Dans ces conditions, la liberté qui caractérise la définition théorique peut être exploitée de manière efficace, à condition de respecter les impératifs spécifiques de la redéfinition. Parmi les critères tenant au régime juridique, nous optons pour la suprématie, autrement dit, nous définissons la constitution comme une norme suprême. Cette décision est arbitraire, puisqu'elle est stipulative, mais elle doit être évaluée. Pour mener à bien ce travail, il faut d'abord exposer de manière détaillée le concept de suprématie et la fonction qui sera la sienne en tant que principal critère de la constitutionnalité théorique (Chapitre I). Une fois cette nouvelle définition exposée, il sera possible d'apprécier sa valeur qui dépend de la facilité de son utilisation et de sa contribution à l'explication de la transition constitutionnelle. Le premier aspect tient à la complexité des relations entre théorie et dogmatique : la suprématie est une caractéristique théorique et elle repose donc sur la sélection de certaines propriétés dogmatiques dont l'existence devra pouvoir être mesurée. Le deuxième aspect est totalement

[1] Sur le sens donné à l'expression « transition constitutionnelle », voir *supra*, p. 358. Il est envisageable de voir aussi dans le développement de la justice constitutionnelle et dans ses effets sur le statut des normes des éléments de l'adaptation de la catégorie de constitution. Nous n'approfondirons toutefois pas ce phénomène pour deux raisons. D'une part, il s'agit d'une transformation déjà ancienne, largement intégrée par la doctrine. D'autre part, nous avons pu voir dans le titre précédent pourquoi elle ne conduisait pas à changer la définition de la constitution (voir *supra*, p. 462 et s.).

[2] La modification de la définition de la constitution illustre le deuxième sens du concept d'adaptation de la catégorie théorique de constitution car celle-ci peut s'incarner dans l'évolution de son contenu ou dans celle de ses critères (voir *supra*, p. 18). Cela découle de la polysémie du terme « catégorie » qui désigne aussi bien une série de critères qu'un ensemble d'éléments sélectionnés sur la base de ces critères. Précisons que nous nous concentrons sur la dimension théorique du débat sur l'évolution de la définition de la constitution. Notre choix dépendra donc de la valeur scientifique des définitions évaluées et ne visera pas à faciliter la réalisation de préférences politiques. Pour des exemples d'approches opposées, portées par des responsables politiques, voir MARHOLD Hartmut (dir.), *Le nouveau débat sur l'Europe*, Nice, Presses d'Europe, 2002, 496 p. et TOUSCOZ Jean, *La constitution de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 186 p.

différent car il se rapporte aux conséquences de la définition, c'est-à-dire à la classification des normes décrites comme constitutionnelles et au degré de clarification de la transition constitutionnelle qu'elle entraîne. Les deux aspects se rejoignent tout de même en tant qu'ils sont détachés de la définition proprement dite parce qu'ils concernent ses conditions d'application et de réussite. C'est pourquoi ils seront évoqués ensemble pour montrer le bien-fondé du choix proposé (Chapitre II).

Chapitre I : La suprématie, critère théorique de la constitutionnalité

Nous n'avons pas vraiment évoqué pour le moment la définition de la constitution comme norme suprême. Cette abstention trouve son origine dans les particularités de la suprématie : elle ne peut passer ni pour un critère formel ni pour un critère matériel. Ce n'est pourtant pas à première vue un critère difficile à comprendre : les normes suprêmes sont celles qui ont la place la plus élevée dans la hiérarchie des normes[1]. Cette définition, bien qu'insuffisante, a le mérite de nous fournir un point d'appui pour débuter la réflexion. En effet, l'inscription profonde de la hiérarchie dans la culture juridique européenne[2] donne à chacun une maîtrise intuitive de ce concept qui permet d'examiner l'intérêt que revêt la référence à cette notion dans le contexte des mutations actuelles du droit (Section 1). Cette étape est fondamentale dans la mesure où la fertilité est l'étalon de mesure de la pertinence d'une redéfinition. Certes, son évaluation ne pourra être complète qu'une fois précisée l'identité des normes désormais vues comme constitutionnelles. Il reste tout de même important de déterminer quels avantages peut présenter le critère de la suprématie en dehors de son apport à la résolution des problèmes empêchant l'étude de la transition constitutionnelle. Nous entendons montrer qu'il entretient des rapports étroits avec des caractéristiques habituellement attribuées aux constitutions mais aussi qu'il est incontournable pour déchiffrer l'organisation du système juridique. Malgré tout, le rapport entre constitutionnalité et suprématie devra faire l'objet d'une justification d'autant plus poussée qu'il est rarement directement utilisé par la doctrine pour définir la constitution. Une fois sa légitimité établie, nous devrons dépasser la notion approximative initialement dégagée pour éclaircir la notion théorique de suprématie. Comme souvent, derrière le consensus sur l'usage d'un terme se cachent des divergences quant à son sens précis, ce qui oblige à dissiper les ambiguïtés du mot « suprématie » pour proposer valablement une redéfinition de la constitution comme norme suprême (Section 2).

SECTION 1 : L'INTERET DU CRITERE DE SUPREMATIE

Notre objectif est ici de démontrer *in abstracto* l'intérêt de la suprématie en tant que critère de constitutionnalité théorique. Nous ne prétendons pas à ce stade prouver la pertinence de la classification qui en découle au regard de son rapport avec le prototype et de la réalisation des finalités de notre étude mais plus simplement des avantages que présente *a priori* la définition

[1] Pour une définition de ce type, voir ZOLLER Elisabeth, *Droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, PUF, 1999, p. 31.
[2] En ce sens, voir DE BÉCHILLON Denys, « L'ordre juridique est-il complexe ? », *in* DE BÉCHILLON Denys (dir.), *Les défis de la complexité. Vers un nouveau paradigme de la connaissance*, Paris, L'Harmattan, 1994, p. 37.

de la constitution par sa suprématie. Le raisonnement portera dès lors sur le critère lui-même plutôt que sur les résultats de son application[1]. Pour autant, le caractère abstrait de notre démarche demeure limité par la prise en compte permanente du contexte de la redéfinition : la réflexion sur la transition constitutionnelle. Aussi, l'apport de la prise en compte de la suprématie dans la représentation du système juridique sera-t-il envisagé surtout dans le cadre des ordres juridiques soumis à une internationalisation ou à une européanisation soutenue. Pour réaliser ce programme, nous procéderons en deux temps. Une approche positive d'abord, en portant notre attention sur les éléments qui font de la suprématie un critère de redéfinition de la constitution tout à fait admissible (I). Une approche négative ensuite, en montrant que les limites des autres voies parfois suivies pour adapter la catégorie de constitution font de la redéfinition par la suprématie la plus acceptable des évolutions potentielles de la définition de la constitution (II).

I. LA JUSTIFICATION DU CRITERE THEORIQUE DE SUPREMATIE

L'intérêt de l'usage de la suprématie comme critère théorique de constitutionnalité provient avant tout du rôle que celle-ci joue dans toute représentation positiviste de la structure de l'ordre juridique. Elle est de ce fait incontournable dans l'optique structurelle qui caractérise les définitions théoriques. Son importance dans cette perspective devra être soulignée (A) mais elle n'implique pas directement le rapport avec le concept spécifique de constitution qui est indispensable à sa redéfinition[2]. Or, l'analyse de la doctrine existante montre que si la suprématie est rarement évoquée comme critère de constitutionnalité, elle est présente implicitement derrière la plupart des définitions de la constitution (B).

A. L'utilité du critère de suprématie dans la représentation du système juridique

La valeur d'un critère appelé à participer à la construction de la théorie générale des sources du droit découle nécessairement de sa capacité à contribuer à la représentation du système juridique. L'utilité de la suprématie dans cette perspective apparaît clairement à travers l'importance de la hiérarchie des normes dans la structure des ordres juridiques modernes (1). L'émergence récente de théories alternatives insistant sur la place de solutions hétérarchiques ne parvient d'ailleurs pas vraiment à remettre en cause ce constat (2).

[1] Autrement dit, il s'agit de défendre l'intérêt de la sélection d'un groupe de normes sur la base de leur suprématie et non celui du regroupement effectif d'une série de normes concrètes par le biais de l'utilisation de ce critère.
[2] Ainsi, le caractère local d'une norme est sans aucun doute essentiel pour représenter la structure de l'ordre juridique mais cela ne veut pas dire pour autant qu'il a vocation à entrer dans la définition de la constitution.

1. L'IMPORTANCE DE LA STRUCTURE HIERARCHIQUE DES SYSTEMES JURIDIQUES

La fertilité d'une définition n'est pas facile à prouver. Pour être précis, elle est plus aisément décelable pour les catégories externes car elle s'incarne dans les conséquences empiriques communes aux membres de la catégorie. L'exclusion de la causalité des études juridiques centrées sur le point de vue interne[1] impose une autre conception de la valeur scientifique des catégories. Celle-ci s'incarne alors de manière plus souple dans la capacité explicative de la deuxième herméneutique qu'elles construisent pour exposer et expliquer le discours du droit et les faits institutionnels qui en découlent. L'utilité d'un critère théorique donné tient donc à son importance dans les relations des éléments isolés avec les autres éléments du système juridique. Ce genre de particularité est censé simplifier la dogmatique mais aussi participer à la connaissance générale du fonctionnement du droit.

Si l'on s'arrête plus spécifiquement au cas des catégories théoriques normatives, il paraît clair que le statut hiérarchique répond à cette description. Il a en effet une portée pratique notable du fait de son rapport avec le règlement des conflits de normes. L'aptitude d'une norme à produire ses effets de façon optimale repose largement sur cet aspect de son régime juridique car la portée juridique d'actes qui signifient exactement les mêmes obligations variera du tout au tout en fonction de cet élément. Concrètement, la garantie d'un droit quelconque n'aura pour ainsi dire aucune influence sur les autorités normatives si elle est prévue par une norme située en bas de la hiérarchie des normes alors qu'elle sera déterminante si elle trouve son origine dans une norme bénéficiant d'une place élevée dans cette hiérarchie[2]. Ce n'est ni le contenu d'une norme, ni sa procédure d'adoption qui détermine sa portée mais bien sa valeur hiérarchique. *A fortiori*, la suprématie confère aux normes concernées un rôle juridique conséquent. Elle se distingue sur ce point de tous les critères examinés jusqu'ici : qu'ils soient matériels ou formels, ils sont en tant que tels dépourvus de toute relation systématique avec l'effet des normes classées. Ce type de relations était dans leur cas conditionné par un passage accidentel par des relations causales ou par la dogmatique[3] sans qu'il soit possible d'établir leur pertinence au niveau théorique. Mieux, les autres critères basés sur le régime juridique comme la procédure de révision

[1] Certes, les catégories théoriques ne relèvent pas du point de vue interne mais du point de vue externe modéré. Cependant, ce dernier se caractérise par le fait qu'il dépend du point de vue interne. Cela interdit de lier exclusivement la valeur d'une catégorie théorique à la présence d'une propriété cachée commune à ses membres (voir *supra*, p. 56).

[2] Du point de vue externe, de nombreux facteurs pourront influer sur l'effectivité de la norme garantissant le droit en cause mais du point de vue interne, le statut hiérarchique est sans doute l'élément le plus important.

[3] Ainsi, l'adoption par une procédure renforcée n'a d'importance que dans la mesure où un discours du droit donné attribue aux normes produites par une telle procédure un statut juridique privilégié (élément dogmatique) alors que la protection de certaines valeurs ne facilitera l'application de normes que si celles-ci font l'objet d'un consensus politique (élément causal).

utilisable ou la théorie de l'interprétation applicable n'ont pas d'effets aussi manifestes. Ces remarques montrent que la suprématie est une caractéristique intéressante, même sans savoir de quel système juridique ou de quelle norme l'on parle.

Cette caractéristique fait de ce critère un outil indispensable aux analyses structurelles qui forment un préalable à l'étude du contenu du système juridique. Si l'on classe comme normes constitutionnelles les normes suprêmes, le constat de la qualité constitutionnelle d'une norme aura des implications importantes, distinctes de celles qu'aurait celui de sa qualité législative ou réglementaire. Une définition de ce type paraît neutre car elle ne suppose pas de fixer par avance les objectifs que devraient réaliser les normes considérées pour être vues comme constitutionnelles. En fait, la logique est plutôt inverse : la place hiérarchique des normes fait partie des informations dont l'on a besoin pour vérifier la conformité d'un système juridique à une idéologie donnée[1]. L'importance de la valeur hiérarchique des normes n'est d'ailleurs pas due au hasard. Sans évoquer pour le moment la théorisation entamée au début du XXe siècle, le traitement uniforme des conflits de normes est apparu progressivement dans les systèmes juridiques modernes. Il est étroitement lié à leur caractère formaliste car il permet d'assurer une relation entre l'application des normes et les pouvoirs des organes compétents pour les édicter. La multiplication des organes dotés de pouvoirs normatifs encourage le développement de règles de conflit systématiques à même d'assurer une hiérarchie parmi ces organes[2]. Ainsi, l'organisation des rapports entre normes locales et nationales par des principes horizontaux assurant la priorité à la loi spéciale ou à la loi postérieure n'est évidemment pas satisfaisante dans un État centralisé. De même, leur utilisation pour les conflits entre lois et règlements ne permettrait pas de garantir la domination du parlement dans un régime fondé sur la démocratie représentative. Seule l'instauration d'une hiérarchie des normes est à même d'assurer la construction de rapports stables entre divers niveaux de pouvoirs ou organes normatifs, voire de garantir le respect des valeurs fondamentales d'une société. La structure hiérarchique a donc à la fois un rôle normatif et institutionnel puisque l'effet juridique du comportement des organes normatifs en dépend. C'est ce qui explique l'intérêt de la doctrine pour cette question.

Cette fonction propre à la hiérarchie des normes est encore renforcée par l'augmentation du nombre de sources du droit qui résulte de la décentralisation ou de l'émergence croissante

---

[1] Cette situation est exactement opposée à celle que nous avions dénoncée à propos des définitions idéologiques (voir *supra*, p. 455). Les analyses engagées nécessitent au préalable des études structurelles pour pouvoir être réalisées efficacement. L'on a ici une illustration de la nécessité de séparer les deux étapes que sont la description et l'évaluation du droit positif.

[2] En ce sens, voir AMSELEK Paul, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *in Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 999.

de nouveaux acteurs nationaux. La création de nouveaux organes normatifs favorise les conflits de normes et renforce l'intérêt de la systématisation de leur résolution. Les mutations du droit contemporain confirment ce mouvement car la fonction d'encadrement du droit national que prétend avoir le droit européen ne peut se réaliser qu'à travers un positionnement hiérarchique favorable. La différence entre un droit européen supérieur et égal au droit national est considérable. Mieux, la doctrine associe souvent la spécificité du droit communautaire à sa primauté[1], ce qui montre qu'une éventuelle suprématie pourrait différencier les traités communautaires des autres actes constitutifs d'organisation internationale et, par là même, permettre d'évoquer une constitutionnalité européenne sans se rallier aux conceptions extensives déjà dénoncées. L'intérêt pratique de l'attachement à la suprématie paraît donc confirmé dans la perspective spécifique de l'adaptation de la constitution. Il témoigne de la pertinence théorique des catégories basées sur la suprématie pour la représentation systématique du système juridique. Leur valeur est renforcée par la facilité de leur intégration dans la théorie générale des sources du droit. Nous avons souvent pu observer que les critères classiques de constitutionnalité ne pouvaient pas déboucher sur des typologies cohérentes de normes. Or, il est au contraire aisé d'imaginer une répartition de toutes les normes selon leur place dans la hiérarchie des normes. À chaque niveau d'une telle classification, s'opposeront normes supérieures et inférieures sans véritable problème. Ce critère est applicable et utile dans tous les systèmes juridiques qui ne sont pas structurés horizontalement. Les critères dotés d'avantages comparables ne sont pas nombreux[2]. Au final, l'intérêt abstrait du critère de suprématie est particulièrement fort en raison de son importance pour déterminer l'effet juridique des normes concernées. Cela n'a rien d'étonnant au vu de la place réservée par la doctrine aux études hiérarchiques durant tout le XXe siècle. Cependant, cette tendance historique a récemment été remise en cause, ce qui menace potentiellement le rôle de la suprématie dans la définition de la constitution (2).

[1] Voir *infra*, p. 566 et 687.

[2] Une hypothèse retient tout de même notre attention : la définition de la constitution par son caractère fondamental (pour un exemple, voir ZOLLER Elisabeth, *op. cit.*, p. 31). Une norme sera dite fondamentale si son contenu influence le reste du système juridique. Cette idée se retrouve notamment dans la théorie de la constitutionnalisation des branches du droit. Sans nous prononcer sur la valeur théorique de ce critère, nous devons noter qu'il dépend étroitement de la valeur hiérarchique des normes en cause. Les divers organes normatifs peuvent bien sûr être politiquement influencés par une norme donnée mais ils ne seront juridiquement concernés que dans la mesure où ils sont obligés de respecter cette norme. D'ailleurs, les théories insistant sur le caractère fondamental de la constitution sont liées au développement de la justice constitutionnelle (voir notamment, MOUTON Stéphane, *La constitutionnalisation du droit en France*, Thèse, Toulouse, 1998, p. 275) qui est un instrument censé garantir la suprématie de la constitution. Celle-ci est donc un préalable indispensable au caractère fondamental de la constitution. L'inscription temporelle très restreinte de cette dernière propriété incite à se limiter à la suprématie, d'autant plus qu'elle est souvent citée comme un attribut des constitutions modernes sans servir à leur définition.

2. LA PLACE DISCUTABLE DES SOLUTIONS HETERARCHIQUES

Au cours du XXe siècle, la description du droit comme système hiérarchisé a peu à peu acquis une forte popularité, au point de faire figure de doctrine majoritaire en France. Sa contestation se limitait à des théories ouvertement non-positivistes prétendant substituer des solutions axiologiques subjectives à celles consacrées par le droit positif. Dans ces conditions, il n'était pas vraiment nécessaire de défendre l'existence d'une hiérarchie des normes. Aujourd'hui, la situation a évolué en raison du développement progressif de conceptions hétérarchiques des rapports entre normes laissant penser que la vision classique est illusoire ou dépassée. Nous ne traiterons pas à ce stade des théories pluralistes du droit car elles affirment davantage l'existence de plusieurs hiérarchies des normes que l'absence de toute hiérarchie et laissent dès lors intact le concept de suprématie[1]. Nous nous concentrerons plutôt sur les théories clairement hostiles à toute lecture hiérarchique du système juridique. Parmi elles, il est possible de distinguer une alternative globale à la hiérarchie des normes constituée par la théorie du réseau, et des alternatives plus sectorielles.

La théorie du réseau est principalement présente dans la doctrine francophone[2], même s'il existe des équivalents ailleurs[3]. Elle est évoquée à propos des rapports entre normes nationales mais surtout pour ce qui concerne l'application interne du droit international et a fait l'objet d'une théorisation générale par les professeurs Ost et Van de Kerchove[4]. Elle revient pour l'essentiel à soutenir le remplacement des relations verticales entre normes par des relations horizontales, c'est-à-dire dans lesquelles les conflits éventuels sont réglés sans recourir à une hiérarchie stable et prédéterminée[5]. Cette évolution serait constitutive d'un changement de paradigme[6]. La hiérarchie et le réseau seraient des paradigmes concurrents entre lesquels la doctrine doit choisir : placée face à des conflits de normes, la potentialité d'une telle option est régulièrement évoquée pour faire émerger de nouvelles solutions[7]. Le

---

[1] Ces théories seront évoquées par la suite lors de l'examen du statut du droit de l'Union européenne (voir *infra*, p. 673 et s.).

[2] Voir, parmi de nombreux exemples, GAUDIN Hélène, « Autour de la Constitution européenne : contribution à une théorie de l'Union européenne », *Annuaire de droit européen* vol. 1, p. 123 ou JACQUÉ Jean-Paul, « Droit constitutionnel national, droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de systèmes entre ordres juridiques », *RFDC* 2007, p. 5.

[3] Voir ainsi, TEUBNER Gunther et FISCHER-LESCANO Andrea, « Regime Collisions : the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law », *Michigan Journal of International Law* 2004, p. 1017 ou WIND Marlene, « The European Union as a Polycentric Polity : Returning to a Neo-Medieval Europe ? », *in* WEILER J.H.H. et WIND Marlene (dir.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, CUP, 2003, p. 118.

[4] *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Pub. des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 p.

[5] *Ibid.*, p. 50. Précisons bien que la théorie du réseau évoquée par ces auteurs dépasse la seule question de l'organisation horizontale ou verticale du système juridique mais nous nous concentrerons ici sur ce seul élément.

[6] Cette idée est explicitement revendiquée par les auteurs en cause (*ibid.*, p. 13).

[7] *Ibid.*, p. 17. Pour des positions proches, voir entre autres, BANKOWSKI Zenon et SCOTT Andrew, « Preface », *in* BANKOWSKI Zenon et SCOTT Andrew (dir.), *The European Union and its Order*, Oxford, Blackwell, 2000, p. VIII ou TINIÈRE Romain, « L'accélération de la constitutionnalisation de l'Europe », *Politeia* n°8, p. 313.

concept de paradigme est tiré des travaux de Kuhn et doit être assimilé à ce qui a été désigné précédemment comme une matrice, c'est-à-dire un ensemble de présupposés partagés par les acteurs sur le sens et les principes régissant la pratique sociale qu'ils ont en commun[1]. L'image du réseau symboliserait une nouvelle matrice dans laquelle la hiérarchie et la suprématie n'aurait plus aucun sens. Nous pouvons admettre que la doctrine dispose d'une certaine marge de manœuvre pour amender ses propres présupposés, autrement dit pour modifier la matrice de l'étude du droit. En outre, notre vision des présupposés de la pratique juridique exposée lors de l'élucidation de la catégorie dogmatique de constitution est dans une certaine mesure compatible avec l'idée selon laquelle la pratique juridique reposerait sur une matrice partagée par les acteurs. Mieux, le statut des normes, dont dépend l'existence d'une hiérarchie des normes, nous semble en partie fixé par la partie originaire de la doctrine des sources du droit qui fait partie de ladite matrice. La théorie du réseau ne peut toutefois nous satisfaire au regard de la séparation entre les matrices de l'étude du droit et de la pratique juridique[2]. En effet, la verticalité de l'organisation du système juridique dépend de la matrice de la pratique juridique que la doctrine ne doit pas, et ne peut pas, modifier[3]. Le choix arbitraire évoqué par la théorie du réseau n'est envisageable, quant à lui, que dans la matrice de l'étude du droit, qui n'est pas susceptible d'influer directement sur les rapports positifs entre les normes. C'est pourquoi, il n'aurait de sens que si cette matrice faisait obstacle à toute représentation non-verticale du système juridique. Sans nous prononcer sur toutes les théories positivistes ou sur le cas spécifique de Kelsen[4], nous pouvons affirmer que la matrice que nous employons et qui se limite à quelques postulats tels que la théorie sociale des sources du droit et le principe de Hume[5], est parfaitement compatible avec une telle représentation[6]. Il n'existe donc aucun rapport entre la consécration de solutions hétérarchiques et un quelconque choix de la doctrine, *a fortiori* un changement de paradigme.

---

[1] Voir *supra*, p. 229.

[2] Rappelons que, même en admettant le concept de matrice et la vision particulière de la science qui en découle, il n'en demeure pas moins que, de notre point de vue, les présupposés du droit et de son étude ne se confondent pas car il s'agit de deux pratiques sociales empiriquement distinctes. Pour plus de détails, voir *supra*, p. 230.

[3] Notons que certains auteurs font référence au passage de la pyramide au réseau pour justifier un pluralisme radical classique consistant à qualifier de « juridiques » les multiples ordres normatifs présents dans toute société humaine (pour un exemple, voir VANDERLINDEN Jacques, « Réseaux, pyramide et pluralisme ou regards sur la rencontre de deux aspirants-paradigmes de la science juridique », *RIEJ* 2002.49, p. 18). Cette posture tient effectivement du changement de matrice de la science du droit mais n'a strictement aucun intérêt pour savoir si les ordres juridiques étatiques ou internationaux sont hiérarchisés.

[4] Pour des exemples d'affirmation de l'incompatibilité entre les théories de Kelsen et le réseau, voir TINIÈRE Romain, article précité, p. 310 ou TORCOL Sylvie, « L'internationalisation des constitutions nationales », *Politeia* n°8, p. 324.

[5] Voir *supra*, p. 58.

[6] La prétention de rupture portée par les partisans du réseau trouve en fait son origine dans une présentation déformée des théories mais aussi des systèmes juridiques du XXe siècle. En ce sens, voir, ANDENAS Mads et GARDENER John, « Introduction : Can Europe Have a Constitution ? », *King's College Law Journal*, 2001, p. 2.

Dans ces conditions, il est au mieux possible de reformuler la théorie du réseau pour y voir la révélation d'une mutation supposée de la matrice des acteurs de certains systèmes juridiques qui conduirait à exclure toute organisation hiérarchique desdits systèmes[1]. Cette présentation s'éloigne sensiblement de la compréhension habituelle de cette théorie car elle détache l'émergence du réseau des choix de la doctrine pour en faire une évolution empirique qui ne doit rien à l'étude du droit. Il ne nous appartient pas d'apprécier la réalité de cette hypothèse dans le cadre d'une réflexion théorique sur la suprématie. Tout au plus pouvons-nous noter son caractère improbable au regard du nombre de travaux doctrinaux mais aussi de décisions de justice guidés par la détermination du statut hiérarchique des normes[2]. La théorie du réseau ressemble plus à la proposition d'un discours du droit alternatif qu'à une description du droit positif, en tout cas pris globalement[3]. Surtout, même si nous devions admettre qu'elle rend compte de l'état du droit positif, cela ne suffirait pas forcément à remettre en cause l'importance de la suprématie dans la définition théorique de la constitution. En effet, la catégorie théorique de constitution est apparue dans le contexte d'ordres juridiques fortement hiérarchisés donc, si l'on parvient à établir une relation entre constitution et suprématie, la disparition de la seconde implique logiquement celle de la première plutôt que sa transformation[4]. Les limites strictes des redéfinitions font qu'une modification aussi fondamentale des systèmes juridique que la disparition de la hiérarchie des normes aboutit au remplacement de la théorie générale des sources du droit dont nous avons l'habitude au profit de nouveaux outils d'analyse. Tout « recyclage » camouflant de manière purement verbale l'ampleur des changements en cours est en revanche exclu[5].

La neutralisation de l'alternative globale constituée par le réseau n'empêche pas de concevoir des alternatives plus sectorielles à même de relativiser l'intérêt du critère de suprématie. Une première vision consiste à valoriser l'usage de la négociation pour résoudre les conflits de normes[6]. Les méthodes classiques de règlement des contradictions entre normes

---

[1] Pour une idée en partie comparable, voir DOUGLAS-SCOTT Sionaidh, « A Constitution for Europe, in Defence of Public Reason », Working Papers da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisbao 11/2001, p. 8. Notons que tous les défenseurs du réseau n'adhèrent pas forcément à l'hypothèse radicale de la pertinence du changement de la matrice de l'étude du droit. Cependant, seule cette approche remet en cause de manière absolue et générale la hiérarchie au point de priver de tout intérêt la recherche de la suprématie, ce qui fait que des versions plus modérées n'appellent pas de réponses de principe à ce stade mais uniquement des réponses empiriques ultérieures.

[2] Pour des exemples, voir *infra*, p. 679 et s.

[3] Précisons bien que nous ne nions pas qu'il existe, et qu'il a toujours existé, des relations horizontales entre certaines normes. Nous émettons seulement des doutes sur l'existence d'une transformation profonde des systèmes juridiques modernes allant dans le sens d'un « aplanissement » général des rapports entre normes.

[4] Pour une analyse proche, voir KRISCH Nico, « Europe's Constitutional Monstrosity », *OJLS* 2005, p. 330.

[5] En sens contraire, voir CASTIGLIONE Dario, « From the Charter to the Constitution of Europe ? Notes on the Constitutionalisation Process in the European Union », Queen's Paper on Europeanisation n°5/2002, p. 12.

[6] L'accroissement du rôle de la négociation fait partie des éléments invoqués par les partisans du réseau mais nous la traiterons ici comme un élément isolé pour en proposer l'interprétation la plus convaincante possible.

seraient écartées au profit de l'instauration d'un dialogue entre autorités d'application à même de faire naître des solutions médianes[1]. Cette doctrine peut s'appuyer occasionnellement sur une perspective dialogique générale[2] et se présente sous des formes descriptives mais aussi prescriptives[3]. Seul le premier cas nous intéresse mais encore faut-il savoir s'il s'agit d'une description sociologique ou juridique. L'approche sociologique tient du point de vue externe et le dialogue s'inscrira alors parmi les diverses causes des décisions judiciaires sans avoir de rôle spécifique dans la théorie juridique[4]. L'approche juridique est *a priori* plus pertinente mais elle ne peut s'appuyer sur des normes porteuses d'obligations de cet ordre[5]. Elle doit au final être traitée comme le réseau : sa matérialité est discutable et son éventuelle vérification ne paraît pas à même d'influencer la définition même de la constitution. Une deuxième sorte d'alternative sectorielle tourne autour de la recherche d'homogénéité ou d'harmonie entre normes concurrentes au détriment des solutions binaires revenant à préférer une norme à l'autre[6]. Là-encore, trois lectures sont possibles, sachant que seule la description juridique est susceptible de retenir notre attention[7]. Sans nous prononcer sur la validité de pratiques de ce genre en droit français[8], nous pouvons constater leur insuffisance. L'harmonie ne peut être recherchée que dans des conflits situés à la marge des normes en cause : si un conflit radical se présente dans lequel une norme rend obligatoire une action précise qu'une autre interdit, il

---

[1] Voir, parmi de nombreux exemples, DELPÉRÉE Francis, « La communicabilité entre le droit international, le droit constitutionnel et le droit régional », *in Liber amicorum Jean-Claude Escarras*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 62 ; SCHMID Christoph, « From Pont d'Avignon to Ponte Vecchio », *YEL* 1998, p. 436 ou ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1998, p. 442.

[2] SHAW Jo, « Process and Constitutional Discourse in the European Union », *Journal of Law and Society 2000*, p. 15.

[3] Pour un exemple net, voir OST François, « Le dialogue des juges », *Journal des Tribunaux* 2007, p. 306.

[4] Les quelques témoignages des juges à ce sujet tendent d'ailleurs à prouver que le « dialogue des juges » est plus un slogan qu'une réalité concrète. Voir LABETOULLE Daniel, « Les juges européens, le juge constitutionnel et le juge administratif : le dialogue des juges », *in* LUKASZEWICZ Boleslw et OBERDOFF Henri (dir.), *Le juge administratif et l'Europe : le dialogue des juges*, Grenoble, PUG, 2004, p. 295, 299 et 307.

[5] Notons que certains estiment que le concept même de dialogue serait déplacé si les relations en cause faisaient l'objet de normes positives (PFERSMANN Otto, « Le nouveau constitutionnalisme comparé et les rapports entre juridictions suprêmes », *in* ILIOLPOULOS-STRANGAS Julia (dir.), *Cours suprêmes nationales et cours européennes : concurrence ou collaboration ?*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 60). Quoi qu'il en soit, le principe de loyauté est souvent cité comme source du dialogue des juges. Si nous devions admettre cette idée, force est de constater qu'il ne s'agirait en aucun cas d'une rupture avec la hiérarchie des normes puisqu'il faut que cette norme s'impose aux normes nationales pour que le dialogue soit obligatoire. Pour un avis opposé, voir VERHOEVEN Amaryllis, *The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory*, Dordrecht, Kluwer, 2002, p. 304.

[6] Voir ainsi, GAÏA Patrick, « Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne », *in* FIDE, *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1996, p. 290 ou SABÈTE Wagdi, « Primauté et hiérarchie : deux concepts dépassés dans le rapport entre le droit constitutionnel et le droit communautaire », *in* GAUDIN Hélène (dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect réciproque mutuel*, Paris, Economica, 2001, p. 144. Précisons que les diverses alternatives sectorielles peuvent tout à fait se mélanger car le dialogue est parfois décrit comme un outil pour assurer l'harmonie. En ce sens, voir KUMM Mattias, « The Jurisprudence of Constitutional Conflict », *ELJ* 2005, p. 299 ou BESSON Samantha, « La souveraineté coopérative en Europe », *in* BALMELLI Tiziano (dir.), *La Suisse saisie par l'Union européenne*, Fribourg, Edis, 2003, p. 32.

[7] Le risque le plus important est évidemment de confondre ces trois lectures en formulant des prescriptions sans assumer la dimension politique que cela suppose. Pour une illustration, voir, GAUDIN Hélène, « Un espace juridique unique », *in* GAUDIN Hélène (dir.), *op. cit.*, p. 11.

[8] Il est tout de même possible de remarquer que la plupart des travaux sur cette question ne s'appuient pas sur le discours des acteurs voire le contredisent volontairement. Voir DEUMIER Pascale et DE LAMY Bertrand, « La hiérarchie des normes : une pyramide à géométrie variable », *LPA* 2000, n°201, p. 13.

est inévitable de choisir entre les deux obligations opposées. Les conflits ne sont pas éliminés mais uniquement rendus moins fréquents par les propositions de cet ordre[1]. Le sort des conflits radicaux reste toujours aussi incertain, ce qui laisse un espace irréductible à la hiérarchie des normes. Défendre la liberté des juges en la matière ne change rien car cela suppose que des normes valides et suprêmes sont bien présentes : celles qui prévoiraient la discrétion complète du juge. Autrement dit, le conflit radical est déplacé et non supprimé. Ce défaut est encore renforcé si l'on soutient que la discrétion du juge est guidée ou encadrée par certains principes prédéterminés[2]. De plus, les partisans de l' « harmonie » la limitent le plus souvent aux niveaux suprêmes du système juridique et ne la systématisent pas[3], ce qui prouve que la hiérarchie reste bien incontournable dans leurs constructions.

Face à cet échec, une dernière alternative sectorielle paraît suffisamment répandue pour mériter quelques précisions : la prétention de la substitution d'une logique de compétence à la logique de hiérarchie[4]. Cette idée s'inspire des théories fédéralistes dualistes[5], qui refusent la primauté systématique des normes fédérales pour s'assurer que l'autonomie des États fédérées ne soit pas illusoire. D'après elles, le fédéralisme exigerait la fixation de sphères séparées de compétences permettant d'invalider la norme prise hors compétence, qu'elle soit fédérale ou fédérée[6]. Aucune hiérarchisation n'est alors nécessaire pour régler les conflits entre ces normes. Cette conception n'a pas été souvent réalisée en pratique mais elle est restée vivante dans la doctrine fédéraliste, notamment à travers la théorie des trois ordres juridiques promue par Kelsen[7]. Quoi qu'il en soit, cette vision ne peut nous satisfaire car elle n'est pas une vraie alternative. Elle revient à régler le conflit entre deux normes (N1 et N2) par le recours à une troisième norme (N3) qui fixe les compétences des organes à l'origine des normes (O1 et O2). Certes, N1 et N2 ne sont pas hiérarchisées mais N3 doit être supérieure à la fois à N1 et N2 pour pouvoir régler le conflit qui les oppose car les normes *ultra vires* sont annulées en raison

---

[1] En ce sens, voir JAKAB Andras, « Neutralizing the Sovereignty Question. Compromise Strategies in Constitutional Argumentation Before European Integration and Since », *European Constitutional Law Review* 2006, p. 396.

[2] Pour une proposition de ce genre, voir SEILER Verena, « Subsidiarité et validité dans l'ordre juridique européen », *RIEJ* 2005.55, p. 227.

[3] DANI Marco, « Economic Constitutionalism in a Time of Uneasiness – Comparative Study on the Economic Constitutional Identity of Italy, the WTO and the EU », Jean Monnet Working Paper n°08/05, p. 9.

[4] Voir, parmi de nombreux exemples, LAGRANGE Maurice, « La primauté du droit communautaire sur le droit national », *in* Collège d'Europe, *Droit communautaire et droit national*, Bruges, De Tempel, 1965, p. 24 ou GAUDIN Hélène, *Le Parlement européen devant la Cour de justice des Communautés européennes*, Thèse, Bordeaux I, 1994, p. 446.

[5] Sur ces théories, voir SCHÜTZE Robert, « Dual Federalism Constitutionalised : the Emergence of Exclusive Competences in the European Community Legal Order », *ELR* 2007, p. 3 ou YOUNG Ernest, « Protecting Member State Autonomy in the European Union : Some Cautionary Tales from American Federalism », *New York University Law Review* 2002, p. 1645.

[6] PESCATORE Pierre, « Compte rendu de la discussion du rapport de M. Catalano », *in* Collège d'Europe, *op. cit.*, p. 106.

[7] Cette théorie décrit l'ordre juridique des États fédéraux comme formé de trois types d'ordres juridiques : un ordre fédéral et des ordres fédérés placés dans une relation horizontale mais aussi un ordre juridique répartiteur qui règle leurs relations. Voir BEAUD Olivier, « Hans Kelsen, théoricien constitutionnel de la Fédération », *in* HERRERA Carlos Miguel (dir.), *Actualités de Kelsen en France*, Paris, LGDJ, 2001, p. 60 ou THALER Michael, « Between Monism and Pluralism : the Relationship of Community Law and National Law », *Rechtstheorie* 2000, p. 275.

de leur contradiction avec N3. Le conflit entre N1 et N2 se transforme dès lors en conflit entre N1 et N3 ou N2 et N3 mais la question de la hiérarchie reste entière. C'est pourquoi la promotion d'une logique de compétence ne remet pas en cause la dimension verticale de l'organisation du droit concerné. Mieux, les principes du fédéralisme dualiste sont bousculés par le statut de N3 car il s'agit soit d'une norme fédérale soit d'une norme fédérée[1], ce qui implique que l'un des deux ordres juridiques s'impose bien à l'autre. Si l'on applique ce schéma aux rapports entre droits interne et international, N3 est forcément nationale ou internationale. Surtout, il est très probable que chacun des ordres juridiques en présence comporte ses propres normes de compétence. N3a (interne) et N3b (internationale) sont alors en conflit[2], ce qui implique que la logique de compétence ne contribue pas du tout à clarifier les relations entre les droits international et national. Seule la négligence du fondement normatif de la répartition des compétences et du statut de la norme qui assure cette fonction peut donner l'impression inverse[3]. Détenir la compétence de la compétence revient en fait à être compétent pour produire la norme N3 dotée d'un statut suprême. Néanmoins, la promotion de la logique de compétence se présente parfois sous une forme plus modérée consistant à affirmer que chaque type de normes est bien suprême mais uniquement dans sa sphère de validité[4]. L'alternative n'est qu'apparente car les normes *ultra vires* sont le plus souvent annulables et non privées de primauté et doivent leur annulabilité à leur contradiction avec la norme attribuant les compétences et non avec la norme produite par l'autorité effectivement compétente[5]. De plus, ces hypothèses supposent une liste claire et indiscutée des compétences de chacun qui est rarement disponible[6]. Pour terminer, notons que la doctrine européenne se rallie occasionnellement à une variante de cette théorie qui remplace le problème du conflit entre ordres juridiques par celui du conflit entre juges en posant la

---

[1] La théorie des trois ordres juridiques de Kelsen vise à résoudre cette difficulté en rattachant artificiellement N3 à un troisième ordre juridique qui n'est ni fédéral ni fédéré. Cette proposition très artificielle souffre de l'absence de toute incarnation concrète de ce troisième ordre juridique et de l'absence de reconnaissance de son identité spécifique par les acteurs dans la plupart des systèmes fédéraux connus.

[2] Il est également possible qu'elles convergent quant à leur contenu mais cette convergence purement accidentelle n'est pas une réponse suffisante à la question des rapports entre droits international et internes puisqu'une rupture peut toujours survenir et reposer la question jamais tranchée du conflit entre ces ordres juridiques.

[3] Pour une analyse comparable, voir KAKOURIS Constantinos, « La relation de l'ordre juridique communautaire avec les ordres juridiques des États membres (quelques réflexions parfois peu conformistes) », *in Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, p. 336.

[4] LENAERTS Koen, *Le juge et la constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 605 ou WEILER J.H.H. et HALTERN Ulrich, « Constitutional or International ? The Foundations of the Community Legal Order and the Question of Judicial Kompetenz-Kompetenz », *in* WEILER J.H.H., SLAUGHTER Anne-Marie et STONE SWEET Alec (dir.), *The European Court and National Courts*, Oxford, Hart, 1998, p. 332.

[5] Pour un avis contraire, voir KAKOURIS Constantinos, article précité, p. 339 ou OPHULS C.F., « Compte rendu de la discussion sur le rapport de M. Lagrange », *in* Collège d'Europe, *op. cit.*, p. 52.

[6] L'existence de compétences partagées s'oppose en effet totalement à ce modèle. En ce sens, voir DE BURCA Grainne, « Sovereignty and the Supremacy Doctrine of the European Court of Justice », *in* WALKER Neil (dir.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart, 2003, p. 459 ou YOUNG Ernest, article précité, p. 1676.

question de la compétence de la compétence judiciaire[1]. Là-encore, du point de vue interne, tout tient au contenu et au statut des normes qui déterminent la compétence du juge : celle-ci procède des normes valides et ne les crée pas. Pour constater l'incompétence d'un juge, il faut d'abord avoir identifié son titre de compétence et le statut hiérarchique qui est le sien en cas de prétention concurrente d'un autre juge. La hiérarchie est donc toujours présente. Au final, les contestations de l'organisation hiérarchisée des systèmes juridiques sont assez peu convaincantes, ce qui préserve l'intérêt abstrait de la suprématie. C'est pourquoi il convient de préciser les liens qu'elle entretient avec la constitution (B).

B. Un critère largement partagé par la doctrine

Au regard des impératifs de la redéfinition, la fertilité est un élément central mais insuffisant : la redéfinition doit également présenter un lien étroit avec le concept redéfini. L'importance de la suprématie dans l'étude des structures des ordres juridiques ne suffit donc pas à en faire un critère de constitutionnalité. Nous entendons établir son rapport avec la notion de constitution en nous appuyant sur la dimension lexicale de l'opération de redéfinition. L'invention d'un critère coupé de l'usage du terme « constitution » est inacceptable car elle conduirait à introduire une ambiguïté supplémentaire dans sa signification[2]. De ce fait, l'opportunité d'un critère tient en partie aux liens qu'il entretient avec les usages classiques du mot « constitution ». Cela incarne à la fois sa proximité avec le prototype et son aptitude à remplir les fonctions qui sont les siennes dans la théorie juridique. Bien sûr, la suprématie n'est pas généralement admise comme critère de constitutionnalité. Cependant, il arrive que la suprématie constitutionnelle soit explicitement évoquée (1) et il est possible de montrer qu'elle est implicitement présente dans la plupart des définitions du terme « constitution » (2).

1. DES REFERENCES EXPLICITES NON-NEGLIGEABLES

Dans notre perspective, la mention la plus probante de la suprématie serait son utilisation comme critère exclusif de constitutionnalité. Cette situation est très minoritaire dans la

[1] Voir, par exemple, BECK Gunnar, « The Problem of Kompetenz-Kompetenz : a Conflict Between Right and Right in Which There is No Praetor », *ELR* 2005, p. 61 ou WEILER J.H.H. et HALTERN Ulrich, « The Autonomy of Community Legal Order – Through the Looking Glass », *in Who in the Law Is the Ultimate Judicial Umpire of European Community Compétences ? – The Shilling – Weiler/Haltern Debate*, Jean Monnet Working Paper n°10/96. Cette approche a l'intérêt de tenir compte de la difficulté de répartition des compétences qui est négligée par les théories du fédéralisme dualiste.
[2] Voir *supra*, p. 77.

doctrine. Pour autant, il ne s'agit pas d'un cas d'école[1], même si les travaux concernés sont sommaires et sujets à débats à propos du sens attribué au mot « suprématie ». Les références directes plus modestes sont clairement beaucoup plus fréquentes : la suprématie n'est pas citée comme critère nécessaire et suffisant de la constitutionnalité mais comme l'un de ses critères[2]. La supériorité de la constitution sur la loi est elle aussi souvent évoquée[3]. Cette attitude peut surprendre au regard de l'intérêt que paraît avoir la suprématie, prise isolément, pour la connaissance de la structure du système juridique. Plusieurs facteurs contribuent probablement à cette minoration de son importance dans la définition de la constitution. Tout d'abord, la doctrine est, comme nous l'avons vu, enserrée dans une dichotomie entre critères formels et matériels apparemment indépassable. Or, la suprématie n'y a aucune place. Pour la retenir, les auteurs sont même conduits à la décrire comme un critère formel[4] ou au contraire matériel[5], sans relever la rupture qu'elle incarne avec la typologie traditionnelle des définitions de la constitution. Ensuite, la séparation entre dogmatique et théorie est indispensable pour saisir la valeur des définitions basées uniquement sur la suprématie car les critères tenant au régime juridique sont intrinsèquement théoriques[6]. Il est impossible de proposer une définition dogmatique de la constitution fondée sur sa suprématie puisqu'il faut identifier les normes pour pouvoir déterminer leur régime juridique. La négligence de la séparation entre dogmatique et théorie favorise la recherche d'une définition unique de la constitution dans laquelle la suprématie ne peut trouver sa place. Elle ne peut servir que dans une construction purement *a posteriori*. Le mélange des genres obscurcit la fonction attribuée à la suprématie. Si elle est occasionnellement présentée comme l'un des critères de la constitutionnalité[7], elle est plus fréquemment vue comme une caractéristique parmi d'autres des constitutions[8], voire une conséquence de l'application des critères de constitutionnalité[9].

---

[1] Voir ainsi, HÉRAUD Guy, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Paris, Sirey, 1946, p. 194 et LAGHMANI Slim, « Suprématie de la constitution et transfert de souveraineté », *RCADC* 2000, p. 79

[2] Voir, parmi de nombreux exemples, CHAGNOLLAUD Dominique, *Droit constitutionnel contemporain*, 5e éd., Paris, Dalloz, 2007, T. I, p. 29 ou TROPER Michel, « Constitution », *in* ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 103.

[3] CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, p. 135 ou ROUVILLOIS Frédéric, *Droit constitutionnel, fondements et pratiques*, 2e éd., Paris, Flammarion, 2004, p. 102.

[4] Voir notamment, COHENDET Marie-Anne, *Droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 88 ou OURAGA Abou, « Constitution et autonomie du politique », *RCADC* 2005, p. 157.

[5] Cette présentation est beaucoup plus rare. Citons toutefois DIEZ-PICAZO Luis, « Treaty or Constitution ? », Jean Monnet Working Papers n°5/04, p. 9 et DYÈRE Arthur, « The Constitutionalisation of the European Union », *ELR* 2005, p. 171.

[6] Voir *supra*, p. 531.

[7] Voir ainsi, BURDEAU Georges, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, Thèse, Paris, 1930, p. 222.

[8] MABAKA Placide, *Problèmes et perspectives constitutionnels du processus de l'intégration européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 477 ou ROUSSEAU Dominique, « La notion de patrimoine constitutionnel européen », *in Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 36.

[9] DELPÉRÉE Francis, *Droit constitutionnel*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 1987, T. I, p. 73 ou CHEVALIER-GOVERS Constance, « Actes constitutifs des organisations internationales et constitutions nationales », *RGDIP* 2001, p. 391.

Cette ambiguïté a déjà été aperçue dans les définitions de la constitution fondées sur la rigidité : cette dernière est au choix décrite comme impliquant la suprématie, comme étant la suprématie ou encore comme la conséquence de la suprématie. La faible conscience du rôle de l'opposition entre théorie et dogmatique fragilise donc nettement la place de la suprématie dans la définition de la constitution. Enfin, il ne faut pas oublier que les définitions doctrinales sont régulièrement bâties par l'ajout de multiples critères en raison de la préférence pour les théorisations limitées au détriment des typologies générales et cohérentes. L'héritage de l'essentialisme et l'absence de rupture entre définition et description renforcent sans doute cette habitude.

La faiblesse des références directes et les cumuls de critères interdisent une reprise directe des rares définitions de la constitution par la suprématie proposées par la doctrine, sous peine d'opter pour une théorie générale des sources du droit incohérente. Le choix d'une définition de la constitution s'attachant autant à la suprématie qu'à l'adoption populaire ou à la protection des droits de l'homme mène en effet fatalement à la multiplication des catégories mixtes. En outre, même en remédiant à cette difficulté par la construction de catégories résiduelles, les carences des critères ajoutés restent entières. Pour nous en tenir aux exemples cités, l'exigence d'une adoption populaire ou de la protection des droits de l'homme font figure de critères idéologiques qui séparent des normes dotées d'effets juridiques tout à fait comparables. Cela montre en quoi l'ajout de critères formels ou matériels à la suprématie introduit une distorsion dans l'image du système juridique produite et fait donc perdre les avantages propres aux critères basés sur le régime juridique. L'isolement du critère de suprématie paraît plus opportun mais il suppose une véritable redéfinition, et non une reprise de la doctrine existante, pour pouvoir envisager un progrès dans les débats sur l'adaptation tout en préservant un lien avec la vision partagée de la constitution.

L'évocation de la suprématie de la constitution par la doctrine actuelle est fondamentale pour justifier la redéfinition que nous envisageons. Elle repose sur des racines profondes[1] car la réflexion sur le statut hiérarchique de la constitution n'a pas débuté au XXe siècle. Elle est déjà visible dans les débats de l'Ancien régime sur le statut des lois fondamentales du Royaume. La théorie parlementaire française[2] de l'époque défend clairement l'impossibilité de contradiction de ces lois par les actes royaux dans des termes que l'on qualifierait

[1] Voir ARNOLD Joseph, « Historic Roots of the Supremacy of the Constitution », *Constitutional Review* 1927, p. 151-160 ou CORWIN Edward, « The Higher Law Background of American Constitutional Law », *HLR* 1928, p. 149-185 et 365-409.
[2] Notons en outre que le thème des lois fondamentales est aussi abordé depuis longtemps dans une perspective hiérarchique au Royaume-Uni. En ce sens, voir STARCK Christian, « La suprématie de la constitution », *RCADC* 1987, p. 24.

aujourd'hui de hiérarchiques[1]. De même, les propositions de Coke sur l'institution d'un contrôle visant à protéger les lois fondamentales du Royaume-Uni ont eu une grande influence dans le monde anglo-saxon[2]. Les premières expériences constitutionnelles américaines sont elles aussi marquées par une certaine hiérarchisation[3]. Dans ce contexte, il n'est pas étonnant que les penseurs jusnaturalistes qui sont à l'origine du concept moderne de constitution l'aient conçue comme supérieure à tout le droit positif[4]. La Révolution française a confirmé cette approche en voyant dans la constitution à la fois un moyen d'arrêter le pouvoir royal et de garantir celui de la nation[5]. Nous pouvons donc soutenir que l'émergence de la catégorie de constitution sur le plan politique puis juridique est liée à la suprématie[6] bien avant la consécration moderne du contrôle de constitutionnalité des lois. Surtout, personne ne semble soutenir explicitement qu'il existerait des constitutions non suprêmes comme il y a des constitutions souples[7]. Ainsi, les tenants du légicentrisme prétendent que la suprématie de la constitution est partagée avec la loi plutôt qu'ils ne la nient[8]. Au vu de ces éléments, redéfinir la constitution en utilisant la suprématie revient à reprendre une conception largement répandue dans le discours sur le droit en la reformulant. Il s'agit en fait d'inverser le rapport communément imaginé entre constitutionnalité et suprématie en se basant sur l'autonomie des catégories théoriques : la norme est constitutionnelle parce qu'elle est suprême et non suprême parce qu'elle est constitutionnelle[9]. Indépendamment du sens qu'on lui attribue, le rapport entre constitutionnalité et suprématie est si fort qu'il paraît impossible d'imaginer une

---

[1] En ce sens, voir HAROUEL Jean-Louis, « Regards sur les constitutions dans l'histoire du droit français », *Annuaire de droit européen* vol. 1, p. 8.

[2] Voir CORWIN Edward, article précité, p. 368 et 394 ou GOUGH John Wiedhoff, *L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise*, Paris, PUF, 1992, p. 40.

[3] REIPLINGER Charles, *Naissance de la constitution écrite. La constitution des corps politiques en Angleterre et en Amérique du Nord aux XVIème et XVIIème siècles*, Thèse, Paris II, 2004, p. 18.

[4] CORWIN Edward, article précité, p. 160 et 370 ; GANZIN Michel, « Le concept de constitution dans la pensée jusnaturaliste (1750-1789) », *in* AFHIP, *La constitution dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 201 ou STARCK Christian, *La constitution, cadre et mesure du droit*, Paris, Economica, 1994, p. 8.

[5] HAURIOU Maurice, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1916, p. 644 ou PASQUINO Pasquale, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1998, p. 75.

[6] Précisons que les divers courants évoqués ne définissent pas la constitution par sa suprématie mais affirment que les normes constitutionnelles doivent bénéficier de la suprématie. Pour être complet, il faut rappeler que ce lien n'a de sens que dans une conception normative de la constitution, assumée ou non. Il en va bien sûr différemment pour les conceptions mécanistes de la constitution, présentes depuis longtemps dans la pensée politique (voir *supra*, p. 411 et s.).

[7] Certains mouvements politiques peuvent tout de même nier cette suprématie (voir BARTHÉLEMY Joseph et DUEZ Paul, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, p. 183) mais il s'agit d'une tentative pour lutter contre le principe même de l'encadrement du pouvoir et non pour proposer une nouvelle catégorie théorique de constitution.

[8] Le légicentrisme le plus radical conduit d'ailleurs à nier l'existence même de la constitution ou, plus précisément, à nier l'autonomie de la catégorie de constitution comme le faisait Carré de Malberg. Dans ce cas, la constitution et la suprématie sont exclues dans un même mouvement.

[9] Adopter cette conception revient à rompre avec le schéma le plus répandu, qui est à l'origine de la volonté d'étendre sans fin la catégorie de constitution. Voir, parmi de très nombreux exemples, CHALTIEL Florence, « L'application du droit communautaire par le juge national », *in Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, 2004, p. 863 ou WELLENS Karel, « Solidarity as a Constitutional Principle : its Expanding Role an Inherent Limitations », *in* ST. JOHN MACDONALD Ronald et JOHNSTON Douglas (dir.), *Towards Word Constitutionalism*, Leydes, Martinus Nijhoff, 2005, p. 804.

constitution non-suprême, ce qui conduit logiquement à intégrer la suprématie dans la définition même de la constitution.

La légitimité de ce choix est confirmée par l'étroitesse des relations entre constitution et suprématie dans le cadre de l'adaptation. Les partisans des constitutions européenne ou internationale paraissent peu portés à envisager que ces normes d'un nouveau genre soient privées de suprématie[1]. Au contraire, les références à la suprématie sont innombrables dans les argumentaires favorables aux constitutions européenne[2] ou internationale[3]. L'émergence d'une véritable constitution européenne passerait notamment par le dépassement de la constitution au sens matériel dotée d'une simple primauté qui existe depuis longtemps pour aller vers la consécration d'une authentique suprématie[4]. Sans détailler, pour le moment, la différence qui sépare ces deux concepts, cette prétention illustre encore la solidité du lien entre suprématie et constitution[5]. Qui plus est, son importance dans le cadre spécifique de l'adaptation de la catégorie renforce la pertinence de ce critère pour remplir les objectifs qui sont les nôtres. Au final, créer une nouvelle catégorie de constitution coupée de la suprématie incarnerait une rupture avec un élément de stabilité structurale[6], c'est-à-dire la disparition de la catégorie originelle avec laquelle ne serait conservée qu'une homonymie déplacée. Cette affirmation est accréditée par la prégnance de la suprématie dans les définitions classiques de constitution, y compris quand elle n'est pas directement évoquée (2).

2. UNE PRESENCE IMPLICITE PERMANENTE

Si la plupart des auteurs définissent la constitution sans se référer à sa suprématie, cela ne signifie certainement pas que les critères de constitutionnalité les plus répandus sont privés de toute relation avec la suprématie. Nous entendons montrer qu'ils sont au contraire

[1] Comme dans le légicentrisme, l'égalité entre ces constitutions et d'autres normes est parfois évoquée par les tenants de l'horizontalité de la structure de l'ordre juridique ou du pluralisme constitutionnel mais il s'agit alors d'un partage de la suprématie et non de la soumission de la constitution européenne ou internationale à d'autres normes.

[2] À titre d'illustration, voir BESSELINK Leonard, « Curing Childhood Disease ? On Direct Effect, Internal Effect, Primacy and Derogation from Civil Rights », *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1996, p. 168 ; CHITI Mario, « A Rigid Constitution for a Flexible Administration : New Forms of Governance », *Revue européenne de droit public* 2004, p. 176 ou DE WITTE Bruno, « International Agreement or European Constitution », *in* WINTER Jan, CURTIN Deirdre, KELLERMAN Alfred et DE WITTE Bruno (dir.), *Reforming the Treaty on European Union*, Dordrecht, Kluwer, 1996, p. 13.

[3] Voir par exemple, COHEN-JONATHAN Gérard, « La fonction quasi-constitutionnelle de la Cour européenne des droits de l'homme », *in Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1127 ou SCHWARZENBERGER Georg, « The Problem of International Constitutional Law in International Judicial Perspective », *in Recht im Dienst des Friedens. Festchrift für Eberhard Menzel*, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, p. 242.

[4] BLANCHARD David, *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, Rennes, Éd. Apogée, 2001, p. 31.

[5] Notons que dans les travaux évoqués, la corrélation entre constitutionnalité et suprématie est établie sans que la suprématie ne serve pour autant à définir la constitution, en tout cas pas sans être cumulée avec d'autres critères.

[6] Cette stabilité est indispensable pour « qu'une catégorisation soit efficace et pertinente » (KLEIBER Georges, *La sémantique du prototype*, Paris, PUF, 1990, p. 109).

inséparables de la suprématie car ils tendent soit à la conditionner, soit à en dépendre, soit enfin à être dépourvus de toute utilité quand ils ne sont pas combinés avec elle.

Premièrement, certains critères matériels ou formels n'ont d'intérêt qu'en raison des effets qu'ils sont censés avoir sur le positionnement hiérarchique des normes concernées. Citons deux exemples. Tout d'abord, pour ce qui est des définitions matérielles, la définition de la constitution comme la norme qui valide toute les normes sans être validées par une autre norme est défendue par Kelsen. Or, cet auteur estime que si N1 valide N2 alors N1 est supérieure à N2[1]. En conséquence, les normes constitutionnelles seront forcément suprêmes puisque, par définition, elles valident toutes les normes juridiques sans être elles-même validées par une norme positive[2]. Ensuite, pour ce qui est des définitions formelles, nous devons rappeler le lien qui unit suprématie et rigidité. Nous avons pu noter que la doctrine affirmait de manière récurrente que la rigidité impliquait la suprématie[3]. Elle s'appuie le plus souvent sur un schéma plus ou moins explicite selon lequel la difficulté plus forte pour réviser N1 que N2 impliquerait la supériorité de N1 sur N2. Dans la mesure où la constitution est la norme la plus difficile à réviser, elle serait également la norme suprême. Les deux cas que nous venons d'étudier se rejoignent par la relativité de l'intérêt des critères promus en dehors de leur effet supposé : assurer la suprématie des normes qui les satisfont. Les définitions fondées sur le pouvoir constituant ne paraissent pas différentes. Étant donné que le pouvoir constituant est considéré comme la compétence d'un organe souverain, les auteurs qui conditionnent la hiérarchie des normes à une hiérarchie des organes considéreront que la norme éditée par ce pouvoir sera fatalement suprême[4]. Ce raisonnement explique pourquoi certains cherchent en permanence à se référer au pouvoir constituant, y compris dans le contexte de l'adaptation[5]. Même les conceptions organicistes de la constitution semblent suivre une logique comparable. Une fois dissipée leur apparence non-normative, il apparaît que la prétention à opposer la constitution matérielle à la constitution formelle, c'est-à-dire dogmatique, est une forme de suprématie. Les théories italiennes ou françaises de ce type tirent leur intérêt du statut spécial qu'elles prétendent conférer aux normes de la constitution

[1] Cette position est toutefois susceptible de diverses interprétations (voir *infra*, p. 590 et s.).
[2] Notons que la norme fondamentale au sens strict semble *a priori* supérieure à la constitution puisqu'elle la valide. Cela n'a néanmoins aucune conséquence car la hiérarchie des normes n'est pertinente qu'entre des normes juridiques valides alors que la norme fondamentale n'est, dans la pensée de Kelsen, qu'un postulat épistémologique (voir *supra*, p. 222).
[3] Voir *supra*, p. 503.
[4] COHENDET Marie-Anne, *op. cit.*, p. 88 ou MOUTON Stéphane, *op. cit.*, p. 24.
[5] Notons que des variantes sont envisageables en fonction de la conception du pouvoir constituant retenue. Ainsi, l'on peut tout à fait combiner une définition du pouvoir constituant comme pouvoir originaire avec la relation établie par Kelsen entre hiérarchie et validation. L'acte édicté par le pouvoir originaire sera alors suprême en tant qu'il n'a été validé par aucune norme et qu'il valide toutes les normes positives.

matérielle[1]. De nombreuses définitions théoriques visent donc à valoriser la suprématie des normes qu'elles regroupent, voire à leur attribuer cette suprématie quand théorie et dogmatique sont confondues.

Deuxièmement, certaines caractéristiques retenues pour définir la constitution apparaissent comme dérivées de la suprématie. Le cas le plus net est fourni par la fameuse définition constitutionnaliste de la constitution comme norme limitant le pouvoir. Si l'on laisse de côté la lecture mécaniste du droit, limiter le pouvoir n'est possible qu'au prix de la suprématie[2]. Limiter l'activité d'un organe normatif suppose la capacité à s'imposer aux normes qu'il produit, soit en les invalidant, soit au moins en les rendant inapplicables en cas de conflits. La constitution ne limite le pouvoir législatif que si elle peut empêcher l'application de normes qui contreviennent à ses dispositions. Si l'on systématise cette idée, nous pouvons affirmer que les rapports entre pouvoirs sont juridiquement réductibles aux rapports entre les normes produites par ces organes. La soumission d'un organe à une norme équivaut à la soumission de la production normative qui constitue son activité[3]. Nous pouvons également évoquer ici la définition de la constitution comme norme fondamentale au sens substantiel, autrement dit comme norme inspirant toutes les branches du droit. Cette qualité dépend de la suprématie de la norme considérée car c'est cette caractéristique qui lui permet d'encadrer le travail législatif ou réglementaire qui est à l'origine des normes formant les diverses branches du droit. La suprématie n'est plus une conséquence du critère retenu mais à l'inverse une condition préalable indispensable à la satisfaction du critère choisi.

Troisièmement, d'autres critères entretiennent un lien plus original avec la suprématie : ils ne dépendent pas d'elle mais n'ont d'intérêt que dans la mesure où les normes qui les satisfont bénéficient d'un statut suprême. Les définitions matérielles basiques illustrent idéalement cette catégorie. La réglementation des pouvoirs publics n'est pas très utile quand elle est le produit de normes situées en bas de la hiérarchie des normes. En effet, celles-ci n'ont de rôle à jouer que si les organes concernés sont obligés de les respecter. Or, un organe n'est pas vraiment tenu de respecter les normes qu'il peut modifier[4]. Les définitions constitutionnalistes attachées à la défense des droits de l'homme appellent des remarques du même ordre. Prévoir

---

[1] Voir *supra*, p. 396-397.

[2] Dans cette perspective, son absence empêche la constitution de « mener à bien la tâche pour laquelle elle a été inventée » (GRIMM Dieter, « The Constitution in the Process of Denationalization », *in* NERGELIUS Joakim (dir.), *Constitutionalism : New Challenges. European Law from a Nordic Perspective*, Leydes, Martinus Nijhoff, 2008, p. 79).

[3] Le terme « norme » est entendu ici comme désignant à la fois les normes générales et les normes individuelles. L'activité normative couvre l'ensemble des activités des organes publics, à l'exception des tâches d'exécution purement matérielles.

[4] Cet argument n'est pas très différent de celui évoqué à propos du critère de limitation des pouvoirs, à ceci près que le critère matériel classique tient entièrement au contenu des normes et non à leur efficacité. De ce fait, c'est l'intérêt du critère et non sa réalisation qui dépend de la suprématie des normes désignées comme constitutionnelles.

des droits de l'homme dans des délibérations de conseil municipal est peut-être utile mais cela a une portée bien plus réduite que leur présence dans une norme suprême. L'argument utilisé précédemment au sujet des définitions idéologiques peut être reformulé à ce stade : l'importance du caractère démocratique ou libéral d'une norme est en réalité fonction de son statut hiérarchique. Le rapport entre ces deux qualités peut être inverse au niveau dogmatique mais une classification théorique est sans effet sur le statut, et donc sur la portée, d'une norme. Cette conséquence du caractère *a posteriori* de la théorie juridique est très importante pour les définitions constitutionnalistes car elle montre qu'elles dépendent de la suprématie. Il en va de même pour le critère de révision majoritaire : il ne marquera une évolution sensible de la place des normes internationales concernées que si elles s'imposent au droit interne, autrement dit, si elles bénéficient d'une forme de suprématie.

Parmi les critères tenant au régime juridique, la suprématie est le plus fertile. Le contenu des constitutions peut varier mais la suprématie est l'élément qui donne un sens au concept même de constitution. L'unité donnée à des critères très variés par leur relation à la suprématie contribue d'ailleurs probablement à l'attachement constant au terme de « constitution » malgré les différences profondes qui opposent les définitions théoriques répandues. Elle montre surtout qu'il est impossible de décrire la constitution comme une norme non-suprême et que son évocation dans un système hétérarchique serait complètement déplacée car dans ce cas les fonctions qui lui sont attribuées et les définitions classiques perdraient toute signification.

L'examen des travaux consacrés à l'adaptation de la catégorie implique des conclusions tout à fait concordantes. Non seulement la plupart des définitions citées jusque-là sont reprises dans ceux-ci mais en plus la suprématie est présente en permanence dans les discussions sur la constitutionnalité européenne. Nous avons pu remarquer que celles-ci étaient polarisées par la recherche d'une spécificité susceptible d'opposer le droit de l'Union européenne au droit international et à ceux des autres organisations internationales[1]. Or, la plupart des critères de constitutionnalité classiques sont autant applicables au droit européen qu'au droit international. Mieux, leur portée limitée, à défaut de suprématie, rend leur satisfaction assez triviale[2]. Au contraire, la suprématie leur donnerait une grande pertinence et confèrerait à la construction européenne une certaine originalité[3]. L'acquisition d'un statut spécifique

[1] Voir *supra*, p. 444.
[2] Voir SCHWARZE Jürgen, « Constitutional Developments in the European Community », *Law and State* 1987, p. 102.
[3] Cela ne veut pas dire pour autant que les auteurs défendant l'existence d'une ou de plusieurs constitutions internationales n'utilisent pas le critère de la suprématie. Pour un exemple, voir KRAJEWSKI Markus, « Democratic Legitimacy and Constitutional Perspectives of WTO Law », *Journal of World Trade* 2001, p. 175. L'originalité de la constitution européenne proviendrait en réalité du caractère abusif de l'attribution de la suprématie à des traités internationaux ordinaires.

permettant aux normes communautaires de dominer les normes nationales, même constitutionnelles, représente le véritable enjeu disciplinaire et théorique du débat sur la constitution européenne[1]. À l'inverse, des éléments comme l'organisation de pouvoirs publics, la protection des droits de l'homme, la révision majoritaire ou la rigidité n'ont rien de marquant s'ils sont considérés de manière isolée. Le débat n'aurait donc aucun sens s'il devait être réduit à ces questions. En revanche, la suprématie fait figure de candidat idéal au regard de ses effets sur les autres critères de constitutionnalité, de son lien avec les usages du terme « constitution » et de sa portée dans un cadre européen caractérisé par la potentialité de l'apparition d'un conflit radical. La suprématie est la seule mutation juridique sensible qui paraisse à la fois envisageable et débattue au niveau européen. La portée disciplinaire d'un tel changement est aussi évidente au vu des efforts des constitutionnalistes pour imposer leur discipline comme base du droit public et pour contester aujourd'hui cette position à tout nouveau concurrent[2]. Ce sont les conséquences traditionnelles de la constitutionnalité qui mènent la doctrine à débattre longuement de ce qui pourrait sembler à première vue un simple désaccord nominal négligeable[3] : la réflexion sur l'émergence d'une constitution européenne au sens théorique mérite que l'on s'y attarde parce que c'est l'émergence d'une norme suprême européenne qui est envisagée par la doctrine[4]. Au terme de cette première étape, il apparaît que définir la constitution par la suprématie permet d'employer ce concept pour comprendre le droit positif tout en restant fidèle aux usages communs du mot « constitution ». Ce choix est particulièrement opportun si l'on entend participer au débat sur l'adaptation de la catégorie de constitution. Pour poursuivre notre évaluation de la fertilité de la redéfinition

[1] Le seul auteur ayant choisi d'aborder le débat sur la constitution européenne sous l'angle de l'analyse conceptuelle aboutit à la même conclusion (KUMM Mathias, « Beyond Golf Clubs and the Judicialization of Politics », *American Journal of Comparative Law* 2006, p. 506 et 508). Son raisonnement est toutefois très différent du nôtre puisqu'il prétend que le caractère constitutionnel du droit primaire dans les sens formel et matériel habituellement retenus est manifeste. En outre, au vu de l'importance de la suprématie, il estime que le débat porte en réalité sur la légitimité du droit primaire (*ibid.*, p. 511) et propose de ce fait de tenter de le dépasser en construisant une théorie politique qu'il estime à même de justifier la position du droit européen (*ibid.*, p. 527 et s.). Cette approche nous paraît à la fois privée d'interêt théorique, puisqu'elle ne permet pas de comprendre le droit positif, et d'interêt dogmatique, dans la mesure où ce type de raisonnement politique n'est pas explicitement assumé par les acteurs et n'a pas de ce fait de place dans le discours du droit ou dans le discours dogmatique.

[2] Cette position est parfois explicite (TIKHOMIROV Youri, « Sur la théorie contemporaine du droit constitutionnel », *in Mélanges offerts au Professeur Michel Lesage*, Paris, SLC, 2006, p. 115) mais elle transparaît plus largement dans la vigueur de la réaction des auteurs « néo-constitutionnalistes » à l'hypothèse de l'émergence d'une constitution européenne (voir par exemple, FAVOREU Louis, « La notion de Cour constitutionnelle », *in Études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 1996, p. 16). Pour une analyse comparable, voir GARRIGOU-LAGRANGE Jean-Marie, « Préface », *in* GAUDIN Hélène (dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect réciproque mutuel ?*, Paris, Economica, 2001, p. 6

[3] Sur l'importance des conséquences dans les débats juridiques apparemment nominaux, voir SARTOR Giovanni, « Validity as Bindingness : the Normativity of Legality », EUI Working Paper LAW n°2006/18, p. 2.

[4] Nous pouvons reprendre ici les remarques faites sur les définitions constitutionnalistes : les libéraux sont prêts à accepter une norme suprême européenne si elle défend la liberté alors que les démocrates refusent la supériorité d'un droit européen non-démocratique sur un droit national adopté démocratiquement. Ce ne sont pas la démocratie ou la liberté qui forment les critères de la constitutionnalité : ils sont plutôt les conditions politiques d'acceptabilité d'une norme suprême européenne.

proposée, il faut maintenant la comparer aux autres adaptations envisagées par la doctrine pour montrer qu'elle est la plus adéquate (II).

II. L'INADEQUATION DES AUTRES ADAPTATIONS PROPOSEES

L'acceptabilité des redéfinitions de la constitution basées sur la suprématie est désormais établie mais cela n'implique pas qu'elles représentent la voie à suivre pour rendre compte de l'adaptation de la constitution aux mutations du droit contemporain. La doctrine a déjà eu l'occasion de s'intéresser à cette question et de faire des propositions qu'il convient d'évaluer attentivement. Cet examen critique des travaux actuels ne porte pas sur les définitions dotées d'une portée générale mais sur les redéfinitions mises en avant dans le contexte spécifique de l'européanisation et de l'internationalisation du droit. Celles-ci font figure d'alternatives naturelles à la redéfinition de la constitution comme norme suprême. Elles se présentent comme des conceptions originales visant à contester les approches établies de la constitution, qu'elles soient formelles ou matérielles. Leurs partisans s'attachent avant tout à la constitutionnalisation de l'ordre juridique européen (A) qui s'inscrit largement dans le cadre du développement d'un concept autonome de constitution propre à l'Union européenne (B).

A. La constitutionnalisation de l'ordre juridique européen

Une partie substantielle de la doctrine européenne affirme que pour comprendre la spécificité de la construction européenne il faut rompre avec une vision statique de la constitution au profit de l'étude dynamique d'un véritable processus de constitutionnalisation. Cette idée doit être exposée en détails (1) pour permettre d'apprécier son apport exact à l'analyse de l'adaptation de la catégorie théorique de constitution (2).

1. UNE THEORIE INCERTAINE

Les incertitudes qui entourent la constitutionnalisation de l'Union européenne ne sont pas le fruit du hasard. Bien au contraire, cette théorie est fondée sur deux éléments qui ont en commun le rejet de la précision généralement exigée dans la théorie juridique. Le premier est la condamnation de l'étude d'un stade donné de l'évolution du droit positif au profit de celle du processus lui-même. Il faudrait renoncer à savoir s'il existe ou non une constitution européenne pour décrire un phénomène général et mouvant de constitutionnalisation du droit

européen[1]. Ce choix serait le seul moyen de rendre compte de la réalité d'un ordre juridique dynamique en évitant de l'observer à travers une catégorie rigide incapable de capturer plus qu'une étape de sa transformation. L'absence de procédure assumée d'édiction d'un acte constitutionnel ne ferait dès lors pas obstacle à l'émergence d'une constitutionnalité européenne[2]. Cette approche serait bien adaptée à la description d'une construction européenne poussée par l'interaction de divers organes nationaux et européens[3], au premier rang desquels la Cour de justice des Communautés européennes[4]. Décrire un processus éviterait d'utiliser des critères stricts qui ne peuvent aider à saisir le mouvement permanent qui le caractériserait. Les définitions traditionnelles de la constitution seraient alors écartées car elles ne portent pas sur des processus. Le deuxième élément sur lequel reposent les théories de la constitutionnalisation est le dépassement de la méthodologie juridique par l'intégration de l'étude du droit dans une réflexion sociale générale empruntant aussi à l'économie, à la sociologie, à la théorie politique voire à la philosophie[5]. Ces théories seraient donc un moyen pour se détacher d'une catégorie de constitution purement juridique de façon à pouvoir retracer l'ensemble des relations complexes et mouvantes entre les acteurs en cause. Cela favorise clairement l'indétermination des concepts employés puisqu'il faut alors abandonner les définitions basées sur un petit nombre de caractéristiques juridiques pour prendre en considération des données négligées potentiellement nombreuses.

Quoi qu'il en soit, le terme « constitutionnalisation » a selon nous au moins quatre sens distincts. Tout d'abord, il peut désigner la convergence du contenu des constitutions des États européens (1). L'apparition d'un droit constitutionnel européen est ici due à la transformation des normes constitutionnelles nationales et non à l'édiction de normes européennes d'un

---

[1] Voir LOUIS Jean-Victor, « Le modèle constitutionnel européen : de la Communauté à l'Union », *in* MAGNETTE Paul et REMACLE Eric (dir.), *Le nouveau modèle européen*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2000, vol. 1, p. 32 ou CONSTANTINESCO Vlad, « L'émergence d'un droit constitutionnel européen. Rapport de synthèse », *RUDH* 1995, p. 447.

[2] BLANCHARD David, *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, Rennes, Éd. Apogée, 2001, p. 55 ou WEILER J.H.H., « In Defence of Statu Quo : Europe's Constitutional Sonderweg », *in* WEILER J.H.H. et WIND Marlene (dir.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, CUP, 2003, p. 8. Notons toutefois que certains auteurs utilisent le terme « constitutionnalisation » justement pour désigner l'intervention d'un pouvoir à même de transformer un traité en constitution (voir par exemple, GRARD Loïc, « Traité-constitutionnel, une réalité juridique », *RDP* 2003, p. 1261). Cette position minoritaire prive le concept de tout intérêt.

[3] Voir PETERS Anne, « The Constitutionalisation of the European Union – Without the Constitutional Treaty », *in* PUNTSCHER RIEKMAN Sonja et WESSELS Wolfgang (dir.), *The Making of a European Constitution*, Wiesbaden, Verlag für Sozialwissenschaften, 2006, p. 51.

[4] BENGOETXEA Joxerramon, « Principles in the European Constitutionalising Process », *King's College Law Journal* 2001, p. 104 et TEMPLE LANG John, « The Development of European Community Constitutional Law », *The International Lawyer* 1991, p. 457.

[5] Voir WEILER J.H.H. et TRACHTMAN Joel, « European Constitutionalism and its Discontents », *Northwestern Journal of International Law and Business* 1996, p. 360 ou EVERSON Michelle, « Beyond the Bundesverfassungsgericht : on the Necessary Cunning of Constitutional Reasoning », *ELJ* 1998, p. 409.

nouveau genre[1]. Il s'agirait d'un processus progressif, centrée sur la défense des droits de l'homme et la consécration de l'État de droit[2], qui incarnerait à la fois une sorte de droit constitutionnel européen commun[3] et un préalable à l'adoption d'une constitution européenne[4]. Ensuite, la constitutionnalisation peut être évoquée à propos de l'émergence de normes européennes liées au droit constitutionnel national (2). Le concept de droit constitutionnel européen prend dans ce cas un autre sens car sa qualité constitutionnelle ne tient plus à son statut mais à son objet : c'est un droit européen par son statut mais constitutionnel par son objet, à savoir le droit constitutionnel national. Il peut se manifester sous deux formes. Premièrement, des normes européennes sont adoptées pour encadrer le droit constitutionnel national. Citons ainsi la consécration de valeurs communes censées être respectées par les États membres de l'Union européenne[5]. Deuxièmement, des normes européennes peuvent trouver directement leur source dans des normes constitutionnelles nationales. L'exemple le plus célèbre est fourni par la référence aux traditions constitutionnelles communes qu'utilise la Cour de justice des Communautés européennes pour justifier la création de principes généraux du droit communautaire[6]. Là-encore nous serions face à un processus jamais clos de création de principes et non face à une liste restreinte et définitive. Le terme « constitutionnalisation » peut toutefois prendre un sens diamétralement opposé quand il se rapporte à l'émergence de normes constitutionnelles nationales portant sur le droit européen (3)[7]. Le schéma que nous venons de décrire est inversé : les normes en causes sont constitutionnelles par leur statut et européennes par leur objet. Cette hypothèse vise principalement les clauses d'intégration européenne présentes dans de nombreuses constitutions nationales, c'est-à-dire les normes constitutionnelles adoptées pour permettre la participation à la construction européenne ou plus simplement l'application du droit communautaire dans l'ordre juridique national[8]. La différence entre les sens 2 et 3 n'est pas toujours perçue mais elle est incontournable car les normes couvertes par

---

[1] Cette idée recoupe la notion de « patrimoine constitutionnel européen » mais cette dernière est clairement séparée d'un éventuel droit constitutionnel européen (ROUSSEAU Dominique, « La notion de patrimoine constitutionnel européen », *in Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 41).

[2] MABAKA Placide, *Problèmes et perspectives constitutionnels du processus de l'intégration européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 327 ou BLANCHARD David, *op. cit.*, p. 51.

[3] DRAGO Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, 2e éd., Paris, PUF, 2006, p. 498.

[4] GERKRATH Jörg, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1997, p. 291 ou BADIE Bertrand et PIERRÉ-CAPS Stéphane, « La Ve République et la souveraineté », *RDP* 1998, p. 1479.

[5] Voir art. 2 du TUE et, pour leur rapport avec la constitutionnalisation, BLANCHARD David, *op. cit.*, p. 111.

[6] LENAERTS Koen, « La constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'Union européenne », *in En hommage à Francis Delpérée*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 818 ou SCHWARZE Jürgen, « La naissance d'un ordre constitutionnel européen », *in* SCHWARZE Jürgen (dir.), *La naissance d'un ordre constitutionnel européen*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 465.

[7] CHALTIEL Florence, « Constitution française et constitution européenne, vers l'osmose des ordres juridiques ? », *RMCUE* 2005, p. 282 ou DUBOS Olivier, « Une constitution européenne, des constitutions nationales », *Revue européenne de droit public* 2003, p. 1024.

[8] MABAKA Placide, *op. cit.*, p. 167 ou BLANCHARD, *op. cit.*, p. 68.

le sens 3 n'ont d'effets qu'en droit interne et n'entretiennent pas de rapport direct avec les sens 1 et 2. Au passage, il serait sans doute plus opportun de parler d'européanisation du droit constitutionnel pour le sens 3[1] et de constitutionnalisation du droit européen pour le sens 2 pour réduire l'ambiguïté. Ces phénomènes se ressemblent tout de même par leur aspect dynamique : ils passent par des évolutions successives aux niveaux national et européen, ce qui laisse penser à un mouvement de réforme permanente plutôt qu'à un système stable et durable. Mieux, certains ont mis en valeur l'existence d'une forme de réactivité, puisque les révisions nationales sont souvent le résultat de modifications du droit européen, et ont évoqué à ce sujet un véritable « dialogue constitutionnel »[2]. Des variantes existent car l'européanisation passerait aussi par des changements dans l'interprétation des normes constitutionnelles nationales[3], parfois qualifiés de changement de constitution[4]. Enfin, le thème de la constitutionnalisation est surtout employé à propos de l'apparition d'éléments vus comme constitutionnels dans le droit européen (4). Une série limitée de caractéristiques est avancée par la plupart des auteurs[5] : l'effet direct[6], la primauté[7], la protection des droits de l'homme[8] et l'extension des compétences par la théorie des compétences implicites[9]. La primauté est probablement la propriété la plus valorisée[10], ce qui n'est pas sans rappeler le rôle que nous attribuons à la suprématie[11]. Il convient de remarquer que l'influence des théories fédérales et constitutionnalistes joue pleinement et que le cumul des critères est encore une fois pratiqué. D'autres éléments sont d'ailleurs ajoutés par certains auteurs : le

---

[1] En ce sens, voir CONSTANTINESCO Vlad, « Des racines et des ailes. Essai sur les rapports entre droit communautaire et droit constitutionnel », *in Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 314 et DELPÉRÉE Francis, *Le fédéralisme en Europe*, Paris, PUF, 2000, p. 114.

[2] DE WITTE Bruno, « The Closest Thing to a Constitutional Conversation in Europe : the Semi-Permanent Treaty Revision Process », *in* BEAUMONT Paul, LYONS Carole et WALKER Neil (dir.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford, Hart, 2002, p. 43 ou GAUDIN Hélène, « Révision des traités communautaires, révision des constitutions nationales », *in Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, 2004, p. 551.

[3] MABAKA Placide, *op. cit.*, p. 157.

[4] BLANCHARD, *op. cit.*, p. 30.

[5] Notons que pour chacun de ces éléments, une référence particulièrement claire est choisie parmi de nombreux exemples.

[6] STEIN Eric, « Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution », *AJIL* 1981, p. 8.

[7] WEILER J.H.H., « Supranationalism Revisited – a Retrospective : the European Communities after 30 Years », *in* MAINHOFER Werner (dir.), *Noi Si Mura*, Florence, Badia Fiesolana, 1986, p. 358.

[8] HALTERN Ulrich, « Pathos and Patina : the Failure and Promise of Constituionalism in the European Integration », Constitutionalism Web-Papers n°6/2002, p. 2.

[9] JACQUÉ Jean-Paul, « Le rôle du droit dans l'intégration européenne », *Philosophie politique* n°1, p. 129.

[10] Voir CONSTANTINESCO Vlad, « La constitutionnalisation de l'Union européenne », *in* RIDEAU Joël (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, Paris, LGDJ, 2000, p. 137 ou WEILER J.H.H., « The transformation of Europe », *The Yale Law Journal* 1991, p. 2422. Précisons toutefois que si cette approche de la constitutionnalisation n'a vraiment connu le succès dans la doctrine française qu'à partir de la fin des années 90, elle a commencé à être délaissée par une grande partie de la doctrine anglophone dès l'entrée en vigueur du traité de Maastricht qui a pu être décrit comme le début de la fin du constitutionnalisme européen calqué sur le modèle étatique (AVBELJ Matej, « Questioning EU Constitutionalisms », *German Law Journal* 2008, p. 8). Elle a progressivement été remplacée par d'autres conceptions qui substituent le constitutionnalisme, entendu avant tout comme un projet politique, à la constitution (*ibid.*, p. 11-21), que nous avons évoquées lors de l'étude des définitions constitutionnalistes de la constitution (voir *supra*, p. 449).

[11] Il faut ici souligner que certaines théories macro-constitutionnelles internationales concernant la Charte des Nations Unies accordent elles aussi une place déterminante au positionnement hiérarchique. Voir *supra*, p. 443.

détachement des procédures classiques de révision du droit international public[1], l'existence de limites matérielles à la révision du droit primaire[2], l'autonomie de l'ordre juridique communautaire[3], le transfert de compétences par les États membres[4], la préemption de compétences partagées par la Communauté[5], la présence de garanties juridictionnelles[6], la consécration d'une « communauté de droit »[7], d'une citoyenneté européenne[8], de principes généraux du droit[9], la séparation des pouvoirs[10] ou encore l'interprétation dynamique en dehors de la seule question de la répartition des compétences[11] voire la création d'une monnaie unique[12] ou d'un marché commun[13]. Nous pouvons aussi relever des approches plus globales cherchant à établir que l'Union européenne est une union de peuples et non d'États et que cette particularité lui donne une cohérence générale qui manifeste sa constitutionnalisation[14]. En outre, les décisions de la Cour de justice des Communautés européennes[15], voire de la Cour européenne des droits de l'homme[16], qui qualifient les normes européennes de normes constitutionnelles sont souvent citées comme les meilleures preuves de ce phénomène[17]. Plus largement, le rôle des juges est considéré comme fondamental car la jurisprudence de la Cour de justice est au cœur de la plupart des évolutions évoquées qui n'avaient rien d'évident si l'on se rapporte aux traités[18]. Cette particularité contribue bien sûr

---

[1] Nous pensons ici au rejet des révisions coutumières et plus largement au monopole des procédures prévues par le traité pour sa révision. Voir JACQUÉ Jean-Paul, « La Constitution de la Communauté européenne », *RUDH* 1995, p. 403.

[2] DA CRUZ VILACA José Luis et PICARRA Nuno, « Y a-t-il des limites matérielles à la révision des traités instituant les Communautés européennes ? », *CDE* 1993, p. 9.

[3] GUILLERMIN Guy, « Quelques réflexions sur la notion de constitution européenne », *in Mélanges en hommage à Guy Isaac*, précité, p. 530.

[4] LEBON Vanessa, *Le constitutionnalisme en Europe*, Thèse, Nice, 2005, p. 150.

[5] MANCINI Frederico, « The Making of a Constitution for Europe », *CMLR* 1989, p. 603

[6] POIARES MADURO Miguel, *We the Court, the European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, Hart, 1998, p. 7

[7] CHARRIER Carmenza, « La Communauté de droit : une étape sous-estimée de la construction européenne », *RMCUE* 1996, p. 522.

[8] SAUTER Wolf, « The Economic Constitution of the European Union », *Columbia Journal of European Law* 1998, p. 31.

[9] TIMMERMANS Christiaan, « The Constitutionalization of the European Union », *YEL* 2002, p. 3.

[10] DE WITTE Bruno, « Interpreting the European Community Treaty Like a Constitution », *in* BAKKER Rob, HERINGA ALT Willem et STROINK Friks (dir.), *Judicial Control*, Anvers, Maklu, 1995, p. 144.

[11] SNYDER Francis, « Constitutional Law of the European Union », *RCADE* vol. VI, book 1, p. 74. Notons que cette idée, présentée comme originale par la doctrine européenne, recoupe la théorie classique de la constitutionnalité des actes instituant des organisations internationales, dont les faiblesses ont déjà pu être soulignées (voir *supra*,p. 438 et s.).

[12] SNYDER Francis, « EMU Revisited : Are we Making a Constitution ? », EUI Working Paper LAW n°98/6, p. 4.

[13] WEILER J.H.H., « The Constitution of the Common Parket Place », *in* CRAIG Paul et DE BURCA Grainne (dir.), The *Evolution of European Union Law*, Oxford, OUP, 1999, p. 350.

[14] POIARES MADURO Miguel, « How Constitutional Can the European Union Be ? The Tension Between Intergovernmentalism and Constitutionalism in the European Union », Jean Monnet Working Paper n°5/04, p. 8.

[15] CJCE, 26 avril 1977, avis 1/76 ; 23 avril 1986, Les Verts c. Parlement européen, aff. 294/83 ; 14 décembre 1991, avis 1/91 ; 23 mars 1993, Weber c. Parlement européen, C-314/91 ; 10 juillet 2003, Commission c. BEI, C-15/00 ou 3 septembre 2008, Kadi, C-402/05 et C-415/05. Voir aussi les conclusions Lagrange sous CJCE, 16 juillet 1956, Fédération charbonnière de Belgique, aff. 8/55, *Rec.* p. 263.

[16] CEDH, 23 mars 1995, Loizidou c. Turquie, 15318/89.

[17] COHEN-JONATHAN Gérard, article précité, p. 1128 ou JACOBS Francis, « Is the Court of Justice of the European Communities a Constitutional Court ? », *in Essays for the Hon. Mr. Justice T.F. O'Higgins*, Londres, Butterworths, 1992, p. 30.

[18] DELCOURT Christine, LE BARBIER Muriel, MANSON François-Olivier et MEHDI Rostane, « Droit communautaire et supraconstitutionnalité », *JSLC* 1993, p. 421.

à donner l'impression d'un mouvement perpétuel, là où des révisions ponctuelles permettraient de séparer clairement les divers stades de l'évolution. Elle permet aussi d'articuler la théorie de la constitutionnalisation avec le dialogue des juges puisque les juges nationaux sont appelés à réagir aux jurisprudences européennes[1]. Les tenants de la constitutionnalisation insistent de ce fait sur les inspirations réciproques entre juges, notamment pour ce qui est de la protection des droits de l'homme[2]. Ce quatrième et dernier sens est sans doute le plus intéressant car il est le seul qui concerne une transformation du statut même des normes européennes. Il rejoint tout de même les trois autres à travers le rejet de listes claires des critères de constitutionnalité et des normes constitutionnelles.

Les relations entre ces quatre sens ne sont pas évidentes. Beaucoup d'auteurs ont tendance à les cumuler pour marquer la spécificité d'une constitutionnalisation globale[3]. La convergence entre les phénomènes couverts par les sens 2 et 3 est ainsi vue comme la preuve du développement d'un réseau de relations entre niveaux constitutionnels complémentaires sur la base de renvois réciproques[4]. Le caractère dynamique de la constitutionnalisation est accru par les combinaisons et les interactions entre les quatre formes qu'elle peut prendre et qui concourent chacune à la construction d'un droit constitutionnel européen. Cependant, ce bel édifice repose sur une confusion sémantique car la signification de l'expression « droit constitutionnel européen » varie selon le type de constitutionnalisation envisagé. Dans le premier sens de ce terme, il s'agira de normes constitutionnelles, au sens dogmatique, communes aux États européens ; dans le second, de normes européennes liées au droit constitutionnel, au sens matériel ; dans le troisième, de normes constitutionnelles nationales, au sens dogmatique, portant sur le droit européen et dans le quatrième de normes européennes jouissant d'une forme de constitutionnalité théorique à déterminer. Seul ce dernier sens paraît vraiment en rapport avec l'apparition d'une constitution européenne au sens théorique puisque le sens 1 vise des normes nationales[5] et que le sens 2 n'a rien à voir avec le statut des normes en cause[6]. Le sens 3 concerne quant à lui le droit constitutionnel européen dans le sens où l'on

---

[1] Pour une approche originale, voir SHAW Jo, « Postnational Constitutionalism and Flexibility in the European Union », *in* DE BURCA Grainne et SCOTT Joanne (dir.), *Constitutional Change in the European Union*, Oxford, Hart, 2000, p. 347.

[2] Il s'agit avant tout des interactions entre la CJCE et la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Voir WEATHERHILL Stephen, « Is Constitutional Finality Feasible or Deasirable ? », Constitutionalism Web-Papers n°7-2002, p. 13.

[3] Voir notamment BLANCHARD David, *op. cit.*, p. 55 ou ROUX Jérôme, *Droit général de l'Union européenne*, 2e éd., Paris, Litec, 2008, p. 50.

[4] BLANCHARD David, *op. cit.*, p. 68.

[5] Bien que communes, les règles en cause restent purement nationales et donc à la disposition des organes nationaux qui peuvent les réviser librement. Qui plus est, une telle approche ne peut valablement être taxée de formaliste car elle découle du statut dogmatique de ces normes et non d'une préférence théorique pour des critères formels. Voir, en ce sens, VEDEL Georges, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs* n°67, p. 88 et, en sens contraire, MONJAL Pierre-Yves, *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, Paris, LGDJ, 2000, p. 381.

[6] Pour un avis contraire, voir LENAERTS Koen, article précité, p. 3.

évoquait traditionnellement un droit constitutionnel international, c'est-à-dire un droit purement national ayant pour objet le droit international[1]. L'ouverture, même totale, de l'ordre juridique national au droit européen par ce biais reste une question de droit interne. Il est bien difficile d'imaginer qu'une telle reconnaissance, libre et révocable, d'un statut dogmatique interne au droit européen puisse être considérée comme impliquant l'existence d'une constitution européenne[2]. Dans ces conditions, les quatre phénomènes désignés par l'expression « constitutionnalisation du droit européen » sont autonomes et non interdépendants, aussi bien au regard des modalités de leur apparition que de leurs effets[3]. Leur rapprochement, facilité par l'ambiguïté du terme « constitutionnalisation », est infondé voire dangereux car il conduit à confondre l'accentuation d'un phénomène unique avec l'association arbitraire de phénomènes distincts sans rapports directs. Il implique également le risque permanent de passer d'un sens à l'autre sans jamais décrire clairement l'état actuel du droit positif en Europe et donc sans jamais permettre l'évaluation de l'ampleur de ses mutations. L'assimilation d'évolutions d'importance et d'originalité variables pour construire une tendance unique illustre les risques de la polysémie en la matière.

Le concept de constitutionnalisation a été forgé pour traiter des transformations de l'Union européenne mais il a progressivement été appliqué à d'autres organisations internationales, notamment l'ONU et l'OMC[4]. Dans ces cas, il est entendu dans le sens 4, faute de toute possibilité d'appliquer les autres sens hors du contexte européen[5]. Il s'agit en fait de soutenir que les ordres juridiques de ces organisations se séparent du droit international public en raison d'éléments tenant à leur statut, leur contenu ou leur forme qui débouchent sur leur autonomie[6]. Ces théories reposent principalement sur la fonction constitutionnelle des organisations en cause[7], la primauté de leur droit[8], leur caractère démocratique[1] ou leur

---

[1] MIRKINE-GUETZÉVITCH Boris, « Le droit constitutionnel et l'organisation de la paix », *RCADI* 1933-III, p. 674.

[2] Pour une position inverse, voir CHALTIEL Florence, « Le droit européen dans les manuels de droit communautaire », *LPA* 2006, n°233, p. 10. Ce type de clause ne suffit même pas à lui conférer une constitutionnalité dogmatique. Voir VERPEAUX Michel, « Évolution de la société internationale et État de droit », *RCADC* 2001, p. 256 et *contra*, MAGNON Xavier, « La singularisation attendue du droit communautaire au sein de la jurisprudence IVG », *Europe* 2006, n°6, p. 5.

[3] Tout au plus peut-on envisager des relations causales entre les phénomènes couverts par les sens 1 et 4 ou 3 et 4 mais il s'agit d'une tendance vague, qui dépend de surcroît de décisions politiques. Ce constat ne permet en aucun cas de considérer qu'il s'agirait d'un seul phénomène.

[4] Voir par exemple, CASS Deborah, *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, Oxford, OUP, 2005, p. 18 ou TEUBNER Gunther, « Societal Constitutionalism », *in* JOERGES Christian, SAND Inger-Johanne et TEUBNER Gunther (dir.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, Hart, 2004, p. 6.

[5] Pour un exemple contraire, voir BÉLANGER Michel, « Considérations sur la constitutionnalisation internationale : l'apport du droit international humanitaire », *in Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Paris, Dalloz, 2004, p. 44.

[6] WALKER Neil, « The European Union and the World Trade Organization : Constitutionalism in a New Key », *in* DE BURCA Grainne et SCOTT Joanne (dir.), *The European Union and the World Trade Organization*, Oxford, Hart, 2001, p. 41 et 57 ou, dans une moindre mesure, CASS Deborah, *op. cit.*, p. 32.

[7] PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Constitutionalism and World Trade Organization Law », *in* KENNEDY D.L.M. et SOUTHWICK J.D. (dir.), *Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Cambridge, CUP, 2002, p. 33.

[8] HELFER Laurence, « Constitutional Analogies in the International Legal system », *Loyola of Los Angeles Law Review* 2003, p. 202.

juridictionnalisation[2]. Le thème de la constitutionnalisation renvoie parfois plus spécifiquement aux réflexions sur la légitimité de l'action desdites organisations[3], y compris dans une perspective prescriptive[4]. Les rares décisions de justice en ce sens sont aussi valorisées[5] car des revendications constitutionnelles explicites sont souvent exigées[6]. La référence à la constitutionnalisation sert une fois de plus à décrire un processus pour ne pas se prononcer sur la réalité de la constitutionnalité actuelle des normes concernées[7]. Ces constructions sont aussi floues que celles centrées sur l'Union européenne et ont, sommes toutes, une originalité limitée. Elles relativisent tout de même les particularités de la construction européenne en montrant comment l'indétermination du terme « constitutionnalisation » permet d'étendre aisément son application à des expériences que peu d'auteurs se hasarderaient à décrire comme constitutionnelles. Ces brèves remarques valent *a fortiori* contre les théories qui décrivent la hiérarchisation du droit international public[8] ou son ralliement supposé aux standards libéraux[9] comme les indices incontournables de sa constitutionnalisation. En dernière analyse, cette dilution apparente de la théorie est la conséquence de son indétermination mais aussi de l'hésitation sur ses fonctions (2).

2. UN SUBSTITUT A L'UTILITE DISCUTABLE

Si l'imprécision de la théorie de la constitutionnalisation de l'Union européenne ne joue pas en sa faveur, l'évaluation de sa contribution à l'étude de l'adaptation de la constitution est déterminante quant à la place qu'elle doit occuper dans notre travail de redéfinition. En fait, il s'agit de savoir s'il est pertinent de délaisser l'interrogation sur l'existence d'une constitution européenne pour lui préférer la description d'un processus de constitutionnalisation. Par sa modération, cette théorie évite probablement les critiques les plus virulentes que peut susciter l'affirmation selon laquelle l'Union européenne aurait déjà une constitution. Cependant, les

---

[1] PETERSMANN Ernst-Ulrich, « How to Constitutionalize the United Nations ? Lessons from the International Economic Law Revolution », *in Liber Amicorum Günther Jaenicke zum 85. Geburstag*, Berlin, Springer, 1998, p. 324.
[2] SCHLOEMANN Hannes et OHLOFF Stefan, « Constitutionalization and Dispute Settlement in the World Trade Organization : National Security as an Issue of Competence », *AJIL* 1999, p. 424
[3] PEREZ Antonio, « On the Way to the Forum », *Texas International Law Journal* 1996, p. 355.
[4] FERRAJOLI Luigi, « Beyond Sovereignty and Citizenship : a Global Constitutionalism », *in* BELLAMY Richard (dir.), *Constitutionalism, Democracy and Sovreignty : American and European Perspectives*, Aldershot, Avebury, 1996, p. 157. Notons que les auteurs emploient de manière indéterminée les termes « constitutionnalisation » et « constitutionnalisme » pour désigner l'ensemble des phénomènes et des conceptions exposées ici.
[5] CHEMAIN Régis, « Le contrôle des actes de l'organisation », *in* CHEMAIN Régis et PELLET Alain (dir.), *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, Paris, Pedone, 2006, p. 49.
[6] WALKER Neil, « The Idea of Constitutional Pluralism », EUI Working Paper LAW n°2002/1, p. 30.
[7] CASS Deborah, *op. cit.*, p. 3 et 29.
[8] TAHVANAIENEN Annika, « Commentary to Professor Hafner », *Michigan Journal of International Law* 2004, p. 867 ou FASSBENDER Bardo, « The Meaning of International Constitutional Law », *in* ST. JOHN MACDONALD Ronald et JOHNSTON Douglas (dir.), *Towards Word Constitutionalism*, Leydes, Martinus Nijhoff, 2005, p. 846.
[9] PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Theories of Justice, Human Rights and the Constitution of International Markets », *Loyola of Los Angeles Law Review* 2003, p. 438.

caractéristiques qui lui confèrent cet avantage (flou et attachement à un processus) sont en tant que telle problématiques. Divers facteurs contribuant au flou de la théorie ont été identifiés précédemment mais la liste n'est pas encore complète. Non seulement la définition de la constitutionnalité n'est pas clairement déterminée mais en plus l'objet même de la constitutionnalisation varie selon les auteurs comme le montre le grand nombre d'éléments qualifiés de « constitutionnels ». Pour s'en tenir aux cas les plus répandus dans le contexte de la doctrine européenne, sont affublés de ce qualificatif l'autonomie[1], l'identité[2], l'éthique[3], l'architecture[4], l'autorité[5], l'approche[6], le clivage[7], la structure[8], l'analyse[9], la fonction[10], l'intégration[11], la subsidiarité[12], la charte[13], le projet de société[14], la discipline[15], la loyauté[16], la mission[17], les acteurs[18], les pratiques[19], l'effet[20], l'enjeu[21], le régime[22], l'espace[23], le paradigme[24], la conscience[25], la doctrine[26], la situation[27], l'homogénéité[28], la logique[29], les existants[30], l'ensemble[31], la politique[32], les rapports[1], la volonté[2], le référent[3], la portée[4], le

---

[1] DANI Marco, « Economic Constitutionalism in a Time of Uneasiness », Jean Monnet Working Paper n°8/05, p. 7.
[2] WALKER Neil, « European Constitutionalism and European Integration », *Public Law* 1996, p. 288.
[3] BLANCHARD David, *op. cit.*, p. 60.
[4] SIMON Denys, *Le système juridique communautaire*, 3e éd., Paris, PUF, 2001, p. 175.
[5] LEBAUT-FERRARESE Bernadette et KARPENSCHIF Michaël, « La constitutionnalisation de la Charte », *in* PHILIP Christian et SOLDATOS Panayotis (dir.), *La Convention sur l'avenir sur l'avenir de l'Europe*, Bruxelles Bruylant, 2004, p. 131.
[6] PETERSMANN Ernst-Ulrich, « State Sovereignty, Popular Sovereignty and Individual Sovereignty : from Constitutional Nationalism to Multilevel Constitutionalism in International Economic Law ? », EUI Working Paper Law n°2006/46, p. 2.
[7] FABBRINI Sergio, « The Constitutionalisation of a Compound Democracy : Comparing the European Union with the American Experience », Constitutionalism WEB-Papers n°3/2008, p. 19.
[8] ELEFTHERIADIS Pavlos, « Begging the Constitutional Question », *JCMS* 1998, p. 265.
[9] BERRAMDANE Abdelkhaleq et ROSSETTO Jean, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 207.
[10] BESSON Samantha, « Sovereignty in Conflict », European Integration Online Paper n°15/2004, p. 22.
[11] BLANCHARD David, *op. cit.*, p. 19.
[12] TRACHTMAN Joel, « The Constitutions of the World Trade Organization », *EJIL* 2003, p. 627.
[13] REICH Norbert, « A European Constitution for Citizens », *ELJ* 1997, p. 131.
[14] DAUPS Thierry, *L'idée de constitution européenne*, Thèse, Paris X, 1992, p. 171.
[15] WEILER J.H.H., « The Promised Constitutional Land », *King's College Law Journal* 2001, p. 6.
[16] BLANCHARD David, *op. cit.*, p. 74.
[17] SIMON Denys, *op. cit.*, p. 483.
[18] WEILER J.H.H., « In Defense of Statu Quo : Europe's Constitutional Sonderweg », précité, p. 8
[19] DAUPS Thierry, *op. cit.*, p. 121.
[20] POIARES MADURO Miguel, *op. cit.*, p. 8.
[21] DAUPS Thierry, *op. cit.*, p. 207.
[22] TEITGEN Pierre-Henri, « Objectifs et principes fondamentaux communs aux trois Communautés », *in* GANSHOF VAN DER MEERSCH Walter (dir.), *Les noveles. Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, p. 22.
[23] ALBI Annelli et VAN ELSUWEGE Peter, « The European Union Constitution, National Constitutions and Sovereignty : an Assessment of a European Constitutional Order », *ELR* 2004, p. 761.
[24] CHALTIEL Forence, « Le droit européen dans les manuels de droit constitutionnel », précité, p. 11.
[25] PESCATORE Pierre, « La constitution, son contenu, son utilité », *RDS* 1992, p. 56.
[26] POIARES MADURO Miguel, *op. cit.*, p. 8.
[27] DAUPS Thierry, *op. cit.*, p. 207.
[28] BIEBER Roland, KAHIL-WOLFF Bettina et MULLER Laurence, « Cours général de droit communautaire », *RCADE* vol. III, book 1, p. 59.
[29] JACQUÉ Jean-Paul, « Les principes constitutionnels fondamentaux dans le projet de traité établissant la Constitution européenne », *in* ROSSI Lucia Serena (dir.), *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne. Le projet de traité-constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 51.
[30] MONJAL Thierry, *op. cit.*, p. 209.
[31] ROSSETTO Jean, « Quelle réalité juridique pour la Constitution européenne ? », *Tribune du droit public* 2004, p. 339.
[32] PEREZ Antonio, article précité, p. 355.

discours[5], les concepts[6], les sphères[7], l'effectivité[8], l'esprit[9], la culture[10], le point de vue[11], le système[12], le développement[13], la préoccupation[14], la coordination[15], la compétence[16], le choix[17], la légitimité[18], les relations[19], les principes[20], l'ordre[21] ou les valeurs[22] quand l'on ne se contente pas d'évoquer des phénomènes de nature constitutionnelle[23]. Face à une telle énumération, l'on en viendrait presque à se demander ce qui n'est pas constitutionnel dans l'Union européenne. La multiplication des expressions obscures exclut en définitive toute précision quant à l'existence d'une constitution européenne ou, plus modestement quant au degré de constitutionnalité du droit européen[24]. Il est permis de douter de l'intérêt d'une démarche censée faire progresser la connaissance de ce droit[25] qui se manifeste essentiellement par l'invention de concepts opaques et indéfinis[26]. L'ambiguïté en matière théorique fait obstacle à la falsifiabilité des énoncés et compliquent fortement la

---

[1] LENAERTS Koen, « Les rapports entre juridictions suprêmes dans l'ordre juridique institué par la Convention européenne des droits de l'homme », *CDE* 1983, p. 186.
[2] DAUPS Thierry, *op. cit.*, p. 207.
[3] MABAKA Placide, *op. cit.*, p. 268.
[4] RAUX Jean, « La constitutionnalisation du système communautaire dans un traité fondamental de l'Union européenne », *Europe* 1995, n°8-9, p. 3.
[5] WALKER Neil, « The European Union and the World Trade Organization », précité, p. 34.
[6] POIARES MADURO Miguel, *op. cit.*, p. 8.
[7] DANI Marco, article précité, p. 8.
[8] DAUPS Thierry, *op. cit.*, p. 205.
[9] PESCATORE Pierre, article précité, p. 57.
[10] SNYDER Francis, « Constitutional Law in the European Union : First Steps Towards an Analytical Framework », *in* PAASIVIRTA Esa et RISSANEN Kirsti (dir.), *Principles of Justice and the Law of the European Union*, Bruxelles, Commission européenne, 1995, p. 97.
[11] DAUPS Thierry, *op. cit.*, p. 166.
[12] EPINEY Astrid, « Européanisation et mondialisation du droit : convergences et divergences », *in* MORAND Charles-Albert (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 165.
[13] GAUTRON Jean-Claude, « Remarques sur une continuité », *in Mélanges Dmitri Georges Lavroff*, précité, p. 187.
[14] CONSTANTINESCO Vlad, « Des racines et des ailes », précité, p. 322.
[15] BAQUERO CRUZ Julio, « Constitutional Gaps in European Community Law », *in Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, Éd. de l'ULB, 2004, p. 40.
[16] DAUPS Thierry, *op. cit.*, p. 170.
[17] POIARES MADURO Miguel, « From Constitutions to Constitutionalism », *in* LEWIS Douglas (dir.), *Global Governance and the Quest for Justice*, Oxford, Hart, 2005, vol. 1, p. 228.
[18] POIARES MADURO Miguel, « Is There Any Such Thing as Free or Faire Trade », *in* DE BURCA Grainne et SCOTT Joanne (dir.), *The European Union and the World Trade Organization*, précité, p. 279.
[19] DASHWOOD Alan, « The Relationship Between the Member States and the European Union-European Community », *CMLR* 2004, p. 376.
[20] DE WITTE Bruno, « The Nice Declaration », *International Spectator* 2001, p. 28.
[21] ROSENFELD Michel, « Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the United States Supreme Court », *ICON* 2006, p. 623.
[22] LHOMME Didier, « Imitation et modification constitutionnelles », *RRJ* 2005, p. 2278.
[23] DAUPS Thierry, *L'Union européenne. Un État sans souveraineté nationale*, Rennes, 2006, p. 12.
[24] Le refus de toute définition précise de la constitutionnalité est d'ailleurs souvent assumée. Voir ainsi, COTTIER Thomas et HERTIG Maya, « The Prospects of 21st Century Constitutionalism », *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 2003, p. 264 ou WEILER J.H.H., « Supranationalism Revisited... », précité, p. 344.
[25] Le caractère purement juridique de cette approche n'est pas évident car le constitutionnalisme d'inspiration étatique est parfois présenté comme une interprétation politique de la dynamique d'intégration européenne susceptible de concurrencer le fonctionnalisme. Voir ainsi, DANI Marco, « Constitutionalism and Dissonances. Has Europe Paid Off its Debt to Functionalism ? », Jean Monnet Working Paper n°6/07, p. 29.
[26] Pour une analyse comparable, voir WALKER Neil, « European Union and New Governance », *in* DE BURCA Grainne et SCOTT Joanne (dir.), *Law and New Governance in the European Union and the United States*, Oxford, Hart, 2006, p. 16 ou BARENTS René, *The Autonomy of Community Law*, Dordrecht, Kluwer, 2004, p. 275.

communication[1]. Du coup, la réalité du processus de constitutionnalisation ne peut être vérifiée et ses implications restent mystérieuses. La portée de la suprématie est évidente là où celle de la constitutionnalisation demeure inconnue : il est impossible de savoir s'il existe une différence sensible entre un ordre juridique constitutionnalisé et un ordre juridique qui ne le serait pas.

Le choix d'étudier un processus est lui aussi critiquable. Certes, rien n'interdit d'imaginer des catégories théoriques de processus, comme le montrent les concepts de décentralisation ou de centralisation. La notion de constitutionnalisation pose toutefois un problème différent parce qu'elle repose sur le remplacement de l'étude de l'état du droit à un moment donné par celle de son évolution. Or, l'étude d'un processus ne remplace pas celle de l'état actuel du droit : savoir si l'Union européenne a une constitution ou dans quelle situation l'on pourrait dire qu'elle en a une demeure tout à fait pertinent[2]. D'ailleurs, la raison pour laquelle il faudrait opter pour l'étude d'un processus est rarement explicitée. Certes, le flou qui résulte de ce type d'approche donne l'occasion d'aborder une série de phénomènes sans avancer de critère clair[3], mais il s'agit plutôt d'un défaut que d'une qualité. L'importance supposée des juges dans la construction du droit constitutionnel contemporain[4] est une idée trop réaliste pour emporter la conviction alors que la volonté de s'inscrire dans la tradition de la défense d'un droit spontané[5] s'apparente aux conceptions contre-révolutionnaires déjà rejetées[6]. En fait, la motivation la plus commune tient aux spécificités de l'ordre juridique de l'Union européenne qui serait marqué par son dynamisme[7] : cet ordre juridique ne pourrait être compris que comme une avancée progressive vers une union sans cesse plus étroite, ce qui impose de le décrire comme un processus[8]. Cet argument ne peut néanmoins être accepté. En

---

[1] Voir *supra*, p. 66. Notons qu'il est impossible de justifier le flou du concept théorique de constitutionnalisation en s'appuyant sur le flou supposé d'un droit européen marqué par l'utilisation de types ouverts et de catégories évolutives. En effet, le flou de la première herméneutique n'implique en aucun cas celui de la deuxième herméneutique qui n'ajouterait qu'un degré supplémentaire d'incompréhension. Autrement dit, il faut chercher à décrire précisément un discours ou une réalité sociale donnée mais si celle-ci a des contours assez flous.

[2] L'étude des processus exige des catégories théoriques de processus alors que celle de stades spécifiques exige des catégories de stades mais à chaque fois il doit s'agir de catégories précises et logiques qui ne sont pas substituables. Ce n'est pas parce que l'on n'est pas satisfait de l'état actuel du droit positif que l'on devrait étudier plutôt son évolution.

[3] La référence à la constitutionnalisation est même parfois défendue parce qu'elle renvoie plus à des prévisions qu'à des descriptions. Voir SCORKOPF Frank, « Constitutionalization or a Constitution for the European Union », *in* BODNAR Adam, KOWALSKI Michal, RAIBLE Karen et SCHORKOPF Frank (dir.), *The Emerging Constitutional Law of the European Union. German and Polish Perspectives*, Berlin, Springer, 2003, p. 11.

[4] Pour une suggestion de ce type, voir VERHOEVEN Amaryllis, *The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory*, Dordrecht, Kluwer, 2002, p. 84.

[5] MÖLLERS Christoph, « Transnational Governance Without Public Law », *in* JOERGES Christian *et alii*, *op. cit.*, p. 335. Précisons que cette argumentation a aussi une dimension politique sur laquelle nous n'entendons pas nous prononcer.

[6] Voir *supra*, p. 387 et s.

[7] Voir ainsi, DORWICK F.E., « A Model of the European Communities' Legal System », *YEL* 1983, p. 230 ou GAUDIN, *Le Parlement européen devant la Cour de justice des Communautés européennes*, Thèse, Bordeaux I, 1994, p. 497.

[8] BETHLEHEM Daniel, « International Law, European Community Law, National Law », *in* KOSKENNIEMI Martti (dir.), *International Law Aspects of the European Union*, Dordrecht, Kluwer, 1998, p. 180 ou GERKRATH Jörg, *op. cit.*, p. 203.

effet, même si nous admettions le dynamisme de l'ordre juridique en cause, rien n'empêche de mesurer à chaque moment le stade exact de son développement. Mieux, la réalité de son dynamisme ne peut être vérifiée qu'à ce prix. En outre, ce dernier paraît plus que discutable. L'approfondissement de la construction européenne est conditionné par l'attitude des acteurs, au premier rang desquels se trouvent les États membres. Malgré le volontarisme de la Cour de justice, dont rien ne garantit la pérennité, l'immobilisme des organes intégrés ou *a fortiori* des États membres peut tout à fait bloquer la poursuite de ce mouvement. Le relatif ralentissement qu'il connaît depuis le rejet du traité établissant une Constitution pour l'Europe montre bien que l'accélération qui a caractérisé les années 80 et 90 n'est ni obligatoire ni inévitable[1]. L'ordre juridique de l'Union européenne est un ordre juridique aussi statique qu'un autre, marqué au plus par un juge relativement militant. En conséquence, les défauts de l'analyse de la constitutionnalité européenne en termes de processus dépassent de loin ses avantages.

De plus, l'autonomie de ce type d'approche semble largement contestable. La multiplication des éléments qualifiés de « constitutionnel » ne s'accompagne pas d'une explication de ce qui caractérise leur constitutionnalité. Même en admettant qu'il soit utile de les regrouper sous la bannière d'un processus unique, l'aspect constitutionnel de ce dernier reste à prouver. La piste la plus sérieuse est sans doute de soutenir qu'ils concourent tous d'une manière ou d'une autre à faire émerger une constitution, sans que l'on puisse être sûr que cette évolution aille à son terme[2]. La constitutionnalité du processus est alors tributaire de la définition de la constitution comme (dernière) étape et non comme processus. La légitimité de son étude dépend donc de la connaissance de son terme et des méthodes permettant de savoir si ce terme est atteint. Autrement dit, pour déterminer si les faits évoqués par la doctrine contribuent à l'apparition d'une constitution européenne, il faut savoir dans quel cas l'on peut estimer qu'une telle constitution existe. De plus, chacune des étapes de la marche vers cette constitution a vocation à entrer dans une catégorie puisque les normes concernées doivent pouvoir être appréhendées à tout moment[3]. Dans ces conditions, choisir d'étudier la constitutionnalisation au détriment de la constitution revient en fait à sacrifier notre capacité à comprendre la structure actuelle de l'ordre juridique de l'Union européenne sans en retirer aucun bénéfice. Cette voie ne paraît paradoxalement utile que pour éviter de répondre à la

[1] La doctrine commence d'ailleurs à évoquer le traité de Lisbonne comme la base d'un processus de dé-constitutionnalisation (voir REH Christine, « The Lisbon Treaty : De-Constitutionalizing the European Union ? », *JCMS* 2009, p. 646 ou LAURENT Sylvain, « Le processus de déconstitutionnalisation opéré par le traité de Lisbonne », *RMCUE* 2008, p. 291). Voir toutefois, en sens contraire, DELLAVALLE Sergio, « Constitutionalism Beyond the Constitution. The Treaty of Lisbon in the Light of Post-National Public Law », Jean Monnet Working Paper n°03/09, p. 30.

[2] En ce sens, voir par exemple, ROSSI Lucia Serena, « Constitutionnalisation de l'Union européenne et des droits fondamentaux », *RTDE* 2002, p. 28 ou SNYDER Francis, article précité, p. 92.

[3] Pour une approche opposée, voir REH Christine, article précité, p. 628.

question qui conditionne sa valeur en tant qu'outil pour examiner le droit européen. Cette théorie ne permet pas de démontrer l'originalité de l'Union européenne, sauf à s'engager sur la définition de la constitution européenne, ce que refusent justement les partisans de la constitutionnalisation.

Si nous tentons de mener à bien cet effort en nous basant sur les éléments présentés comme manifestant la constitutionnalisation au sens 4, force est de constater que nous retrouvons les faiblesses des définitions traditionnelles. Le point central semble être le fait que le droit de l'Union européenne, ou au moins le droit communautaire, se détache du droit international public[1]. Cette idée est proche de celle des tenants de la définition extensive qui tentent d'établir la constitutionnalité des actes instituant des organisations internationales[2]. De nombreux éléments sont communs aux deux théories tels que l'attachement à l'interprétation dynamique ou l'institutionnalisation. L'attention portée aux procédures de révision, à la primauté et à l'effet direct est plus originale mais elle se retrouve dans les théories de la constitutionnalisation de l'OMC et de l'ONU[3] voire de la communauté internationale[4]. Cette proximité semble permettre de dégager un modèle de la constitutionnalisation des ordres juridiques internationaux qui s'incarne dans une transformation des relations entre normes liée à l'émergence d'ordres juridiques régionaux ou partiels autonomes et dotés d'identités propres[5]. Cependant, l'école de la constitutionnalisation de la communauté internationale s'attache au contraire à démontrer que cette mutation a pour principal effet de renforcer l'unité de l'ordre juridique international[6]. Il n'est pas inutile de noter ici que, dans tous les cas,

---

[1] Voir, parmi de nombreux exemples, WEILER J.H.H., « The Transformation of Europe », précité, p. 2407 ou JACQUÉ Jean-Paul, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4e éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 92.

[2] Voir *supra*, p. 442.

[3] PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Constitutionalism and International Organizations », *Northwestern Journal of International Law and Business* 1997, p. 432 ou JACKSON John, « Changing Fundamentals of International Law and International Economic Law », *Archiv des Völkerrechts* 2003, p. 442.

[4] Les partisans de la constitutionnalisation de la communauté internationale insistent généralement sur la disparition des caractéristiques « westphaliennes » du droit international. En ce sens, voir notamment, KOLB Robert, « La structure constitutionnelle du droit international public », *Canadian Yearbook of International Law* 2001, p. 73 ou BRYDE Brun-Otto, « International Democratic Constitutionalism », *in* ST. JOHN MACDONALD Ronald et JOHNSTON Douglas (dir.), *Towards Word Constitutionalism*, Leydes, Martinus Nijhoff, 2005, p. 106.

[5] Voir, pour un exemple, WALTER Christian, « Constitutionalizing (Inter)National Governance », *German Yearbook of International Law* 2001, p. 195 et pour une présentation critique, DUPUY Pierre-Marie, « Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'en en a ? », EUI Working Paper LAW n°2006/14, p. 8. Cette approche se base souvent sur une sur-interprétation du concept de « self-contained regime » développé par le professeur Simma (voir « Self-Contained Regimes », *Netherlands Yearbook of International Law* 1985, p. 127). La présentation d'une dynamique constitutionnelle de cet ordre renvoie bien sûr à la thématique plus générale de la fragmentation du droit international qui intéresse beaucoup la doctrine depuis quelques années. Pour un avis sceptique sur l'usage de la thématique constitutionnelle dans ce cadre, voir SIMMA Bruno, « Fragmentation in a Positive Light », *Michigan Journal of International Law* 2004, p. 845.

[6] TOMUSCHAT Christian, « International Law : Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century », *RCADI* 1999, t. 281, p. 88 ou COMTOIS-DINEL Eve-Lyne, « La fragmentation du droit international : vers un changement de paradigme », *Lex electronica* 2006, n°2, p. 8. Cette orientation permet d'opposer approches constitutionnalistes et pluralistes du droit international (DE BURCA Grainne, « The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi », Jean Monnet Working Paper n°01/09, p. 45).

l'intérêt de ces théories pour le renforcement des disciplines impliquées est évident[1]. Le fondement du premier de ces raisonnements est problématique. Il repose sur l'idée selon laquelle il existerait une alternative entre traité international et constitution ou entre droit international et droit constitutionnel : la perte de la qualité internationale impliquerait l'acquisition d'une qualité constitutionnelle[2]. C'est grâce à elle que la rupture avec le droit international peut être assimilée à une constitutionnalisation. Or, cette idée paraît assez étrange puisque le droit international s'oppose au droit interne et non au droit constitutionnel. La volonté d'établir à tout prix un rapport avec ce dernier semble être un artifice rhétorique. L'héritage du fédéralisme joue probablement un rôle[3] mais il ne fournit pas une justification satisfaisante. En outre, le détachement du droit international qui sous-tend ces théories peine à convaincre. Il suppose que les éléments caractérisant la constitutionnalisation soient inconnus du droit international. Cet argument a été employé pour défendre le critère de révision majoritaire et souffre de défauts[4] que nous retrouvons ici. Il est fondé sur la vision passéiste d'un droit international entièrement soumis à la volonté arbitraire des États et uniquement applicable aux relations entre ceux-ci. Sur cette base, l'effet direct et la primauté sont décrits comme coupés du droit international alors que leur originalité est au mieux quantitative[5]. L'interprétation dynamique ou l'usage de la théorie des compétences implicites n'est pas plus pertinente[6]. L'impossibilité d'adopter ou de réviser les traités sans passer par les organes intégrés et l'exclusion de toute évolution coutumière[7] appelle la même critique. Non seulement, elles ne peuvent établir une sortie du droit international[8] mais en plus elles n'ont *a priori* aucun rapport avec la constitutionnalité[9]. L'inscription dans de nombreuses constitutions nationales d'une référence à la construction européenne n'est pas plus importante car d'autres traités bénéficient de ce genre de clauses et qu'elle ne change pas les

---

[1] Dans le premier cas, cela permet à des disciplines internes au droit international de revendiquer leur autonomie alors que dans le second, cela permet de leur refuser cette autonomie. Pour une analyse proche, voir DUNOFF Jeffrey, « Constitutional Conceits : the Word Trade Organization Constitution and the Discipline of International Law », *EJIL* 2006, p. 649.

[2] PROVOST Anne, « Recherche sur la nature du traité établissant une Constitution pour l'Europe : le point de vue d'une internationaliste », *Tribune du droit public* 2004, p. 299 ou TEMPLE LANG John, « The Development of European Community Constitutional Law », précité, p. 456.

[3] Sur ce point, voir DIEZ-PICAZO Luis, « Treaty or Constitution », Jean Monnet Working Paper n°5/04, p. 2.

[4] Voir *supra*, p. 484 et s.

[5] En ce sens, voir, parmi de nombreux exemples, ALLAIN Jean, « The European Court of Justice Is an International Court », *Nordic Journal of International Law* 1999, p. 261 ou WYATT Derrick, « New Legal Order or Old ? », *ELR* 1982, p. 148 et *contra*, SIMON Denys, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », *in* SFDI, *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, p. 211. Pour plus de détails, voir *infra*, p. 679 et s.

[6] Voir *supra*, p. 442.

[7] Précisons que nous évoquons ces éléments parce qu'ils se retrouvent dans la doctrine, sans nous prononcer sur leur réalité car la valeur positive de ces solutions est relativement discutée.

[8] Leur originalité elle-même est discutable car le droit international prévoit que les actes instituant des organisations internationales peuvent bénéficier d'un régime spécifique. Voir GERKRATH Jörg, *op. cit.*, p. 178.

[9] Les normes constitutionnelles ne sont en effet pas les seules normes qui prévoient leur propre révision. Par ailleurs, la possibilité de révision coutumière des constitutions est une question pour le moins débattue (voir *supra*, p. 314 et s.).

relations entre ordres juridiques puisqu'elle ne produit d'effet qu'en droit interne. Mieux, les divers éléments cités impliquent de saisir l'appartenance au droit international comme le partage de certaines caractéristiques prédéterminées (effet indirect, absence de primauté, révision libre…) alors qu'elle est une qualité institutionnelle relevant de la première herméneutique. De notre point de vue, la présence de qualités atypiques au regard des standards du droit international n'a pas directement d'influence sur l'identité des normes en cause[1]. Le caractère international d'une norme n'est pas une qualité théorique mais bien dogmatique[2]. La comparaison proposée par les tenants de la constitutionnalisation n'a dès lors aucun sens. D'ailleurs, rien n'empêche qu'une norme soit à la fois internationale et non-internationale en fonction du droit que l'on prend comme référence puisqu'il s'agit d'une question dogmatique. Être une norme internationale au sens de la Constitution française n'implique pas forcément d'être une norme internationale au sens du droit international. En conséquence, si nous devions admettre que l'évolution du droit international décrite est réelle, il vaudrait mieux parler d'institutionnalisation sans utiliser le vocabulaire constitutionnel[3]. Cela éviterait de prendre une évolution du droit international pour une rupture dogmatique.

Notre exposé n'est toutefois pas complet car une forme un peu particulière de détachement du droit international est valorisée par une partie de la doctrine : le développement de fonctions constitutionnelles. Le rattachement de la protection des droits de l'homme aux théories de la constitutionnalisation[4] les différencie ainsi des définitions extensives de la constitution pour les rapprocher de ses définitions constitutionnalistes. Les faiblesses de ce genre de critères n'ont pas besoin d'être rappelées ici[5]. Ce courant montre comment la défense d'un renouveau du droit international peut être le vecteur de la promotion d'une conception politisée et typiquement occidentale de ce droit[6]. La mention de limites matérielles à la

---

[1] Nous sommes ici confrontés à une nouvelle forme de confusion entre théorie et dogmatique car une comparaison entre les propriétés de deux ordres juridiques, qui relève de la théorie, est utilisée pour formuler une conclusion sur l'identité de certaines normes, qui relève de la dogmatique. Pour des exemples, voir BARENTS René, *op. cit.*, p. 1 ou DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public*, 8e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 472.

[2] Il est en principe envisageable de décrire le caractère international ou interne d'une norme comme une sorte de qualité théorique distincte de la qualité dogmatique ordinairement utilisée mais cette possibilité ne présente pas de grand intérêt (voir *supra*, p. 486) et n'est pas développée par une doctrine qui cherche avant tout à faire évoluer le statut des normes en cause.

[3] Pour des recommandations du même ordre, voir PETERS Anne, « Compensatory-Constitutionalism », *Leiden Journal of International Law* 2006, p. 597 ou, dans une certaine mesure, WALKER Neil, « Making a World of Difference ? Habermas, Cosmopolitanism and the Constitutionalization of International Law », EUI Working Paper LAW n°2005/17, p. 10.

[4] À titre d'illustration, voir PETERSMANN Ernst-Ulrich, « European and International Constitutional Law », *in* DE BURCA Grainne et SCOTT Joanne (dir.), *The European Union and the World Trade Organization*, précité, p. 82.

[5] Voir *supra*, p. 437 et s.

[6] Pour un exemple clair, voir SLAUGHTER Anne-Marie et BURKE-WHITE William, « An International Constitutional Moment », *Harvard International Law Journal* 2002, p. 3. Cette particularité du constitutionnalisme international n'a rien de neuf (voir ST. JOHN MACDONALD Ronald, « The United Nations Charter : Constitution or Contract ? », *in* ST. JOHN MACDONALD Ronald et JOHNSTON Douglas (dir.), *The Structure and Process of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1983, p. 889) et se limiterait selon certains à l'Europe (RUBENFELD Jed, « Unilateralism and Constitutionalism », *New York University Law Review* 2004, p. 1999) voire à l'Allemagne (VON BOGDANDY Armin, « Constitutionalism in International Law : Comment on a Proposal from Germany », *Harvard International Law Journal* 2006, p. 223).

révision est encore plus révélatrice. Non seulement leur existence est contestée dans le droit de l'Union européenne[1], mais en plus elles sont inconnues de la plupart des constitutions nationales, ce qui condamne pour ainsi dire leur utilisation comme critère de la constitution. La fragilité des théories de la constitutionnalisation de l'Union européenne tient autant à leur rapport ténu avec l'usage admis du terme « constitution » qu'à leur appui sur les éléments les moins assurés du droit européen. Leur apport à l'étude de l'adaptation de la constitution est donc relativisé autant par leur idéalisme que par l'emploi de critères oscillant entre le hors sujet et un classicisme suranné.

À la rigueur, la meilleure voie pour les défendre est de leur attribuer une valeur dogmatique en se basant sur le fait que la Cour de justice a parfois paru consacrer une conception « constitutionnelle » du droit communautaire. Elles devraient alors être considérées comme visant à justifier la jurisprudence de la Cour[2]. Cela relativise leur intérêt en raison de la séparation des deux herméneutiques : le constat de la qualification employée par la Cour n'apporte rien à la recherche des critères théoriques de la constitution[3]. Il en va évidemment de même pour les choix des juges nationaux[4] ou de tout autre acteur[5]. La portée exacte de la position de la Cour de justice doit de plus être clarifiée. Il ne s'agit *a priori* pas d'une véritable qualification car l'on ne trouve trace ni de critères ni d'un régime juridique attachés à cette qualité « constitutionnelle ». Nous sommes plutôt face à une approche plus souple, rappelant celle de certains juges internationaux, qui tend à valoriser les particularités de normes identifiées sur une base qui ne doit rien à leur qualité « constitutionnelle »[6]. Pour être précis, nous pouvons relever trois types d'utilisation par la Cour du terme « constitution » et de ses dérivés à propos du droit primaire. Le cas le plus répandu se trouve dans des raisonnements visant à étendre les modalités de saisine de la Cour.

---

[1] GERKRATH Jörg, *op. cit.*, p. 183 et s.

[2] Voir par exemple, LENAERTS Koen et CORTHAUT Tim, « Judicial Review as a Contribution to the Development of European Constitutionalism », *YEL* 2003, p. 43. La position de la doctrine à ce sujet est assez ambiguë car les partisans de la constitutionnalisation soutiennent à la fois que la Cour a eu un rôle créateur déterminant et qu'elle s'est contentée de tirer les conséquences de ce que prévoyaient les traités (voir CASTIGLIONE Dario, « Constitutional Politics in the European Union », *in Constitutional Politics in the European Union*, New York, Palgrave MacMillan, 2007, p. 17).

[3] En admettant la pertinence de la constitutionnalisation qu'évoque la Cour, cela n'aurait aucune importance du point de vue théorique. Pour une idée proche, voir BAQUERO CRUZ Julio, *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community*, Oxford, Hart, 2002, p. 48. Rappelons que la construction d'une deuxième herméneutique impose de prendre au sérieux le discours des acteurs mais aussi de maintenir une certaine distance avec celui-ci. Le rejet du scepticisme réaliste n'implique en effet pas de négliger la dimension idéologique de ce discours ou de croire que le système juridique serait parfaitement assuré par la reprise des catégories dogmatiques et *a fortiori* l'adhésion aveugle à toutes les initiatives politiques basées sur l'emprunt du vocabulaire constitutionnel.

[4] Pour un exemple opposé, voir SAUTER Wolf, « The Economic Constitution of the European Union », *Columbia Journal of European Law* 1998, p. 37.

[5] Pour un avis contraire, voir WALKER Neil, article précité, p. 11.

[6] Nous sommes ici dans une hypothèse assez proche de ce que Aarnio a appelé une « théorie en dogmatique juridique », c'est-à-dire « un ensemble de concepts et d'énoncés utilisés pour systématiser les normes juridiques » (*Le rationnel comme raisonnable*, Paris, LGDJ, 1992, p. 175). Cette théorie serait toutefois développée par les acteurs et non par les observateurs, ce qui est plus conforme à la vision développée ici de la dogmatique.

Le caractère « constitutionnel » est alors vu comme justifiant le développement d'un système de recours dépassant les prévisions du traité[1]. De manière plus limitée, l'examen de réformes susceptibles de porter atteinte à l'autonomie des compétences de la Cour ou d'autres organes communautaires a été l'occasion de leur opposer la qualité constitutionnelle du droit primaire[2]. Enfin, l'interprétation extensive du droit primaire sur des questions structurelles s'est parfois appuyée sur ce même thème[3]. La constitutionnalité du droit primaire est en réalité assez peu utilisée par la Cour et fait au mieux figure d'argument servant à préserver ou à étendre son contrôle[4]. Sans nous prononcer sur la valeur de ce raisonnement[5], il fait de la constitutionnalisation un problème exclusivement lié aux compétences et aux méthodes de la Cour. Son incarnation dogmatique semble donc bien modeste en comparaison de l'ambition des théories de la constitutionnalisation. Celles-ci sont bâties autour d'éléments que la Cour ne relie que modérément à la qualité constitutionnelle du droit primaire[6]. Au final, la jurisprudence communautaire est à la fois privée de pertinence théorique et éloignée des théories de la constitutionnalisation de l'Union européenne[7]. C'est pourquoi ces dernières ne paraissent utiles ni en tant que concurrentes de la catégorie théorique de constitution ni en tant que justifications additionnelles aux raisonnements de la Cour. Leur écart est encore plus manifeste avec l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme qui a évoqué la

[1] CJCE, 23 avril 1986, Les Verts c. Parlement européen, aff. 298/83 ; 23 mars 1993, Weber c. Parlement européen et 10 juillet 2003, Commission c. BEI. Notons toutefois que dans les arrêts en cause la constitutionnalité du traité est évoquée parmi d'autres arguments sans qu'il soit possible de lui attribuer une force spécifique. Certaines conclusions d'avocats généraux vont dans le même sens. Voir ROEMER Karl, Conclusions sous CJCE, 18 février 1964, International Crediet, aff. 73-74/63, *Rec.* p. 45 et POIARES MADURO Miguel, Conclusions sous CJCE, 15 mars 2005, Espagne c. Eurojust, C-160/03. De même la procédure de révision des traités a parfois été qualifiée de « pouvoir constituant » sans que cela n'ait aucun effet sur les solutions retenues. Voir LENZ Carl Otto, Conclusions sous CJCE, 1er octobre 1997, France c. Parlement, C-345/95 ; MISCHO Jean, Conclusions sous CJCE, 8 juillet 1999, Parlement c. Conseil, C-189/97 et TPICE, 27 juin 2000, Salamander AG, T-172/98 et T-175/98 à T-177/98. Précisons que la Cour n'a pas suivi le Tribunal et les avocats généraux. L'expression « cour constitutionnelle » a elle aussi été employée dans des conclusions sans que la Cour ne la reprenne à son compte (POIARES MADURO Miguel, Conclusions sous CJCE, 3 septembre 2008, Kadi, C-402/05 et 415/05).

[2] CJCE, 26 avril 1977, avis 1/76 et 14 décembre 1991, avis 1/91.

[3] CJCE, 13 juillet 1990, Zwartfeld, C-2/88. Une idée comparable qui se réfère au fédéralisme sans mentionner explicitement la constitutionnalité figure dans les conclusions Lagrange sous CJCE, 16 juillet 1956, Fédération charbonnière de Belgique, aff. 8-55, *Rec.* p. 264.

[4] L'arrêt Kadi (3 septembre 2008, C-402/05 et C-415/05) semble toutefois un peu particulier car la constitutionnalité d'une partie du droit communautaire n'est pas directement évoquée pour préciser la compétence de la Cour mais plutôt pour insister sur la soumission des accords internationaux au droit primaire. La référence à des « principes constitutionnels » paraît quand même surabondante et dotée d'une finalité rhétorique dans une affaire où la compétence de la Cour était contestée. Les avocats généraux utilisent parfois aussi le vocabulaire constitutionnel à d'autres fins, sans être suivis par la Cour. Voir ainsi, POIARES MADURO Miguel, Conclusions sous CJCE, 6 mai 2008, Parlement c. Conseil, C-133/06 et sous CJCE, 18 décembre 2007, Suède c. Commission, C-64/05.

[5] Cette tâche ne serait réalisable qu'au prix d'un travail important sur les méthodes d'interprétation et leur validité que nous n'entendons pas entreprendre ici (voir *supra*, p. 153).

[6] La constitutionnalité du traité est évoquée sans justification dans les arrêts consacrés à l'extension des voies de recours mais est tout de même reliée à la primauté et à l'effet direct du droit communautaire dans l'avis 1/91 (précité).

[7] En sens contraire, voir LENAERTS Koen et DESOMER Marlies, « New Models of Constitution-Making in Europe : the Quest for Legitimacy », *CMLR* 2002, p. 1219 ou LINDAHL Hans et VAN ROERMUND Bert, « Law Without a State ? On Representing the Common Market », *in* BANKOWSKI Zenon et SCOTT Andrew (dir.), *The European Union and its Order. The Legal Theory of European Integration*, Oxford, Blackwell, 2000, p. 1.

constitutionnalité de la Convention européenne des droits de l'homme pour affirmer la possibilité de contrôler les réserves formulées par les États-parties[1].

Pour finir, il faut remarquer que la fréquence des études dédiées à la constitutionnalisation peut surprendre au vu de leur faible pertinence pour comprendre l'état actuel du droit de l'Union européenne. Elle trouve probablement sa source dans un mélange de théorie et de dogmatique encouragé par une proximité apparente avec la jurisprudence. Ces travaux servent surtout à justifier les évolutions passées ou futures de la construction européenne ou à influencer la vision des juges nationaux sur le droit qui en découle. Ils n'ont de ce fait pas leur place dans une théorie juridique positiviste. Ils sont un parfait exemple des théorisations *ad hoc* qui se concentrent sur un exemple unique et exagèrent ses spécificités. Ce genre d'approches se colore souvent d'essentialisme, notamment quand la cohérence de la construction est mise en avant[2] et présentée comme susceptible de modifier le statut de normes qui dépend pourtant du droit positif[3]. La théorisation cherche alors à construire dans la deuxième herméneutique ce qui relève exclusivement de la première herméneutique et prétend donner naissance à des relations qui n'ont de pertinence que si elles sont assumées par les acteurs. Le caractère séduisant de ce type de démarche quand l'on ne sépare pas théorie et dogmatique est probablement à l'origine du succès des théories de la constitutionnalisation. Celles-ci ne sont pas pour autant isolées car elles sont en fait le meilleur exemple d'une tendance plus générale : la volonté de défendre des notions propres au cadre européen (B).

B. La construction d'une notion autonome

Les tentatives visant à bâtir une définition de la constitution propre au cas européen ne se limitent pas aux théories de la constitutionnalisation. De nombreux auteurs insistent en effet sur la nécessité de s'en tenir à une notion autonome, sans pour autant adhérer à la réduction de la constitutionnalité à un processus. Parmi eux, certains se contentent de proposer de définitions propres au contexte européen (1) quand d'autres revendiquent ouvertement l'autonomie voire la théorisent (2).

---

[1] CEDH, 23 mars 1995, Loizidou c. Turquie, 15318/89. Ce contrôle a pu être interprété comme une forme de rupture avec le droit international qui a depuis été largement relativisée par l'affirmation solennelle selon laquelle « la Convention doit s'interpréter à la lumière des principes énoncés par la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités » (CEDH, 21 novembre 2001, Al-Adsani c. Royaume-Uni, 35763/97).

[2] Voir ainsi BLANCHARD David, *op. cit.*, p. 403. La cohérence revendiquée montre bien que l'on ne prétend pas rassembler arbitrairement une série de caractéristiques dotées d'une certaine pertinence théorique mais bien bâtir un système doté d'une logique propre en dehors des choix de la doctrine par les liens objectifs entre ses composants. La cohérence est même parfois présentée comme un critère de constitutionnalité (voir VERHOEVEN Amaryllis, *op. cit.*, p. 125).

[3] Voir, parmi de nombreux exemples, FERRAJOLI Luigi, article précité, p. 156 ou SIMON Denys, article précité, p. 224.

1. LA VERSION FAIBLE DE L'AUTONOMIE NOTIONNELLE

L'ampleur des travaux consacrés à la transition constitutionnelle en Europe empêche d'évoquer toutes les théories développées à ce propos. Nous n'aborderons donc que celles qui présentent un certain degré de popularité et d'originalité, ce qui correspond avant tout aux théories décrivant la constitution comme une réalité composite. Celles-ci rejettent les définitions formelles et matérielles classiques qui renvoient à des actes ou à des normes pour voir la constitution comme un agrégat d'éléments d'origine et de nature variées. Cette conception est pour ainsi dire absente des développements généraux sur la constitution[1]. En revanche, elle est si répandue dans la doctrine consacrée au droit européen qu'un panorama qui l'oublierait serait fatalement incomplet. Le contenu elliptique et le statut incertain du droit primaire du point de vue des critères traditionnels contribuent probablement à cette situation car, à cause d'eux, il paraît plus simple d'établir l'existence d'une constitution européenne en dépassant le seul droit primaire.

La principale incarnation du concept de constitution composite dans le cadre européen est la théorie du constitutionnalisme multi-niveau. Elle a été développée pour défendre la cohérence d'un modèle inédit de constitutionnalité qui repose sur l'assimilation de la constitution à l'ensemble des normes régissant l'activité des organes politiques d'une collectivité humaine. Sur cette base, l'on peut dire que les peuples européens sont soumis à une constitution complexe qui se développe en même temps aux niveaux de l'Union européenne et de ses États membres[2], voire du Conseil de l'Europe[3]. Mieux, il est impossible de rendre compte des règles qui régissent actuellement les organes politiques actifs sur le territoire européen en se limitant aux règles nationales[4]. Les niveaux de réglementation en cause ne sont pas juxtaposés mais complémentaires comme le montrent les interactions relevées précédemment[5]. Ils sont tout de même hiérarchisés[6], bien que la place de la primauté

---

[1] Notons tout de même qu'elle se rapproche de certaines conceptions dites institutionnelles (voir *supra*, p. 387).

[2] CARROZZA Paolo, « Constitutionalism's Post-Modern Opening », *in* LOUGHLIN Martin et WALKER Neil (dir.), *The Paradox of Constitutionalism*, Oxford, OUP, 2007, p. 186 ou TEMPLE LANG John, « The Widening Scope of Constitutional Law », *in Essays for the Hon. Mr. Justice T.F. O'Higgins*, Londers, Butterworths, 1992, p. 230.

[3] ARNOLD Rainer, « The European Constitution and the Transformation of National Constitutional Law », *in* PERNICE Ingolf et ZEMANEK Jiri (dir.), *A Constitution for Europe : the IGC, the Ratification Process and Beyond*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2005, p. 21.

[4] PERNICE Ingolf, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Paris, Pedone, 2004, p. 24.

[5] ARNOLD Rainer, « Peut-on définir le phénomène d'européanisation des droits constitutionnels nationaux », *in* ZILLER Jacques (dir.), *L'européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 87 et s. De ce fait, les États auraient perdu la maîtrise de leur propre constitution (PERNICE Ingolf, MAYER Franz et WERNICKE Stephan, « Renewing the Social Contract. The Challenge of Institutional Reform and Enlargement in the Light of Multilevel Constitutionalism », *King's College Law Review* 2001, p. 73).

[6] La primauté est ainsi reconnue, sans que sa description comme une « règle de préférence » par opposition à tout ordre hiérarchique (voir PERNICE Ingolf, *op. cit.*, p. 57) ne soit déterminante.

demeure ambiguë[1]. La complémentarité est normative mais aussi institutionnelle car les organes nationaux et européens doivent collaborer[2]. Les tenants de cette théorie insistent sur la constitutionnalité des normes européennes qui est *a priori* la plus contestable. Ils soulignent leurs qualités « constitutionnelles » telles que leurs relations directes avec les individus[3] ou leur adoption avec l'approbation des citoyens[4]. Certes, les traités européens ont une forme typiquement internationale mais leur imputation au peuple serait admissible au regard de l'intervention de référendums et des parlements des États pour leur ratification[5]. Ce caractère démocratique favoriserait la résolution des conflits de normes[6] et en feraient un véritable contrat social[7]. La constitutionnalité des traités européens ne viendrait donc pas uniquement de leur ressemblance matérielle ou formelle avec les constitutions nationales mais également des relations systématiques qui conduisent à combiner règles européennes et nationales pour rendre compte intégralement de la constitution de chaque État membre de l'Union européenne[8]. En outre, le système politique des États et de l'Union serait désormais commun[9], tout comme leur système judiciaire[10], ce qui implique la reconnaissance d'une loyauté européenne unique[11]. Ces divers éléments participent à l'édification d'une théorie générale dont la cohérence est revendiquée[12]. Celle-ci paraît transposable à toutes les organisations internationales mais elle a été imaginée pour l'Union européenne en prenant en considération son degré spécifique d'intégration et de dynamisme[13]. Elle est parfois appliquée à d'autres structures censées posséder des propriétés comparables[14], notamment l'OMC. Son droit ferait figure de constitution complémentaire ajoutant un troisième niveau à la constitution des États

---

[1] PERNICE Ingolf, « Elements of Structures of the European Constitution », *in* MICCU Roberto et PERNICE Ingolf (dir.), *The European Constitution in the Making*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2004, p. 32.
[2] LADENBURGER Clemens, « Towards a Post-National Constitution – Federal, Confederal or Genuinely Sui Generis ? », *Revue européenne de droit public* 2004, p. 104.
[3] PERNICE Ingolf, « The Draft Constitution of the European Union », *in* PERNICE Ingolf et POIARES MADURO Miguel (dir.), *A Constitution for the European Union*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2004, p. 15.
[4] PERNICE Ingolf, « Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and Multilevel Constitutionalism », *Forum Constitutionis Europae* 1/98.
[5] PERNICE Ingolf, « European v. National Constitutions », *European Constitutional Law Review* 2005, p. 99.
[6] THYM Daniel, « European Constitutional Theory and the Post-Nice Process », *in* ANDRENAS Mas et USHER John (dir.), *The Treaty of Nice and Beyond*, Oxford, Hart, 2003, p. 160. Notons que cet article évoque une solution non-hiérarchique.
[7] PERNICE Ingolf, « Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam », *CMLR* 1999, p. 709.
[8] DE WITTE Bruno, « European Treaty Revision : a Case of Multilevel Constitutionalism », *in* PERNICE Ingolf et ZEMANEK Jiri (dir.), *A Constitution for Europe*, précité, p. 61.
[9] PERNICE Ingolf, MAYER Franz et WERNICKE Stephan, article précité, p. 65.
[10] L'ensemble formé par les cours constitutionnelles nationales et la Cour de justice des Communautés ferait ainsi figure de cour constitutionnelle européenne (MAYER Franz, « The European Constitution and the Courts », *in* VON BOGDANDY Armin et BAST Jürgen (dir.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart, 2006, p. 323).
[11] PERNICE Ingolf, MAYER Franz et WERNICKE Stephan, article précité, p. 67.
[12] PERNICE Ingolf, « Multilevel Constitutionalism in the European Union », *ELR* 2002, p. 515.
[13] MAYER Franz, article précité, p. 319.
[14] Cette posture n'est pas partagée par tous les auteurs concernés. Voir PERNICE Ingolf, « The Draft… », précité, p. 15.

européens[1]. La logique multi-niveau est même utilisée par certains auteurs pour le droit international général dans son ensemble[2].

Cette théorie est très riche mais, comme la plupart des théorisations *ad hoc*, elle repose avant tout sur une confusion entre les niveaux de l'herméneutique. Une théorie peut relever de la première herméneutique[3] ou de la seconde herméneutique, mais il faut toujours rester conscient de cette séparation[4]. Ici, la coupure avec le discours des acteurs est manifeste[5] et le rôle des préférences politiques des auteurs parfaitement assumé[6]. D'ailleurs, les références à la constitutionnalité sont rares dans la pratique des organes européens et très éloignées de toute conception générale du type de celle que nous venons de présenter. Cette carence est déterminante car il ne s'agit en aucun cas d'une impossibilité logique. Rien n'empêche d'envisager une catégorie dogmatique complexe comprenant à la fois des normes nationales et européennes ou une coordination entre catégories différentes. Cependant, le droit positif n'a pas repris de telles solutions[7]. Le lien entre les composants de la constitution multi-niveau relève donc exclusivement de la deuxième herméneutique. Du coup, il ne peut produire aucun effet juridique[8] et la théorie étudiée risque d'altérer la représentation que l'on se fait du droit positif. La recherche de cohérence et de complémentarité qui marque le constitutionnalisme multi-niveau masque en effet la concurrence entre normes nationales et européennes. Étant donné qu'elles s'adressent en partie aux mêmes organes et qu'elles relèvent de catégories dogmatiques distinctes, celles-ci sont appelées à entrer en conflit. L'absence actuelle de conflit insoluble est intéressante mais elle ne doit pas laisser croire que ce type de conflit est exclu ou *a fortiori* qu'il existerait une solution juridique pour son dépassement[9]. Le droit de l'Union européenne et les droits constitutionnels nationaux se réfèrent l'un à l'autre de façon discrétionnaire sans que l'on puisse y voir une relation systématique valide[10]. Le renvoi de la

---

[1] PETERSMANN Ernst-Ulrich, « International Integration Law and Multilevel Constitutionalism », *in Liber Amicorum in Honour of Roland Bieber*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2007, p. 435.

[2] Pour une idée proche, voir PETERS Anne, « Global Constitutionalism Revisited », University of Baltimore School of Law – Centennal Discussion on the Theoretical Foundations of International Law, 2006.

[3] Pour une illustration l'on peut se référer à la théorie de l'interprétation constitutionnelle des actes instituant des organisations internationales (voir *supra*, p. 440 et s.).

[4] Voir *contra* PETERS Anne, « Compensatory-constitutionalism », précité, p. 606.

[5] Les textes des traités et des constitutions ne sont ainsi cités que très rarement, et uniquement quand ils paraissent confirmer l'hypothèse avancée. Pour un exemple, voir PERNICE Ingolf, « European v. National… », précité, p. 102.

[6] Le constitutionnalisme multi-niveau serait ainsi fondé sur une critique des États-nation qui ont échoué à garantir la paix et les droits de l'homme car ce constat pousse « à développer de nouvelles structures capables d'accomplir les fonctions essentielles d'un pouvoir public légitime ». PERNICE Ingolf, *op. cit.*, p. 26.

[7] Pour une analyse dans le même sens sur le décalage entre cette théorie et le droit positif, voir AZOULAY Loïc, « La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation », *RFDA* 2003, p. 866.

[8] En sens contraire, voir PERNICE Ingolf, « Multilevel Constitutionalism in the European Union », précité, p. 520.

[9] Voir en ce sens, LUCIANO Massimo, « Italie », *in* ILIOPOULOS-STRANGAS Julia (dir.), *Cours suprêmes et cours européennes : concurrence ou collaboration ?*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 228 et, pour un avis opposé, CARROZZA Paolo, article précité, p. 186 ou MAYER Franz, article précité, p. 329.

[10] Les révisions des constitutions nationales consécutives aux modifications du droit primaire ne sont qu'une régularité de comportement sans pertinence dogmatique ou théorique particulière (*contra* GAUDIN Hélène, « Révision des traités

procédure de révision des traités européens aux constitutions nationales est la reprise d'un mécanisme international classique et non l'embryon d'une telle relation[1]. Le postulat moniste qui accompagne le constitutionnalisme multi-niveau[2] n'est pas plus convaincant car il s'agit au plus d'un présupposé. L'autonomie relative des normes nationales et européennes rend leur présentation groupée plus dangereuse qu'utile. L'usage commun du terme « constitution » pour les niveaux nationaux et européen est lui-même très ambigu. Il peut renvoyer à des sens dogmatiques divergents ou à des sens théoriques à déterminer. Cela a bien sûr des conséquences considérables sur la théorie présentée mais les auteurs impliqués ne cherchent pas à dissiper cette incertitude[3]. Cette théorie ne vise pas vraiment à définir la constitution et n'a pas beaucoup d'intérêt pour comprendre le droit positif[4]. Elle est pour l'essentiel coupée du débat sur l'adoption d'une constitution européenne en tant qu'elle sert à « repeindre » la situation actuelle et non à réfléchir aux conditions de l'émergence d'une constitutionnalité européenne. Elle ne contribue pas non plus à résoudre les problèmes posés par la transition constitutionnelle : les questions du lien avec l'État ou des conflits de normes sont laissées de côtés plus qu'elles ne sont réglées. Poser la question de la suprématie permet au contraire de les aborder de front sans tomber dans des illusions conceptualistes[5].

Les conceptions composites de la constitution ne sont toutefois pas réductibles au seul constitutionnalisme multi-niveau. Il existe quelques variantes centrées sur une diversification horizontale et non verticale. La constitution européenne est alors formée exclusivement de normes européennes mais intègre des éléments tels que les principes généraux du droit communautaire ou les accords inter-institutionnels[6]. Les limites historiques du droit primaire pour ce qui concerne la protection des droits de l'homme sont ainsi comblées[7]. Là-encore, le

---

communautaires, révision des constitutions nationales », *in Mélanges Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, 2004, p. 541 et s.) et qui varie d'ailleurs selon les spécificités propres au droit de chaque État membre. Sur ce dernier point, voir RIDEAU Joël, « L'intégration de la construction européenne dans les constitutions nationales », *in* GAUDIN Hélène (dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect réciproque mutuel ?*, précité, p. 296.

[1] En sens contraire, voir DE WITTE Bruno, article précité, p. 60.

[2] PERNICE Ingolf, « Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam », article précité, p. 712.

[3] Pour un exemple de mélanges de différents sens du terme « constitution », voir ARNOLD Rainer, « European Constitutional Law », *Tulane European and Civil Law Forum* 1999, p. 51.

[4] Elle vise probablement avant tout à justifier les réticences de la Cour constitutionnelle fédérale allemande face à la primauté du droit communautaire. Les références à sa jurisprudence sont fréquentes (PERNICE Ingolf, *op. cit.*, p. 61). Il est même avancé qu'elle devrait remplacer les autres cours nationales pour devenir la gardienne des « intérêts du niveau des États membres en général » (MAYER Franz, article précité, p. 325). Le constitutionnalisme multi-niveau serait donc à la Cour allemande ce que la théorie de la constitutionnalisation est à la CJCE. Pour une analyse comparable du rapport entre ces théories et les juges nationaux et européens, voir SHAW Jo, « Process and Constitutional Discourse in the European Union », *Journal of Law and Society* 2000, p. 9.

[5] Pour une idée proche, voir BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Pourquoi une constitution européenne ? », *RAE* 2001-2002/6, p. 677.

[6] SCHWARZE Jürgen, « Constitutional Developments in the European Community », *Law and State* 1987, p. 111 ou GERKRATH Jörg, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, précité, 1997, p. 319

[7] L'absence de catalogue de droits dans le droit primaire explique aussi l'intégration de la CEDH dans cette fameuse constitution composite restreinte au niveau européen (*ibid.*, p. 130). Cette position illustre idéalement les problèmes posés par ce genre de regroupements au regard de la séparation entre théorie et dogmatique. En effet, les rapports entre droit primaire et

regroupement de normes dotées de statuts très divers pour bâtir une constitution purement artificielle paraît risqué et sans grande fertilité. La notion de constitution composite fait finalement figure de variante des définitions matérielles de la constitution, sans que le modèle anglais ne puisse être une référence bien convaincante[1]. Elle ne peut servir à classer la plupart des cas typiques de constitution mais est aussi inutile si l'on tente de préciser la nature d'un acte comme le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Une théorie floue et incomplète de cet ordre est difficile à exploiter. En plus la volonté de construire une notion propre au cadre européen est en tant que telle contestable (2).

2. LA VERSION FORTE DE L'AUTONOMIE NOTIONNELLE

Au-delà des défauts propres à chaque adaptation de la catégorie théorique de constitution, celles-ci partagent une faiblesse commune qui est explicitée par ce que nous qualifions de « version forte de l'autonomie notionnelle » : la proposition d'une définition de la constitution conçue spécialement et exclusivement pour l'Union européenne. Cette idée est très répandue dans la doctrine[2] et elle se base au choix sur le caractère *sui generis*[3], supranational[4] ou intégratif[5] de la construction européenne[6]. Elle trouve sa source dans la volonté d'assurer l'autonomie du droit européen en tant que corps de règles[7] et comme discipline. Son originalité radicale interdirait de l'assimiler au droit international ou au droit national[8], ce qui aurait des conséquences sur le plan conceptuel. Le vocabulaire du droit communautaire et du

---

CEDH sont potentiellement conflictuels et la prétention d'en faire les composants d'un système unique contribue donc au mieux à une représentation trompeuse du droit positif et au pire à une tentative d'influer sur le contenu de celui-ci.

[1] Voir *supra*, p. 397 et 517. En outre, la pertinence de la comparaison n'a rien d'évident car le système juridique anglais est caractérisé par une forte horizontalité qui permet que l'on traite comme constitutionnelles des normes d'origine très variables alors que la verticalité de l'ordre juridique communautaire condamne toute tentative de ce genre.

[2] Voir, parmi de nombreux exemples, QUERMONNE Jean-Louis, « L'émergence d'un droit constitutionnel européen », *RIDC* 2006, p. 91 ; WILHELMSSON Thomas « Jack-in-the-box Theory of European Community Law », *in* ERIKSSON Lars et HURRI Samuli (dir.), *Dialectic of Law and Reality*, Helsinki, Publications of the Faculty of Law, 1999, p. 439 ou ROSSETTO Jean, « Quelle réalité juridique pour la Constitution européenne ? », *Tribune du droit public* 2004, p. 335.

[3] Sur cette notion, voir GAUTRON Jean-Claude, « L'ordre juridique communautaire et la constitution française », *in* SEURIN Jean-Louis (dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984, p. 163.

[4] VON LINDEINER-WILDAU Klaus, *La supranationalité en tant que principe de droit*, Leyde, A.W. Sijthoff, 1970, p. 109 ou WEILER J.H.H., « The Community System : the Dual Character of Supranationalism », *YEL* 1981, p. 267 et s.

[5] FAVRET Jean-Marc, *Droit et pratique de l'Union européenne*, 6e éd., Paris, Gualino, 2009, p. 32.

[6] Notons néanmoins que certains internationalistes développent des conceptions comparables insistant sur la séparation entre les notions nationales et internationales de constitution. Voir ainsi, TRACHTMAN Joel, article précité, p. 625 ou WALTER Christian, « International Law in a Process of Constitutionalization », *in* NIJMAN Janne et NOLKAEMPER André (dir.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, OUP, 2007, p. 193.

[7] Certains évoquent même l'autonomie notionnelle comme une partie intégrante de l'autonomie du droit communautaire. Voir ISAAC Guy et BLANQUET Marc, *Droit général de l'Union européenne*, 9e éd., Paris, Sirey, 2006, p. 262.

[8] DAUPS Thierry, *L'Union européenne. Un État sans souveraineté nationale*, précité, p. 12 ou MONJAL Pierre-Yves, « Le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe : quels fondements théoriques pour le droit constitutionnel de l'Union européenne », *RTDE* 2004, p. 475.

droit de l'Union européenne serait en effet lui aussi original[1] : le sens des termes employés dans les discours de ces droits ne dépendrait pas des définitions du droit interne.

Ce principe est clairement réaffirmé à propos de la constitution européenne. Il faudrait opposer le modèle étatique de constitution à un modèle européen ou post-étatique qui ne serait pas moins légitime. L'existence d'une notion nationale n'interdirait pas celle d'une notion européenne autonome, inscrite dans un référentiel différent. Ce point est fondamental car il permet de délaisser sans justification supplémentaire les définitions traditionnelles pour chercher une catégorie nouvelle parfaitement adaptée au contexte européen. Il confère une base idéale aux théories de la constitutionnalisation et du constitutionnalisme multi-niveau. Les choses ne sont néanmoins pas aussi simples. Derrière l'unité apparente du concept d'autonomie notionnelle se cache une tension entre dogmatique et théorie. L'autonomie notionnelle a tout à fait sa place sur le plan dogmatique. Nous avons pu souligner à de nombreuses reprises l'importance du respect de la différence entre discours du droit[2]. L'usage d'un terme unique dans plusieurs discours du droit n'a aucune conséquence : le terme « constitution » au sens du droit français et au sens du droit belge n'entretiennent ni rapports logiques ni rapports juridiques. Il en est de même pour un éventuel usage de ce terme dans le discours du droit de l'Union européenne. Cela vaut bien entendu pour tous les termes du discours du droit : seule la croyance essentialiste en l'existence d'un sens unique pour chaque mot peut laisser croire le contraire. L'autonomie notionnelle est également tout à fait envisageable à l'intérieur d'un discours du droit car un terme donné peut être utilisé dans divers sens. Nous pouvons donc admettre l'autonomie d'une notion dogmatique européenne de constitution même si l'on remettait en cause l'autonomie du discours du droit de l'Union européenne[3]. L'autonomie notionnelle dogmatique n'a toutefois aucun intérêt pour définir la catégorie théorique de constitution.

Or, l'autonomie notionnelle théorique est plus difficile à concevoir. Elle ne peut se fonder sur la séparation des discours du droit car la théorie relève d'un discours sur le droit qui sert à décrire différents systèmes juridiques. La séparation des discours des droits nationaux et européen n'impose pas celle des discours théoriques nationaux et européens. Les concepts dogmatiques sont autonomes puisqu'ils sont le fruit de définitions lexicales tirées des

---

[1] BOUTARD LABARDE Marie-Chantal, « Propos communautaires autour de deux mots : vocabulaire juridique et définition », *in Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, PUF, 1994, p. 26

[2] Pour une idée proche sur la séparation du droit interne et du droit international, voir REUTER Paul « Quelques réflexions sur le vocabulaire du droit international », *in Mélanges offerts à Monsieur le Doyen Trotabas*, Paris, LGDJ, 1970, p. 429.

[3] Cela implique notamment que les termes employés dans les actes communautaires (ou européens) originaires et dérivés pourraient préserver l'autonomie de leur signification même si l'on pouvait établir que ce que l'on qualifie de discours du droit de l'Union européenne n'est qu'une partie du discours du droit international public.

pratiques des acteurs alors que les concepts théoriques peuvent être communs dans la mesure où ils sont arbitrairement arrêtés par la doctrine[1]. L'opposition entre constitution aux sens de la théorie nationale et de la théorie européenne doit être motivée car elle n'a rien d'évidente. La doctrine fournit assez peu d'explications sur ce point mais quelques éléments sont tout de même disponibles. Ils tournent autour de la spécificité de l'Union européenne : elle serait une construction unique en son genre dont le caractère post-moderne exclurait toute analyse dans des schémas de pensée modernes sauf à la dénaturer. Le thème du changement de paradigme est largement mobilisé : il existerait un paradigme européen ou post-westphalien qui devrait être utilisé pour comprendre et décrire le droit européen[2]. Celui-ci repose sur un passage d'un monde moderne organisé exclusivement par la souveraineté des États à un monde post-moderne structuré par les relations entre une pluralité de sociétés politiques, dotées chacune de leur propre constitution. Cette vision paraît exagérée et, surtout, ne peut pas justifier un changement de matrice. Les arguments opposés à la théorie du réseau sont parfaitement applicables ici : l'émergence de ce nouveau monde est une question empirique qui n'appelle pas à révoquer nos présupposés car c'est l'objet du référentiel et non le référentiel qui change. Dans ces conditions, abandonner la notion classique de constitution, ou toute autre catégorie théorique éprouvée, revient à « casser le thermomètre »[3]. Si l'évolution décrite est réelle, alors c'est l'utilisation des outils traditionnels qui permettra de l'évaluer et le cas échéant de démontrer leur inadaptation[4]. Ainsi, si l'on affirme l'absence de destin fédéral pour l'Union européenne, il convient de vérifier la réalité de cette assertion et non de la présupposer. Si l'on se rend compte que l'Union ne peut être considérée comme un État fédéral, il n'est nul besoin de redéfinir l'État fédéral ou le fédéralisme : il suffit de chercher un concept approprié dans les typologies existantes, le cas échéant en les complétant. De même, redéfinir la constitution en acceptant que des normes non-suprêmes soient vues comme constitutionnelles n'a qu'un

---

[1] De même, les évolutions quant aux termes employés dans un discours du droit ou au sens de ces termes n'a aucune influence sur les définitions théoriques. Le fait qu'un acte qualifié de « constitution européenne » soit adopté n'a ainsi aucune conséquence sur le débat qui nous occupe ici. En sens contraire, voir JACQUÉ Jean-Paul, « Le projet de traité établissant une constitution pour l'Europe », *in* DEMARET Paul, INGE Govaere et HANF Dominik (dir.), *30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe. Liber professorum 1973-74 – 2003-04*, Bruxelles. P.I.E.-Peter Lang, 2005, p. 43.

[2] BENGOETXEA Joxerramon, « Institutions, Legal Theory and European Community Law », *ARSP* 1991, p. 201 ; DE BURCA Grainne, « The Development of European Constitutionalism and the Role of the European Union Charter of Fundamental Rights », *Columbia Journal of European Law* 2003, p. 362 ou MACCORMICK Neil, « Risking Constitutional Collision in Europe ? », *OJLS* 1998, p. 517.

[3] Pour une analyse comparable des références à la post-modernité, voir DE BÉCHILLON Denys, « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », *in* SERVERIN Evelyne et BERTHOUD Arnaud (dir.), *La production des normes entre État et société civile*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 71. Les finalités politiques de cette attitude sont souvent transparentes. Voir ainsi, WALKER Neil, « Reconstituting the European Integration in Theory and Practice : a Comment on Antje Weiner », Jean Monnet Working Paper n°9/03.7, p. 12.

[4] La recherche d'une notion originale de constitution est parfois motivée par la volonté de construire un modèle politique original pour l'Europe (O'NEILL Michael, *The Struggle for the European Constitution*, Oxford, OUP, 2009, p. 61). Sans nous prononcer sur l'intérêt de cette approche, elle est dépourvue de toute valeur heuristique et ne peut donc nous intéresser.

intérêt rhétorique[1]. Les concepts traditionnels sont tout à fait utilisables et n'ont pas lieu d'être rejetés. Le changement de paradigme est en fait évoqué pour faire passer le droit positif pour plus post-moderne qu'il ne l'est. En outre, son caractère localisé est extrêmement gênant. Le discours théorique permet de comparer les systèmes juridiques parce qu'il repose sur un langage dépassant les divers discours du droit. Son fractionnement interdit simplement toute comparaison et par là-même toute appréciation de l'état réel de la construction européenne[2]. Il ne s'agit pas d'une hypothèse d'école : la théorie de la constitutionnalisation exclut par exemple toute évaluation objective et toute comparaison. Créer et employer une notion autonome de constitution revient à changer cette notion pour s'assurer qu'elle pourra être appliquée à l'Union européenne[3]. Autrement dit, cela prive d'intérêt l'interrogation sur la constitutionnalité des normes étudiées. Plus précisément, l'on est alors en mesure de conserver la connotation du terme « constitution »[4], voire les effets supposés de la qualité constitutionnelle[5], tout en changeant les critères de constitutionnalité. L'on joue avec les mots : si les normes en cause ne sont pas des constitutions au sens donné à ce mot au niveau national, nous ne voyons pas dans quel sens elles sont constitutionnelles[6]. Imaginer une notion supplémentaire de constitution est inutile et inadmissible. C'est d'ailleurs une démarche tout à fait atypique dans la théorie juridique. Il est tentant de trouver des explications académiques ou politiques : « casser le thermomètre » ne sert à rien, sauf si la température qu'il affiche ne plaît pas… La valorisation de l'originalité de l'Union européenne peut être un moyen d'éviter les critiques ou d'écarter les réformes susceptibles de la rapprocher des structures classiques des États ou des organisations internationales. Elle peut aussi viser à établir une autonomie disciplinaire. De manière plus neutre, l'originalité indéniable de la construction européenne combinée avec des pratiques théoriques anciennes peut conduire à chercher son essence dans la construction d'une théorie spécifique à même de « révéler » sa cohérence[7]. La multiplication des critères en dehors de toute typologie complète qui caractérise les

---

[1] Une redéfinition aboutissant à se couper des usages historiques et actuels d'un terme tout en sortant de toute typologie générale cohérente ne peut en effet prétendre avoir un intérêt scientifique.

[2] Voir, pour une idée proche développée à propos de la classification des Communautés européennes, RIGAUX François, « La nature juridique des Communautés », *in* GANSHOF VAN DER MEERSCH Walter (dir.), *Les noveles*, précité, p. 32.

[3] Pour une démarche de ce type, voir CHALTIEL Florence, *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'État membre*, Paris, LGDJ, 2000, p. 327.

[4] En ce sens, voir JOUANJAN Olivier, « Ce que donner une constitution à l'Europe veut dire », *Cités* n°13, p. 35 ou SAURON Jean-Luc, « Une constitution européenne en quête d'auteurs », *D.* 2003, p. 2899.

[5] ROUSSEAU Dominique, « Ce que fait l'Europe à la constitution et…réciproquement ! », *Annuaire de droit européen* vol. 1, p. 35.

[6] Pour des exemples de positions opposées, voir REICH Norbert, « A European Constitution for Citizens », *ELJ* 1997, p. 131 ou TUNKIN Grigory, « The Legal Bases of International Organization Action », *in* DUPUY René-Jean (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988, p. 264.

[7] TORCOL Sylvie, « L'internationalisation des constitutions nationales », *Politeia* n°8, p. 343 ou BLANQUER Jean-Michel, « Le projet de Constitution européenne », *RDP* 2003, p. 1279.

conceptions autonomes précitées prend tout son sens dans une perspective essentialiste. En effet, c'est seulement dans ce cadre qu'il est possible de définir une entité individuelle : la constitution européenne. La définition se confond ici avec la recherche d'une « nature » qui est concevable pour un individu isolé comme pour une catégorie[1].

La redéfinition basée sur la suprématie offre un schéma totalement différent. Elle n'exige aucun présupposé quant à la structure du système juridique et vise à l'inverse à pouvoir évaluer objectivement cette structure. De plus, elle ne nécessite pas de recourir à l'essentialisme et vise à garder le contact avec le prototype de constitution. Elle peut se placer dans une théorie générale des sources du droit et permet donc les comparaisons et l'évaluation de l'état actuel et futur de l'européanisation ou l'internationalisation du droit. Au passage, nous pouvons noter que les conceptualisations autonomes elles-mêmes laissent souvent une place au problème du placement hiérarchique des normes en cause. Nous conservons cette idée mais dans une perspective générale sans proposer de théorie structurellement limitée à un cas précis. C'est à ce prix que les exigences de la redéfinition sont remplies. Pour conclure, la définition de la constitution comme norme suprême est adaptée aux nécessités de l'étude de l'adaptation de la catégorie et évite les défauts des autres tentatives de redéfinition dans le contexte des mutations actuelles du droit. Néanmoins, établir qu'une telle redéfinition est fertile ne remplace pas l'élaboration d'une notion théorique précise de suprématie (Section 2).

SECTION 2 : LA DEFINITION DU CRITERE THEORIQUE DE SUPREMATIE

Définir la constitution par sa suprématie n'est utile que si l'on est en mesure d'identifier les normes suprêmes, ce qui exige une définition opératoire du terme « suprématie ». Son sens approximatif est, nous l'avons vu, facile à déterminer, mais il ne peut suffire à assurer une sélection logique et cohérente des normes constitutionnelles. Il faut préciser le sens théorique de ce mot[2] à travers une redéfinition qui tiendra compte de son usage actuel dans le discours théorique. Nous commencerons donc par étudier les critères classiques (I) avant de pouvoir proposer une reformulation en adéquation avec nos objectifs (II).

[1] Voir *supra*, p. 34 et, pour des exemples, BESSON Samantha, « The Concept of Constitution in Europe : Interpretation in Lieu of Translation », *NoFo* 3, p. 52 ou MONJAL Pierre-Yves, « Au fondement du droit de l'Union européenne », *RDP* 2007, p. 1305.

[2] Notons que nous nous limiterons à ce sens théorique sans nous prononcer sur son éventuel sens dogmatique ou sur les conditions dogmatiques de la réalisation des caractéristiques théoriques qui le définiraient. Ce choix est le seul à permettre de construire une catégorie théorique de constitution car celle-ci ne peut renvoyer qu'à des concepts théoriques, sauf à perdre toute aptitude à servir de base à des comparaisons entre systèmes juridiques distincts.

I. L'INSUFFISANCE DES CRITERES CLASSIQUES

L'analyse des critères de la suprématie habituellement reçus n'est pas aisée en raison de leur diversité mais aussi de la nécessité de les reconstruire pour pouvoir les évaluer. En effet, la négligence de la différence entre théorie et dogmatique empêche de séparer les définitions théoriques de la suprématie de la recherche des critères dogmatiques susceptibles de résoudre les conflits de normes[1]. L'élucidation de la rigidité a déjà permis d'illustrer cette idée : elle est alternativement considérée comme équivalant à la suprématie (critère théorique) et comme ayant pour conséquence juridique l'annulabilité de la norme souple contraire (condition dogmatique de résolution des conflits de normes). Nous centrerons bien sûr notre travail sur le premier élément en évoquant le second uniquement pour clarifier les positions des auteurs impliqués dans le débat sur la suprématie. Précisons que la réflexion sur la suprématie ne se dissocie pas vraiment de celle sur la supériorité car la suprématie n'est *a priori* que le degré le plus élevé la supériorité. Elle est dominée par le rapport entre validation et hiérarchie (A) qui connaît tout de même des concurrents (B).

A. Le critère de validation

La définition traditionnelle de la supériorité hiérarchique est proposée par Kelsen : si la norme N1 régit la création de la norme N2 alors N1 peut être décrite comme la norme supérieure et N2 comme la norme inférieure[2]. La supériorité est donc une qualité attribuée à la norme validante[3] vis-à-vis de la norme validée. Ce schéma est transposable à la définition de la constitution en tant que norme suprême : elle serait la norme qui valide toutes autres les normes juridiques sans être elle-même validée par une norme juridique positive. Adhérer à ce critère serait un retour à la définition matérielle de la constitution imaginée par Kelsen[4]. Celle-ci n'a néanmoins rien de simple car le sens et la portée exacts de la référence à la validation sont ambigus. La lecture des écrits de Kelsen montre une polysémie de l'énoncé « la norme validante est la norme supérieure ». Elle tire son origine du double sens de « validation » qui peut se rapporter aux conditions d'existence (1) ou de régularité des normes (2).

---

[1] Pour des exemples de cette seconde attitude isolée de la définition théorique de la supériorité, voir, PUIG Pascal, « Hiérarchie des normes, du système au principe », *RTDC* 2001, p. 783 ou AMSELEK Paul, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *in Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 995.
[2] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1999, p. 209 et 336.
[3] Notons que nous emploierons l'expression « norme validante de N1 » comme synonyme de « normes régissant la création de N1 » par souci de concision sans que cela ne change notre propos : les ambiguïtés que nous allons relever valent aussi bien pour la première que pour la seconde expression. Kelsen n'hésite d'ailleurs pas à décrire la norme supérieure comme étant celle qui « constitue le fondement de la validité d'une autre norme » (*ibid.*, p. 193).
[4] Voir *supra*, p. 425.

1. LA VALIDATION RESTREINTE A LA FIXATION DES CONDITIONS D'EXISTENCE

Pour clarifier la notion de validation[1], il faut préalablement préciser ce que recouvre la réglementation des conditions de création d'une norme. Nous avons pu voir que les conditions fixées par le droit pour l'édiction de normes se partageaient entre les conditions de réussite des actes normatifs (conditions d'existence) et des conditions supplémentaires dont dépend la conformité desdits actes au droit sans que leur existence ne soit en cause (conditions de régularité)[2]. Le terme désignant une catégorie dogmatique de normes, ou d'actes normatifs, est employé quand la première série de conditions est remplie, c'est-à-dire quand un fait brut donné répond aux critères fixés par une règle constitutive. Ces critères sont désignés comme des conditions d'existence parce que le fait institutionnel (la norme juridique) n'existera que dans la mesure où ils sont satisfaits. La définition dogmatique d'une catégorie de normes se réduit à l'énumération de leurs conditions d'existence. La formulation complète de la définition d'une catégorie de normes peut être exprimée par le schéma suivant : « est une norme 1 la signification de l'acte de langage 1 répondant aux conditions a, b et c qui n'a été ni abrogé ni annulé par un organe compétent »[3]. Si l'on limite les conditions de création d'une norme à ces conditions a, b et c alors la norme validante est la norme qui fixe ces conditions d'existence. Étant donné que validité et existence sont souvent assimilées, la réduction de la validation à la fixation des conditions d'existence est une interprétation logique du concept de norme validante. La norme qui fonde l'appartenance au système juridique et le caractère obligatoire, au sens institutionnel, d'une autre norme sera vue comme sa norme validante[4].

Une fois précisé ce sens du terme « validation », il convient de voir quel rapport peut être établi entre la validation ainsi entendue et la supériorité. À cette fin, il faut déterminer la fonction du verbe « être » dans la phrase « la norme validante est la norme supérieure ». Dans ce contexte, il peut servir à introduire une définition ou exposer une qualité non-définitoire, ce qui rappelle l'opposition entre qualité essentielle et accidentelle dans la terminologie

[1] Nous écartons ici les difficultés qui pourraient résulter de la polysémie du terme « validité », qui désigne aussi bien l'existence d'une norme (appartenance au système juridique) que son caractère obligatoire ou sa conformité aux normes supérieures, car nous utilisons validation dans le sens faible de « fixation des conditions de création » et parce qu'il est inutile d'approfondir les éléments tenant à l'obligation entendue dans un sens absolu dans une perspective positiviste.

[2] Voir *supra*, p. 102 et 146. Rappelons que la différence entre existence et régularité ne se confond pas avec la différence entre critères formels et matériels. De toute façon, la notion de réglementation de la création d'une norme chez Kelsen concerne aussi bien les exigences formelles que matérielles (*ibid.*, p. 236).

[3] Cette définition est simplifiée car l'action de l'organe compétent s'analyse également comme un acte normatif particulier doté de conditions d'existence spécifiques mais cette circonstance n'a pas d'importance dans notre raisonnement.

[4] Notons que cette approche paraît correspondre aux théories de Kelsen sur le rapport entre signification objective et validité (voir *supra*, p. 130 et s.).

essentialiste[1]. Dans le premier cas, la validation serait simplement le nouveau sens de la supériorité[2]. Cela paraît cohérent avec le fait que la théorie pure du droit ne prétend pas décrire les relations dogmatiques propres à un droit donné et se compose dès lors avant tout d'énoncés construisant une deuxième herméneutique[3]. La phrase analysée devrait alors être comprise comme une définition stipulative qui fixe la validation comme critère de la supériorité. Elle ne peut pas être réfutée, comme l'illustrent les réponses apportées aux contestations de la théorie de la formation du droit par degré[4] : il est impossible de nier le lien entre supériorité et validation car il est posé de manière arbitraire et n'a pas de conditions de vérité. Il sert uniquement à mieux rendre compte de la construction du système juridique comme ensemble de normes liées par des relations de validations. La dépendance des normes validées aux normes validantes et l'augmentation du nombre de normes au fur et à mesure de la concrétisation permet d'évoquer une figure pyramidale dans laquelle les normes validantes paraissent « supérieures » aux normes validées. Cette lecture du rapport entre validation et supériorité s'inscrit bien dans le cadre de la théorie pure du droit et peut sembler dotée d'un intérêt théorique, qui explique qu'il soit repris dans certaines descriptions du droit européen[5].

Toutefois, cette vision n'est pas sans défaut car si la hiérarchie des normes a été systématisée par Kelsen, il n'a pas inventé l'idée selon laquelle certaines normes seraient supérieures aux autres. La définition de la supériorité est du coup une redéfinition qui ne doit pas s'écarter de manière exagérée de l'usage de ce terme en dehors de la théorie pure du droit. Nous ne pouvons adhérer à un choix purement arbitraire détaché du prototype. Or, l'on relève justement ici une double rupture avec l'usage traditionnel. D'une part, des normes sont habituellement présentées comme hiérarchisées sans entretenir de rapports de validation[6].

---

[1] Pour prendre un exemple clair, dans le cadre de la définition théorique de la constitution proposée l'on peut aussi bien dire « les constitutions sont suprêmes » (qualité définitoire donc « essentielle ») que « les constitutions sont de taille limitée (qualité non-définitoire donc « accidentelle »).

[2] Kelsen semble parfois partager cette vision. Il affirme ainsi que « le fait que la validité d'une norme fonde d'une manière ou d'une autre la validité d'une autre norme, constitue le rapport entre norme supérieure et norme inférieure » (*Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996, p. 345) ou que « la relation entre la norme qui règle la création d'une autre norme et cette autre norme peut être représentée par une image, comme un rapport de supériorité » (*Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1997, p. 178). Pour des idées comparables, définissant la supériorité par la validation, voir GUASTINI Riccardo, « L'ordre juridique, critique de quelques idées reçues », *Analisi e Diritto* 2000, p. 94 ou PFERSMANN Otto, « Arguments ontologiques et argumentations juridiques », *in* PFERSMANN Otto et TIMSIT Gérard (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, Pub. de la Sorbonne, 2001, p. 15. Cette dimension définitoire est aussi retenue par le professeur Troper comme le premier sens habituellement donné à la supériorité (« En guise d'introduction : la théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif », *CCC* n°9, p. 143).

[3] Pour des idées proches, voir KELSEN Hans, « The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence », *in What is Justice ?*, Berkeley, University of California Press, 1957, p. 266 ou HART H.L.A., « Kelsen Visited », *in* PAULSON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 72.

[4] Weyr récuse ainsi les critiques de Carré de Malberg en estimant que ces énoncés ne peuvent être réfutés sur la base du droit positif (« La Stufentheorie de la théorie pure du droit vue par un français », *Revue internationale de la théorie du droit* 1939, p. 239), ce qui tend à montrer leur rattachement à la seconde herméneutique.

[5] Voir ainsi MONJAL Pierre-Yves, « La hiérarchie des droits », *LPA* 2003, n°230, p. 14.

[6] Pour une idée comparable, voir AMSELEK Paul, article précité, p. 995.

Citons ainsi les relations entre constitutions fédérales et droits fédérés[1], *jus cogens* et traités internationaux, lois organiques et ordinaires ou principes généraux du droit et règlements. Même les rapports entre lois et règlements peuvent être évoqués parce que les conditions d'existence des règlements autonomes relèvent de la Constitution[2] et parce que les règlements sont soumis aussi aux lois qu'ils n'appliquent pas. Les relations entre la Constitution et les lois anciennes ne relèvent pas non plus de ce schéma si l'on rejette le sophisme volontariste[3]. D'autre part les rapports de validation ne débouchent pas toujours sur la supériorité de la norme validante. Ainsi la constitution octroyée par une puissance coloniale à un État nouvellement indépendant n'est pas soumise au droit de l'ancienne métropole[4] et les lois de révision constitutionnelle se situent généralement au même niveau que la constitution originaire. Il n'est pas établi que chacune de ces hypothèses relève du prototype de la supériorité mais les relations entre lois et règlements, constitutions fédérales et droits fédérés ou *jus cogens* et traités internationaux paraissent suffisamment centrales pour ne pas pouvoir être négligées quand l'on veut redéfinir ce terme. L'écart entre ces cas et la validation n'a rien d'étonnant car l'usage classique de la supériorité n'est pas lié à la validation mais à la résolution des conflits de normes. Ses racines dans les théories jusnaturalistes, poursuivies dans la métaphore hiérarchique liée à l'autorité, renvoient à l'ordre d'application des normes et non à leur origine. Kelsen a lui-même utilisé le concept de supériorité à propos du règlement de conflits de normes, notamment entre droit international et droits internes[5]. En fait, nous sommes confrontés à la tension entre deux interrogations primordiales dans l'œuvre de Kelsen. Les éléments tenant à l'existence répondent aux questions portant sur les raisons d'obéir aux normes qui s'incarnent dans la régression vers l'infini remontant à la source dernière de l'autorité[6]. La réflexion sur la régularité est quant à elle orientée vers les

---

[1] Pour être précis, cette situation ne se retrouve pas dans tous les États fédéraux. Cependant, dans ceux qui ont été formés par agrégation, le droit fédéré est généralement antérieur au droit fédéral et repose sur des bases autonomes. Ces rapports avec le droit fédéral concernent sa régularité et non son existence.

[2] Pour des analyses proches sur les limites de l'approche en termes de « couches » successives de normes, voir AMSELEK Paul, « Réflexions critiques sur la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *RDP* 1978, p. 11 ou DE BÉCHILLON Denys, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996, p. 31. La spécificité des règlements autonomes a d'ailleurs donné naissance en 1958 à des hésitations sur leur placement hiérarchique (voir CHAPUS René, « De la soumission au droit des règlements autonomes », *D.* 1960, chr., p. 125) qui ont été dissipées depuis.

[3] Voir *supra*, p. 179 et 324.

[4] Dans le premier cas la constitution de l'ancienne puissance coloniale n'a plus de pertinence juridique dans l'ordre juridique de l'État indépendant (pour un exemple récent, voir AUBERT Jean-François, « Entre le contrat et la loi : la Constitution du Canada », *in Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 1992, p. 374).

[5] Voir par exemple, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI* 1926-IV, p. 270. Le professeur Troper tient un raisonnement en partie comparable à propos de la question du contrôle de constitutionnalité. Après avoir constaté que Kelsen semble définir la supériorité dans le sens envisagé ici, il constate que cette définition ne peut rendre compte de sa pensée car elle n'explique pas pourquoi il faudrait prévoir un contrôle de constitutionnalité comme Kelsen le prétend (TROPER Michel, « Kelsen et la Cour constitutionnelle », *in* BEAUD Olivier et PASQUINO Pasquale (dir.), *La controverse sur le gardien de la Constitution et la justice constitutionnelle*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2007, p. 87).

[6] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, précité, p. 193 et 199.

problèmes de conflits de normes[1]. La redéfinition de la supériorité comme validation marque le mélange entre ces deux idées distinctes et complique la compréhension du droit positif en favorisant les malentendus. Ce choix empêche de savoir si l'autorité qui édicte les normes inférieures est tenue par les normes supérieures et plus largement comment doivent être réglés les conflits de normes. Il faudra alors un autre concept que la hiérarchie des normes pour répondre à ces questions, ce qui est pour le moins original. Cette conception prive de tout intérêt la définition de la constitution par sa suprématie qui est justifiée par des arguments centrés sur la résolution des conflits de normes. Réduire la supériorité à la validation implique de caractériser la constitution comme une norme fondamentale, option que nous avons rejetée.

Ces divers éléments incitent à s'orienter vers la seconde grande option en présentant la validation comme une qualité accidentelle et non définitoire de la supériorité. Une autre définition de la supériorité est alors nécessaire. Pour le moment nous pouvons nous contenter de la notion basique utilisée précédemment, c'est-à-dire assimiler la supériorité à la capacité à l'emporter dans un conflit de normes[2], pour présenter le sens qu'aurait l'énoncé « la norme validante est la norme supérieure » dans cette perspective. Cette nouvelle lecture en fait l'exposé d'un rapport entre deux réalités autonomes qui est réfutable en tant qu'il n'est pas le produit d'un choix doctrinal arbitraire[3]. La nature de ce rapport est tout de même sujette à débats. Tout d'abord, il pourrait s'agir d'une corrélation empirique externe, autrement dit un constat neutre du fait que les normes validantes sont le plus souvent considérées comme supérieures et inversement. L'énoncé étudié serait dans ce cas comparable à des énoncés tels que « le meurtre est sévèrement puni » ou « les normes originaires sont placées en haut de la hiérarchie des normes ». Cette première approche ne pose pas de problème épistémologique mais elle ne paraît pas à même de rendre compte de la pensée de Kelsen pour deux raisons. Premièrement, les énoncés de ce type sont plus que rares dans la théorie pure du droit car elle est une réflexion sur la modélisation du système juridique et non un traité de droit comparé. Deuxièmement, l'énoncé en cause serait manifestement faux s'il est interprété ainsi au regard des exemples cités sur le détachement de la validation et de la supériorité entendue dans son sens ordinaire. En conséquence, nous devons suggérer une autre compréhension de l'idée selon laquelle « la norme validante est la norme supérieure » en imaginant un lien d'imputation plutôt que de corrélation entre validation et supériorité. Dans cette optique, la

[1] *Ibid.*, p. 207, 209 et 273.
[2] Ce sens particulier, qui ne se confond pas avec la validation, est parfois appelé « force dérogatoire » (PSFERMANN Otto, « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de la décentralisation : le cas de la supranationalité », *Revue d'Allemagne* n°28, p. 181) et se retrouve notamment chez Merkl (GUASTINI Riccardo, article précité, p. 94).
[3] Elle s'oppose donc à la vision de Weyr précitée qui est en partie reprise par le professeur Pfersmann (« Carré de Malberg et la hiérarchie des normes », *RFDC* 1997, p. 501).

validation entraînerait juridiquement la supériorité : dans un conflit entre normes validante et validée, la norme validante l'emporterait. L'énoncé analysé pourrait alors être reformulé : « si N1 confère son existence à N2 alors N1 l'emporte sur N2 en cas de conflit »[1]. Cela revient à établir une relation systématique entre deux sortes de normes : les règles constitutives et les règles de conflit[2]. La présence d'une classe de normes impliquerait celle de l'autre. Il serait même possible de soutenir que l'ensemble des normes placées dans la catégorie dogmatique dont relève N1 qui fixe les conditions d'existence de N2 font partie des conditions de régularité de cette dernière. Cette position pose toutefois un sérieux problème de théorie générale. En effet, le rapport que nous venons de décrire est d'ordre dogmatique : il consiste à définir une catégorie dogmatique de norme validante en désignant la supériorité comme faisant partie de son régime juridique. Or, la catégorie de norme validante est théorique et non dogmatique, ce qui implique qu'elle n'a pas d'effet juridique. Seul le conceptualisme permet de construire des énoncés dogmatiques aussi généraux[3] car, dans une optique positiviste, chaque système juridique crée ses catégories et leur régime juridique sans qu'aucune théorie ne lui soit opposable. Les liens entre classes de normes dépendent du discours du droit et non du discours sur le droit. Les exemples précités des lois de révision constitutionnelle ou du droit des anciennes colonies relèvent du droit positif et ne peuvent être contredits par un énoncé conceptuel général non-définitoire[4]. Soutenir l'inverse revient à construire un droit idéal détaché du droit positif. Cette attitude n'est pas acceptable et ne peut pas passer pour une interprétation correcte des travaux de Kelsen car ses théories sont marquées par un rejet explicite du jusnaturalisme et une prétention descriptive[5]. Il est impossible de prendre appui sur Kelsen pour justifier cette vision spécifique du lien validation-supériorité qu'il a parfois

---

[1] Même si les termes employés diffèrent, une position proche peut être attribuée à Eisenmann (*La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928, p. 13), voire dans une certaine mesure à Kelsen (« Théorie du droit international public », *RCADI* 1953-III, p. 194). Ce passage d'un sens à l'autre a été dénoncé par le professeur Troper (« Kelsen et l'idéologie des constitutionnalistes français », *in* HERRERA Carlos Miguel (dir.), *Actualités de Kelsen en France*, Paris, LGDJ, 2001, p. 34). Notons toutefois qu'il le relie à l'ambiguïté du terme « validité » (obligation ou appartenance), ce qui ne nous paraît pas jouer ici un rôle comparable à celui qu'elle a à propos de l'unité du droit. Ce glissement est lié au mélange entre existence et régularité qui ne se confond pas avec celui des obligations relative et absolue.

[2] Kelsen a d'ailleurs parfois opposé les règles de validation et de dérogation (« Droit et compétence », *in Controverses sur la Théorie pure du droit*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 111), ce qui indiquerait une relation définitoire entre validation et supériorité. Cette tendance s'accentuera après qu'il ait renoncé à appliquer la logique au droit (voir « Derogation », *in Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962, p. 339).

[3] Notons que le conceptualisme est assumé par certains auteurs comme base de leur étude de la hiérarchie des normes. Voir ainsi, DE BÉCHILLON Denys, *op. cit.*, p. 227.

[4] Ces exemples sont cités pour montrer à quel point le schéma proposé est éloigné de la réalité mais même s'il n'existait aucun contre-exemple, il ne faut pas oublier qu'une corrélation parfaite ne donne pas naissance à une relation d'imputation, en tout cas si l'on respect le principe de Hume.

[5] *Théorie pure du droit*, précité, p. 9. Il ne faut toutefois pas oublier que la théorie pure du droit a parfois tendance à dériver vers le conceptualisme. Pour des analyses de cet ordre, voir LENOBLE Jacques et OST François, *Droit, mythe et raison*, Bruxelles, Pub. des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1980, p. 506 et RODRIGUEZ OCONITRILLO Pablo, *Être et devoir-être dans la théorie pure du droit de Hans Kelsen*, Thèse de 3e cycle, Strasbourg, 1985, p. 374.

lui-même condamné[1]. Cette précision est importante car elle est très répandue dans la doctrine[2], parfois sur la base d'une confusion entre les deux sens de la supériorité[3]. Elle a même des sources très anciennes puisqu'on la retrouve chez Vattel[4]. Elle incarnerait le critère matériel de la supériorité qui est le principal concurrent du critère formel que constitue la rigidité[5]. La construction européenne illustre idéalement son usage : il est commun de nier toute possibilité de suprématie du droit communautaire en se basant sur le fait qu'il ne valide pas les constitutions nationales[6]. En réalité, les rapports hiérarchiques détachés de toute validation ne sont pas rares. L'impression inverse provient d'une généralisation abusive d'une corrélation limitée et d'une interprétation très discutable de Kelsen. Cette conclusion est utile pour évaluer une conception populaire des relations entre droits européen et national potentiellement utile à notre réflexion sur l'adaptation de la constitution. Surtout, elle montre que la réflexion sur la définition de la supériorité doit se poursuivre à travers une autre approche de la validation (2).

2. LA VALIDATION ETENDUE A LA FIXATION DES CONDITIONS DE REGULARITE

L'élucidation de l'énoncé « la norme validante est la norme supérieure » exige de reconsidérer la notion de validation en s'appuyant sur l'opposition entre conditions d'existence et de régularité. Rappelons que les conditions de régularité de N1 équivalent à l'ensemble des normes auxquelles N1 doit être conforme au regard du régime juridique qui

---

[1] « Droit et compétence », précité, p. 112. La séparation de ces deux aspects a été reprise et approfondie par des tenants de la théorie pure du droit. Voir par exemple, PFERSMANN Otto, « Hans Kelsen… », précité, p. 181.

[2] Voir, parmi de nombreux exemples, PESCATORE Pierre, « La Cour en tant que juridiction fédérale et constitutionnelle », *in Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Berlin, Carl Heymans Verlag KG, 1965, p. 523 ; GOHIN Olivier, « Le Conseil d'État et le contrôle de constitutionnalité de la loi », *in* CHAGNOLLAUD Dominique (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 174 ou BERGEL Jean-Louis, « La coordination des sources du droit », *in La méthodologie des sources du droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 126.

[3] Voir DUVERGER Maurice, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 17e éd., Paris, PUF, 1988, T. I, p. 20 ou SABÈTE Wagdi, « La description des normes en droit public au défi de la théorie de la connaissance scientifique », *RRJ* 2002, p. 690.

[4] *Le droit des gens*, Washington, The Carnegie Institution of Washington, 1916, p. 37. Cette référence était régulièrement citée par la doctrine du début du XXe siècle. Pour un exemple, voir BARTHÉLEMY Joseph et DUEZ Paul, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933. Cet héritage se voit notamment chez les auteurs qui lient la suprématie de la constitution au fait qu'elle détermine les compétences des principaux organes (BURDEAU Georges, *Traité de science politique*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1984, T. IV, p. 340). Cette idée doit être interprétée en tenant compte des deux sens que peut prendre la compétence : la fixation d'une compétence normative peut se rapporter soit à celle des conditions d'existence soit à celle des conditions de régularité. Dans le premier cas, l'on se retrouve dans le cas que nous évoquons alors que dans le second l'on expose simplement une évidence puisque les normes supérieures contribuent toutes à fixer les compétences des organes compétents pour édicter les normes inférieures.

[5] Voir *supra*, p. 503. Il faut tout de même remarquer que certains auteurs combinent critères formels et matériels. Voir ainsi, FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André et SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 64 et 76.

[6] Voir par exemple DYÈRE Arthur, « The Constitutionalisation of the European Union », *ELR* 2005, p. 171 ou *a fortiori* BRUCE Eva, « Faut-il intégrer le droit communautaire aux normes de référence du contrôle de constitutionnalité ? », *RFDC* 2005, p. 546. Précisons que ces prises de positions ne peuvent être assimilées à la vision définitoire du lien entre validation et supériorité car elles sont formulées dans le cadre de réflexions sur les conflits entre normes nationales et européennes.

résulte de sa qualification[1]. Il s'agit des règles régulatives sur N1 plutôt que de sa règle constitutive. Elles peuvent renvoyer aussi bien à des exigences matérielles que formelles. Dans le cas où N1 contredit ces normes, elle sera dite irrégulière. Cela n'implique pas qu'elle soit inexistante mais plus simplement que toutes les obligations pesant sur son autorité d'édiction n'ont pas été respectées. Elle sera vue comme imparfaite, ce qui ouvre la porte à un mécanisme correctif si une autorité est compétente pour l'invalider en cas d'irrégularité. Nous proposons ici de redéfinir la validation comme la fixation des conditions d'existence et de régularité d'une norme. Des normes seront décrites comme validant N1 si l'existence ou la régularité de N1 dépend du fait que cette dernière les respecte. Les notions de validation et de supériorité sont donc bien plus étendues que dans la première hypothèse traitée.

N1 est désormais considérée comme validant N2 si N2 est inexistante ou irrégulière en cas de violation de N1[2]. L'inexistence ou l'irrégularité sont évaluées sur la base de la méthode dogmatique classique : la hiérarchie des normes dépendra du régime juridique des catégories en cause. Ce nouveau critère limite les défauts relevés lors de l'examen de la notion restreinte de validation. Ainsi, l'écart avec le prototype paraît moins évident. L'emploi du terme « supériorité » à propos des relations lois-règlements, *jus cogens*-traités internationaux ou Constitution-lois anciennes n'est plus problématique puisque les lois, le *jus cogens* et la Constitution déterminent les conditions de régularité des types de normes en cause[3]. Le fait qu'elles ne jouent aucun rôle dans leur existence n'est plus du tout gênant. Cette remarque vaut également pour les liens entre constitutions fédérales et fédérées. La réponse est en revanche moins évidente pour les cas de fixation des conditions d'existence pour lesquels l'on n'utilise pas habituellement le terme « supériorité ». La redéfinition proposée n'est donc pas parfaite. Elle permet tout de même d'approcher de l'usage répandu du concept de supériorité.

De plus, la cohérence avec les travaux de Kelsen, dont est issue l'association entre validation et supériorité, est *a priori* défendable. En effet, il affirme que la norme inférieure (validée) n'est valide que si elle est conforme à la norme supérieure (validante)[4]. À partir du moment où l'on rejette toute interprétation conceptualiste de cet énoncé, il doit être compris comme une définition. Autrement dit, les normes N2 et N3 ne seront considérées comme validant N1 et dites « supérieures » à N1 uniquement si N1 doit les respecter pour être valide.

---

[1] En ce sens, voir AUBY Jean-Marie, *La théorie de l'inexistence des actes administratifs*, Thèse, Paris, 1947, p. 241.
[2] Pour une notion de supériorité comparable, voir CHEVALLIER Jacques, « L'ordre juridique », *in* CURAPP, *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1983, p. 16 ou GUASTINI Riccardo, « Jugements de validité », *in Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 453. Cela correspond aux sens b et c retenus par le professeur Troper comme habituellement donné au terme « supériorité » (« En guise d'introduction… », précité).
[3] Pour une idée proche, voir EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1983, vol. 2, p. 260.
[4] *Théorie pure du droit*, précité, p. 264.

Cela implique de définir la supériorité par la validation et la validation comme la fixation des conditions qu'une norme doit respecter. Nous tirons ici les conséquences logiques de la vision de la validité de Kelsen : si la validité est la conformité à la norme supérieure alors la norme supérieure est la norme à laquelle il faut être conforme pour être valide. Étant donné que la norme supérieure est la norme validante, nous pouvons en déduire qu'elle est la norme qui fixe les conditions d'existence ou de régularité de la norme inférieure au vu des redéfinitions de la validité et de la validation que nous avons dû adopter. Les lois et la Constitution mais aussi les traités internationaux ou les principes généraux du droit feront figure de normes validantes des règlements en droit français. Nous n'avons plus affaire à une norme validante unique mais à une liste de normes validantes, bénéficiant toutes de la supériorité sur la norme validée. La norme inférieure en conflit avec la norme supérieure dans le sens retenu sera annulable, c'est-à-dire susceptible d'être annulée, si un organe est compétent. Notons que Kelsen ne tient pas compte de toutes les conditions de régularité car il exige l'intervention potentielle d'un juge pour parler de supériorité[1]. C'est pourquoi il faudrait analyser cette dernière en termes de conditions d'annulabilité judiciaire plutôt que de régularité[2]. Au final, l'on peut la définir sous la forme : « si N1 peut être annulée par un juge pour non-conformité avec N2 alors N2 valide N1 donc est supérieure à N1 »[3]. Le lien avec la résolution des conflits de normes est assuré ici car la priorité conférée à N2 sur N1 est due à l'irrégularité de N1 en cas de contradiction avec N2 qui aboutit à son annulabilité[4].

À ce stade, une difficulté apparaît dans le raisonnement de Kelsen. Dans un système juridique où N1 est inférieure aux N2 à 10, N1 sera valide si elle est conforme aux N2 à 10 et annulable dans le cas contraire. Or, pour Kelsen, la validité est le mode d'existence des

[1] Cette particularité provient du fait que Kelsen assimile obligation et existence d'une sanction, ce qui le conduit à affirmer qu'une constitution qui n'est pas protégée par un juge « n'est pas pleinement obligatoire au sens technique » et que dans ce cas « toute loi, tout règlement […] ont une force juridique supérieure à celle de cette Constitution, à laquelle ils sont cependant subordonnés et dont ils déduisent tous leur validité », ce qui montre les ambiguïtés de sa conception de la supériorité (« La garantie juridictionnelle de la constitution », *RDP* 1928, p. 250). Le lien établi par Kelsen entre contrôle et supériorité a pu être dénoncé à juste titre comme rompant la cohérence de la théorie de la formation du droit par degré (TROPER Michel, « La logique de justification du contrôle de constitutionnalité », *in L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 918).

[2] Kelsen n'évoque pas la régularité et précise qu'une norme « ne peut être nulle, mais elle peut être annulée » (*Théorie générale du droit et de l'État*, précité, p. 212). Cette idée trouve en partie sa source dans la théorie de l'interprétation de Kelsen qui nie la possibilité d'une interprétation objective. Elle est cependant problématique car elle est logiquement valable aussi pour le constat de l'inexistence d'un acte (AMSELEK Paul, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1964, p. 192), ce qui mènerait à un réalisme total puisque seul le juge pourrait déterminer si une norme existe ou pas (WEINBERGER Ota, « Logic and the Pure Theory of Law », *in* TUR Richard et TWINING William (dir.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon, 1986, p. 199). Si on la rejette, rien ne s'empêche de privilégier la régularité à l'annulabilité en séparant les questions tenant au fond du droit des questions procédurales.

[3] Pour une formulation très proche, voir KELSEN Hans, « Théorie du droit international public », précité, p. 194 et pour une position opposée, « Droit et compétence », précité, p. 111.

[4] « L'existence d'une norme inférieure contredisant une norme supérieure […] [signifie] que la norme inférieure peut être annulée » (KELSEN Hans, « Théorie du droit international public », précité, p. 194).

normes[1], ce qui veut dire que N1 n'existera que si elle est valide. Imaginer une norme qui soit à la fois valide et annulable est alors une contradiction dans les termes[2]. Cela paraît pourtant intuitivement possible, comme l'illustre l'exemple de la loi inconstitutionnelle. L'image du système juridique construite est intéressante pour saisir l'apparition et le règlement des conflits de normes mais un problème se pose dans la triple équivalence établie entre validité et existence, validation et supériorité et supériorité et annulabilité. Une solution simple pourrait découler de la séparation entre existence et régularité[3] : une loi inconstitutionnelle serait à la fois existante et irrégulière voire annulable. Cependant, cette idée est refusée par Kelsen : il nie la séparation entre inexistence et irrégularité, en se fondant notamment sur sa théorie de l'interprétation[4]. Il définit la validité comme étant à la fois le mode d'existence des normes et la conformité aux normes supérieures[5]. Mieux, il récuse la notion de loi inconstitutionnelle[6]. Son rejet de cette solution transparaît aussi dans l'assimilation qu'il propose entre irrégularités formelle et matérielle[7]. D'après Kelsen, une loi qui viole matériellement la constitution est une loi de révision constitutionnelle adoptée en violant les règles de formes puisque la procédure de révision constitutionnelle n'a pas été utilisée pour l'adopter[8]. La présentation choisie par Kelsen montre qu'il néglige l'existence au profit de la seule régularité[9]. Dans ces conditions, il faut trouver une autre solution pour assurer la cohérence entre les théories de

---

[1] *Théorie pure du droit*, précité, p. 18.

[2] Kelsen refuse en tout cas qu'une norme puisse être valide tout en étant contraire à une norme supérieure (*Théorie générale du droit et de l'État*, précité, p. 209), ce qui contredit l'approche de l'annulabilité que nous venons de voir. Pour écarter ce problème, il a pu affirmer à propos des procédures d'appel que « le fondement objectif de l'annulabilité de ces décisions n'est pas leur irrégularité » (*Théorie pure du droit*, précité, p. 266) mais cette prise de position le conduit à s'appuyer selon les cas sur une théorie réaliste de l'interprétation ou sur la théorie des dispositions alternatives (voir *infra*, p. 601).

[3] Sur cette séparation, voir *supra*, p. 102 et 146. Pour des analyses proches, voir NINO Carlos Santiago, « Marshall's Logic and Kelsen Problem », *in* GIANFORMAGGIO Letizia et PAULSON Stanley (dir.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turin, Giappichelli, 1995 p. 227 ; BULYGIN Eugenio, « Cognition and Interpretation of Law », *ibid*, p. 19 ou GUASTINI Riccardo, « Rules Validity and Statutory Construction », *in* PINTORE Ana et JORI Mario (dir.), *Law and Language. The Italian Analytical School*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1997, p. 231. Cette séparation est aussi envisagée par le professeur Troper, qui la rejette toutefois en lui préférant une solution réaliste : il ne peut exister objectivement de loi inconstitutionnelle car seul un juge peut interpréter les normes en cause pour constater leur contradiction. Le problème disparaît donc de lui-même car soit le juge annule la loi pour inconstitutionnalité soit la loi n'est pas inconstitutionnelle. Sur cette analyse, voir « Kelsen et la Cour constitutionnelle », précité, p. 88.

[4] Ce refus passe par le rejet de toute nullité *ab initio* au profit de la seule annulation (*Théorie pure du droit*, précité, p. 273). Kelsen a semblé parfois admettre la différence entre inexistence et annulabilité pour nier la juridicité de « feuilles de papier » (voir « La garantie… », précité, p. 215 ou « What Is a Legal Act ? », *The American Political Science Review* 1951, p. 204).

[5] *Théorie pure du droit*, précité, p. 18 et 263.

[6] *Ibid.*, p. 267 ou *Théorie générale du droit et de l'État*, précité, p. 209.

[7] « La garantie… », précité, p. 206. Voir aussi EISENMANN Charles, Note sous CE 6 novembre 1936, *D.* 1938.III.5.

[8] Notons que cette vision nous paraît inacceptable en tant qu'elle ne permet pas de comprendre correctement le droit positif et le raisonnement juridique classique. En effet, pour savoir qu'une loi est matériellement inconstitutionnelle, l'acte en cause doit d'abord être qualifié de législatif en se référant à ses conditions d'existence pour pouvoir déterminer ses conditions de régularité en tant que loi. L'opération ne peut être menée que dans cet ordre car, du point de vue de la dogmatique, les conditions de régularité dépendent de la catégorie de rattachement, ce qui empêche d'examiner la régularité d'un acte sans connaître sa nature. La différence entre une loi de révision constitutionnelle formellement imparfaite et une loi ordinaire matériellement imparfaite reste entière dans notre perspective.

[9] Malgré l'absence de théorie de l'existence clairement énoncée dans l'œuvre de Kelsen, le concept de signification objective, largement étudié précédemment, exige de différencier existence et régularité sauf à considérer au choix que seul le juge confère sa juridicité à un acte (réalisme) ou que tous les actes présentés par leurs auteurs comme juridiques le sont vraiment. La première hypothèse détruit la cohérence de la théorie pure quand la seconde est trop irréaliste pour être discutée.

Kelsen sur la validation et sur la hiérarchie des normes en expliquant pourquoi l'on ne peut concevoir une loi inconstitutionnelle[1]. Autrement dit, il faut démontrer qu'une loi matériellement opposée à la constitution peut tout de même être valide, c'est-à-dire conforme à la constitution. La voie choisie par Kelsen est connue : il s'agit de la fameuse théorie des dispositions alternatives. Si N1 est valide tout en étant contraire à N2 alors que N2 est supérieure à N1, cela signifie que les dispositions N2 régissant la procédure de création ou le contenu de N1 ont « le caractère de dispositions simplement alternatives »[2]. Si la signification (S1) apparente de N2 est d'interdire A, elle sera aussi vue comme autorisant A[3] dans le cas où N1 prévoit A sans perdre sa validité[4]. Cette théorie a été construite pour les systèmes dans lesquels aucun contrôle de constitutionnalité des lois n'est prévu[5], mais la présence d'un tel contrôle ne change rien puisque le juge aura alors toujours le choix d'interpréter N2 dans un sens plus ou moins favorable à N1[6]. Le contrôle de constitutionnalité n'est jamais que la possibilité ouverte à un juge de choisir entre les dispositions alternatives, ou plus précisément, le transfert de cette possibilité du législateur vers le juge.

Cette théorie est à première vue très étonnante mais elle s'inscrit dans la tendance déjà relevée de la théorie pure du droit à se transformer en reconstruction normativiste *a posteriori* basée sur des observations réalistes[7]. La théorie des dispositions alternatives laisse penser que le mode de description du système juridique retenu par Kelsen consiste à identifier les normes effectivement appliquées[8] puis à construire une image du droit positif permettant de les

---

[1] En ce sens, voir ATIENZA Manuel et RUIZ MANERO Juan, *A Theory of Legal Sentences*, Dordrecht, Kluwer, 1998, p. 51. Kelsen lui-même présente la théorie que nous allons exposer pour expliquer pourquoi l'on ne peut parler de loi inconstitutionnelle pour désigner les lois qui sont valides tout en contredisant la constitution (*Théorie pure…*, précité, p. 267).

[2] *Ibid.*, p. 269. Voir aussi, *Théorie générale du droit et de l'État*, précité, p. 210.

[3] L'idée selon laquelle une norme peut autoriser ce qu'elle interdit est assez étonnante mais elle s'explique par la réduction de l'obligation à la sanction : interdire un comportement sans prévoir de sanction revient à l'autoriser. L'existence de la norme individuelle est permise par cette absence de sanction et est donc autorisée. Pour une application de cette idée débouchant sur la conclusion selon laquelle les juges sont habilités décider en violant le droit en vigueur, voir TEBOUL Gérard, « Nouvelles remarques sur la création du droit par le juge administratif dans l'ordre juridique français », *RDP* 2002, p. 1369.

[4] Au passage, le fait que Kelsen ait imaginé cette théorie prouve que la réduction de la validation à la fixation des conditions d'existence ne rend pas compte de sa pensée. En effet, s'il avait opté pour une telle approche dans sa version définitoire, la supériorité désignerait une antériorité dans l'ordre dynamique de création et ne poserait aucun problème de conformité. Il serait alors possible d'imaginer une loi inconstitutionnelle et la théorie de la disposition alternative ne servirait à rien. S'il avait opté pour cette approche dans sa version non-définitoire, il faudrait tirer les conséquences en termes de régularité de la fixation des conditions d'existence de la loi par la constitution mais il n'y aurait aucune incohérence rendant nécessaire la théorie de la disposition alternative.

[5] *Théorie pure du droit*, précité, p. 268.

[6] Même dans ce cas, le législateur conserve sa liberté de choix puisque les lois « inconstitutionnelles » qu'il a édictées seront valables jusqu'à leur annulation (*ibid.*, p. 270). La liberté du juge résulte quant elle à la fois de l'idée selon laquelle les décisions de justice sont toujours constitutives (elles transforment « les faits naturels en faits juridiques », *ibid.*, p. 240) et de la théorie de l'interprétation de Kelsen qui estime que l'interprétation authentique est un acte de volonté (*ibid.*, p. 341).

[7] Voir *supra*, p. 278 et s. C'est cette tendance qui a pu être décrite comme une incohérence entre la théorie de la connaissance de Kelsen et sa théorie de l'interprétation (GUASTINI Riccardo, « Kelsen on Legal Knowledge and Scientific Interpretation », *in* GIANFORMAGGIO Letizia et PAULSON Stanley (dir.), *op. cit.*, p. 108).

[8] C'est en effet l'attachement aux normes appliquées et habituellement vues comme juridiques qui crée le problème auquel la théorie de la disposition alternative doit répondre. Après tout, si l'on retient la conception de la validité avancée par la théorie pure du droit, l'on peut prétendre que les lois incompatibles avec la constitution n'existent pas puisque la validité est le mode d'existence des normes et qu'elle est conditionnée par le respect des normes supérieures. Seul l'irréalisme absolu de cette

présenter comme conforme aux normes qui s'imposent à elles[1]. Le normativisme se greffe artificiellement sur une base réaliste évitant que s'installe une trop grande distance entre la dogmatique issue de la théorie pure du droit et les faits sociaux[2]. En fait, la démarche induite par la théorie des dispositions alternatives revient à refuser de changer la théorie de la validité et à devoir en conséquence changer la réalité en soutenant que les normes signifient ce qu'elles ne signifient pas. La portée exacte de la hiérarchie des normes dans ce cadre n'a plus rien d'évident. L'adhésion à une notion étendue de la validation est nécessaire pour qu'elle puisse servir à définir la supériorité mais elle entraîne en dernière analyse une destruction totale du concept de hiérarchie des normes. La présentation que l'on en retient ne peut jamais être contredite par le droit positif puisqu'il est toujours possible de proposer une reconstruction justifiant la contradiction de la norme supérieure supposée par la norme décrite comme inférieure en changeant le sens de la norme supérieure[3]. La conception des rapports entre droits international et nationaux défendue par Kelsen illustre cette dérive. Il estime en effet que l'on peut affirmer la supériorité du droit international sur le droit national[4], même si les normes nationales contraires au droit international demeurent valides. Cette tension apparente est éliminée en assimilant la loi inconventionnelle à la loi inconstitutionnelle[5]. La notion de régularité n'a plus aucun sens dans ce contexte[6] et l'annulabilité n'entretient plus

vision au regard de la pré-notion de droit ou du droit effectif impose de proposer la théorie de la disposition alternative. De plus, si l'on ne tient pas compte de l'effectivité, l'on devra conclure que toute norme subjective est objectivement valable puisque couverte soit par la procédure A effectivement prévue par un système juridique, soit par la procédure non-A qu'il ne prévoit pas (voir NINO Carlos Santiago, article précité, p. 225). La notion même de validité en tant qu'existence des normes est dans cette optique ruinée par la théorie des dispositions alternatives à un point qui pousse à en chercher une autre interprétation.

[1] Pour des visions en partie comparables, voir GIANFORMAGGIO Letizia, « La conception volontariste du dernier Kelsen », *Droits* n°28, p. 100 et surtout COMMANDUCCI Paolo, « Taking Kelsen Seriously », *in* GARZON VALDES Ernesto, KRAWIETZ Werner, VON WRIGHT Georg Henrik et ZIMMERLING Ruth (dir.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, p. 174. Précisons que cette relecture « réaliste » de Kelsen ne se confond pas avec celle du professeur Troper qui se base exclusivement sur sa théorie de l'interprétation.

[2] La théorie des dispositions alternatives est le prix à payer pour cette combinaison entre réalisme et normativisme. En effet, le normativisme peut tout à fait dépasser la contradiction apparente que représente une norme existante irrégulière soit en séparant existence et régularité soit en niant la norme inférieure. De même, le réalisme n'exige pas une cohérence normative, voire permet d'éliminer le problème en se basant sur la liberté d'interprétation dont disposeraient les organes d'application (pour une solution de ce type, voir TROPER Michel, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 142). C'est la combinaison de ces deux théories générales qui crée la difficulté.

[3] Cela confirme au passage que la théorie de la hiérarchie des normes de Kelsen ne peut être considérée comme prescriptive (voir *supra*, p. 595) : elle écarte l'idée même de conflits de norme (*Théorie pure du droit*, précité, p. 271).

[4] Notons qu'il admet tout à fait que l'on peut soutenir la position inverse. Pour des détails, voir *infra*, p. 659.

[5] « Théorie du droit international public », précité, p. 194.

[6] C'est pour cette raison que la théorie des dispositions alternatives est considérée comme conduisant à la négation du droit (BULYGIN Eugenio, article précité, p. 17 ou CAYLA Olivier, *La notion de signification en droit*, Thèse, Paris II, 1992, p. 116). Elle menace aussi la théorie de la révolution de Kelsen, puisqu'elle repose justement sur l'effectivité de normes irrégulières (WEYLAND Inès, « Kelsen's Treatment of Norm Conflicts », *in* TUR Richard et TWINING William (dir.), *op. cit.*, p. 257), même s'il est possible de restreindre la portée de la théorie des dispositions alternatives en s'attachant aux sanctions autres que l'annulation qui peuvent frapper les normes ou les organes fautifs et préserver ainsi une forme d'irrégularité (KELSEN Hans, « Droit et compétence », précité, p. 116).

aucune relation avec l'irrégularité[1]. La logique serait même inverse : la notion d'irrégularité n'a de sens qu'à propos des annulations effectives déjà constatées qui sont expliquées après coup par l'annulabilité préalable de la norme juridique[2]. En revanche, il est impossible de décrire une norme comme annulable tant qu'elle n'a pas été annulée puisqu'elle est forcément conforme à la norme supérieure en application de la théorie des dispositions alternatives[3]. Selon le modèle hiérarchique habituel, une norme est annulable parce qu'elle contredit une norme supérieure alors que selon le modèle découlant de cette théorie, si ladite norme n'est pas annulée la contradiction est supprimée par la reconstruction du sens de la norme supérieure. Dès lors, les conflits de normes ont disparu car soit ils sont réglés par l'annulation, soit ils sont supprimés par la théorie des dispositions alternatives. L'idée de norme annulable mais non-annulée n'a plus aucun sens. Mieux, la hiérarchie des normes perd toute réalité puisque la théorie en cause aboutit à modifier les normes supérieures en fonction des normes inférieures pour s'assurer la correspondance du système juridique décrit par la doctrine avec le droit effectif. Cette approche découle en partie de la volonté d'appliquer le principe de non-contradiction aux normes juridiques par le truchement des propositions de droit car celui-ci interdit d'envisager l'existence de conflits de normes[4]. Le sens de la validation, et donc de la hiérarchie, est choisi arbitrairement par le théoricien puisque la théorie des dispositions alternatives garantit que ses préférences ne pourront pas être contredites par le droit positif[5]. La description de la hiérarchie des normes ne peut être fausse parce qu'elle n'est pas réfutable : Kelsen construit la réalité en fonction de la théorie adoptée et non l'inverse[6]. Si l'on conjugue les diverses positions que nous avons dû retenir, adhérer à la conception kelsénienne revient à voir la norme supérieure comme la norme validante, c'est-à-dire la

---

[1] Dans ces conditions, toutes les normes sont annulables. GIANFORMAGGIO Letizia, « Pure Theory of Law and Tacit Alternative Clause : a Paradox ? », *in* GIANFORMAGGIO Letizia et PAULSON Stanley (dir.), *op. cit.*, p. 271.

[2] Cette solution a l'avantage d'être compatible avec la théorie de l'interprétation de Kelsen selon laquelle le juge fixe le sens authentique des normes. Si l'on refuse cette présentation, il faut alors constater la contradiction entre le fait que Kelsen nie l'existence de contradiction objective avec les normes et le fait qu'il prétend pouvoir dissocier les normes adoptées sur la base des dispositions premières et des dispositions alternatives (en ce sens, voir TROPER Michel, article précité, p. 140).

[3] Notons tout de même que Kelsen tente de reformuler sa théorie en affirmant que « la Constitution donne cependant la préférence » à la procédure qu'elle prévoit ou au contenu qu'elle autorise explicitement sur ceux qui résultent des dispositions alternatives (*Théorie pure du droit*, précité, p. 364). Il est difficile de préciser le sens et la portée de cette « préférence ». Pour une critique de cette reformulation, voir TROPER Michel, « Kelsen et le contrôle de constitutionnalité », *in* HERRERA Carlos-Miguel (dir.), *Le droit, le politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 169.

[4] KELSEN Hans, *op. cit.*, précité, p. 206. Kelsen a toutefois renoncé à cette idée dans la derrière période de son œuvre (*Théorie générale des normes*, précité, p. 288) sans abandonner la théorie des dispositions alternatives (MAHER G., « Custom and Constitutions », *OJLS* 1981, p. 173 ou RUIZ MANERO Juan, « On Tacit Alternative Clause », *in* GIANFORMAGGIO Letizia et PAULSON Stanley (dir.), *op. cit.*, p. 251). Cela peut se comprendre parce que les difficultés concernant la notion de loi inconstitutionnelle au regard de la théorie de la validité défendue demeurent entières, même si l'on admet la possibilité théorique d'un conflit de normes.

[5] À partir du moment où N1 et N2 ne peuvent jamais se contredire, le théoricien peut choisir librement si c'est N1 qui autorise sa violation par N2 ou l'inverse. Il est donc libre de choisir l'ordre de la hiérarchie des normes. Seules les annulations effectives peuvent limiter cette liberté.

[6] Pour une idée proche, voir TROPER Michel, article précité, p. 141.

norme à respecter pour être valide, tout en sachant que c'est le théoricien qui lui attribue cette supériorité. L'intérêt de cette approche pour décrire le droit positif est douteux. La théorie des dispositions alternatives a été inventée pour assurer la cohérence de la théorie pure du droit mais elle nuit fortement à son utilité[1]. Elle est surtout dépourvue de tout rôle dans le débat sur l'adaptation. La question de la suprématie qu'il pose impose la recherche des solutions aux conflits de norme prévues par le droit positif et non la proposition d'une solution théorique arbitraire appuyée sur une transformation abstraite des normes positives. Il est difficile d'envisager une rupture plus radicale avec le point de vue interne[2]. Non seulement l'existence des normes est entendue dans un sens réaliste mais en plus le droit tend à se réduire aux décisions du juge quand elles existent puisqu'il est à même de trancher entre les dispositions alternatives[3]. L'existence et la validité des normes sont privées de toute portée méthodologique[4] et l'on voit émerger une vision qui n'est pas vraiment réaliste, au regard de ses aspects normativistes, mais qui ne peut fournir de représentation utile du système juridique et qui doit donc être rejetée[5]. Pour terminer, toutes les interprétations du lien entre validation et supériorité ont été écartées, ce qui nous conduit à chercher un autre critère de la suprématie au sens théorique (B).

B. Les autres critères classiques

Si la définition de la supériorité par la validation est la position la plus populaire et la plus théorisée, il ne faut pas pour autant oublier que la doctrine a envisagé d'autres critères. Ceux-ci se rapportent parfois à l'action du juge (1) mais peuvent aussi s'en détacher (2).

1. LES CRITERES JURIDICTIONNELS

La place occupée par le juge dans le règlement des conflits de normes a conduit certains auteurs à relier son action à la détermination de la hiérarchie des normes. Cette description

[1] En ce sens, voir NANNINI Sandro, « Legal Validity and Conformity to Law », *in* GIANFORMAGGIO Letizia et PAULSON Stanley (dir.), *op. cit.*, p. 233.
[2] L'idée selon laquelle la constitution autorise tout et son contraire rompt ainsi avec les présuppositions partagées par les acteurs. En ce sens, voir HARRIS J.W., « Kelsen and Normative Consistency », *in* TUR Richard et TWINING William (dir.), *op. cit.*, p. 220.
[3] NANNINI Sandro, article précité, p. 233. Cela ouvre la porte à des conceptions dangereuses, consistant, par exemple, à soutenir que le juge est autorisé par l'ordre juridique à statuer sur la base de normes que ce dernier ne reconnaît pas puisque sa décision ne peut être annulée (TEBOUL Gérard, « Remarques sur la validité des règles coutumières internes dans l'ordre juridique français », *RDP* 1998, p. 698).
[4] DICIOTTI Enrico, « Operative Interpretation and Systemic Validity », *in* GIANFORMAGGIO Letizia et PAULSON Stanley (dir.), *op. cit.*, p. 82 ou WEYLAND Inès, article précité, p. 254.
[5] Nous nous séparons à ce stade de certains critiques de la théorie des dispositions alternatives qui tentent de la reconstruire (COMMANDUCCI Paolo, article précité, p. 176 ou GIANFORMAGGIO Letizia, article précité, p. 273) alors qu'il nous paraît plus opportun d'adhérer à une conception de la validité différente de celle de Kelsen en séparant existence et régularité.

vaut bien entendu pour l'approche réaliste de la théorie des normes. L'évocation du réalisme à ce stade peut paraître déroutante dans la mesure où l'opposition entre normativisme et réalisme concerne plus la dogmatique que la théorie. Toutefois, cette division a un effet tel sur le mode de connaissance du droit positif qu'elle ne peut qu'influer sur l'idée que l'on se fait de la structure du système juridique. Le réalisme intégral est historiquement peu intéressé par la hiérarchie des normes. Étant donné qu'il limite la science du droit à l'étude des causes psychologiques ou sociales de l'action du juge[1], il conduit au refus de la réflexion sur ce sujet. La hiérarchie des normes a tout de même fait l'objet d'une analyse réaliste détaillée, particulièrement orientée vers la question de la suprématie de la constitution, de la part du professeur Troper[2]. Elle est basée sur l'idée selon laquelle les normes juridiques sont le produit d'une interprétation et que le juge détermine librement cette interprétation. L'on peut en déduire que les normes juridiques sont produites par le juge ou plus largement par les autorités d'application[3]. Les normes ne sont pas créées lors de leur édiction mais lors de leur application et elles n'ont pas d'autre réalité que l'interprétation[4]. La hiérarchie des normes ne peut alors préexister à l'action du juge : la norme supérieure est celle qui est choisie par le juge au détriment de ses concurrentes[5]. La théorie des dispositions alternatives ne sert à rien dans cette perspective puisque l'hypothèse d'une contradiction objective entre deux normes en dehors de l'interprétation officielle est exclue. La hiérarchie des normes est bâtie par le juge selon ses préférences, ce qui permet d'ailleurs l'existence d'une pluralité de hiérarchies dans un même système juridique[6] car chaque juge suprême peut procéder comme il l'entend. L'étude des relations entre les normes se réduit à celle de la réaction des organes d'application qui est le seul élément susceptible d'être vérifié, à l'opposé de qualités telles que l'irrégularité ou l'annulabilité. L'on retrouve ici le choix exclusif du point de vue externe radical. Notons de plus que cette vision s'est progressivement orientée vers la mise en valeur des justifications employées par les juges en dépassant le simple intérêt pour leurs actions[7], suivant ainsi

---

[1] Voir *supra*, p. 195.

[2] Précisons que le professeur Millard a pu proposé une analyse réaliste distincte de la hiérarchie des normes en la décrivant comme une sorte de contrainte juridique (« La hiérarchie des normes : une critique sur un fondement empiriste », 2005, p. 45). Il n'est pas utile de présenter ici de manière détaillée cette idée dans la mesure où elle repose sur une conception de la théorie générale totalement incompatible avec celle qui base notre étude.

[3] TROPER Michel, « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *in Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 92 ou « Nécessité fait loi. Réflexions sur la coutume constitutionnelle », *in Mélanges offerts au Professeur Robert-Edouard Charlier*, Paris, Éd. de l'université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 320.

[4] TROPER Michel, « Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement », *in Pour une théorie…*, précité, p. 137. Rappelons que le sens du terme « norme » dans les travaux du professeur Troper est très ambigu (voir *supra*, p. 194).

[5] TROPER Michel, « L'interprétation constitutionnelle », *in* MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 24 ou BRUNET Pierre, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 217.

[6] TROPER Michel, « Kelsen, la théorie de l'interprétation… », précité, p. 94.

[7] Voir LE PILLOUER Arnaud, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes*, Paris, Dalloz, 2005, p. 45 ou TROPER Michel, « La logique de justification du contrôle de constitutionnalité », précité, p. 920. C'est notamment dans ce

l'évolution générale du réalisme français. Quoi qu'il en soit, cette conception spécifique de la hiérarchie des normes se caractérise par sa simplicité et son efficacité. Elle évite les discussions sur les relations entre hiérarchie, validation, annulation et applicabilité. Ces débats sont considérés comme relevant d'une rhétorique incluse dans les stratégies de justification des décisions judiciaires. Le rapport avec le droit positif est d'autant plus aisé que la question de la norme valide mais irrégulière est éliminée.

Pour autant, les reproches adressés au réalisme sur le plan dogmatique sont parfaitement transposables sur le plan théorique. Sa coupure avec le point de vue interne indique des buts totalement différents des nôtres. Il ne s'agit pas de proposer une deuxième herméneutique à même de favoriser la compréhension des représentations des acteurs puisque la pertinence même de la connaissance de la première herméneutique pour étudier le droit est niée. En fait, le réalisme propose une première herméneutique alternative qui interprète les faits bruts sans tenir compte directement des représentations partagées par les acteurs. L'interrogation sur la suprématie éventuelle d'une norme européenne aura tendance à se réduire à une prévision du comportement futur des juges européens et nationaux. Le lien entre suprématie et constitutionnalité théorique que nous proposons présuppose au contraire la pertinence d'un questionnement dogmatique mené du point de vue interne à ce sujet. La définition de la supériorité qui est recherchée est appelée à rendre compte des rapports de normes du point de vue interne et non externe. La solution réaliste est cohérente avec l'approche réaliste de la science du droit mais est de ce fait inutilisable pour construire une catégorie théorique fondée sur des caractéristiques dogmatiques dont l'existence est niée par le réalisme. Cette précision est indispensable car la radicalité du réalisme est souvent oubliée par des auteurs qui ont généralement une attitude normativiste mais règlent les questions tenant à la hiérarchie des normes sur la base des actions passées ou prévisibles des juges. Cette position est illustrée par la réduction de l'étude de la primauté du droit communautaire à celle des choix divergents des juges nationaux ou de la Cour de justice[1]. Ce comportement est recevable pour une analyse du point de vue externe mais pas interne et ne permet donc en aucun cas de déterminer ce que doivent faire les autorités en cause. Les deux approches demeurent irréductibles sauf à tomber dans l'incohérence du réalisme dogmatique[2]. La notion théorique de « supériorité » doit être bâtie sur une base normativiste qui exclut les propositions réalistes.

---

cadre qu'a été élaborée une typologie détaillée des différents sens que peut prendre le terme « supériorité » à laquelle nous nous sommes référée plusieurs fois (voir TROPER Michel, « La suprématie de la constitution », *in Études en hommage à Claude Courvoisier*, Dijon, Éd. Universitaires de Dijon, 2005, p. 267).

[1] Voir *infra*, p 679 et s.

[2] Voir *supra*, p. 210 et s.

Dans ce cadre, les critères juridictionnels peuvent jouer un rôle plus modeste à travers les définitions de la supériorité qui mettent l'accent sur l'existence d'un contrôle judiciaire. Il est ainsi assez commun d'affirmer que la suprématie de la constitution est liée au contrôle de constitutionnalité des lois, ce qui revient à dire que N1 ne sera supérieure à N2 que si la conformité de N2 à N1 est garantie par un juge[1]. Cette approche ne se confond pas avec la définition réaliste intégrale puisque ce n'est pas le comportement réel du juge qui est pris en compte mais l'existence de sa compétence pour vérifier la conformité de N2 à N1. Cela peut sembler logique en raison de l'importance concrète de l'intervention des juges sur le sort des normes irrégulières mais cette nouvelle définition de la supériorité présente des faiblesses. Tout d'abord, elle marque une confusion entre l'existence et l'effectivité des règles juridiques. La compétence d'un juge augmente sans doute l'effectivité de la supériorité de N1 sur N2[2] mais elle ne change rien à l'obligation d'édicter N2 en conformité avec N1. Si l'on n'adhère pas au réalisme, il est tout à fait possible de constater une irrégularité sans qu'un juge intervienne, tout comme il est possible de constater un meurtre sans se référer à une cour d'assise. Par ailleurs, quel nom faut-il donner à N1 quand N1 régit l'existence de N2 sans qu'un juge ne soit compétent pour examiner la conformité de N2 à N1[3] ? Étant donné que la supériorité est habituellement évoquée dans cette situation, opter pour une définition se référant au contrôle juridictionnel fait courir le risque de s'écarter des cas typiques tout en construisant une typologie incomplète. En outre, il existe une différence entre une norme qui s'impose à une autorité et une norme qui ne s'impose pas à elle indépendamment de l'organisation des compétences juridictionnelles. La structure du système juridique n'est pas directement touchée par ce dernier élément. Si la constitution est révisée pour exclure la compétence des juges sur le contrôle de conventionnalité dans le droit français actuel, les traités resteront quand même supérieurs à la loi. Prétendre le contraire ne rendrait pas justice aux obligations qui pèsent sur le législateur. En fait, c'est l'intervention du juge qui dépend de la structure du système juridique et non l'inverse, en tout cas dans une perspective normativiste. Sur un tout autre plan, la variété des contrôles juridictionnels envisageables

[1] Voir par exemple, RODRIGUEZ IGLESIAS Gil Carlos, « Quelques réflexions sur la singularité des rapports du droit communautaire avec d'autres ordres juridiques », *in Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, ULB, 2003, p. 401 ou, au-delà du cas de la constitution, AUBY Jean-Marie, « Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public », *in Mélanges dédiés à Robert Pelloux*, Lyon, L'Hermès, 1980, p. 34. Cette vision rejoint dans une certaine mesure la dernière interprétation de Kelsen que nous avons exposée mais la doctrine ne se réfère pas systématiquement à cet auteur ou *a fortiori* à une reconstruction complexe centrée sur la validation et mérite de ce fait un traitement autonome.

[2] Voir FAVOREU Louis, « Vers une justice constitutionnelle communautaire ? », *in* LOUIS Jean-Victor et WAELBROECK Denis (dir.), *Le Parlement européen dans l'évolution institutionnelle*, Bruxelles, ULB, 1989, p. 236. Cette idée ne doit toutefois pas être exagérée car les constitutions jouissent le plus souvent d'une certaine effectivité en dehors de l'action du juge et car celle-ci tend à s'en écarter, en tout cas si on l'apprécie sous l'angle d'une théorie non-réaliste de l'interprétation.

[3] Cette situation équivaut à celle qui caractérisait le rapport entre loi et constitution sous la IIIe République.

fragilise l'utilisation de critères juridictionnels. Ainsi, si le contrôle de constitutionnalité des lois n'est admis qu'*a priori*, faut-il en déduire que la loi n'est inférieure à la constitution que jusqu'à sa promulgation, c'est-à-dire avant qu'elle n'existe en tant que norme juridique ? La diversité des modalités du contrôle concernant les normes visées (loi, acte administratif…), le moment choisi (*a priori* ou *a posteriori*), les autorités compétentes (juge ordinaire, suprême, spécifique…) voire son intensité (contrôle restreint, ordinaire…) multiplie les hésitations quant au type de contrôle exigé pour caractériser la supériorité et quant aux conséquences sur la hiérarchie des normes de la limitation du contrôle juridictionnel. Enfin, la structure du système juridique qui découle de cette conception est incomplète. La place réciproque de la norme contrôlée et de la norme qui base le contrôle est facile à déterminer mais que faire des normes exclues de ces interactions ? Qu'en est-il par exemple des relations entre constitution et principes généraux du droit ? Au vu de ces éléments, la hiérarchie des normes ne peut être bâtie à partir de la seule question de la compétence du juge, ce qui incite à choisir des critères non-juridictionnels (2).

2. LES CRITERES NON-JURIDICTIONNELS

Une fois le critère de la validation écarté, les critères non-juridictionnels disponibles ne sont pas très nombreux. Face à la théorie de la formation du droit par degrés, la principale réponse de la doctrine française est la défense d'une hiérarchie des normes découlant de la hiérarchie des organes. Cette idée ancienne a notamment été formalisée par Carré de Malberg[1]. N1 sera supérieure à N2 si elle est produite par un organe supérieur à celui qui a produit N2. La suprématie équivaut alors à l'édiction par un organe suprême[2], ce qui revient selon certains à être adopté par le peuple[3]. Tout comme la validation, la référence à la hiérarchie des organes peut être vue soit comme une définition soit comme un exposé des conditions dogmatiques d'une supériorité théorique définie par d'autres critères. L'absence de distinction théorie-dogmatique assumée par la doctrine complique la compréhension des solutions proposées à ce sujet. Néanmoins, il paraît peu réaliste d'interpréter la position de Carré de Malberg comme une définition car elle n'est pas intégrée dans une reconstruction du système juridique sur la base de définitions arbitraires. Ce sont bien les représentations des

[1] *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933, p. 35.
[2] Voir par exemple, BLACHÈR Philippe, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, 2001, p. 42 ou CAPITANT René, *Cours de principes de droit public*, Paris, Les Cours de droit, 1953-1954, p. 33.
[3] CHAGNOLLAUD Dominique, *Droit constitutionnel contemporain*, 5e éd., Paris, Dalloz, 2007, T. I, p. 37 ou DEBBASCH Charles, PONTIER Jean-Marie, BOURDON Jacques et RICCI Jean-Claude, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 3e éd., Paris, Economica, 2001, p. 88.

acteurs qui sont en cause comme le montrent les renvois permanents aux concepts révolutionnaires et à leur influence[1], même s'il ne faut pas négliger la dimension conceptualiste de ces travaux[2]. Surtout, il est difficile de saisir quel serait l'intérêt d'une définition théorique de la supériorité appuyée sur la hiérarchie des organes. Elle revient en effet à transférer la notion de supériorité des normes vers les organes, ce qui laisse entière l'interrogation sur son sens. Il est impossible de chercher une réponse dogmatique en se référant à une hypothétique classification valide des organes car cela impliquerait une rupture de l'autonomie de la théorie qui condamnerait toute perspective comparatiste. La supériorité organique doit donc être une catégorie théorique, ce qui implique que le problème n'a été que déplacé. En outre, il paraît plus habituel de faire dépendre la hiérarchie théorique des organes de la hiérarchie des normes que l'inverse. Ainsi, dans un système juridique quelconque, si les normes N1 produites par un organe O1 sont systématiquement annulées[3] quand elles entrent en conflit avec les N2 produites par O2, l'on aura tendance à évoquer la subordination de O1 à O2. Cela s'explique aisément parce que l'activité d'O1 sera alors conditionnée par le respect de l'activité d'O2. O2 est même susceptible d'édicter des normes encadrant directement l'activité d'O1 puisque les N1 contredisant ces N2 seront annulées. L'on voit ici pourquoi la hiérarchie théorique des organes est conditionnée par la hiérarchie théorique des normes[4]. Si l'on admet cet argument, la définition de la hiérarchie des normes par la hiérarchie des organes conduirait à une circularité condamnable[5]. L'impossibilité d'utiliser ce critère empêche même de l'évaluer : nous ne pouvons savoir si ses résultats concordent avec les cas typiques car nous ne sommes pas en mesure de classer les normes sur cette base. Il reste envisageable de construire de manière purement arbitraire une hiérarchie théorique des organes mais l'on ne voit pas où mène une telle démarche qui impose de couper la hiérarchie des normes de la résolution des conflits de normes en droit positif. Ces constats empêchent d'utiliser la hiérarchie des organes comme base de la définition théorique de la supériorité.

---

[1] CARRÉ DE MALBERG Raymond, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, p. 16 ou CAPITANT René, *Cours de principes de droit public*, Paris, Les Cours de droit, 1955-1956, p. 7. Pour une analyse de ce comportement, voir TROPER Michel, « 1789, l'invention de la constitution », *in Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 168.

[2] Sur cette dimension de l'approche de Carré de Malberg, voir MAULIN Éric, « Carré de Malberg Raymond », *in* CAYLA Olivier et HALPÉRIN Jean-Louis (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 88. Notons toutefois que celle-ci ne change rien au débat que nous menons ici. Le conceptualisme se détache des représentations des acteurs mais la fonction affectée aux concepts n'a rien de théorique : c'est bien la modification ou la justification du droit positif qui est l'enjeu de ces constructions.

[3] Précisons que l'on évoque l'annulation de manière approximative car cette notion a vocation à être remplacée par l'élément déterminant de la hiérarchie au sens théorique que nous n'avons pas déterminé pour le moment.

[4] Pour un exemple clair, voir LIMBACH Jutta, « The Concept of the Supremacy of the Constitution », *MLR* 2001, p. 1.

[5] Cette remarque vaut aussi pour les définitions de la supériorité fondées sur la compétence, c'est-à-dire pour les auteurs qui soutiennent que N1 est supérieure à N2 si N1 limite les compétences d'O2 (pour un exemple proche, voir AMSELEK Paul, article précité, p. 997). En fait, c'est la supériorité de N1 sur N2 qui lui permet de limiter les compétences de N2 et non l'inverse. Définir la supériorité par la limitation des compétences aboutit donc à une circularité intenable.

Il reste alors à envisager la seconde voie : la hiérarchie des organes ne servirait pas à définir théoriquement la supériorité mais à fixer les conditions dogmatiques de la réalisation concrète de la supériorité théorique[1]. La hiérarchie des organes relève alors de la dogmatique : si l'on s'interroge pour savoir si N1 doit être conforme à N2 ou si N2 peut l'emporter sur N1 en cas de conflit[2], l'on doit chercher la réponse dans la hiérarchie des organes fixée par le droit positif[3]. Le passage de la théorie à la dogmatique implique une évaluation sur des fondements très différents car la fécondité ou le rapport avec le prototype ne sont plus en cause. Étant donné que chaque système juridique est libre de fixer le régime juridique de ses normes, aucune réponse générale n'est concevable. Une approche dogmatique ne suffit donc pas à satisfaire les auteurs qui donnent une validité générale à la hiérarchie des organes qu'ils défendent[4]. Une hiérarchie donnée peut valoir dans un ou plusieurs droits mais ne peut pas avoir de valeur générale et intemporelle. Une vision opposée marque un conceptualisme qui se rapproche de ce que l'on avait déjà pu observer lors de l'analyse du critère de validation. De plus, il paraît difficile de situer l'origine de la hiérarchie des normes dans la hiérarchie des organes. La « valeur » juridique de chaque organe ne peut en effet lui être attribuée que par une norme puisqu'il s'agit d'une qualité juridique. Dès lors, la question de la place des normes fixant ces valeurs et de leur conflit éventuel se posera fatalement. Il ne pourra être résolu qu'au prix d'une hiérarchie des normes détachée des organes. Ces divers problèmes expliquent pourquoi personne n'a jamais proposé de hiérarchie des organes complète et durable[5]. D'ailleurs, même s'il était possible d'y parvenir, cette éventualité n'a pas d'intérêt direct pour la définition théorique de la constitution car la définition théorique de la supériorité reste vague alors que sa précision est indispensable pour clarifier le sens théorique du terme « constitution ». L'apport d'une telle réalisation serait purement dogmatique.

Le critère organique n'est cependant pas le seul critère non-juridictionnel imaginé par la doctrine. Cette dernière se réfère notamment à l'invalidation : N1 sera supérieure à N2 si N2 est invalide en cas de contradiction avec N1. Il s'agit d'un véritable critère théorique qui ne

---

[1] Voir, parmi de nombreux exemples, DEPUSSAY Laurent, « Hiérarchie des normes et hiérarchie des pouvoirs », *RDP* 2007, p. 439 ou LAMPERT Joseph, *La distinction des lois constitutionnelles et ordinaires dans les différents États de l'Europe moderne*, Mulhouse, Alsatia, 1931, p. 29.

[2] Nous prenons ici deux exemples censés incarner approximativement ce critère théorique de la supériorité.

[3] Pour une illustration claire, voir CHAPUS René, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.* 1966, p. 106. Dans ce cadre, il n'est pas rare qu'un appui soit recherché dans des théories politiques. Voir ainsi, PACTET Pierre et MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Droit constitutionnel*, 27e éd., Paris, Sirey, 2008, p. 73.

[4] Pour des exemples, voir DEBBASCH Charles *et alii*, *op. cit.*, p. 88 ou dans une moindre mesure, QUERMONNE Jean-Louis, *L'évolution de la hiérarchie des actes juridiques en droit public français*, Thèse, Caen, 1952, p. 230.

[5] LACHAUME Jean-François, *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français*, Paris, LGDJ, 1966, p. 157 ou DE BÉCHILLON Denys, « Sur la conception française de la hiérarchie des normes », *RIEJ* 1994.32, p. 92.

peut pas servir au niveau dogmatique[1]. Il n'a pas fait l'objet d'une théorisation complexe mais est présent dans la doctrine classique[2] et particulièrement répandu dans les travaux consacrés aux rapports entre droits nationaux et européen. Il y est employé pour prouver qu'il ne faut pas assimiler la primauté du droit communautaire à une relation hiérarchique. L'idée défendue est assez simple : puisque cette primauté oblige à laisser inappliquées les normes nationales contraires au droit communautaire mais pas à les invalider, elle n'équivaut pas à une relation hiérarchique[3]. Ce raisonnement est contestable sur le plan dogmatique car la position du droit communautaire est ambiguë[4], mais ce n'est pas notre préoccupation à ce stade. Limitons-nous à évaluer la définition stipulative liant supériorité et invalidation sur laquelle il repose[5]. Il n'existe bien sûr pas de vérité sur ce point, mais il est souhaitable de préciser les valeurs logique et scientifique de ce choix. Sa précision semble suffisante même si la variété des modalités de contrôle juridictionnel doit être rappelée car l'invalidation est le plus souvent opérée par un juge. Toutefois, rien n'interdit de s'attacher à l'invalidation sans plus de précision[6]. Son adéquation avec les cas typiques de supériorité est nettement plus difficile à établir. Ainsi, le rapport entre la constitution et les lois aux États-Unis fait figure de cas typique alors qu'il débouche sur l'inapplicabilité des lois inconstitutionnelles[7]. Le fait qu'il s'agisse à la fois du premier exemple historique et d'une référence du contrôle de constitutionnalité des lois rend peu crédible une notion théorique de supériorité qui l'exclurait[8]. Le droit administratif français offre également des situations instructives à l'image du statut des traités internationaux. Les lois contraires sont frappées d'inapplicabilité alors que les règlements contraires sont invalidés ou inappliqués en fonction de la date du

[1] Il incarne une sorte de face négative du critère de validation. Il est proche de la reconstruction de ce critère qui lie validation et fixation des conditions d'annulabilité. Il mérite toutefois d'être traité de manière spécifique parce qu'il est utilisé par la doctrine sans se référer à Kelsen.

[2] Pour des idées proches, voir, LUCIANI Massimo, « Rapport italien », *AIJC* 1990, p. 165 ou LAUVAUX Philippe, *Les grandes démocraties contemporaines*, 3e éd., Paris, PUF, 2004, p. 142.

[3] Pour illustrer cette conception extrêmement répandue, voir PRECHAL Sacha, « Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union », *RCADE* vol. XVI/2, p. 52 ou MABAKA Placide, *Problèmes et perspectives constitutionnels du processus de l'intégration européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 364. Notons que cet argument est parfois repris à propos du droit international (voir TOUBLANC Alix, « L'article 103 et la valeur juridique de la Charte des Nations Unies », *RGDIP* 2004, p. 454).

[4] Voir *infra*, p. 682.

[5] Les auteurs impliqués ne soutiennent pas explicitement la dimension théorique et stipulative de leur prise de position car ils peuvent s'attacher à la connotation politique de la hiérarchie ou à une approche essentialiste pour conférer une objectivité apparente à leur choix. Cela ne change rien à la manière dont nous devons l'appréhender.

[6] L'invalidation n'est pas directement envisagée dans les typologies élaborées par le professeur Troper mais elle s'apparente à la combinaison des sens d et e de sa première typologie (« En guise d'introduction… », précité) ou plus probablement aux sens 5 et 7 d'une version postérieure de celle-ci (« Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste », *in* ZOLLER Elisabeth (dir.), *Marbury v. Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, Paris, Dalloz, 2003, p. 227).

[7] CONSTANTINESCO Vlad et PIERRÉ-CAPS Stéphane, *Droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, PUF, 2007, p. 93.

[8] De plus, si l'on prétend définir la constitution par la suprématie, une notion de suprématie qui ne couvrirait pas le cas américain serait synonyme d'échec puisque la Constitution des États-Unis est un cas typique de constitution.

recours. Pourtant, la doctrine parle de supériorité dans tous les cas[1]. L'écart avec le prototype influe même sur la fécondité de la définition retenue. L'on ne voit pas vraiment à quoi cela sert d'affirmer que le statut du droit communautaire n'a pas de rapport avec une quelconque supériorité tout en reconnaissant qu'il équivaut au statut de la Constitution des États-Unis vis-à-vis des lois fédérales et fédérées. Mieux, l'opposition entre invalidité et inapplicabilité est très relative. Certes, la norme invalidée disparaît du système juridique quand la norme inappliquée n'est écartée que dans certaines affaires[2]. Néanmoins, la portée pratique de cette différence est très faible quand la norme protégée est une norme générale dotée d'un large champ d'application[3]. Le droit américain montre que l'inapplicabilité protège aussi bien la Constitution que le ferait l'invalidation. En cas de conflit de normes, l'applicabilité a exactement le même effet que l'invalidation car l'applicabilité de la norme contestée ne survit que dans les domaines où la norme protégée n'est pas applicable, autrement dit dans les domaines où il n'existe pas de conflit de normes. Or, il ne faut prendre en considération l'opposition entre inapplicabilité et invalidation lors de la construction des catégories théoriques que dans la mesure où elle permet d'améliorer la compréhension de la structure du système juridique. Les auteurs impliqués dans ce débat n'apportent pas vraiment d'arguments en ce sens. Ils se contentent le plus souvent d'affirmer que l'inapplicabilité montre une rupture avec la hiérarchie des normes comme si l'emploi arbitraire de ce mot était un enjeu en tant que tel. La description de la primauté comme une simple « règle de conflit »[4] n'y change rien car une règle permettant l'invalidation répond aussi à cette description en tant qu'elle règle les conflits. En tout cas, ce qualificatif ne permet pas de faire la preuve d'un rapport horizontal marquant une organisation en réseau. L'inapplicabilité débouche *de facto* sur la subordination systématique d'une norme à une autre, et donc d'une autorité à une autre, sans que l'on voit ce qui pourrait contredire le caractère manifestement vertical de ce genre de rapport. L'application préférentielle générale et systématique à sens unique n'a rien d'une

[1] Voir RIDEAU Joël, « Droit communautaire et droit administratif, la hiérarchie des normes », *AJDA* 1996, numéro spécial, p. 7 ou FAVOREU Louis, « Le Conseil constitutionnel et le droit international », *AFDI* 1977, p. 116.

[2] Cela permet notamment d'assurer le respect de la primauté du droit communautaire en prévoyant dans la constitution une clause générale de dérogation, ce qui ne serait pas le cas si cette primauté impliquait l'invalidation des normes contraires. Pour une analyse proche, voir MODERNE Franck, « Présentation de la question dans la Déclaration du Tribunal constitutionnel espagnol du 13 décembre 2004 », *RFDA* 2005, p. 46.

[3] En ce sens, voir BAQUERO CRUZ Julio, « The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement », EUI Working Paper n°2007/13, p. 21 ou PRECHAL Sacha, article précité, p. 53.

[4] Cette expression est désormais très à la mode (voir LABAYLE Henri et SAURON Jean-Luc, « La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe », *RFDA* 2005, p. 13 ou LEVADE Anne, « Le Conseil constitutionnel aux prises avec la Constitution européenne », *RDP* 2005, p. 33), mais son emploi à propos de la primauté du droit communautaire n'a rien de récent (pour un exemple ancien, voir DARRAS Jean, *La contribution des juridictions nationales à la construction communautaire*, Thèse, Lille II, 1975, p. 175).

relation horizontale[1] et est encore moins la preuve d'une recherche de consensus[2]. La place de la constitution nationale est clairement fragilisée[3] par son inapplicabilité supposée en cas de conflits sans que l'on puisse y voir l'émergence d'une logique non-conflictuelle. Les limites de la mode de la différenciation entre primauté et supériorité est confirmée par la lecture hiérarchique classique, à droit constant, de la relation droit communautaire-droit national[4] qui est bien loin de séparer primauté et suprématie[5]. En sortant un peu de la théorie, force est de constater que la Cour de justice des Communautés ne sépare pas du tout primauté et suprématie[6]. La poursuite d'objectifs politiques[7] ne peut suffire à légitimer des choix doctrinaux qui paraissent troubler la compréhension de la structure du système juridique en minorant indûment la portée de la primauté du droit communautaire. Pour finir, la doctrine ne précise pas quel nom il faut donner aux normes protégées par l'inapplicabilité si l'on décide de réserver le terme « supériorité » aux normes protégées par l'invalidation. Cette proposition ne doit pas être retenue, ce qui incite à chercher un critère plus large (II).

II. PROPOSITION D'UN NOUVEAU CRITERE THEORIQUE

Le caractère insatisfaisant des définitions théoriques de la supériorité impose de chercher un critère suffisamment englobant pour couvrir l'ensemble des usages de ce terme et assez précis pour clarifier la catégorie théorique de constitution. Il s'agit encore une fois de proposer une redéfinition, c'est-à-dire une stipulation soumise à de fortes contraintes. Elle devra permettre de rendre compte de la supériorité en général (A), ce qui n'exclut pas d'ajouter des éléments propres à la suprématie constitutionnelle (B).

---

[1] La préférence systématique et générale pour une catégorie de sources du droit spécifique oppose la primauté aux règles de conflit du droit international privé ou à la relation entre loi spéciale et loi générale. Pour un avis contraire, voir GAUDIN Hélène, « Autour de la Constitution européenne », *Annuaire de droit européen* vol. 1, p. 124 ou THYM Daniel, « European Constitutional Theory and the Post-Nice Process », *in* ANDENAS Mas et USHER John (dir.), *The Treaty of Nice and Beyond. Enlargement and Constitutional Reform*, Oxford, Hart, 2003, p. 161.

[2] En sens contraire, voir MABAKA Placide, *op. cit.*, p. 364 et dans une moindre mesure, MAGNETTE Paul et LACROIX Justine, « European Union Constitutionalism and the American Experience », *in* DE BURCA Grainne et SCOTT Joanne (dir.), *Law and New Governance in the European Union and the United-States*, Oxford, Hart, 2006, p. 377.

[3] Pour un avis opposé, voir DUBOS Olivier, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, 2001, p. 867.

[4] Voir, parmi de nombreux exemples, CHALTIEL Florence, « La Constitution française et l'Union européenne », *RMCUE* 1999, p. 236 ou D'ASPREMONT LYNDEN Jean et DE BEYS Julien, « La primauté du droit européen dans le contentieux objectif de la légalité », *JTDE* 2004, p. 203.

[5] Pour des exemples, voir AZOULAI Loïc, « La Constitution et l'intégration », *RFDA* 2003, p. 863 ou OBRADOVIC Daniela, « Community Law and the Doctrine of Divisible Sovereignty », *Legal Issues on European Integration* 1993, p. 4.

[6] Ainsi, en anglais, la Cour de justice emploie indifféremment « *supremacy* » et « *primacy* » (voir CJCE, 13 février 1969, Walt Wilhelm, aff. 14/68 et 13 janvier 2004, Allonby, C-256/01). Les avocats généraux emploient eux aussi les termes « *supremacy* » (JACOBS M.F.G., Conclusions sous CJCE, 26 novembre 1998, Bronner, C-7/97) et « suprématie » (COSMAS George, Conclusions sous CJCE, 26 septembre 2000, IGI, C-134/99 ou JACOBS M.F.G., Conclusions sous CJCE, 12 juin 2003, Schmidberger, C-122/00). Il arrive même que le terme « supremacy » soit traduit par « primauté » (voir TIZZANO Antonio, Conclusions sous CJCE, 19 octobre 2004, Zhu et Chen, C-200/02).

[7] Pour un exemple, voir MAYER Franz, « Supremacy Lost ? », *German Law Journal* 2005, p. 1503.

A. La supériorité comme capacité de déterminer l'applicabilité de la norme inférieure

Les difficultés mises en valeur par l'élucidation des définitions de la supériorité incitent à faire preuve de prudence dans sa redéfinition. La construction d'un nouveau critère (1) ne pourra être envisagée qu'à condition que le choix opéré soit fortement justifié (2).

1. LE CHOIX DU NOUVEAU CRITERE

Nous adoptons ici une démarche progressive consistant à établir les insuffisances des critères potentiels pour avancer vers un critère aussi précis et efficace que possible. Celui-ci devra être lié à la résolution des conflits de normes au regard du lien relevé entre cette question et l'emploi du terme « supériorité » dans le discours sur le droit. Dans ce cadre, la référence à l'invalidation paraît logique mais ses faiblesses nous conduisent vers une vision moins exigeante des relations de régularité et d'irrégularité. Nous pourrions alors lier le positionnement hiérarchique et la fixation d'obligations s'imposant à la norme inférieure : N1 est supérieure à N2 si N2 doit être conforme à N1 ou si O2 est tenu de respecter N1 dans l'édiction de N2[1]. Cela revient à dire que N1 est supérieure à N2 si N1 détermine les conditions de régularité de N2. Cette approche est assez large pour ne pas se limiter à une seule sorte de verticalité et ne pas écarter, à première vue, des cas typiques. Cependant, ce critère n'est pas facile à utiliser. Les normes sont rarement explicitement destinées à un organe spécifique. Au contraire, l'incertitude règne le plus souvent sur l'identité des autorités soumises à une obligation donnée car les normes valides créent généralement une obligation, c'est-à-dire une raison pour agir, pour toutes les personnes placées dans une situation donnée sans préciser qui est concerné[2]. Par exemple, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen protège la liberté d'expression mais ne précise pas si elle s'impose au citoyen, au législateur ou à une autre autorité. La dissociation apparente entre existence et portée de l'obligation tient en réalité au fait que la liste des destinataires de l'obligation dépend en partie de la hiérarchie des normes[3] : les règles de conflit influent sur la portée de l'obligation[4]. Se

[1] En ce sens, voir DUVERGER Maurice, *Cours de droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, Sirey, 1946, p. 121 ou OLSON Terry et CASSIA Paul, *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, Paris, PUF, 2006, p. 7.

[2] Cette présentation s'oppose à l'idée selon laquelle une norme prévoyant une obligation de conformité n'a de sens que si la non-conformité est condition de validité, d'annulation ou d'inapplication (pour une approche de ce genre, voir PFERSMANN Otto, *in* RIALS Stéphane et ALLAND Denis (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 782).

[3] L'influence de la hiérarchie des normes sur la liste des destinataires peut surprendre mais peut-on vraiment croire qu'une loi qui prétendrait limiter le contenu de la constitution s'imposerait vraiment au pouvoir constituant ? L'on voit ici la tension entre le champ d'application revendiqué, qui dépend de S1, et la portée réelle d'une norme.

[4] Cette construction peut toutefois être critiquée en tant qu'elle paraît fondée sur une approche *a posteriori* de l'obligation dépendant des sanctions encourues, ce qui n'est pas cohérent par rapport à la conception de l'obligation adoptée. Dans ce cas, nous ne disposons d'aucun moyen de séparer les organes auxquels est adressée une norme donnée.

rapporter au contenu des normes ne permet donc pas de les classer sur la base du critère envisagé, ce qui le rend ni fonctionnel ni autonome puisqu'il repose sur le statut hiérarchique de la norme en cause[1]. En outre, il n'est pas totalement lié à la résolution des conflits de normes. L'irrégularité de N2 qui résulte de sa contradiction avec N1 à laquelle O2 est tenu est une information utile sur le respect du droit par O2 et peut éventuellement guider son action mais elle ne suffit pas à régler le conflit entre N1 et N2. En effet, l'irrégularité de N2 n'implique pas, en tant que elle, son invalidité, son inapplicabilité ou son annulabilité[2]. Le détachement entre le critère examiné et les conflits de normes tient aux particularités des règles de conflit. Elles visent à éliminer les contradictions entre normes et ne se confondent pas avec les règles de compétence[3]. Le premier critère traité porte en fait plus sur les organes normatifs que sur le statut des normes elles-mêmes[4]. La volonté de conserver la relation entre supériorité et conflits de norme dans le cadre d'un débat sur l'adaptation polarisé par l'opposition entre droits constitutionnels nationaux et européens pousse à poursuivre l'analyse de l'utilisation possible de la notion de régularité.

L'attention portée aux règles de conflits conduit à évaluer le rôle potentiel des solutions autres que l'invalidation qu'elles peuvent prévoir. Dans cette perspective, l'inopposabilité mérite d'être envisagée. Elle est parfois évoquée à propos des relations entre droit international et interne : la primauté du droit international se traduirait ainsi par l'inopposabilité des normes nationales aux normes internationales[5]. Il est possible de soutenir que cet exemple n'a aucun rapport avec une règle de conflit. L'inopposabilité signifierait alors que les normes nationales n'ont pas de pertinence dans l'ordre international, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas reconnues par celui-ci, qu'elles n'existent pas en tant que normes dans cet ordre juridique. En conséquence, il n'y aurait pas de conflit de normes car le conflit suppose la contradiction entre deux normes existantes[6]. Dans tous les cas, l'inopposabilité peut parfois servir à régler le conflit entre deux normes valides. Elle reviendra alors à l'inapplicabilité de

[1] Autrement dit, il faudra statuer sur la place de N1, et donc sur sa supériorité au sens ordinaire sur N2, avant de savoir si elle s'impose à O2. Le critère n'est dès lors pas véritablement utile sur le plan théorique.
[2] Ajoutons que se concentrer sur l'irrégularité implique de négliger sans raison les conditions d'existence des normes.
[3] Les règles de conflit non-hiérarchiques comme les principes *lex posterior* ou *lex specialis* illustrent idéalement cette idée car elles n'ont ni pour objet ni pour effet de réglementer les compétences des organes normateurs.
[4] Ce constat montre au passage que ce premier critère est inadapté aux normes spontanées qui ne sont pas le produit de l'action d'un quelconque organe car la valeur des obligations qu'elles portent est de ce fait mystérieuse.
[5] Voir par exemple, CARREAU Dominique, *Droit international*, 9e éd., Paris, Pedone, 2007, p. 61. Cette vision des rapports entre droits international et internes figure notamment à l'art. 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui affirme que « une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ».
[6] Rien n'interdit bien sûr d'étendre la notion de conflit pour qu'elle couvre aussi les contradictions entre des normes qui existent dans des ordres juridiques distincts. Cependant, ce genre de situation n'a pas de rapport avec les règles de conflit puisque l'applicabilité ou la validité des normes « en conflit » ne pose aucune difficulté. De plus, opter pour une telle extension impliquerait de voir des conflits en tous genres (avec les règles de la morale, des religions, du crime organisé…) sans lien avec la hiérarchie des normes, sauf à étirer là-encore ce concept de manière déraisonnable.

la norme dite « inopposable ». Nous arrivons à ce stade à la principale alternative à l'invalidation pour régler les conflits de normes : la priorité d'application[1]. N1 est applicable prioritairement à N2 si un éventuel conflit entre ces deux normes débouche sur la non-application de N2 sans que son existence même ne soit contestée. Cette technique juridique permet de régler les conflits de normes de manière moins radicale que l'invalidation. Pour autant, nous avons déjà pu voir que son rapport avec la hiérarchie des normes est difficilement contestable parce qu'elle a des effets comparables à l'invalidation en ce qui concerne le conflit. Plus largement, elle aboutit à limiter l'effet de la norme inappliquée et la marge de manœuvre de l'organe qui est compétent pour la produire[2]. Cela ne veut pas dire que la supériorité peut être assimilée à la priorité d'application. L'invalidation n'est pas indispensable mais elle n'est certainement pas négligeable car elle reste un cas emblématique de relation verticale entre deux normes. Pour dépasser ce problème, nous pouvons redéfinir l'applicabilité prioritaire en séparant un sens strict et un sens étendu. Au sens strict que nous venons de décrire s'ajoute un sens étendu qui désigne tout procédé juridique susceptible de garantir l'application d'une norme au détriment d'une autre lors d'un conflit. L'invalidation sera alors couverte par ce sens étendu puisque son effet principal est d'assurer l'application de la norme qu'elle protège contre les normes opposées. Dans cette nouvelle typologie, la supériorité se rapporte à toute priorité d'application et se divise en deux sous-catégories. Ce critère n'est pas spécialement lié à l'intervention d'un juge car même l'administration ou un simple citoyen peuvent être concernés par ces techniques si le droit le prévoit.

Ce critère n'est néanmoins pas parfait. Il conduit à une description de la structure du système juridique qui paraît peu opportune. Ainsi, dans le droit français antérieur à 2009, l'on peut déceler certaines formes d'applicabilité préférentielle de la loi voire du règlement sur la Constitution. Le juge ordinaire, mais aussi les autorités publiques dans leur ensemble, ne sont pas à même d'écarter une loi contraire à la Constitution. De ce fait, si le contrôle de constitutionnalité *a priori* n'a pu avoir lieu, ce type de loi sera applicable au détriment de la Constitution, ce qui signifie qu'un conflit entre loi et Constitution est réglé par l'inapplication de cette dernière. La technique de l'écran législatif étend même cette solution aux règlements. Les traités internationaux se retrouvent dans des configurations comparables[3] en cas de conflit

[1] Pour des analyses de ce type, voir AUBY Jean-Marie, article précité, p. 23 ou dans une moindre mesure PICOT Fabrice, « La normativité du droit communautaire », *CCC* n°21, p. 97. Cette vision de la supériorité correspond aux sens f et g évoqué par le professeur Troper dans sa première typologie (« En guise d'introduction… », précité).

[2] Nous pensons ici aux cas dans lesquels l'inapplication se fait de manière systématique à sens unique entre deux catégories de normes. L'application préférentielle des normes spéciales ou postérieures n'appelle bien sûr par les mêmes remarques.

[3] Cette situation a parfois été qualifiée de suprématie « matérielle » (voir VERDIER Marie-France, « L'européanisation de la Constitution française », *Politeia* n°8, p. 384).

indirect. Une norme sera en conflit direct avec la Constitution si l'on veut l'utiliser pour écarter ou réviser la Constitution, ce que les juges français refusent[1]. Elle sera en conflit indirect si la Constitution exige qu'elle soit inappliquée ou invalidée, ou plus simplement la contredit. Ce dernier type de conflit débouche, pour des raisons procédurales, à des solutions favorables aux lois et aux traités internationaux. Or, ces éléments n'ont jamais empêché la doctrine d'évoquer la supériorité de la Constitution sur ces normes[2]. Le manque d'effectivité de cette supériorité est parfois regretté, mais son principe est si peu contesté qu'il a paru logique de voir dans la suprématie une qualité indissociable de la notion de constitution[3]. Pour rester en contact avec l'usage répandu, nous devons donc dégager un critère qui préserve la suprématie de la Constitution malgré la présence de normes s'appliquant prioritairement à son détriment. Il semble que la capacité à fixer le régime juridique puisse satisfaire ces exigences[4]. La Constitution peut fixer comme elle l'entend le régime des traités et des lois en droit français[5]. Elle peut prévoir son applicabilité préférentielle en cas de conflits indirects ou instaurer un système d'invalidation, par exemple en conférant au juge ordinaire la compétence de contrôler la constitutionnalité des lois. En revanche, il paraît exclu qu'une loi prévoie un contrôle de légalité de la Constitution[6] ou une applicabilité prioritaire en sa faveur. La Constitution maîtrise le régime juridique de la loi alors que la réciproque n'est pas vraie. Ce déséquilibre n'a rien de neuf puisque, sous la IIIe République, la doctrine n'a jamais paru douter de la capacité du constituant à instaurer un contrôle de constitutionnalité s'il le souhaitait[7]. Avec ce critère, l'appréciation de la supériorité se déplace des rapports actuels vers les rapports potentiels car elle tient aux capacités de la norme examinée, même si elle n'organise pas de procédures assurant son effectivité[8]. Ces capacités sont incontournables car le système juridique français avec une constitution supérieure dans le sens stipulé est différent

---

[1] Il s'agit du cas traité par le fameux arrêt Sarran (CE Ass., 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres, n°200286).

[2] Cela n'a d'ailleurs rien de nouveau. Voir ainsi, WALBROECK Michel, *Traités internationaux et juridictions internes dans les pays du Marché commun*, Paris, Pedone, 1969, p. 290. Si certains prétendent que les droits international et communautaire sont supérieurs à la Constitution, c'est le plus souvent pour revendiquer des conditions d'applications plus favorables et non pour décrire précisément la situation actuelle telle qu'elle se présente du point de vue du droit français.

[3] Voir *supra*, p. 562.

[4] Pour idée apparentée, voir VERDROSS Alfred, « Le fondement du droit international », *RCADI* 1927-I, p. 295.

[5] Pour des détails concernant les traités internationaux, voir *infra*, p. 691.

[6] Le sort exact d'une telle norme est incertain, faute d'exemples historique, mais il paraît probable qu'elle serait considérée comme inapplicable sans être invalidée, à l'image du droit international dans l'arrêt Sarran, en tant qu'elle exige que les juges et les autorités publiques écartent directement la Constitution sur la base de la loi.

[7] Voir, pour un exemple d'époque, GAJAC Jean, *De la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires*, Thèse, Bordeaux, 1903, p. 223 et pour une analyse récente, GENEVOIS Bruno, « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *in* CHAGNOLLAUD Dominique (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 181. Voir tout de même, en sens contraire, CAPITANT René, *op. cit.*, p. 192 et MAULIN Éric, « Le principe de constitutionnalité des lois dans la pensée de R. Carré de Malberg », *RFDC* 1995, p. 88.

[8] Nous nous opposons donc totalement à la réduction de la suprématie de la constitution au contrôle de constitutionnalité des lois. Pour des positions opposées, voir FAVOREU Louis, « De la démocratie à l'État de droit », *Le Débat* n°64, p. 158 ou KLEIN Claude, « À Propos Constituant Power : Some General Views in a Modern Context », *in* JYRÄNKI Antero (dir.), *National Constitutions in the Era of Integration*, Dordrecht, Kluwer, 1999, p. 34.

du même système sans cette constitution, indépendamment de la présence ou non d'une forme de contrôle de constitutionnalité. La compétence du constituant et l'applicabilité de certaines lois varient en effet en fonction de cet élément.

Ce critère présente tout de même des défauts. Tout d'abord, il tend à centrer l'analyse sur les organes plutôt que les normes, puisque c'est à eux que la compétence de réglementer le régime juridique bénéficie. Ensuite, il aboutit à des raisonnements étonnants dans certains cas. Si N1 fixe le régime juridique de N2, Constitution et lois par exemple, tout est simple. En revanche, il est plus compliqué d'élucider les rapports entre lois et règlements. D'un côté, le régime juridique des règlements est déterminé par la Constitution et non par la loi. De l'autre, il est difficile de contester la supériorité des lois sur les règlements puisque les règlements illégaux sont susceptibles d'invalidation ou au moins d'inapplication. Si l'on étend la perspective, quand N1 donne la solution du conflit entre N2 et N3 au profit de N2, l'on aurait tendance à proposer une hiérarchie N1>N2>N3 alors que le critère retenu implique une hiérarchie N1>N2, N1>N3 et N2=N3 puisque N2 n'a pas plus d'influence sur le régime de N3 que l'inverse. Ce constat est gênant car il est fréquent que les conflits soient réglés par une troisième norme. Nous sommes dès lors contraint de revoir le critère choisi en assimilant la supériorité à la capacité à déterminer l'applicabilité, au sens étendu, de la norme inférieure. Si l'on retient cette option, les lois seront bien supérieures aux règlements dans la mesure où l'applicabilité des règlements dépend des lois. C'est pourquoi le critère correspond ici à la hiérarchie intuitive. Dans le même temps, la supériorité de la Constitution sur les lois sous la IIIe République est préservée. Certes, les lois n'étaient pas systématiquement inapplicables en cas de contradiction avec la Constitution, mais le constituant avait la possibilité d'édicter des règles sur l'application ou l'applicabilité des lois alors que l'inverse était impossible[1]. De plus, le critère retenu entretient un rapport étroit avec les conflits de normes puisque la capacité de la Constitution à s'imposer à la loi montre en dernière analyse une applicabilité de principe qui est indispensable pour expliquer la priorité sur la loi d'une éventuelle révision visant à instaurer un contrôle de constitutionnalité des lois[2]. Le critère de la supériorité peut donc être formulé comme la capacité à déterminer l'applicabilité ou comme l'applicabilité

[1] L'existence du contrôle de caducité renforce encore cette possibilité : les lois incompatibles avec des révisions postérieures de la constitution sont en effet depuis longtemps laissées inappliquées par le droit français. Pour des arrêts en ce sens, voir CE Sect., 20 juin 1958, Fédération mondiale de la jeunesse démocratique, Rec., p. 363 ; CE Ass., 16 décembre 2005, Ministre des affaires sociales, n°259584 ou Cons. const., n°85-187 DC du 25 janvier 1985 et, pour des analyses, DUBRULLE Jean-Baptiste, « La compatibilité des lois avec la Constitution : un contrôle de constitutionnalité », *AJDA* 2007, p. 127 ou TRÉMEAU Jérôme, « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *AIJC* 1990, p. 219 et s.

[2] Cette règle entrerait en effet en conflit avec les lois qu'elle permet d'écarter ou d'invalider. Pour qu'elle soit envisageable, ce que personne ne conteste, il faut que la Constitution puisse l'emporter sur la loi à volonté. C'est pour cela que la Constitution peut instaurer un contrôle de constitutionnalité de la loi mais que la loi ne peut pas instaurer un contrôle de légalité de la Constitution dans un système où aucun contrôle n'est prévu à l'origine.

préférentielle de principe. Cela permet de combiner les avantages des critères d'applicabilité et de capacité à déterminer le régime juridique tout en évitant leurs défauts respectifs.

Pour terminer, il faut statuer sur le sort des maximes horizontales de règlement des conflits de normes. La priorité accordée aux normes postérieures leur donne la capacité de peser sur l'applicabilité des normes antérieures, ce qui peut sembler couvert, à tort, par le critère de la supériorité. Cette objection peut être écartée par une ultime reformulation : N1 est supérieure à N2 si la catégorie dogmatique de N1 est systématiquement capable de fixer l'applicabilité de la catégorie dogmatique de N2[1]. Le passage par les catégories dogmatiques est logique puisque nous nous attachons au régime juridique et que celui-ci est fixé pour des catégories de normes et non pour des normes isolées[2]. Il permet aussi d'écarter les règles de conflit du droit international privé, qui ne reposent pas sur les catégories dogmatiques nationales, et d'éliminer toute hiérarchie déplacée entre deux normes N1 et N2 issues d'une même catégorie quand N1 fixe le régime juridique de N2[3]. Nous disposons au final d'une typologie cohérente et d'une définition étroitement liée aux règles de conflits. Il reste à évaluer la fertilité de la redéfinition proposée (2).

2. L'INTERET DU NOUVEAU CRITERE

Proposer une redéfinition stipulative est aisé mais son admissibilité dépend des impératifs de la redéfinition plusieurs fois évoqués. Ici, la valeur logique du critère ne paraît pas problématique. La notion d'applicabilité préférentielle est précise et il existe une distance indéniable entre une norme qui est capable d'en bénéficier et une norme qui ne l'est pas. Il est tout même utile de préciser que lorsque nous parlons de « capacité » nous parlons d'une possibilité juridique et nous n'entendons pas inclure des facteurs extra-juridiques pouvant influer de manière causale sur l'autorité des normes. Pour pouvoir utiliser ce critère, il faut encore déterminer quelles normes sont dotées d'une telle capacité mais il s'agit d'une question dogmatique à laquelle une définition théorique ne peut structurellement répondre. Par ailleurs, pour ce qui tient au respect du prototype, le raisonnement mené pour élaborer le critère a permis d'insister à chaque étape sur cette caractéristique. Un rapide tour d'horizon

[1] Précisons que dans cette formulation les expressions « catégorie dogmatique de N1 » et « de N2 » se rapportent à des sources du droit, c'est-à-dire à des catégories inscrites dans la doctrine générale des sources du droit (voir *supra*, p. 248) et non à des catégories de normes annexes, telles que les normes spéciales ou les normes postérieures à une date donnée.

[2] Au passage, nous pouvons remarquer qu'il est assez indifférent pour nous que la hiérarchie se construise entre des normes ou des actes normatifs car si cette opposition est utile pour comprendre l'existence des normes, il est tout à fait envisageable de réfléchir aux conflits de normes eux-mêmes sans s'attacher aux relations entre pouvoirs normatifs ou aux obligations qui pèsent sur eux dans leur activité. Pour un avis contraire, voir AMSELEK Paul, « Réflexions critiques sur la conception kelsenienne de l'ordre juridique », *RDP* 1978, p. 13.

[3] Il paraîtrait en effet étrange voire dangereux de décrire la norme régissant la révision ou le contrôle de constitutionnalité comme supérieure aux autres normes constitutionnelles parce qu'elle contribue à fixer leur régime juridique.

peut confirmer cette idée. Les cas d'inexistence et d'irrégularité sont couverts sans difficulté chaque fois qu'ils ont un effet sur l'applicabilité des normes en cause[1]. Concrètement, en droit français, les rapports Constitution-lois, lois-règlements, Constitution-règlements ou principes généraux du droit-règlements sont concernés sans problème majeur. À l'inverse, la constitution d'une ancienne puissance coloniale n'a pas à être décrite comme supérieure à celle de l'ancienne colonie. La validation historique n'a aucune pertinence et le droit de la puissance coloniale n'a pas d'influence sur l'applicabilité du droit de l'ancienne colonie. La hiérarchie typique des États fédéraux n'est pas non plus problématique puisque l'absence de validation des constitutions fédérées par la constitution fédérale ne la prive pas de sa capacité à régir leur applicabilité.

L'exemple fédéral est de plus une base idéale pour démontrer la fécondité de la définition de la supériorité proposée. Au-delà de son aspect englobant, son apport le plus net tient à la prise en compte de la potentialité de règlement des conflits. La hiérarchie est établie en fonction des effets qu'une norme est susceptible d'avoir sur la base de son statut. Or, ils sont souvent oubliés au risque de représenter le système juridique de façon incomplète. Ainsi, dans un État fédéral faiblement hiérarchisé, il faut faire la différence entre un système juridique dans lequel la constitution fédérale peut juridiquement encadrer les constitutions fédérées, même si elle ne le fait pas, et celui où elle ne le peut pas. En effet, dans les deux cas la constitution fédérale ne dit rien des constitutions fédérées mais dans un cas elle peut les priver de leur applicabilité alors que dans l'autre elle ne le peut pas. Dans le premier cas, le rapport constitution fédérale-fédérée équivaut à celui d'une constitution limitée à des normes procédurales et de la loi alors que dans le second il s'apparente à celui des actes de deux collectivités territoriales distinctes. La différence n'est pas mince.

Cet apport peut être systématisé en envisageant un cas encore plus ambigu : celui où N2 est de fait appliquée au détriment de N1 alors que N1 est capable de déterminer l'applicabilité de N2. Nous sommes ici face à la séparation entre supériorité et dérogation : N1 est supérieure à N2 mais N2 déroge à N1. La supériorité se rapporte à une domination irrésistible de N1 sur N2 quand la dérogation renvoie à une applicabilité préférentielle de N2 sur N1 tolérée par N1 qui peut inverser la situation[2]. Plus précisément, nous pouvons imaginer deux cas distincts

[1] Nous rejetons ici la tendance à séparer les conditions d'existence et de régularité ou les exigences formelles et matérielles lors de l'analyse de la hiérarchie des normes. Ainsi, il nous paraît trompeur d'exclure de la hiérarchie les règles de formes auxquelles une autorité est soumise dans son activité en transférant au niveau théorique l'opposition contentieuse entre vice de forme et violation directe de la loi en contentieux administratif français (en sens contraire, voir AMSELEK Paul, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », précité, p. 998).

[2] Pour analyse proche, voir ZIMMER Willy, *La réunification allemande. Contribution à la théorie du pouvoir constituant*, Thèse, Lille II, p. 391.

selon que la dérogation est explicite ou implicite. Elle sera dite « explicite » quand une clause en ce sens est prévue dans N1. Or, il serait dommageable d'assimiler un système juridique SJ1 où N2 est appliquée à l'encontre de certaines normes de la catégorie dogmatique N1 sur la base de l'autorisation de l'une d'entre elles à SJ2 où N2 s'imposerait à N1 sur une base autonome. Dans SJ1, c'est la catégorie dogmatique N1 qui est appliquée en réalité puisqu'elle est à la source du régime juridique de N2, notamment de son applicabilité. La domination de N2 sur N1 n'est qu'apparente. N1 n'est pas écartée par N2 mais par la clause de dérogation de type N1 qui fait office de loi spéciale. Dans SJ2, elle n'est pas du tout appliquée, ce qui montre comment des résultats équivalents peuvent être obtenus à travers des structures différentes du système juridique. Le passage des relations entre normes à celles entre catégories permet de montrer en quoi la catégorie dogmatique N1 s'impose à N2 alors même qu'une norme de type N2 est appliquée au détriment d'une norme de type N1. N1 est toujours capable de peser sur l'applicabilité de N2 alors que N2 ne joue sur l'application de N1 que de manière précaire. L'applicabilité de N2 repose en permanence sur N1 donc N2 ne remporte aucun conflit : sa force repose sur un conflit horizontal entre deux normes de type N1[1]. Si un conflit entre N1 et N2 devait survenir, c'est-à-dire si la clause dérogatoire est abrogée ou si N2 dépasse le cadre fixé par cette clause, c'est bien N1 et non N2 qui l'emportera. Ce schéma n'est pas théorique mais se retrouve par exemple dans les dérogations que la Constitution française prévoit en faveur du statut de la Cour pénale internationale (art. 53-2) ou de l'accord de Nouméa (art. 77)[2]. L'hypothèse de la dérogation implicite, illustrée par la IIIe République, paraît moins simple. Il est impossible de soutenir qu'une Constitution qui ne prévoit pas de dérogation est appliquée quand elle est écartée par la loi. Pourtant, nous avons pu voir que les lois constitutionnelles de 1875 conservaient la capacité de retourner la situation, ce qui implique une différence irréductible avec une constitution inférieure aux lois. Ce serait une erreur majeure que d'assimiler le système juridique français de cette époque à un système authentiquement légicentriste dans lequel constitution et lois seraient à égalité. C'est pourquoi il faut tenir compte des potentialités des lois constitutionnelles. Qui plus est, les règles de conflits sont toujours dirigées vers l'avenir, ce qui implique que la règle donnant la priorité aux lois constitutionnelles qui leur permet d'instituer un contrôle de constitutionnalité des lois existe déjà avant qu'il soit instauré. Autrement dit, tenir compte des potentialités des normes

[1] Notons que nous parlons ici du droit positif et non d'un droit potentiel. Le fait que la clause de dérogation existe et que son abrogation n'est que potentielle n'implique en aucun cas que nous traitons d'un droit imaginaire au détriment du droit positif car le fait même que son abrogation soit possible repose sur un rapport juridique actuel entre N1 et N2.

[2] Ces exemples peuvent aussi concerner le rapport entre définition de la supériorité et prototype puisque les textes en cause ne sont pas généralement considérés comme supérieurs à la Constitution alors que l'application du critère de l'applicabilité préférentielle pourrait conduire à une conclusion opposée.

équivaut tout simplement à tenir compte des règles de conflit actuelles dans toute leur complexité.

Une représentation du système juridique qui négligerait cet élément ne donnerait qu'une vision imparfaite des rapports verticaux. Ce point est d'autant plus important que ce problème de la dérogation est primordial pour comprendre les relations entre les droits nationaux et européen. La suprématie éventuelle du droit européen ne doit pas être confondue avec une applicabilité préférentielle reposant sur une dérogation précaire. Séparer ces deux situations permet de représenter correctement la combinaison entre la souplesse technique des clauses de dérogation et la rigueur des règles de conflit originelles face à un conflit radical. Nous disposons alors d'un outil performant pour évaluer les rapports entre ces droits en se limitant aux aspects juridiques[1], qui nous autorise à décrire toutes les configurations envisageables allant de l'horizontalité totale à la verticalité dans un sens ou l'autre. Nous n'entendons pas nous orienter par principe vers un modèle hiérarchique mais seulement déterminer dans quelle mesure le droit positif est effectivement hiérarchique[2]. Notons qu'approcher la hiérarchie en fonction des potentialités ouvertes aux normes plutôt que de leurs réalisations actuelles est utile pour décrire les relations entre pouvoirs normatifs. Les limites réelles des pouvoirs normatifs dépendent du contenu potentiel des normes qu'ils peuvent édicter et non de celui des normes qu'ils ont édictées par le passé. Le pouvoir constituant est ainsi plus fort s'il peut soumettre le pouvoir législatif à sa volonté que s'il lui est strictement égal. De même, il existe une différence fondamentale entre un pouvoir constituant compétent pour écarter l'application du droit communautaire et privé de cette compétence[3]. La fertilité du critère est établie par ces éléments qui nous conduisent à caractériser la supériorité d'une norme par la maîtrise de son statut à travers celle de son applicabilité au détriment d'autres normes. La norme suprême a donc une maîtrise totale de l'ordre juridique[4] et le pouvoir qui est compétent pour l'adopter est libre d'instaurer ou non des mécanismes susceptibles de donner un contenu quotidien à cette maîtrise ou au contraire de la réserver pour des situations exceptionnelles[5]. Pour

[1] Si l'on opte au contraire pour une approche plus politique, l'on ne peut que constater que le conflit radical est assez improbable. Cependant, ce constat n'a pas de pertinence juridique et la représentation de la structure du système juridique doit permettre de comprendre les effets juridiques des choix politiques potentiels et non faire des prévisions sur les actions prévisibles des organes normatifs.

[2] Nous nous opposons aussi à la plupart des tenants de l'horizontalité des rapports entre droits nationaux et européen qui posent l'horizontalité comme un présupposé et non comme une hypothèse à vérifier (voir *supra*, p. 549).

[3] L'on voit mieux pourquoi s'attacher à l'annulabilité ne suffit pas pour faire apparaître la hiérarchie des normes. Le sort des conditions de régularité est bien intégré mais il se détache à la fois de l'invalidation et du critère juridictionnel.

[4] Pour des idées proches, voir CHALTIEL florence, « Le pouvoir constituant, marque contemporaine de souveraineté », *D.* 2000, p. 227 ou DE WITTE Bruno, « Report on Netherlands », *in* WEILER J.H.H., SLAUGHTER Anne-Marie et STONE SWEET Alec (dir.), *The European Courts and National Courts*, Oxford, Hart, 1998, p. 185.

[5] Le poids accordé à cette maîtrise explique l'importance de l'opposition entre dérogation et supériorité. Pour être suprême, une norme doit s'imposer sur la base de sa propre force et non en bénéficiant de dérogations de la part des normes qui ont véritablement la maîtrise de l'ordre juridique en cause.

conclure, nous disposons d'un critère autonome répondant aux exigences de la redéfinition. Le sens du terme « supériorité » est déterminé sur cette base, ce qui a des conséquences évidentes sur la notion de suprématie, dont le rôle en tant que critère de constitutionnalité peut désormais être reconsidéré (B).

B. Les particularités de la suprématie constitutionnelle

Une fois la définition de la supériorité acquise, nous pouvons logiquement en déduire sans difficulté la définition théorique de la constitution. Une norme constitutionnelle est une norme suprême, c'est-à-dire une norme supérieure à toutes les autres[1] : une norme capable de fixer l'applicabilité de toutes les autres. Cependant, ce raisonnement ne doit pas faire oublier les difficultés du passage de la supériorité à la suprématie (1) et la prudence qui doit nous guider avant d'assimiler la liste des normes suprêmes à celle des normes constitutionnelles (2).

1. SUPERIORITE ET SUPREMATIE

Le critère de la supériorité retenu est relatif dans le sens où il est fondé sur le rapport entre la norme examinée et une autre norme. Cette particularité n'est pas problématique en général mais elle doit être adaptée quand l'on s'intéresse à la suprématie car celle-ci est une notion absolue : une norme suprême est en principe supérieure à toutes les autres. Avant d'aller plus loin, nous devons passer du concept de norme suprême à celui de catégories normatives suprêmes : la catégorie dogmatique normative suprême est celle dont les membres sont à même de déterminer l'applicabilité des membres de toutes les autres catégories dogmatiques normatives. Prise littéralement, cette formule impliquerait que les membres de cette catégorie s'imposent à toutes les normes juridiques du monde. Pour que la Constitution de 1958 soit classée comme constitutionnelle, il faudrait dès lors qu'elle soit capable de déterminer le sort de la Constitution des États-Unis, de la Loi fondamentale allemande ou de la Charte des Nations Unies. Cette proposition est évidemment extravagante car une telle hypothèse est irréalisable et n'a jamais été envisagée sérieusement à propos de ces normes qui n'entretiennent pas de rapports juridiques directs[2]. L'idée même d'évaluer la place respective des constitutions française et américaine est étrange car il est impossible de parler de supériorité dans un sens ou dans l'autre pour des normes qui n'ont aucune relation juridique.

[1] En ce sens, voir AUER Andreas, « De la suprématie et de la dépendance de la constitution : un essai », *in Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 1991, p. 17.
[2] À la rigueur il est possible de discuter du cas de la Charte des Nations Unies (voir *infra*, p. 679 et s.) mais pas des normes étrangères.

Dans ces conditions, nous devons constater que le concept de suprématie ne peut être simplement assimilé à la maximisation de la supériorité. Elle est en fait elle aussi une notion relative, même si les normes servant de référence sont forcément plus nombreuses si l'on veut conserver la différence entre supériorité et suprématie.

Pour préciser la relativité spécifique qui singularise la suprématie, nous allons continuer à utiliser l'exemple des relations entre les deux constitutions précitées, ou plutôt de l'absence de relations entre elles. Celle-ci s'explique par leur placement dans des ordres juridiques distincts. Il faut bien séparer ce qui tient du champ d'application de ce qui tient à l'appartenance à un ordre juridique. Il est tentant de nier qu'il puisse exister de liens hiérarchiques entre des normes dotées de champs d'application totalement séparés parce qu'elles ne peuvent entrer en conflit faute de traiter les mêmes sujets ou de s'appliquer à la même population ou au même territoire. Toutefois, ce constat ne peut être transposé à des catégories dogmatiques entières. En outre, deux constitutions nationales peuvent tout à fait être contradictoires, notamment si elles comprennent des normes extra-territoriales. C'est bien le placement dans des ordres juridiques autonomes qui est l'élément essentiel : du point de vue du droit français, la Constitution des États-Unis n'est pas un fait institutionnel mais un fait brut[1]. Si nous systématisons cette idée, nous pouvons dire que la suprématie doit être appréciée dans le cadre d'un ordre juridique spécifique et non de manière absolue. La suprématie se rapporte à un ordre juridique entier là où la supériorité ne concerne qu'un groupe plus restreint de catégories normatives. Cette précision ne peut toutefois être utile qu'à la condition de clarifier le concept d'appartenance à un ordre juridique. Cette notion peut être appréhendée sous un angle dogmatique ou théorique selon que l'on considère l'appartenance comme une qualité issue de la première herméneutique ou comme une reconstruction relevant de la deuxième herméneutique. Si nous adoptons cette dernière hypothèse, la doctrine est libre de découper les ordres juridiques selon son bon vouloir et peut donc voir des normes suprêmes là où elle le souhaite. Nous pourrions ainsi prétendre qu'il existe un ordre juridique pénal, un ordre juridique municipal ou un ordre juridique mondial[2] mais, dans tous ces cas, l'appartenance à un ordre juridique est privée à la fois de toute condition et toute conséquence. L'intérêt d'une telle opération est pour le moins incertain et elle prive la notion de suprématie de toute fertilité. Dans ces conditions, nous devons opter pour l'autre branche

[1] Notons que nous laissons de côté les questions tenant au droit international privé qui pourraient dans une certaine mesure relativiser l'absence de pertinence des normes étrangères en droit français. Elles concernent en effet un nombre restreint de normes qui sont très éloignées des questions qui nous occupent.

[2] Pour une approche comparable appliquée à la constitution, voir TEUBNER Gunther, « Societal Constitutionalism », *in* JOERGES Christian, SAND Inger-Johanne et TEUBNER Gunther (dir.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, Hart, 2004, p. 9.

de l'alternative en considérant le découpage des ordres juridiques comme une question dogmatique. Nous revenons ici à l'approche exprimée lors de l'exposé de la notion de doctrine générale des sources du droit[1] : l'existence d'une norme est une qualité institutionnelle qui dépend d'une doctrine générale spécifique et qui la lie à un ordre juridique précis. Une norme n'existe pas en tant que norme juridique en général mais plutôt comme une norme juridique française ou américaine. L'ordre juridique apparaît dès lors comme l'ensemble constitué par les normes dotées d'une qualité institutionnelle commune et relevant d'une doctrine générale des sources du droit partagée par certains acteurs. Les normes qui composent un ordre juridique sont liées par une qualité institutionnelle donnée et non par un champ d'application commun[2]. Cette position découle de la séparation entre les deux niveaux de l'herméneutique et de la conception de l'existence des normes défendue précédemment. Certains auteurs adoptent une vision inverse en estimant que c'est la doctrine qui crée l'ordre juridique[3] alors que, pour nous, l'ordre juridique est pré-constitué et la deuxième herméneutique se limite à en fournir une représentation. Dans cette perspective, le découpage des ordres juridiques n'est plus le produit de l'arbitraire doctrinal mais cela n'évite pas vraiment la multiplication des ordres juridiques pour autant. Les ordres juridiques nationaux sont bien sûr séparés mais il existe aussi des divisions dans ces ordres juridiques car les collectivités dotées de pouvoirs normatifs peuvent donner naissance à leur propre ordre juridique. Dans le cadre du droit français, chaque collectivité territoriale édicte des normes qui lui sont attribuées et qui ne s'appliquent que dans son champ de compétence. Parler d'ordre juridique ne paraît pas abusif dans ce cas car les normes en cause sont unies par leur identité commune qui est intégrée par les acteurs dans leur première herméneutique[4]. Ce schéma peut être transposé en droit interne aux associations ou en droit international aux organisations internationales. Or, en admettant que la norme suprême de chacun de ces ordres est constitutionnelle, nous allons revenir à la notion extensive de constitution dont les défauts (absence totale de fertilité, coupure avec le prototype…) ont déjà été dénoncés[5]. Le concept

---

[1] Voir *supra*, p. 257.

[2] Pour illustrer cette idée, nous pouvons évoquer le principe de spécialité législative qui régit l'applicabilité des lois dans certaines collectivités françaises d'outre-mer. Il implique que les lois concernées sont dotées d'un champ d'application spécifique mais il ne faut pas en déduire qu'il existerait un ordre juridique propre à ces collectivités.

[3] Voir par exemple, ALCHOURRON Carlos et BULYGIN Eugenio, *Normative Systems*, Vienne, Springer Verlag, 1971, p. 88. Notons que la différence tient en partie à une approche épistémologique spécifique de la science du droit qui n'implique pas en tant que telle une perception différente de la réalité sociale du droit.

[4] Au passage, nous pouvons souligner la complexité de la relation entre dogmatique et théorie. Les notions d'appartenance et d'ordre juridique sont des notions théoriques mais elles s'appuient sur le partage d'une qualité dogmatique, c'est-à-dire institutionnelle, donnée : l'identité attribuée par les acteurs aux normes. C'est donc bien les théoriciens qui peuvent conférer ou non le nom d' « ordre juridique » à un ensemble de normes unies par une qualité institutionnelle spécifique. Ils peuvent choisir de considérer un groupe donné comme un ordre juridique mais pas les limites de ce groupe ou les critères permettant d'y appartenir au regard de l'inscription de l'appartenance dans la première herméneutique à laquelle nous adhérons.

[5] Voir *supra*, p. 437 et s.

de norme suprême risque alors de perdre tout intérêt. Il était censé garantir la sélection de normes dotées d'un rôle particulièrement éminent mais leur multiplication confère la qualité constitutionnelle à des normes qui sont périphériques dans la pratique juridique. D'ailleurs, le terme « constitution » n'est jamais utilisé pour les statuts des associations ou les lois régissant les collectivités françaises. Une dérive en sens inverse fait craindre l'émergence d'un pluralisme simpliste fondé sur une soi-disant égalité entre ces constitutions qui néglige la hiérarchie entre ordres juridiques. Cette conception ne peut finalement qu'être rejetée.

La cohérence avec le refus des définitions extensives et la volonté d'assurer une redéfinition fertile de la suprématie impose d'ajouter un critère à même de garantir une sélection des ordres juridiques pertinents. Il nous paraît peu opportun de s'arrêter aux ordres juridiques étatiques puisque, justement, l'un des grands débats de l'adaptation est de savoir si des entités non-étatiques peuvent avoir une constitution. Il faut chercher à identifier ce qui est important dans les constitutions étatiques actuelles et non prétendre régler un débat de fond par une stipulation en réduisant les constitutions aux normes suprêmes des ordres juridiques étatiques. Nous estimons qu'il faut suivre sur ce point les auteurs qui proposent de s'attacher aux seuls ordres juridiques autonomes[1]. Il existe en pratique une différence fondamentale entre les ordres juridiques partiels dont les normes sont subordonnées à celles d'un autre ordre et les ordres juridiques autonomes libres de leur développement. L'ordre juridique d'une collectivité ou d'une association est en réalité une sorte de « sous-ordre juridique » inscrit dans l'ordre juridique français. Les normes qui les composent sont des normes de l'ordre juridique français et leurs normes suprêmes relèvent de ce même ordre. L'on voit aisément la distance qui les sépare des constitutions nationales pour ce qui est de leur statut. Nous ne parlerons donc de suprématie uniquement pour la norme la plus élevée d'un ordre juridique autonome, c'est-à-dire d'un ordre juridique dont l'existence et l'application n'est pas conditionnée par des normes issues d'un autre ordre juridique[2]. La suprématie conserve sa pertinence : elle est la qualité dont jouit la catégorie dogmatique qui dispose d'une maîtrise générale et réelle sur un groupe de normes sans subir de concurrence en raison de l'autonomie de l'ordre juridique auquel elle appartient. La suprématie et la supériorité restent bien séparées. Cela ne suffit néanmoins pas à écarter toute extension exagérée de la catégorie de constitution. En effet, la notion d'ordre juridique autonome serait applicable selon de

[1] En ce sens, voir notamment GERKRATH Jörg, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1997, p. 93 ; VERHOEVEN Amaryllis, *The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory*, Dordrecht, Kluwer, 2002, p. 132 ou BLANCHARD David, *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, Rennes, Éd. Apogée, 2001, p. 23.

[2] BOULOUIS Jean, « Le droit des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général », *in Droit communautaire et droit français. Recueil d'études*, Paris, La mémoire du droit, 1999, p. 36.

nombreux auteurs aux ordres juridiques des organisations internationales et *a fortiori* à l'ordre juridique communautaire[1]. Face à de telles prétentions, le maintien de la fertilité de la définition de la constitution par sa suprématie exige des précautions (2).

2. NORME SUPREME ET CONSTITUTION

Les effets de l'application de la notion de constitution aux normes suprêmes de tous les ordres juridiques autonomes encouragent un retour sur les critères de constitutionnalité. La fécondité de la catégorie retenue tiendra avant tout à sa capacité à élucider le débat doctrinal sur l'existence d'une constitution européenne. Celui-ci est marqué par la promotion d'un lien entre l'originalité de la construction européenne et sa dimension constitutionnelle, mais aussi par des désaccords profonds. Or, si l'on admet la constitutionnalité des normes suprêmes de tous les ordres juridiques autonomes, l'originalité de l'Union européenne disparaît tout comme les controverses doctrinales. Si la doctrine utilisait le terme « constitution » dans un sens comparable, le débat serait réglé depuis longtemps. Le fait que les controverses se poursuivent laisse penser qu'il existe forcément des enjeux et des problèmes plus complexes que ne peut expliquer une conception aussi extensive de la constitutionnalité[2]. Pour atteindre nos objectifs, il faut donc logiquement réduire la sélection des ordres juridiques auxquels la notion de constitution peut s'appliquer[3]. Cette position implique de rompre avec une certaine théorie pluraliste[4] mais elle se justifie par la volonté de préserver l'intérêt de la classification de constitution et le sens du débat sur la constitution européenne. La notion de constitution imaginée par les pluralistes est d'ailleurs largement assimilable à la notion extensive de constitution. Elle « dilue » donc la notion et par là-même sa fertilité.

Le critère que nous proposons tient à la qualité des normes primées par la constitution. Ne sera une constitution que la norme suprême qui s'impose aux normes dotées d'un effet direct dans un sens large, c'est-à-dire aux normes dotées d'effet sur les interactions juridiques des individus sur un territoire. Précisons bien que ce n'est pas la constitution qui doit bénéficier

---

[1] Voir par exemple, BARENTS René, *The Autonomy of Community Law*, Dordrecht, Kluwer, 2004, p. 13 ou KOVAR Robert, « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *RCADE* vol. IV, book 1, p. 26. Voir aussi *supra*, p. 438 et s. les développements sur la théorie du droit interne des organisations internationales.

[2] À la rigueur, nous devons souligner que l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne par rapport à l'ordre juridique international n'est pas unanimement reconnue. Cependant, les discussions sur la constitution européenne divisent nettement plus la doctrine et ne sont pas centrées sur cette question.

[3] Cette idée ne doit par surprendre car nous avons déjà pu noter que les catégories théoriques n'étaient pas forcément générales : une catégorie peut tout à fait porter sur un droit spécifique voire sur une branche de ce droit. Bien sûr, la finalité comparatiste du concept de constitution interdit une restriction aussi forte mais rien ne dit qu'il ait vocation à s'appliquer à tous les ordres juridiques.

[4] Pour des prises de position de ce type, voir CASTIGLIONE Dario, « From the Charter to the Constitution of Europe ? », Queen's Paper on Europeanisation n°5/2002, p. 12 ou MACCORMICK Neil, *Questioning Sovereignty. Law, State and Practical Reason*, Oxford, OUP, 1999, p. 104.

de cet effet direct mais les normes qu'elle prime. Cette description correspond évidemment à l'essentiel du droit national mais aussi à une partie des droits communautaire et international. À l'inverse, une norme primant uniquement un ordre juridique imposant des obligations à des organes censés peser sur les interactions individuelles ne sera pas constitutionnelle. Dans le sens que nous retenons, il sera possible d'évoquer, le cas échéant, une constitution européenne par opposition à une constitution de l'Union européenne, parce qu'il s'agirait d'une norme supérieure à l'ensemble des normes applicables directement sur le territoire européen et non simplement aux normes de l'ordre juridique de l'Union européenne[1]. Une suprématie orientée exclusivement vers ce dernier ordre juridique ne satisferait pas le critère que nous venons de fixer puisque de nombreuses normes produisant des effets sur le territoire en cause seraient alors hors de sa portée. En introduisant cette condition, le lien avec les cas typiques est conservé alors que les cas trop éloignés pour être vus même comme atypiques, à l'image des actes instituant des organisations internationales, sont écartés. Pour autant, les conceptions partiellement horizontales des relations entre droits européen et nationaux ne sont pas éliminées : si les constitutions nationales et européenne devaient avoir une valeur équivalente[2], il serait tout à fait possible de déduire leur constitutionnalité de leur statut suprême commun. Quoi qu'il en soit, il faut établir la fécondité de l'ajout de ce critère inhabituel. Celle-ci est démontrée par l'opposition entre constitutions européenne et de l'Union européenne. L'émergence de la première serait une transformation profonde de la structure des systèmes juridiques alors que celle de la seconde est une situation banale, sans grand intérêt et acquise depuis longtemps. L'apparition d'une constitution européenne marquerait aussi une véritable distance avec le droit international et l'originalité du droit européen revendiqué par une partie de la doctrine depuis longtemps. En revanche, celle d'une constitution de l'Union européenne placerait le droit primaire dans la même situation que n'importe quel acte instituant une organisation internationale. Les spécificités de la notion de constitution et du débat sur son application en Europe sont donc bien rendues par l'usage de ce critère. C'est la constitution européenne plutôt que celle de l'Union européenne qui justifie les constructions doctrinales complexes qui dépassent la simple affirmation de l'organisation

[1] Voir, parmi de nombreux exemples, ACKERMAN Bruce, « The Rise of World Constitutionalism », *Virginia Law Review* 1997, p. 776 ; FLAUSS Jean-François, « Le droit constitutionnel national devant les instances de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDC* 1997, p. 378 ou STEIN Eric, « Toward Supremacy of Treaty Constitution by Judicial Fiat in the European Economic Community », *Rivista di diritto internazionale* 1965, p. 24. En sens inverse, voir CHITI Mario, « A Rigid Constitution for a Flexible Administration », *Revue européenne de droit public* 2004, p. 176.

[2] Pour des idées proches, voir WALKER Neil, « The European Union and the World Trade Organization : Constitutionalism in a New Key », *in* DE BURCA Grainne et SCOTT Joanne (dir.), *The European Union and the World Trade Organization*, Oxford, Hart, 2001, p. 45 ou POIARES MADURO Miguel, « The State of the Portuguese European Constitutional Discourse », *in* FIDE, *XX Congress*, Londres, BICL, 2002, T. II, p. 404.

de l'Union européenne par le droit primaire[1]. Le renvoi récurrent à la primauté n'aurait aucun sens dans le cas contraire. Au-delà du débat sur la constitution européenne, la valeur symbolique et la fonction politique traditionnellement attribuées à la constitution sont liées à son effet sur un système politique régissant concrètement la vie des hommes et non à la réglementation d'une quelconque organisation lointaine[2]. Le vocabulaire classique montre également son rapport étroit avec un territoire : le terme « constitution » n'est généralement pas évoqué relativement à un ordre juridique mais de manière absolue en sous-entendant son monopole sur un territoire[3]. Seuls des théoriciens déjà dirigés vers l'adaptation du concept ont proposé sa dissociation du territoire au profit de l'ordre juridique. Mieux, la suprématie doit être appréciée par rapport à la réalité expérimentée par les sujets de droit. À défaut, rien n'interdit de créer tout seul un ordre juridique fantoche qui revendiquerait sa suprématie sur le territoire français et de classer comme constitution la feuille de papier qui le fonde. Pourtant, personne ne songerait sérieusement à lui appliquer une telle classification. En effet, sa suprématie ne vaudrait que de son seul point de vue et non du point de vue partagé par les sujets de droit. Cette idée peut être transposée au droit européen : une suprématie sur le territoire européen qui serait affirmée par le droit européen mais pas reconnue par l'ensemble des acteurs ne serait pas suffisante. Cela ne veut pas dire que l'on assure une priorité aux règles de conflit du droit national mais qu'il faut que le point de vue du droit européen soit pris en compte par les sujets de droit pour prétendre à une suprématie concrète justifiant la qualité de constitution européenne[4]. Il ne s'agit pas de choisir une première herméneutique mais plutôt un groupe humain dont les représentations servent de référence. Cette exigence est inévitable pour pouvoir parler de constitution européenne et non de l'Union européenne, c'est-à-dire d'une constitutionnalité globale et non partielle[5]. Apparaît ici le risque d'une nouvelle relativité dans la suprématie : une relativité non pas sur son objet mais sur le droit qui soutient cette qualité spécifique. Une contradiction entre droits nationaux et européen sur ce point empêcherait la maîtrise réelle du droit applicable aux sujets de droit sur un territoire par la constitution européenne alors qu'elle ne nuirait pas à la maîtrise des constitutions

[1] Celles-ci se concentrent toujours sur les rapports entre droits internes et européen. Pour un exemple, voir BLANCHARD David, *op. cit.*, p. 101.
[2] En ce sens, voir ARANGO-RUIZ Gaetano, « The Federal Analogy and United Nations Charter Interpretation : a Crucial Issue », *EJIL* 1997.
[3] Pour des analyses comparables, voir STONE SWEET Alec, « Constitutional Dialogues in the European Community », in WEILER J.H.H. *et alii*, *op. cit.*, p. 306 ou TEMPLE LANG John, « The Widening Scope of Constitutional Law », *in Essays for the Hon. Mr. Justice T.F. O'Higgins*, Londres, Butterworths, 1992, p. 229.
[4] Sur l'importance de cette suprématie pour le système communautaire, voir BAQUERO CRUZ Julio, *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community*, Oxford, Hart, 2002, p. 23.
[5] L'expression « constitution de l'Union européenne » peut se rapporter autant à la norme qui est suprême dans le seul ordre juridique de l'Union européenne qu'à celle qui n'est suprême que du point de vue dudit ordre juridique.

nationales sur leur propre ordre juridique[1]. Finalement, nous devons parler de suprématie constitutionnelle pour la catégorie dogmatique normative capable de fixer l'applicabilité de toutes les catégories dogmatiques normatives d'un ordre juridique autonome comprenant les normes d'effet direct valables sur un territoire[2]. Seule cette définition donne à la suprématie un sens compatible avec les exigences de la redéfinition de la constitution.

Toutefois, il reste une dernière difficulté qui s'incarne dans la notion de principes supra-constitutionnels. L'idée qu'il puisse exister des normes supérieures à la constitution peut paraître paradoxale et même logiquement intenable puisque nous avons défini la constitution comme la norme suprême[3]. Nous ne pouvons pourtant nier que le concept paraît intuitivement compréhensible[4]. En appliquant strictement le critère que nous avons choisi, nous devrions conclure que, dans les systèmes juridiques connaissant de tels principes, ceux-ci sont intégrés dans la catégorie théorique de constitution et la norme habituellement considérée comme constitutionnelle n'en fait pas partie[5]. Ce constat ne peut nous satisfaire. Pour le dépasser, il faut ajouter à la définition le critère du caractère écrit de l'acte signifiant la norme. La catégorie théorique de constitution comprendra alors la catégorie dogmatique d'actes écrits la plus élevée[6]. Cette proposition permet de conserver les avantages du critère de suprématie tout en assurant une théorie générale des sources du droit qui comprend à la fois les catégories de constitution et de principes supra-constitutionnels[7]. L'intérêt de la suprématie est préservé

---

[1] Il faut opposer cette hypothèse au fait que la suprématie de la Constitution française ne soit pas reconnue par les droits étrangers, tout simplement parce que la Constitution française n'a pas la prétention de s'imposer à ces droits.

[2] Notons que nous ne contentons pas ici d'un critère unique. Cependant la cohérence de la théorie générale des sources du droit est maintenue parce que les cas typiques de constitution sont tous compris dans cette catégorie et que les cas atypiques qui ne répondent pas à cette description restent tout simplement dans leur catégorie d'origine, qui est souvent celle de traité international. Nous n'avons donc pas besoin d'imaginer une catégorie résiduelle supplémentaire.

[3] Pour une idée proche, voir FAVOREU Louis *et alii*, *Droit constitutionnel*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 90.

[4] Ce point est essentiel car il démontre que la notion paraît avoir un sens que l'on doit expliquer. Il ne serait pas remis en cause par le fait qu'il n'existe aucun principes de ce type connu car mêmes les adversaires de ce concept ont besoin de le comprendre pour affirmer qu'il ne correspond à rien en droit positif.

[5] Précisons que l'on pourrait croire que la règle constitutive pose un problème comparable mais ce n'est qu'une apparence car il ne faut pas oublier que celle-ci n'est pas une règle juridique et que nous traitons ici du classement des règles juridiques.

[6] Au passage, opter pour un acte écrit permet de couvrir la forme particulière de supra-constitutionnalité qui ne s'incarne pas dans des principes non-écrits mais dans une sélection matérielle des normes signifiées par l'acte constitutionnel. Nous pensons évidemment ici aux normes soustraites à la procédure ordinaire de révision que connaissent certaines constitutions (Allemagne, Inde…) ou à celles qui sont valorisées par les théories du professeur Beaud (voir *supra*, p. 319). Même si nous devions reconnaître qu'elles bénéficient d'une protection spécifique, elles relèveront de la catégorie théorique de constitution car elles trouvent leur origine dans le même type d'acte, avec tout ce que cela implique pour l'organisation des pouvoirs. Ce placement sera encore plus justifié dans le cas où l'on reconnaît la licéité de la révision de la procédure de révision, ce qui réduit presque à néant leurs spécificités. Le vocabulaire répandu dans la doctrine renforce d'ailleurs ce choix puisque les auteurs parlent couramment de normes super-constitutionnelles ou de normes constitutionnelles renforcées pour les désigner (voir CONSTANTINESCO Vlad et PIERRÉ-CAPS Stéphane, *op. cit.*, p. 221 ou FROMONT Michel, « La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand », *RDP* 2007, p. 93), ce qui montre bien qu'elles sont considérées avant tout comme des normes constitutionnelles et qu'elles ne se confondent pas avec les principes supra-constitutionnels (JOUANJAN Olivier, « La forme républicaine du gouvernement, norme supraconstitutionnelle ? », *in* MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel (dir.), *La République en droit français*, Paris, Economica, 1996, p. 274).

[7] Là-encore, la cohérence de la théorie générale des sources du droit est maintenue car la norme écrite suprême sera décrite comme constitutionnelle et qu'une norme non-écrite suprême sera décrite comme supra-constitutionnelle. L'ajout du critère de l'écrit ne crée pas de catégories mixtes ou résiduelles gênantes.

car la constitution au sens théorique reste la norme édictée volontairement la plus élevée dans la mesure où les principes supra-constitutionnels relèvent du droit spontané[1]. Cela implique que le pouvoir normatif le plus puissant demeure le pouvoir constitutionnel. La constitution est toujours l'expression du degré maximal de l'action politique et du changement légal sur un territoire. Nous sommes ici conduits à trancher le débat révolutionnaire dans un sens volontariste. Ce n'est pas vraiment préjudiciable car les normes spontanées vues comme constitutionnelles ont pour ainsi dire disparu. Le prototype de constitution a en fait évolué dans un sens volontariste. Nous ne choisissons pas ici de nous rallier à un courant politique spécifique mais nous tirons les conséquences théoriques de la victoire concrète quasi-totale de ce courant[2]. Le doute peut tout de même subsister en raison de l'évocation récurrente par la doctrine de la catégorie des coutumes constitutionnelles qui perdrait son sens avec le critère retenu. Nous devons nous demander ce qui ferait la constitutionnalité de coutumes suite au rejet du critère matériel. Il est envisageable de trouver une réponse sans remettre en cause notre définition en décrivant comme « constitutionnelles » les coutumes qui se situent au niveau hiérarchique de la constitution au sens théorique, autrement dit, celles qui ont une capacité comparable à fixer l'applicabilité des autres normes et qui peuvent modifier les normes constitutionnelles écrites[3]. La dernière version de la définition théorique de la constitution est dès lors la suivante : la constitution théorique est formée par toutes les catégories dogmatiques normatives situées au niveau de la catégorie dogmatique d'actes normatifs écrits, ou volontairement édictés, capable de déterminer l'applicabilité de toutes les catégories dogmatiques normatives d'un ordre juridique autonome comprenant les normes d'effets directs valables sur un territoire[4]. Elle peut être formulée plus simplement en invoquant les normes situées au niveau des normes écrites les plus hautes sur un territoire donné. La combinaison de plusieurs critères n'est pas condamnable car elle n'empêche pas la construction d'une théorie générale des sources du droit cohérente. Pour être complet, il faut préciser que cette définition n'est pas applicable à tous les ordres juridiques. Elle n'a pas

[1] L'opposition au droit spontané serait peut-être mieux servie par une référence au caractère volontaire plutôt qu'à la forme écrite (les deux sont toutefois apparue en même temps, voir DEBBASCH Roland, « L'écriture de la constitution », *in 1791, la première constitution française*, Paris, Economica, 1991, p. 127) mais les faibles probabilités d'édiction orale rendent cette précision superflue.

[2] Ainsi, si l'on peut éventuellement estimer que les révolutionnaires partisans du volontarisme ne prétendaient pas vraiment que la France n'avait pas de constitution mais plutôt qu'elle n'avait pas de bonne constitution (PASQUINO Pasquale, « Constitution et pouvoir constituant : le double corps du peuple », *in* QUIVIGIER Pierre-Yves, DENIS Vincent et SALEM Jean (dir.), *Figures de Sieyès*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2008, p. 15), l'inclusion du critère de création volontaire peut aujourd'hui être introduit de manière neutre pour correspondre à l'usage commun sans prononcer de jugement politique sur les rares systèmes politiques régis par des normes spontanées.

[3] Notons d'ailleurs que le caractère écrit ou volontaire sert même de référence dans les débats de la doctrine du Royaume-Uni. Voir ainsi, MACCORMICK Neil, « Does the United Kingdom have a Constitution ? Reflections on MacCormick v. Lord Avocate », *Northern Irland Legal Quarterly* 1978, p. 1 et s.

[4] Notons que ce critère permet de maintenir la séparation entre coutumes constitutionnelle et principes supra-constitutionnels.

vocation à servir dans les ordres juridiques construits sur une base largement horizontale, comme le sont les ordres juridiques nationaux admettant la primauté générale du droit international ou ceux qui sont légicentristes. En effet, si l'on appliquait notre définition à ces ordres juridiques, l'on conclurait à la présence d'un très grand nombre de normes constitutionnelles complètement détachées du prototype puisque tous les traités internationaux seraient concernés pour le premier cas et toutes les lois pour le second[1]. La notion de constitution n'a de sens que dans un ordre juridique doté d'une forte verticalité parce que cette notion sert justement à rendre compte de cette verticalité. Ce dernier ajout n'est pas un nouveau critère mais plutôt une réduction du champ d'application de la catégorie juridique qui se justifie par les difficultés des comparaisons entre des systèmes opposés par une différence culturelle trop forte[2].

Le travail de redéfinition de la catégorie théorique de constitution complétant la définition dogmatique est désormais achevé. Pour autant, la réflexion sur l'adaptation de la constitution doit être continuée pour déterminer quelles sont les conditions dogmatiques qui permettraient la satisfaction des critères théoriques de constitutionnalité. L'on sait maintenant ce que l'on entend par constitution au sens théorique mais il reste à savoir à quelle condition l'on pourra conclure à la présence d'une telle constitution et donc à celle d'une transition constitutionnelle (Chapitre II).

[1] Le premier cas est *a priori* une hypothèse d'école alors que le second correspond au système juridique britannique.
[2] Pour des idées proches, voir ACQUARONE Daniel, *La coutume*, Thèse, Nice, 1987, p. 221 ou LAFERRIÈRE Julien, « La coutume constitutionnelle. Son rôle et sa valeur en France », *RDP* 1944, p. 35.

Chapitre II : Conditions et conséquences de la définition de la constitution par la suprématie

La fixation de critères de constitutionnalité a mis un terme au processus de définition de la constitution au sens théorique. Toutefois, l'utilisation de la suprématie pour sélectionner les normes constitutionnelles débouche sur de nouvelles difficultés. En effet, si les approches les plus répandues de la hiérarchie des normes conduisent à mélanger les critères théoriques de suprématie aux conditions dogmatiques de leur réalisation, ce n'est pas le cas de la conception que nous avons retenue. Définir la suprématie comme la capacité de déterminer l'applicabilité d'autres normes n'indique pas comment l'on peut identifier les normes dotées de cette capacité. Il est donc nécessaire de délaisser les questions purement théoriques pour réfléchir à la contrepartie dogmatique des critères théoriques de constitutionnalité. Les catégories théoriques s'appuient forcément sur des propriétés dogmatiques mais celles-ci posent problèmes dans notre cas parce qu'il n'est pas facile de s'assurer de leur présence[1]. Cette particularité nous oblige non seulement à un travail dogmatique mais également à un retour sur l'épistémologie de la dogmatique pour comprendre la source de cette complexité (Section 1). Pour autant, la fixation de la base dogmatique de la classification constitutionnelle des normes est une étape indispensable mais n'est pas une fin en soi. Elle ne se justifie que si elle permet d'éclairer l'évolution de la catégorie de constitution dans le contexte des mutations contemporaines du droit. C'est pourquoi il faut l'utiliser pour dépasser les considérations abstraites sur la fertilité du critère de suprématie en établissant son intérêt pour penser l'adaptation de la constitution. La réalisation de cet objectif dépendra des conséquences de la définition de la constitution comme norme suprême, c'est-à-dire de la liste des normes décrites comme constitutionnelles sur la base de ce critère, et de leur contribution à la modélisation de la transition constitutionnelle (Section 2).

SECTION 1 : LA BASE DOGMATIQUE GENERALE DE LA SUPREMATIE THEORIQUE

Les conditions dogmatiques de la suprématie théorique varient selon la situation. Plus précisément, nous pouvons distinguer deux cas de figure. Tout d'abord, la suprématie d'une norme peut être appréciée dans un ordre juridique isolé. Cela exige simplement d'établir comment l'on peut savoir qu'une norme est capable de déterminer l'applicabilité d'une autre

[1] Ils s'opposent ainsi à des critères plus simples tels que l'édiction unilatérale ou la révision majoritaire dont l'utilisation ne nécessite aucune étude dogmatique spécifique au-delà de la stipulation théorique.

en tenant compte des spécificités qui touchent les normes les plus élevées d'un ordre juridique (I). Historiquement, cette réponse était suffisante mais l'internationalisation croissante du droit ne nous permet plus de nous en contenter pour établir la constitutionnalité d'une norme. Nous devrons dès lors envisager une hypothèse plus compliquée : celle de l'opposition entre normes issues d'ordres juridiques distincts (II).

I. LA SUPREMATIE DANS UN SYSTEME JURIDIQUE CONSIDERE ISOLEMENT

Dans la recherche des normes suprêmes au sens théorique, il est impossible de se référer de manière directe au discours du droit : le fait que le juge décrive une norme donnée comme suprême n'est pas déterminant puisqu'il emploie ce terme dans un sens dogmatique qui ne correspond pas nécessairement au sens théorique précédemment isolé. Une coïncidence accidentelle n'est pas à exclure mais elle n'a rien d'automatique[1]. Étant donné que la notion théorique de supériorité repose sur la présence d'un régime juridique donné, il suffit *a priori* de trouver les normes juridiques attribuant ledit régime juridique, ce qui revient à chercher les règles positives de conflit. Cependant, l'application d'une telle logique aux normes suprêmes nous confronte fatalement à un problème d'autoréférence (A) qui va nous conduire à approfondir le rôle que peut jouer la doctrine générale des sources du droit (B).

A. L'insuffisance des normes positives : la question de l'autoréférence

Si l'utilisation des règles de conflit est en principe très simple, celles qui concernent les normes suprêmes présentent souvent un caractère auto-référentiel (1) qui doit être analysé de manière attentive (2).

1. AUTOREFERENCE ET SUPREMATIE

La place des normes secondaires dans la fixation de la supériorité a été rapidement abordée lors de la phase de définition théorique de ce concept. La supériorité de N1 sur N2 est le plus souvent garantie par N3, qui prévoira par exemple l'inapplicabilité ou l'invalidité de N2 en cas de contradiction avec N1. Néanmoins, ce schéma est incomplet car il ne faut pas oublier

[1] Le lien historique entre les deux sens de la suprématie et la tendance à utiliser dans le discours du droit des termes relevant de la seconde herméneutique augmente la probabilité de ce phénomène mais il s'agit tout de même d'une relation d'ordre causale qui n'est ni juridique ni logique. C'est le même type de relation qui explique que les normes relevant de la catégorie dogmatique de constitution sont souvent suprêmes sans que l'on puisse pour autant confondre catégories dogmatique et théorique. Dans le premier cas la suprématie est un élément du régime juridique résultant d'une qualification basée sur d'autres critères alors que dans le second elle est un critère de classification. Dans un système juridique relevant de ce modèle, l'appartenance à la catégorie dogmatique de constitution impliquera l'appartenance à la catégorie théorique de constitution sans que l'on puisse y voir une forme de circularité.

que le statut de N3 est essentiel : d'où vient sa capacité à fixer le sort de N1 et N2 ? Cette question ne peut être évitée car le conflit direct entre N1 et N2 débouche sur un conflit indirect entre N2 et N3. Mieux, N1 ou N2 peuvent prévoir une règle de conflit différente de N3. Autrement dit, rien n'empêche que la règle de conflit soit elle-même confrontée à une norme contraire[1]. Pour dépasser cet obstacle, il faut s'appuyer sur N4 qui fixe le statut de N3 mais cette solution ne saurait suffire car N4 devra s'appuyer sur N5 qui s'appuiera quant à elle sur N6 et ainsi de suite. En réalité, nous sommes confronté à une régression vers l'infini. Pourtant, il est clair que les acteurs du système juridique semblent capables de régler les conflits de normes sans se heurter au vide qu'entraîne une telle régression. Il est donc tentant de s'extraire de cette situation en soutenant qu'il est possible que le statut de N3 soit déterminé par N3 elle-même, ou plutôt, que le statut de toutes les normes relevant de la catégorie dogmatique de N3 soit déterminé par une norme relevant de cette catégorie. Ce type d'autoréférence recouvre deux grandes hypothèses.

Premièrement, une norme peut contenir une clause de soumission, c'est-à-dire que N1 prévoira que « N1 est inférieure à N2 » ou que « N2 est supérieure à N1 »[2]. Ce genre de clause peut être plus étendu si N1 est la norme suprême d'un ordre juridique donné car elle pourra prévoir que toutes les normes de cet ordre juridique sont inférieures à N2. L'autoréférence est manifeste et paraît résoudre la difficulté que nous avons relevée puisque le statut inférieur de N1 est conféré par N1 et non par une norme issue d'une autre catégorie dogmatique. Pour vérifier cette idée, nous devons distinguer deux formes différentes de clause de soumission[3]. Une clause de ce type peut tout d'abord conférer aux normes relevant de la catégorie dogmatique de N2 la capacité à déroger à la catégorie dogmatique de N1 sauf à la clause de soumission elle-même. Nous retrouvons un modèle déjà évoqué dans lequel la clause de soumission permet d'appliquer N2 au détriment de N1 sans pour autant lui conférer une supériorité, au sens théorique, sur N1. En effet, c'est toujours une norme issue de la catégorie dogmatique de N1 qui est appliquée puisque le statut de N2 repose sur la clause de soumission qui sert de *lex specialis* par rapport aux autres N1 et permet leur inapplicabilité[4] voire leur invalidation. Dans ce cas, l'autoréférence n'est qu'apparente : la clause de

[1] Il ne s'agit pas du tout d'un cas d'école : la situation actuelle des rapports entre droit national et européen qui est au cœur de la réflexion sur l'adaptation correspond tout à fait à ce modèle (voir *infra*, p. 679 et s.).
[2] Pour une proposition de réforme constitutionnelle de ce type, voir BREILLAT Dominique, « La Constitution : un catalogue de traités ? », *in Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 323. Précisons que nous ne nous référons évidemment pas au contenu réel de clauses dans lequel le terme « supérieur » ou « inférieur » aurait un sens dogmatique puisque nous ne nous plaçons pas dans le cadre d'un système juridique précis. Ces termes doivent être compris dans un sens vague renvoyant à l'inapplicabilité ou l'invalidité que nous allons progressivement éclaircir.
[3] La distinction retenue s'inspire des travaux de Hart sur la souveraineté parlementaire (voir *infra*, p. 638).
[4] Cette technique est utilisée assez fréquemment pour régler les conflits entre traités internationaux. Voir DAILLER Patrick et PELLET Alain, *Droit international public*, 7e éd., Paris, LGDJ, 2002, p. 268.

soumission ne fixe pas son propre statut mais celui d'autres normes relevant de sa catégorie. En revanche, dans le cas où le terme « supériorité » dans la formulation de la clause de soumission est entendu dans le sens théorique que nous avons défini, cette clause ne vise pas à écarter les normes de type N1 à l'exclusion de la clause elle-même, mais à donner une applicabilité de principe à N2. La clause devrait donc aussi être écartée au profit des N2 sans quoi elle demeurerait une norme supérieure aux N2 comme dans la première hypothèse. L'autoréférence apparaît à ce stade puisque la clause de soumission prétend alors régir son propre statut en se plaçant sous la dépendance des N2 applicables prioritairement. Elle ne serait en principe plus appliquée puisque les N2 bénéficient d'une applicabilité préférentielle première, ce qui paraît évidemment paradoxal du fait même du caractère auto-référentiel de la clause de soumission. Il s'agit bien d'une situation dans laquelle le statut d'une catégorie dogmatique entière est fixée par un de ses membres puisque cette fois-ci le statut de la clause de soumission repose lui aussi sur ladite clause. Ce genre de mécanisme pourrait permettre aux N2 d'acquérir la suprématie sans se heurter à une régression vers l'infini. C'est ce qui fait la différence entre une clause de dérogation générale et une clause de soumission au sens fort : la première porte sur la catégorie dogmatique de N1 à l'exception d'elle-même quand la seconde couvre toute la catégorie. Une clause de soumission ne peut conférer à N2 une supériorité sur N1 qu'au prix de son caractère auto-référentiel[1]. L'étrangeté de ce mécanisme a bien été perçue par la doctrine, notamment à travers un raisonnement du professeur Alland[2], repris de manière systématique[3] : la Constitution n'aurait pas la « puissance » d'élever au-dessus d'elle une norme ou une classe de normes. La source exacte de cette impossibilité n'est pas précisée[4]. En outre, le concept de supériorité en cause n'est pas défini, ce qui laisse supposer que l'argument avancé vaudrait pour les deux types de clause de soumission que

[1] Pour un avis contraire affirmant l'impossibilité d'une telle opération, voir GUASTINI Riccardo, « La primauté du droit communautaire : une révision tacite de la Constitution italienne », *CCC* n°9, p. 179. Notons tout de même que le professeur Guastini ne distingue pas le cas de l'autoréférence absolue et paraît surtout réfléchir en termes de rapports entre pouvoirs normatifs plutôt que de rapports entre normes proprement dit.

[2] ALLAND Denis, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international », *RFDA* 1998, p. 1101. Pour une argumentation proche plus ancienne, voir LESGUILLONS Henry, *L'application d'un traité-fondation : le traité instituant la Communauté économique européenne*, Paris, LGDJ, 1968, p. 5.

[3] Voir, parmi de nombreux exemples, PELLET Alain, « Vous avez dit monisme ? », *in Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 856 ou MAUGÜÉ Christine, « La décision n°2004-505 DC du Conseil constitutionnel français », *RFDA* 2005, p. 32. Pour des arguments indépendants mais comparables, voir FROMONT Michel, « La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand », *RDP* 2007, p. 106 ou LUCIANI Massimo, « Supraconstitutionnalité et droit européen », *JSLC* 1993, p. 362. Certains ont même avancé de matière étonnante qu'une constitution qui comprendrait ce genre de disposition « renonçerait à sa validité » (LEVADE Anne, « Le Conseil constitutionnel, régulateur des rapports de systèmes », *in* MATHIEU Bertrand (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 735).

[4] Nous pourrions y voir une variation du paradoxe de la toute-puissance du pouvoir constituant, qui est une déclinaison du paradoxe de l'omnipotence dont le plus célèbre exemple est fourni par le paradoxe de Dieu et la pierre (voir, KLEIN Claude, *Théorie du pouvoir constituant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 37), mais la formule choisie par le professeur Alland ne s'attache pas à la suprématie de la Constitution mais à l'incapacité de toute norme à conférer à une autre un statut supérieur au sien.

nous avons distingués alors que la clause de dérogation générale ne paraît pas problématique. L'emploi de l'argument du professeur Alland pour démontrer qu'une révision constitutionnelle ne permettrait pas de régler un conflit entre traité et Constitution au profit du traité montre bien qu'il vise aussi, voire surtout, l'hypothèse d'une clause de dérogation générale[1]. C'est cette version de l'argument qui est reprise systématiquement par la doctrine, par exemple pour approuver la décision du Conseil constitutionnel sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe en soutenant qu'il est exclu qu'une révision constitutionnelle assure le respect de la primauté du droit communautaire[2]. Il est essentiel de bien comprendre la différence entre les deux types de clauses de soumission[3] pour préciser les limites de l'autoréférence et ainsi prolonger les efforts doctrinaux sur ce sujet.

Deuxièmement, il nous faut envisager le cas inverse : celui de la clause de domination. Cette expression désigne les normes de type 1 affirmant que « N1 est supérieure à N2 » ou que « N2 est inférieure à N1 » voire que « N1 est supérieure à toute norme de l'ordre juridique A ». Ce sont des normes qui prévoient leur propre supériorité. Le problème posé par ces clauses paraît assez proche de celui que nous venons de traiter : la clause sera auto-référentielle si elle fixe le statut de l'ensemble de la catégorie dogmatique de N1 mais pas si elle fixe le statut des normes de cette catégorie à l'exception de la clause de domination elle-même. Pourtant, nous devons relever une différence importante : la possibilité de produire ses effets pour la clause de domination dépend totalement de son caractère auto-référentiel. En effet, si la clause n'est pas auto-référentielle, son propre statut sera menacé : la raison pour laquelle cette clause devrait s'imposer aux N2 dans un conflit est inconnue[4]. La clause qui instaure sa propre infériorité n'a pas besoin d'être inférieure à l'origine alors que la clause qui instaure sa propre supériorité a besoin d'être supérieure pour produire ses effets. Plus concrètement, la prétention de N1a selon laquelle N1b peut invalider N2 ne peut aboutir que

[1] Cet argument a en effet été utilisé à propos de l'arrêt Sarran (CE Ass., 30 octobre 1998, Sarran, n°200286) dont la solution devrait être inversée si l'on admettait que les traités dérogent à la Constitution et peuvent s'appliquer à son détriment.

[2] Pour un exemple, voir FAVOREU Louis et PHILIP Loïc, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 13e éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 945.

[3] Notons tout de même que le professeur Alland paraît envisager le cas de la dérogation quand il estime qu'un organe placé face à une clause constitutionnelle de soumission « ne ferait que mettre en œuvre un ordre de préférence des actes » (« L'ordre juridique international », *Droits* n°35, p. 97). Il est important de faire la différence entre la clause de soumission au sens fort (supériorité) et au sens faible (dérogation) car la seconde ne pose pas de problème d'autoréférence. Notons par ailleurs qu'il est aussi possible de constitutionnaliser par renvoi une catégorie de normes pour écarter ce problème mais nous ne développerons pas cette question qui mène à une problématique sans rapport avec la nôtre puisqu'elle concerne des règles sur la qualification et non sur le statut des normes en cause. Sur les interrogations concernant l'effet des clauses de renvoi, voir ROBLOT-TROIZIER Agnès, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française*, Thèse, Paris II, 2005, notamment p. 35.

[4] Il est bien sûr possible que la supériorité de N1 sur N2 s'appuie sur N3 mais dans ce cas la clause domination ne joue aucun rôle. Les limites des clauses de domination prétendant régir leur propre statut et pu être évoquée à propos de l'hypothèse doctrinale de l'interdiction du contrôle de constitutionnalité des lois par la loi des 16 et 24 août 1790. Voir BONNET Julien, *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 80.

si N1a est elle-même dotée de cette capacité. Une clause de soumission non auto-référentielle ne peut pas briser la régression vers l'infini mais elle produit des effets juridiques[1] là où une clause de domination non auto-référentielle n'a tout simplement aucun effet sur les rapports entre normes. Pour conclure, les clauses de soumission et de domination qui visent à déterminer la supériorité d'une catégorie dogmatique de normes dans le sens que nous avons retenu sont forcément auto-référentielles. S'il est utile de comprendre le principe de la dérogation générale, celui-ci ne peut jamais déboucher sur une suprématie justifiant la constitutionnalité des normes qui en bénéficient. Fort de ce constat, il faut maintenant examiner les implications de l'autoréférence pour voir quelle peut être la place des clauses auto-référentielles dans le système juridique (2).

2. LA PROBLEMATIQUE DE L'AUTOREFERENCE EN DROIT

La réflexion sur l'autoréférence est un thème classique de la théorie générale du droit[2]. Elle s'est notamment développée à propos du dilemme de l'omnipotence, c'est-à-dire des doutes quant à la capacité d'un pouvoir suprême de s'auto-limiter. Les hésitations sur les effets de la souveraineté parlementaire illustrent cette question[3], même si leur lien avec l'autoréférence est souvent oublié[4]. Cette dernière est en revanche au centre de l'étude de la révision de la procédure de révision constitutionnelle proposée par Ross[5]. Pour cet auteur, cette opération est problématique en raison des contradictions entre son fondement et son résultat. Elle peut être schématisée en trois étapes : la constitution ne peut être révisée que par un acte de type 1 (règle de révision 1) (1) ; un acte de type 1 prévoit le remplacement de la règle de révision 1 par la règle de révision 2 selon laquelle la constitution ne peut être révisée que par un acte de type 2 (2) ; la constitution ne peut être révisée que par un acte de type 2 (3). La contradiction entre 1 et 3 est décrite par Ross comme une contradiction entre la prémisse et la conclusion d'un raisonnement et donc comme une impossibilité logique. Cette difficulté proviendrait du caractère auto-référentiel de la règle de révision qui apparaît clairement lorsque l'on entend réviser cette procédure en l'utilisant. Ross soutient que les énoncés auto-référentiels n'ont

[1] Précisons qu'elle peut être purement déclarative dans le cas où N2 bénéficie déjà de la supériorité sur N1 sans avoir besoin que N1 ne prévoie sa soumission. Ce cas de figure peut se produire pour toutes les clauses envisagées mais il ne nous intéresse pas car il ne peut en aucun cas déboucher sur la suprématie des normes en cause.

[2] Certains ouvrages portent entièrement sur ce sujet. Voir SUBER Peter, *The Paradox of Self-Amendment*, New York, Peter Lang, 1990, 500 p. et AMIT Roei, *Les paradoxes constitutionnels. Le cas de la Constitution israélienne*, Thèse, EHESS, 2002, 585 p.

[3] Voir HART H.L.A., *Le concept de droit*, Bruxelles, Pub. des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, p. 184.

[4] Voir toutefois, HINTIKKA J. et JAAKO K., « Remarks on a Paradox », *ARSP* 1958, p. 514.

[5] ROSS Alf, « À propos de l'auto-référence et d'une énigme du droit constitutionnel », *in Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, LGDJ, 2004, p. 205-226. Les idées de Ross sont reprises de manière plus ou moins critiques par de nombreux auteurs. Voir ainsi, AMIT Roei, *op. cit.*, p. 142 ; SUBER Peter, *op. cit.*, p. XI ou TEUBNER Gunther, *Le droit, système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993, p. 12.

aucune signification et en déduit l'impossibilité de fonder de la révision de la révision sur la règle de révision présente dans la constitution. L'utilisation de la règle de révision par les acteurs dans cette situation trouverait sa source non dans la valeur juridique de cette règle mais dans une autre norme sociale qui guiderait leur conduite. Toutefois, la position de Ross est extrêmement discutée. Tout d'abord, certains refusent son application de la logique au droit. Sans entrer dans tous les détails de cette question, rappelons que la logique s'applique habituellement à des énoncés dotés d'une valeur de vérité et que les normes juridiques n'entrent pas dans cette catégorie, ce qui conduit souvent à exclure l'application de la logique aux rapports entre normes[1]. L'argument de Ross selon lequel la révision de la révision est illégale parce que logiquement inconcevable a donc été décrit comme une confusion entre règles juridiques et règles de logique[2]. L'idée est assez simple : puisque les normes valant dans un système juridique sont sélectionnées par les acteurs sans se référer aux règles de la logique, certaines actions seraient juridiquement envisageables tout en étant logiquement inconcevables. Ensuite, certains contestent l'argument de Ross sans se prononcer sur l'applicabilité de la logique au droit. Hart a ainsi insisté sur le rôle du temps dans la procédure de révision pour exclure toute contradiction logique[3] : l'énoncé (1) est vrai au temps T alors que l'énoncé (3) est vrai au temps T+1, c'est-à-dire une fois la révision réalisée. Les règles de révision 1 et 2 ne sont pas valides au même moment car l'existence de l'acte de type 1 instituant la règle 2 repose sur la règle 1 mais a également pour effet de la faire disparaître[4], ce qui supprime toute contradiction. Cet argument a été contesté sur la base du caractère intemporel de la logique : la vérité d'un énoncé est permanente et non inscrite dans le temps[5]. Il faut tout de même noter que la révision de la révision n'a jamais paru problématique en pratique et s'oppose par là-même aux paradoxes classiques d'autoréférence qui engendrent des énoncés incompréhensibles[6].

---

[1] Cette question est trop complexe pour être traitée de manière extensive ici. Pour des indications sur les débats classiques sur ce sujet, voir BRUNET Pierre, « Irrationalisme et anti-formalisme », *Droits* n°39, p. 198 et s.

[2] Il s'agirait d'une forme de droit naturel, voir SUBER Peter, *op. cit.*, p. XII.

[3] HART H.L.A., « Self-Referring Laws », *in Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon, 1983, p. 177 ou RAZ Joseph, « Professor Ross and Some Legal Puzzles », *Mind* vol. 81, p. 420.

[4] Cette disparition n'a rien de problématique car, comme le remarque Hart, les acteurs apprécient l'existence des lois en fonction du droit au jour de leur création et ne tirent pas de conséquence de leur disparition (HART H.L.A., « Introduction », *in Essays in Jurisprudence…*, précité, p. 16). Le cas des lois et des décrets édictés sous l'empire de constitutions anciennes illustre idéalement ce phénomène en droit français.

[5] SUBER Peter, *op. cit.*, p. 138 et p. 152. Sans approfondir outre mesure cette question de la révision de la révision qui n'occupe qu'une place limitée dans notre raisonnement, notons que d'autres objections ont pu être avancées pour lutter contre la solution temporelle du paradoxe de Ross. Voir notamment, AMIT Roei, *op. cit.*, p. 161.

[6] Le sens des différentes opérations (révision, application…) semble à première vue clair et leur jonction ne pose aucun problème pratique. Notons au passage que certains auteurs attachent une attention toute particulière à l'autoréférence en estimant qu'elle montrerait le caractère autopoïétique du droit (voir par exemple GUNTHER Teubner, *op. cit.*, p. 12) mais cette vision n'est tenable que du point de vue externe car du point de vue interne une décision est nécessaire (voir *supra*, p. 215).

Ces quelques éléments montrent que l'aspect auto-référentiel des clauses de hiérarchisation ne suffit pas forcément à les éliminer. Sans nous prononcer sur la valeur de l'argument de Ross, la solution proposée par Hart montre qu'il paraît possible de concevoir des situations juridiques auto-référentielles. Néanmoins, il ne faut pas négliger la distance qui sépare les règles de révision des clauses de hiérarchisation. Ces dernières sont des règles de conflit et non des règles de changement. De ce fait, leur utilisation ne débouche sur aucun décalage temporel : la clause affirme sa supériorité ou son infériorité sans qu'il soit possible de distinguer deux étapes. La différence entre application des règles de conflit et de changement peut aussi s'analyser sur la base de la séparation entre acte et norme. Une règle de révision définit l'acte qui est susceptible de modifier la constitution alors qu'une règle de conflit porte directement sur les normes. Si nous reprenons le schéma de Ross, l'énoncé (1) porte sur le mode d'édiction de l'acte, l'énoncé (2) expose la signification de cet acte et l'énoncé (3) en tire les conséquences sur les procédures d'édiction de l'acte[1]. Les clauses de hiérarchisation sont très différentes en ce qu'elles incarnent une autoréférence à la fois absolue et immédiate qui ne peut être écartée par l'argument proposé par Hart. Le problème qu'elles posent n'est pas comparable à celui dénoncé par Ross mais plutôt au paradoxe du menteur qu'illustre l'énoncé « cette phrase est fausse » : il s'agit d'un paradoxe sémantique et non d'un paradoxe de cohérence[2]. Une norme affirmant sa propre validité est concernée par ce type de paradoxe mais c'est aussi le cas pour une norme affirmant sa propre supériorité car le ressort de l'autoréférence est exactement le même : la supériorité ne sera acquise que si la norme était supérieure sur la base d'une autre norme mais l'on ne voit pas comment elle pourrait découler de la prétention à la supériorité que porte la clause de domination. La révision de la révision ne paraît pas impossible à intégrer dans le raisonnement juridique : un acte de type 1 est qualifié de constitutionnel sur la base de la règle de révision 1 et la signification langagière de cet acte 1 consiste à appliquer pour l'avenir une règle de révision 2. En revanche, si N1 se

[1] Cette différence entre acte et norme permet de comprendre comment le raisonnement peut se dérouler en plusieurs étapes sans céder à l'objection selon laquelle la règle de révision 2 abroge la règle de révision 1 sur la base du principe *lex posterior*, ce qui exigerait une validité simultanée (ROSS Alf, article précité, p. 226). Cette idée est assez proche de ce que le professeur Suber a qualifié de modèle procédural avant de le rejeter (*op. cit.*, p. 145). Le syllogisme normatif s'achève en fait lorsque l'existence de l'acte de révision est constatée et l'énoncé 3 est la prémisse d'un autre syllogisme sans rapport avec le premier. Pour une idée comparable, voir HOERSTER Norbert, « On Alf Ross and Some Legal Puzzles », *Mind* 1972, p. 422. Eugenio Buyligin développe une analyse proche dans les termes très spécifiques de sa théorie des systèmes normatifs en estimant que la première règle (R1) porte sur la constitution 1 qui contient R1 alors que la seconde règle (R2) porte sur la constitution 2 qui comprend R2 mais pas R1 (BULYGIN Eugenio, « Time and validity », *in* MARTINO Antonio (dir.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, New York, North Holland, 1982, vol. II, p. 75). La contradiction soulevée par Ross n'est donc qu'apparente puisque les règles portent sur des constitutions différentes et que chaque constitution et chaque règle intervient dans un intervalle temporel distinct.

[2] Sur cette différence, voir PEREZ Oren, « Law in the Air », *in* PEREZ Oren et TEUBNER Gunther (dir.), *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, Portland, Hart, 2006, p. 8. Notons que le cas qui nous occupe se rapproche peut-être encore plus au paradoxe du « *truth-teller* » (*ibid.*, p. 10) en tous cas pour les clauses de domination.

prétend supérieure à N2, l'on pourra remettre en cause N2 sur cette base uniquement si N1 tire sa supériorité d'une autre source[1]. Cela devient évident quand l'on se trouve en présence de clauses opposées, c'est-à-dire quand l'on doit trancher le conflit entre deux normes prétendant chacune à leur supériorité. Néanmoins, ce constat vaut même en l'absence d'un tel conflit car écarter N2 au profit de N1 sur la base d'une clause de domination de type N1 implique de présupposer que cette clause de domination s'impose à N2, autrement dit que N1 était supérieure à N2 indépendamment de la clause de domination[2]. La présence d'une clause de domination ou de soumission ne règle pas vraiment les conflits et laisse donc entier le problème de la régression vers l'infini[3]. Là où la révision de la révision ne pose pas de problème concret, le cas des clauses hiérarchiques plonge la doctrine dans l'embarras comme l'illustre l'argument du professeur Alland[4]. Leur réussite est en réalité entièrement conditionnée par l'existence de règles de conflits externes sans lesquelles nous ne sommes même pas en mesure de préciser quels effets elles peuvent produire. Cette difficulté peut être confirmée par des hypothèses d'école. Ainsi, dans le système juridique français, l'on imagine mal qu'une loi affirmant son caractère supra-constitutionnel s'impose effectivement à la Constitution. Pourtant, si une clause de domination, considérée isolément, suffisait à fixer le statut d'une norme, nous devrions admettre cette possibilité. Notons que la potentialité d'un contrôle de régularité des lois n'est pas pertinente dans la mesure où justement leur supériorité est censée écarter ce contrôle, voire le remplacer par un contrôle inversé[5]. En l'absence de contrôle, il est envisageable qu'une loi instaurant un contrôle de légalité de la Constitution trouve à s'appliquer mais cela ne suffit pas lui conférer une supériorité dans le sens isolé précédemment si l'on admet que le pouvoir constituant sera toujours compétent pour remettre en cause ce nouveau contrôle[6]. Pour aboutir à cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'utiliser une règle de logique comme règle juridique mais simplement de constater que le

---

[1] Pour une idée proche mais appliquée aux relations entre ordres juridiques plutôt qu'aux relations entre normes, voir MACCORMICK Neil, « Risking Constitutional Collision in Europe ? », *OJLS* 1998, p. 520.

[2] Le cas de la clause de soumission est un peu plus complexe sauf bien sûr si l'on se trouve en présence de deux clauses de soumission opposées auquel cas le raisonnement juridique ne permet pas de solutionner le problème. Toutefois, si N1 prétend à son infériorité et N2 à sa supériorité, la source de la règle conflit appliquée reste également indéterminée, ce qui peut se révéler décisif si l'une des clauses en cause est révisée.

[3] Certains ont tenté de dépasser le problème en notant que « les théologiens parviennent bien à concilier toute puissance divine et liberté accordée à l'homme d'y résister » (DUBOUIS Louis, « Les trois logiques de la jurisprudence Sarran », *RFDA* 1999, p. 59) mais cela revient à contourner le paradoxe plutôt que de tirer les conséquences que sa présence impose.

[4] Voir *supra*, p. 636.

[5] Le contrôle *a priori* des lois par le Conseil constitutionnel peut faire exception parce que la loi n'aura jamais le temps de produire ses effets si elle est censurée à ce stade. La question posée reste en revanche valable à propos des lois qui n'auraient pas fait l'objet d'un contrôle *a priori*.

[6] Notons que nous ne prétendons pas que la loi prévoyant un contrôle de légalité de la Constitution serait inexistante ou invalidée car cette question repose sur des règles de conflit et de procédures dont la validité reste à évaluer mais plus simplement que l'existence d'une clause de domination, même assortie d'un contrôle, ne suffit pas à conférer la supériorité dans le sens théorique retenu, autrement dit l'applicabilité préférentielle de principe.

statut de la norme portant la clause de domination est une question préalable à résoudre avant de pouvoir évaluer ses effets.

Cette idée peut étonner car le droit positif paraît contenir des exemples opposés. Ainsi, le droit international paraît fournir un contre-exemple à travers l'article 103 de la Charte des Nations Unies qui prévoit qu'elle s'impose aux autres traités[1] mais il doit être compris sur la base de la règle de conflit générale des traités qui fixe la volonté des parties comme critère déterminant[2]. De même, l'entrée en vigueur des traités internationaux est généralement régie par leurs clauses finales, ce qui semble indiquer une forme d'autoréférence quant à la validité et l'applicabilité des traités. Or, cette impression est fausse, car si les clauses finales régissent en partie la validité du reste du traité, leur propre validité résulte de règles externes[3]. Le droit français peut aussi être invoqué : la Constitution de 1958 prétend régir son propre statut en tant qu'elle prévoit les règles de sa révision (art. 89) et une forme spécifique d'annulabilité des lois qui la contredisent (art. 61 et 62). Toutefois, malgré les apparences, ces articles ne posent pas les mêmes problèmes qu'une éventuelle clause de domination. Pour commencer, il faut noter que nous ne serons confrontés à une autoréférence normative seulement si l'article 89 est utilisé pour sa propre révision ou si l'article 61 sert à censurer une loi qui le remet directement en cause. À défaut, il s'agira d'un cas d'autoréférence potentielle qui n'est pas vraiment problématique. En outre, l'opposition entre révision de la révision et clause de domination a déjà été soulignée. Concernant l'article 61, il ne s'agit pas vraiment d'une clause de domination dans le sens théorique retenu puisqu'il ne dit rien de l'applicabilité prioritaire de principe de la Constitution mais la présuppose au contraire. Pour pouvoir invalider une loi le remettant en cause, il faut tenir le raisonnement suivant : la Constitution est applicable prioritairement aux lois (1) ; la Constitution prévoit l'invalidation des lois qui la contredisent (2) ; la loi contredit la Constitution (3) ; la loi en cause doit être annulée (4)[4]. L'autoréférence en matière de hiérarchisation n'est vraiment gênante en définitive que quand elle porte sur l'applicabilité, et non sur la procédure à l'image de l'article 61, car c'est de cette applicabilité dont la clause de domination a besoin pour produire ces effets. Une fois l'applicabilité

[1] Cet article est d'ailleurs décrit comme impliquant une hiérarchie normative. Voir DUPUY Pierre-Marie, « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI* 2002, p. 240 même si ses effets exacts ne sont pas faciles à déterminer (pour des détails, voir TOUBLANC Alix, « L'article 103 et la valeur juridique de la Charte des Nations Unies », *RGDIP* 2004, p. 450 et s.).

[2] C'est ce que l'on appelle la méthode subjective de résolution des conflits de traités qui est suffisante quand les traités ne s'opposent pas entre eux (DAILLER Patrick et PELLET Alain, *op. cit.*, p. 267). Bien entendu l'effet exact de cet article serait difficile à déterminer dans le cas où un traité serait adopté en affirmant sa supériorité sur la Charte des Nations Unies. Il resterait quand même possible de se référer alors aux règles de conflit de traités du droit international qui prévoient divers critères et qui ne posent aucun problème de logique.

[3] Nous pensons ici aux dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités consacrées à leur édiction et à leur validité et au-delà aux règles coutumières qu'elle codifie.

[4] Ce raisonnement est surtout pertinent en cas de contrôle *a posteriori* car le contrôle *a priori* voit s'opposer une norme valide (la Constitution) à une norme qui ne l'est pas encore (la loi), ce qui exclut que cette dernière ne puisse produire des effets.

prioritaire acquise, l'autoréférence ne pose plus de difficulté puisque la raison pour laquelle la norme va produire ses effets est connue. La complexité des clauses de domination tient au fait qu'elles prétendent régir leur applicabilité alors que la valeur de la solution qu'elles portent dépend justement de leur applicabilité[1]. Dans le cas de l'article 61, la valeur de la procédure d'invalidation qu'il prévoit dépend de son applicabilité première et non de l'existence préalable d'une procédure d'invalidation[2]. Tout tient en fait à l'applicabilité prioritaire dont la clause de domination doit pouvoir disposer pour produire ses effets alors qu'elle prétend justement la remplacer[3]. L'efficacité des clauses instaurant un régime spécifique pour les normes contraires aux normes de leur catégorie[4] est le résultat de leur applicabilité prioritaire préalable qui ne peut reposer sur une autre source. L'on a alors tout à fait raison de se référer à ces clauses pour résoudre un conflit mais il ne faut pas oublier le présupposé sur lequel est fondée cette solution. Sur la base de ce constat, nous nous retrouvons face à la régression vers l'infini que les clauses de hiérarchisation ne peuvent écarter : la norme qui prévoit l'applicabilité prioritaire d'une clause de ce type relève forcément d'une autre catégorie. Nous revenons au schéma initial en raison de l'impossibilité pour une norme de régir sa propre applicabilité. Pour dépasser cet échec, il va falloir s'intéresser au lien de ce présupposé avec la doctrine générale des sources du droit (B).

B. Le rôle de la doctrine générale des sources du droit

La réflexion sur le fondement des relations hiérarchiques aboutit à une régression vers l'infini qui n'est pas décelable dans la pratique juridique mais qui empêche de préciser les conditions de vérité des énoncés dogmatiques sur la hiérarchie des normes. Ce problème rappelle celui que nous avions rencontré lors de l'élucidation de l'identification constitutionnelle. Il nous semble qu'il peut connaître une solution comparable car il concerne

---

[1] Pour des paradoxes comparables, voir DE SMITH S.A., « Constitutional Lawyers in Revolutionary Situations », *Western Ontario Law Review* 1968, p. 105 ou ROOS Nikolas, « The Identity of Legal System in the Light of Some Paradoxes of Constitutional Law », *in* ATTWOOL Elspeth (dir.), *Shaping Revolution*, Aberdeen, Aberdeen UP, 1991, p. 58.

[2] Il est possible de schématiser cette opposition. Quand une clause prétend régir son applicabilité, le raisonnement à tenir pour l'appliquer est le suivant : l'article X se dit applicable prioritairement (1), l'article X est appliqué au détriment de la loi contraire (2). Quand une clause prétend créer une procédure d'invalidation alors que son applicabilité est acquise, la situation se présente ainsi : N1 (dont la validité et la suprématie est acquise) dit que N2 est applicable prioritairement à N3 (1), l'article X est de type N2 (2), l'article X s'applique prioritairement à N3 (3), l'article X prévoit l'invalidation des N3 contraires (4), les N3 contraires sont invalidées (5). Dans le premier cas, l'on ne voit pas vraiment sur quelle base l'on peut passer valablement de 1 à 2 alors que les diverses étapes du second raisonnement s'enchaînent sans problème majeur.

[3] Le cas de la clause de soumission est un peu différent mais pas moins problématique : si elle s'applique prioritairement, elle pourra régir son propre statut mais la règle qui lui confère cette priorité d'application survit *a priori* à sa prétention de ne pas s'appliquer prioritairement. L'autoréférence est donc tout aussi gênante dans ce cas.

[4] Si certaines clauses de domination sont bien connues, notamment le principe de primauté du droit fédéral, les clauses de soumission ne sont pas rares dans les constitutions (pour des exemples anciens, voir, VÉRIN Jacques, *De la mention dans les textes constitutionnels du principe de supériorité de l'ordre juridique international sur l'ordre juridique interne*, Thèse, Paris, 1952, p. 88 et s.).

lui aussi les présupposés du discours du droit et de la pratique juridique. Il faudra donc approfondir les relations qui lient la doctrine générale des sources du droit à la hiérarchie des normes en général (1) avant de préciser les rapports plus spécifiques qu'elle entretient avec la suprématie (2).

1. DOCTRINE GENERALE DES SOURCES DU DROIT ET HIERARCHIE DES NORMES

Le fait que l'étude de la hiérarchie des normes se heurte à une régression vers l'infini ne doit pas surprendre car c'est assez classique pour une recherche sur le fondement d'un raisonnement juridique. En effet, la séparation entre être et devoir-être oblige à trouver une base normative à tout fondement envisagé. L'analyse du statut des normes ne fait pas exception : il ne peut reposer que sur une norme qui a elle aussi un statut qui repose sur une norme et ainsi de suite. De ce point de vue, une parenté peut être relevée entre la question de l'existence des normes qui nous occupait dans la première partie et celle de leur statut. Or, la compréhension constructiviste du système juridique nous a conduit à briser la régression vers l'infini du raisonnement sur l'existence des normes en se référant aux représentations des acteurs sur les normes qui proviennent du partage de certaines croyances formant des règles constitutives. L'ensemble de ces règles dans un système juridique donné constitue la doctrine générale des sources du droit de ce système[1]. Nous entendons montrer que celle-ci est aussi importante pour le statut des normes que pour leur existence. Il s'agit *a priori* de transposer la logique développée à propos de l'existence à la question du statut des normes : la capacité des acteurs à régler les conflits sans se heurter à une régression vers l'infini et sans recourir à des solutions purement arbitraires dépendant des préférences des juges ou des théoriciens montre l'existence de présupposés partagés par les acteurs sur ce point. La pré-notion de droit joue encore ici son rôle[2] mais cela n'empêche pas la présence de difficultés particulières.

Tout d'abord, le rapport entre théorie et dogmatique mérite quelques précisions. Nous ne prétendons certainement pas qu'il existe dans tout système juridique des croyances sous la forme « N1 est capable déterminer l'applicabilité de N2 ». C'est extrêmement improbable au vu de l'absence de toute spéculation à ce sujet chez les acteurs. Cependant, il faut rappeler que cette définition théorique de la supériorité équivaut à l'applicabilité prioritaire de principe, c'est-à-dire qu'elle renvoie à la norme qui sera appliquée en premier et dans laquelle l'on cherchera une solution en cas de conflit[3]. Or, il paraît beaucoup plus plausible que les

[1] Voir *supra*, p. 257.
[2] Voir *supra*, p. 205.
[3] Cette qualité n'empêche pas que la norme inférieure déroge à la norme supérieure (voir *supra*, p. 619).

acteurs partagent des croyances sur l'ordre dans lequel les normes sont censées s'appliquer, autrement dit sur la sélection des normes prioritaires. L'assimilation de telles croyances à des règles constitutives n'a rien d'évident puisque celles-ci sont décrites par Searle comme adoptant la forme « X compte pour Y ». La fixation du statut d'une norme relèverait donc plus d'une règle régulative que d'une règle constitutive. Néanmoins, cette objection n'est pas déterminante car nous avons vu que les règles constitutives étaient un ensemble de croyances sur le statut social de faits bruts qui ne prenaient pas nécessairement une forme donnée. Leur capacité à fonder des institutions implique l'intégration de conséquences au statut qu'elle confère : des croyances sur la monnaie ou la promesse se contentant d'isoler les éléments permettant de les reconnaître n'expliqueraient pas l'existence de faits institutionnels de cet ordre. L'impression inverse provient des hésitations de Searle sur la définition des règles constitutives mais elles n'enlèvent rien au fait que le schéma qu'il dessine attribue des effets aux faits institutionnels sur la base de leurs règles constitutives. La spécificité des règles constitutives tient à leur mode d'existence et à leur fonction mais pas à leur forme logique[1]. La capacité des règles constitutives à baser la pratique juridique implique qu'elle détermine à la fois le mode d'identification des normes originaires et leur statut. Ainsi, l'identification des normes constitutionnelles serait inutile si les règles constitutives ne prévoyaient pas également leur applicabilité. Le fait qu'elles établissent des règles de conflit est moins manifeste mais tout de même indispensable en pratique pour éviter que le système juridique soit contradictoire et indéterminé[2]. L'impossibilité constatée que des normes juridiques suffisent à établir la hiérarchie des normes montre que celle-ci repose forcément en partie sur d'autres normes qui ne peuvent provenir que de la doctrine générale des sources du droit.

Cette approche est pleinement cohérente avec la théorie de la règle constitutive mise en avant précédemment. En effet, si nous renoncions à fonder la hiérarchie des normes dans ce genre de normes sociales, nous disposerions uniquement des alternatives que nous avons rejetées lors de l'étude dogmatique de la constitution. Le réalisme propose ainsi une théorie de la hiérarchie des normes mais elle relève exclusivement du point de vue externe alors que la vision positiviste des normes ultimes n'est pas dénuée de tout rapport avec l'étude des fondements de la hiérarchie des normes. Hart soutient ainsi que la règle de reconnaissance ne se contente pas de valider les normes les plus hautes du système juridique mais fixe également

[1] Sur tous ces éléments tenant à la règle constitutive, voir *supra*, p. 263 et s.
[2] Cette hypothèse n'a rien d'impossible en théorie mais elle ne paraît pas correspondre à l'état réel de la plupart des systèmes juridiques connus.

leur statut hiérarchique[1]. La position de Kelsen est plus ambiguë mais nous pouvons noter qu'il a adopté plusieurs visions distinctes des règles de conflit non-hiérarchiques. Il les a parfois décrites comme des principes juridiques[2] mais également comme une partie de la norme fondamentale[3]. Les liens qui unissent règle constitutive, règle de reconnaissance et norme fondamentale[4] incitent dès lors à prendre au sérieux la contribution des normes ultimes à la fixation de la hiérarchie des normes. D'autres références vont dans le même sens : la recherche de la hiérarchie des normes dans l'idéologie de la Révolution qu'a menée Carré de Malberg[5] n'est pas forcément très éloignée de l'attention que nous portons aux croyances des acteurs[6]. Les professeurs Peczenik[7], Aarnio[8] ou Suber[9] proposent aussi des conceptions de cet ordre. Si ces divers précédents issus de la théorie générale tendent à favoriser la prise en compte de la doctrine générale des sources du droit pour déterminer le statut des normes juridiques, les indices les plus forts proviennent de la pratique des acteurs. En effet, ils utilisent de manière régulière des règles de conflit en tous genres sans justifier leur origine. Il est plus que rare qu'un acte juridique signifie une règle de ce type. En droit français, les rapports entre Constitution, loi et règlement sont le plus souvent employés sans la moindre

---

[1] Voir HART H.L.A., *op. cit.*, p. 134 et HACKER P.M.S., « Hart's Philosophy of Law », *in Law, Morality and Sociery. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon, 1977, p. 23. Pour une vision comparable de la règle de reconnaissance, voir PRIEL Danny, « Were the Legal Realists Legal Positivists ? », *Law and Philosophy* 2008, p. 345. Le professeur Marmor estime ainsi que la règle de reconnaissance du droit américain est l'affirmation de la suprématie de la Constitution (« How Law Is Like Chess », USC Legal Studies Research Paper n°06-7, p. 10).

[2] KELSEN Hans, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996, p. 166. Cette solution n'est toutefois pas idéale dans le cadre de sa conception spécifique du droit car l'on voit mal à quelles sources du droit se rattachent ces principes dans la plupart des systèmes juridiques.

[3] KELSEN Hans, *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1997, p. 452. Cette idée est parfois étendue de manière confuse aux règles hiérarchiques, voir ANDENAS Mads et GARDENER John, « Introduction : Can Europe Have a Constitution ? », *King's College Law Journal* 2001, p. 2.

[4] Voir *supra*, p. 276 et s.

[5] CARRÉ DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933, p. 28 et s. ou *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, p. 16. Cette approche peut toutefois faire l'objet d'une interprétation conceptualiste. En ce sens, voir TROPER Michel, « 1789, l'invention de la constitution », *in Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 186.

[6] Des visions en partie comparables peuvent être relevées dans la doctrine, voir AUBY Jean-Marie, « Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public », *in Mélanges dédiés à Robert Pelloux*, Lyon, L'Hermès, 1980, p. 30 ou HARRIS J.W., « Kelsen and Normative Consistency », *in* TUR Richard et TWINING William (dir.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon, 1986, p. 213.

[7] PECZENIK Aleksander, « Legal Data. An Essay About the Ontology of Law », *in* PECZENIK Aleksander, LINDAHL Lars et VAN ROERMUND Bert (dir.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, D. Reidel, 1983, p. 107 et 111. La description de la hiérarchie des normes comme un paradigme (DE BÉCHILLON Denys, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996, p. 405) mérite aussi d'être citée à ce stade au regard du rapport établi entre croyances et paradigme (voir *supra*, p. 287).

[8] D'après cet auteur, la « communauté interprétative » sur laquelle repose un ordre juridique accepte « certains modèles de préférence concernant les sources du droit » qui peuvent venir de normes positives mais aussi de la pratique (*Le rationnel comme raisonnable*, Paris, LGDJ, 1992, p. 121).

[9] Plus précisément, en partant du paradoxe de la révision de la révision, le professeur Suber en arrive en dernière analyse à affirmer que la hiérarchie des normes est fondée sur son acceptation par les acteurs (*op. cit.*, p. 306). Cette approche s'écarte tout de même de la nôtre en ce qu'elle ne sépare pas l'acceptation des types et des individus (*ibid.*, p. 285) et qu'elle tend à intégrer une dimension morale (*ibid.*, p. 315) en raison des ambiguïtés du thème de l'acceptation (voir *supra*, p. 234). Notons au passage que Ross lui-même finissait par expliquer la possibilité de la révision de la révision malgré son impossibilité logique par « l'idéologie qui domine réellement l'esprit des gens » (article précité, p. 210) ce qui montre encore une fois que la théorie de la règle constitutive formalise des conceptions répandues et n'innove que dans la formulation qu'elle en donne.

motivation officielle des acteurs. Quant au débat doctrinal, il ne se détache pas vraiment de la doctrine générale des sources du droit. La hiérarchie des organes qui a la préférence de la doctrine française n'est envisageable qu'au prix de règles de conflit sans fondement clair[1]. Les arguments politiques parfois évoqués ne peuvent se concevoir en dehors de croyances à même de leur donner une certaine objectivité. Pour citer un exemple, la théorie de l'écran législatif est fondée sur les spécificités de l'idéologie sur laquelle repose le droit français et est considérée comme révisable seulement par une révision constitutionnelle sans qu'elle soit pour autant décrite comme une véritable norme constitutionnelle[2]. Le cas déjà cité de l'admissibilité de l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois sans réciprocité sous la IIIe illustre aussi la tendance à utiliser des présupposés et des croyances sur la hiérarchie des normes sans chercher de fondement positif clair. Au passage, la variété des situations envisagées et les carences du droit positif montrent que si les règles fixant l'existence des normes relevant de la doctrine générale des sources du droit ne concernent que les normes originaires, celles qui déterminent la hiérarchie des normes portent sur les normes originaires et dérivées. Une fois la norme suprême identifiée, rien n'empêche que les règles de conflit soient toutes arrêtées par des normes positives mais le droit positif ne réalise pas cette potentialité, ce qui laisse une grande place aux croyances des acteurs dans ce domaine. Il faut réaffirmer ici les limites des règles constitutives : il n'existe probablement pas une doctrine générale des sources du droit clairement déterminée et susceptible de régler tous les conflits de normes. L'imprécision des croyances des acteurs laisse plutôt place à une part de discrétion non négligeable dans le règlement des conflits de normes. Celle-ci reste toutefois limitée : prétendre que les règlements sont suprêmes en droit français est manifestement faux. La véracité non-contestée d'un énoncé de ce type qui ne repose sur aucune norme positive connue montre bien la présence d'une forme de prédétermination, même souple ou limitée qui passe par la matrice des acteurs. Le rôle de cette dernière est encore accru à propos des normes suprêmes (2).

---

[1] La doctrine se rallie en effet à cette théorie sans jamais citer de fondement normatif à la résolution des conflits. Voir, parmi de nombreux exemples, MORANGE Georges, « La hiérarchie des textes dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *D.* 1959, p. 21 ou PACTET Pierre et MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Droit constitutionnel*, 27e éd., Paris, Sirey, 2008, p. 73. Au mieux, elle s'appuie sur des arguments politiques. Voir ainsi, CAMBY Jean-Pierre, « Supra-constitutionnalité, la fin d'un mythe », *RDP* 2003, p. 688.

[2] Voir LATOURNERIE, Conclusions sous CE, 6 novembre 1936, Arrighi et Dame Coubert, *S.* 1937.3.36 et dans une certaine mesure FAVOREU Louis et RENOUX Thierry, « Contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs », *in Encyclopédie Dalloz – Contentieux administratif*, 1992, p. 4. Notons tout de même que le Conseil d'État s'est référé à une occasion à l'article 61 de la Constitution pour justifier son incompétence à contrôler la constitutionnalité des lois (5 janvier 2005, Delprez et Baillard, n°257341) et que la doctrine évoque quatre fondements généralement non-repris pas les juges (pour des détails, voir BONNET Julien, *op. cit.*, Paris, Dalloz, 2009, p. 33-321). Les limites de ces motifs a parfois conduit à faire reposer cette incompétence sur la tradition voire à envisager un phénomène de routinisation qui n'est pas très éloigné des croyances qui retiennent notre attention (*ibid.*, p. 389 et 409).

2. DOCTRINE GENERALE DES SOURCES DU DROIT ET SUPREMATIE

La place occupée par la doctrine générale des sources du droit dans l'attribution de la suprématie est particulièrement forte. Nous centrerons notre démonstration sur le cas français pour tenir compte de la relativité de la dogmatique. Les juges et l'essentiel de la doctrine affirment la suprématie[1] de la Constitution en droit français sans proposer de justification[2] et sans s'interroger sur le fondement de cette assertion[3]. Au-delà des positions de principe, de multiples exemples illustrent cette tendance. Ainsi, l'idée selon laquelle les juges ordinaires sont incompétents en principe pour contrôler la constitutionnalité des lois suppose que la Constitution est supérieure à la loi car il ne serait pas nécessaire d'évoquer une incompétence dans le cas contraire. De même, la plupart des réflexions sur la place du droit international en droit français sont basées sur le présupposé de la suprématie de la Constitution. Citons les débats sur la portée exacte des articles 54[4] et 55[5] de la Constitution ou du Préambule de la Constitution de 1946[6] voire sur celle d'une éventuelle clause de soumission[7] qui n'ont de sens que si l'on présume la capacité de la Constitution à imposer une place donnée au droit international. Si la Constitution n'est pas la norme qui détermine le statut des autres normes dans le système juridique, il est inutile de chercher la solution aux conflits de normes dans ses dispositions. De ce fait, même ceux qui déduisent de l'article 54 la « supériorité » du droit international sur la Constitution présupposent en réalité la suprématie de la Constitution dans

---

[1] Nous employons ce terme ici dans le sens théorique que nous avons défini. La priorité de la Constitution est en effet affirmée sans que cela résulte d'une quelconque dérogation. Les usages des termes « suprématie » aux sens dogmatique et théorique paraissent ici se rejoindre mais il s'agit d'une coïncidence qui n'a rien d'une fatalité.

[2] Nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer les critères matériels, formels et organiques mais leur qualité théorique ou dogmatique n'est pas clairement déterminée et leurs fondements normatifs sont totalement indéterminés. D'ailleurs, le plus souvent, la doctrine ne se donne plus la peine de s'y référer pour affirmer la suprématie de la Constitution.

[3] Voir, pour des exemples juridictionnels, CE, 3 décembre 2001, SNIP, n° 226514, Cons. const., n°2004-505 DC du 19 novembre 2004 ou GUYOMAR Mattias, Conclusions sous CE Ass., 8 février 2007, Société Arcelor, *RFDA* 2007, p. 392 et, pour des exemples doctrinaux, LE QUINIO Alexis, « La primauté des principes généraux du droit communautaire et sa réception par le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel », *in* PONTIER Jean-Marie (dir), *Les principes et le droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, p. 340 ou DRUESNE Gérard, « L'influence de la Constitution sur le droit public français », *JSLC* 1981, p. 453. Le professeur Drago affirmait même que « on reconnaît pourtant, avec la vérité de l'évidence, à la Constitution la valeur de norme suprême de l'ordre juridique français, ce qui n'est pas contesté ou contestable » (« Introduction générale », *in L'application de la Constitution par les cours suprêmes*, Paris, Dalloz, 2007, p. 3). Les auteurs communautaristes sont plus modérés sur la suprématie de la Constitution mais ils ne contestent pas vraiment son titre et se placent dans une approche tenant compte des rapports entre ordres juridiques dont nous rendrons compte par la suite.

[4] Voir, parmi de nombreux exemples, COSTA Jean-Paul, « La Convention européenne des droits de l'homme et la Constitution de la France », *in Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 246 ou BLUMANN Claude, « L'article 54 de la Constitution et le contrôle de constitutionnalité des traités en France », *RGDIP* 1978, p. 567.

[5] Citons ainsi DRAGO Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, 2e éd., Paris, PUF, 2001, p. 440 ou SABÈTE Wagdi, « Primauté et hiérarchie », *in* GAUDIN Hélène (dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect réciproque mutuel ?*, Paris, Economica, 2001, p. 145.

[6] Pour des illustrations, voir LUCHAIRE François, « La Constitution française et les engagements internationaux », *Politeia* n°1, p. 39 ou RIDEAU Joël, « Problématique générale des rapports entre droit constitutionnel et droit international », *in* AFDC, *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Paris, Economica, 1987, p. 233.

[7] Nous visons ici l'argument du professeur Alland dont la popularité a déjà été notée : en cherchant dans la Constitution la norme qui réglera les conflits entre les droits international et interne, il montre que sa suprématie est présumée.

le sens que nous avons retenu. Ce présupposé est donc très répandu mais il reste le plus souvent inconscient et n'est pas vraiment défendu[1]. C'est cette attitude qui nous paraît révéler la présence d'une croyance partagée car la suprématie est considérée comme établie sans que son fondement ne paraisse problématique tant il tient de l'évidence. La dogmatique ne peut tenir les raisonnements que nous avons relevés tout en prétendant à une forme d'objectivité que si elle s'appuie sur une théorie générale à même de les fonder, rôle que joue la théorie de la règle constitutive[2]. Les acteurs ne se présentent pas comme libres mais bien comme tenus par la suprématie sans pour autant se référer à une norme quelconque dont le rôle devrait être évalué. La Constitution quant à elle n'affirme pas clairement sa suprématie. Le fait qu'elle institue un contrôle de constitutionnalité des lois n'est pas déterminant[3] car cela revient à instaurer des organes et des procédures spécifiques qui reposent sur un présupposé plus profond sur la supériorité de la Constitution. La création d'une forme de contrôle de constitutionnalité des traités internationaux appelle les mêmes remarques. Au mieux, cela peut être considéré comme la manifestation de l'idéologie ou des représentations partagées par les constituants sur le droit international, ce qui nous ramène à des croyances susceptibles de participer à la doctrine générale des sources du droit. De même, déduire des révisions de la Constitution destinées à permettre la ratification et/ou l'application de traités internationaux sa supériorité sur ces derniers[4], revient implicitement à se référer aux croyances du constituant qui l'ont conduit à créer de tels articles et non à l'effet juridique desdits articles. Globalement, la difficulté de construire une argumentation sur la suprématie de la Constitution rappelle clairement le constat effectué à propos de l'identification de la constitution. Tous ces éléments concourent à rattacher l'attribution de cette suprématie à la doctrine générale des sources du droit[5]. Ce n'est pas le fruit du hasard mais la marque d'une véritable nécessité.

Pour le comprendre, il faut insister sur la séparation entre supériorité originaire et dérivée. Elle correspond à l'opposition entre existence originaire et dérivée : la supériorité originaire s'appuie sur la doctrine générale des sources du droit quand la supériorité dérivée trouve sa

---

[1] Au mieux, nous pouvons parfois relever des arguments assez vagues tenant au rôle du pouvoir constituant ou du souverain mais ils reposent au choix sur la Constitution ou sur une norme dont la validité n'est pas démontrée.

[2] Nous retrouvons le schéma décrit précédemment à propos du rôle de la doctrine générale des sources du droit dans l'existence des normes originaires (voir *supra*, p. 258). Il faut également transposer ici les arguments que nous avons avancés sur la fonction de lien entre l'aspect interne et l'aspect externe mais aussi entre théorie générale et dogmatique que joue la règle constitutive.

[3] Pour un avis contraire, voir AMSON Daniel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Litec, 1999, p. 21 ou GOHIN Olivier, « Le Conseil d'État et le contrôle de constitutionnalité de la loi », *in* CHAGNOLLAUD Dominique (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 173.

[4] Pour un exemple de cet argument, voir ALLAND Denis, « Consécration d'un paradoxe… », précité, p. 1096.

[5] Il a parfois existé des contestations doctrinales de cette suprématie en droit interne à l'image des positions adoptées par Carré de Malberg. Toutefois, celles-ci sont anciennes et ont toujours été très minoritaires. Surtout, la référence à l'idéologie révolutionnaire qui les fonde montre moins une rupture avec l'appui sur les croyances des acteurs qu'un désaccord quant au contenu exact de ces croyances.

source dans une norme positive. Cette différence est fondamentale car la supériorité dérivée ne peut jamais déboucher sur la suprématie. En effet, le schéma classique de la supériorité dérivée est de déduire la supériorité de N1 sur N2 de ce que prévoit N3. Or, dans ce cas, N3 est supérieure à N1 dans la mesure où elle détermine son applicabilité. D'ailleurs, N3 ne peut trancher le conflit entre N1 et N2 que dans la mesure où elle est *a priori* applicable en priorité à N1 et N2, c'est-à-dire si elle leur est supérieure. En conséquence, N1 ne peut être la norme suprême puisqu'elle est inférieure à N3. Nous pouvons en conclure que la norme suprême bénéficie forcément d'une supériorité originaire, c'est-à-dire qu'elle doit tirer sa suprématie de la doctrine générale des sources du droit. Étant donné que les règles constitutives ne sont pas des normes juridiques, elles ne relèvent pas de la hiérarchie des normes juridiques et leur rapport avec ces normes ne se comprennent pas en terme d'applicabilité ou d'invalidité. Une croyance ne peut être prioritaire et ne peut être abrogée car elle est simplement un fait brut à l'origine des représentations qui fondent le droit positif. Si la norme constitutionnelle ne peut « abroger » les règles constitutives ce n'est pas parce qu'elle leur est inférieure mais parce que celles-ci n'ont pas de statut institutionnel et ne peuvent être remises en cause par un fait institutionnel. En revanche, la norme qui bénéficie d'une applicabilité prioritaire de principe sur toutes les normes juridiques sur la base de la doctrine générale des sources du droit fait valablement figure de norme suprême. La suprématie est donc une forme de supériorité originaire. Précisons bien que cela ne veut pas dire que la supériorité originaire se confond avec la suprématie : la doctrine générale des sources du droit peut aussi déterminer les rapports de normes non suprêmes et régler directement les relations entre N1, N2 et N3.

Le lien entre doctrine générale des sources du droit et suprématie ne s'arrête pas là. La supériorité originaire peut bénéficier aussi bien à une norme dérivée qu'à une norme originaire. En revanche, la norme suprême est forcément une norme originaire. Certes, nous avons rejeté l'assimilation de la validation et de la supériorité et l'imputation de la supériorité en fonction de la validation mais cela n'exclut pas un rapport plus complexe entre validation et supériorité telle que nous l'avons définie. Si N1 fixe les conditions d'existence de N2, elle est logiquement à même de faire varier ces conditions et donc de déterminer en partie l'applicabilité de N2. Cela ne veut pas dire que N2 sera invalide ou inappliquée si elle contredit N1 ou, plus modestement qu'elle doit être conforme à N1, mais simplement que N1 joue un rôle important dans son applicabilité, autrement dit qu'elle est supérieure à N2[1]. Si N1 fixe l'existence de N2, elle s'applique nécessairement avant elle. C'est pourquoi, seule une

[1] Sur les différences entre ces divers sens de la supériorité, voir *supra*, p. 612 et s.

norme originaire peut être la norme suprême. La supériorité n'exige pas la validation mais la validation implique finalement bien la supériorité dans le sens théorique retenu. Cela ne veut pas dire que toute norme originaire est suprême : les relations hiérarchiques entre normes originaires ne sont pas plus simples que celles qui unissent normes originaires et dérivées. Ce retour de la validation peut toutefois sembler gênant au regard des contre-exemples cités précédemment. Ainsi, l'on peut se demander comment il convient de traiter une loi qui prétendrait fixer les conditions d'existence de la Constitution voire d'une norme étrangère. Un problème comparable a été évoqué par Hart : l'hypothèse d'une loi anglaise prétendant déterminer la validité du droit russe[1]. La solution tient selon nous à la différence entre une prétention à valider, qui résulte de la signification (S1) de l'acte normatif en cause, et une validation réelle. N1 valide N2 dans le sens où elle fixe ses conditions d'existence si les acteurs se réfèrent effectivement à N1 lorsqu'ils identifient N2[2]. Plus précisément, l'on peut en principe savoir si N1 peut régir l'existence de N2 en se basant sur son statut hiérarchique positif ou sur le fait que c'est N1 qui a créé la catégorie dogmatique de N2[3] mais les croyances des acteurs peuvent avoir un rôle à jouer dans le cas où se développe une croyance-type qui attribue à N4 le rôle de norme validant N2 en déclassant ainsi N1. Un rapport de validation peut donc être valable sans faire l'objet d'une croyance des acteurs et le comportement de ces derniers ne sera pertinent qu'en tant qu'indice sur leurs croyances partagées sur le système juridique en cause. La signification (S1) de N1 permet de savoir si N1 prétend valider N2 mais pas si l'existence de N2 repose sur N1, même si la validité de N1 n'est pas contestée. Une loi prétendant fixer les conditions d'existence de la Constitution sera valide si elle n'est pas annulée mais cela ne veut pas dire que l'identification de la Constitution reposera à l'avenir sur cette loi. Cet exemple montre la complexité des rapports entre normes positives et croyances à propos de l'existence des normes et donc de leur hiérarchisation. La différence entre validation revendiquée et réelle doit être mise en relation avec celle qui oppose validation historique et actuelle. La plupart des anciennes colonies britanniques ont reçu leur constitution du Parlement anglais. Pour autant, le fait que le droit de ces anciennes colonies repose sur un acte de ce Parlement ne permet pas à ce type d'acte de

[1] HART H.L.A., « Kelsen's Doctrine of the Unity of Law », *in Essays in Jurisprudence…*, précité, p. 319. Notons qu'Hart avance cet argument dans le cadre d'une réflexion sur les rapports entre ordres juridiques qui ne nous intéresse pas encore.

[2] Pour une idée proche, voir *ibid.*, p. 319 et 337 ou GALAVAO TELES Manuel, « Revolution, Lex Posterior and Lex Nova », *in* ATTWOOL Elspeth (dir.), *op. cit.*, p. 75. Cette vision de la validation découle bien sûr de la conception de la validité à laquelle nous adhérons et qui dépend largement des représentations des acteurs.

[3] Envisager cette hypothèse implique de se couper de la vision développée par Hart qui ne tient compte que du comportement des acteurs et n'envisage pas la validation ou la reconnaissance comme un phénomène susceptible d'être constaté sur la base de normes juridiques positives. Par ailleurs, cela montre que les acteurs peuvent se tromper et que l'on ne peut s'arrêter à leur comportement sans tenir compte de leurs représentations (voir *supra*, p. 296).

conserver une pertinence ou *a fortiori* une suprématie dans l'ordre juridique des États nouvellement indépendants[1]. La validation qui était dérivée est devenue une validation originaire suite au changement des représentations acteurs, ce qui implique l'absence de toute subordination du droit de l'État aux actes du Parlement anglais[2]. La validation a bien une influence notable sur la suprématie mais seulement si elle est à la fois réelle et actuelle[3]. Les prétentions subjectives à la validation ne sont pas déterminantes mais le rapport résiduel entre validation et supériorité renforce le lien entre suprématie et doctrine générale des sources du droit : la norme suprême doit bénéficier à la fois d'une supériorité et d'une existence originaires pour pouvoir maîtriser un ordre juridique sans souffrir d'une quelconque dépendance vis-à-vis d'une autre norme. Savoir si une norme est suprême, et donc constitutionnelle, dépend au final du contenu de la doctrine générale des sources du droit. La capacité à classer une norme comme constitutionnelle au sens théorique repose sur des règles constitutives dont la précision n'est pas parfaite et dont la connaissance n'est pas évidente. Leur cohérence même n'est pas garantie : même si c'est improbable, rien n'interdit l'existence de croyances divergentes quant au statut des normes originaires. Dans tous les cas, cela ne remet pas en cause la précision de la définition théorique retenue car l'indétermination vient alors de la dogmatique et non de la théorie : la théorie ne peut donner une cohérence à un système juridique qui serait incohérent. Quoi qu'il en soit, nous ne nous sommes prononcé pour le moment que sur les conditions assurant la suprématie dans un ordre juridique donné alors que l'internationalisation du droit rend le cadre de cette approche trop exiguë. Il faut donc voir comment la suprématie s'articule avec les relations entre ordres juridiques (II).

II. SUPREMATIE ET RAPPORTS ENTRE ORDRES JURIDIQUES

L'étude de la suprématie dans le cadre d'un ordre juridique isolé a permis de montrer l'importance du statut des règles de conflit qui est au cœur des difficultés de l'analyse dogmatique de la suprématie théorique. Les choses se compliquent lorsque plusieurs ordres juridiques s'appliquent sur un même territoire car il faut alors envisager le conflit entre règles de conflit issues de discours du droit distincts. Il n'est dès lors pas surprenant que la réflexion

[1] Sur ce point, voir RAZ Joseph, « Kelsen's Theory of the Basic Norm », *in The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 128 ou AUBERT Jean-François, « Entre le contrat et la loi : la Constitution du Canada », *in Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen*, Genève, Helbing et Lichtenhahn, 1992, p. 374.

[2] Une idée proche a été exprimée sur la base du recours à la règle de reconnaissance (DE SMITH S.A., article précité, p. 101) ou en empruntant des arguments sociologistes (HÉRAUD Guy, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Paris, Sirey, 1946, p. 59). Sur les rapports de ces modèles avec la théorie de la règle constitutive, voir *supra*, p. 280 et s.

[3] Le rapport entre validation et supériorité est dès lors établi avec quatre réserves par rapport au modèle classique : la supériorité est entendue au sens étendu prédéfini, ce rapport n'est pas exclusif, la validation doit être réelle et actuelle.

doctrinale sur les rapports entre ordres juridiques soit plus développée que celle sur la hiérarchie des normes considérée dans un ordre juridique isolé. Cependant, les positions adoptées sont contradictoires et discutées ce qui empêche de sélectionner les normes constitutionnelles au sens théorique en se basant sur une conception consensuelle des rapports entre ordres juridiques. Nous devrons procéder au contraire à un examen critique des débats actuels pour essayer d'identifier les sources du blocage sur lequel ils débouchent (A) avant de montrer ce que peut apporter la théorie de la règle constitutive dans ce domaine (B).

A. Les limites de la présentation classique des rapports entre ordres juridiques

Tous les ordres juridiques sont susceptibles d'entretenir des relations mais la doctrine publiciste se concentre traditionnellement sur celles qui unissent droits international et interne et par extension droits de l'Union européenne et interne. La compréhension des conceptions répandues des rapports entre ordres juridiques sera donc fondée sur les travaux consacrés aux liens entre ces ordres juridiques. Ils opposent avant tout les monistes, partisans de l'unité du droit, aux dualistes, qui soutiennent l'existence d'une pluralité d'ordres juridiques autonomes[1]. La clarté apparente de cette dichotomie est trompeuse car elle repose en réalité sur une polysémie qu'il faudra dissiper (1) pour pouvoir apprécier les limites des postures les plus répandues afin de répondre aux interrogations que fait naître notre recherche (2).

1. Le double sens de l'opposition monisme-dualisme

La doctrine décrit l'opposition monisme-dualisme comme une classification complète et claire sans relever le plus souvent l'ambiguïté sémantique qui la caractérise[2]. Le sens le plus commun de nos jours vise en fait à ranger les ordres juridiques nationaux selon les modalités d'applicabilité des normes internationales prévues par les normes nationales[3]. Un ordre juridique est dit moniste (M1) s'il prévoit que les normes internationales s'appliquent en son

[1] Le terme « dualiste » pourrait laisser croire que les tenants de cette doctrine soutiennent qu'il existerait deux ordres juridiques mais ils prétendent en réalité que les ordres juridiques international et interne sont séparés. Or, il n'existe bien sûr pas un seul ordre interne mais plutôt un ordre interne par pays, ce qui fait du dualisme une forme de pluralisme. En ce sens, voir GAJA Giorgio, « Dualism – a Reviw », *in* NIJMAN Janne et NOLKAEMPER André (dir.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, OUP, 2007, p. 53.

[2] Certains auteurs ont toutefois relevé cette ambiguïté en la présentant de différentes manières. Voir notamment l'intervention du professeur Simon sous ABRAHAM Ronny, « Les normes du droit communautaire et droit international devant le juge administratif français », *in* SFDI, *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, p. 298 ; MONTEILLET Sylvain, « Une étude théorique des rapports entre droit communautaire et droits nationaux est-elle d'actualité ? », *RRJ* 2004, p. 1942 ; PFERSMANN Otto, « La primauté : double, partiellement directe, organiquement indéterminée, provisoirement fermée », *CCC* n°18, p. 181 ou TEBOUL Gérard, « Ordre juridique international et ordre juridique interne », *RDP* 1999, p. 698.

[3] Cette logique peut être appliquée à d'autres ordres juridiques, notamment ceux des organisations internationales mais il ne s'agit alors que d'une simple reprise directe du schéma développé à propos des ordres juridiques nationaux.

sein sans faire l'objet d'une transformation, c'est-à-dire sans être reprises par une norme interne ou faire l'objet d'un renvoi spécifique par une norme de ce type[1]. Cette situation est courante depuis la fin de la seconde guerre mondiale, notamment par le biais de clauses constitutionnelles nationales prévoyant une applicabilité générale des traités ou des normes internationales en droit interne[2]. À l'inverse, un ordre juridique est dit dualiste (D1) s'il exige une transformation, c'est-à-dire si l'applicabilité des normes internationales en son sein est conditionnée par une reprise desdites normes par une norme interne[3]. Par extension, il est possible de parler de constitution moniste ou dualiste en fonction des règles prévues pour l'application interne du droit international. Dans tous les cas, les ordres juridiques et les constitutions sont classés selon la solution choisie par les normes nationales positives concernant l'applicabilité des normes internationales. C'est en utilisant cette version de la dichotomie monisme-dualisme que de nombreux auteurs ont pu affirmer que l'ordre juridique français était devenu moniste depuis l'adoption de la Constitution de 1946[4]. En effet, alors que les traités n'étaient applicables que s'ils avaient fait l'objet d'un décret de promulgation spécifique, cette Constitution a prévu qu'ils soient applicables dès qu'ils sont régulièrement ratifiés et publiés[5]. De même, l'affirmation selon laquelle la France est moniste là où l'Allemagne et l'Italie sont dualistes[6] repose sur les normes d'introduction du droit international valables dans ces divers pays.

Ce premier sens peut présenter un intérêt technique mais il ne permet en aucun cas de se prononcer sur l'unité du droit. Cette dernière question est en réalité à l'origine d'un usage très différents des termes « monisme » et « dualisme ». Une doctrine sera dite moniste (M2) si elle affirme que la séparation entre ordres juridiques international et interne n'est qu'apparente ou superficielle et ne fait pas obstacle à l'unité du droit[7]. La validité doit alors être comprise de manière absolue sans que l'on distingue validités interne et internationale. L'applicabilité interne des normes internationales ne dépend plus dans cette optique de normes internes[8]. Le

---

[1] Voir par exemple, MANIN Philippe, « L'influence du droit international sur la jurisprudence communautaire », *in* SFDI, *op. cit.*, p. 203 ou COMBACAU Jean et SUR Serge, *Droit international public*, 8e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 185.
[2] Sur l'importance de ces clauses, voir VIRALLY Michel, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 212.
[3] Voir ainsi, DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public*, 8e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 432 ou ISAAC Guy et BLANQUET Marc, *Droit général de l'Union européenne*, 9e éd., Paris, Sirey, 2006, p. 263.
[4] Voir, parmi de nombreux exemples, CONSTANTINIDÈS-MÉGRET Colette, *Le droit de la Communauté économique européenne et l'ordre juridique des États membres*, Paris, LGDJ, 1967, p. 18 ou MASSOT Jean, « L'application des traités internationaux dans le droit interne : le point de vue du droit positif français », *JSLC* 1992, p. 422.
[5] Sur l'ancien système, voir BLONDEAU Ange, « L'application du droit conventionnel par les juridictions françaises de l'ordre judiciaire », *in* SFDI, *L'application du droit international par le juge français*, Paris, Armand Colin, 1972, p. 46.
[6] Conseil d'État, *La norme internationale en droit français*, Paris, La Documentation française, 2000, p. 27.
[7] Voir ROUSSEAU Charles, *Droit international public*, Paris, Sirey, 1970, T. I, p. 38 ou GREWE Constance et RUIZ FABRI Hélène, *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995, p. 102.
[8] En ce sens, voir ABRAHAM Ronny, *Droit international, droit communautaire et droit français*, Paris, Hachette, 1989, p. 22 ou MAGNON Xavier, *Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire devant les juges constitutionnels français et italien*, Thèse, Aix-Marseille III, 2002, p. 47.

droit international est applicable de lui-même, y compris au détriment de normes internes, et les dispositions constitutionnelles sur ce sujet sont vues soit comme complémentaires[1] soit comme déclaratives[2]. Le droit national trouve sa source dans le droit international, sauf bien sûr si l'on adhère à un monisme inversé où le droit international fait figure de droit public externe entièrement à la disposition de l'État. La validité est là aussi unique mais l'existence du droit international dépend du droit interne. En face, une doctrine sera dite dualiste (D2) si elle soutient la présence de plusieurs ordres juridiques séparés et autonomes, ce qui implique que les validités nationale et internationale sont autonomes et que la contradiction entre normes nationales et internationales est à la fois licite et non-problématique. L'applicabilité interne des normes internationales repose en conséquence sur leur validité interne qui dépend des normes internes portant sur le droit international[3]. Notons que monisme avec primauté du droit interne et dualisme ne se confondent pas parce que du point de vue du dualisme, les normes internes ne peuvent pas remettre en cause la validité internationale. Nous ne sommes plus ici devant une classification d'ordres juridiques mais plutôt devant une classification de théories générales sur la structure du droit liées à certaines présuppositions ontologiques.

L'opposition entre les deux dichotomies n'est pas négligeable. La première dichotomie n'a de pertinence que dans un cadre dualiste au sens de la deuxième dichotomie car, si l'on défend l'unité du droit, l'on ne peut classer les ordres juridiques en fonction des modalités retenues par les normes internes pour introduire le droit international dans l'ordre interne[4]. La dualité de sens de la dichotomie n'est pas très gênante si la séparation est bien respectée en pratique. Or, il n'en est rien. La réponse à la question de l'unité du droit (M2 ou D2) est souvent cherchée dans l'étude des normes nationales[5] qui ne peut pourtant servir que pour séparer M1 et D1 puisque se référer à ces normes suppose une position D2 ou M2 avec primauté interne. Il est donc impossible de prétendre remplacer la réflexion sur l'unité du

---

[1] Elles ajouteraient alors des précisions procédurales sans poser le principe même de l'application. Pour un exemple, voir TRUYOL Y SERRA Antonio, « Théorie du droit international public. Cours général », *RCADI* 1981-IV, p. 283.

[2] Elles répéteraient la norme internationale sans vraiment produire d'effet. En ce sens, voir RIDEAU Joël, « Constitution et droit international dans les États membres des Communautés européennes », *RFDC* 1990, p. 267.

[3] DAILLER Patrick et PELLET Alain, *Droit international public*, 7e éd., Paris, LGDJ, 2002, p. 97.

[4] À la rigueur, il n'est pas impossible d'envisager une forme de combinaison entre le monisme au sens 2 et la première dichotomie à condition de la modifier légèrement pour la faire porter sur les règles d'applicabilité interne du droit international en général et pas seulement sur celles de ces modalités qui seraient prévues par des normes nationales. Dans ce cas, la première dichotomie porterait sur les règles d'applicabilité et la seconde sur les règles d'existence et l'on pourrait envisager quatre combinaisons : M1-M2, M1-D2, D1-M2 et D1-D2. Dans une optique moniste au sens 2, le choix entre M1-M2 et D1-M2 dépendraient de ce que prévoit le droit international sur l'applicabilité interne des normes internationales. Il faudrait alors entendre l'applicabilité dans un sens équivalent à celui d'effet direct et non d'effet immédiat (voir *infra*, p. 666).

[5] Pour des exemples, voir CHEMILIER-GENDREAU Monique, « Sur les rapports du droit interne et du droit international dans l'ordre constitutionnel », *in Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 110 ou PUIG Pascal, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTDC* 2001, p. 769 et 771. Pour des critiques de cette approche, voir PFERSMANN Otto, « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de la décentralisation », *Revue d'Allemagne* n°28, p. 176 ou MONTEILLET Sylvain, article précité, p. 1943.

droit par l'étude pratique et concrète des solutions adoptées par chaque ordre juridique[1]. Savoir ce que dit la Constitution française ne permet en aucun cas de déterminer s'il existe une séparation entre validités interne et internationale. La volonté de délaisser l'opposition entre dualisme et monisme est en partie motivée par le caractère incomplet voire incohérent de la première dichotomie[2]. Elle conduit en effet à multiplier les catégories mixtes car le droit national peut tout à fait traiter l'applicabilité des diverses catégories de normes internationales de manière distincte ou prévoir une applicabilité générale tout en ajoutant des conditions dépassant la seule entrée en vigueur dans l'ordre juridique international. Ces éléments peuvent inciter à abandonner ou à réformer la première dichotomie mais l'on ne peut certainement pas en déduire que l'opposition entre M2 et D2 est contestable[3]. Adopter une position de ce type revient à présupposer l'absence d'unité du droit sans argumenter pour établir cette position : la soi-disant approche pragmatique dont la popularité est considérable n'est jamais qu'une variante de la posture dualiste (D2)[4]. L'idée selon laquelle elle permet de dépasser les débats classiques sur le monisme et le dualisme est en définitive le fruit de la négligence de la dualité de la dichotomie en cause. Le problème de l'unité du droit reste entier et le laisser de côté sur la base d'un présupposé inconscient et non réfutable est dangereux car l'on risque de négliger des évolutions importantes. Quoi qu'il en soit, la première dichotomie est une classification théorique typique dont l'intérêt est fragilisé par l'imprécision voire l'incohérence. Surtout, elle ne présente aucun intérêt dans notre perspective car les conflits de normes sont concevables aussi bien dans des systèmes connaissant des clauses générales d'intégration du droit international que dans ceux qui exigent des transformations spécifiques. La hiérarchie peut d'ailleurs prendre toutes sortes de formes dans les systèmes monistes comme dualistes au sens 1. En revanche, la deuxième dichotomie est incontournable pour nous. Tout d'abord, les conditions d'applicabilité sont déterminantes car un conflit n'est possible qu'entre normes applicables dans un même ordre juridique : personne ne songerait à évaluer la suprématie de

---

[1] Pour des avis contraires, voir, parmi de nombreux exemples, PACTET Pierre, « Justice interne et justice internationale », *RCADC* 1995, p. 142 ou WASILKOWSKI Andrzej, « Monism and Dualism at the Present », *in Essays in Honour of Krysztof Skubiszewski*, Dordrecht, Kluwer, 1996, p. 332. Cette idée n'a d'ailleurs rien de nouveau. Voir par exemple, MESTRE Achille, « Les traités et le droit interne », *RCADI* 1931-IV, p. 238.

[2] Voir notamment, BONNEFOY Jean-Louis, « Le Conseil d'État et la force légale des conventions internationales », *JDI* 1971, p. 502 ou BETHLEHEM Daniel, « International Law, European Community Law, National Law », *in* KOSKENNIEMI Martti (dir.), *International Aspects of the European Union*, Dordrecht, Kluwer, 1998, p. 178.

[3] En sens opposé, voir ABRAHAM Ronny, *op. cit.*, p. 22 ou DOMINICÉ Christian et VOEFFRAY François, « L'application du droit international général dans l'ordre juridique interne », *in* EISEMAN Pierre Michel (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, Dordrecht, Kluwer, 1996, p. 55.

[4] Pour des analyses comparables, voir ALLAND Denis, « Les rapports entre droit international et droit interne », *in* ALLAND Denis (dir.), *Droit international public*, Paris, PUF, 2000, p. 356 ou COMBACAU Jean et SUR Serge, *op. cit.*, p. 185. Sur les carences de l'approche pragmatique, voir NIJMAN Janne et NOLKAEMPER André, « Introduction », *in* NIJMAN Janne et NOLKAEMPER André (dir.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, OUP, 2007, p. 3.

la Constitution française sur les lois chinoises. Ensuite, une optique dualiste permet d'envisager des réponses distinctes sur la hiérarchie des normes là où une approche moniste implique une hiérarchie unique. Le débat entre monisme et dualisme ne doit donc pas être délaissé et il faut au contraire approfondir la réflexion sur la deuxième dichotomie[1] (2).

2. LES LIMITES DES SOLUTIONS CLASSIQUES A L'HESITATION ENTRE MONISME ET DUALISME

La négligence de la polysémie de l'opposition monisme-dualisme complique le traitement des arguments avancés pour clarifier le choix à opérer entre ces doctrines. Cette problématique est assez récente en raison du développement tardif du droit international public. Les premiers raisonnements élaborés sur ce sujet sont le fait des auteurs dualistes de la fin du XIXe siècle. Ils entendaient prouver que les validités interne et internationale sont distinctes en s'appuyant avant tout sur les différences qui existeraient entre ordres juridiques interne et international quant à la source de leur validité (volonté unilatérale ou commune)[2] et aux sujets auxquels ils s'adressent (individus ou États)[3]. Ces oppositions aboutiraient à une disjonction du champ d'application et de la validité qui empêcherait tout conflit de normes[4]. Cette argumentation peine à convaincre car la différenciation des sources de validité repose sur un volontarisme déjà rejeté[5]. De plus, les types de sujets auxquels une norme s'adresse varient en fonction de son contenu et ne peut donc caractériser un ordre juridique entier. L'ajout de deux critères indépendants est d'ailleurs en tant que telle incohérente. Mieux, la validité et le champ d'application n'ont pas de rapport direct : le fait qu'une règle interdisant le meurtre ne s'applique pas aux voleurs n'implique pas que sa validité soit restreinte. Surtout, la séparation des ordres juridiques interne et international semble reposer sur des différences théoriques *a posteriori* tenant au contenu ou au statut de leurs normes. Or, ce genre de considérations ne peut peser sur la validité ou l'applicabilité des normes qui sont des questions d'ordre dogmatique. Savoir s'il existe une validité nationale séparée de la validité internationale est un problème qui relève de la première herméneutique qui ne peut être résolu sur la base d'une comparaison théorique entre deux ordres juridiques. Enfin, l'émergence

[1] Nous proposons ici une forme de redéfinition des termes « monisme » et « dualisme » justifiée par l'objet de notre recherche. Ces termes renverront dans la suite du travail aux concepts M2 et D2. La première dichotomie avait un grand rôle à jouer à une époque où la transformation était répandue et où les rapports entre lois et traités étaient le centre de toutes les attentions. Les mutations du droit contemporain conduisent à l'inverse à « revitaliser » la seconde dichotomie.

[2] TRIEPEL Heinrich, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *RCADI* 1923, p. 82 ou SOFRONIE Georges, « Les rapports entre le droit international et le droit interne à la lumière du principe de l'unité du droit public », *in Mélanges Paul Negulesco*, Bucarest, Imprimeria Nationala, 1935, p. 667.

[3] FITZMAURICE Gerald, « The General Principles of International Law Considered From the Viewpoint of the Rule of Law », *RCADI* 1957-II, p. 70 ou TRIEPEL Heinrich, *Droit international et droit interne*, Paris, Pedone, 1920, p. 23.

[4] ANZILOTTI Dioniso, *Cours de droit international*, Paris, LGDJ, 1999, p. 52 ou TRIEPEL Heinrich, article précité, p. 83.

[5] Voir *supra*, p. 178 et s. Pour une idée proche, voir STARKE Joseph, « Monism and Dualism in the Theory of International Law », *in* PAULSON Stanley et LITSCHEWSKI Paulson (dir.), *Normativity and Norms*, Oxford, Clarendon, 1999, p. 543.

progressive de l'effet direct en droit international[1] et l'application de ce dernier par le juge interne sans transformation[2] ont mis les théories dualistes en difficultés puisque ces phénomènes contredisent les particularités qu'elles attribuent aux normes internationales.

Des réponses monistes aux prétentions dualistes ont été élaborées dès le début du XXe siècle, notamment par Scelle et Kelsen[3]. Nous ne développerons pas la vision de Scelle parce qu'elle est appuyée sur des postulats sociologistes radicalement incompatibles avec le positivisme : il prétend en substance que l'unité du droit provient de l'unité des communautés humaines qui sont composées des mêmes individus et s'organisent selon une loi « scientifique » de la subordination verticale[4]. Il s'agit d'une série d'affirmations sans rapport avec la réalité[5], typiques du sociologisme. L'argumentation de Kelsen est plus intéressante. Il s'attache d'abord à combattre les conceptions dualistes. L'idée selon laquelle les droits interne et international seraient fondés sur des volontés distinctes est facilement rejetée sur la base de la théorie de la norme fondamentale[6]. Établir que ces droits ont les mêmes sujets est un peu plus complexe mais Kelsen entend y parvenir en s'appuyant sur sa vision spécifique de la personnalité juridique. Les organes de l'État ne sont pour Kelsen qu'un ensemble d'individus auxquels une qualité juridique spécifique est attribuée. En conséquence, les normes adressées à l'État visent en réalité ses organes, autrement dit des individus[7]. Kelsen en déduit que les normes ne s'adressent qu'aux individus, même dans l'ordre international[8]. Il ne peut nier que la transformation subsiste dans certains États mais il estime que cela ne contredit pas l'unité du droit parce qu'il ne s'agit que d'une obligation procédurale interne critiquable sur le plan technique[9]. Le point le plus important de sa doctrine est néanmoins la démonstration positive

---

[1] En ce sens, voir VERDROSS Alfred, « Droit international public et droit interne », *Revue de droit international et de sciences politiques et diplomatiques* 1954, p. 219 ou MAREK Krystina, « Les rapports entre le droit international et le droit interne à la lumière de la jurisprudence de la CPJI », *RGDIP* 1962, p. 263.

[2] KOPELMANAS Lazare, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *Revue de droit international et de législation comparée* 1937, p. 315.

[3] Ces auteurs n'ont toutefois pas le monopole du monisme. Mirkine-Guetzévitch a ainsi proposé une théorie moniste fondée sur le rapprochement matériel des droit international et interne (« Le droit constitutionnel et l'organisation de la paix », *RCADI* 1933-III, p. 674) et sur l'existence de traités prétendant régir l'organisation interne des États (« Droit international et droit constitutionnel », *RCADI* 1931, p. 334). Celle-ci présente le grand défaut de ne pas envisager le conflit et ne contribue pas vraiment à la question de l'unité du droit.

[4] Voir notamment, SCELLE Georges, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI* 1933-IV, p. 351 ou *Précis de droit des gens*, Paris, Sirey, 1932, T. I, p. 32.

[5] En ce sens, voir KOPELMANAS Lazare, article précité, p. 334 et KELSEN Hans, « Droit et compétence », *in Controverses sur la Théorie pure du droit*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 106.

[6] KELSEN Hans, *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1997, p. 413.

[7] KELSEN Hans, « La transformation du droit international en droit interne », *RGDIP* 1936, p. 6. Pour une idée proche, voir NOEL Marc, *De l'autorité des traités comparée à celles des lois*, Paris, LGDJ 1921, p. 64.

[8] Cet argument nous paraît contestable en tant qu'il s'appuie sur la conception spécifique de l'État défendue par Kelsen (TROPER Michel, « Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen », *in* BOURETZ Pierre (dir.), *La force du droit*, Paris, Esprit, 1991, p. 136) mais il n'est pas utile d'approfondir la question car elle n'est pas déterminante pour évaluer le bien-fondé du monisme défendu par Kelsen.

[9] Voir KELSEN Hans, « Droit et compétence », précité, p. 114 et dans une moindre mesure « Théorie du droit international public », *RCADI* 1953-III, p. 116.

de l'unité du droit[1]. Kelsen affirme que le monisme est la seule théorie logiquement tenable parce que le dualisme est fondamentalement incohérent[2]. Cette position repose sur l'application indirecte du principe de non-contradiction au droit à travers les propositions de droit[3]. Pour Kelsen, deux propositions de droit selon lesquelles « on doit A » et « on doit non-A » ne peuvent pas être vraies simultanément parce qu'elles sont contradictoires[4]. Or, il est impossible de présenter une image cohérente du système juridique si l'on relève une contradiction[5]. L'unité de la connaissance scientifique impose une cohérence logique qui exclut la présence dans la science du droit de propositions de droit opposées[6]. La séparation des validités interne et internationale n'est pas admissible parce qu'elle permettrait des oppositions de ce type dans la description du droit positif[7]. Il faut présupposer au choix la validation du droit international par le droit interne ou l'inverse mais en aucun cas admettre une dualité de la validité conduisant à décrire une norme à la fois comme valide et invalide[8].

Cette vision se heurte immédiatement à deux difficultés : l'absence de toute norme positive prétendant opérer la validation du droit interne par le droit international[9] et l'existence indéniable de conflits non résolus entre droits interne et international[10]. Kelsen prétend résoudre la première en soutenant qu'il existerait une norme internationale impliquant la reconnaissance des États sur la base de leur effectivité et en l'interprétant comme fournissant un fondement à une chaîne de validation du droit interne[11]. La seconde est traitée en reprenant la théorie des dispositions alternatives que nous avons déjà évoquée[12] : la contradiction entre

---

[1] Les arguments avancés par Kelsen contre les dualistes sont en partie contestables mais cela n'a pas d'importance dans notre perspective puisque nous avons vu que le raisonnement dualiste ne démontrait pas l'existence de plusieurs ordres juridiques.

[2] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1999, p. 318.

[3] *Ibid.*, p. 206. Rappelons que les propositions de droit sont les énoncés qui décrivent le droit. Ils s'apparentent dans une certaine mesure aux énoncés dogmatiques. Pour plus de précision, voir *supra*, p. 45.

[4] KELSEN Hans, « Les rapports de système en le droit interne et le droit international public », *RCADI* 1926-IV, p. 267. Kelsen a parfois réduit le champ des conflits logiques entre normes à des cas plus spécifiques (voir « Théorie juridique de la convention », *in Écrits français de droit international*, Paris, PUF, 2001, p. 104).

[5] Kelsen applique même ce schéma aux rapports entre droit et morale (*Théorie générale du droit…*, précité, p. 420).

[6] KELSEN Hans, « Les rapports… », précité, p. 268 ou « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RDP* 1926, p. 584. Pour une idée proche, voir ROUSSEAU Charles, *op. cit.*, p. 41.

[7] Pour une analyse comparable, voir DE BÉCHILLON Denys, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996, p. 259.

[8] KELSEN Hans, « Théorie du droit international public », précité, p. 186 ou *Théorie pure du droit*, précité, p. 321. Certains auteurs estiment toutefois que seule la validation du droit interne par le droit international est envisageable. Voir ainsi KUNZ Joseph, « La primauté du droit des gens », *Revue de droit international et de législation comparée* 1925, p. 593

[9] ARANGIO-RUIZ Gaetano, « International Law and Interindividual Law » , *in* NIJMAN Janne et NOLKAEMPER André (dir.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, OUP, 2007, p. 29.

[10] WAELBROECK Michel, *Traités internationaux et juridictions internes dans les pays du Marché commun*, Paris, Pedone, 1969, p. 299.

[11] KELSEN Hans, « Contribution à la théorie du traité international », *in Écrits…*, précité, p. 143 ou « La Théorie pure du droit dans la Pensée juridique », *in Controverses…*, précité, p. 184. Cette idée a été largement critiquée. Pour des exemples, voir GEORGESCO Valentin, « La valeur juridique des conventions internationales et leur conflit avec le droit interne », *in Mélanges Paul Negulesco*, précité, p. 297 ou DE BÉCHILLON Denys, *op. cit.*, p. 263. Ce débat n'a néanmoins pas une grande importance pour nous car il est totalement lié à la conception kelsénienne de l'ordre juridique et ne nous paraît pas du tout nécessaire pour concevoir le monisme dans une autre perspective.

[12] Voir *supra*, p. 599 et s.

normes internationale et interne n'est qu'apparente car le droit international doit être considéré comme autorisant la production de normes internes qui le contredisent matériellement[1]. Notons tout de même que Kelsen a parfois préféré affirmer que les normes contradictoires perdaient toutes deux leur validité[2]. Précisons aussi que le raisonnement de Kelsen vaut également en sens inverse pour le monisme avec primauté du droit interne : le type de monisme à retenir dépend d'un choix épistémologique arbitraire, celui de la norme fondamentale présupposée[3]. Malgré tout, la démonstration de l'unité du droit s'appuie sur un lourd présupposé : l'application indirecte du principe de non-contradiction aux normes. Or, le raisonnement tenant à l'incohérence des propositions de droit affirmant que « on doit A » et « on doit non-A » ne peut être retenu. En effet, les normes ayant cette signification sont contradictoires mais décrire une réalité sociale contradictoire n'implique en aucun cas une contradiction dans la description. Ce problème a d'ailleurs été finalement reconnu par Kelsen qui en a déduit l'abandon de l'application du principe de non-contradiction au droit[4]. Étant donné que le rejet du dualisme repose sur ce principe, l'on peut penser que Kelsen aurait dû renier le monisme auquel il avait adhéré pour tirer les conséquences des évolutions de sa théorie[5]. Mieux, même si l'on devait admettre l'applicabilité de ce principe au droit, la raison pour laquelle l'on ne pourrait admettre une réponse différente sur la validité en droits international et interne ou en morale et en droit n'est pas évidente au regard de la relativité des obligations sur laquelle nous avons insistée précédemment[6]. Nous pouvons imaginer deux explications différentes. La première consiste à affirmer que Kelsen a une conception jusnaturaliste de l'obligation, c'est-à-dire qu'il n'admet que des obligations absolues[7]. La

[1] Kelsen assimile en effet le cas de la loi inconventionnelle à celui de la loi inconstitutionnelle, ce qui constitue un renvoi implicite à la théorie des dispositions alternatives. Voir *Théorie pure du droit*, précité, p. 320 ou « Droit… », précité, p. 115.
[2] KELSEN Hans, « Théorie du droit international public », précité, p. 186.
[3] KELSEN Hans, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », précité, p. 313.
[4] KELSEN Hans, « Law and Logic », *in Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht, D. Reidel, 1973, p. 236 ou *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996, p. 301. Cette évolution est notamment attribuée à un changement de la forme des propositions de droit qui ne seraient plus des énoncé déontiques (X doit Y) mais des énoncés de validité (la norme « X doit Y » est valide). En ce sens voir, PAULSON Stanley, « Introduction », *in* KELSEN Hans, *Théorie générale du droit…*, précité, p. 42 ou GUASTINI Riccardo, « Ought-sentences and the Juristic Description of Rules », *Ratio Juris* 1991, p. 320. Cette nouvelle approche est compatible avec la forme des énoncés dogmatiques impliquée par la théorie de la double signification qui tend à s'opposer à l'application du principe de non-contradiction aux normes. Pour des analyses comparables sur le rapport entre applicabilité de la logique au droit et prise en compte des actes normatifs, voir, AMSELEK Paul, « Ontologie du droit et logique déontique », *RDP* 1992, p. 1023 ou MAZZARESE Tecla, « Kelsen Revisited on Law and Logic », *in* GIANFORMAGGIO Letizia (dir.), *Hans Kelsen's Legal Theory*, Turin, Giappichelli, 1990, p. 156.
[5] S'il n'a pas eu l'occasion d'infirmer ou de confirmer cette idée, il a tout de même pu affirmer dans sa dernière période qu'il pouvait exister des conflits entre normes, y compris entre normes issues d'ordres normatifs distincts. Voir, « The Fondation of the Theory of Natural Law », *in Essays in Legal and Moral Philosophy*, précité, p. 116.
[6] Voir *supra*, p. 257 et 301. Pour une idée comparable, voir HART H.L.A., « Kelsen's Doctrine of the Unity of the Law », *in Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon, 1983, p. 329.
[7] Cette position communément attribuée à Kelsen (voir *supra*, p. 217) est parfois vue comme l'explication de sa théorie de l'unité du droit (RAZ Joseph, « Kelsen's Theory of the Basic Norm », *in The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 139 et 144) ou de son application du principe de non-contradiction aux normes (GUASTINI Riccardo, « Normativism or the Normative Theory of Legal Science : Some Epistemological Problems », *in* PAULSON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *op. cit.*, p. 327) car il est impossible d'admettre deux obligations absolues opposées. Cette vision

seconde, plus conforme au positivisme assumé de Kelsen, se base sur le fait que la dogmatique est forcément élaborée d'un point de vue spécifique et qu'elle doit donner une image cohérente de ce point de vue. La relativité qu'implique cette vision explique pourquoi l'on peut choisir arbitrairement le « sens » du monisme. Si l'on accepte cette explication, Kelsen est en dernière analyse très proche des dualistes mais soutient simplement que la dogmatique ne peut s'appliquer qu'à un ordre juridique à la fois : soit l'on se base sur le droit interne, soit l'on se base sur le droit international mais il faut tirer les conséquences qu'impose ce choix[1]. Cette conception reste critiquable car nous ne voyons pas pourquoi un ordre juridique ne pourrait pas être « tolérant », autrement dit reconnaître l'existence d'autres ordres juridiques sans prétendre les dominer[2]. Surtout, elle exige quand même que l'on adhère à l'application du principe de non-contradiction en droit et souffre des mêmes défauts que la théorie de la hiérarchie des normes défendue de Kelsen. Si le monisme avec primauté du droit international devait être interprété comme impliquant la résolution des conflits de normes en faveur des normes internationales, il ferait figure de dérive jusnaturaliste non étayée. S'il est au contraire vu comme une reconstruction *a posteriori* sur une base réaliste, il peut tout à fait être soutenu mais n'a pas d'intérêt pour nous car il ne permet pas de mener le travail dogmatique dont nous avons besoin pour identifier les normes suprêmes[3]. Au passage, il

est étayée par l'adhésion de Kelsen au dualisme ontologique entre être et devoir-être et par son affirmation récurrente selon laquelle l'on ne peut admettre la validité simultanée des normes « on doit A » et « on doit non-A » même si elles relèvent d'ordres juridiques distincts voire du droit et de la morale (*Théorie générale du droit et de l'État*, précité, p. 420).

[1] Le droit se présente alors comme la conjonction de plusieurs monismes alternatifs qui rappellent la pluralité de points de vue évoqués par les dualistes actuels. Pour une interprétation de ce type des théories de Kelsen, voir PICAVET Emmanuel, « Hart, critique de Kelsen », *in* HERRERA Carlos Miguel (dir.), *Actualités de Kelsen en France*, Paris, LGDJ, 2001, p. 131 ou RICHMOND Catherine, « Preserving the Identity Crisis : Autonomy, System and Sovereignty in European Law », *Law and Philosophy* 1997, p. 408 et, en sens contraire, ALLAND Denis, « L'ordre juridique international », *Droits* n°35, p. 96. Cette vision paraît *a priori* contraire aux positions de Kelsen puisqu'il assimile dualité de points de vue et dualisme (« Sovereignty and International Law », *Georgetown Law Journal* 1960, p. 629 ou *Théorie pure du droit*, précité, p. 319) mais il a tout de même parfois admis une telle dualité dans le cadre de son approche moniste en reconnaissant la relativité de l'obligation (voir par exemple « Value Judgments in the Science of Law », *in What Is Justice ?*, Berkeley, University of California Press, 1957, p. 210 ou « Théorie du droit international public », précité, p. 115).

[2] Cela semble à première vue être le cas du droit français : rien n'indique que le refus de l'applicabilité interne d'une coutume ou d'un traité s'accompagne de la négation de sa valeur internationale. Nous rejetons donc l'assimilation du dualisme et du monisme avec primauté interne. Pour un avis contraire, voir ALLAND Denis, article précité, p. 95.

[3] Kelsen précise ainsi clairement que l'admission du monisme avec primauté interne dans le sens qu'il envisage n'implique en aucun cas que les normes internes seront invalidées ou inappliquées en cas de conflit avec une norme internationale au risque de définir la supériorité par la validation (« Droit et compétence », précité, p. 111 ou *Théorie pure du droit*, précité, p. 330). Il précise même que le choix du sens de la primauté n'a aucun effet sur le contenu du système juridique (« Sovereignty… », précité, p. 630). Sa théorie ne sert pas à résoudre les conflits mais à les dissimuler dans les représentations du système juridique par un mécanisme comparable à la théorie des dispositions alternatives (pour un exemple, voir PFERSMANN Otto, « Hans Kelsen et la théorie… », précité, p. 185). Cela revient à prétendre que le droit international autorise sa propre violation, ce qui a été qualifié à juste titre de « pure invention de juristes qui cherchent à faire entrer dans un système *a priori*, une série de solutions positives incompatibles avec ce système » (KOPELMANAS Lazare, article précité, p. 340). Une autre lecture est toutefois envisageable car il semble parfois expliquer cette coupure avec la résolution des conflits par un élément procédural : les normes internes seraient bien annulables mais pas annulées parce que le droit international ne prévoit pas de procédure en ce sens (KELSEN Hans, article précité, p. 635 ou VERDROSS Alfred, « Le fondement du droit international », *RCADI* 1927-I, p. 295). Cela ne permet pas de se servir du rapport entre ordres juridiques pour préciser immédiatement le sort des normes positives, mais cela suppose en revanche que le droit international pourrait librement influer sur leur validité, ce qui n'a rien d'évident.

illustrerait alors parfaitement les dangers de la théorie des dispositions alternatives car il impliquerait de voir toutes les normes nationales contraires au droit international comme appliquant ce droit au risque de vider de sens le concept même de conformité au droit international. C'est d'ailleurs le théoricien qui choisit le sens des règles de conflit, ce qui permet d'envisager l'hypothèse d'une loi anglaise validant le droit soviétique que citait Hart[1]. Le théoricien construit dans ces conditions son système juridique de manière arbitraire. La démonstration du bien-fondé du monisme n'est donc qu'un exemple d'une difficulté déjà relevée de la théorie pure : en proposant un constructivisme scientifique total, elle fait passer des problèmes empiriques pour épistémologiques en oubliant la première herméneutique[2]. L'identité des ordres juridiques ainsi reconstruite peut se couper entièrement de l'identité telle que les acteurs la vivent[3]. Ce risque n'est pas admissible dans une perspective dogmatique[4]. En dernière analyse, le problème de la théorie de Kelsen n'est pas qu'elle ne correspond pas à la réalité[5] mais plutôt que sa relation avec la réalité ne peut être évaluée parce qu'elle s'en extrait volontairement.

Si Kelsen a sans doute proposé l'argumentation moniste la plus élaborée, la doctrine de droit international a fait d'autres propositions, le plus souvent en mélangeant la question de l'unité du droit avec celle de la primauté du droit international. Si l'on laisse de côté les arguments essentialistes soutenant sa consubstantialité avec le droit international, ce monisme est régulièrement décrit comme indispensable à l'existence même du droit international. L'idée est assez simple : un droit n'existerait que dans la mesure où ses sujets sont obligés de le respecter donc accepter que les normes internes violent le droit international revient à nier l'existence même du droit international puisque l'État est le principal sujet du droit international[6]. Ce raisonnement appelle deux objections. Tout d'abord, il confond le monisme avec primauté internationale et le caractère obligatoire du droit international : le droit

---

[1] HART H.L.A., article précité, p. 321.

[2] Kelsen semble s'écarter volontairement des représentations des acteurs quand il oppose sa propre vision des obligations excluant toute contradiction à la possibilité d'existence d'un conflit au niveau psychologique (*Théorie génrale du droit et de l'État*, précité, p. 421) sans séparer les représentations sur les individus et sur les types.

[3] Des auteurs ont d'ailleurs exploité cette vision pour présenter l'identité comme un élément d'explication à stipuler plutôt que comme une réalité sociale normative. Voir ainsi, CURTIN Deirdre et DEKKER Ige, « The Constitutional Structure of the European Union », *in* BEAUMONT Paul, LYONS Carole et WALKER Neil (dir.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford, Hart, 2002, p. 63 ou RICHMOND Catherine, article précité, p. 378.

[4] Or, il n'est pas rare que les théories de Kelsen soient utilisées dans une perspective dogmatique. Voir ainsi, GOHIN Olivier, « La Constitution française et le droit d'origine externe », *RFDA* 1999, p. 82 ou MAZERON Florent, « Pour un renouvellement de la relation entre la Constitution française et le droit d'origine externe », *RRJ* 2006, p. 1462.

[5] Pour une vision opposée, voir ZILLER Jacques, « Les possibilités et les limites constitutionnelles et internationales d'évolutions statutaires », *in* ELFORT Maude, FABERON Jean-Yves, GOESEL-LE BIHAN Valérie, MICHALON Thierry et RENO Fred (dir.), *La loi d'orientation pour l'outre-mer du 13 décembre 2000*, Aix-en-Provence, PUAM, 2000, p. 69.

[6] Voir, parmi de nombreux exemples, BERRAMDANE Abdelkhaleq, *La hiérarchie des droits*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 29 ou CHARPENTIER Jean, « Éléments de cohérence entre ordres juridiques distincts », *in Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 300. Précisons que cet argument est employé aussi bien pour démontrer le monisme avec primauté internationale que pour établir une primauté de type moniste qui ne dit pas son nom.

international peut tout à fait être obligatoire sans primer le droit interne ou *a fortiori* sans le faire dans une perspective moniste. Il pourrait ainsi avoir une valeur supplétive ou plus simplement être considéré comme s'imposant aux normes internes dans l'ordre juridique international sans être applicable dans l'ordre juridique interne[1]. L'applicabilité interne du droit international et son caractère obligatoire sont deux choses distinctes. Affirmer que le droit international n'existerait pas si son application interne dépendait des normes internes n'est pas tenable puisque cette situation décrit très exactement la situation que l'on rencontre dans la plupart des États et que personne ne soutient vraiment qu'il n'existe pas de droit international[2]. Ensuite, l'argument avancé par la doctrine cache un paralogisme. Il se présente à première vue comme un syllogisme : il faut bénéficier d'une primauté interne pour exister (1) et le droit international existe (2) donc le droit international bénéficie d'une primauté interne (3). Faute de toute vérification empirique envisageable à ce sujet, la majeure doit être interprétée comme une définition stipulative. Or, la mineure vise l'existence dans un autre sens tenant à l'effectivité de ses normes ou aux représentations partagées à ce sujet[3]. Il est donc impossible de conclure quoi que ce soit de la combinaison entre 1 et 2. Ce raisonnement repose sur l'illusion du caractère empirique de l'énoncé (1).

En s'écartant des raisonnements généraux, force est de constater que la doctrine adopte en général une attitude dualiste, sans doute en raison du décalage entre les présupposés monistes et la pratique des acteurs nationaux qui se fondent exclusivement sur le droit interne[4]. La plupart des auteurs prétendent ainsi décrire le droit soit du point de vue du droit international soit du point de vue du droit interne[5]. Ce choix paraît assez fertile mais il ne peut être adopté sans justification supplémentaire. Cette dualité de points de vue est niée par le monisme donc s'attacher à cette dualité ne prouve pas le dualisme mais le présuppose. La démarche en cause ne sera donc admissible que si l'existence de plusieurs ordres juridiques autonomes est établie car elle est indispensable pour distinguer plusieurs points de vue valables. Si l'on ne pose pas

---

[1] Pour une vision de ce type, voir VERZJIL J.-H.-W., « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *Revue de droit international* 1935, p. 291. Cette précision est importante pour lutter contre l'idée étonnante mais répandue selon laquelle le dualisme nierait le droit international (voir ainsi PFERSMANN Otto, article précité, p. 177) alors qu'il se contente de souligner son autonomie. Le droit international existe s'il existe des normes internationales sans que leur statut en droit national ne soit déterminant. Pour un exemple de vision complète du droit international axée sur une telle séparation, voir TRIEPEL Heinrich, *Droit international et droit interne*, Paris, Pedone, 1920, p. 270.

[2] Il ne faut oublier non plus que la jurisprudence internationale s'est elle-même longtemps présentée comme dualiste, sans toutefois rester pleinement cohérente. Pour des détails, voir MAREK Krystina, article précité, p. 267.

[3] Notons au surplus que si l'on soutient que le terme « existence » est employé dans le même sens dans les énoncés 1 et 2, l'énoncé 2 signifie alors « le droit international bénéficie d'une primauté interne » ce qui veut dire que le lien entre les énoncés 2 et 3 est le suivant : « le droit international prime le droit national donc il prime le droit national ».

[4] DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public*, 8e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 430.

[5] Voir, parmi d'innombrables exemples, ANCEL Bertrand et GORE Marie, « Marbury v. Madison et l'ordre juridique européen », *in* ZOLLER Elisabeth (dir.), *Marbury v. Madison : 1803-2003*, Paris, Dalloz, 2003, p. 163 ou HAGUENAU Catherine, *L'application effective du droit communautaire en droit interne*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 68.

une telle condition, il serait possible de construire des dogmatiques difformes en observant le droit positif du point de vue de la Lorraine ou du point de vue de la loi[1]. Il ne suffit pas de choisir le point de vue que l'on veut adopter, il faut prouver que ce point de vue existe socialement, qu'il correspond à un discours du droit autonome. Cette étape est d'autant plus importante pour nous que les points de vue peuvent disparaître quand des ordres juridiques séparés fusionnent, comme l'illustrent la création d'États fédéraux par association. La vision de la dichotomie monisme-dualisme que nous devons adopter doit permettre d'envisager le passage du dualisme au monisme, ce qui n'est envisagé ni par les auteurs dualistes ni par les auteurs monistes. À ce stade, nous passons d'un raisonnement abstrait prétendant prouver la vérité universelle du monisme ou du dualisme à une approche plus modeste. Le monisme et le dualisme sont simplement des catégories théoriques externes de rapports entre ordre juridique : l'on parle de monisme dans les cas où il y a une fusion et de dualisme s'ils conservent leur autonomie. Les rapports entre deux ordres juridiques pourront donc être vus comme monistes ou dualistes en fonction de l'état de la réalité sociale. Nous renouons ici avec la démarche constructiviste appuyée sur la validité sociale qui guide notre travail : nous refusons toute position *a priori* sur l'unité du droit en préférant laisser la réponse aux acteurs et en se contentant ensuite de présenter leur réponse. Les points de vue alternatifs évoqués par la doctrine ne sont jamais que des points de vue internes alternatifs. Or, nous avons pu voir que le point de vue interne était une réalité sociale tenant au partage par les acteurs d'une première herméneutique commune et non une création épistémologique. Le concept de « point de vue » est un peu trompeur car il peut laisser croire que la doctrine peut choisir arbitrairement une vision donnée du système juridique alors que, dans une optique positiviste, elle ne peut que reprendre un point de vue qui correspondra aux représentations d'un groupe d'acteurs. Il faut dès lors préciser quels éléments permettent de conclure au caractère moniste ou dualiste d'un rapport entre ordres juridiques pour déterminer dans quelles conditions l'on dispose de points de vue alternatifs (B).

B. Rapports entre ordres juridiques et doctrine générale des sources du droit

La réflexion sur la dichotomie monisme-dualisme nous ramène aux présupposés de la pratique et du discours juridique. Dans ce domaine, la référence à la doctrine générale des sources du droit permet de trancher en restant fidèle à la réalité sociale sans avoir à exprimer

[1] Pour une idée comparable, voir HÉRAUD Guy, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Paris, Sirey, 1946, p. 157.

de préférence politique[1]. L'évaluation de la suprématie d'une norme dans un contexte de confrontation entre ordres juridiques (2) dépend en fait étroitement de l'unité ou de la dualité de la doctrine générale des sources du droit en présence (1).

1. UNITE ET DUALITE DE LA DOCTRINE GENERALE DES SOURCES DU DROIT

Le travail à mener pour terminer l'élucidation des rapports entre ordres juridiques se situe à la rencontre d'éléments théoriques visant à définir les catégories en cause et d'éléments de théorie générale visant à préciser les bases de la dogmatique. Ces derniers s'inscrivent nécessairement dans la continuité de la théorie générale positiviste développée jusque-là, c'est-à-dire dans l'optique constructiviste et institutionnaliste découlant de la théorie sociale des sources du droit. Celle-ci débouche fatalement sur une forme de pluralisme. En effet, elle nie toute idée d'obligation absolue, ce qui impose de s'attacher à des obligations relatives qui dépendent de normes sociales qui ne bénéficient pas d'une portée universelle. La position pluraliste qui est la nôtre n'est donc pas présupposée mais elle découle inévitablement de la théorie sociale des sources du droit et *a fortiori* de la théorie de la règle constitutive. Dans ce cadre, les normes juridiques n'existent pas de manière absolue et isolée mais uniquement par rapport à un ordre juridique donné et en bénéficiant de l'identité qui caractérise les membres de cet ordre[2]. Ce pluralisme minimal peut d'ailleurs revendiquer son rapport avec le discours ordinaire sur le droit qui évoque le droit français, américain ou international et non le droit en général. Précisons bien que ce pluralisme relève de la théorie générale : nous ne prétendons pas que le droit français en particulier est pluraliste ni même que le droit en général l'est mais seulement que la dogmatique peut porter sur divers ordres sociaux considérés comme juridiques qui n'entretiennent pas forcément de rapports. Cela implique que notre pluralisme minimal est tout à fait compatible avec une position moniste si l'on devait observer une fusion entre ces ordres qui déboucherait sur la disparition de la distance entre les obligations relatives qu'ils prévoient. Une fois ce pluralisme minimal exposé, il est possible d'envisager une analyse des rapports entre des ordres juridiques caractérisés par une identité propre, c'est-à-dire par une qualité institutionnelle spécifique attribuée à leurs membres. Nous devons en réalité proposer une définition du monisme et du dualisme entretenant un rapport suffisant avec l'emploi que fait la doctrine de ces termes. Le rapport entre l'ordre juridique 1 (OJ1) et l'ordre juridique 2 (OJ2) sera dit moniste si les normes d'OJ1 (NOJ1) sont applicables par

[1] Les théories dualiste et moniste classiques sont au contraire souvent présentées comme le résultat des préférences de leurs créateurs. En ce sens, voir ABRAHAM Ronny, *op. cit.*, p. 22.
[2] Voir *supra*, p. 257. Pour une conception en partie comparable de l'identité des normes, voir RAZ Joseph, *Practical Reason and Norms*, Oxford, OUP, 2002, p. 9 et 128.

elles-mêmes dans OJ2 sans qu'une intervention des normes d'OJ2 (NOJ2) ne soit nécessaire et vice-versa. À l'inverse, ce rapport sera dit dualiste si l'applicabilité des NOJ1 est suspendue à l'intervention des NOJ2 et vice-versa. Le dualisme peut ainsi couvrir autant une situation d'intégration relativement poussée qu'une indifférence totale. Le critère retenu tient en réalité à l'origine de l'applicabilité des normes issues d'un ordre juridique donné dans un autre ordre juridique. L'applicabilité dérivée ne doit pas être confondue avec l'existence dérivée : le rejet de l'applicabilité des NOJ1 dans OJ2 est sans effet sur l'existence même des NOJ1 qui est garantie par les catégories dogmatiques d'OJ1 de manière autonome. Les NOJ2 ne fixent pas l'existence des NOJ1 mais plutôt leur relevance dans OJ2, c'est-à-dire leur applicabilité dans cet ordre juridique[1]. La différence entre monisme et dualisme est reliée au concept d'effet immédiat bien connu en droit international : une norme est immédiatement applicable en droit interne si sa validité dans ce droit ne dépend pas de sa réception par une norme interne[2]. Ce rapport est typiquement moniste dans le sens retenu.

L'application du critère choisi exige logiquement de se référer à la source de l'applicabilité des normes puisque la séparation entre monisme et dualisme tient à cette applicabilité. L'applicabilité peut être originaire ou dérivée : elle sera originaire quand elle repose sur la doctrine générale des sources du droit[3] et dérivée quand elle découle de normes positives. Pour fournir les présupposés de la pratique juridique, la doctrine générale des sources du droit est appelée à régir l'existence des normes originaires de l'ordre juridique qu'elle fonde mais aussi éventuellement à prévoir la relevance de certaines normes issues d'autres ordres juridiques. Le rôle de ce genre de croyances est démontré par l'existence dans certains ordres juridiques de normes internationales considérées comme applicables par elles-mêmes sans faire l'objet d'un quelconque renvoi de part des normes positives de l'ordre juridique concerné et sans que l'on puisse y voir simplement une manifestation de l'arbitraire juridictionnel. L'opposition entre monisme et dualisme dépend donc de la doctrine générale des sources du droit[4] mais une contradiction est tout à fait envisageable si la doctrine générale

[1] Le terme de « relevance » est emprunté à Santi Romano qui affirmait qu'il était tout à fait possible qu'un ordre juridique admette l'application de normes qui ne lui appartenaient pas (*L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 2002, p. 107). Rien n'interdit cependant de considérer que l'applicabilité d'une NOJ1 dans OJ2 équivaut à son existence dans OJ2 mais cette présentation nous paraît plutôt obscurcir la présentation des rapports entre ordres juridiques en paraissant donner un crédit immérité à l'idée selon laquelle le dualisme nierait l'existence des normes issues d'un autre ordre juridique.

[2] L'effet immédiat ne doit pas être confondu avec l'effet direct qui se rapporte à l'invocabilité des normes devant les juges ou plus largement à la possibilité des sujets de droit à s'en prévaloir. Seul l'effet immédiat est déterminant pour l'existence des normes et donc pour résoudre les conflits. Sur ces deux concepts, voir DUBOS Olivier, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, 2001, p. 31 ou BLECKMAN Albert, « L'applicabilité directe du droit communautaire », *in Le recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelles, Larcier, 1978, p. 85.

[3] Nous évoquons ici une hypothèse assez proche de ce que le professeur Bulygin a appelé des « normes primitives » (voir « Système juridique et ordre juridique », *in Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 225).

[4] Dans un système interne entretenant des rapports dualistes avec le droit international, les normes internationales font *a priori* figure de faits bruts au regard de la doctrine générale des sources du droit et seule l'intervention de normes juridiques

des sources du droit d'OJ1 affirme l'applicabilité immédiate des NOJ1 dans OJ2 quand celle de OJ2 prévoit l'inverse. Des divergences plus sectorielles peuvent être imaginées, par exemple si seule l'applicabilité de certaines normes est contestée. Ces divergences montrent l'existence de points de vue distincts sur la question[1]. En fait, l'unité des points de vue n'est garantie que dans le cas où la doctrine générale des sources du droit est commune[2], c'est-à-dire si les croyances formant la matrice de l'institution juridique est commune aux acteurs des ordres juridiques en cause[3]. Avant de pouvoir adopter des points de vue séparés, il faut établir l'autonomie de ces points de vue qui équivaut à celle des doctrines générales des sources du droit des ordres juridiques considérés[4]. En se limitant à un ordre juridique donné, l'on peut savoir s'il porte une revendication de type moniste ou dualiste par rapport à un autre ordre juridique mais pas s'il existe un rapport objectivement moniste ou dualiste entre ces deux ordres[5]. La présence d'une telle revendication est intéressante mais elle ne suffit pas à déterminer si une dualité de point de vue est acceptable. Étant donné que le point de vue interne est formé par la référence partagée à une doctrine générale des sources du droit donnée, seule une doctrine générale unique implique un point de vue interne unique[6]. Cette unité est fondamentale car elle marque l'unité des représentations des acteurs et donc l'unité des ordres juridiques concernés puisque le droit est constitué par les représentations des

---

spécifiques pourra leur conférer la qualité institutionnelle nécessaire à leur relevance dans ce système. Nous retrouvons ici sous une nouvelle forme l'idée selon laquelle, dans une perspective dualiste, les normes externes ne sont que des faits (voir DAILLER Patrick et PELLET Alain, *Droit international public*, précité, p. 97).

[1] Cette dualité de points de vue correspond à la dualité d'ordres juridiques s'appliquant sur un territoire donné. Ils ne sont donc pas créés arbitrairement par le choix doctrinal d'un point de référence comme cela a pu être reproché à juste titre à certaines formes de dualisme (voir HÉRAUD Guy, *op. cit.*, p. 157).

[2] Pour des conceptions proches, établissant un rapport entre représentations des acteurs et pluralité d'ordres juridiques, voir BARBER N.W., « Legal Pluralism and the European Union », *ELJ* 2006, p. 323 ; LAGERSPETZ Eerik, *The Opposite Mirrors*, Dordrecht, Kluwer, 1995, p. 163 ou WOOD Malcom, « Rule, Rules and Law », *in* LEITH Philip et INGRAM Peter (dir.), *The Jurisprudence of Orthodoxy : Queen's University Essays on H.L.A. Hart*, Londres, Routlege, 1988, p. 56. Notons que tous les auteurs cités se réfèrent au concept de règle de reconnaissance promu par Hart.

[3] Ce critère est particulièrement utile pour lutter contre les critiques de l'approche en termes de points de vue basées sur des arguments politiques ou sur le fait qu'il arrive qu'OJ1 prétende régler les rapports entre OJ2 et OJ3 (voir ainsi BESSON Samantha, « How International is the European Legal Order ? », *NoFo* n°5, p. 60-61).

[4] Les points de vue évoqués sont des points de vue interne : ils n'existent que parce qu'ils correspondent aux représentations d'un groupe d'acteurs (voir *supra*, p. 304 et HART H.L.A., *Le concept de droit*, Pub. des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, p. 115). Anzilotti s'appuie sans doute sur des considérations comparables pour rejeter la possibilité d'analyser l'existence d'un conflit entre ordres juridiques en adoptant un « point de vue étranger » à ces deux droits car « ce point de vue n'est pas celui de la science du droit comme discipline normative » (*Cours de droit international*, précité, p. 57).

[5] Pour des idées voisines, voir HART H.L.A., article précité, p. 321 voire OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ?*, Bruxelles, Pub. des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, p. 67. Une conception comparable a pu être construite à propos du droit communautaire sur la base de la théorie de la règle de reconnaissance de Hart (JONES Mark, « Legal Nature of the European Community », *Cornell International Law Journal* 1984, p. 35, 46 et 47) même si l'auteur en cause semble à tort lier l'existence du droit communautaire à sa reconnaissance nationale et qu'il ne fait pas le lien entre la règle de reconnaissance et les concepts classiques de monisme et de dualisme. Il n'en reste pas moins que le rôle conféré aux représentations des acteurs nationaux à propos de l'applicabilité interne de droits d'origine externes et le renvoi à une règle de reconnaissance commune s'apparente à la vision développée ici sans toutefois s'écarter des difficultés propres au concept de règle de reconnaissance (voir *supra*, p. 231 et s.).

[6] Pour une approche comparable, basée sur la théorie de la règle de reconnaissance de Hart, voir MACCORMICK Neil, « Beyond the Sovereign State », *MLR* 1993, p. 6 ou dans une moindre mesure « The New European Constitution : Legal and Philosophical Perspective », Lecture in Honour of Leon Petrazycki, Varsovie, 11 juin 2003, p. 10.

acteurs[1]. La coïncidence des croyances qui l'incarne ne peut bien sûr être constatée que du point de vue externe, comme n'importe quelle caractéristique de la doctrine générale des sources du droit. Cette unité de la doctrine générale des sources du droit est la seule forme envisageable de monisme global car c'est à travers elle que tous les acteurs impliqués sont conduits à partager une conception commune des catégories normatives et de leur statut, ce qui exclut une intégration dérivée d'un ordre juridique dans l'autre[2]. Si l'unité de la doctrine générale des sources du droit incarne le monisme, il faut noter que deux revendications monistes opposées débouchent sur le dualisme : l'on ne peut déduire le monisme en se basant sur le point de vue interne propre à un seul ordre juridique.

Sur cette base, il est possible de séparer l'intégration de type moniste d'une catégorie de norme, c'est-à-dire sa relevance originaire, et le monisme global, c'est-à-dire une doctrine générale des sources du droit commune. Au final, la dichotomie monisme-dualisme au sens 2 se scinde encore en deux selon qu'elle se rapporte à l'unité de l'ordre juridique prise globalement (a) ou aux conditions d'applicabilité d'une catégorie normative précise (b)[3]. Le caractère moniste ou dualiste d'un rapport juridique peut désormais être évalué et réfuté. L'unité partielle ou totale d'ordres juridiques est donc envisageable même sans origine commune, autrement dit sans que l'un des ordres juridiques valide l'autre[4]. Par ailleurs, l'autarcie est susceptible de degrés[5] donc la multiplication des interactions ne s'oppose pas du

[1] Précisons bien que quand nous parlons d'unité de la doctrine générale des sources du droit nous ne nous référons pas à l'existence d'une croyance sur l'unité du droit mais à celles de croyances communes sur la validité d'une même série de normes. Nous ne voyons donc pas le monisme et le dualisme comme des doctrines politiques auxquelles un ordre juridique pourrait adhérer (pour des visions de ce genre, voir HAQUET Arnaud, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, Paris, PUF, 2004, p. 230 ou BELAID Sadok, « Droit international et droit constitutionnel, les développements récents », *in* BEN ACHOUR Rafâa et LAGHMANI Slim (dir.), *Droit international et droits internes, développements récents*, Paris, Pedone, 1998, p. 47) : l'unité est constatée du point de vue externe et existe sur le plan social. Elle joue un rôle épistémologique spécifique en fixant le ou les points de vue disponibles pour construire la dogmatique.

[2] Il faut remarquer ici que le monisme tel que nous l'entendons n'implique pas une identité commune mais une doctrine générale des sources du droit commune. Dans le cas où l'identité des normes d'ordres juridiques anciennement séparés devient commune, il n'est même plus possible de considérer que nous sommes en présence de deux ordres juridiques, ce qui prive de sens le débat sur le caractère dualiste ou moniste de leurs rapports. Le monisme suppose en fait une dualité d'identités. L'admission d'une relevance sans identité commune permet donc d'envisager la validité de normes de OJ1 dans OJ2 sans passer par une transformation modifiant leur identité. Pour des conceptions opposées, voir ANZILOTTI Dioniso, *op. cit.*, p. 63 et ALLAND Denis, « Le juge français et le droit d'origine internationale », *in* DUPUY Pierre-Marie (dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p. 49.

[3] Le M2a implique le M2b mais l'inverse n'est pas vrai et tout cela ne se confond pas avec la première dichotomie qui ne tient pas compte de la dimension originaire ou dérivée de l'applicabilité. Précisons bien que le monisme partiel, celui qui concerne une catégorie normative précise, a une pertinence purement dogmatique et n'influe par sur l'admissibilité sur le plan épistémologique d'une pluralité de points de vue pour construire la dogmatique.

[4] Pour des avis contraires, voir HARTLEY Trevor, *The Foundations of the European Community Law*, 5e éd., Oxford, OUP, 2003, p. 191 ou COMBACAU Jean, « Le droit international : le bric-à-brac ou système », *APD* 1986, p. 94.

[5] Voir, pour une conception opposée attachée à l'autarcie intangible de tout ordre juridique, GREWE Constance et RUIZ FABRI Hélène, « La situation respective du droit international et du droit communautaire dans le droit constitutionnel des États », *in* SFDI, *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, p. 274.

tout au maintien d'une analyse en termes de monisme et de dualisme[1]. Le gain en falsifiabilité est essentiel face aux théories qui n'hésitent pas à affirmer la capacité ou l'incapacité du droit international à s'imposer au droit interne sans exposer leurs conditions de vérité[2]. Il est particulièrement appréciable dans un contexte européen marqué par des désaccords doctrinaux, des revendications politiques concurrentes et des référentiels culturels divers. Il permet de maintenir une approche positiviste en évitant de prétendre donner un effet juridique aux choix subjectifs de la doctrine[3]. Ce n'est pas au théoricien d'être moniste ou dualiste mais aux rapports entre ordres juridiques[4]. S'il ne faut pas négliger la texture ouverte que revêt le plus souvent la doctrine générale des sources du droit, l'arbitraire du juge n'en reste pas moins limité. Il faut même noter que soutenir que les juges sont totalement libres pour ce qui concerne l'applicabilité des normes issues d'autres ordres juridiques[5] paraît assez peu plausible, sauf à affirmer que le droit français permet au juge de nier la valeur de la Constitution et d'affirmer l'applicabilité du droit guinéen du XIIe siècle faute de toute référence extérieure sur ce qui constitue le droit. Pour autant, n'oublions pas que les croyances de la doctrine générale des sources du droit ne sont pas fondements utilisables dans le discours du droit et n'ont pas besoin d'être conscientes. Ces considérations n'enlèvent rien à l'intérêt d'une approche externe sur les rapports de pouvoirs entre juges[6], à condition de ne pas négliger ses limites. L'approche interne qui nous occupe doit quant à elle permettre de préciser l'identité des normes suprêmes en tenant compte des rapports entre ordres juridiques à travers la compréhension proposée du monisme et du dualisme (2).

---

[1] En sens inverse, voir MARCHISIO Sergio, « Le droit communautaire dans les constitutions européennes », *in* BEN ACHOUR Rafâa et LAGHMANI Slim (dir.), *op. cit.*, p. 106 ou dans une moindre mesure BIRKINSHAW Patrick, « Constitutions, Constitutionalism and the State », *European Public Law* 2005, p. 39.

[2] Un exemple particulièrement parlant est l'affirmation de la possibilité de traiter les clauses constitutionnelles d'intégration au choix comme fondant la validité du droit international (dualisme) ou reconnaissant cette validité préexistante (monisme). Voir ainsi, VERDROSS Alfred, « Droit international public et droit interne », précité, p. 223.

[3] Dans cette perspective, le rôle des facteurs culturels a souvent été souligné sans être pour autant systématisé. Voir TUORI Kaarlo, « European Community Law : an Independant Legal Order or a Post-Modern Jack-in-the-Box », *in* ERIKSSON Lars et HURRI Samuli (dir.), *Dialectic of Law and Reality*, Helsinki, Pub. of the Faculty of Law, 1999, p. 413 ou PESCATORE Pierre, « L'application judiciaire des traités internationaux dans la Communauté européenne et dans ses États membres », *in Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, p. 357.

[4] L'accusation d'abstraction souvent adressée aux débats sur le monisme et le dualisme (FERRARI-BRAVO Luigi, « International and Municipal Law : the Complementarity of Legal Systems », *in* ST. JOHN MACDONALD Ronald et JOHNSTON Douglas (dir.), *The Structure and Process of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1983, p. 715) perd ici son objet.

[5] Voir par exemple, MAGNON Xavier, « L'Union européenne vue du droit constitutionnel national », *Annuaire de droit européen* vol. II, p. 132.

[6] Pour des approches de ce type, voir notamment ALTER Karen, *Establishing the Supremacy of European Law*, Oxford, OUP, 2001, p. 3 ou WEILER J.H.H., « The Least-Dangerous Branch : a Retrospective of the European Court of Justice in the European Arena of Political Integration », *in The Constitution of Europe*, Cambridge, CUP, 1999, p. 188.

2. CONSEQUENCES DE LA VISION EXPOSEE DES RAPPORTS ENTRE ORDRES JURIDIQUES SUR LA SUPREMATIE

Les rapports entre ordres juridiques pourraient sembler secondaires pour nous puisque la suprématie se conçoit dans un ordre juridique déterminé. Néanmoins, il ne faut pas oublier que la suprématie ne peut se concevoir que dans un ordre juridique autonome[1]. Les rapports entre ordres juridiques jouent ici un rôle essentiel car l'intégration d'OJ1 dans OJ2 par le biais d'un monisme dans lequel OJ2 prime, prive OJ1 d'autonomie. La norme la plus élevée d'OJ1 perdrait dans ce cas son statut de constitution au sens théorique au profit de la norme suprême d'OJ2[2]. Cette hypothèse est fondamentale dans notre travail car elle correspond à la transition constitutionnelle menant à la consécration d'une forme de constitution européenne ou internationale. Le rapport entre monisme, dualisme et constitutionnalité est alors évident. Au regard du lien entre doctrine générale des sources du droit et suprématie, la norme suprême ne peut être qu'une norme originaire bénéficiant d'une supériorité originaire. Or, la qualité de norme originaire ne bénéficie qu'aux normes trouvant leur fondement dans la doctrine générale des sources du droit. Dès lors, une NOJ1 dont la relevance dans OJ2 est dérivée, c'est-à-dire qui provient d'une NOJ2, ne peut prétendre être suprême dans OJ2. En effet, si la norme régissant sa relevance dans OJ2 n'influe pas sur son existence, elle est déterminante pour son applicabilité dans la mesure où la relevance équivaut à une applicabilité de principe. La relevance dérivée, typique d'un rapport dualiste, est incompatible avec la suprématie dans l'ordre juridique de destination[3] car la norme fixant la relevance sera supérieure au sens théorique en tant qu'elle est capable d'influer sur l'applicabilité[4]. Elle peut même en théorie supprimer entièrement la relevance de la norme qu'elle introduit dans l'ordre juridique. La norme prétendant à une suprématie dans OJ1 et OJ2 devra dans ces conditions bénéficier d'une intégration de type moniste, ce qui n'impose pas forcément un monisme global. La suprématie dans OJ2 d'une NOJ1 intégrée directement dans la doctrine générale des sources du droit d'OJ2 avec rang suprême est envisageable[5] même si les doctrines générales d'OJ1 et

[1] Voir *supra*, p. 625.

[2] Notons que cette vision de l'autonomie ne se confond pas avec celle de Kelsen qui estime qu'un ordre est subordonné à un autre quand sa norme fondamentale relève de celui-ci (voir « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RDP* 1926, p. 582).

[3] Pour une analyse comparable, voir DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline et PERNICE Ingolf, « European Union Law and National Constitutions », *in* FIDE, *XX Congress*, Londres, BICL, 2002, p. 29 ou CLAES Monica, « The European Constitution and the Role of the National Constitutional Courts », *in* ALBI Anneli et ZILLER Jacques (dir.), *The European Constitution and National Constitutions*, Dordrecht, Kluwer, 2007, p. 242.

[4] L'on voit bien ici la différence entre une loi affirmant sa supériorité sur la constitution et une constitution affirmant sa supériorité sur un traité international dans un ordre juridique qui entretient un rapport dualiste avec le droit international.

[5] Dans le cas où la NOJ2 en cause serait un traité international, précisons que le fait que son édiction dépende en partie des constitutions (procédures nationales de ratification…) ne suffit pas à exclure toute relevance originaire par la suite car sa validité internationale ne repose sur les constitutions nationales que par le biais d'un renvoi du droit international. L'on ne peut donc pas dire que les traités sont par principe des normes dérivées en droit national. Pour une vision différente de l'origine des traités, voir CAUNES Karine, « La nature du système juridique européen : retour sur la primauté », *in* ZILLER

d'OJ2 divergent sur d'autres points, par exemple sur l'applicabilité ou le rang d'autres NOJ1. Le monisme considéré dans ce sens restreint est indispensable à la suprématie mais en aucun cas suffisant car rien n'interdit que l'intégration d'une NOJ1 dans l'OJ2 soit accompagnée d'une règle de conflit qui lui soit défavorable[1]. Le fait qu'un monisme sectoriel soit suffisant ne signifie pas que l'opposition entre monisme et dualisme global peut être abandonnée. Ainsi, si l'on se situe dans un contexte dualiste global, le statut suprême de la NOJ1 devra être accordé par deux points de vue (OJ1 et OJ2) concordants et non par le point de vue unique qui résulterait d'un monisme global. La suprématie, et la constitutionnalité, sont donc possibles dans un cadre dualiste global sous condition d'une intégration moniste de la NOJ1 considérée dans OJ2. L'absence de toute validation des NOJ2 par la NOJ1 ne pose pas de problème dans ce cas au vu des limites des rapports entre hiérarchie et validation[2]. La combinaison de tous les éléments établis précédemment sur l'insuffisance des clauses auto-référentielles, le rôle de la doctrine générale des sources du droit, les limites de la validation et l'opposition entre monisme et dualisme permet de comprendre les conditions de suprématie générale d'une norme issue de l'ordre juridique englobant dans l'ordre juridique englobé. Nous pouvons aussi constater les limites de la séparation entre applicabilité et primauté car la source de l'applicabilité est déterminante pour fixer le statut des NOJ1 dans OJ2.

La solution évoquée correspond à la situation la plus simple. Le dualisme global peut mener à des schémas bien plus complexes car il autorise la confrontation de revendications opposées, par exemple si la doctrine générale des sources du droit d'OJ1 avance la relevance originaire et la suprématie d'une de ses catégories dans OJ2 alors que la doctrine générale d'OJ2 rejette cette vision. Nous retrouvons à ce stade la séparation entre monisme revendiqué et réel. Étant donné que deux points de vue internes différents sont disponibles dans cette hypothèse, l'on pourra dire que NOJ1 sera suprême du point de vue d'OJ1 mais pas de celui d'OJ2. Cette relativité est essentielle car elle montre que les réactions des acteurs de l'OJ2 quant aux relations entre NOJ1 et NOJ2 ne sont pas forcément une simple question d'effectivité d'OJ1 mais peuvent être la marque d'une dualité de doctrines générales des sources du droit. La présentation de l'application nationale des droits international ou

Jacques (dir.), *L'européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 284.

[1] Nous parlons ici de « règle de conflit » pour éviter l'alourdir inutilement le propos mais il ne faut pas oublier que nous visons toujours la suprématie au sens défini précédemment. La NOJ1 considérée devra donc bénéficier d'une applicabilité prioritaire de principe pour pouvoir être décrite comme suprême.

[2] Ce cas est assez fréquent car il correspond à la situation de la plupart des États fédéraux créés par association.

européen comme une simple question d'effectivité[1] n'est donc admissible que si ces ordres juridiques entretiennent un rapport moniste, ce qui est tout sauf évident. Dans le cas contraire, c'est la confrontation de deux devoir-être divergents et non d'un devoir-être et d'un être. Nous ne pouvons négliger ces difficultés puisque la constitutionnalité est définie comme la suprématie dans un ordre juridique autonome directement applicable aux individus sur un territoire donné et non comme la suprématie dans un ordre juridique purement international. Si OJ1 relève de cette dernière catégorie, NOJ1 serait constitutionnelle du point de vue d'OJ1 mais pas de celui d'OJ2. L'indétermination de la dogmatique débouche alors sur celle de la théorie. Il est impossible d'améliorer la précision de la dogmatique parce qu'il n'existe pas une mais deux bonnes réponses en raison de la présence de deux discours du droit autonomes résultant de pratiques juridiques séparées fondées sur des doctrines générales des sources du droit distinctes[2]. Face à ce constat, la solution ne peut provenir que de la théorie : soit l'on décide que la dualité constitutionnelle est acceptable soit l'on estime que la constitutionnalité ne peut être reconnue qu'à l'une des normes en cause[3]. Nous estimons que la dualité constitutionnelle brouille les cartes et fait croire à une incertitude qui n'existe pas vraiment en pratique dans la structure du système juridique. Il faut donc privilégier la NOJ2, c'est-à-dire la norme de l'ordre juridique effectivement appliqué directement aux individus et non à l'ordre juridique qui prétend à cette application sans être capable de l'acquérir effectivement. Ce choix ne change rien à l'état du droit positif et n'implique pas de contester la revendication de suprématie du point de vue de l'OJ1 mais seulement d'affirmer que ce n'est pas le point de vue pertinent pour assurer un usage fertile du terme « constitution » en restant fidèle au prototype. Cette option est particulièrement importante au vu des enjeux de la transition constitutionnelle. En effet, la revendication non réalisée de suprématie n'a rien de nouveau. Il est possible d'avancer qu'elle est présente depuis près d'un siècle en droit international et elle est à coup sûr portée par le droit communautaire depuis plus de quarante ans. En outre, il existe une différence nette dans la maîtrise du droit positif entre les cas où la suprématie est reconnue par les ordres juridiques censés être englobés et les cas où elle est niée. La seconde hypothèse paraît très proche du statut acquis par le droit international depuis longtemps sans que sa constitutionnalité théorique n'ait jamais été véritablement admise. Nous pouvons tout

[1] Pour des exemples, voir SIMON Denys, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », *in* SFDI, *Droit international et droit communautaire…*, précité, p. 244 ou CONSTANTINESCO Léontin-Jean, « La spécificité du droit communautaire », *RTDE* 1966, p. 3.

[2] La conception relative de l'obligation à laquelle nous adhérons permet d'admettre cette conclusion sans y voir une quelconque contradiction et donc sans avoir besoin d'une théorie des dispositions alternatives pour rétablir la cohérence.

[3] Ce dilemme ne se confond pas avec celui traité précédemment concernant l'opposition entre suprématie dans un ordre juridique purement international et dans un ordre juridique d'effet direct car il s'agit de savoir si une suprématie dans un ordre juridique d'effet direct revendiqué au niveau international est suffisante quand elle est contredite.

de même envisager un cas de figure un peu plus gênant : celui d'un pluralisme radical dans lequel deux ordres juridiques autonomes seraient appliqués sur un même territoire soit à travers des systèmes institutionnels distincts[1] soit par le biais de commandements autonomes adressés à des institutions communes[2]. Dans ce cas, l'OJ1 ne prétend pas s'appliquer dans l'OJ2 ou intégrer l'OJ2 mais simplement s'imposer sur son territoire sans se soucier de lui. Ce n'est pas la confrontation de deux monismes opposés ou d'un monisme et d'un dualisme mais de deux dualismes orientés chacun vers un ordre juridique bénéficiant d'une application directe effective sur un même territoire. Cette situation est évidemment plus que rare car elle est susceptible de déboucher sur une anarchie totale[3] mais nous devrions sans doute admettre une forme de dualité constitutionnelle si elle devait se réaliser.

Ce pluralisme radical doit être distingué du pluralisme modéré qui jouit d'une certaine popularité dans les doctrines internationales et surtout européennes actuelles[4]. Il propose un modèle très différent reposant sur le constat de l'existence de conflits privés de solutions évidentes entre ordres juridiques international ou européen et interne au regard de prétentions opposées à la primauté valables dans chacun des droits considérés[5]. La particularité de ce pluralisme s'incarne dans la prétention à tenir compte de l'opposition entre les règles de conflits non comme un défaut du système à régler par le choix de la règle appropriée mais comme un élément positif caractérisant le système européen ou post-westphalien[6]. Cette

[1] Quelques cas historiques peuvent être relevés tels la Commission européenne du Danube ou certains éléments de l'administration internationale de la Sarre, de Trieste ou de la Haute-Silésie. Pour des détails, voir, BALLADORE PALLIERI Giorgio, « Le pouvoir des organisations économiques européennes à l'intérieur des États membres », *Zeitschrift für Ausländisches Offentliches Recht und Völkrecht* 1963, p. 474 et KOROWICZ Marc-Stanislas, *Organisations internationales et souveraineté des États membres*, Paris, Pedone, 1961, p. 285.

[2] Cette idée, purement théorique, n'est pas sans rappeler la théorie du dédoublement fonctionnel de Georges Scelle (voir « Règles générales du droit de la paix », *RCADI* 1933-IV, p. 426). Pour une idée proche appliquée au contexte du droit communautaire, voir KAKOURIS Constantinos, « La relation de l'ordre juridique communautaire avec les ordres juridiques des États membres », *in Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1987, p. 342.

[3] Le cas du système institutionnel unique recevant des commandements séparés paraît même difficilement concevable en pratique. Il supposerait notamment que les juges soient capables de se placer dans le cadre de deux matrices radicalement séparées, c'est-à-dire de disposer de deux jeux de croyances formant des doctrines générales des sources du droit autonome. Or, non seulement l'on ne peut pas présumer la schizophrénie des juges mais en plus ils sont amenés à donner une solution unique aux litiges qui leurs sont soumis ce qui rend inapplicable un tel pluralisme radical.

[4] Cette popularité dans la doctrine et, sous une forme largement amoindrie, chez certains juges s'explique aisément du point de vue externe par des choix stratégiques favorisés par l'état actuel de la construction européenne qui passent par la tenue d'un discours apparemment conciliant. Pour une démonstration convaincante sur ce point, voir BRUNET Pierre, « Les juges européens au pays des valeurs », *La vie des idées*, 2009.

[5] Voir, parmi de nombreux exemples, BANKOWSKI Zenon et SCOTT Andrew, « The European Union ? », *in* BELLAMY Richard (dir.), *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty*, Aldershot, Avebury, 1996, p. 88 ou POIARES MADURO Miguel, « Contrapunctal Law », *in* WALKER Neil (dir.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart, 2003, p. 524. Notons que ce pluralisme insiste souvent sur la présence d'une dualité de points de vue à laquelle nous adhérons mais ne propose pas une construction générale à même de justifier épistémologiquement ce dualisme. Surtout, il tente de la dépasser en négligeant le fait que cette dualité de point de vue provient d'une dualité de droits que la dogmatique ne peut que constater.

[6] POIARES MADURO Miguel, « How Constitutional Can the European Union Be ? », Jean Monnet Working Paper n°5/04, p. 39 ou WALKER Neil, « Flexibility With a Metaconstitutional Frame », *in* DE BURCA Grainne et SCOTT Joanne (dir.), *Constitutional Change in the European Union*, Oxford, Hart, 2000 p. 17. La reference à l'ordre post-westphalien a pu servir plus récemment à insister sur la presence de principes concurrents de réglementation des relations entre ordres juridiques parmi lesquels se trouverait le pluralisme. En ce sens, voir WALKER Neil, « Beyond Boundary Disputes and Basic Grips : Mapping the Global Disorder of Normative Orders », *ICON* 2008, p. 391.

tension doit donc être préservée parce qu'elle marque la recherche d'une nouvelle approche des rapports entre ordres juridiques. Plutôt que de demeurer bloqué sur ces prétentions contradictoires, il faudrait imaginer des solutions non-formelles à travers la négociation[1], la recherche de l'harmonie[2] ou d'une voie moyenne fondée sur le pluralisme ordonné[3], le pluralisme constitutionnel[4] ou le réseau constitutionnel[5]. Cette conception ne nous paraît pas vraiment concluante. La présence de revendications monistes et dualistes opposées n'a rien d'original ou de nouveau. Elle ne caractérise sûrement pas un ordre post-westphalien car elle est présente depuis longtemps dans l'ordre westphalien[6]. Nous devons donc rejeter la prétention à l'originalité qui base la théorie en établissant la nécessité de solutions inédites[7]. Surtout ces dernières sont très critiquables car la dualité des revendications qui repose sur des présupposés divergents implique l'absence totale de solution partagée faute d'une conception commune de l'état du droit positif[8]. Or, les prétentions pluralistes, qu'elles tiennent à la négociation ou à l'harmonie, ne sont jamais qu'une sorte de solution commune au conflit

---

[1] BESSON Samantha, « Sovereignty in Conflict », European Integration Online Paper 2004, n°15, p. 19 ou SEILER Verena, « Subsidiarité et validité dans l'ordre juridique européen », *RIEJ* 2005.55, p. 191. Pour une version mondialisée de cette approche, voir PAULUS Andreas, « The Emergence of the International Community and the Divide Between International and the Divide Between International and Domestic Law », *in* NIJMAN Janne et NOLKAEMPER André (dir.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, OUP, 2007, p. 233.

[2] KUMM Mattias, « The Jurisprudence of Constitutional Conflict », *ELJ* 2005, p. 286 ou BESSON Samantha, « From European Integration to European Integrity », *ELJ* 2004, p. 260.

[3] DELMAS-MARTY Mireille, *Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006, p. 39. Notons que nous ne nous occupons pas ici des interactions horizontales entre ordres juridiques séparés (transplantation, interprétation sous influence…) que valorise la professeure Delmas-Marty (« Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, p. 956) car il s'agit de phénomènes anciens et limités qui relèvent du point de vue externe et ne permettent en aucun cas de trancher des conflits des normes.

[4] MACCORMICK Neil, *Questioning Sovereignty*, Oxford, OUP, 1999, p. 104 ou POIARES MADURO Miguel, « The State of Portuguese European Discourse », *in* FIDE, *op. cit.*, p. 400. Le recours à la notion de pluralisme constitutionnel dans ce cadre montre bien les enjeux qu'attachent une partie de la doctrine à la définition du terme « constitution ». Notons toutefois que toutes les théories du pluralisme constitutionnel ne prétendent pas permettre le règlement des conflits de normes. Voir ainsi, WALKER Neil, « The Idea of Constitutional Pluralism », EUI Working Paper LAW n°2002/1, p. 29.

[5] PETERS Anne, « Global Constitutionalism Revisited », University of Baltimore School of Law – Centennal Discussion on the Theoretical Foundations of International Law (2006) ou AZOULAI Loïc, « La Constitution et l'intégration », *RFDA* 2003, p. 868. Les auteurs se revendiquant du pluralisme se réfèrent parfois à la théorie générale du réseau déjà évoquée (voir GIORGI Florence et TRIART Nicolas, « National Judges, Community Judges : Invitation to a Journey through the Looking-Glass », *ELJ* 2008, p. 712).

[6] Voir par exemple, DUPUY Pierre-Marie, « Introduction générale », *in* DUPUY Pierre-Marie (dir.), *op. cit.*, p. 8.

[7] Les autres éléments cités à l'appui des théories pluralistes ne sont guère plus convaincants car il s'agit le plus souvent d'éléments anciens et non-problématiques tels que l'absence de monopole de l'État dans la production du droit, la fin de l'assimilation du droit et de la loi, le développement du droit international (DELMAS-MARTY Mireille, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, p. 53, 77 et 92), la préservation de marges de manœuvre nationales ou la complémentarité de la compétence de la Cour pénale internationale (DELMAS-MARTY Mireille, *Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004, p. 18). Le développement d'entités non-étatiques (OMC, UE…) qui marquerait l'ordre post-westphalien (WALKER Neil, « The European Union and the World Trade Organization », *in* DE BURCA Grainne et SCOTT Joanne (dir.), *The European Union and the World Trade Organization*, Oxford, Hart, 2001, p. 36) ne pose pas de problèmes normatifs différents de ceux que crée depuis toujours le droit international et sa portée ne doit pas être exagérée au regard du rôle qu'y jouent les États. L'émergence d'une éventuelle supranationalité normative ne doit pas occulter la faiblesse de la supranationalité décisionnelle (sur la différence entre ces deux concepts, voir WEILER J.H.H., « The Community System : the Dual Character of Supranationalism », *YEL* 1981, p. 271). Ce genre d'amplification peut mener à des conclusions douteuses : voir les relations entre l'UE et l'OMC comme l'expression d'un « méta-méta » niveau normatif (WALKER Neil, article précité, p. 37) est étonnant dans la mesure où elles ressemblent surtout à celles qui lient depuis longtemps les organisations internationales.

[8] Cette particularité est tout de même assumée par MacCormick (*op. cit.*, p. 118). Cependant, sa théorie ne dit rien du mode d'existence des points de vue et tend à proposer une solution classique, dont les conditions de vérité restent mystérieuses, qui serait le monisme avec primauté du droit international (*ibid.*, p. 121).

susceptible de donner, au moins temporairement, un rang aux normes en cause en fixant leur applicabilité[1]. Autrement dit, il s'agit d'une forme de monisme partiel en tant qu'il soutient l'existence d'une règle commune à même de régler les conflits de normes[2]. La présentation de cette théorie comme un pluralisme est trompeuse dans la mesure où elle porte une solution cohérente construite d'un point de vue unique, fut-il un point de vue de conciliation entre des points de vue initialement opposés[3]. Nous pouvons y voir un point de vue interne, parce qu'il porte une solution au conflit, et non un point de vue externe se contentant de constater la contradiction[4]. Le rejet de l'apparence pluraliste de ces théories est d'autant plus importante que leur principale faiblesse tient à l'absence d'explication sur la source du monisme invoqué, faute de pouvoir expliquer le mode d'existence de la règle de conflit défendue qui ne se rattache à aucun ordre juridique connu et ne peut d'ailleurs pas s'y rattacher sauf à ruiner même l'illusion du pluralisme. En réalité, la solution proposée est purement doctrinale : la règle de conflit et d'applicabilité ultime qui règle le conflit relève d'une forme de droit naturel car sa validité est affichée sans qu'elle ne puisse revendiquer aucune validité sociale[5]. Sa dimension morale[6] ou politique[7] est même parfois assumée. La seule alternative « pluraliste » à ce monisme jusnaturaliste est proposée par des auteurs qui appuient leurs solutions innovantes sur le droit communautaire et défendent en fait un monisme avec primauté du droit communautaire classique[8] ou non[1]. Leur spécificité tient à la promotion de l'usage par le juge

---

[1] Certains auteurs assument même la défense d'une nouvelle « verticalisation » (DELMAS-MARTY Mireille, *Le pluralisme ordonné*, précité, p. 36).

[2] Mme Besson évoque une « méta-règle de reconnaissance » qui surplomberait les ordres juridiques nationaux et européen et permettrait de régler leurs conflits en se basant sur le principe de subsidiarité et le caractère plus ou moins démocratiques des normes en cause (« How International is the European Legal Order ? », *NoFo* n°5, p. 63 et 65).

[3] Se limiter aux deux points de vues autonomes et opposés en présence empêche en effet toute solution et *a fortiori* une solution unique comme celle que porte chacune des théories en cause. Pour des exemples de ce point de vue unique, voir BESSON Samantha, « The Many European Constitutions and the Future of European Constitutional Theory », *ARSP Beiheft* 2006, p. 180 ou POIARES MADURO Miguel, « Contrapunctual Law », précité, p. 525. Ce point de vue a d'ailleurs parfois été accusé d'être un point de vue national dissimulé (voir BAQUERO CRUZ Julio, « The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement », EUI Working Paper RSCAS n°2007-13, p. 19 et dans une moindre mesure, BARBER N.W., article précité, p. 326) au regard de l'influence considérable de la jurisprudence allemande sur le mouvement pluraliste.

[4] Ce point de vue externe est pratiqué par certains auteurs pluralistes (voir par exemple, MONTEILLET Sylvain, article précité, p. 1948), ce qui n'est pas gênant tant que l'on en déduit pas la liberté de choix du théoricien dans la fixation des relations entre ordre juridique (pour un glissement de ce type, voir SCHILLING Theodor, « The Court of Justice's Revolution : its Effects and the Conditions for its Consumation. What Europe Can Learn from Fiji », *ELR* 2002, p. 447). Son caractère externe est parfois en effet revendiqué sans assumer les conséquences épistémologiques d'une telle posture (voir par exemple, GIORGI Florence et TRIART Nicolas, article précité, p. 14).

[5] Elle est d'ailleurs généralement posée arbitrairement par le théoricien. Voir, parmi de nombreux exemples, KUMM Mathias, « Who Is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe ? », *CMLR* 1999, p. 375 ou VERHOEVEN Amaryllis, *The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory*, Dordrecht, Kluwer, 2002, p. 301.

[6] BESSON Samantha, « Sovereignty in Conflict », précité, p. 19.

[7] Voir DELMAS-MARTY Mireille, « La grande complexité juridique du monde », *in Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 105 ou DOUGLAS-SCOTT Sionaidh, « A Constitution for Europe in Defence of Public Reason », Working Papers da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisbao 11/2001, p. 8. Mme Giorgi n'hésite pas à faire de l'adhésion au pluralisme constitutionnel « une question de foi » (« Pour une révolution théorique douce : la figuration du pluralisme constitutionnel en réseau », VIIe Congrès de l'AFDC, Paris, 26 septembre 2008, p. 11).

[8] Pour des exemples, voir CHALMERS Damian, « The Dynamics of Judicial Authority and the Constitutional Treaty », Jean Monnet Working Paper n°5/04 (primauté), p. 33 ou SEILER Verena, article précité, p. 208 (subsidiarité).

de normes issues d'institutions variées mais nous sommes ici face à un nouveau monisme insuffisamment justifié et non face à un pluralisme[2]. Il est tout à fait possible d'évaluer l'existence sociale d'une telle évolution mais sûrement pas de les baser sur un choix doctrinal arbitraire. L'idée déjà évoquée de changement de paradigme réapparaît d'ailleurs chez ceux qui soutiennent que l'on pourrait opter librement pour une vision pluraliste au détriment d'une approche moniste ou hiérarchique[3]. Cet argument ne peut qu'être rejeté. Les relations entre normes, et entre ordres juridiques, relèvent de la première herméneutique, c'est-à-dire des représentations des acteurs et donc de la matrice des acteurs. Prétendre changer de conception pour adopter le pluralisme que nous venons de décrire montre une confusion entre les deux niveaux de l'herméneutique à laquelle nous ne pouvons adhérer[4]. Ce choix appartient aux acteurs, si tant est qu'ils aient le choix. La théorie générale qui le soutient est très peu formalisée et ne nous informe pas du tout sur le mode d'existence des ordres juridiques, l'origine de leurs rapports ou le concept d'identité utilisé en préférant une substitution permanente de la deuxième herméneutique à la première. Dans ces conditions, l'on comprend aisément qu'une dimension prescriptive soit occasionnellement avouée[5]. À défaut, l'assimilation de la situation actuelle des rapports entre ordres juridiques à un pluralisme non-hiérarchique montre l'assimilation fautive entre la confrontation de deux solutions hiérarchiques opposées et une solution non-hiérarchique : la rencontre de deux revendications de supériorité opposées n'équivaut pas à une revendication d'égalité[6]. Deux points de vue

---

[1] THALER Michael, « Between Monism and Pluralism : the Relationship of Community Law and National Law », *Rechtstheorie* 2000, p. 281. L'auteur propose de s'inspirer de la théorie des trois ordres juridiques de Kelsen en voyant dans la répartition des compétences inscrites dans le TUE et garantie par la CJCE la norme pivot.

[2] La relation de ce nouveau pluralisme avec le pluralisme classique centré sur le constat de la coexistence d'ordres juridiques divers au-delà du droit de l'État (églises, mafia…) est parfois manifeste (ANDERSON Gavin, « Legal Pluralism and the Politics of Constitutional Definition », EUI Working Paper RSCAS n°2005/20, p. 4 ou MACCORMICK Neil, « Beyond… », précité, p. 15). Cette référence n'est pas condamnable mais le pluralisme classique relève du point de vue externe. Reprendre cette démarche pour lister les normes applicables par les juges nationaux ou européens (LA TORRE Massimo, « Legal Pluralism as an Evolutionary Archievement of European Community Law », *in* SNYDER Francis (dir.), *The Europeanisation of Law*, Oxford, Hart, 2000, p. 137 ou WILHELMSSON Thomas, « General Principles of European Private Law and the Theory of Legal Pluralism », *in* CAMERON Ian et SIMONI Alessandro (dir.), *Dealing with Integration*, Uppsala, Författarna och Iustus Förlag, 1996, p. 44) montre sa transformation en une forme de monisme jusnaturaliste qui donne une relevance à toutes les normes des ordres juridiques des États et de l'Union européenne sur le territoire européen. Pour une dénonciation de cette dérive, voir DE BÉCHILLON Denys, « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », *in* SERVERIN Evelyne et BERTHOUD Arnaud (dir.), *La production des normes entre État et société civile*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 68.

[3] ANDERSON Gavin, article précité, p. 3 ou dans une moindre mesure, WILHELMSSON Thomas, « Jack-in-the-Box Theory of European Community Law », *in* ERIKSONN Lars et HURRI Samuli (dir.), *op. cit.*, p. 446 et GIORGI Florence et TRIART Nicolas, article précité, p. 711.

[4] Pour un exemple clair, voir WIND Marlene, « The European Union as a Polycentric Polity », *in* WEILER J.H.H. et WIND Marlene (dir.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, CUP, 2003, p. 123.

[5] CARROZZA Paolo, « Constitutionalism's Post-Modern Opening », *in* LOUGHLIN Martin et WALKER Neil (dir.), *The Paradox of Constitutionalism*, Oxford, OUP, 2007, p. 187 ou WEILER J.H.H., « The Promised Constitutional Land », *King's College Law Journal* 2001, p. 12.

[6] En sens contraire, voir THYM Daniel, « European Constitutional Theory and the Post-Nice Process », *in* ANDENAS Mas et USHER John (dir.), *The Treaty of Nice and Beyond*, Oxford, Hart, 2003, p. 160 ou SEILER Verena, article précité, p. 228. De même, certains auteurs déduisent de cette situation l'absence de solution hiérarchique aux conflits de normes (PLATON

interne distincts s'affrontent mais chacun d'entre eux est hiérarchique[1]. Si le pluralisme envisagé devait se réaliser nous devrions conclure à l'intégration du niveau le plus élevé des normes internes et européennes dans la catégorie théorique de constitution mais seul un changement social considérable pourrait conduire à une telle conclusion. Au passage, nous pouvons noter que la vision proposée des rapports entre ordres juridiques fournit des bases pour évaluer la réalité de la réalisation du pluralisme modéré alors que cette théorie est avancée sans plus de précisions quant à ses conditions de vérité. Face à un conflit de règles de conflit, un choix est inévitable. Ce choix peut être le fruit de l'arbitraire théorique[2], judiciaire[3] ou alors provenir des représentations des acteurs constituant la première herméneutique. Seule cette dernière possibilité correspond à la théorie sociale des sources du droit[4] et c'est donc celle que nous devons retenir. Elle permet d'envisager l'application de la définition théorique de la constitution à travers la sélection des normes suprêmes. Il faut désormais en tirer les conséquences et déterminer ce que cette vision peut apporter à la compréhension de l'hypothèse de la transition constitutionnelle (Section 2).

SECTION 2 : LA TRANSITION CONSTITUTIONNELLE DANS UNE NOUVELLE PERSPECTIVE

L'élucidation complète de la catégorie théorique de constitution permet d'envisager avec un œil nouveau la transition constitutionnelle que nous n'avions pas pu représenter en utilisant la catégorie dogmatique de constitution[5]. Rappelons que ce concept désigne l'hypothèse de l'adoption d'une constitution commune par des entités initialement séparées, ce qui renvoie avant tout à l'éventuelle apparition d'une constitution internationale ou européenne. Il s'agit donc de chercher à comprendre ce qui caractériserait ce genre de normes, autrement dit ce qui

---

Sébastien, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Paris, LGDJ, 2008, p. 541) alors qu'elle marque la présence de deux solutions hiérarchiques valables et opposées.

[1] Pour une analyse comparable, voir KRISCH Nico, « Europe's Constitutional Monstruosity », *OJLS* 2005, p. 323. Certains auteurs reconnaissent d'ailleurs que le pluralisme constitutionnel ne peut être évoqué par les juges car il n'appartient pas à la perspective interne à laquelle ils se rattachent tout en affirmant paradoxalement qu'ils doivent tenir compte d'autres systèmes juridiques (intervention de Miguel Poiares Maduro *in* AVBELJ Matej et KOMAREK Jan (dir.), « Four Visions of Constitutional Pluralism », EUI Working Papers LAW n°2008/21, p. 12).

[2] C'est ce que propose classiquement la doctrine en optant arbitrairement pour le monisme, le dualisme ou le pluralisme.

[3] Comme nous l'avons vu, ce choix est cohérent dans une perspective réaliste mais il se heurte à la prédétermination partielle manifeste des relations entre ordre juridique et de la relevance des normes positives. Il est parfois assumé par certains auteurs non réalistes (voir BONNET Baptiste, *Le juge administratif et l'article 55 de la Constitution*, Thèse, Saint-Etienne, 2004, p. 34) mais est alors encore plus problématique car ces derniers n'expliquent pas d'où le juge tire sa compétence à créer arbitrairement du droit. Cette carence, typique du réalisme dogmatique, est d'autant plus gênante ici qu'elle implique que le juge a le droit d'adhérer à la relevance de la feuille de papier parce qu'il n'est pas lié par la Constitution (*ibid.*, p. 40). M. Bonnet n'assume d'ailleurs pas toutes les conséquences de sa position : il vérifie tout de même que la Constitution n'interdit pas au juge de défendre la relevance originaire du droit international (*ibid.*, p. 82) et il se réfère également à la source de son habilitation pour justifier son choix (*ibid.*, p. 86), ce qui est un argument non-réaliste classique (voir *infra*, p. 701 et s.).

[4] Pour une idée proche sur l'identité et l'autonomie des ordres juridiques, voir DUPUY Pierre-Marie, « Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a ? », EUI Working Paper LAW n°2006-14, p. 9.

[5] Voir *supra*, p. 369.

incarnerait l'adaptation de la catégorie de constitution. Si cet objectif est réalisé, la fidélité au prototype et la fertilité générale préalablement établies seront complétées par une fertilité plus sectorielle directement liée aux mutations du droit contemporain. Nous délaissons ici le travail de définition proprement dit, c'est-à-dire la construction d'un outil destiné à saisir l'adaptation pour évaluer le degré d'opportunité du choix effectué dans l'optique qui est la nôtre. Celui-ci dépend de la capacité de la catégorie proposée à donner un sens à l'idée de constitutionnalité internationale ou européenne sans la réduire à une querelle terminologique insuffisante pour expliquer la longueur et la vigueur des débats sur ce sujet (I). La catégorie retenue ne sera pleinement satisfaisante que dans la mesure où elle pourra être employée pour dépasser les difficultés propres à la transition constitutionnelle, c'est-à-dire les problèmes apparemment indécidables isolés auparavant[1] (II).

I. Le principe de la transition constitutionnelle reconsidere

Pour aborder la transition constitutionnelle dans une nouvelle perspective, nous allons nous concentrer sur l'exemple européen qui paraît idéal pour apprécier le bien-fondé de la révision conceptuelle avancée. Nous entendons exposer l'enjeu et surtout les conditions d'émergence d'une constitution au sens théorique dans le cadre européen. L'état exact de progression de la transition constitutionnelle est discuté par la doctrine, ce qui impose d'étudier la situation actuelle (A) avant de s'intéresser aux évolutions qu'elle pourrait connaître (B).

A. Exposé de la situation européenne actuelle

L'évaluation de la réalité de la transition constitutionnelle en Europe s'appuie nécessairement sur la connaissance de la hiérarchie des normes valables sur le territoire européen. Étant donné que l'on peut aisément distinguer les normes nationales et européennes sur la base de leurs identités respectives, la première question à se poser tient au caractère moniste ou dualiste des relations entre les ordres juridiques en présence. En effet, la suprématie d'une norme européenne est conditionnée par la dimension au moins partiellement moniste desdites relations. Nous n'allons évidemment pas étudier toutes les modalités d'application nationale du droit de l'Union européenne ou tous les détails de son positionnement hiérarchique mais seulement les éléments indispensables pour être en mesure de déterminer s'il existe des normes européennes constitutionnelles. Nous nous contenterons

[1] Voir *supra*, p. 19.

donc de vérifier s'il existe une catégorie de normes européennes capable de fixer l'applicabilité de toutes les normes nationales sans qu'il soit nécessaire de nous prononcer sur d'autres éléments tels que les perspectives d'invalidation des normes nationales ou même sur leur inapplicabilité immédiate. Pour réaliser ce programme, il faut apprécier l'ampleur de la convergence entre les doctrines générales des sources du droit en présence en se basant principalement sur les positions affichées par les acteurs européens et nationaux sur la question. Si la présence de divergences entre ces dernières, attestées par tous les travaux sur la question, exclut manifestement tout monisme global, seule la comparaison des conceptions européenne (1) et nationales (2) des rapports en cause permettra de se prononcer sur l'existence d'un monisme sectoriel. Cette étude sera menée en prenant au sérieux les opinions avouées par les acteurs. Leur sincérité ne doit pas être exagérée mais elles incarnent le point de vue interne officialisé, formé par les représentations assumées par les acteurs, qui constitue le discours du droit[1].

1. LES RAPPORTS ENTRE SYSTEMES JURIDIQUES DU POINT DE VUE DE L'UNION EUROPEENNE

Quand des ordres juridiques entretiennent globalement des rapports dualistes, l'étude de ces derniers ne peut être menée que du point de vue de l'un d'entre eux et les solutions dégagées sont alors forcément relatives. Ce constat n'a rien d'étonnant dans la mesure où la dogmatique est toujours relative mais il est particulièrement important ici puisque la règle dont la relativité est alléguée vise à résoudre les conflits entre normes d'origines diverses. Du point de vue de l'ordre juridique « cible », elle apparaîtra comme une simple revendication privée de valeur objective. Elle n'aura de portée générale que si elle est présente dans les deux ordres juridiques, ou, pour ce qui concerne la suprématie, si elle se retrouve dans leurs deux doctrines générales des sources du droit. Avant de pouvoir nous prononcer sur la réalité d'une convergence de ce type, il est nécessaire d'identifier la revendication portée par le droit de l'Union européenne concernant ses relations avec les droits nationaux. Rappelons bien qu'elle ne suffira en aucun cas à garantir la constitutionnalité d'une norme qu'elle désignerait comme suprême au regard des conditions établies précédemment[2].

La position du droit de l'Union européenne sur son rapport avec les normes nationales ne peut être recherchée dans ses textes. Au vu des limites de l'autoréférence, l'applicabilité et le statut de la norme européenne qui prétendrait établir ce rapport resteraient indéterminés au risque de fragiliser tout l'édifice. C'est pourquoi notre recherche portera sur la doctrine

[1] Voir *supra*, p. 213.
[2] Nous pensons à ce qui tient à la domination effective du droit directement applicable sur un territoire (voir *supra*, p. 626).

générale des sources du droit, c'est-à-dire sur les croyances partagées par les acteurs à ce sujet. Les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) constituent des indices très utiles pour mener un examen rapide de ces croyances. Ils ne sont évidemment pas suffisants pour établir une règle de conflit, même dans l'ordre juridique communautaire. En revanche, le maintien d'une jurisprudence constante, approuvée et reprise par les autres acteurs européens peut être considérée *a priori* comme la manifestation de croyances partagées quant aux caractéristiques basiques de l'ordre juridique de l'Union européenne[1]. La reprise de ces solutions sans discussion par la doctrine malgré leurs bases incertaines renforce cette tendance et fait écho à l'attitude de la doctrine interne à propos de la suprématie constitutionnelle. Il est bien connu que la CJCE affirme régulièrement la primauté du droit communautaire sur le droit national. Cette observation ne saurait toutefois suffire car le terme « primauté » peut prendre plusieurs sens. Nous pouvons distinguer trois significations importantes en fonction de l'ordre juridique dans lequel elle est censée s'appliquer[2] et du caractère immédiat ou médiat de son application. L'on parlera de primauté externe-externe (1) pour désigner l'inopposabilité des normes nationales aux normes internationales dans l'ordre juridique international ; de primauté interne-externe (2) pour l'obligation internationale médiate d'inapplicabilité interne des normes nationales contraires au droit international et de primauté interne-interne (3) pour l'obligation d'appliquer prioritairement les normes internationales adressée à tous les organes nationaux sans admettre l'interposition d'une norme nationale[3]. Savoir quelle primauté est évoquée implique dès lors de prêter attention au contenu mais aussi au fondement de l'obligation. La distinction entre ces trois sortes de primauté[4] est essentielle car leurs effets ne sont pas du tout équivalents. La primauté au sens 1 est celle envisagée par les théories dualistes classiques et est présente depuis toujours en droit international public[5] mais elle n'a rien à voir avec la suprématie dans le sens retenu[1]. Elle est

[1] Un éventuel abus initial des juges n'aurait d'ailleurs pas beaucoup d'importance ici s'il est ensuite universellement repris et qu'il tend progressivement à s'inscrire dans la culture juridique.

[2] Ce premier élément entretient un rapport étroit avec l'effet direct mais nous n'allons pas développer cette dernière notion qui est elle-même très controversée et ne nous intéresse que de manière très indirecte.

[3] La différence entre les sens 2 et 3 est parfois présentée comme l'opposition entre une obligation pesant sur le législateur et sur le juge (LOUIS Jean-Victor et RONSE Thierry, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 249) mais cette vision est plutôt trompeuse car la primauté au sens 3 concerne tous les organes et les sujets du droit et pas seulement le juge. Pour une approche comparable de la primauté du droit communautaire, voir DE WITTE Bruno, « Direct Effect, Supremacy and the Nature of Legal Order », *in* CRAIG Paul et DE BURCA Grainne (dir.), *The Evolution of European Union Law*, Oxford, OUP, 1999, p. 190 ou DUBOS Olivier, *op. cit.*, p. 61.

[4] Notons qu'une primauté externe-interne est envisageable en théorie mais elle n'aurait aucun sens puisqu'il s'agirait d'une obligation immédiate dans l'ordre interne de faire primer les normes internationales dans l'ordre international

[5] Pour des décisions en ce sens, voir Tribunal d'arbitrage, 14 septembre 1872, Alabama, *in* DE LAPRADELLE Albert et POLITIS Nicolas (dir.), *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Pedone, 1923, T. II, p. 891 ; 26 juillet 1875, Montijo, *ibid.*, T. III, p. 685 ; CPJI, 25 mars 1926, Haute Silésie polonaise, Série A n°7, p. 81 (loi) ; 26 juillet 1927, Usine de Chorzow, Série A n°9, p. 33 (jugement) ; 31 juillet 1930, Communautés gréco-bulgares, Série B n°17, p. 32 et 4 février 1932, Traitement des nationaux polonais dans le territoire de Dantzig, Série A/B n°44, p. 24 (constitution) mais aussi CIJ, avis du 26 avril 1988, Applicabilité de l'obligation d'arbitrage, p. 26. Pour des analyses comparables de la primauté internationale,

parfois illustrée par l'idée selon laquelle les normes nationales seraient de simples faits dans l'ordre juridique international[2]. Notons qu'elle est aussi défendue par la CJCE[3]. La primauté au sens 2 est quant à elle parfaitement compatible avec le dualisme contemporain : elle correspond à la combinaison entre la primauté classique et l'effet direct tels que le conçoivent les auteurs dualistes[4]. Elle se retrouve logiquement pour les normes internationales d'effet direct[5], ce qui montre au passage pourquoi la Charte des Nations Unies ou la Convention européenne des droits de l'homme[6] ne peuvent appartenir à la catégorie théorique de constitution. Certaines décisions internationales ont paru dépasser cette vision restreinte de la primauté en prévoyant l'invalidation des normes internes[7] mais elles sont restées isolées et

---

voir CARREAU Dominique, *Droit international*, 9e éd., Paris, Pedone, 2007, p. 65 ou SANTULLI Carlo, *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, Paris, Pedone, 2001, p. 427.

[1] En ce sens voir ABRAHAM Ronny, *Droit international, droit communautaire et droit français*, Paris, Hachette, 1989, p. 35. Il ne faut donc pas y voir une habilitation du droit national à régler les conflits mais une simple indifférence. Pour un avis contraire, voir GAUDET Michel, *Conflits du droit communautaire avec les droits nationaux*, Nancy, CEU, 1967, p. 31 ou ROUX Jérôme, *Droit général de l'Union européenne*, 2e éd., Paris, Litec, 2008, p. 232.

[2] Voir DAILLER Patrick et PELLET Alain, *Droit international*, 7e éd., Paris, LGDJ, 2002, p. 97 ou VAN BOGAERT E., « Les antinomies entre le droit international et le droit interne », *RGDIP* 1968, p. 351. La pratique des cours internationales relativise toutefois cette idée car si elles n'appliquent pas le droit interne, elles ont tendance à le considérer comme un ensemble de normes et à le contrôler de la même manière que le ferait un juge interne. Voir, pour des exemples, CPJI, avis du 6 avril 1935, École minoritaires en Albanie, Série A/B n°64, 13 ou 25 mars 1926, Haute Silésie Polonaise, précité, p. 24 et, pour des démonstrations doctrinales, TRUYOL Y SERRA Antonio, « Théorie du droit international public. Cours général », *RCADI* 1981-IV, p. 289 et surtout MAREK Krystina, « Les rapports entre le droit international et le droit interne à la lumière de la jurisprudence de la CPJI », *RGDIP* 1962, p. 268. Pour autant, il ne faut pas exagérer les implications de cette attitude car l'on peut reconnaître la validité d'une norme dans un ordre juridique tiers (mariage religieux…) sans admettre qu'il ait une relevance dans l'ordre juridique en cause.

[3] La Cour a en effet affirmé que les normes internes ne pouvaient être opposées au droit communautaire devant elle. Voir CJCE, 15 juillet 1960, Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr, 36, 37, 38 et 40/59 ou dans une moindre mesure, 22 juin 1965, San Michele, 26/62.

[4] Autrement dit, la primauté au sens 1 impose aux États d'avoir un comportement conforme au droit international ; la primauté au sens 2 leur interdit d'appliquer des normes internes contraires au droit international sans se prononcer sur la manière dont ils doivent obtenir ce résultat alors que la primauté au sens 3 prétend conférer directement un statut interne donné aux normes internationales. Cette dernière conception s'écarte des théories dualistes classiques là où la création d'une obligation internationale de modification du droit interne pour permettre l'application de normes internationales peut tout à fait être envisagée sans que validités interne et internationale ne soient confondues.

[5] La vision de l'effet direct défendue par la CPJI paraît effectivement dualiste : « on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international […] puisse être l'adoption, par les Parties de règles déterminées, créant des droits et des obligations pour les individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux » (CPJI, 3 mars 1928, Compétence des tribunaux de Dantzig, Série B n°15, p. 18). Sa combinaison avec la primauté interdit que les parties édictent des normes contraires aux droits en cause, sous peine de violer leur obligation internationale mais les laisse libre des méthodes à utiliser pour éviter cette situation. Pour des idées proches sur l'effet médiat de la primauté, voir STRUPP Karl, *Éléments du droit international public universel, européen et américain*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1927, p. 14 ; FITZMAURICE Gerald, « The General Principles of International Law Considered From the Viewpoint of the Rule of Law », *RCADI* 1957-II, p. 69 ou WENGLER Wilhelm, « Réflexions sur l'application du droit international public par les tribunaux internes », *RGDIP* 1968, p. 948. Pour des conceptions plus exigeantes de la primauté internationale, voir SPIERMANN Ole, « The Other Side of the Story », *EJIL* 1999, p. 770 ou WYATT Derrick, « New Legal Order or Old ? », *ELR* 1982, p. 148.

[6] La CEDH a précisé que « la Convention […] ne prescri[t] [pas] aux États contractants une manière déterminée d'assurer dans leur droit interne l'application effective de toutes les dispositions de cet instrument » (6 févier 1976, Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède, 5614/72 et 25 mars 1983, Silver et autres c. Royaume-Uni, 5947/72) et que « bien que non tenus d'incorporer la Convention à leur système juridique national, ils n'en doivent pas moins, aux termes de l'article 1 et sous une forme ou une autre, y assurer à quiconque relève de leur juridiction la substance des droits et libertés reconnus » (21 février 1986, James et autres c. Royaume-Uni, 8793/79). Le dernier arrêt tient d'ailleurs plutôt de la primauté au sens 1. Le juge De Meyer a toutefois dénoncé cette approche dans une opinion séparée dont le caractère manifestement jusnaturaliste relativise la portée (26 novembre 1991, Observer et Guardian c. Royaume-Uni, 13585/88). Pour une conception analogue de la primauté de la convention, voir POTVIN-SOLIS Laurence, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État français*, Paris, LGDJ, 1999, p. 47.

[7] CPJI, 7 juin 1932, Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, Série A/B n°46, p. 172 et 5 avril 1933, Statut juridique du Groenland oriental, Série A/B n°46, p. 75.

n'ont pas mis fin à la séparation entre validités interne et internationale[1]. Notons que l'opposition entre primauté aux sens 2 et 3 provient du statut de la règle de conflit et non de son contenu qui est unique : l'applicabilité interne préférentielle des normes internationales. La primauté au sens 3 est justement la plus intéressante car elle incarne le rapport moniste avec primauté du droit international par excellence[2]. L'applicabilité préférentielle interne des normes internationales n'est pas dans ce cas conditionnée par une norme nationale. Seule la dernière forme de primauté nous concerne car elle incarne un rapport moniste susceptible de doter la norme qui en bénéficie de la suprématie constitutionnelle au sens théorique. Passer du sens 1 au sens 2, c'est passer de la réglementation des effets internationaux d'une norme à celle de ces effets internes alors que passer du sens 2 au sens 3, c'est passer de la réglementation strictement internationale des effets internes d'une norme à leur réglementation globale[3].

Une fois les différents types de primauté séparés, il faut préciser la position du droit communautaire. L'importance accordée à l'effet direct montre que le sens 1 ne peut suffire à rendre compte de la primauté communautaire. Trancher entre les sens 2 et 3 est moins facile. La reconnaissance de la primauté sur une base nationale n'a jamais été clairement condamnée[4], ce qui empêche d'exclure totalement le sens 2. En revanche, la CJCE estime que l'applicabilité et la primauté du droit communautaire ne dépendent pas du droit national[5], ce qui montre la défense d'une obligation immédiate de primauté interne, qui va parfois jusqu'à l'invalidation[6]. Le statut du droit communautaire serait donc acquis indépendamment du droit

---

[1] « Ce qui constitue une violation d'un traité peut être licite en droit interne et ce qui est illicite en droit interne peut n'entraîner aucune violation d'une disposition conventionnelle » (CIJ, 20 juillet 1989, Electronica Sicula SPA, p. 51).

[2] Les effets de la primauté au sens 2 et au sens 3 se présentent de manière radicalement distinctes du point de vue d'un juge interne ce qui empêche d'assimiler la primauté au sens 3 à la solution classique du droit international. En sens contraire, voir DE WITTE Bruno, « Retour à Costa », *RTDE* 1984, p. 433.

[3] Cette distinction explique l'importance de la typologie proposée et son irréductibilité à la seule opposition primauté externe-primauté interne qui ne permet pas de savoir si l'on évoque les effets ou l'applicabilité de la règle de conflit en cause.

[4] Certes, la CJCE a condamné pour manquement l'Italie pour non-application d'un de ses arrêts en refusant de prendre en compte l'exigence constitutionnelle de certaines formalités parce que le droit communautaire « impliquait pour les autorités nationales prohibition de plein droit d'appliquer une prescription nationale reconnue incompatible avec le traité » (13 juillet 1972, Commission c. Italie, 48/71) alors qu'il aurait suffit de relever l'inopposabilité des normes internes aux obligations internationales (sens 1) ou l'absence d'adaptation suffisante du droit interne (sens 2) pour condamner l'État. Elle a aussi critiqué un accord qui prévoyait l'adoption par les États membres d'une norme assurant la primauté (avis du 14 décembre 1991, 1/91), ce qui suggère bien qu'elle ne peut qu'avoir un effet immédiat. Il ne faut toutefois pas oublier que la Cour a aussi affirmé en sens inverse qu'il appartenait aux États membres « de tirer, dans [leur] ordre interne] les conséquences de [leur] appartenance à la Communauté » (CJCE 8 février 1973, Commission c. Italie, 30/72).

[5] Voir notamment CJCE, 15 juillet 1964, Costa c. ENEL, 6/64 ; 19 décembre 1968, Salgoil, 13/68 ; 13 février 1969, Walt Wilhelm, 14/68 ; 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70 ; 16 janvier 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf, 166/73 ; 13 décembre 1979, Hauer, 44/79 ; 22 juin 1989, Fratelli Costanzo, 103/88 ; 19 juin 1990, Factortame Ltd., C-213/89 ou 22 mai 2003, Connect Austria, C-462/99.

[6] La Cour a paru défendre l'idée selon laquelle les normes internes contraires au droit communautaire perdaient leur validité (4 février 1965, SARL Albatros c. Sopéco, 20/64 ; 9 mars 1978, Simmenthal, 106/77 ; 4 juin 1992, Debus, C13-91 ; 2 août 1993, Levy, C-158/91; 12 décembre 1996, Procédures pénales c. X, C-74/95 ou 5 mars 1998, Solred, C-347/96) avant de renoncer à cette prétention (22 octobre 1998, IN.CO.GE, C-10/97 à C-22/97). L'arrêt Simmenthal reste malgré tout souvent cité par la doctrine. Pour un exemple, voir PICOD Fabrice, « La normativité du droit communautaire », *CCC* n°21, p. 99.

national, voire contre lui. La doctrine communautariste a adhéré à cette vision[1]. Surtout, la consécration de la primauté au sens 3 apparaît nettement si l'on confronte la solution retenue par la Cour dans le fameux arrêt Costa, l'inapplicabilité des normes nationales contraires, à celle que proposait l'avocat général, l'alternative entre sortir de la Communauté et changer le droit national[2]. Cette primauté est parfois reliée à des fondements textuels tels que l'applicabilité prévue pour les règlements[3] mais il ne faut pas oublier que, même si l'on admettait le bien fondé de cette argumentation, la primauté ne peut pas être fondée sur une norme communautaire sauf à tomber dans une autoréférence indépassable. La variété des effets prêtés à la primauté communautaire dans le cadre de sa relation complexe avec l'effet direct (interprétation conforme, éviction, substitution…)[4] n'est pas déterminante pour nous car une applicabilité préférentielle sans opposition admissible des normes nationales est suffisante pour caractériser la suprématie[5]. La responsabilité des États membres dans les cas de non-application juridictionnelle du droit communautaire confirme la prétention à régir l'application interne du droit communautaire sans que l'on puisse y voir l'affirmation de la création d'une obligation immédiate[6]. Le droit communautaire[7] semble donc plutôt s'orienter vers la revendication d'une primauté modérée au sens 3 : il serait suffisant pour assurer sa propre applicabilité et son statut hiérarchique sans pour autant condamner les droits nationaux

---

[1] Voir, parmi de très nombreux exemples, MOLINIER Joël, « Primauté du droit communautaire », *Encyclopédie Dalloz communautaire*, 2007, p. 5 ou SIMON Denys, « Les exigences de la primauté du droit communautaire », *in Mélanges en l'honneur de Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 483.

[2] LAGRANGE Maurice, Conclusions sous CJCE, 25 juillet 1964, Costa c. ENEL, *Rec.* p. 1180. Sur ce point, voir STEIN Eric, « Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution », *AJIL* 1981, p. 12. Ajoutons qu'à l'origine, les États membres affirmaient leur compétence exclusive sur l'applicabilité interne du droit communautaire. Voir la position exprimée par la Belgique et les Pays-Bas dans CJCE, 5 février 1963, Van Gend & Loos, 26/62.

[3] C'est d'ailleurs à propos du statut des règlements que la Cour a pu insister le plus fortement sur sa conception moniste des rapports entre ordres juridiques en condamnant toute transposition de ces règlements (CJCE, 17 mai 1972, Dame Leonisio, 93/71 ou 31 janvier 1978, Zerbone, 106/77), ce qui revient à limiter la liberté des États quant au choix des modalités d'application interne de certaines normes communautaires.

[4] Pour des détails, voir SIMON Denys, *Le système juridique communautaire*, 3e éd., Paris, PUF, 2001, p. 420 et s.

[5] La question de l'effet direct n'a pas besoin d'être traitée intégralement pour décrire la façon dont apparaît la primauté du point de vue européen car c'est l'effet immédiat de la règle de conflit et non l'effet direct des autres règles européennes qui est déterminante pour la suprématie. La règle de conflit ne pourra bien sûr bénéficier aux normes qui bénéficient d'une forme d'effet direct mais l'on pourrait dans une certaine mesure dire la même chose à propos des règles constitutionnelles (voir BESSELINK Leonard, « Curing a Childhood Disease ? », *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1996, p. 169 ou MELLERAY Fabrice, « De quelques distinctions à opérer à propos de la notion d'applicabilité directe des normes constitutionnelles », *in Mélanges Slobodan Milalic*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 185). Les questions de la relevance d'une norme et de la possibilité l'appliquer aux individus restent en partie séparées (ELEFTHERIADIS Pavlos, « The Direct Effect of Community Law : Conceptual Issues », *YEL* 1996, p. 215) et seule la première nous intéresse vraiment.

[6] CJCE, 30 septembre 2003, Köbler, C-224/01. Cette responsabilité ne fait pas de la CJCE un juge d'appel des décisions nationales (pour un avis contraire, voir KOMAREK Jan « Federal Elements in the Community Judicial System : Building Coherence in the Community Legal Order », *CMLR* 2005, p. 13) car l'engagement de la responsabilité de l'État n'implique pas directement la remise en cause de l'autorité de chose jugée attachée à la décision nationale.

[7] Précisons que pour éviter des formulations trop alambiquées nous nous référons le plus souvent au droit communautaire car l'applicabilité de la primauté dans les autres piliers n'est pas évidente (pour des éléments sur ce sujet, voir TIMMERMANS Christiaan, « The Constitutionalization of the European Union », *YEL* 2002, p. 7 ou HERRMAN Christoph, « Much Ado About Pluto ? », EUI Working Papers n°2007/05). Nous ne développerons pas ce problème car il concerne le droit dérivé alors que nous nous intéressons au droit primaire qui est seul susceptible d'être considéré comme constitutionnel. Nous évoquerons donc par la suite le droit européen sans nous prononcer sur la complexité du statut du droit dérivé en gardant à l'esprit que nous ne traitons en vérité que du droit primaire.

qui lui assurent les mêmes avantages sur une base distincte[1]. L'originalité de la primauté communautaire tiendrait alors à cette revendication moniste qui est absente du droit international général[2]. Au passage, nous devons noter la généralité de cette primauté car elle s'imposerait à l'ensemble des normes nationales[3], même si elle se contente sur ce point de reprendre la solution internationale classique[4].

Cette revendication moniste mainte fois répétée s'oppose au pluralisme modéré que nous avons déjà évoqué[5]. Les théories pluralistes présentent un aspect jusnaturaliste qui aurait pu être écarté si le droit communautaire, et notamment sa doctrine générale des sources du droit, prévoyait un mode non hiérarchique de règlement des conflits de normes. La réalité semble toute autre. Il faut tout de même noter que certains auteurs ont soutenu que la primauté communautaire présenterait certaines atténuations parce que la CJCE s'attacherait à respecter l'identité des États membres. Au-delà de la référence aux traditions constitutionnelles nationales qui n'a pas de rapport direct avec la primauté[6], quelques clauses des traités sont citées, notamment celles qui prévoient le respect de l'identité nationale de l'État[7]. Le fait que ces clauses visent à atténuer la primauté n'est pas évident mais surtout elles équivaudraient au mieux à une forme de dérogation concédées par les normes communautaires au droit national[8]. Elles pourraient donc avoir un intérêt technique mais elles ne modifient pas la

---

[1] L'idée selon laquelle le statut droit communautaire s'oppose au dualisme (voir ISAAC Guy et BLANQUET Marc, *Droit général de l'Union européenne*, 9e éd., Paris, Sirey, 2006, p. 264 ou VAN RAEPENBUSCH Sean, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 463) doit donc être relativisée : il est incompatible avec le dualisme au sens 1, c'est-à-dire avec la transformation systématique des normes externes, mais son rapport avec le débat entre monisme et dualisme au sens 2 est beaucoup plus ambigu. Un système juridique ne peut de toute façon pas garantir à lui-seul un monisme global (voir *supra*, p. 668).

[2] Pour une idée proche, voir PFERSMANN Otto, « La primauté, double, partiellement directe, organiquement indéterminée, provisoirement fermée », *CCC* n°18, p. 182. Certains ont prétendu réduire son originalité au fait que la CJCE s'exprime *a priori*, dans le cadre de la procédure de question préjudicielle inconnue du droit international (DE WITTE Bruno, article précité, p. 433). Cette vision est discutable car rien n'empêche la CJCE de renvoyer le juge national à son propre ordre juridique, comme le suggérait l'avocat général Lagrange dans ses conclusions sous l'arrêt Costa. La procédure préjudicielle favorise sans doute, du point de vue externe, l'émergence d'une solution moniste mais elle ne l'implique pas juridiquement.

[3] Pour ce qui concerne les constitutions nationales, voir CJCE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70 et 11 janvier 2000, Kreil, C-462/99. Notons que la primauté est doublement générale car elle bénéficie aussi à l'ensemble des normes communautaires (voir notamment CJCE, 14 décembre 1971, Politi, 43/71 et 19 janvier 1982, Becker, 8/81) mais cette particularité ne nous intéresse pas puisque notre étude se concentre sur le droit primaire.

[4] Les arrêts cités précédemment concernaient aussi bien les lois que les jugements ou les normes constitutionnelles.

[5] Voir *supra*, p. 673 et s. Précisons bien que les constats effectués à propos du point de vue du droit communautaire ne s'opposent en rien à un pluralisme plus radical qui se contenterait de soutenir la présence d'une opposition forte entre droit communautaire et droit national.

[6] Pour des avis contraires, voir SEILER Verena, « Subsidiarité et validité dans l'ordre juridique européen », *RIEJ* 2005. 55, p. 220 ou ROSSI Lucia Serena, « Constitutionnalisation de l'Union européenne et droits fondamentaux », *RTDE* 2002, p. 35.

[7] Voir par exemple, PERNICE Ingolf, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Paris, Pedone, 2004, p. 60 ou MABAKA Placide, *Problèmes et perspectives constitutionnels du processus d'intégration européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 268. Celles-ci ont déjà été évoquées par des avocats généraux sans que cela n'influe sur les solutions retenues et sans prétendre qu'il ne s'agit vraiment d'exception à la primauté (voir POIARES MADURO Miguel, Conclusions sous CJCE, 16 décembre 2007, Arcelor Lorraine et Atlantique, C-127/07 et RUIZ-JARABO Damaso, Conclusions sous CJCE, Umweltanwalt von Kärnten, C-205/08). D'autres clauses sont parfois citées. Voir VON BOGDANDY Armin, « The European Union as a Supranational Federation », *Columbia Journal of European Law* 2000, p. 30.

[8] « L'article 6 TUE se borne à expliciter […] que l'examen de compatibilité des actes communautaires avec les valeurs et principes constitutionnels des États membres ne peut être effectué qu'au travers du droit communautaire lui-même et est

hiérarchie des normes car la question du statut du droit primaire ne peut être réglée par le texte lui-même : seule une tolérance non-écrite est susceptible de nous intéresser[1]. Or, certains arrêts récents de la CJCE sont parfois présentés comme montrant une restriction de la primauté pour ce qui concerne l'identité constitutionnelle des États[2]. Cette lecture est discutable car les arrêts cités n'ont jamais exprimé clairement une telle solution[3]. La priorité

limité, pour l'essentiel, aux valeurs fondamentales qui font partie de leurs traditions constitutionnelles communes » (POIARES MADURO Miguel, Conclusions précitées). Nous sommes ici bien loin du pluralisme modéré.

[1] Déterminer les rapports entre droits nationaux et droit européen sur la base des clauses du traité qui prévoient une certaine « tolérance » suppose que l'on a préalablement admis que le droit communautaire est capable de régir l'applicabilité des normes internes indépendamment de l'état du droit positif interne.

[2] Voir notamment CJCE, 14 octobre 2004, Omega, C-36/02 et 12 septembre 2006, Espagne c. Royaume-Uni, C-145/04. Pour une interprétation de ces arrêts comme relativisant l'effet de la primauté, voir VILARAS Mihalis, « Cour de justice des Communautés européennes et particularités constitutionnelles des États membres », *in* ILIOPOULOS-STRANGAS Julia (dir.), *Cours suprêmes nationales et cours européennes : concurrence ou collaboration ?*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 303 ou GROUSSOT Xavier, « Supr[i]macy à la Française : Another French Exception ? », *YEL* 2008, p. 117. Le professeur Mouton se réfère également à ces arrêts pour défendre une idée voisine mais il souligne que « la valeur du principe du respect de l'identité nationale est encore fragile » (« Vers la reconnaissance d'un droit au respect de l'identité nationale pour les États membres de l'Union ? », *in Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Paris, Pedone, 2008, p. 415) et trouve sa base dans les clauses précitées du droit primaire (« L'évolution de l'Union européenne », *RDP* 2008, p. 767).

[3] L'arrêt Omega précise bien que les droits fondamentaux reconnus en droit communautaire s'imposent aux États et aux autorités communautaires « sans qu'il importe à cet égard que, en Allemagne, le principe du respect de la dignité humaine bénéficie d'un statut particulier » et se contente d'affirmer que l'on peut tenir compte de l'interprétation que propose la juridiction de renvoi de la dignité humaine prévue par la loi fondamentale allemande comme « l'un des motifs de protection de l'ordre public » qui peut restreindre les libertés de circulation. L'arrêt Omega a d'ailleurs été cité depuis par la Cour comme une référence montrant que la protection des droits fondamentaux constitue un intérêt légitime permettant de limiter les libertés de circulation, au même titre que l'arrêt Schmidberger du 12 juin 2003 (C-112/00) qui ne prévoit aucune place spéciale pour le droit constitutionnel national (CJCE, 11 décembre 2007, ITF et FSU, C-438/05). Dans ce genre d'affaire, le fait que le droit en cause soit garantie par une Constitution nationale n'est pas considéré par la Cour comme une circonstance déterminante (CJCE, 18 décembre 2007, Laval un Partneri, C-341/05). Des juges de la Cour évoquent également l'arrêt Omega comme se rapportant aux droits fondamentaux garantis par l'Union européenne sans tenir compte du rôle allégué du droit constitutionnel national (voir ainsi LENAERTS Koen, « De Rome à Lisbonne, la Constitution européenne en marche ? », *CDE* 2008, p. 252). Ces solutions peuvent être rapprochées de celle de l'arrêt Michaniki (16 décembre 2008, C-213/07) dans laquelle la Cour a eu à connaître de la compatibilité de restriction constitutionnelle à l'accès aux marchés publics et des obligations communautaires portant sur les procédures de passation de ce type de contrat. Elle a constaté que l'objectif de ces obligations était d'éviter tout risque de favoritisme et a affirmé que les États étaient les mieux à mêmes d'identifier « les situations propices à l'apparition de comportements susceptibles d'entraîner des entorses au respect de ces principes ». La clause constitutionnelle en cause pouvait donc restreindre l'accès aux marchés publics parce que le droit communautaire l'y autorise et sans que sa nature constitutionnelle n'ait une quelconque pertinence : une loi ou un règlement pourraient produire les mêmes effets. Mieux, la Cour a exigé le respect d'une proportionnalité entre la restriction et l'objectif, ce qui l'a conduit à conclure à l'incompatibilité de la clause constitutionnelle avec le droit communautaire. La relative marge d'appréciation de l'État ne lui est donnée que pour des raisons pragmatiques sans rapport avec son autonomie constitutionnelle. La Cour n'admet donc pas d'exception à la primauté en faveur des normes constitutionnelles et ne se préoccupe pas de leur rapport éventuel avec l'identité constitutionnelle des États membres. Les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro dans cette affaire, qui insistaient sur le respect de l'identité des États sur le fondement de l'article 6 du TUE (voir aussi ses conclusions précitées dans l'affaire Arcelor), ne paraissent pas avoir influencé la conception de la Cour. Elles se contentaient d'ailleurs de soutenir qu'en l'espèce les règles constitutionnelles nationales devaient « être prises en considération, dans la mesure où elle relèvent de la marge d'appréciation dont disposent les État membres pour garantir le respect du principe de l'égalité de traitement » et « dans les limites fixées par ce principe et par la directive ». Autrement dit, le droit constitutionnel peut exister, comme le reste du droit national, quand il ne contredit pas le droit communautaire.

De même, si l'arrêt Espagne c. Royaume-Uni mentionne la tradition constitutionnelle britannique, celle-ci n'est certainement pas utilisée pour restreindre la portée de la primauté. Dans cette affaire, la Cour constate simplement que le droit communautaire ne précise pas qui doit bénéficier du droit de vote et l'éligibilité au Parlement européen et en déduit que « la détermination des titulaires du droit de vote et d'éligibilité aux élections du Parlement européen ressortit de la compétence de chaque État membre » et que le traité « ne s'oppose pas à ce que les États membres octroient ce droit de vote à des personnes déterminées ayant des liens étroits avec eux ». Le fait que le choix du Royaume-Uni en la matière soit conforme à sa tradition constitutionnelle n'a pas vraiment d'importance car n'importe quel autre choix bénéficiant à des personnes ayant des liens étroits avec cet État est également admissible en raison de l'absence de toute restriction communautaire en la matière. Dans un autre arrêt, la Cour a affirmé à propos d'un problème comparable que « il appartient aux États membres de retenir les règles les mieux adaptées à leur structure constitutionnelle » (CJCE, 12 septembre 2006, Eman et Sevinger, aff. C-300/04), sans que l'on puisse y voir une exception à la primauté car d'une part cette faculté provient de l'absence de toute obligation européenne dans le domaine et d'autre part la Cour ne vérifie pas le rapport entre les choix faits et la structure

du droit communautaire sur l'ensemble du droit constitutionnel a été nettement exprimée et jamais remise en cause[1]. Au mieux, le droit constitutionnel national pourrait servir d'outil pour appliquer des exceptions explicitement prévues par le droit primaire[2]. Finalement, l'admission par le droit communautaire d'un statut spécifique au profit de certaines normes constitutionnelles fait pour le moment figure d'hypothèse doctrinale qui ne suffit pas à remettre en cause sa prétention à bénéficier d'une primauté au sens 3[3].

Logiquement, les conséquences de la revendication d'une primauté interne-interne par un droit externe dépendent de sa réussite dans l'ordre juridique national. Pourtant, la majorité de la doctrine communautariste soutient une autre option en affirmant que cette primauté aurait une valeur objective à même d'assurer sa validité générale indépendamment de ce que peut prévoir le droit national[4]. Elle s'appuie avant tout sur l'argumentation avancée dans l'arrêt Costa : la particularité de la construction communautaire incarnée par une limitation des droits souverains des États membres, elle-même manifestée par l'attribution d'une personnalité juridique à la Communauté et le transfert de diverses compétences, impliquerait

---

constitutionnelle. D'ailleurs, dans ce même arrêt, la Cour a précisé que cette possibilité ouverte aux États ne leur permettait pas de violer le principe général du communautaire d'égalité de traitement en optant pour une solution discriminatoire.
Ajoutons que la Cour est conduite à tenir compte dans divers domaines de la structure constitutionnelle des États. Ainsi, en matière d'aide d'État, l'appréciation de la sélectivité d'une mesure nationale dépend de l'organisation de l'État car les décisions d'une autorité locale autonome peuvent s'étendre que sur une partie du territoire de l'État sans devoir pour autant être considérées comme sélectives. Parmi les critères cités par la Cour dans ce cadre, nous pouvons relever le fait que l'autorité « soit dotée, sur le plan constitutionnel, d'un statut politique et administratif distinct de celui du gouvernement central » (CJCE, 6 septembre 2008, Portugal c. Commission, C-88/03 ; 11 septembre 2008, Union General de Trabajadores de la Rioja, C-428/06 à C-434/06 ou TPICE, 3 juin 2009, Government of Gibraltar c. Commission, T-211/04). Cette solution ne limite pas la primauté mais se contente de ne pas oublier les effets des réalités juridiques nationales sur « la définition de l'environnement politique et économique dans lequel opèrent les entreprises » dans la détermination du cadre d'analyse pertinent pour évaluer la sélectivité d'une mesure. La Cour a d'ailleurs réaffirmé dans le domaine de la libre circulation des travailleurs que l'organisation interne de l'État ne permettait pas de se soustraire au droit communautaire car « une autorité d'un État membre ne saurait exciper de dispositions pratiques ou situations de son ordre juridique interne, y compris celle découlant de l'organisation constitutionnelle de cet État, pour justifier l'inobservation des obligations résultant du droit communautaire » (CJCE, 1er avril 2008, Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon, C-212/06). La primauté du droit communautaire sur l'ensemble du droit constitutionnel national est donc clairement réaffirmée.

[1] Pour des exemples particulièrement clairs, voir CJCE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70 et 4 octobre 1991, The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Grogan, C-159/90. Pour un arrêt récent, voir CJCE, 26 octobre 2006, Commission c. Autriche, C-102/06. Cette affirmation n'empêche évidemment pas la Cour de développer des stratégies informelles d'interprétation visant à éviter la survenance de conflits difficiles à résoudre sur le plan politique. Pour des exemples, voir ROSSI Lucia Serena, « How Fundamental are Fundamental Principles ? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon », *YEL* 2008, p. 72.

[2] C'est la position soutenue par l'avocat général Stix-Hackl dans ses conclusions sous l'arrêt Omega : « la restriction litigieuse à la libre prestation des services ne peut être justifiée automatiquement par la protection des droits fondamentaux spécifiques garantis par la constitution d'un État-membre. Il convient bien plutôt d'examiner dans quelle mesure cette restriction peut être justifiée pour des raisons de droit communautaire, comme la protection de l'ordre public ». Le droit constitutionnel national ou les valeurs fondamentales des États n'ont donc pas de pertinence spécifique et ne peuvent limiter la primauté du droit communautaire : elles peuvent seulement contribuer à l'interprétation des exceptions spécifiques prévues par le traité à l'application de certaines règles précises.

[3] La relative homogénéité entre principes fondamentaux du droit communautaire et des droits nationaux réduit les chances d'apparition d'un conflit radical (RODRIGUEZ IGLESIAS Gil Carlos et PUISSOCHET Jean-Pierre, « Rapport de la Cour de justice des Communautés européennes », *CCC* n°4, p. 133) mais elle ne dit rien de la solution applicable s'il devait survenir.

[4] Notons que les arguments cités sont souvent employés indifféremment pour défendre la primauté du droit communautaire dans l'ordre juridique communautaire et dans l'ordre juridique national. Notre examen critique vise à évaluer leur capacité à transcender les points de vue pour s'imposer objectivement en droit national mais en aucun cas à remettre en cause la réalité de la primauté du point de vue communautaire.

l'inopposabilité des normes nationales contraires à ce droit doté d'une nature spécifique et d'une source autonome sous peine de le priver de sa nature communautaire[1]. Ce raisonnement un peu obscur[2] n'a pas été répété mais il a connu une postérité notable dans la doctrine, ce qui justifie sa critique. La limitation des droits souverains[3] ne se différencie *a priori* pas vraiment de celle des compétences[4]. Or, la répartition des compétences est assurée par une norme européenne et ne peut donc pas baser la suprématie du traité dans la mesure où le statut même de cette clause est contestable en cas de conflit de normes[5]. De plus, il ne s'agit que d'une variante de la logique de compétences que nous avons déjà rejetée[6]. Les arguments textuels insistant sur l'inutilité de l'effet direct prévu par le traité à défaut de primauté interne[7] ne peuvent être retenus car l'absence de primauté immédiate ne vide pas l'obligation d'application des normes communautaires par les États de sa substance et car ils souffrent une fois de plus de leur caractère auto-référentiel. La valorisation d'une nature spécifique[8] ou d'une logique propre[9] sont également critiquables. Une fois l'approche essentialiste écartée[10], l'évocation d'une nature spécifique revient soit à celle d'une identité spécifique, soit aux particularités de la primauté communautaire, ce qui ne peut suffire[11]. La systématisation combinant ces divers éléments[12] n'est pas plus convaincante et ne rompt pas avec l'autoréférence. Il faut alors envisager l'argument le plus répandu : la perte du caractère communautaire qu'impliquerait le rejet de la primauté. L'idée est assez simple : le droit

---

[1] CJCE, 15 juillet 1964, Costa c. ENEL, 6/64.

[2] « Une motivation surabondante et quelque peu désordonnée » (ISAAC Guy et BLANQUET Marc, *op. cit.*, p. 287).

[3] Pour des références doctrinales à ce fondement de la primauté, voir LOUIS Jean-Victor, VANDERSANDEN Georges et WAELBROECK Michel, « Les États membres et la jurisprudence de la Cour », *in La Cour de justice des Communautés européennes et les États membres*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1981, p. 70 ou STEIN Eric, « Towards Supremacy of Treaty Constitution by Judicial Fiat in the EEC », *Rivista di diritto internazionale* 1965, p. 21.

[4] GARRON Robert, « Réflexions sur la primauté du droit communautaire », *RTDE* 1969, p. 35.

[5] En ce sens, voir DE WITTE Bruno, article précité, p. 436.

[6] Voir *supra*, p. 552. Pour une formalisation du rapport entre primauté et répartition des compétences, voir HAY Peter, *Federalism and Supranational Organizations*, Urbana, University of Illinois Press, 1966, p. 183.

[7] Pour un exemple, voir SAINT-ESTEBEN Robert, *Droit communautaire et droits nationaux*, Paris, PUF, 1967, p. 29. Voir en sens contraire, ONDOUA Alain, *Études des rapports entre le droit communautaire et la Constitution en France*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 124.

[8] Voir par exemple GANSHOF VAN DER MEERSCH Walter, « L'ordre juridiques des Communautés européennes et le droit international », *RCADI* 1975-V, p. 211 ou MANIN Philippe, *L'Union européenne*, 7e éd., Paris, Pedone, 2005, p. 499.

[9] FAVRET Jean-Marc, *Droit et pratique de l'Union européenne*, 6e éd., Paris, Gualino, 2009, p. 394 ou KOVAR Robert, « Rapports entre le droit communautaire et les droits nationaux », *in* Commission des Communautés européennes, *Trente ans de droit communautaire*, Luxembourg, Office des publications des Communautés européennes, 1981, p. 115.

[10] Certains affirment que la primauté appartient « à l'essence même des Communautés » (BERRAMDANE Abdelkhaleq, *La hiérarchie des droits*, Paris, Armand Colin, 2006, p. 30) ou déterminent les effets du droit communautaire en fonction de ce que « la nature des choses » permet de déduire de ses caractéristiques (CONSTANTINESCO Léontin-Jean, « La spécificité du droit communautaire », *RTDE* 1966, p. 3).

[11] Dans le premier cas, la nature spécifique équivaudrait à un détachement du droit international qui peut être soutenu mais qui ne suffit en aucun cas à garantir une quelconque forme de primauté alors que dans le second cas elle se confondrait avec les spécificités du statut du droit communautaire (primauté interne…) et ne pourrait donc pas les justifier.

[12] À titre d'illustration, voir ROUX Jérôme, *op. cit.*, p. 230 ou GANSHOF VAN DER MEERSCH Walter, « Le droit communautaire et ses rapports avec les droits des États membres », *in Les noveles*, Bruxelles, Larcier, 1969, p. 52. Pour une critique de cette approche, voir CONSTANTINESCO Vlad, « La primauté du droit communautaire : mythe ou réalité ? », *in Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 1983, p. 112.

communautaire vise à construire un marché commun et ne peut remplir son objectif qu'en construisant une réglementation uniforme qui serait détruite si le droit national pouvait s'imposer à son détriment[1]. Il convient toutefois de ne pas exagérer le sens du terme « communautaire » qui résulte plus d'un choix symbolique que de la volonté explicitée de construire un droit doté d'un régime spécifique. Pour le reste, le raisonnement proposé revient à souligner l'importance primordiale du principe d'uniformité du droit communautaire en affirmant sa supériorité sur tous les autres objectifs envisageables[2]. Il exprime une préférence politique mais n'est pas étayé sur le plan juridique. Il peut d'ailleurs parfaitement être appliqué à un décret ou à une délibération de conseil municipal prétendant créer un marché commun. Ce dernier exemple montre sa faiblesse : il privilégie le contenu des normes en oubliant que celui-ci ne suffit pas à établir leur statut. La fixation d'un objectif par une norme n'implique en aucun cas que le droit positif prévoit toutes les règles nécessaires à sa réalisation optimale. Prétendre le contraire imposerait de soutenir que la prohibition de la récidive implique l'obligation de mettre à mort tout les primo-délinquants. En outre, l'on ne peut plus réduire aujourd'hui le droit communautaire à la construction d'un marché commun[3]. La valeur objective globale de la primauté ne peut pas non plus être fondée sur l'engagement des États membres[4] car leur acceptation de la primauté est tout sauf évidente[5] et surtout car la logique qui sous-tend cet argument est typiquement volontariste : l'engagement de l'État ne se différencie pas de l'édiction d'une norme donc ce sont les rapports entre normes qui déterminent la portée de l'engagement et non l'inverse[6]. Pour terminer, l'affirmation selon

---

[1] Voir, parmi de nombreux exemples, BLUMANN Claude et DUBOUIS Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3e éd., Paris, Litec, 2007, p. 583 ou GUILLERMIN Guy, « L'Union européenne au défi de la hiérarchie des normes », *in* BRUNETEAU Bernard et CASSIS Youssef (dir.), *L'Europe communautaire au défi de la hiérarchie*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2007, p. 129. Notons qu'une version faible se contente de renvoyer au caractère forcément « commun » du droit communautaire. Voir ainsi, PESCATORE Pierre, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 227 ou MONJAL Pierre-Yves, « Au fondement du droit de l'Union européenne. Recherches doctrinales sur le concept de 'commun' », *RDP* 2007, p. 1302. Cet argument est parfois employé au profit du droit international (CARREAU Dominique, *op. cit.*, p. 59).

[2] Pour une démonstration proche, voir CAPPELLETTI Mauro, « Le transnationalisme, les cours et l'intégration européenne vus à la lumière de l'expérience des États-Unis », *in Le pouvoir des juges*, Paris, Economica, 1990, p. 373. Le caractère arbitraire de cet argument explique sans doute la popularité des solutions essentialistes (voir ainsi, « Intervention du professeur Walter Hallstein dans le débat juridique sur le rapport Dehousse », *RTDE* 1965, p. 251) voire clairement jusnaturalistes (voir par exemple, PESCATORE Pierre, « Une révolution juridique », *Commentaires* n°59, p. 572).

[3] Insister sur le caractère commun du droit communautaire au-delà de cet objectif spécifique revient simplement à mette en avant sous un nouveau nom le principe *pacta sunt servanda* (voir DE WITTE, article précité, p. 441).

[4] Pour des positions opposées, voir MEHDI Rostane, « La double hiérarchie normative à l'épreuve du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe », *in Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, p. 457 ou OLMI Giancarlo, « Les hautes juridictions nationales, juges du droit communautaire », *in Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1987, p. 536.

[5] En ce sens, voir FAVOREU Louis et OBERDOFF Henri, « Droit constitutionnel et droit communautaire : les rapports de deux ordres juridiques », *RMCUE* 2000, p. 95 et PESCATORE Pierre, article précité, p. 570. Pour un avis contraire, voir MAYER Franz, « Supremacy Lost ? », *German Law Journal* 2005, p. 1499.

[6] Précisons que cet argument vaut aussi contre l'utilisation de cette idée en droit international. Pour un exemple, voir CHARPENTIER Jean, « Réflexions sur l'utilité du droit international », *in Mélanges en l'honneur de François Borella*, Nancy, PUN, 1999, p. 64.

laquelle l'autonomie du droit communautaire interdit toute obstruction nationale[1] doit être rejetée parce qu'elle est réversible[2] et débouche logiquement sur la séparation des ordres juridiques et non sur leur subordination. Le refus des arguments qui fondent la valeur objective de la primauté interne-interne du droit communautaire en font une revendication de l'ordre juridique communautaire dont la réussite générale est à apprécier en fonction de la convergence du point de vue national (2).

2. LES RAPPORTS ENTRE SYSTEMES JURIDIQUES DU POINT DE VUE NATIONAL

Seule la convergence entre les points de vue nationaux et européen peut permettre de passer de la revendication d'un monisme partiel à un véritable monisme partiel. Cependant, il est bien plus compliqué de traiter des rapports entre systèmes juridiques du point de vue national que du point de vue européen. D'une part, les acteurs impliqués sont plus nombreux au niveau national. D'autre part, il n'existe pas un point de vue national mais des points de vue nationaux car chacun des États membres est doté d'un ordre juridique autonome qui ne dépend manifestement pas de celui de ses partenaires. Il existe donc vingt-sept points de vue distincts sur cette question. Il est matériellement impossible d'exposer chacun d'entre eux, surtout si l'on tient compte du fait qu'il est difficile d'accéder de l'extérieur à la doctrine générale des sources du droit dans la mesure où il s'agit d'un élément culturel profond dont la connaissance ne peut s'appuyer uniquement sur une rapide comparaison des jurisprudences nationales. Dans ces conditions, nous nous contenterons d'expliciter la manière dont le droit français a accueilli la revendication moniste de l'ordre juridique communautaire en ajoutant quelques indications sur les réactions des autres droits nationaux.

Le dualisme global qui justifie l'étude séparée du point de vue national semble assez facile à établir pour ce qui concerne le droit français. Le développement de relations particulières avec les droits communautaire et international est connu, tout comme son évolution autonome menée autant par les juges que par le constituant sans que rien n'indique jamais une reprise des bases du droit communautaire quant à la doctrine générale des sources du droit. Dès lors, il faut étudier le point de vue propre à l'ordre juridique français pour apprécier la réalité d'un monisme sectoriel, c'est-à-dire d'une intégration moniste de certaines normes, susceptible le cas échéant de leur conférer une véritable suprématie constitutionnelle. La vision du droit

[1] Voir par exemple, BARENTS René, *The Autonomy of Community Law*, Dordrecht, Kluwer, 2004, p. 244 ou GAUDIN Hélène, « Primauté absolue ou primauté relative », *in* GAUDIN Hélène (dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect réciproque mutuel ?*, Paris, Economica, 2001, p. 102.

[2] Pour un raisonnement inverse, voir BROUWERS Ph. et SIMONART H., « Le conflit entre la Constitution et le droit international conventionnel dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *CDE* 1995, p. 20.

français sur les rapports de systèmes est relativement complexe. S'il a souvent été décrit comme dualiste avant 1946 et comme moniste ensuite, cette description renvoie au premier sens de ces termes que nous avons écarté. De façon plus précise, nous pouvons voir que quelques normes paraissent bénéficier d'une forme d'intégration moniste. Ainsi, certaines coutumes internationales et principes généraux du droit international sont appliqués depuis longtemps sans aucun fondement dans une norme positive[1]. Cette situation a été reconnue par le juge judiciaire[2] et, de manière moins nette, par le juge administratif[3] même si la position de ce dernier a été clarifiée depuis les années 1980[4]. Cette attitude n'a pas été contestée depuis. Nous constatons ici la relevance originaire de certaines normes, ou au moins une ambiguïté sur le caractère dérivé de leur relevance, mais il ne faut pas imaginer que cette tendance est généralisée[5]. Le cas des traités internationaux est diamétralement opposé à celui des coutumes car ils sont dotés de conditions nationales d'entrée en vigueur qui ne correspondent pas à celles prévues dans l'ordre juridique international[6]. Avant 1946, une formalité spécifique inconnue du droit international était exigée : la promulgation[7]. Après 1946, celle-ci a disparu mais le fondement de l'applicabilité des traités réside désormais dans la Constitution[8]. Cette

---

[1] Sur cette tendance, voir ROLLIN Romain, *Le droit international non-écrit devant le juge français. Contribution à l'étude comparée des jurisprudences du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Thèse, Aix-en-Provence, 2005, p. 104.

[2] Voir notamment Req., 6 avril 1826, *S.* 1826.1.313 ; Civ., 22 janvier 1849, *S.* 1849.1.94 ou plus récemment CM, 20 juin 2006, École saoudienne de Paris, n°00-45629.

[3] Voir CE Sect., 12 juin 1936, Sieur Kremer, *Rec.* p. 638 ; CE, 27 septembre 1985, France Terre d'asile, *Rec.* p. 236 ou CE Sect., 15 mai 1987, Ordre des avocats à la Cour de Paris, *Rec.* p. 175. Voir toutefois en sens contraire, CE Sect., 18 avril 1986, Société Les mines de potasse d'Alsace, *Rec.* p. 116. Certains commissaires du gouvernement ont également évoqué l'applicabilité de la coutume en droit interne sans se fonder sur la Constitution dans des situations généralement ambiguës : HEUMANN, Conclusions sous CE Sect., 22 novembre 1957, Myrtoon Steamship Cie, *D.* 1958.2.10 ; QUESTIAUX Nicole, Conclusions sous CE, 30 mars 1966, Société Ignazio Messina et Cie, *RDP* 1966, p. 789 ou MASSOT Jean, Conclusions sous CE Sect., 23 octobre 1987, Nachfolger, *RFDA* 1987, p. 966.

[4] Il s'est en effet référé de manière claire à la coutume internationale dans le fameux arrêt Nachfolger (CE Sect., 23 octobre 1987, *Rec.* p. 319). Sur le rôle de cet arrêt, voir ALLAND Denis, « La coutume internationale devant le Conseil d'État : l'existence sans la primauté », *RGDIP* 1997, p. 1064. Le fondement de l'applicabilité de la coutume n'est toutefois pas évident car si le Conseil d'État a reconnu sa relevance sans se référer à la Constitution, il a par la suite visé le Préambule de la Constitution dans deux arrêts (voir CE Ass., 6 juin 1997, Aquarone, n°148683 et 21 avril 2000, Zaidi, *Rec.* p. 159) dont l'un a été rendu sur des conclusions insistant fortement sur le fondement constitutionnel du statut de la coutume internationale (BACHELIER, Conclusions sous CE Ass., 6 juin 1997, Aquarone, Rec. p. 217). Le Conseil constitutionnel est moins confronté à la coutume et aux principes généraux du droit international mais il a tout de même eu l'occasion de s'y référer aussi bien en se fondant sur la Constitution (n°92-308 DC du 9 avril 1992) qu'en ne citant aucun fondement (n°75-59 DC du 30 novembre 1975) mais a souvent préféré ne pas répondre clairement aux arguments présentés à ce sujet (n°81-132 DC du 16 janvier 1982 ; 82-139 DC du 11 février 1982 ou n°85-196 DC du 8 août 1985).

[5] Rien ne garantit que la doctrine générale des sources du droit garantisse la relevance de l'ensemble du droit international. Le fait que la relevance des traités soit manifestement dérivée n'implique aucunement que les normes internationales non-écrites devraient suivre le même modèle. Pour un avis contraire, voir ROBLOT-TROIZIER Agnès, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française*, Thèse, Paris II, 2005, p. 456.

[6] ABRAHAM Ronny, *op. cit.*, p. 25.

[7] MESTRE Achille, « Les traités et le droit interne », *RCADI* 1931-IV, p. 255 ou DE SOTO Jean, *La promulgation des traités*, Paris, Pedone, 1945, p. 30 et 84. Pour des exemples, voir Crim., 28 novembre 1834, *S.* 1834.1.830 ; Crim., 28 février 1830, *JDI* 1930, p. 1031 ou Civ., 19 mai 1933, *S.* 1933.1.353. Notons néanmoins que le juge judiciaire a parfois appliqué des traités sans mentionner leur promulgation : CA Paris, 11 avril 1892, *JDI* 1892, p. 895 ; Crim., 14 août 1908, *JDI* 1909, p. 744 ou Civ., 15 juillet 1811, *S.* 1811.1.377.

[8] Précisons que le rôle de fondement attribué à la Constitution doit être attestée par l'usage des acteurs et ne peut être déduit de la présence d'une clause prévoyant l'applicabilité des traités internationaux car celle-ci pourrait tout à fait se contenter de répéter une règle qui lui préexiste (sur cette dernière idée, voir RIDEAU Joël, « La Cour de cassation et l'article 55 de la Constitution », *in La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, p. 227). Elle

conception transparaît de la jurisprudence, de prises de positions officielles et de la doctrine. Toutefois, si l'on s'attache à la solution postérieure à 1958, la portée exacte de l'article 55 de la Constitution peut être discutée au regard de la différence de formulation avec l'article 26 de la Constitution de 1946[1]. L'affirmation selon laquelle « traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois » peut être interprétée soit comme fixant à la fois l'applicabilité et le statut hiérarchique des traités internationaux[2], soit comme fixant uniquement leur statut hiérarchique. L'attitude du Conseil constitutionnel n'est pas toujours nette car l'on relève des références au thème obscur de « l'autorité » des traités[3] mais également à leur supériorité[4] ou au contraire à leur application[5]. La position du juge judiciaire est particulièrement hésitante[6]. L'article 55 est certes cité avant tout quand un conflit entre traité et loi se produit mais il existe des arrêts où il est évoqué pour justifier l'application pure et simple des traités[7]. Qui plus est, les conditions qu'il fixe (ratification, publication et réciprocité) sont exigées pour appliquer les traités et non pour les utiliser pour opérer un contrôle de la loi[8]. La permanence du concept d'introduction dans l'ordre interne[9] confirme cette vision car elle caractérise la relevance dérivée. La meilleure

---

peut faire figure d'indice car si le constituant a jugé utile de l'édicter, c'est sans doute qu'il n'estimait pas que les traités avaient un effet immédiat mais cela ne fournit aucune indication quant aux croyances actuellement partagées par les acteurs.

[1] L'attribution aux traités de la « force de loi » renvoyait clairement à leur applicabilité, comme le confirme la jurisprudence. Voir CE Sect., 23 décembre 1949, Société Cominfi, *Rec.* p. 570 ou CE Ass., 30 mai 1952, Dame Kirkwood, *Rec.* p. 292 mais aussi LETOURNEUR, Conclusions sous CE Ass., 30 mai 1952, Dame Kirkwood, *RDP* 1952, p. 787 et dans une moindre mesure, FOURNIER, Conclusions sous CE Ass., 13 juillet 1965, Société Navigator, *Rec.* p. 431.

[2] En ce sens, voir notamment Conseil d'État, *La norme internationale en droit français*, Paris, La Documentation française, 2000, p. 52 ; ABRAHAM Ronny, « Les normes du droit communautaire et du droit international devant le juge administratif français », *in* SFDI, *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, p. 287 ou PELLET Alain, « Vous avez dit 'monisme' ? », *in Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 839.

[3] Cons. const., n°74-54 DC du 15 janvier 1975 ou n°86-216 DC du 3 septembre 1986.

[4] Cons. const., n°80-126 DC du 30 décembre 1980.

[5] Cons. const., n°91-298 DC du 24 juillet 1991.

[6] Si le fameux arrêt Jacques Vabres (CM, 24 mai 1975, D. 1975.505) lie l'applicabilité des traités à l'article 55 de la Constitution, le juge judiciaire tend plutôt à relativiser le rôle de la Constitution dans la primauté des traités. Voir ainsi Civ. 3e, 15 décembre 1975, Von Kempis, *D.* 1976.39 ou Com., 20 octobre 1998, Société Pontoiseau, n°96-19277. L'avocat général Touffait a poussé cette logique à son terme, sans toutefois être entièrement suivi. Voir ses conclusions sous CM, 24 mai 1975, Jacques Vabres, *D.* 1975, p. 505. Sur cette tendance du juge judiciaire, voir RIDEAU Joël, article précité, p. 232.

[7] Voir CE, 19 juin 1964, Société des pétroles Shell-Berre, *RDP* 1964, p. 1039 ou CE Sect., 10 février 1967, Société des établissements Petitjean et autres, *Rec.* p. 496. Notons que ces arrêts portent tous deux sur le TCE.

[8] En ce sens, voir ABRAHAM Ronny, *op. cit.*, p. 76. Voir, pour une vision détaillée, BONNET Baptiste, *op. cit.*, p. 411-519 et, pour des exemples clairs concernant la Constitution de 1946, CE, 16 novembre 1956, Villa, *RDP* 1957, p. 140 ; 13 juillet 1961, Société indochinoise d'électricité, *Rec.* p. 519 ou 30 octobre 1964, Société Prosagor, *Rec.* p. 497 et AP, 11 mars 1953, *D.* 1953.2.297. Voir aussi, LAURENT, Conclusions sous CE, 16 novembre 1956, Villa, *RDP* 1957, p. 128. Précisons tout de même que le juge a parfois également présenté ces éléments comme des conditions de la primauté (CE, 11 avril 1962, Société Savana, *Rec.* p. 261). Il n'y a aucune raison de penser que les traités aient par miracle acquis une relevance originaire en 1958 et la jurisprudence a confirmé que la ratification, la publication et la réciprocité étaient toujours exigées en citant parfois l'article 55 de la Constitution. Voir CE, 17 février 1971, Dame Hagège, *Rec.* p. 131 ; 23 décembre 1981, Commune de Thionville, *Rec.* p. 486 ou CE Ass., 9 avril 1999, Mme Chevrol-Benkedach, n°180277. L'évocation de la DUDH par les requérants illustre idéalement ce contentieux. Voir ainsi CE ord., 10 mai 2006, n°274094. Précisons que la portée de la publication est discutée en raison de l'admission de ses effets rétroactifs. En déduire l'applicabilité originaire des traités paraît tout de même difficile. Voir *contra* DECAUX Emmanuel, EISEMAN Pierre-Michel, GOESEL-LE BIHAN Valérie et STERN Brigitte, « France », *in* EISEMAN Pierre-Michel (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, Dordrecht, Kluwer, 1996, p. 258.

[9] Cons. const., n°86-216 DC du 3 septembre 1986 ; CE, 21 avril 2000, Zaidi, *Rec.* p. 159 ou CE Ass., 5 mars 2003, Aggoun, n°242860. Voir aussi GENEVOIS Bruno, Conclusions sous CE Ass., 22 décembre 1978, Cohn-Bendit, *D.* 1979, p. 160.

preuve de l'attachement à une relevance de ce type est l'émergence d'un contrôle de constitutionnalité de la procédure de ratification à même de restreindre la relevance des traités sans prêter attention aux principes internationaux sur ce sujet[1]. Il ne faut pas pour autant décrire la publication comme une sorte de transformation car l'identité internationale des traités est préservée[2]. Tout paraît donc indiquer une relevance dérivée des traités, ce qui suppose qu'ils n'ont pas d'appui dans la doctrine générale des sources du droit[3]. Si l'on dépasse la question de la relevance pour étudier celle du statut hiérarchique, le constat est le même. L'évolution progressive vers la supra-légalité des traités est trop connue pour devoir être retracée mais il est essentiel de rappeler qu'il s'agit d'une pure question d'interprétation constitutionnelle, ce qui montre que les acteurs n'ont pas cherché ailleurs le statut des traités[4]. Si l'article 55 est parfois oublié[5], il a fait un retour remarqué quand un conflit direct entre Constitution et traité est apparu[6]. Le flou relatif des arrêts Koné et Fraisse avait pu faire naître un doute sur les rapports entre ces deux catégories[7] mais la suprématie de la Constitution a par la suite été proclamée sans aucune ambiguïté[8]. Même les décisions les plus favorables aux traités conservent une base constitutionnelle assumée[9]. Cette base prive d'intérêt la volonté de

---

[1] CE Ass., 18 décembre 1998, SARL du Parc d'activités de Blotzheim, n°181249 ; CE, 23 février 2000, Bamba Dieng, n°157922 ; CE Ass., 5 mars 2003, Aggoun, n°242860 ou 16 juin 2003, n°246784. Ce contrôle ne peut évidemment être pratiqué à propos des lois de ratification (CE, 8 juillet 2002, Commune de Porta, n°239366) mais le fait qu'il débouche sur l'inapplicabilité du traité démontre que la Constitution est la seule base de sa relevance en droit français. La contradiction avec le droit international est d'ailleurs tout à fait assumée (BACHELIER, Conclusions sous CE Ass., 18 décembre 1998, SARL du Parc d'activités de Blotzheim, *Rec.* p. 492), tout comme la volonté de s'en tenir à ce que prévoit la Constitution (STAHL Jacques-Henri, Conclusions sous CE Ass., 5 mars 2003, Aggoun, *Rec.* p. 87). La Cour de cassation s'est elle aussi reconnue compétente pour pratiquer un tel contrôle (Civ. 1ère, 29 mai 2001, N'Doye, n°99-16673) tout en refusant clairement la possibilité d'un examen au fond de la constitutionnalité des traités (Crim., 27 févier 1990, Touvier, n°89-86692).

[2] GERVAIS André, « Constatations et réflexions sur l'attitude du juge administratif français à l'égard du droit international », *AFDI* 1965, p. 30.

[3] Il ne faut pas négliger pour autant l'existence de certains arrêts atypiques. Pour un exemple, voir COSTA Jean-Paul, « La prise en compte du droit international et communautaire dans la jurisprudence du Conseil d'État », *in Études offertes à Alain Plantey*, Paris, Pedone, 1995, p. 46.

[4] Voir Cons. const., n°88-1082-1117 du 21 octobre 1988, CE Ass., 20 octobre 1989, Nicolo, n°108243 et surtout FRYDMAN Patrick, Conclusions sous CE Ass., 20 octobre 1989, Nicolo, *RFDA* 1989, p. 817. C'est ainsi que la doctrine l'a comprise (FAVOREU Louis, « L'interprétation de l'article 55 de la Constitution », *RFDA* 1989, p. 994), à de rares exceptions près (DEHAUSSY Jacques, « La supériorité des normes internationales sur les normes internes », *JDI* 1990, p. 25), ce qui est conforme à la vision constitutive de l'article 55 donnée par les juges français (Cons. const., n°74-54 DC du 15 janvier 1975).

[5] Voir CE, 24 septembre 1990, Boisdet, n°58657 et, en sens inverse, CE Ass., 28 février 1992, Rothmans International France, n°56776 56777 ou CE, 5 février 2005, Mlles Deprez et Baillard, n°257341.

[6] CE Ass., 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres, n°200286.

[7] CE Ass., 3 juillet 1996, Koné, n°169219 et AP, 2 juin 2000, Fraisse, n°99-60274.

[8] CE, 3 décembre 2001, Syndicat national des industries pharmaceutiques, n°226514. Pour une vision comparable, voir ROBLOT-TROIZIER Agnès, *op. cit.*, p. 404. Le juge administratif ne s'est pas engagé pour autant dans un contrôle complet de la constitutionnalité des traités, même s'il a paru admettre dans un arrêt que la primauté du droit communautaire ne valait pas pour les normes communautaires inconstitutionnelles (CE, 27 juillet 2006, Association Avenir de la langue française, n°281629). Pour une interprétation en ce sens de cet arrêt, voir CASSIA Paul, « Application de la primauté du droit communautaire par les juridictions nationales », *Europe* n°10/2006, p. 12. Le Conseil d'État a aussi interprété un règlement communautaire à la lumière de la Constitution (CE ord., 3 juin 2005, n°281001). Voir également l'affirmation de la suprématie de la Constitution dans Cons. const., n°2004-505 DC du 19 novembre 2004 et n°2007-560 DC du 20 décembre 2007.

[9] Nous pensons notamment à la décision n°98-399 DC du 5 mai 1998 dans laquelle le Conseil constitutionnel a semblé accepter qu'une loi déroge à certaines dispositions constitutionnelles pour appliquer le droit international. Plus largement, la cohérence de la jurisprudence ne doit pas exagérée car le Conseil d'État a apparemment toléré un décret inconstitutionnel appliquant un traité international (CE, 3 novembre 1999, Groupement national de défense des porteurs d'emprunts russes,

relativiser le refus de faire primer les traités sur la Constitution en le présentant comme un problème de compétence[1] : chercher la compétence dans la Constitution revient à la préférer au droit international ce qui préserve son statut unique. La doctrine se contente en général de débattre de l'interprétation des clauses constitutionnelles et quand elle désapprouve le juge, c'est parce qu'il adopte une vision trop restrictive de ces dernières[2]. Malgré sa relevance originaire, la coutume voit elle aussi son statut dépendre des dispositions constitutionnelles[3], même si certaines décisions judiciaires paraissent suivre une autre voie[4]. Tous ces éléments confirment ce que l'on avait pu constater quant à la tendance des juges et de la doctrine à défendre la suprématie constitutionnelle sans jamais la justifier : ramener la relevance et le statut des normes internationales à la Constitution montre que l'on présuppose que celle-ci fixe la place des catégories normatives en droit français[5]. Les avis divergents sont rares dans la doctrine française et ne correspondent pas à la pratique des acteurs[6].

Au final, rien n'indique que le droit international s'inscrive largement dans la doctrine générale des sources du droit français. Traditionnellement, le droit communautaire n'était considéré que comme une partie du droit international[7]. Néanmoins, la jurisprudence récente montre une évolution car son application est parfois fondée sur l'article 88-1 de la

---

n°199326) alors qu'il a exclu qu'une décision cadre puisse être transposée si elle n'est pas conforme à la Constitution (CE, avis du 26 septembre 2002, n°368282).

[1] Voir, pour des exemples, SIMON Denys, « L'arrêt Sarran : dualisme incompressible ou monisme inversé ? », *Europe* n°3/1999, p. 5 ou BONNET Baptiste, « Le Conseil d'État et la norme internationale », *RFDA* 2005, p. 64 et pour une conception opposée « autorisée », MAUGÜE Christine, « L'arrêt Sarran entre apparence et réalité », *CCC* n°7, p. 133.

[2] Quelques rares études proposent quand même une vision alternative à travers des positions monistes arbitraires (NGUYEN Quoc Dinh, « La jurisprudence française actuelle et le contrôle de la conformité des lois aux traités », *AFDI* 1975, p. 870) ou des constructions théoriques subjectives (DEUMIER Pascale et DE LAMY Bertrand, « La hiérarchie des normes : une pyramide à géométrie variable », *LPA* 2000, n°201, p. 13).

[3] CE Ass., 6 juin 1997, Aquarone, n°148683 ; CE, 8 juillet 2000, Dame Paulin, n°178834 ; BACHELIER, Conclusions sous CE Ass., 6 juin 1997, précité, p. 217 (« c'est dans la loi fondamentale que le juge doit rechercher [la] hiérarchie ») et ARRIGHI DE CASANOVA Jacques, Conclusions sous CE, 28 juillet 2000, Dame Paulin, *Droit fiscal* 2001, p. 358.

[4] Le juge judiciaire a en effet admis la supériorité de la coutume internationale sur la loi sans fondement clair (Crim., 7 juin 1983 et 13 mars 2001, Khadafi, n°00-87215) même s'il a refusé de s'en servir pour baser une incrimination pénale (Crim., 17 juin 2003, MRAP, n°02-80719).

[5] Il est particulièrement intéressant dans notre perspective de noter que la suprématie de la Constitution et sa vocation à fixer le statut interne des normes internationales est affirmée de manière presque unanime par la doctrine et les acteurs sans jamais s'appuyer sur aucun argument explicite. Voir ainsi, en plus des exemples déjà cités, VERPEAUX Michel, « Évolution de la société internationale et État de droit », *RCADC* 2001, p. 269 ou DE BÉCHILLON Denys, « Conflits de sentence entre les juges de la loi », *Pouvoirs* n°96, p. 118. Ce comportement tend à confirmer le rôle joué par les croyances en la matière.

[6] Voir notamment FAVOREU Louis, « Le Conseil constitutionnel et le droit international », *AFDI* 1977, p. 116. La position de Louis Favoreu paraît toutefois avoir varié (« Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs* n°67, p. 77).

[7] Cons. const., n°77-90 DC du 30 décembre 1977 ; n°91-298 DC du 24 juillet 1991 ; CE, 19 juin 1964, Société des pétroles Shell-Berre, précité ; CE Ass., 20 octobre 1989, Nicolo, n°108243 ou CE, 5 février 2005, Mlles Deprez et Baillard, n°257341. Cette position de principe n'a pas empêché la reconnaissance de particularités du droit communautaire. Ainsi, la condition de réciprocité de l'article 55 n'est pas vraiment vérifiée à son sujet (Cons. const., n°70-39 DC du 19 juin 1970 et n°92-308 DC du 9 avril 1992), même si c'est sur la base d'une argumentation beaucoup moins nette que celle employée pour appliquer la même solution au statut de la Cour pénale internationale (Cons. const., n°98-408 DC du 22 janvier 1999). L'article 88-3 de la Constitution avait aussi permis une intégration aux normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois (Cons. const., n°98-400 DC du 20 mai 1998) au champ d'application restreint (Cons. const., n°98-405 DC du 29 décembre 1998). En revanche, si la publication des traités créant les Communautés européennes n'avait pu faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, ce n'est pas en raison de leur particularité mais plus simplement de l'application de la technique classique de la loi-écran (CE, 3 mars 1961, Sieur André et Société des tissages Nicolas Gaimant, *Rec.* p. 154).

Constitution[1] ou sur la combinaison de ses articles 88-1 et 55[2]. Ce nouveau courant a un intérêt technique indéniable car il permet de déroger à certaines normes constitutionnelles dans quelques cas spécifiques mais il ne bénéficie pas pour le moment d'une portée générale car il ne concerne que la transposition des directives communautaire[3]. Surtout, la dérogation prévue repose exclusivement sur des considérations constitutionnelles internes, ce qui renforce plutôt la maîtrise de la Constitution sur l'applicabilité et le statut du droit communautaire[4]. Quelle que soit la solution du conflit, elle provient de la Constitution, ce qui montre bien qu'elle est vue par les acteurs comme la norme suprême au sens théorique[5]. L'origine de la règle de conflit indique quelle catégorie est considérée comme capable de fixer l'applicabilité des autres en droit français. L'interprétation récente de l'article 88-1 de la Constitution est peut-être discutable mais elle n'a aucune importance pour nous car elle n'implique pas un quelconque changement dans la doctrine générale des sources du droit. L'autonomie du droit français est confirmée par l'adoption de solutions qui se détachent du droit communautaire, soit qu'elles lui accordent un statut qu'il ne réclame pas[6], soit qu'elles lui refusent le statut qu'il réclame[7]. Les juges français n'hésitent pas à déterminer

---

[1] Cons. const., n°2004-496 DC du 10 juin 2004 ; n°2004-497 DC du 1er juillet 2004 ; n°2004-498 DC et 499 DC du 29 juillet 2004 ; n°2004-505 DC du 19 novembre 2004 ; n°2006-535 du 30 mars 2006 ; n°2006-540 DC du 20 juillet 2006 ; n°2006-543 DC du 30 novembre 2006 ; n°2006-547 DC du 15 février 2007 ; n°2007-560 DC du 20 décembre 2007 et n°2008-564 DC du 19 juin 2008. L'article 88-1 avait déjà été utilisé pour apprécier les modalités d'élections des députés européens sans qu'il soit facile de déceler sa portée (Cons. const., n°2003-468 DC du 3 avril 2003).

[2] C'est la solution retenue par le Conseil d'État (8 février 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine, n°287110 et 6 juin 2007, Commune de Groslay, n°292942) après une période de transition marquée par la coexistence d'arrêts peu explicites mais se référant déjà à ces deux fondements (CE ord., 15 mars 2005, n°278294 ; 6 juillet 2005, n°281773 ; CE Sect., 1 février 2006, n°239962 et CE Sect., 27 octobre 2006, n°260767) et d'arrêts sans visas clairs (voir pour un exemple, CE, 27 juillet 2005, n°267979).

[3] Les arrêts de principes concernent ce sujet et relient l'article 88-1 à l'obligation de transposer les directives. Cependant, les « arrêts de transition » du Conseil d'État concernaient aussi d'autres actes dérivés. Notons tout de même que le Conseil constitutionnel a séparé « les obligations communautaires » des « engagements internationaux » sans fondement spécifique (n°2004-511 DC du 29 décembre 2004) et que l'article 88-1 est depuis 2004 cité lors du contrôle préventif des traités européens (sur la position antérieure, voir Cons. const., 92-308 DC du 9 avril 1992 ou n°97-394 DC du 31 décembre 1997) parce qu'il montrerait la volonté du constituant de consacrer « l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international » (Cons. const., n°2004-505 DC du 19 novembre 2004 et n°2007-560 DC du 20 décembre 2007). Ces précisions paraissent attester d'une portée générale de l'article 88-1 de la Constitution qui n'a été suivie d'aucun effet concret. D'ailleurs, toute incompatibilité avec la Constitution impose une révision préalable à la ratification et non seulement celles qui porteraient atteinte à l'identité constitutionnelle de la France.

[4] Certains auteurs ont voulu déduire des solutions atypiques retenues par le Conseil constitutionnel une relativisation de la suprématie constitutionnelle (BRUCE Éva, « La primauté du droit communautaire », *LPA* 2005, n°192, p. 4) mais cette interprétation néglige le fondement utilisé et a été démentie par la jurisprudence postérieure. Les effets exacts de cette jurisprudence ne doivent pas être détaillés ici car ils sortent du cadre de notre étude.

[5] En ce sens, voir BLACHÈR Philippe et PROTIÈRE Guillaume, « Le Conseil constitutionnel gardien de la Constitution face aux directives communautaires », *RFDC* 2007, p. 125 ou MAGNON Xavier, « La directive communautaire comme paramètre du contrôle de constitutionnalité des lois », *D.* 2006, p. 2879. Il ne convient donc pas de voir la jurisprudence des dernières années comme une rupture avec la lecture hiérarchique des rapports entre normes. Pour un avis contraire, voir CHALTIEL Florence, « Le Conseil d'État reconnaît la spécificité du droit communautaire », *RMCUE* 2007, p. 337.

[6] Les décisions de 2004 du Conseil constitutionnel accordent en effet aux directives une capacité à déroger à la Constitution quand le droit communautaire se contenterait de révisions constitutionnelles en cas de divergence. La décision de 2006 quant à elle paraît conférer une forme d'effet direct aux objectifs de la directive alors que le droit communautaire le réserve aux dispositions claires et inconditionnelles, une fois le délai de transposition dépassé.

[7] Les décisions de 2004 et 2006 et l'arrêt de 2007 du Conseil d'État paraissent en effet limiter la primauté du droit communautaire pour exclure de son champ d'application les normes constitutionnelles propres au droit français, ce que le

l'applicabilité du droit communautaire en fonction des normes constitutionnelles, en rupture totale avec la primauté interne-interne revendiquée par la CJCE[1]. L'admission de l'applicabilité du droit dérivé sans publication malgré les termes de l'article 55[2] ne suffit pas à remettre en cause le caractère dualiste du rapport du droit français au droit communautaire car elle n'est que le résultat de l'application d'un traité qui est fondée sur la Constitution. Précisons au passage que le droit français s'oriente vers le dualisme et non vers le monisme avec primauté interne[3] car rien ne montre une volonté d'influer sur la validité des normes internationales ou communautaires : seule leur relevance dans l'ordre juridique interne est débattue[4]. Le point de vue français s'oppose donc à la reconnaissance de la constitutionnalité théorique du droit primaire ou d'autres normes communautaires car leur suprématie est exclue par leur relevance et leur positionnement hiérarchique dérivés[5].

Les points de vue du droit des autres États membres ne peuvent être décrits en détails du fait de la diversité des solutions retenues mais il est tout de même possible de distinguer plusieurs types de comportement. Les États historiquement dualistes au sens 1 ont le plus souvent pratiqué une intégration explicite du droit communautaire par une loi interne. Les cas du Royaume-Uni[6], du Danemark[7] ou de l'Italie[8] illustrent ce premier choix. La relevance du droit communautaire est alors dérivée et incompatible avec sa suprématie. Un second groupe d'États se rapproche de la France et a adopté une clause constitutionnelle générale sans qu'il

droit communautaire n'a jamais accepté, même si l'on admettait qu'il accorde une certaines considérations aux dispositions constitutionnelles les plus fondamentales des ordres juridiques nationaux (voir *supra*, p. 684).

[1] Les conclusions du commissaire du gouvernement Guyomar sous l'arrêt Arcelor, parfois décrit comme un arrêt relativisant la conception hiérarchique des rapports entre droit interne et communautaire, précisent bien que « le raisonnement que nous allons développer […] tient tout entier dans la suprématie absolue des règles et principes de valeur constitutionnelle » (*RFDA* 2007, p. 392). En donnant à la CJCE une « chance » d'annuler une directive potentiellement inconstitutionnelle, cet arrêt permet d'éviter certains conflits mais il ne concilie pas pour autant suprématie constitutionnelle et primauté du droit communautaire (en sens contraire, voir POIARES MADURO Miguel, Conclusions sous CJCE, 16 décembre 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine, C-127/07) car la Constitution aura le dernier mot si le droit communautaire ne la respecte pas. L'avocat général Poiares Maduro est d'ailleurs contraint de reconnaître à demi-mot que la solution du Conseil d'État ne peut être admise par la CJCE parce qu'elle exige la conformité du droit communautaire au droit français et ne se contente pas du respect de principes communs à tous les États membres.

[2] FAVRET Jean-Marc, *Droit et pratique de l'Union européenne*, 6e éd., Paris, Gualino, 2009, p. 368.

[3] Pour un avis contraire, voir BEIGNER Bernard et MOUTON Stéphane, « La Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, rang et fonction », *D.* 2001, p. 1639 ou FÉVROT Olivier, « Les réserves de constitutionnalité du 10 juin 2004 : primauté de la Constitution ou vœux pieux », *Politeia* n°6, p. 23.

[4] Le Conseil constitutionnel a ainsi refusé d'appliquer une dispositions constitutionnelle à un organe parce qu'il « ne relève pas de l'ordre juridique interne » (n°2006-541 DC du 28 septembre 2006) alors que les commissaires du gouvernement ont souvent opposés les points de vue interne et international pour exposer les solutions qu'ils proposent (MAUGÜÉ Christine, Conclusions sous CE Ass., 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres, *RFDA* 1998, p. 1086 et BACHELIER, Conclusions sous CE Ass., 18 décembre 1998, Parc d'activités de Blotzheim, *Rec.* p. 496).

[5] Rappelons que cette affirmation repose sur des éléments empiriques et qu'elle est donc réfutable et susceptible d'évoluer. Elle ne résulte ni de la présupposition de la suprématie constitutionnelle ni de constructions abstraites et arbitraires.

[6] HARTLEY Trevor, *The Foundations of the European Community Law*, 5e éd., Oxford, OUP, 2003, p. 267. L'état du droit positif est toutefois discuté car il dépend de la conception que l'on se fait de la souveraineté parlementaire. Voir ainsi, CRAIG Paul, « British Report », *in* FIDE, *XX Congress*, Londres, BICL, 2002, T. II, p. 421 ou WADE H.W.R., « Sovereignty – Revolution or Evolution », *LQR* 1996, p. 574.

[7] VON HOLSTEIN Henrik, « Le droit communautaire dans le système juridique danois », *RFDA* 1990, p. 963.

[8] BARAV Ami, « Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire », *RTDE* 1985, p. 320 ou ABRAHAM Ronny, *op. cit.*, p. 199.

soit aisé de savoir si elle régit l'applicabilité ou le statut hiérarchique des normes communautaires. Les constitutions sont cependant le plus souvent évoquées lors des conflits, comme le montrent les exemples allemand[1], polonais[2], tchèque[3], autrichien[4], espagnol[5], grec[6] ou portugais[7]. Le seul cas véritablement original est offert par les pays du Benelux. La Cour de cassation belge a bâti la jurisprudence la plus favorable à l'intégration européenne en consacrant la primauté du droit communautaire en se fondant sur sa nature spécifique[8]. Il semblerait dès lors possible de conclure à une forme de monisme avec primauté externe mais il ne faut pas oublier que l'on ne peut réduire la doctrine générale des sources du droit à la jurisprudence. Or, celle que nous venons de décrire a été admise par la doctrine et les autorités politiques sous la réserve de la possibilité d'une révision constitutionnelle susceptible de la renverser[9] et n'a pas empêché le contrôle de constitutionnalité des traités[10]. La capacité de la Constitution belge à régir le statut du droit communautaire montre que l'on est plus proche de

---

[1] Pour une formulation nette de l'effet d'introduction interne de cette clause, voir Cour constitutionnelle fédérale allemande 12 mai 1986, Solange II, *RTDE* 1987, p. 539. Voir aussi ARNOLD Rainer, « Allemagne », *in* ILIOPOULOS-STRANGAS Julia (dir.), *op. cit.*, p. 63, ou pour une réaffirmation récente, HALBERSTAM Daniel et MÖLLERS Christoph, « The German Constitutional Court Says 'Ja zu Deutschland !' », *German Law Journal* 2009, p. 1242.

[2] Tribunal constitutionnel polonais, 27 avril 2005, Application du mandat d'arrêt européen et 11 mai 2005, Appartenance de la Pologne à l'Union européenne (résumés en français sur le site de la Cour). Pour des analyses, voir SKRZYPEK Natalia, « Le Tribunal constitutionnel polonais et le droit communautaire », *CDE* 2007, p. 187 ou WOJTYCZEK Krysztof, « Le droit communautaire et la constitution polonaise », *in Études offerts au professeur René Hostiou*, Paris, Litec, 2008, p. 552.

[3] Cour constitutionnelle tchèque, 8 mars 2006, Sugar Quota Regulation II (site de la Cour). Pour une analyse, voir ZEMANEK Jiri, « The Emerging Czech Constitutional Doctrine of European Law », *European Constitutional Law Review* 2007, p. 424-427.

[4] SCHÄFFER Heinz, « Autriche », *in* ILIOPOULOS-STRANGAS Julia (dir.), *op. cit.*, p. 98.

[5] Tribunal constitutionnel espagnol, 13 décembre 2004, *RFDA* 2005, p. 50. Voir MANGAS Marin Araceli, « Quelques réflexions sur la jurisprudence constitutionnelle espagnole et le droit communautaire », *in Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, ULB, 2003, p. 279.

[6] NEFREMI Eleftheria, « Quelques réflexions sur le rapport entre le droit communautaire et le droit constitutionnel à la lumière de la révision de la Constitution hellénique », *RRJ* 2003, p. 1317. La situation n'est cependant pas toujours claire. Voir ILIOPOULOS-STRANGAS Julia et PREVEDOUROU Eugénie, « Rapport grec » *in* FIDE, *op. cit.*, p. 305.

[7] MIRANDA Jorge, « Constitution et intégration européenne », *in Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 893 ou POIARES MADURO Miguel, « The State of the Portuguese European Constitutional Discourse », *in* FIDE, *op. cit.*, p. 391.

[8] DELPÉRÉE Francis, « Belgique », *in* ILIOPOULOS-STRANGAS Julia (dir.), *op. cit.*, p. 129. Voir surtout VELU Jacques, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité des traités », *JT* 1992, p. 759 et GANSHOF VAN DER MEERSCH Waler, Conclusions sous Cour de cassation belge, 27 mai 1971, Le Ski, *RTDE* 1971, p. 437.

[9] Voir l'avis du 15 février 2005 du Conseil d'État belge (*RFDA* 2005, p. 242) et *a fortiori* DELPÉRÉE Francis, « Autour d'un sanctuaire », *in Mélanges Jacques Van Compernolle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 178 ou BRIBOSIA Hervé, « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire », *RBDI* 1996, p. 76. D'autres juges ont d'ailleurs opté pour un fondement constitutionnel, voir DE WITTE Bruno, « Do Not Mention the Word », *in* WALKER Neil (dir.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart, 2003, p. 357. Le procureur général Ganshof van der Meersch lui-même affirmait qu'il n'existait qu'un ordre juridique et que la primauté du droit international découlait de sa nature même (« Réflexions sur le droit international et la révision de la Constitution », *JT* 1968, p. 494) mais aussi que le constituant avait la possibilité de la remettre en cause (*ibid.*, p. 495). Cette dernière idée avait déjà été soutenue par son prédécesseur, Raoul Hayoit de Termicourt (« Le conflit traité-loi interne », *JT* 1963, p. 486).

[10] Voir DELPÉRÉE Francis, « La Constitution belge et le droit communautaire », *in En hommage à Louis Dubouis*, Paris, La Documentation Française, 2000, p. 74 et VAN RAEPENBUSH Sean, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 515. Ce contrôle, pratiqué par la Cour d'arbitrage, est largement approuvé par la doctrine mais sa portée a été amoindrie par le constituant et la Cour de cassation a, quant à elle, maintenue des positions très favorables à la primauté du droit international (voir MELCHIOR Michel, « Considérations sur les rapports entre traités, lois et constitution », *in En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1023 ou VAN MEERBEECK Jérémie et MAHIEU Michel, « Traité international et Constitution nationale », *Revue critique de jurisprudence belge* 2007, p. 42-70).

la IIIe République française, soit une Constitution suprême auxquelles dérogent certaines normes, que d'une véritable suprématie moniste du droit communautaire. Le Luxembourg présente une configuration tout à fait comparable qui n'appelle pas de remarques supplémentaires[1]. La Constitution des Pays-Bas est en revanche très différente car elle prévoit une dérogation générale du droit international[2]. Nous pourrions donc supposer qu'elle encouragerait une conception dualiste tolérante mais les juges et la doctrine ne se sont pas ralliés clairement à cette option. La base constitutionnelle ou autonome du statut du droit communautaire est en effet largement débattue[3]. Les Pays-Bas sont de ce fait le seul État européen dont le droit est suffisamment indéterminé pour qu'il soit envisageable que le droit communautaire y bénéficie d'une intégration moniste. Pour le reste, il est manifeste que nous ne pouvons prétendre que l'Union européenne soit l'objet d'une transition constitutionnelle puisque le droit primaire ne s'applique aux individus sur le territoire européen qu'en fonction de ce que prévoient les constitutions nationales[4]. Cette restriction n'a rien de formel car elle pèse sur les modalités exactes d'application du droit communautaire et préserve la possibilité de mutations voire de retour en arrière total à travers des décisions purement nationales[5]. Il ne s'agit pas d'une hypothèse d'école car la primauté du droit communautaire varie fortement dans les divers ordres juridiques nationaux[6] et certaines formes de résistances nationales ont pu se développer[7]. Nous ne retrouvons pas l'indétermination qui caractérise les situations révolutionnaires mais bien la certitude de la dualité[8]. Cette conclusion sur les rapports entre droits européen et nationaux n'est pas originale mais la prise en compte des présupposés des acteurs sur ce point a impliqué une justification un peu différente et permet surtout d'admettre la possibilité d'une évolution (B).

---

[1] BIEVER Robert, EDON Nico et WEITZEL Luc, « Luxembourg », *in* EISEMAN Pierre-Michel (dir.), *op. cit.*, p. 418.
[2] GRABENWARTER Christoph, « National Constitutional Law Relating to the European Union », *in* VON BOGDANDY Armin et BAST Jürgen (dir.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart, 2006, p. 97.
[3] Voir Conseil d'État des Pays-Bas, 7 juillet 1995, Metten, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1995, p. 181 mais aussi DE WITTE Bruno et CLAES Monica, « Reports on the Netherlands », *in* WEILER J.H.H., SLAUGHTER Anne-Marie et STONE SWEET Alec (dir.), *The European Court and National Courts*, Oxford, Hart, 1998, p. 184.
[4] JACQUÉ Jean-Paul, « Droit constitutionnel national, droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies », *RFDC* 2007, p. 8 ou DE WITTE Bruno, « Direct Effect, Supremacy and the Nature of Legal Order », précité, p. 199.
[5] Pour des analyses comparables, voir TROPER Michel, « L'Europe politique et le concept de souveraineté », *in* BEAUD Olivier, LECHEVALIER Arnaud, PERNICE Ingolf et STRUDEL Sylvie (dir.), *L'Europe en voie de Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 125 ou LOUIS Jean-Victor, « La primauté du droit communautaire », *in Le recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelles, Larcier, 1978, p. 157.
[6] Voir Conseil d'État, *La norme internationale en droit français*, Paris, La Documentation française, 2000, p. 28 et s.
[7] BAQUERO CRUZ Julio, « The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement », EUI Working Paper, RSCAS n°2007/13, p. 8 ou SADURSKI Wojciech, « Solange Chapter 3 », EUI Working Paper LAW n°2006-40, p. 31.
[8] Pour un avis différent, assimilant la situation européenne aux hésitations révolutionnaires, voir BARBER N.W., « Legal Pluralism and the European Union », *ELJ* 2006, p. 323.

B. La possibilité d'une évolution

Le constat de l'absence actuelle d'une constitution européenne ne suffit certainement pas à établir la fertilité de la définition retenue. L'existence d'un débat controversé sur le sujet implique qu'une définition interdisant par principe toute constitutionnalité européenne devrait au contraire être rejetée. Or, justement, la notion théorique de constitution adoptée n'exclut pas qu'il puisse un jour exister une constitution européenne. Mieux, elle permet de décrire les conditions d'émergence d'une telle constitution (1) même si quelques obstacles résiduels devront être levés pour prouver l'admissibilité de la transition constitutionnelle (2).

1. LES MODALITES ENVISAGEABLES DE TRANSITION CONSTITUTIONNELLE

Le travail mené jusqu'ici nous conduit à décrire la transition constitutionnelle comme l'apparition d'une norme dotée de la suprématie constitutionnelle, c'est-à-dire de la capacité à déterminer l'applicabilité de toutes les normes directement applicables sur un territoire donné, s'imposant dans un ordre juridique autonome jusque-là divisé. S'interroger sur la possibilité d'une transition constitutionnelle en Europe revient donc à s'interroger sur la possibilité qu'une norme européenne acquière un tel statut. Cette hypothèse n'est traitée que de manière assez marginale dans la doctrine pour deux raisons. Tout d'abord, les études se concentrent légitimement sur l'état actuel du droit positif et non sur l'anticipation de son évolution. Nous nous démarquons ici de cette habitude pour réaliser un objectif d'analyse conceptuelle spécifique. Ensuite, la présence de revendications irréductibles des ordres juridiques en présence débouche sur un blocage[1] : du point de vue du droit international, son unité exclut toute particularité du droit communautaire ; du point de vue du droit communautaire, sa primauté interdit toute contestation alors que du point de vue du droit interne la suprématie de la Constitution permet au mieux des compromis négociés. Les préférences politiques jouent parfois un rôle[2] mais en général un point de vue unique est adopté sans que l'on s'attache à sa relativité[3]. Le pluralisme modéré est dans une certaine mesure le produit de ce blocage car il incarne la recherche d'une solution moyenne sans s'attacher aux conditions susceptibles de

[1] Le professeur Rideau a ainsi décrit deux affirmations de supériorité prenant « dans certains cas, un caractère théologique teinté d'intégrisme » qui ne sont que des « *a priori* d'ordre philosophique » (« Constitution et droit international dans les États membres des Communautés européennes », *RFDC* 1990, p. 266).

[2] Sur le rôle des préférences politiques dans ce débat, voir BURLEY Anne-Marie et MATTLI Walter, « Europe Before the Court », *International Organization* 1993, p. 73 ou, pour un exemple, CHEMILLIER-GENDREAU Monique, « Sur les rapports du droit interne et du droit international dans l'ordre constitutionnel », *in Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 110.

[3] Voir, parmi de nombreux exemples, EHLERMANN C.D., « La primauté du droit communautaire mise en danger par la Cour constitutionnelle fédérale allemande », *RMCUE* 1975, p. 16 ou DE BERRANGER Thibaut, *Constitutions nationales et construction communautaire*, Paris, LGDJ, 1995, p. 154.

permettre l'avènement d'une norme suprême européenne, indépendamment du caractère souhaitable ou non de cette mutation[1]. Notre perspective est plus proche de ceux qui ont insisté sur le parallèle entre primauté du droit communautaire et suprématie fédérale[2], en ajoutant tout de même une préoccupation quant aux conditions de vérité des énoncés sur le positionnement hiérarchique des normes européennes. L'intérêt de l'insistance sur la relativité de la dogmatique et de ses bases tient justement à l'élimination des circonstances qui mènent au blocage. L'on s'éloigne de l'opposition indépassable de monismes concurrents dont l'appui occasionnel sur des présupposés politiques et métaphysiques explique l'aspect non-réfutable qui n'est pas une qualité mais un défaut décisif. L'énoncé selon lequel « le statut des normes internationales dans l'ordre juridique national est déterminé par la Constitution » est désormais réfutable, sans qu'il soit nécessaire de pratiquer un choix politique en faveur du droit international, ou même de privilégier son point de vue.

Cette approche n'est toutefois nécessaire que si les études consacrées à la mutation des rapports de système ne suffisent pas à résoudre le problème posé par la transition constitutionnelle. Les débats sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe ont en effet permis à une partie de la doctrine d'aborder cette question car l'article I-6 de ce traité[3] affirmait la primauté du droit de l'Union européenne sur le droit national. Pour beaucoup, cet article impliquait la disparition des restrictions nationales à la primauté[4] alors que pour d'autres, sa combinaison avec l'article I-5 du traité[5] marquait au contraire la consécration de

---

[1] Le pluralisme constitutionnel se contente ainsi de constater la présence de revendications constitutionnelles opposées mais ne cherche pas à évaluer leur réussite (voir WALKER Neil, « The European Union and the World Trade Organization : Constitutionalism in a New Key », *in* DE BURCA Grainne et SCOTT Joanne (dir.), *The European Union and the World Trade Organization : Legal and Constitutional Issues*, Oxford, Hart, 2001, p. 39 et 44).

[2] Pour des exemples de comparaison de ce type, voir CONSTANTINESCO Vlad, « Europe fédérale ou fédération d'États-nations ? », *in* DEHOUSSE Renaud (dir.), *Une constitution pour l'Europe*, Paris, Science Po, p. 130 ou SOULIER Gérard, « Droit harmonisé, droit uniforme, droit commun ? », *in* SIMON Denys (dir.), *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, Strasbourg, PUS, 2003, p. 64.

[3] Précisons que cet article n'a pas été repris par le traité de Lisbonne mais que la Déclaration additionnelle n°17 à ce dernier traité affirme que « selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités priment le droit des États membres, dans les conditions définies par ladite jurisprudence » et annexe à l'Acte final de la Conférence inter-gouvernementale un avis du Service juridique du Conseil selon lequel le fait que la primauté ne soit pas reprise par le nouveau traité ne remet pas en cause la jurisprudence actuelle. Lors de son examen du traité de Lisbonne, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a « neutralisé » cette déclaration en précisant qu'elle n'impliquait en aucun cas une primauté absolue et totale du droit de l'Union (voir l'arrêt du 30 juin 2009 sur le site de la Cour). Le Conseil constitutionnel n'a quant à lui accordé aucune attention à cette déclaration dans sa décision n°2007-560 DC du 20 décembre 2007 consacrée au traité de Lisbonne. Cela s'explique probablement par le fait qu'elle est « dépourvue de valeur contraignante » (PRIOLLAUD François-Xavier et SIRITZKY David, *Le traité de Lisbonne. Commentaire article par article des nouveaux traités européens*, Paris, La Documentation française, 2008, p. 40).

[4] Voir, en ce sens, DEBARD Thierry, « À propos du processus de constitutionnalisation des traités », *in Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, p. 289 ou PÉCHEUL Armel, « La primauté du droit communautaire sur la Constitution française », *in* GOHIN Olivier et PÉCHEUL Armel (dir.), *La nouvelle Union européenne*, Paris, François-Xavier de Guibert, 2005, p. 53 et, en sens contraire, BECK Gunnar, « The Problem of Kompetenz-Kompetenz », *ELR* 2005, p. 45 ou CLAES Monica, « The European Constitution and the Role of National Constitutional Courts », *in* ALBI Anneli et ZILLER Jacques (dir.), *The European Constitution and National Constitutions*, Dordrecht, Kluwer, 2007, p. 242.

[5] Cet article précise notamment que « l'Union respecte l'égalité des États membres devant la Constitution ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ».

la résistance menée par les juges nationaux[1]. Cette dernière interprétation nous paraît très critiquable mais nous n'avons pas à en discuter car elle marquerait simplement la concession par le droit primaire d'une forme de dérogation à quelques normes nationales, ce qui suppose que la structure générale des rapports entre ordres juridiques résulte de l'article I-6 et que celui-ci constitue une innovation majeure[2]. Nous ne pouvons toutefois admettre cette idée car l'article I-6 fait figure de clause de domination et se heurte dès lors à un problème d'autoréférence : même si le traité établissant une Constitution pour l'Europe était entré en vigueur, son statut n'aurait pu être déterminé par l'article I-6 que si la suprématie de cet article était reconnue dans un premier temps. Autrement dit, la suprématie du droit primaire ne peut en aucun cas résulter de cet article, pas plus qu'elle ne peut résulter de manière plus générale d'une de ses dispositions. Cela ne veut pas dire que cet article ne pouvait avoir de conséquence sur le statut du droit communautaire. En effet, les constitutions nationales sont fréquemment révisées pour éviter les conflits avec ce droit. L'article I-6 aurait donc pu être à l'origine de révisions destinées à introduire en droit national une primauté totale du droit européen[3]. Cette éventualité pouvait paraître probable en droit français en raison de la procédure de l'article 54 de la Constitution mais l'interprétation de l'article I-6 par le Conseil constitutionnel a empêché sa réalisation[4]. De toute façon, les révisions envisagées auraient elles aussi rencontré un problème d'autoréférence parce qu'elles auraient créé des clauses de soumission. Ces clauses auraient permis d'éliminer la plupart des conflits mais leur incapacité à régir leur propre statut exclut qu'elle puisse conférer une véritable maîtrise de l'ordre juridique national aux normes européennes[5] : l'applicabilité prioritaire bénéficierait toujours aux constitutions. Les limites des clauses de soumission donnent l'occasion de souligner les

[1] Voir ainsi, CASSIA Paul, « L'article I-6 du traité établissant une Constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes », *Europe* n°12/2004, p. 8 ou CRAMER Per, « Does the Codification of the Principle of Supremacy Matter ? », *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2004-2005, p. 69 et, pour des avis opposés, PIERRÉ-CAPS Stéphane, « La Constitution française et le traité établissant une Constitution pour l'Europe », *Civ. Eur.* n°14, p. 138 ou GENEVOIS Bruno, « Le Conseil constitutionnel et la primauté du droit communautaire », *RFDA* 2005, p. 241. Le Conseil constitutionnel a paru se rallier à la première interprétation (n°2004-505 DC du 19 novembre 2004) mais la survie de sa jurisprudence au « décès » du traité de 2004 (n°2006-540 DC du 27 juillet 2006) relativise l'importance de l'article I-5 dans son raisonnement. Notons de plus que certains des partisans les plus fervents de cette interprétation du traité de 2004 estiment de manière étonnante qu'elle ne vaudrait pas pour le traité de Lisbonne (CASSIA Paul et SAULNIER-CASSIA Emmanuelle, « La primauté du droit de l'Union européenne dans le traité modificatif : ce qui change », *Europe* n°12-2007, p. 12).

[2] La primauté avait tout de même fait l'objet d'une référence vague dans le protocole additionnel n°30 au TUE.

[3] Voir TROPER Michel, « La souveraineté comme principe d'imputation », *in* MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ Dominique (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 79.

[4] Au vu de la consécration restreinte de la primauté sans véritable nécessité durant l'été 2004, l'on peut même penser que le Conseil constitutionnel a construit une véritable stratégie pour « neutraliser » le principe de primauté. Malgré cela, les termes de la révision de la Constitution adoptée pour autoriser la ratification du traité de 2004 étaient suffisamment généraux pour admettre implicitement une dérogation à la Constitution au profit de l'article I-6 (pour un avis contraire, voir CASSIA Paul et SAULNIER-CASSIA Emmanuelle, « Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe et la Constitution française », *JCP* 2005, p. 200). Cette question n'a de toute façon aujourd'hui qu'un intérêt historique.

[5] Mieux, elle n'aurait pas vraiment consacrée la primauté interne-interne revendiquée par la CJCE puisque celle-ci n'aurait eu qu'un effet médiat dans l'ordre interne. Voir ELEFTHERIADIS Pavlos, « Aspects of European Constitutionalism », *ELR* 1996, p. 37 et, pour un avis opposé, DRAGO Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, 2006, p. 470.

insuffisances de la convergence des règles de conflit pour assurer la suprématie du droit primaire. Elle est sans aucun doute importante sur le plan technique parce qu'elle permet d'éviter les conflits quotidiens[1] mais elle ne peut supprimer la concurrence entre les règles de conflit elles-même. Cette concurrence est camouflée par l'identité matérielle des règles de conflit mais leur autonomie demeure entière. Il ne faut pas oublier que les règles de conflit sont des règles comme les autres qui peuvent tout à fait entrer en conflit. Le théoricien n'est pas plus libre de les choisir qu'il n'est libre de choisir la sanction encourue pour un meurtre et il faut donc faire attention aux conditions de vérité des énoncés qui les décrivent.

Justement, la volonté de chercher un appui externe à ces énoncés peut conduire à se référer aux règles de compétence juridictionnelle qui sont généralement plus explicites. La suprématie du droit communautaire serait alors liée à l'acquisition d'une compétence directe de la CJCE sur l'applicabilité ou la validité des normes nationales[2] voire d'une fonction d'appel ou de cassation contre les décisions nationales[3]. Ce raisonnement se combine aisément avec l'idée très répandue selon laquelle le juge privilégie légitimement la norme de l'ordre juridique dont il tire son habilitation[4]. Nous devons admettre qu'il est assez plausible que les juges fassent un tel choix que ce soit pour des motifs psychologiques ou, de manière plus cynique, pour assurer leur propre pouvoir. Néanmoins, cette prévision ne nous dit rien sur ce que doit faire le juge du point de vue interne. Les juges ne fondent pas leurs solutions sur la source de leur habilitation et aucun argument juridique ne démontre que cette dernière ait un rôle à jouer[5]. Il n'est d'ailleurs pas rare que les juges habilités par un ordre juridique 1 soient conduits à appliquer les normes d'un ordre juridique 2 à son détriment dans le cadre des transitions coloniales, fédérales ou plus simplement des révolutions internes[6]. En outre,

---

[1] Pour une proposition de cet ordre, voir DELPÉRÉE Francis, *Le fédéralisme en Europe*, Paris, PUF, 2000, p. 107.

[2] Pour des idées de ce type, voir HAMON Francis et TROPER Michel, *Droit constitutionnel*, 30e éd., Paris, LGDJ 2007, p. 337 ou DORD Olivier, « Ni absolue ni relative, la primauté du droit communautaire procède de la constitution », *in* GAUDIN Hélène (dir.), *op. cit.*, p. 123.

[3] Voir RODRIGUEZ IGLESIAS Gil Carlos, « Quelques réflexions sur la singularité des rapports du droit communautaire avec d'autres ordres juridiques », *in Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, ULB, p. 401 ou DUBOUT Edouard, « De la primauté imposée à la primauté consentie », VIe Congrès de droit constitutionnel, Montpellier, 2005, p. 2.

[4] Voir, parmi de très nombreux exemples, HERVOUËT François, « Politique jurisprudentielle de la Cour de justice et des juridictions nationales », *RDP* 1992, p. 1292 ou LENICA Frédéric et BOUCHER Julien, Note sous CE Ass., 8 février 2007, Société Arcelor, *AJDA* 2007, p. 577.

[5] Au mieux, nous pouvons voir dans ce raisonnement une forme dérivée du lien souvent établi par la doctrine entre validation et hiérarchie : en décidant en défaveur du droit qui l'habilite, les décisions du juge contrediraient les normes qui l'habilitent. Nous avons déjà rejeté les arguments basés sur la validation (voir *supra*, p. 590 et s.) et nous devons noter de plus qu'il ne bénéficierait qu'à la norme d'habilitation elle-même et non à toutes les normes de sa catégorie ou a fortiori de son ordre juridique.

[6] Sur ce point nous pouvons citer des exemples étrangers particulièrement intéressants car ils assument la capacité, voire l'obligation, qu'a le juge d'appliquer des normes en conflit avec son habilitation. Voir Haute cour du Lesotho, 5 août 1988, Mokotso v. King Moshoeshoe II, *Law Reports of the Commonwealth - Constitutional and Administrative Law Reports* 1989, p. 137 ; Cour d'appel des Fiji, 1er mars 2001, The Republic of Fiji v. Chandrika Prasad, n°217/2000 ; Cour suprême du Pakistan, 27 octobre 1958, State v. Dosso, *All-Pakistan Legal Decisions* 1958, p. 540 ; Cour du Bophuthatswana, 17 octobre 1988, State v. Banda, *South African Law Reports* 1989, p. 527 voire Haute cour d'Ouganda, 22 février 1967, Uganda v. Commissioner of Prisons, *Eastern Africa Law Reports* 1966, p. 530. Voir toutefois, l'opinion du juge Quaisar Khan sous

les règles de compétence juridictionnelle sont des normes juridiques des plus ordinaires et elles rencontrent les mêmes problèmes que les autres quant à leur applicabilité et à leur statut hiérarchique. Nous pouvons imaginer aisément deux règles opposées quant à la source des compétences du juge entre lesquelles l'on ne peut trancher[1]. Surtout, la réussite de la revendication d'un éventuel pouvoir de cassation est conditionnée par l'applicabilité et la supériorité des arrêts de cassation qui n'ont rien d'évident[2]. Si une loi américaine devait reconnaître à la Cour suprême des États-Unis un pouvoir de cassation sur les arrêts du Conseil d'État français, elle n'atteindrait sûrement pas ses objectifs[3]. Ce genre de conflit n'a rien d'hypothétique car il s'est produit aux États-Unis[4] et dans le cadre de transitions coloniales[5]. Bien sûr ces cas restent exceptionnels mais ils montrent la logique générale qui est à l'œuvre : c'est la compétence des juges qui dépend de l'applicabilité prioritaire du droit qui les habilite et non l'inverse[6]. L'habilitation européenne des juges nationaux ou la prévision d'un pouvoir de cassation ou d'appel pour la CJCE ne garantissent pas la suprématie du droit européen. Réciproquement, l'habilitation nationale actuelle des juges nationaux ne les empêche pas de reconnaître cette suprématie.

Face à ces incertitudes, une partie de la doctrine a estimé que la consécration pleine et entière de la suprématie du droit primaire ne pourrait résulter que de l'adoption d'une

---

Cour suprême du Pakistan, 10 novembre 1977, Begum Nusrat Buttho v. Chief of army staff and Federation of Pakistan, *All-Pakistan Legal Decisions* 1977, p. 740. Dans l'ordre juridique international, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a également accepté d'examiner la régularité de la résolution qui fonde son action (Chambre d'appel, 2 octobre 1995, Dusko Tadic, p. 10 et s.).

[1] L'idée défendue par une partie de la doctrine communautaire selon laquelle le juge national appliquerait le droit européen sur la base d'une habilitation purement communautaire illustre cette situation (DUBOUIS Louis, « Le juge administratif français et les règles de droit international », *AFDI* 1971, p. 12 ou LOUIS Jean-Victor, « La primauté, une valeur relative ? », *CDE* 1995, p. 26). Pour une affirmation de la possibilité du juge national de choisir son habilitation issue d'une théorie de la révolution incompatible avec la théorie générale employée, voir SCHILLING Theodor, « The Court of Justice's Revolution : its Effets and the Conditions for its Consumation », *ELR* 2002, p. 457.

[2] Pour une idée proche exprimée à propos de l'autorité actuelle des décisions de la CJCE, voir JACQUÉ Jean-Paul, « Droit constitutionnel national… », précité, p. 10.

[3] Notons que cet argument est une variante de l'argument de Hart sur la loi anglaise régissant le droit soviétique.

[4] BOOM Steve, « The European Union After the Maastricht Decision », Jean Monnet Working Paper n°5/95.

[5] Pour le refus de toute portée d'un appel devant une juridiction de l'ancienne puissance coloniale après une déclaration unilatérale d'indépendance, voir Cour d'appel de Rhodésie, 1er mars 1968, Dhlamini v. Carter (2), *South African Law Reports* 1968, p. 466.

[6] Pour un avis comparable, voir MACCORMICK Neil, « Risking Constitutional Collision in Europe ? », *OJLS* 1998, p. 520. C'est entre autre pour cette raison qu'il est abusif de voir dans le contrôle de l'action des organes constitutionnels voire des normes constitutionnelles opéré par la CEDH la preuve de la supériorité de la Conv. EDH (pour des avis contraires, voir CHRISTOPHE TCHAKALOFF Marie-France et GOHIN Olivier, « La Constitution est-elle encore la norme fondamentale de la République ? », *D.* 1999, p. 128 ou FLAUSS Jean-François, « La souveraineté de l'État et la Convention européenne des droits de l'homme », *in* DRAGO Roland (dir.), *Souveraineté de l'État et interventions internationales*, Paris, Dalloz, 1996, p. 72). Ce contrôle n'a d'ailleurs rien de très original (pour un exemple, voir AMOR Abdelfattah, « Le comité des droits de l'homme des Nations Unies et le droit constitutionnel », *RCADC* 2001, p. 8) et ne produit pas d'effet direct sur la structure de l'ordre juridique puisque la CEDH affirme au mieux l'inopposabilité des normes nationales aux obligations internationales prévues par la Convention. Pour des exemples de contrôle de la Cour sur des questions constitutionnelles, voir 29 octobre 1992, Open door et Dublin well woman c. Irlande, 12952/87 ; 26 juin 1993, Ruiz-Mateos c. Espagne, 12952/87 ; 16 septembre 1996, Süssman c. Allemagne, 20024/92 ; 1er juillet 1997, Gitonas c. Grèce, 18747/91 ; 28 octobre 1999, Zielinski et autres c. France, 24846/94 ; 11 janvier 2005, Py c. France, 66289/01 ; 18 avril 2006, Vezon c. France, 66018/01 ou encore 8 novembre 2007, Soffer c. République tchèque, 31419/04.

constitution européenne[1]. Cette idée souffre de l'ambiguïté du terme « constitution ». S'il désigne une catégorie théorique, alors l'apparition d'une constitution européenne n'a pas de conséquence juridique : la constitutionnalité théorique peut être déduite de la suprématie mais la suprématie ne peut être déduite de la constitutionnalité théorique. S'il désigne une catégorie dogmatique, il ne peut se rapporter à la catégorie nationale comme nous l'avons vu précédemment[2]. Le mélange entre dogmatique et théorie n'est évidemment pas plus souhaitable[3]. En revanche, l'on peut imaginer une quatrième solution : voir l'adoption d'une constitution européenne comme l'émergence d'une nouvelle catégorie dogmatique au niveau européen. Le lien avec la problématique de la transition constitutionnelle serait maintenu si cette catégorie est dotée de certaines caractéristiques telles que la relevance originaire dans les ordres juridiques européen et nationaux et la suprématie originaire dans ces deux ordres. Cela signifie que, même si elle passe par une nouvelle catégorie dogmatique, l'apparition d'une constitution européenne au sens théorique n'est possible qu'au prix d'une évolution de la doctrine générale des sources du droit, ou plutôt d'une convergence des doctrines générales nationales et européenne[4], voire de leur fusion[5]. Le passage par ces doctrines générales est inévitable puisqu'une norme ne peut relever de la catégorie théorique de constitution que si elle présente un caractère originaire[6]. Ce scénario est bien sûr hypothétique mais il serait sans doute favorisé par l'adoption d'un acte européen présentant une revendication de rupture et adopté selon un processus extraordinaire qui est plus susceptible de faire varier les croyances partagées par les acteurs qu'une énième révision des traités. Malgré tout, ce n'est pas la seule voie possible pour une transition constitutionnelle. Les doctrines générales des sources des droits nationaux pourraient évoluer pour conférer une suprématie originaire au droit primaire sans qu'il soit nécessaire qu'une nouvelle catégorie dogmatique voit le jour : la mutation serait limitée au régime juridique des catégories existantes. Cette transformation n'est pas très

---

[1] En ce sens, voir ELEFTHERIADIS Pavlos, « Constitution or Treaty ? », Federal Trust Online Paper n°12/04, p. 4 ; MAULIN Éric, « Le pouvoir constituant dans l'Union européenne », *Droits* n°45, p. 88 ou RITLENG Dominique, « Le principe de primauté du droit de l'Union », *RTDE* 2005, p. 291.

[2] Voir *supra*, p. 365. Pour des avis opposés qui envisagent apparemment une qualification constitutionnelle unique, voir FAVOREU Louis et PHILIP Loïc, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 13e éd, Paris, Dalloz, 2005, p. 944 ou DE BERRANGER Thibaut, *Constitutions nationales et construction communautaire*, Paris, LGDJ, 1995, p. 5.

[3] Pour des exemples, voir DELPÉRÉE Francis, *op. cit.*, p. 106 ou OLSON Terry et CASSIA Paul, *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, Paris, PUF, 2006, p. 26.

[4] Pour une idée voisine, quoique formulée du point de vue externe, voir DYÈRE Arthur, « The Constitutionalisation of the European Union : Discourse, Present, Future and Facts », *ELR* 2005, p. 182.

[5] Pour une conception comparable, mais troublée par la référence à la validation, voir BECK Gunnar, article précité, p. 67.

[6] La référence à la doctrine générale des sources du droit est fondamentale ici car elle permet de comprendre comment la pratique des acteurs peut rester juridique alors même que ses présupposés varient. La prétention selon laquelle la suprématie du droit communautaire n'est envisageable que sur la base d'une nouvelle théorie politique en raison de l'impossibilité d'une telle évolution (ELEFTHERIADIS Pavlos, « Begging the Constitutional Question », *JCMS* 1998, p. 259 ou « The European Constitution and Cosmopolitan Ideals », *Columbia Journal of European Law* 2001, p. 23) est donc écartée. Cette objection est en revanche valable contre les théories fondées sur la capacité inexpliquée des juges à modifier arbitrairement leurs présupposés (pour un exemple, voir KUMM Mathias, « The Jurisprudence of Constitutional Conflit », *ELJ* 2005, p. 291).

probable mais l'est sans doute plus qu'il y a cinquante ans, surtout si l'on tient compte de la relative indétermination qui caractérise les présupposés actuels des ordres juridiques nationaux[1]. Rien n'indique que les constitutions doivent demeurer éternellement la base de l'application interne du droit externe. Pour autant, si ce genre d'évolution devait se réaliser, nous ne pouvons être sûr que toutes les doctrines générales nationales changent en même temps : nous serions alors amené à estimer que le droit primaire fait figure de constitution au sens théorique du point de vue français mais pas du point de vue allemand par exemple. Ce constat étonnant n'est pas le fruit d'une carence dans la définition théorique mais un effet normal de la relativité de la dogmatique. Étant donné que les classements théoriques reposent sur des propriétés dogmatiques et que celles-ci varient dans chaque discours du droit, la théorie ne peut acquérir une généralité absolue. Si un ordre juridique national donné admettait la supériorité originaire du droit primaire, ce dernier ferait bien figure de constitution sur le territoire de l'État en cause puisque qu'il jouirait de la suprématie dans un ordre juridique autonome directement applicable sur ledit territoire. Puisque la qualité de constitution est suspendue à la réussite du monisme, même partiel, et non à sa revendication, elle peut varier selon l'État considéré. Finalement, l'approche développée quant aux rapports entre systèmes juridiques et à la suprématie rend les énoncés sur la transition constitutionnelle susceptibles d'évaluations et rompt avec l'idée d'un *statu quo* indépassable et irréfutable[2]. L'on ne présuppose plus la supériorité de l'un des ordres juridiques en cause de manière à pouvoir représenter l'évolution réelle de leurs rapports réciproques qui est essentielle pour la transition constitutionnelle. Il reste tout de même quelques obstacles à l'admission d'une telle transition en Europe (2).

2. LES OBSTACLES RESIDUELS A LA TRANSITION CONSTITUTIONNELLE

En nous concentrant sur les rapports entre les ordres juridiques nationaux et européen qui sont au cœur de la transition constitutionnelle, nous avons volontairement négligé la place occupée par l'ordre juridique international. Ce dernier ne se prononce pas sur le statut interne du droit européen mais nous ne devons pas oublier que certains internationalistes nient l'autonomie du droit de l'Union européenne en préférant y voir un ordre juridique

[1] Cette indétermination explique comment le volontarisme de certains acteurs, tels que la CJCE, peut peser sur l'évolution du droit car il a un rôle d'autant plus grand que les solutions actuelles sont incertaines.

[2] Elle s'oppose donc totalement à l'idée selon laquelle chaque droit affirmerait fatalement sa suprématie et qu'il faudrait dès lors au mieux limiter les hypothèses de conflits. Voir, parmi de nombreux exemples, PRÉTOT Xavier, « La Cour de cassation, la Constitution et les traités », *RDP* 2000, p. 1038 ou BLUMANN Claude, « Rapport introductif général », *in* GAUDIN Hélène (dir.), *op. cit.*, p. 19.

international partiel comme en ont toutes les organisations internationales[1]. Le débat sur l'autonomie est le plus souvent mené à travers la comparaison des caractéristiques supposées des droit international et européen[2]. Celle-ci n'est pas toujours facile car certaines propriétés attribuées au droit européen sont suspendues à la réalité de son détachement du droit international[3]. Surtout, elle n'est pas pertinente pour évaluer l'autonomie dogmatique du droit communautaire[4]. Le droit de l'Union européenne est manifestement doté d'une identité propre puisque ses normes sont distinctes des normes internationales et nationales. Cependant, avoir une identité propre n'implique pas forcément l'autonomie. Pour statuer sur l'autonomie du droit de l'Union européenne, il faut examiner les rapports qu'il entretient avec le droit international : l'on pourra parler d'autonomie s'il existe un point de vue de l'Union européenne susceptible de proposer une première herméneutique détachée de celle du droit international et donc, le cas échéant, de la contredire[5]. Autrement dit, il s'agit de préciser si ces deux ordres juridiques entretiennent une relation globale moniste ou dualiste. Dans cette perspective, le fait que le droit primaire soit à l'origine fondé sur le droit international n'a pas une grande importance[6] car nous avons déjà pu voir plusieurs fois que la source de validité des normes pouvait varier en cas de mutation de la doctrine générale des sources du droit[7]. D'ailleurs, les exemples de détachement progressif du droit international n'ont rien de fictif, notamment lors de la création d'États fédéraux[8]. Pour autant, la fixation d'objectifs politiques

---

[1] ALLAIN Jean, « The European Court of Justice Is an International Court », *Nordic Journal of International Law* 1999, p. 261 ou dans une moindre mesure, DUPUY Pierre-Marie, « L'unité de l'ordre juridique international » *RCADI* 2002, p. 441.

[2] Voir par exemple, IGLESIAS BUIGUES Jose Luis, « La nature juridique du droit communautaire », *CDE* 1968, p. 518 ou LA TORRE Massimo, « Legal Pluralism as an Evolutionary Archievment of European Community Law », *in* SNYDER Francis (dir.), *The Europeanisation of Law : the Legal Effects of European Integration*, Oxford, Hart, 2000, p. 132.

[3] Citons le cas emblématique des modes de révision admis des traités : l'exclusion des solutions internationales classiques (coutume, accord unanime des États en dehors des formalités prévues par le texte…) marquerait la particularité du droit communautaire mais l'on ne peut l'admettre que si l'on a préalablement établi que le droit international ne s'appliquait pas au traité. À défaut, la position adoptée dépend uniquement de présupposés sur cette question. Pour un exemple, voir HARTLEY Trevor, *The Foundations of the European Community Law*, 5e éd., Oxford, OUP, 2003, p. 95.

[4] La doctrine adopte souvent une position contraire en traitant le caractère international comme une qualité théorique que l'on pourrait attribuer à certains ordres juridiques *a posteriori*, une fois leurs propriétés établies (PESCATORE Pierre, *Droit international et droit communautaire : essai de réflexion comparative*, Nancy, CUE, 1969, p. 16). Cette attitude se retrouve dans l'étude générale du droit des organisations internationales (REUTER Paul, « Organismes internationaux et évolution du droit », *in Études en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 458) et rappelle les théories dualistes classiques en opposant le droit communautaire au droit international par les sujets visés (MANIN Philippe, *L'Union européenne*, 7e éd., Paris, Pedone, 2005, p. 74), avec tous les problèmes que cela pose (voir *supra*, p. 657).

[5] Pour une vision approchante, évoquant la théorie de la norme fondamentale de Kelsen, voir BINDREITER Uta, *Why Grundnorm ? A Treatise on the Implications of Kelsen's Doctrine*, Dordrecht, Kluwer, 2002, p. 202.

[6] En sens contraire, voir PELLET Alain, « Les fondements internationaux du droit communautaire », *RCADE* vol. V, book 2, p. 201 ou, dans une moindre mesure, HARTLEY Trevor, « The Constitutional Foundations of the European Union », *LQR* 2001, p. 232 ou « International Law and the Law of the European Union », *BYBIL* 2001, p. 11.

[7] Notons que les réserves exprimées quant aux effets de l'effectivité (voir *supra*, p. 307 et s.) excluent selon nous que l'on admette l'originalité du droit communautaire en raison de son effectivité ou de celle de la vision de la CJCE. Pour des approches externes de ce type, voir CASS Deborah, *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, Oxford, OUP, 2005, p. 34 ou SCHILLING Theodor, « On the Value of a Pluralistic Concept of Legal Orders for the Understanding of the Relation Between the Legal Orders of the European Union and its Member State », *ARSP* 1997, p. 580.

[8] CAHIER Philippe, « Le droit interne des organisations internationales », *RGDIP* 1963, p. 577.

comme la construction du marché commun[1] ou la présence alléguée d'un lien avec les peuples européens[2] n'a pas non plus de rôle à jouer. Le degré d'autonomie du droit de l'Union européenne dépend en fait de la constitution d'une doctrine générale des sources du droit originale, c'est-à-dire de l'apparition de croyances propres à ses acteurs. L'opposition du droit international n'est pas forcément déterminante car des revendications divergentes peuvent se faire face, ainsi que le démontrent les relations entre ordres juridiques nationaux et européen.

L'existence d'un point de vue européen manifestant une forme de dualisme semble difficile à nier. L'identité propre constitue un premier pas confirmé par une pratique discursive originale impliquant des acteurs distincts de ceux du droit international[3] et un système de sources particulier[4]. La présence de deux points de vue séparés est en fait attestée par la coexistence de pratiques sociales séparées et indépendantes[5]. L'originalité de ce point de vue propre s'est affirmée sous l'influence d'un volontarisme de la CJCE[6] qui n'a pas été contesté par les autres acteurs et qui s'incarne notamment dans la construction de principes généraux du droit communautaire[7] et le rejet de règles issues du droit international général[8]. Nier les limites de la relevance des normes internationales dans l'ordre juridique de l'Union européenne du point de vue européen paraît difficile au regard de la pratique constante et unanime des acteurs qui montre l'existence de croyances indiscutées. Ce constat n'empêche pas le droit international de promouvoir une autre approche. C'est pour cette raison que contester l'autonomie de ce droit du point de vue du droit international est *a priori* tout à fait recevable alors que la nier de manière générale en se fondant sur un rapport moniste global

---

[1] Pour des avis opposés, voir BOULOUIS Jean, « Le droit des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général », *in Droit communautaire et droit français*, Paris, La mémoire du droit, 1999, p. 66 ou SIMON Denys, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », *in* SFDI, *op. cit.*, p. 220.

[2] En sens inverse, voir POIARES MADURO Miguel, « How Constitutional Can the European Union Be ? », Jean Monnet Working Paper n°5/04, p. 7 ou ASO FERRER Angela, « Constitution or International Treaty », IGC Net Workshop, p. 3.

[3] Pour une idée proche, voir GRAVER Hans-Petter, « National Origins of European Law », ARENA Working Paper 00/24.

[4] GAUTRON Jean-Claude, « Un ordre juridique autonome et hiérarchisé », *in* RIDEAU Joël (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, Paris, LGDJ, 2000, p. 30 ou KOVAR Robert, « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *RCADE* vol. IV, book 1, p. 37. Ce système de sources spécifique a pu être présenté comme une règle de reconnaissance clairement acceptée par les acteurs du système communautaire (JONES Mark, « Legal Nature of the European Community », *Cornell International Law Journal* 1984, p. 25).

[5] Pour des conceptions en partie comparables, voir ALONSO GARCIA Ricardo, « Community and National Legal Orders », *RCADE* vol. VII, book 1, p. 66 ou MACCORMICK Neil, « The New European Constitution », Lecture in Honour of Leon Petrazycki, Varsovie, 11 juin 2003, p. 10 ou *Questioning Sovereignty*, Oxford, OUP, 1999, p. 104.

[6] CJCE, 5 févier 1963, Van Gend & Loos, 20/64 et 15 juillet 1964, Costa c. ENEL, 6/64.

[7] Ces principes utilisés par tous les acteurs ne sont pas prévus par le traité et ne se confondent pas avec les principes généraux du droit international, ce qui montre qu'il s'agit de normes originaires propres à l'ordre juridique communautaire.

[8] MANIN Philippe, *op. cit.*, p. 74 ou MONJAL Pierre-Yves, *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, Paris, LGDJ, 2000, p. 72. Notons que si l'applicabilité au droit primaire des règles internationales sur la révision des traités est controversée (DE WITTE Bruno, « Rules of Change in International Law », *Netherlands Yearbook of International Law* 1994, p. 316 ou TRIANTAFYLLOU Dimitris, « Les procédures d'adoption et de révision du traité constitutionnel », *in* AMATO Giuliano, BRIBOSIA Hervé et DE WITTE Bruno (dir.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 232), cela ne contredit pas notre position car il est tout à fait possible d'envisager un monisme partiel (voir *supra*, p. 688) sans remettre en cause le dualisme global.

entre les ordres juridiques impliqués est très discutable[1]. La relativité de l'autonomie du droit de l'Union européenne ne s'arrête pas là car les ordres juridiques nationaux ont également leurs propres points de vue et peuvent assimiler ou différencier les droits international et européen[2]. L'autonomie acquise par l'ordre juridique communautaire de son propre point de vue ne s'impose pas plus aux droits nationaux qu'elle ne s'impose au droit international[3]. Ce schéma découle simplement de la séparation entre les revendications de monisme ou de dualisme et la réalisation globale de ce monisme ou de ce dualisme[4]. Le dualisme global qui résulte de l'originalité du point de vue européen et du développement d'une vision propre de la relevance des normes internationales est tout de même essentiel pour permettre la réalisation d'une transition constitutionnelle. En effet, si les droits international et européen entretenaient des relations globalement monistes, le droit primaire se situerait dans une position variable vis-à-vis des autres traités internationaux en fonction des règles de conflit de traités et ne pourrait donc pas faire figure de catégorie normative suprême maîtrisant l'ensemble des ordres juridiques nationaux puisqu'il partagerait sa position avec toutes les autres normes internationales. Seul le rejet de ce monisme global rend envisageable sa suprématie mais elle pourrait quand même être contestée si certaines normes internationales bénéficiaient d'un rapport moniste sectoriel avec le droit de l'Union européenne. Sur ce point, nous devons noter que certaines normes internationales paraissent bénéficier d'une relevance originaire dans l'ordre juridique communautaire[5]. Cependant, il ne faut pas exagérer ce

---

[1] Pour une idée voisine, voir PHELAN DIARMUID Rossa, *Revolt or Revolution. The Constitutional Boundaries of the European Community*, Dublin, Round Hall Sweet & Maxwell, 1997, p. 23.

[2] En sens contraire, voir DUPUY Pierre-Marie, *Droit international*, 8e éd., Paris, PUF, 2008, p. 472.

[3] Notons au passage que ce constat permet d'écarter l'idée selon laquelle la primauté serait fondée par l'autonomie du droit communautaire car celle-ci n'a pas de pertinence spécifique en droit interne.

[4] Il faut ici souligner l'importance de la capacité à décrire de manière réfutable et objective les rapports entre ordres juridiques pour sortir des débats apparemment insolubles guidés par des présupposés disciplinaires et politiques. Précisons aussi que nous ne nous occupons que d'une notion théorique d'autonomie qui ne doit pas être confondue avec la notion dogmatique qui peut produire d'autres effets comme le montre le raisonnement de la Cour selon lequel l'autonomie du droit communautaire s'oppose à la conclusion de traités internationaux qui le placerait sous la dépendance d'organes externes (CJCE, 10 avril 1992, avis 1/92). Cette approche, propre au point de vue européen, ne doit pas être confondue avec la description objective des rapports entre ordres juridiques. Pour un avis contraire, voir KOVAR Robert, « Rapports entre le droit communautaire et les droits nationaux », *in* Commission des Communautés européennes, *Trente ans de droit communautaire*, Luxembourg, Office des publications des Communautés européennes, 1981, p. 116.

[5] La coutume a été admise en droit communautaire sans fondement explicite (CJCE, 16 juin 1998, Racke, C-162/96), même si l'ampleur exacte de son intégration au droit de l'Union européenne est assez ambiguë. Pour d'autres arrêts affirmant la relevance de la coutume internationale dans l'ordre juridique communautaire, voir TPICE, 22 janvier 1997, Opel Austria GMBH, T-115/94 et TPICE 17 janvier 2007, République hellénique c. Commission, T-231/04. Ces derniers arrêts ne clarifient pas vraiment la question car la valeur du principe coutumier international d'application de bonne foi des traités est rapidement évoquée avant de l'assimiler au principe général du droit communautaire de confiance légitime. Le cas des traités est aussi complexe. Si la doctrine se réfère souvent à l'article 300-7 du TCE pour justifier l'applicabilité des traités dans l'ordre juridique communautaire (pour un exemple, voir BLUMANN Claude et DUBOUIS Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3e éd., Paris, Litec, 2007, p. 405), il faut noter que la Cour l'a admise sans se référer au droit primaire ou plutôt en évoquant la compétence à engager la Communauté par traité conféré aux institutions par le traité sans citer le rôle du traité dans l'applicabilité des conventions internationales (30 avril 1974, Haegeman, 181/73). La doctrine a déduit à juste titre de cette relevance immédiate une forme de monisme au sens 1 (MANIN Philippe, « L'influence du droit international sur la jurisprudence communautaire », *in* SFDI, *Droit international et droit communautaire*, précité, p. 201). Le caractère originaire ou dérivé de la relevance est plus difficile à trancher car d'un côté elle n'est pas explicitement reliée au traité mais

phénomène car la CJCE n'a pas hésité à faire dépendre l'applicabilité des traités du respect du droit communautaire : ils subissent un véritable contrôle de conformité au droit primaire[1] sur la base de critères purement européens[2] qui ne dépendent pas de ce que prévoit le droit international[3]. Du point de vue européen, le droit primaire jouit donc bien d'une véritable suprématie dans un ordre juridique autonome. Les traités conclus par les États membres avec les tiers ont certes un statut spécifique qui interdit de leur opposer le droit communautaire mais il s'agit d'une dérogation prévue par le traité[4]. Après quelques hésitations, la maîtrise totale de l'ordre juridique de l'Union européenne par le droit primaire a été confirmée également à l'encontre des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies qui ont pourtant un statut privilégié en droit international[5]. Ce rapide panorama nous montre que si le

---

de l'autre la référence à la compétence était logiquement inutile dans une perspective moniste au sens 2. Des arrêts postérieurs ont semblé quant à eux citer l'article 300-7 comme fondement de la relevance des traités dans l'ordre juridique européen (voir CJCE, 1er avril 2004, Bellio F.Ili, C-286/02 ; 30 mai 2006, Commission c. Irlande, C-459/03 ; 10 janvier 2006, IATA, C-344/04 ; 12 janvier 2006, Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht, C-311/04 ou 11 septembre 2007, Merck Genericos, C-431/05). L'avocat général Maduro a même pu affirmer que « les juridictions communautaires déterminent l'effet des obligations internationales dans l'ordre juridique communautaire par référence aux conditions fixées par le droit communautaire » et qu'il « serait donc inexact de conclure que, une fois que la Communauté est liée par une règle de droit international, les juridictions communautaires doivent se plier à cette règle de plein gré et l'appliquer inconditionnellement dans l'ordre juridique communautaire » (Conclusions sous CJCE, 3 septembre 2008, Kadi, C-402/05 et 415/05) Voir aussi les conclusions de ce même avocat général sous CJCE, 9 septembre 2008, FIAMM, C-120/06. Par ailleurs, le caractère dérivé de la primauté des traités sur le droit dérivé a été clairement affirmée (pour un exemple clair, voir CJCE, 3 juin 2008, Intertanko, C-308/06), en en déduisant qu'elle ne pouvait s'étendre au droit primaire ou aux principes généraux du droit communautaire (CJCE, 3 septembre 2008, Kadi, C-402/05 et C-415/05). Pour citer encore une fois les conclusions sous l'arrêt Kadi, « le rapport entre droit international et ordre juridique communautaire est régi par cet ordre lui-même ». Comme pour l'article 55 de la Constitution en droit français, il est difficile de déterminer si l'article 300-7 du TCE se contente de conférer la primauté aux traités ou s'il est aussi déterminant pour leur relevance mais la tendance actuelle va vers la relevance dérivée.

[1] Ce contrôle s'exerce sur l'acte communautaire de conclusion mais a pour effet de conditionner l'applicabilité du traité au respect du droit primaire. Voir CJCE, 11 novembre 1975, avis 1/75 ; 13 décembre 1995, avis 3/94 ; 9 août 1994, France c. Commission, C-327/91 ; 10 mars 1998, Allemagne c. Conseil, C-122/95 ou 8 juillet 1999, Parlement c. Conseil, C-189/97). Ce mécanisme n'aurait évidemment pas sa place dans le cadre d'un monisme global et relativise fortement le caractère originaire de la relevance des traités internationaux. Pour des analyses, voir, parmi de nombreux exemples, BLUMANN Claude, « Un mimétisme à l'envers : le contrôle de constitutionnalité des engagements externes en droit constitutionnel et en droit communautaire », *in Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1058 ou LOTARSKI Jaroslaw, *Les accords externes dans la jurisprudence communautaire*, Thèse, Toulouse, 2001, p. 149.

[2] RODRIGUEZ IGLESIAS Gil Carlos, article précité, p. 395.

[3] MONJAL Pierre-Yves, « La Cour de justice et les accords externes conclu par la Communauté européenne », *in Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Toulouse PUSST, 2004, p. 435 ou LERAY Emmanuelle et POTTEAU Aymeric, « Réflexions sur la cohérence du système de contrôle des accords internationaux conclus par la Communauté », *RTDE* 1998, p. 561 et s.

[4] Pour des précisons, voir ISAAC Guy et BLANQUET Marc, *Droit général de l'Union européenne*, 9e éd., Paris, Sirey, 2006, p. 197 ou MANIN Philippe, *op. cit.*, p. 502.

[5] Sans entrer dans des détails trop éloignés de notre perspective, nous pouvons noter que le TPICE avait renoncé à contrôler un acte dérivé mettant en œuvre une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies pour ne pas faire obstacle à son application (21 septembre 2005, Yusuf et Kadi, T-306/01 et T-315/01), en relativisant fortement l'autonomie du droit communautaire (SCHÜTZE Robert, « On the Middle Ground », EUI Working Paper LAW n°2007/13, p. 21) mais que la CJCE est revenue sur ce jugement et a préféré assurer la place privilégiée du droit primaire (3 septembre 2008, Kadi, C-402/05 et C-415/05), ce qui confirme les limites de la relevance du droit international en droit communautaire. La dimension dualiste du raisonnement de la Cour est notable car elle précise que le contrôle de l'acte communautaire reprenant les mesures prévues par la résolution ne remet pas en cause « la primauté de cette résolution au plan du droit international » et que « la question de la compétence de la Cour se pose […] dans le cadre de l'ordre juridique interne et autonome de la Communauté ». Il faut ajouter que les arguments employés paraissent contradictoires car la Cour évoque aussi l'absence d'effet direct des résolutions et la liberté laissée par la Charte des Nations Unies aux États pour leur mise en œuvre alors même que l'affirmation de la supériorité du droit primaire rend cet argument totalement inutile. Cette affaire a aussi permis au Tribunal d'affirmer sa compétence pour contrôler la régularité d'un acte communautaire au regard du *jus cogens*, ce qui implique que ce dernier aurait une relevance au droit communautaire. Cette position, que le Tribunal a réaffirmé par la suite (12 juillet 2006, Ayadi, T-253/02 et Hassan, T-49/04), a été critiquée par la doctrine (voir par exemple DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline, « Droit de l'Union, droit international et droits fondamentaux », *in Mélanges en l'honneur de*

point de vue européen devait s'imposer suite aux mutations des doctrines générales nationales, la relation qu'entretient le droit primaire avec le droit international ne ferait pas obstacle à sa suprématie[1].

Les ordres juridiques nationaux pourraient néanmoins s'opposer aussi à la transition constitutionnelle. En premier lieu, certains ont prétendu qu'il existerait des principes supra-constitutionnels compliquant l'adoption d'une constitution européenne[2]. Il faut ici rappeler la différence déjà évoquée entre principes supra-constitutionnels et super-constitutionnels[3]. Des principes super-constitutionnels pourraient peut-être être modifiés suite à une révision de la révision[4] et dans tous les cas subiraient le même sort que le reste de la constitution en cas d'attribution d'une supériorité originaire au droit primaire par la doctrine générale des sources du droit. Des principes supra-constitutionnels ne seraient sûrement pas révisables mais leur existence et leur statut dépend également d'une doctrine générale des sources du droit qui peut évoluer. Ces principes supra- ou super-constitutionnels sont importants face à la révision du droit primaire mais ils ne sont pas déterminants dans les cas que nous envisageons. En second lieu, la transition constitutionnelle peut poser un problème théorique en tant qu'elle implique la perte de la suprématie pour les constitutions nationales[5] alors que la doctrine soutient souvent un lien indissociable entre constitution et suprématie[6]. Cette perspective n'est pas gênante si l'on prête attention à la diversité des sens du terme « constitution ». La transition constitutionnelle ne remet pas en cause la constitutionnalité dogmatique de ces

---

Philippe Léger, Paris, Pedone, 2006, p. 159) mais la Cour ne s'est pas prononcée à ce sujet estimant que la question était devenue sans objet dans la mesure où elle avait admis la primauté du droit primaire.

[1] Ajoutons qu'une partie de la doctrine soutient l'existence d'une hiérarchie dans le droit primaire (CARTOU Louis, CLERGERIE Jean-Louis, GRUBER Anne et RAMBAUD Patrick, *L'Union européenne*, 6e éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 210 ou DA CRUZ VILACA José Luis et PICARRA Nuno, « Y a-t-il des limites matérielles à la révision des traités instituant les Communautés européennes ? », *CDE* 1993, p. 26) mais cette éventualité discutable n'est pas gênante pour nous car elle peut être traitée comme le sont les principes super- et supra-constitutionnels (voir *supra*, p. 629).

[2] Voir notamment, BEAUD Olivier, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 481. Selon le professeur Beaud, le statut particulier dont jouirait la souveraineté nationale en droit français interdirait l'adoption d'une révision permettant la ratification d'un acte constitutionnel européen en l'absence de référendum populaire. Cette hypothèse assez discutable en droit français (voir *supra*, p. 322) paraît en revanche pleinement réalisée en droit allemand où les révisions réalisées pour autoriser la ratification des traités européens ne peuvent porter atteinte aux clauses éternelles. La Cour constitutionnelle fédérale allemande a récemment précisé les limites dans lesquelles la construction européenne devaient demeurer pour respecter ces clauses du 30 juin 2009 sur le traité de Lisbonne (sur le site de la Cour). Pour une analyse critique, voir par exemple, SCHÖNBERGER Christoph, « Lisbon in Karlsruhe », *German Law Journal* 2009, p. 1207 et s.

[3] Voir *supra*. Pour un exemple dans le cadre de l'évolution de l'Union européenne, voir GAÏA Patrick, « Limitation du pouvoir de révision constitutionnelle et construction européenne », *in* GRAF VITZHUM Wolfgang et PENA Marc (dir.), *L'identité de l'Europe*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, pp. 119-153.

[4] Nous laissons évidemment de côté les approches jusnaturalistes de cette question. Pour des illustrations, voir CAPORAL Stéphane, « Constitution et Europe : discours et doctrines », *in* AFHIP, *La constitution dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 409 ou dans une moindre mesure, ROUVILLOIS Frédéric, « Destins de l'Europe fédéraliste », *Cités* n°13, p. 88.

[5] La « théorie de l'État » exigerait la suprématie de la Constitution, ce qui excluerait qu'une norme européenne puisse lui être supérieure. Pour un exemple, voir ROSSETTO Jean, « La primauté du droit communautaire selon les juridictions françaises », *in* ROSSETTO Jean et BERRAMDANE Abdelkhaleq (dir.), *Regards sur le droit de l'Union européenne après l'échec du traité constitutionnel*, Tours, Presses Universitaires François Rabelais, 2007, p. 73.

[6] Voir *supra*, p. 561.

normes dont la relation avec la suprématie est contingente parce qu'elle dépend du statut reconnu à la catégorie dogmatique. Elle conduit en revanche à la perte de la constitutionnalité théorique dans la mesure où les constitutions nationales ne sont plus suprêmes. La constitution dogmatique n'est plus alors suprême mais ce n'est pas étonnant puisque c'est la constitution théorique qui est liée à la suprématie. Une hésitation apparaît à ce stade car l'application de la définition choisie en cas de transition constitutionnelle conduit à écarter la constitutionnalité de normes qui relèvent du prototype de la constitution. La solution tient sans doute à l'évolution que devrait subir ce prototype si une véritable transition constitutionnelle devait intervenir. La Constitution française s'approcherait plus alors de la Constitution du Wisconsin que de celle des États-Unis. Or, ce n'est sans doute pas un hasard si la Constitution du Wisconsin n'a rien d'un cas typique de constitution. Le rapprochement des constitutions des États membres avec celles des États fédérés justifierait qu'elles sortent elles aussi de la catégorie théorique de constitution. La fertilité de ce choix provient de la proximité que l'on observerait alors entre la Constitution des États-Unis, cas typique s'il en est, et le droit primaire par opposition aux constitutions des États membres et des États fédérés. Une fois cette dernière objection écartée, la transition constitutionnelle semble pouvoir être décrite par des énoncés réfutables employant des catégories théoriques dûment justifiés. Elle est alors définie comme l'apparition au niveau européen ou international de normes équivalant à la catégorie dogmatique d'actes normatifs écrits capable de déterminer l'applicabilité des autres normes dans un ordre juridique autonome regroupant les normes directement applicables sur un territoire. Le gain que représente cette nouvelle vision doit maintenant être prouvé sur la base des problèmes apparemment indécidables qu'elle permet d'élucider (II).

II. ADAPTATION CONCEPTUELLE ET TRANSITION CONSTITUTIONNELLE

Certains des obstacles qui empêchent de concevoir la constitutionnalité internationale ou européenne ont déjà pu être écartés grâce à la compréhension de l'aspect théorique de cette constitutionnalité. L'on peut ainsi expliquer pourquoi une norme internationale pourrait primer la constitution au sens dogmatique et comment produire des énoncés réfutables à ce sujet. De même, les liens entre la constitution au sens théorique et le pouvoir constituant, le peuple ou la révolution sont délaissés sans difficulté. En revanche, la possibilité pour un traité d'être ou de devenir une constitution (A) et le rapport entre État et constitution (B) doivent encore être précisés.

A. Le concept de traité constitutionnel

Le concept de traité constitutionnel est à première vue assez étrange car il semble fondé sur une contradiction[1]. Au minimum, l'appartenance d'une même norme à deux catégories théoriques montre une théorie générale des sources du droit insatisfaisante puisque la théorie juridique est soumise au principe de non-contradiction. La situation est plus complexe sur le plan dogmatique dans la mesure où rien ne garantit la cohérence de la doctrine générale des sources du droit. De manière plus générale, exclure qu'il puisse exister des traités constitutionnels est contre-intuitif car les constitutions de Bosnie-Herzégovine ou des États-Unis paraissent démontrer qu'un acte adopté comme un traité peut ensuite être appliqué comme une constitution. En fait l'analyse conceptuelle doit être dédoublée pour envisager deux hypothèses distinctes selon que le traité constitutionnel est le résultat d'une transformation (1) ou un acte mixte méritant une double classification (2).

1. LE TRAITE CONSTITUTIONNEL COMME RESULTAT D'UN PROCESSUS DE TRANSFORMATION

Considérer le traité constitutionnel comme l'aboutissement d'une transformation revient à le voir comme un acte ou une norme qui n'est pas à la fois un traité et une constitution mais successivement un traité puis une constitution. Cette idée n'est pas nouvelle : elle a été évoquée dans l'étude des processus de création des États fédéraux, notamment par Le Fur[2], et est parfois reprise à propos des mutations de l'Union européenne[3]. Lorsqu'ils trouvent leur origine dans un processus d'agrégation, les États fédéraux sont souvent établis par un acte multilatéral adopté par des États souverains qui relève du droit international mais joue tout de même un rôle comparable à celui de n'importe quelle constitution nationale par la suite. Cette transmutation étonnante a été niée par Calhoun ou Seydel qui ont insisté sur le fait qu'un acte adopté comme un traité international ne pouvait changer de nature juridique pour prouver que les États membres restaient souverains[4]. Le Fur a adopté une posture différente : d'après lui,

[1] En ce sens, voir ROUSSEAU Dominique, « Traité constitutionnel, un monstre juridique », *Le Monde* 22 octobre 2002, p. 17 ou DORD Olivier, « Le Conseil constitutionnel face à la constitution européenne », *AJDA* 2005, p. 213.

[2] LE FUR Louis, *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2000, p. 548. Les développements de Le Fur ont connu une certaine postérité dans la doctrine. Voir par exemple, BURDEAU Georges, *Traité de science politique*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1980, T. II, p. 523 ou DE VISSCHER Paul, « La Communauté européenne du charbon et de l'acier et les États membres », *in Actes officiels du Congrès international d'études sur la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Milan, Dott. A. Giuffré, 1957, T. II, p. 10.

[3] JACQUÉ Jean-Paul, « Les principes constitutionnels fondamentaux dans le projet de traité établissant la Constitution européenne », *in* ROSSI Lucia Serena (dir.), *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 50 ou KLEIN Claude, « Constitution et entités politiques multinationales », *Cités* n°13, p. 44.

[4] Pour quelques indications sur ces théories, voir LE FUR Louis, *op. cit.*, p. 546 ou MOUSKHELICHVILI M., *La théorie juridique de l'État fédéral*, Paris, Pédone, 1931, p. 112.

le traité qui établit un État fédéral vise à la fois à créer l'État et la constitution et cette dernière est le résultat du traité plutôt que le traité lui-même[1]. Elle est promulguée par les autorités fédérales que le traité a instituées, ce qui en fait le produit de la volonté unilatérale de l'État fédéral et non de la rencontre des volontés des États fédérés[2]. Ce schéma assez abstrait sert à prouver que la création contractuelle d'un acte n'implique pas forcément des rapports contractuels, comme le montre l'exemple du mariage[3]. Il est toutefois discutable car il pose une série de problèmes. Pour commencer, la séparation entre traité et constitution est très artificielle : il n'y a qu'un seul acte et c'est bien cet acte que les acteurs voient comme la constitution. Ils ne distinguent pas vraiment cet acte de son produit. Dès lors, l'idée selon laquelle le traité aurait disparu est critiquable : l'ensemble des normes constitutionnelles qui régissent le nouvel État sont la signification (S1) de l'acte international initial[4]. Bien sûr, il reste possible de prétendre que cet acte se voit privé de sa qualité de traité international à la suite de la perte de la personnalité internationale des États membres qu'implique leur intégration dans l'État fédéral[5], mais sa validité est alors inexpliquée. De plus, l'on ne voit pas vraiment à quoi correspond le rapport entre traité et constitution qu'imagine Le Fur. En tout cas il s'intègre difficilement parmi les relations classiques entre acte et norme. Ensuite, le rôle donné à la promulgation par le chef de l'État dans le modèle de Le Fur est difficile à défendre : comment un organe créé par la constitution pourrait-il participer à sa validation ? Même si nous admettions que c'est possible, le problème du fondement de la constitution n'est pas résolu : la promulgation n'est pas un acte magique qui crée des normes par miracle mais un acte de langage dont le statut (S2) dépend de normes dont Le Fur ne parle pas. Le parallèle avec le mariage joue d'ailleurs plutôt contre la théorie bâtie par Le Fur : si le mariage produit des effets non-contractuels, c'est parce qu'il s'appuie sur des lois qui lui attribuent ces effets. Or, les constitutions fédérales ne bénéficient pas de tels appuis[6]. En outre, si l'on affirme que le traité a disparu avec la création de l'État et que la constitution

---

[1] LE FUR Louis, *op. cit.*, p. 584. Voir aussi, FELDMAN Jean-Philippe, « Existe-t-il un constitutionnalisme européen ? », Rencontre Turgot du 1er mars 2005, p. 3 ou ZIMMER Willy, *La réunification allemande*, Thèse, Lille II, 1994, p. 200.

[2] LE FUR Louis, *op. cit.*, p. 584. Pour une idée proche, voir LABAND Paul, *Le droit public de l'empire allemand*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1900, T. I, p. 151.

[3] LE FUR Louis, *op. cit.*, p. 580. Voir également, FELDMAN Jean-Philippe, « Un traité peut-il établir une constitution ? », *Politeia* n°8, p. 169.

[4] Le Fur tente d'éviter ce problème en affirmant de manière étonnante que le traité fondant l'État fédéral a disparu mais que les obligations qu'il a créées survivent (*op. cit.*, p. 585).

[5] Les entités fédérées peuvent avoir une capacité internationale partielle mais celle-ci dépend de la constitution fédérale. L'on rencontre ici encore une auto-référence gênante : la validité du traité initiale ne peut pas s'appuyer sur le fait qu'il institue une capacité internationale pour les entités fédérées.

[6] Cet argument est aussi opposable aux auteurs qui soutiennent la transformation des traités en règles indépendantes sur la base de la théorie de l'institution. Cette conception a été imaginée par Hauriou (*Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1916, p. 211) et parfois reprise en ce qui concerne la construction européenne (LESGUILLONS Henry, *L'application d'un traité-fondation*, Paris, LGDJ, 1968, p. 100).

n'existera qu'une fois promulguée par le chef de l'État, l'on doit admettre que ce dernier est libre de promulguer une feuille de papier en lieu et place de la constitution fédérale signifiée par le traité[1]. Les efforts de Le Fur s'expliquent en réalité surtout en raison de son placement dans une perspective volontariste : c'est parce qu'il croît qu'il existe une différence fondamentale entre rencontre de volontés et expression d'une volonté unilatérale qu'il est conduit à tordre la réalité pour prouver la dimension unilatérale de la constitution fédérale[2]. D'autres théories ont été imaginées pour les mêmes motifs. Citons l'idée de Jellinek pour qui la création d'un État fédéral est un phénomène purement factuel[3] ou la valorisation de la révision majoritaire que nous avons écartée précédemment[4].

Au-delà de ces diverses critiques, nous devons noter que l'obscurité de la transformation du traité en constitution provient avant tout de l'insuffisance de la séparation entre théorie et dogmatique. Au niveau dogmatique, une mutation est parfaitement envisageable : les règles constitutives définissant les catégories dogmatiques peuvent évoluer, qu'elles soient des normes positives ou des croyances. Le terme « constitution » renverra alors à une catégorie dogmatique propre à un discours du droit donné. Cependant, l'apparition d'une catégorie de constitution dans l'ordre juridique international ou européen n'a aucune importance puisqu'il s'agira d'une simple variation nominale sans pertinence juridique[5]. Or, il est clair que, lors de la création d'un État fédéral, la nouvelle constitution relève d'une catégorie du discours fédéral et n'entre pas dans les catégories des discours fédérés : le passage du traité à la constitution au sens dogmatique est sans doute réel mais il n'a pas de véritable intérêt. Il pourrait néanmoins aboutir à un passage du traité à la constitution au sens théorique si la nouvelle catégorie dogmatique est dotée d'un régime juridique adéquat[6]. Le Fur ne précise pas dans quel cadre il se place et profite au contraire du mélange entre théorie et dogmatique puisqu'il utilise une définition théorique de la constitution[7] en lui donnant un effet juridique

---

[1] Carré de Malberg estime ainsi que dans la théorie de Le Fur la constitution fédérale provient de la seule décision de l'organe fédéral et non du traité international (*Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, T. I, p. 137).

[2] LE FUR Louis, *op. cit.*, p. 546. Ce problème typiquement volontariste est d'ailleurs largement répandu dans la doctrine ancienne (voir CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, p. 133 ou JELLINEK Georg, *L'État moderne et son droit*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1913, T. II, p. 548). Il est relié à une démarche conceptualiste plus générale menant à déduire les droits de sécession et de nullification de la conservation de la souveraineté par les entités composantes (LE FUR Louis, *op. cit.*, p. 535 ou FELDMAN Jean-Philippe, *La bataille américaine du fédéralisme*, Paris, PUF, 2004, p. 227) qui n'a pourtant aucun fondement et néglige les solutions retenues par le droit international public.

[3] JELLINEK Georg, *op. cit.*, p. 549.

[4] Voir *supra*, p. 490 et s.

[5] Voir *supra*, p. 368.

[6] Cette hypothèse ne se confond pas avec le passage du traité à la constitution au sens dogmatique plus souvent envisagé par la doctrine. Voir ainsi, CLAPIÉ Michel, « Traité ou Constitution ? », *D.* 2004, p. 1177 ou MACCORMICK Neil, *Questioning Sovereignty*, Oxford, OUP, 1999, p. 119.

[7] Nous parlons de définition théorique dans la mesure où la définition que retient implicitement Le Fur est purement doctrinale et qu'il la détermine arbitrairement. Notons tout de même que cette particularité ne trouve pas sa source dans une approche théorique assumée mais plus probablement dans la dimension conceptualiste des travaux de Le Fur.

sans se prononcer sur sa fertilité. La lecture théorique semble la plus pertinente car elle est la seule à pouvoir rendre compte avec une certaine généralité d'une transformation importante. Le traité constitutionnel se présente en conséquence comme une norme, ou un acte, considéré dans un premier temps comme un traité au sens théorique et dans un second temps comme une constitution au sens théorique, sans que le moment de son évolution ne soit déterminant. La combinaison entre traité et constitution ne marque pas une incohérence puisque ces qualités ne se cumulent pas mais se succèdent en raison d'une évolution du droit positif. Les difficultés conceptuelles évoquées par les théories fédéralistes et anti-fédéralistes n'ont plus lieu d'être ici. La transformation résulte au choix de l'apparition d'une nouvelle catégorie dogmatique ou d'un changement de la doctrine générale des sources du droit pour attribuer la suprématie à une catégorie qui en était privée jusque-là[1]. Au vu de ces éléments, le concept de traité constitutionnel est élucidé et son incarnation dogmatique clarifiée.

Ces précisions sont utiles car l'on peut relever un certain nombre d'actes de ce genre. Une illustration particulièrement marquante est fournie par la Constitution des États-Unis : alors que son caractère international était pour ainsi dire indiscuté lors de son édiction[2], elle fait désormais figure de cas typique de constitution au sens théorique. En effet, si elle a été rédigée par une Convention assimilable à une assemblée constituante, elle a été approuvée par un organe international, le Congrès continental, et ratifiée par les États membres sans que l'engagement d'un État minoritaire contre sa volonté ne soit prévu. Les parties ont même formulé des réserves, y compris sur les modalités de leur engagement[3]. Certes, la procédure s'est parfois éloignée des standards du droit international : la ratification a été confiée à des organes *ad hoc*[4] et la Convention a clairement dépassé son mandat[5]. Pour autant, il ne faut pas oublier que le droit international était moins développé qu'aujourd'hui et que, du point de vue de ce droit, rien ne s'oppose à l'institution d'un système de ratification comparable dans un traité actuel. Cette nature internationale est devenue par la suite problématique et a été

[1] Précisons que nous ne détaillons pas la notion de traité au sens théorique qui ne joue qu'un rôle périphérique dans notre étude. Une définition approximative comme un acte non-constitutionnel produit par un la rencontre de volonté des États et visant à produire de effets en droit international paraît suffisante pour l'usage que nous en avons.

[2] ZOLLER Elisabeth, « Aspects internationaux du droit constitutionnel », *RCADI* 2002, T. 294, p. 84 ou LAMBERT Jacques, *Histoire constitutionnelle de l'Union américaine*, Paris, Sirey, 1934, vol. 2, p. 4.

[3] LAMBERT Jacques, *op. cit.*, vol. 1, p. 259.

[4] AUBERT Jean-François, « L'évolution historique des confédérations », *in* Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Le concept contemporain de confédération*, Strasbourg, Éd. du Conseil de l'Europe, 1995, p. 23 ou TROPER Michel, « Le projet de Constitution européenne et la question du pouvoir constituant », *Cités* n°13, p. 105.

[5] Voir ACKERMAN Bruce, « The Storrs Lectures : Discovering the Constitution », *The Yale Law Journal* 1984, p. 1017 ou BRYCE James, *La République américaine*, 2e éd., Paris, M. Giard & E. Brière, 1911, T. I, p. 44 et, en sens contraire, AMAR Akhil Reed, « The Consent of Governed », *Columbia Law Review* 1994, p. 457 et s. D'autres irrégularités mineures sont parfois relevées (ACKERMAN Bruce et KATYAL Neal, « Our Unconventional Founding », *University of Chicago Law Review* 1995, p. 479) mais toutes celles qui relèvent de l'activité de la Convention peuvent être vues comme couvertes par la reprise du projet de texte par le Congrès continental.

combattue par la Cour suprême, notamment lors de la crise de la nullification[1]. La guerre de sécession[2] et des campagnes politiques[3] ont finalement débouché sur une mutation culturelle profonde qui rend évident ce qui était auparavant impensable[4]. Le rôle originel du droit international a aujourd'hui disparu[5] après une longue mutation multiforme qui ne peut sérieusement être réduite aux seules décisions de la Cour suprême[6]. Les choix de la doctrine n'ont pas non plus de rôle décisif, ce qui s'oppose aux redéfinitions théoriques si fréquentes à propos de l'évaluation de la construction européenne. Ajoutons que la création des États fédéraux ne suit pas toujours ce modèle. La Suisse a ainsi évolué suite à une rupture manifeste de la légalité incarnée par l'engagement des États membres contre leur volonté[7]. Quoi qu'il en soit, envisager le passage du traité à la constitution est essentiel dans notre perspective car c'est l'hypothèse de transition constitutionnelle la plus probable en Europe. Pour autant, les normes envisagées ne sont des traités constitutionnels que de manière métaphorique puisqu'elles ne cumulent pas vraiment ses deux qualités. Il faut donc pousser l'analyse plus loin pour savoir s'il peut exister un authentique traité constitutionnel (2).

---

[1] LAMBERT Jacques, *op. cit.*, vol. 2, p. 42 et s. Voir aussi les arrêts de la Cour suprême des États-Unis du 13 février 1793, Chisholm v. Georgia (unité du peuple constituant) ; 7 février 1796, Ware v. Hylton (soumission du droit fédéré aux traités qui engagent l'État fédéral) ; 16 mars 1810 Fletcher v. Peck (supériorité de la Constitution sur un acte fédéré d'annulation) ; 20 mars 1816, Martin v. Hunter's Lessee (pouvoir d'appel de la Cour suprême fédérale sur les juridictions fédérées) et 3 mars 1821, Cohens v. Virigina (confirmation de la primauté du droit fédéré et de la compétence d'appel de la Cour suprême), tous reproduits dans ZOLLER Elisabeth, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, PUF, 2000.

[2] ACKERMAN Bruce, « The Rise… », précité, p. 776 ou DIEZ-PICAZO Luis, « Les pièges de la souveraineté », *in* DEHOUSSE Renaud (dir.), *Une constitution pour l'Europe*, Paris, Science Po, 2002, p. 48.

[3] BOOM Steve, article précité ou ACKERMAN Bruce et KATYAL Neal, article précité, p. 514.

[4] La dimension culturelle du phénomène est relevée par Lambert qui relie la transformation du pacte initial au développement de la conscience nationale (*op. cit.*, vol. 1, p. 21). Notons tout de même que le débat américain portait plus sur l'identité des organes appelés à régler les conflits de normes que sur la primauté des normes fédérales (PIMENTEL Carlos-Miguel, « La critique de Marbury v. Madison jusqu'à la guerre de sécession », *in* ZOLLER Elisabeth (dir.), *Marbury v. Madison : 1803-2003*, Paris, Dalloz, 2003, p. 85 ou KATZ Ellis, « The United States Supreme Court and the Integration of American Federalism », *in* ORBAN Edmond (dir.), *Fédéralisme et cours suprêmes*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 38). La proximité entre débats américain et européen souvent soulignée (BACKER Larry Cata, « The Extra-National State », *Columbia Journal of European Law* 2001, p. 173 et s. ou MAGNETTE Paul, *Au nom des peuples*, Paris, Les éd. du Cerf, 2006, p. 37) doit donc être fortement relativisée car c'est la portée exacte de la primauté communautaire qui est contestée et pas seulement la compétence de la CJCE pour résoudre les conflits (pour des avis contraires, voir WEILER J.H.H. et HALTERN Ulrich, « Constitutional or International ? », *in* WEILER J.H.H., SLAUGHTER Anne- Marie et STONE SWEET Alec (dir.), *The European Court and National Courts*, Oxford, Hart, 1998, p. 331 ou DELANAY Erin, « Managing in a Federal System Without an Ultimate Arbiter », *Regional and Federal Studies* 2005, p. 226). Précisons que si l'on devait admettre que la primauté interne du droit fédéral dans les ordres juridiques fédérés devait être considérée comme présente dès le début, nous devrions conclure que la Constitution des États-Unis a toujours été une constitution au sens théorique. Cependant, si le débat s'est concentré sur les compétences des juges, les jurisprudences précitées montrent que la dimension interne de la primauté était loin d'être clairement assurée dès l'origine.

[5] En sens contraire, voir RITLENG Dominique, « Le principe de primauté du droit de l'Union », *RTDE* 2005, p. 294

[6] BOOM Steve, article précité ou JACQUÉ Jean-Paul, « Le projet de traité établissant une constitution pour l'Europe », *in* DEMARET Paul, INGE Govaere et HANF Dominik (dir.), *30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe. Liber professorum 1973-74 – 2003-04*, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 2005, p. 45. Le caractère progressif et informel de l'évolution a conduit certains auteurs à reformuler à juste titre l'analogie avec les États-Unis souvent invoquée par la doctrine à propos de l'établissement du traité établissant une Constitution pour l'Europe (voir *supra*, p. 347) : il ne faut pas surestimer le rôle de l'adoption initiale d'un acte revendiquant sa constitutionnalité mais au contraire tenir compte de la complexité des mécanismes qui lui permettent sur le long terme de produire ses effets (GLENCROSS Andrew, « Altiero Spinelli and the Idea of the US Constitution as a Model for Europe : the Promises and Pitfalls of an Analogy », *JMCS* 2009, p. 300).

[7] AUBERT Jean-François, article précité, p. 35 ou RAPPARD William, « À propos du centenaire de la Constitution fédérale de la Suisse », *in Études en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, T. II, p. 502. Il semble donc difficile de prétendre que la première constitution fédérale suisse ait jamais été un traité au sens théorique.

2. LE TRAITE CONSTITUTIONNEL COMME ACTE MIXTE

Voir le traité constitutionnel comme un acte mixte est une attitude plus répandue mais aussi plus récente car elle a surtout été appliquée au cas de l'Union européenne[1]. La réaction de la doctrine à une telle éventualité est variable. Il arrive qu'elle soit acceptée en se référant aux doubles natures théologiques sans relever les problèmes de cohérence qu'elle implique[2]. À l'inverse, elle est souvent rejetée fermement comme une association de la carpe et du lapin au regard des différences entre traité et constitution en ce qui concerne leur adoption, l'ordre juridique dans lequel ils se placent ou la fonction qu'ils jouent[3]. Cette argumentation ne peut nous convaincre puisque les critères cités ne figurent ni dans la définition dogmatique ni dans la définition théorique de la constitution[4]. Cela ne veut pas dire que l'on peut admettre sans plus d'argumentation le cumul entre ces qualités[5], pas plus que nous ne pouvons nous fonder sur la capacité d'un traité à servir de contrat social[6]. Une solution plus élaborée a été proposée par le professeur Beaud dans la suite des travaux de Carl Schmitt sur le pacte constitutionnel. D'après cet auteur, les constitutions se partagent entre les pactes constitutionnels (multilatéraux) et les commandements constitutionnels (unilatéraux)[7]. Cette présentation s'inscrit dans le cadre plus général de la théorie de la fédération. Cette dernière serait une entité politique ni étatique ni internationale[8] composée d'entités politiques qui conservent cette qualité[9]. Le pacte constitutionnel s'oppose au commandement constitutionnel parce qu'il crée ou régit une fédération et non un État[10]. Si le concept de fédération a été imaginé dans l'abstrait et ne renvoie pas à des cas réels, il est régulièrement employé à propos de l'Union

---

[1] Elle était traditionnellement rejetée sur une base conceptualiste. Voir ainsi, LE FUR Louis, op. cit., p. 545 ou dans une moindre mesure JELLINEK Georg, *op. cit.*, p 548.

[2] Intervention de MATHIEU Bertrand *in* « Quel contenu donner à la révision constitutionnelle ? Table ronde », *in* MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel et MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand (dir.), *Constitution et construction européenne*, Paris, Dalloz, 2006, p. 235.

[3] Voir ROUSSEAU Dominique, « Les constitutions possibles de l'Europe », *Cités* n°13, p. 13 ou TRIANTAFYLLOU Dimitris, *La Constitution de l'Union européenne selon le Traité de Rome de 2004*, 2e éd., Bruxelles Bruylant, 2005, p. 127.

[4] Notons qu'elle vise en partie des objectifs politiques assumés tenant à l'opposition entre le caractère démocratique de la constitution et le caractère non-démocratique du traité. Il ne nous appartient pas de nous prononcer sur ce sujet mais nous avons déjà pu souligner les dangers des définitions de la constitution par son adoption démocratique (voir *supra*, p. 451 et s.).

[5] Pour des exemples de ce type, voir LENAERTS Koen et DESOMER Marlies, « New Models of Constitution-Making in Europe », *CMLR* 2002, p. 1219 ou DA CRUZ VILACA José Luis, « Un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité », *in* ROSSI Lucia Serena (dir.), *op. cit.*, p. 187.

[6] DAUPS Thierry, « De la fédération d'État nations et de sa Constitution », *LPA* 2002, n°141, p. 6.

[7] BEAUD Olivier, « La fédération entre l'État et l'empire », *in* ALLAIN Annie, DUPONT Maryline et HEARN Michael (dir.), *Les fédéralismes*, Villeneuve d'Ascq, PU du Septentrion, 1996, p. 50 ou SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 514. Des idées comparables peuvent parfois être relevés chez d'autres auteurs. Voir ainsi, FORSYTH Murray, « Vers un concept nouveau de la confédération », *in* Commission européenne pour la démocratie par le droit, *op. cit.*, p. 65 ou BARTHÉLEMY Joseph et DUEZ Paul, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, p. 228.

[8] BEAUD Olivier, « Fédéralisme et souveraineté », *RDP* 1998, p. 90.

[9] BEAUD Olivier, « Déficit politique ou déficit de la pensée politique », *Le Débat* n°87, p. 45. ou SCHMITT Carl, *op. cit.*, p. 515.

[10] BEAUD Olivier, « La notion de pacte fédératif », *in* KERVÉGAN Jean-François et MOHNHAUPT Heinz (dir.), *Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire de la philosophie*, Francfort, Vittorio Klostermann, 1999, p. 249.

européenne[1]. Son statut pourrait alors être considéré comme un pacte constitutionnel puisque la vision classique de la constitution qu'incarne le commandement constitutionnel ne s'applique qu'aux États[2]. Cette approche ne peut néanmoins pas être retenue. Tout d'abord, elle utilise une notion de constitution institutionnelle que nous avons déjà rejetée[3]. Ensuite, si l'on tente de la reconstruire sur la base d'une notion normative de constitution, force est de constater que l'on ne sait pas si la constitutionnalité du pacte relève de la théorie ou de la dogmatique. Plus précisément, sa définition ne peut être que théorique car elle est arrêtée arbitrairement sans tenir compte des représentations des acteurs mais la doctrine lui attribue quand même des effets juridiques[4], tenant par exemple à l'interdiction de sa résiliation unilatérale[5], aux règles régissant son interprétation[6], aux garanties dont disposent les États membres[7], à sa primauté[8] et surtout à son mode d'adoption[9]. L'incertitude augmente lorsque le pacte constitutionnel est décrit comme présent à la fois dans la constitution centrale et dans celles des membres[10]. En fait, la théorie de la fédération se place dans une perspective conceptualiste traditionnelle en construisant une théorie générale sur la base de travaux de théorie politique ou de philosophie et en en tirant des conséquences juridiques[11]. Autrement dit, des considérations relevant au mieux de la deuxième herméneutique sont utilisées pour résoudre des problèmes qui relèvent de la première herméneutique. Nous ne pouvons adopter la perspective de la théorie de la fédération[12] car ce choix n'appartient qu'aux acteurs.

Même si la notion de pacte constitutionnel ne peut être retenue, il faut reconnaître que l'opposition entre traité et constitution a été historiquement formalisée par la doctrine allemande pour atteindre des objectifs politiques allant de la banalisation de l'empire à la

---

[1] Voir, parmi de nombreux exemples, CHOPIN Thierry, « La Convention : moment constituant pour l'Europe ? », *Politique étrangère* 2003, p. 732 ; QUERMONNE Jean-Louis, « L'émergence d'un droit constitutionnel européen », *RIDC* 2006, p. 584 ou MOULINIER Bénédicte, *La France face au processus constitutionnel européen*, Thèse, Tours, 2007, p. 122 voire BEAUD Olivier, « Propos sceptiques sur la légitimité d'un référendum européen », *in* AUER Andreas et FLAUSS Jean-François (dir.), *Le référendum européen*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 174. Pour un exemple récent et développé, voir MARTI Gaëlle, *Le pouvoir constituant européen*, Thèse, Nancy II, 2008, p. 589 et s.

[2] Pour un avis proche, voir RITLENG Dominique, article précité, p. 295.

[3] L'idée selon laquelle le pacte constitutionnel modifierait la constitution de chaque membre en influant sur leur statut politique (BEAUD Olivier, « La notion… », précité, p. 256 ou SCHMITT Carl, *op. cit.*, p. 512) se rattache ainsi clairement à cette conception.

[4] En ce sens, voir BEAUD Olivier, « La fédération entre l'État et l'empire », précité, p. 50.

[5] *Ibid.*, p. 48. Voir toutefois SCHMITT Carl, *op. cit.*, p. 521.

[6] BEAUD Olivier, « Propos sceptiques… », précité, p. 169.

[7] SCHMITT Carl, *op. cit.*, p. 515.

[8] En ce sens, voir RITLENG Dominique, article précité, p. 294 et, en sens contraire, BEAUD Olivier, « La notion… », précité, p. 253.

[9] BEAUD Olivier, « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le traité de Maastricht », *RFDA* 1993, p. 1056.

[10] BEAUD Olivier, « La fédération entre l'État et l'empire », précité, p. 51 ou SCHMITT Carl, *op. cit.*, p. 514.

[11] La dimension conceptualiste voire prescriptive est en partie assumée par le professeur Beaud. Voir notamment, *Théorie de la fédération*, Paris, PUF, 2007, p. 16 et 23.

[12] Adopter la théorie de la fédération et en effet présenté comme un « simple changement de perspective » permettant de rompre avec les conceptions établies (BEAUD Olivier, « La notion… », précité, p. 204).

défense du statut du droit impérial[1]. Dès lors, reprendre fidèlement cette distinction serait *a priori* une option aussi conceptualiste qu'adhérer à la théorie de la fédération. Nous estimons pourtant que ces deux choix ne sont pas assimilables. En effet, les notions de traité et de constitution ont progressivement été intégrées par la théorie et la dogmatique. Sur le plan dogmatique, leur origine politique ne peut surprendre car les représentations des acteurs naissent fatalement de l'idéologie qu'ils partagent. Mieux, l'histoire d'une catégorie dogmatique ne peut jamais remettre en cause sa validité actuelle. Sur le plan théorique, une décision est possible mais la nécessité d'utiliser des termes intelligibles qui conduit à prendre en considération le prototype oblige à préserver les représentations partagées dans la doctrine. Autrement dit, la force des travaux anciens opposant traité et constitution ne vient pas de la pertinence de leurs arguments théoriques ou dogmatiques mais de leur réussite : la doctrine allemande avait juridiquement tort du fait de ses présupposés essentialistes[2] mais son erreur a fait école au point de modifier durablement les représentations des juristes. Il faut donc prendre note de cet héritage sans engager le débat dans le cadre conceptualiste qui a caractérisé leurs travaux. C'est sur ce point que nous nous écartons de la théorie de la fédération[3] car adopter une approche conceptualiste conduirait à soutenir des positions coupées de la structure effective du système juridique ou à tenter de la modifier. Préciser notre rapport avec le conceptualisme allemand est d'autant plus important qu'il est aussi à l'origine du dualisme[4], même s'il ne faut pas exagérer cette filiation dans la mesure où la différence entre validités interne et internationale n'a pas été inventée par les dualistes[5]. Là-encore, nous ne sommes pas entré dans des débats conceptualistes en nous contentant de tirer les conséquences de leur succès dans les représentations des acteurs et de la doctrine.

L'élimination des théories conceptualistes nous permet d'envisager le cumul entre la qualité de traité et de constitution dans une toute autre perspective. Un cumul dogmatique est concevable mais relatif et peu intéressant[6]. Un cumul théorique est *a priori* impossible car sa présence montrerait simplement que l'on dispose d'une théorie générale des sources du droit

---

[1] En ce sens, voir BEAUD Olivier, « La notion… », précité, p. 207 ou DIEZ-PICAZO Luis, « Treaty or Constitution ? », Jean Monnet Working Paper n°5/04, p. 4. Pour des exemples clairs, voir JELLINEK Georg, *op. cit.*, p. 563 ou LABAND Georg, *op. cit.*, T. I, p. 151.

[2] Sur cette dimension de la pensée juridique allemande classique, voir JOUANJAN Olivier, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris, PUF, 2005, p. 196.

[3] Le professeur Beaud assume sa position conceptualiste en créant une théorie de la fédération qui serait le pendant de la théorie générale de l'État (« Fédéralisme et souveraineté », précité, p. 86).

[4] Voir, pour des analyses de ce phénomène, FERRARI BRAVO Luigi « International and Municipal Law », *in* ST. JOHN MACDONALD Ronald et JOHNSTON Douglas (dir.), *The Structure and Process of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1983, p. 729 ou SPERDUTTI Giuseppe, « Dualism and Monism », *Italian Yearbook of International Law* 1977, p. 31 et, pour un exemple, TRIEPEL Heinrich, *Droit international et droit interne*, Paris, Pedone, 1920, p. 177.

[5] WASILKOWSKI Andrezj, « Monism and Dualism at the Present », *in Essays in Honour of Krysztof Skubiszewski*, Dordrecht, Kluwer, 1996, p. 324.

[6] En effet des catégories dogmatiques peuvent se contredire et les catégories issues de droits différents sont autonomes.

incohérente qui doit être reformulée[1]. Cela ne veut pas dire que tout cumul est exclu. Ainsi, nous pouvons d'abord imaginer qu'une norme soit un traité au sens dogmatique et une constitution au sens théorique. Il s'agirait d'une norme répondant aux critères de la catégorie dogmatique de traité mais dotée d'un régime juridique garantissant sa suprématie, situation qui représente une forme de transition constitutionnelle[2]. La dimension multilatérale de cette norme ne nous gêne pas[3] puisque c'est son régime juridique qui est déterminant. Il faut noter ici que cette éventualité ne se réalisera que dans le cas où la définition de la catégorie de traité est stable et qu'une norme donnée voit son régime juridique varier en acquérant la supériorité originaire[4]. Le pluralisme global que nous avons décrit entraîne même une multiplication des possibilités : une norme pourra être un traité au sens dogmatique du droit international tout en bénéficiant d'un statut privilégié en droits européen et interne qui lui confère la qualité de constitution au sens théorique. Ce cas représente la forme la plus plausible de transition constitutionnelle car le droit international est peu porté à distinguer un traité et à lui garantir ainsi une suprématie originaire. Le *statu quo* international pourrait ainsi donner naissance à un véritable traité constitutionnel. Cette situation n'est pas une simple hypothèse d'école car elle se rapproche du cas de la Constitution de Bosnie-Herzégovine. Celle-ci a été adoptée comme un traité international[5] et n'a pas vu son statut varier en droit international. Cela ne l'empêche pas de jouir d'une suprématie dans le droit bosniaque qui en fait une constitution au sens théorique[6]. C'est vraisemblablement l'évolution de la doctrine générale des sources du droit de cet État qui lui a permis d'abroger l'ancienne constitution[7] et qui en fait un traité

[1] Ce cumul recouvre évidemment la fameuse hypothèse de l'acte classé comme un traité au sens formel mais comme une constitution au sens matériel. Les dangers de ce type de formule sont accrus par la dualité de la dichotomie entre constitution aux sens formel et matériel (voir *supra*, p. 508 et s.), qui peut conduire à évoquer une constitution au sens formel interne et au sens matériel communautaire en estimant que « le critère formel, dominant dans notre ordre interne, n'est pas théoriquement supérieur au critère matériel » (BLANC Didier, « Les incidences du traité constitutionnel européen sur la constitution européenne : une affectation minimale », *RRJ* 2005, p. 2261).

[2] Voir *supra*, p. 703.

[3] Pour des avis contraires, voir BURDEAU Georges, *op. cit.*, p. 522 ou dans une certaine mesure ROUVILLOIS Frédéric, *Droit constitutionnel, fondements et pratiques*, 2e éd., Paris, Flammarion, 2004, p. 114.

[4] Si la norme en cause changeait de catégorie dogmatique, elle serait bien une constitution au sens théorique mais plus un traité au sens dogmatique, ce qui interdirait de parler de traité constitutionnel.

[5] CONAC Gérard, « L'insertion des processus constitutionnels dans les stratégies de paix », *in Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 48 ou GAETA Paolo, « The Dayton Agreement and International Law », *EJIL* 1996, p. 161.

[6] Il faut tout de même noter certaines complexités quant aux normes susceptibles de déroger à la Constitution. Voir MAZIAU Nicolas et PECH Laurent, « L'administration internationale de la Bosnie-Herzégovine », *Civ. Eur.* n°4, p. 70.

[7] SIERPINSKI Batyah, « La Constitution de Bosnie-Herzégovine », *RRJ* 1997, p. 1059. La réalité de l'apparition d'une doctrine générale des sources du droit nouvelle dans le contexte de la Bosnie-Herzégovine ne pourrait toutefois être confirmée qu'au prix d'une étude détaillée des pratiques des acteurs du droit dans cet État. À première vue, la situation paraît assez contrastée car des organes internationaux jouent un rôle prépondérant dans l'application de la nouvelle constitution. Pour des détails voir, KONAN Line Missibah, *Le transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale*, Thèse, Nancy II, 2007, p. 184 et s.

constitutionnel[1] sans qu'il soit nécessaire de choisir entre sa nature internationale ou interne[2]. Elle peut acquérir cette place spécifique sans que l'ordre juridique bosniaque n'ait besoin d'entretenir un rapport globalement moniste avec le droit international[3]. Elle diffère bien sûr d'une éventuelle constitution européenne en ce qu'elle n'a pas à faire face à la concurrence de constitutions nationales préexistantes mais elle n'en reste pas moins un exemple parfait de traité constitutionnel[4]. Certaines constitutions soviétique pourraient également être citées dans ce cadre[5] mais la faible importance du droit en URSS limite l'intérêt de cette référence[6]. Quoi qu'il en soit, il ne faut pas oublier que l'on peut aussi imaginer qu'une constitution au sens dogmatique soit un traité au sens théorique. L'apparition d'une catégorie dogmatique européenne de constitution comprenant des actes multilatéraux classiques entre États dépourvus de suprématie justifierait que l'on parle de traité constitutionnel[7]. Ce cumul des qualités de traité et de constitution n'a rien de perturbant dans la mesure où il a lieu dans le cadre de discours autonomes. Mieux, nous pouvons revenir sur l'idée selon laquelle le cumul de deux qualités théoriques divergentes est exclu. En effet, il ne faut pas oublier que la théorie dépend étroitement de propriétés dogmatiques qui sont relatives. Si le droit primaire applicable dans tous les États membres de l'Union européenne était suprême dans certains d'entre eux mais pas dans d'autres, il pourrait être classé comme constitutionnel dans les premiers et comme conventionnel dans les seconds. Ce cumul ne trouve pas sa source dans la séparation entre théorie et dogmatique mais dans les effets sur la théorie de la relativité de la

---

[1] Précisons que Carl Schmitt refuse qu'une constitution puisse être créée par « un traité international passé entre des États tiers » car « l'existence politique implique l'auto-détermination » (*op. cit.*, p. 205) mais cet argument n'a aucune pertinence sur le plan théorique au regard des critères déterminés précédemment.

[2] Une partie de la doctrine semble cependant se préoccuper fortement de cette question. Voir PECH Laurent, « La garantie internationale de la Constitution de Bosnie-Herzégovine », *RFDC* 2000, p. 424.

[3] Voir en sens contraire MIRKINE-GUETZEVITCH Boris, « Droit international et droit constitutionnel », *RCADI* 1931, p. 330. Le fait que la Constitution de Bosnie-Herzégovine se réfère à des traités internationaux (MAZIAU Nicolas, « Cinq ans après le traité de Dayton, à la croisée des chemins : succès incertain et constats d'échec », *AFDI* 1999, p. 191) est sans importance de ce point de vue car cela leur confère au mieux une relevance dérivée.

[4] Ajoutons que si l'internationalisation du pouvoir constituant est souvent présentée comme problématique (voir, parmi de nombreux exemples, LEKEUFACK Charles, *Les sources internationales du pouvoir constituant*, Thèse, Paris XIII, 2005, p. 286 ou MAZIAU Nicolas, « L'internationalisation du pouvoir constituant », *RGDIP* 2002, p. 552), elle ne pose pas de véritable difficulté pour nous en raison de la relativisation du rôle du pouvoir constituant. Cela n'exclut évidemment pas des complexités pratiques ou idéologiques (voir PIERRÉ-CAPS Stéphane, « La Bosnie-Herzégovine : un État virtuel ? », *Civ. Eur.* n°4, p. 47 et « Le constitutionalisme et la nation », *in Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Dalloz, 2003, p. 72) mais sur le plan théorique, rien ne s'oppose à l'édiction internationale d'une constitution au sens théorique.

[5] ISSAKOVITCH Dragomir, *Le pouvoir central et le système électoral d'après la constitution soviétique russe*, Paris, Jouve & Cie, 1927, p. 15 ou RADIGUET Roger, *Développements constitutionnels de l'URSS*, Paris, Montchrestien, 1935, p. 122.

[6] Sur ce point, voir par exemple MASSIAS Jean-Pierre, « La Cour suprême de l'URSS et le contrôle de constitutionnalité », *in Mélanges offerts au Professeur Michel Lesage*, Paris, SLC, 2006, p. 249. Au-delà de l'URSS, quelques exemples moins nets d'internationalisation des constitutions peuvent être signalés sans qu'il soit nécessaire de les développer tels que les traités liant l'Irak et la Jordanie, la Syrie et l'Egypte, le Zanzibar et le Tanganyika mais aussi les statuts de la Sarre et de Trieste ou les constitutions de Chypre et de Namibie. Voir GOY Raymond, « Sur l'origine extranationale de certaines constitutions », *in Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 37-43 ou TIXIER Gilbert, « L'Union des Républiques arabes et la constitution égyptienne du 11 septembre 1971 », *RDP* 1972, p. 1133.

[7] Dans cette hypothèse, les normes concernées seraient sans doute des constitutions au sens de la dogmatique communautaire mais des traités au sens théorique et aux sens dogmatiques interne et international.

dogmatique. Le pluralisme global permet d'appartenir à plusieurs catégories dogmatiques à la fois et donc d'avoir des propriétés dogmatiques variées pouvant justifier plusieurs qualités théoriques. Ce risque est réduit pour la constitution au sens théorique en raison de la condition d'applicabilité directe réelle sur un territoire mais il ne peut être éliminé pour les transitions constitutionnelles qui doivent par définition s'imposer à divers ordres juridiques.

Pour conclure, un acte peut être un traité puis une constitution ou un traité et une constitution à la fois. Ce constat est le résultat logique de la combinaison entre la polysémie irréductible des termes juridiques et la relativité des discours du droit. L'impression inverse provient de la croyance essentialiste dans l'existence d'une nature profonde de la constitution et du traité. L'un des problèmes qui compliquent la compréhension du droit positif et de son évolution est donc élucidé sans avoir eu besoin de céder à la tentation de construire une théorie applicable seulement à l'Union européenne. Il ne reste plus alors qu'à préciser les rapports entre transition constitutionnelle et nature des entités concernées (B).

B. Transition constitutionnelle et transition fédérale

La transition constitutionnelle a été traitée jusque-là comme un phénomène purement normatif sans prêter attention à sa dimension institutionnelle. Or, si l'on devait retenir un lien entre État et constitution nous serions forcé d'assimiler la transition constitutionnelle à une transition fédérale car l'adoption d'une constitution impliquerait la création d'un État fédéral. Si ce lien est défendu par une partie de la doctrine (1), il pourra être rejeté au prix d'une explicitation des relations entre suprématie, souveraineté et étaticité (2).

1. Le lien traditionnel entre constitution et État

Le lien entre constitution et État est évident pour la doctrine ancienne qui l'affirme en décrivant la constitution comme le statut de l'État[1]. Cette attitude mérite d'être notée car elle exprime la conception traditionnelle du rapport entre constitution et État mais sa portée doit être relativisée. Elle date en effet d'une époque où la transition constitutionnelle n'était pas vraiment envisageable. Certes, il existait des transitions fédérales mais leur spécificité était souvent négligée[2] et elles aboutissaient à la création d'États ce qui permet d'envisager leur

[1] BARTHÉLEMY Joseph et DUEZ Paul, *op. cit.*, p. 184 ; CARRÉ DE MALBERG Raymond, *op. cit.*, T. I, p. 51 ou LAFERRIÈRE Julien, *Manuel de droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, Montchrestien, 1947, p. 269. Cette présentation a souvent été reprise par la suite. Voir, parmi de nombreux exemples, AMSON Daniel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Litec, 1999, p. 17 ou CHANTEBOUT Bernard, *Droit constitutionnel*, 25e éd., Paris, Sirey, 2008, p. 22.

[2] Ainsi, la nature internationale originelle de la Constitution des États-Unis était négligée par la doctrine française jusqu'à une époque récente.

dimension constitutionnelle sans renoncer au lien entre constitution et État. L'éventualité d'une constitution internationale ou européenne était tellement extravagante qu'elle ne présentait pas de véritable enjeu. Dans ces conditions, la relation entre constitution et État a pu être reprise par habitude par des auteurs spécialisés en droit interne sans aucune difficulté. Cette tendance a pu être renforcée par la réduction habituelle du droit à l'expression de la volonté de l'État : considérer le droit international comme un droit public externe ou comme la rencontre des volontés étatiques laisse peu de place à l'hypothèse de l'émergence d'une constitution hors de l'ordre juridique interne. Les contestations étaient au mieux portées par des institutionnalistes ou des sociologistes qui défendaient des conceptions minoritaires et cherchaient avant tout à restreindre la place de l'État dans le droit[1]. Ils entendaient étendre le concept de constitution et non imaginer l'apparition de nouvelles situations non-étatiques justifiant une classification constitutionnelle au sens restreint. Leurs arguments ne peuvent nous intéresser dans la mesure où la théorie générale que nous utilisons ne prévoit pas de lien particulier entre droit et État. C'est pourquoi les références anciennes n'ont pas vocation à nous retenir et que nous nous concentrerons sur la doctrine contemporaine qui se prononce en connaissant les enjeux de la transition constitutionnelle.

Les travaux récents sont assez limités. De nombreux auteurs avancent, sans argumenter, qu'il existe un lien permanent et indépassable entre constitution et État[2] et en tirent des déductions variables[3]. L'essentialisme contribue sans doute à cette tendance comme le montre le vocabulaire employé[4]. Elle est encouragée par la cohérence avec les théories fédéralistes conceptualistes qui lient l'État fédéral à la constitution et la confédération au traité[5]. Des facteurs politiques peuvent aussi intervenir car l'hostilité à la construction européenne peut conduire, consciemment ou non, à utiliser le concept de constitution pour démontrer une infériorité structurelle et indépassable de l'Union européenne. De manière plus neutre, ce choix peut paraître assez logique puisque tous les cas typiques sans exception se rapportent à des constitutions étatiques, ce qui encourage à voir l'étaticité de l'entité régie comme un

---

[1] Voir *supra*, p. 436.

[2] Voir par exemple, GOUAUD Christiane, « Le projet de Constitution européenne », *RFDC* 1995, p. 288 ou PIRIS Jean-Claude, « L'Union européenne a-t-elle une constitution ? Lui en faut-il une ? », *RTDE* 1999, p. 609.

[3] Si la plupart des auteurs exigent un État européen pour pouvoir parler de constitution européenne certains déduisent l'existence d'un État européen de celle d'une constitution européenne. Pour des exemples, voir GOHIN Olivier, « La nature juridique de la nouvelle Union européenne », *in* GOHIN Olivier et PÉCHEUL Armel (dir.), *La nouvelle Union européenne*, Paris, François-Xavier de Guibert, 2005, p. 85 ou GRIMM Dieter, « Treaty or Constitution ? The Legal Basis of the European Union after Maastricht », *in* ERIKSEN Erik Oddvar, FOSSUM John Erik et MENENDEZ Augustin José (dir.), *Developing a Constitution for Europe*, Londres, Routledge, 2004, p. 84.

[4] La séparation de la constitution et de l'État serait le résultat d'un « nominalisme juridique » (D'ONORIO Joël-Benoît, « La pseudo-Constitution européenne », *D.* 2005, p. 1308) qui contredirait « le lien indéfectible » qu'impose « le caractère consubstantiel des deux termes » (PROVOST Anne, « Recherche sur la nature du traité établissant une Constitution pour l'Europe », *Tribune du droit public* 2004, p. 323).

[5] Voir *supra*, p. 487.

critère de constitutionnalité. Cette circonstance n'est cependant pas décisive car si la catégorie redéfinie doit couvrir tous les cas typiques et exclure les cas typiques d'autres catégories, son intérêt réside avant tout dans la clarification des cas périphériques, c'est-à-dire de ceux qui ne relèvent pas du prototype. Or, il est impossible de nier que le statut du droit primaire et *a fortiori* son évolution sont débattus. De plus, la nature de l'entité créée ne peut servir de critère unique ou principal de définition ce qui réduit sa pertinence. L'intérêt de la réflexion sur l'adaptation de la constitution réside dans la recherche des caractéristiques susceptibles de donner une fertilité aux regroupements de cas typiques et atypiques dans une catégorie unique. Dès lors, s'il devait apparaître une norme maîtrisant l'ensemble du droit applicable sur le territoire européen, nous ne voyons pas vraiment pourquoi la qualité non-étatique de l'entité qu'elle institue devrait être déterminante. Nous retrouvons ici les insuffisances des critères matériels et formels de constitutionnalité. Le lien avec l'État peut faire figure de critères matériel, le texte qui crée ou régit un État, ou formel, un acte étatique, mais il ne dit rien du régime juridique de la norme ainsi sélectionnée. Les actes et les normes regroupés risquent au contraire d'avoir des régimes juridiques très variés et la préférence exprimée pour les critères fondés sur le régime juridique peut aussi être opposée à l'établissement d'un lien entre constitution et État. La transformation des rapports entre les États et l'entité concernée paraît bien plus intéressante que la défense d'une forme de conservatisme conceptuel dont la fertilité reste inexpliquée.

La doctrine tente néanmoins occasionnellement d'établir plus solidement le lien entre État et constitution en en faisant la conséquence d'un autre critère[1]. Ainsi, si l'on insiste sur le rôle du pouvoir constituant dans la définition de la constitution, l'on peut exclure tout détachement entre constitution et État en décrivant le pouvoir constituant comme un pouvoir étatique par nature[2]. L'exigence de l'intervention du peuple pour adopter une constitution peut produire des effets tout à fait comparables[3]. La force de ces argumentations est toute relative car rien n'interdit d'envisager un pouvoir constituant ou un peuple européen, au besoin en passant par une redéfinition de ces concepts imprécis. Ces arguments ne peuvent de toute manière nous retenir puisque la définition de la constitution au sens théorique par le peuple ou le pouvoir

[1] Notons que ce lien apparaît parfois implicitement quand des attributs étatiques sont décrits sans justification comme étant « constitutionnels ». Citons ainsi l'utilisation des termes « lois » ou « ministre » par le traité établissant une Constitution pour l'Europe et son abandon par le traité de Lisbonne (voir DONY Marianne, *Après la réforme de Lisbonne. Les nouveaux traités européens*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2008, p. XXV).

[2] En ce sens, voir TURPIN Dominique, « Réflexions sur la nécessité d'une Constitution européenne », *in Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet*, Clermont, PUC, 2001, p. 391 ou MOUTON Stéphane, « Le pouvoir constituant européen : nouvel objet du droit constitutionnel ? », *in* ROUSSILLON Henry, BIOY Xavier et MOUTON Stéphane (dir.), *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, Toulouse, PUSST, 2006, p. 231.

[3] DORAU Christoph et JACOBI Philipp, « The Debate Over a European Constitution », *European Public Law* 2000, p. 417 ou GRIMM Dieter, « Does Europe Need a Constitution ? », *ELJ* 1995, p. 298.

constituant a déjà été rejetée[1]. La même réponse doit être opposée aux théories soutenant l'élimination de toute relation entre constitution et État sur la base d'une définition constitutionnaliste de la constitution[2]. Les éventuels mélanges entre théorie et dogmatique ne sont pas non plus déterminants[3]. En fait, la seule véritable difficulté provient des relations entre le critère théorique retenu et l'étaticité de l'entité ou de l'acte en cause (2).

2. SUPREMATIE, SOUVERAINETE ET QUALITE ETATIQUE

Étant donné que nous examinons les effets du critère stipulé pour définir la constitution, nous ne pouvons pas nous appuyer directement sur la doctrine existante. Si ce critère devait impliquer l'étaticité de l'entité régie par la norme sélectionnée, ce ne serait pas vraiment une surprise puisque la stipulation a été menée en se référant avant tout aux constitutions typiques qui sont toutes des constitutions étatiques. Cette démarche crée forcément le risque de choisir un critère propre aux États, même en refusant de décider arbitrairement de l'existence d'un lien entre constitution et État. Précisons bien que nous cherchons ici un lien structurel et non conjoncturel : nous ne nous demandons pas si toutes les constitutions au sens théorique existantes régissent des États mais s'il est indispensable qu'une norme régisse un État pour être classée comme constitutionnelle en utilisant le critère que nous avons arrêté. Un lien conjoncturel serait même plutôt positif car il confirmerait l'ampleur de la transformation que représenterait l'apparition d'une constitution européenne au sens retenu tout en préservant la possibilité que l'Union européenne adopte une constitution sans être un État et sans le devenir par le seul fait de cette adoption[4].

L'éventualité d'un lien conceptuel entre la constitution telle que nous l'entendons et l'État pourrait passer par la présentation habituelle de la souveraineté comme un critère de l'État car la souveraineté désigne un pouvoir ou une compétence suprême. Or, qu'est-ce que la suprématie d'une compétence si ce n'est la suprématie des actes produits en application de la compétence en question ?[5] Cette vision offre une forte cohérence avec les conceptions contemporaines de la souveraineté qui insistent sur le fait qu'elle s'exprime par le biais du

---

[1] Voir *supra*, p. 456 et 479.

[2] Voir, parmi de très nombreux exemples, BIRKINSHAW Patrick, « Constitutions, Constitutionalism and the State », *European Public Law* 2005, p. 43 ou DI FABIO Udo, « The European Charter : Towards a Constitution for the Union », *Columbia Journal of European Law* 2001, p. 164.

[3] Nous pensons notamment à l'idée selon laquelle le choix des acteurs de nommer « constitution » un acte international s'imposerait à la doctrine qui devrait admettre que cet acte relève de la catégorie théorique de constitution. Pour une vision proche, voir JACQUÉ Jean-Paul, « Les principes constitutionnels… », précité, p. 51.

[4] Notons que le critère choisi implique une forme spécifique de lien avec l'ordre juridique national et donc indirectement avec l'État : une norme ne bénéficiera de la suprématie constitutionnelle que si elle domine effectivement cet ordre juridique. Cependant cette condition n'implique pas en tant que telle que ladite norme instituera un État.

[5] Pour des conceptions proches, voir BEAUD, « La notion d'État », *APD* 1990, p. 126 ou HAQUET Arnaud, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, Paris, PUF, 2004, p. 177.

pouvoir constituant ou qui la définissent comme la capacité à régir l'ensemble de la production et de l'application du droit sur un territoire[1]. Cette dernière idée est proche de la maîtrise de l'ordre juridique applicable sur un territoire par laquelle nous définissons la suprématie. Entendue ainsi, l'acquisition de la suprématie pour une norme impliquerait la souveraineté du pouvoir normatif qui est compétent pour la produire. La suprématie d'une norme européenne équivaudrait alors à une souveraineté de l'Union européenne[2] et à une disparition de la souveraineté nationale[3]. Or, seul l'État est souverain, ce qui veut dire que l'Union européenne serait un État si elle adopte une constitution au sens théorique et que la transition fédérale ne se différencie pas de la transition constitutionnelle.

Ce raisonnement paraît séduisant mais il est en réalité assez imprécis. Si le concept de constitution a été analysé de manière détaillée, il ne faut pas oublier que le concept d'État est au moins autant controversé et que sa relation avec la souveraineté est complexe. Établir un lien systématique entre suprématie, souveraineté et État suppose de disposer de définitions claires et précises de ces trois termes, ce qui n'est manifestement pas le cas. Le terme « État » peut relever aussi bien des discours dogmatique que théorique. Oublier les différences entre les définitions dont il peut faire l'objet est donc un danger constant, qu'illustre la théorie de la fédération. La création d'un troisième terme entre organisation internationale et État qu'elle soutient est peut-être légitime sur le plan théorique si l'on peut établir qu'elle améliore la compréhension des structures actuelles du droit. Une approche de ce type justifierait la définition arbitraire de la fédération que porte cette théorie[4]. En revanche, elle suppose que l'appartenance à la catégorie de fédération soit dépourvue de tout effet juridique alors que la doctrine adopte une posture opposée[5], notamment en insistant sur le détachement du droit international qui résulterait de la nature fédérale[6]. En fait, la volonté de bâtir une théorie conceptualiste est en fait tout à fait assumée[7], comme si le statut des entités classées comme fédération devait être déterminée en tenant compte de leur « *telos* »[8] ou de l'idée du

---

[1] Voir BEAUD Olivier, *La puissance de l'État*, précité, p. 24 et 208 et, dans une moindre mesure, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline, « La souveraineté de l'État et l'Union européenne », *in* DRAGO Roland (dir.), *Souveraineté de l'État et interventions internationales*, Paris, Dalloz, 1996, p. 47.

[2] Pour une conception comparable, voir MESLIN Sylvie, « Rapport français », *in* FIDE, *XX Congress*, Londres, BICL, 2002, T. II, p. 224 ou MATHIEU Bertrand, et VERPEAUX Michel, « Brèves remarques sur le projet de Constitution européenne », *JCP* 2003.IV.520, p. 1909. Cette idée est même assez ancienne. Voir JAEGER Francis, *Le problème de la souveraineté dans la doctrine de Kelsen*, Paris. E. de Boccard, 1932, p. 25.

[3] MACCORMICK Neil, *op. cit.*, p. 132.

[4] La dimension arbitraire de la définition est manifeste dans les travaux du professeur Beaud dans la mesure où le terme fédération n'est pas employé par le discours du droit. Pour autant, elle est largement dissimulée par les présupposés conceptualistes qui conduisent à chercher le « véritable » sens des mots.

[5] Voir *supra*, p. 717 et BEAUD Olivier, *Théorie de la fédération*, précité, p. 274.

[6] BEAUD Olivier, « Déficit politique... », précité, p. 46 ou « La notion… », précité, p. 255.

[7] Pour des exemples clairs, voir BEAUD Olivier, *op. cit.*, p. 16 ou « L'Europe vue sous l'angle de la fédération. Le regard paradoxal de Paul Reuter », *Droits* n°45, p. 48.

[8] BEAUD Olivier, *op. cit.*, p. 273 ou « Propos sceptiques… », précité, p. 164.

fédéralisme[1]. Cette dérive doit être évitée en maintenant une stricte séparation entre théorie et dogmatique et en refusant toute confusion entre les sens dogmatique et théorique du mot « État ». Sa signification dogmatique semble la plus intéressante au regard des effets juridiques qu'elle emporte : la qualité étatique est fondamentale en droit international public car elle confère une personnalité juridique de principe et une série de prérogatives. Entendue ainsi, la transformation de l'Union européenne en État n'aurait rien d'anecdotique et la perte de la qualité étatique pour ses membres constituerait un changement radical. Cependant, elle n'aurait en tant que tel aucun effet sur la hiérarchie des normes[2] car la qualification de l'entité retenue par le droit international n'a aucun rôle dans le schéma des rapports entre ordres juridiques exposés précédemment. La notion théorique d'État est quant à elle plus qu'indéterminée et la reconnaissance de l'étaticité théorique de l'Union européenne ne présente aucun enjeu évident[3]. Un long travail d'élucidation permettrait peut-être de dégager une catégorie théorique d'État claire et fonctionnelle mais celle-ci n'a pour le moment aucun rapport avec le débat sur la transition constitutionnelle. Elle risque surtout de faire oublier que des discussions relevant de la seconde herméneutique sont structurellement incapables de remplacer la première herméneutique[4]. Le lien conceptuel entre la notion dogmatique d'État et la notion théorique de constitution est bien plus intéressant car il ferait d'une qualité juridique donnée la condition ou l'effet cachés de la catégorie théorique proposée.

S'attacher à la notion dogmatique d'État ne suffit pas à disposer d'une définition claire. En effet, les droits international, européen et nationaux peuvent proposer chacun leur propre catégorie d'État. Celle du droit de l'Union européenne est fatalement assez peu développée car les États membres sont désignés par le traité, ce qui supprime tout problème potentiel de qualification. Celles des droits nationaux peuvent varier dans chaque État[5] et nous ne pouvons donc proposer une réflexion générale sur la transition constitutionnelle sur une telle base.

---

[1] BEAUD Olivier, « La fédération entre l'État… », précité, p. 41 ou « La notion… », précité, p. 204. Celle-ci remplace l'idée de souveraineté dont découlerait l'ensemble des caractéristiques de l'État (« Déficit… », précité, p. 45).

[2] En sens contraire, voir CONSTANTINESCO Vlad, « Europe fédérale ou fédération d'États-nations ? », *in* DEHOUSSE Renaud (dir.), *Une constitution pour l'Europe*, Paris, Science Po, 2002, p. 125.

[3] La réflexion sur l'État qui a caractérisé la doctrine du début du siècle d'inspiration allemande et avait trouvé son terrain d'élection dans l'analyse du fédéralisme a décliné et n'a vraiment connu une renaissance que dans le cadre de l'étude de la construction européenne. Voir, parmi de nombreux exemples, DAUPS Thierry, *L'Union européenne. Un État sans souveraineté nationale*, 2006, p. 25 ou BARBER N.W., « The Constitution, the State and the European Union », *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2005-2006, p. 39. Cela ne veut pas dire qu'elle ait débouché sur la construction d'une notion théorique claire d'État.

[4] Pour des exemples de mélanges, voir DUBOUIS Louis, « La nature de l'Union européenne », *in* COHEN-JOHNATAN Gérard et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir.), *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 88 ou WEATHERHILL Stephen, « Is Constitutional Finality Feasible or Deasirable ? On the Cases for European Constitutionalism and a European Constitution », Constitutionalism Web-Papers n°7/2002, p. 25.

[5] Elle paraît ainsi assez peu développée en droit français là où la Cour constitutionnelle fédérale allemande prête une grande attention à la qualification étatique ou non-étatique de l'Union européenne et en tire des conséquences juridiques. Voir ses arrêts du 12 octobre 1993, Maastricht (*RUDH* 1993, p. 286) et du 30 juin 2009, Lisbonne (sur le site de la Cour).

Seule la catégorie dogmatique internationale offre une universalité susceptible de permettre l'étude de la transition constitutionnelle, accompagnée d'effets considérables comme nous l'avons vu. Elle n'est néanmoins pas facile à manier car sa définition est assez indéterminée et que la doctrine est loin d'être unanime quant à l'état du droit international positif sur ce sujet. Le rôle de la souveraineté est controversé, pour certains elle est un critère de l'État[1] et pour d'autres une conséquence de son indépendance[2]. Si la souveraineté est considérée comme une compétence spécifique dont jouiraient les États du point de vue du droit international elle ne peut pas être un critère de l'État et il faudra se référer à une situation matérielle, c'est-à-dire sa maîtrise effective et autonome d'un territoire et d'une population[3]. Si la souveraineté est un critère, elle n'est pas une compétence et est alors entendue comme l'indépendance de l'État[4], ce qui revient au critère que nous venons de citer[5]. Dans tous les cas, l'acquisition de la suprématie théorique est sans influence sur la qualité étatique de l'entité créée par la norme examinée. Disposer d'une constitution au sens théorique n'implique pas que l'on a la puissance matérielle qui caractérise l'État. Il n'y a pas de rapport direct entre la perte de la compétence dogmatique de s'opposer aux normes européennes et celle de la maîtrise matérielle de régir son territoire. La vision inverse paraît intenable dans la mesure où l'avènement d'un monisme avec primauté du droit interne effectif est habituellement considéré comme la pleine réalisation du droit international et non comme la disparition de tous les États. À la rigueur, nous pouvons admettre que la suprématie des normes européennes leur donnerait la compétence de principe pour doter l'Union européenne d'une véritable puissance matérielle mais l'important pour le droit international n'est pas la compétence de créer une puissance matérielle mais la détention effective de cette puissance. C'est pourquoi nous pouvons dire que l'émergence d'une constitution européenne n'implique pas la transformation de l'Union européenne en État. Notons de surcroît que la souveraineté que prévoit le droit international ne se confond pas avec l'omni-compétence[6]. La souveraineté de

---

[1] MOUTON Jean-Denis, « La notion d'État et le droit international public », *Droits* n°16, p. 45 ou DAILLER Patrick et PELLET Alain, *Droit international public*, 7e éd., Paris, LGDJ, 2002, p. 422.

[2] DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public*, 8e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 31 ou KWIECIEN Roman, « Sovereignty of the European Union Member States », *in* BODNAR Adam, KOWALSKI Michal, RAIBLE Karen et SCHORKOPF Frank (dir.), *The Emerging Constitutional Law of the European Union*, Berlin, Springer, 2003, p. 343. Le dernier article semble toutefois établir un lien entre primauté et perte de la souveraineté (*ibid.*, p. 357).

[3] COMBACAU Jean et SUR Serge, *Droit international public*, 8e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 279-281.

[4] DAILLER Patrick et PELLET Alain, *op. cit.*, p. 424.

[5] Peut-être faut-il réserver le cas d'une perte d'indépendance juridique manifestée par la renonciation à la soumission directe au droit international (*ibid.*, p. 426) mais cela n'est pas déterminant pour nous faute de rapport direct avec la suprématie. La vision purement juridique de l'indépendance (voir ASCENCIO Hervé, « L'État », *in* ALLAND Denis (dir.), *Droit international public*, Paris, PUF, 2000, p. 105) paraît en revanche difficilement tenable car la compétence de la compétence de l'État ne peut structurellement provenir de son propre ordre juridique et est forcément dépendante de sa qualification.

[6] Elle serait plutôt « la liberté qu'a l'État de faire ce qui est en son pouvoir » (COMBACAU Jean, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs* n°67, p. 51) ou « l'aptitude pleine et entière qui lui permet,

l'État consacrée par le droit international ne se confond donc pas avec celle du pouvoir constituant qui n'est qu'une variante de la souveraineté de l'État et fait figure au choix de concept théorique ou dogmatique interne[1]. Le débat sur l'influence de l'apparition d'une constitution européenne sur la nature de l'Union européenne nous paraît finalement pertinent sur le plan de la dogmatique internationale alors qu'il est sans intérêt du point de vue national ou *a fortiori* européen. Or, dans l'ordre juridique international, le raisonnement doctrinal évoqué sur la souveraineté n'a pas sa place et le choix se limite aux qualités d'organisation internationale et d'État[2]. Les catégories intermédiaires telles que le pouvoir public commun ou l'organisation supranationale n'y ont aucune place[3]. Il est possible de bâtir une typologie théorique alternative mais cela nuit probablement à l'intérêt du débat, d'autant plus que les tentatives doctrinales sont plus portées sur les approches conceptualistes restreintes à l'Union européenne que sur le développement d'une perspective générale. En conséquence, nous ne pouvons pas adhérer au courant qui prétend lier qualité de la norme de base d'une entité et nature de ladite entité[4]. Les transitions constitutionnelle et fédérale sont des phénomènes distincts qui doivent rester séparés sur le plan conceptuel pour garantir la capacité à élucider l'évolution potentielle de la structure des systèmes juridiques. Le dernier problème apparemment indécidable est donc écarté, ce qui confirme la fertilité de la définition retenue au vu de son utilité pour comprendre l'adaptation de la constitution aux mutations du droit contemporain.

---

potentiellement, d'exercer tous les droits que l'ordre juridique international connaît » (MOUTON Jean-Denis, « Retour sur l'État souverain à l'aube du XXIe siècle », *in Mélanges François Borella*, Nancy, PUN, 1999, p. 329).

[1] Notons que nous ne nous prononçons pas sur l'idée défendue par le professeur Beaud selon laquelle la perte de la souveraineté internationale remettrait en cause la souveraineté du peuple car elle consiste à affirmer que la souveraineté internationale est nécessaire à la souveraineté du peuple et non que les deux notions se confondent (« La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le traité de Maastricht », précité, p. 1048). L'on peut d'ailleurs envisager sans peine un État souverain au sens du droit international dans lequel le peuple ne serait pas souverain.

[2] En ce sens, voir LEBEN Charles, « À propos de la nature juridique des Communautés européennes », *Droits* n°14, p. 72 et BLUMANN Claude, « Le monopole international de l'État remis en question » *Annuaire de droit européen* vol. III, p. 79.

[3] Sur ces approches, voir, parmi de nombreux exemples, MOLINIER Joël, « La notion de pouvoir public commun et la nature des Communautés européennes », *in Mélanges en hommage à Guy Isaac*, précité, p. 208 ou LABOUZ Marie-Françoise, *Droit communautaire européen général*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 32.

[4] Pour des illustrations de ce courant, voir notamment SCHMITT Nicolas, « L'Europe et les expériences fédérales », *in* FLEINER Thomas et SCHMITT Nicolas (dir.), *Vers une Constitution européenne*, Fribourg, Institut du fédéralisme, 1996, p. XIII ou JOUANJAN Olivier, « Ce que donner une constitution à l'Europe veut dire », *Cités* n°13, p. 25.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

Le travail réalisé dans cette seconde partie complète l'élucidation de la signification du terme « constitution » par la clarification de sa dimension théorique. Les limites des typologies actuelles au regard de la séparation entre dogmatique et théorie ont été confirmées par l'examen des définitions théoriques établies. Plus largement, l'analyse critique de ces typologies a permis de dépasser la dichotomie entre constitution aux sens formel et matériel pour proposer une définition purement théorique basée sur la sélection de propriétés *a posteriori* se rapportant au régime juridique des normes considérées.

La redéfinition menée en suivant les impératifs épistémologiques qui s'imposent à ce genre d'opération a débouché sur la définition théorique de la constitution comme l'ensemble des catégories dogmatiques normatives situées au niveau hiérarchique de la catégorie dogmatique d'actes normatifs volontairement édictés capables de déterminer l'applicabilité de toutes les catégories dogmatiques normatives d'un ordre juridique autonome rassemblant les normes directement applicables en pratique sur un territoire. La portée générale de cette définition est démontrée par son rapport étroit avec les travaux et les usages existants. Elle permet en outre de s'écarter de la tendance à construire des définitions centrées sur le cas de l'Union européenne qui empêche toute comparaison et interdit donc de pouvoir évaluer l'état actuel des rapports juridiques.

Le concept de transition constitutionnelle, qui est indispensable à la compréhension de l'adaptation de la constitution aux mutations du droit contemporain, désigne dès lors clairement l'émergence, au niveau supra-étatique, d'une constitution au sens retenu. Les conditions dogmatiques d'une telle évolution sont difficiles à préciser en raison des complexités propres à la réflexion sur les couches premières du droit, c'est-à-dire sur les présupposés de la pratique juridique qui forment aussi les bases de la dogmatique. Il est toutefois possible d'envisager une description réfutable de ce phénomène en utilisant le concept institutionnaliste de doctrine générale des sources du droit employé dans la première partie. L'appréciation du degré de transformation des ordres juridiques actuels et futurs est alors envisageable, ce qui nous conduit à constater à la fois l'absence de constitution européenne et la potentialité de son apparition. La dissipation des problèmes apparemment indécidables créés par l'hypothèse de transition constitutionnelle permet d'admettre des notions souvent bannies comme celle de traité constitutionnel, ce qui confirme la fertilité de la redéfinition théorique proposée sans remettre en cause la relativité qu'implique son caractère arbitraire.

CONCLUSION GENERALE

La combinaison de l'étude de la constitution sur les plans dogmatique et théorique permet une élucidation de l'adaptation potentielle de cette catégorie aux mutations du droit contemporain. Les difficultés conceptuelles qu'elle occasionne ont pu être dissipées sans se détacher de l'usage actuel du terme « constitution » en défendant une double définition de ce mot. L'attention portée aux spécificités de la catégorie dogmatique de constitution a fait apparaître ses deux caractéristiques majeures : l'existence d'une définition objective indépendante des choix doctrinaux et la relativité de cette définition en raison de son inscription dans un discours du droit déterminé. Malgré cela, l'indétermination relative des présupposés fondamentaux du système juridique français empêche de dégager une réponse précise : il est plus facile de savoir ce que la constitution dogmatique n'est pas que ce qu'elle est. Il est tout de même possible de la décrire comme une sorte d'acte de langage relevant d'une catégorie complexe regroupant deux séries d'actes normatifs dotées d'un régime juridique commun. Le premier groupe est défini par des normes positives, plus précisément par l'article 89 de la Constitution de 1958 et peut-être par l'article 11 de cette même Constitution. Le second groupe, plus important, est défini sur la base des croyances partagées par les acteurs concernant les actes constitutionnels. L'imprécision de ces croyances et la difficulté d'y accéder nous permettent au mieux de formuler des hypothèses quant à cette partie de la définition de la constitution au sens du droit français : elle se rapporterait aux croyances dans la qualité de constitution, utilisées directement ou non, voire se référerait à des idées plus classiques comme l'action du pouvoir constituant, considéré comme un fait institutionnel. La deuxième définition de la catégorie de constitution est très différente car elle se place dans un discours théorique qui possède des objectifs et une méthodologie propres. Cela lui confère une précision sans équivalent car elle est le produit d'un choix arbitraire, encadré par des impératifs tels que le respect du prototype et la conservation d'une portée générale mais également la capacité à faire face aux défis des mutations du droit contemporain. Ces contraintes nous ont conduit à choisir une définition ni matérielle ni formelle qui attribue la qualité constitutionnelle aux normes relevant des catégories dogmatiques normatives situées au niveau hiérarchique de la catégorie dogmatique d'actes normatifs volontairement édictés capable de déterminer l'applicabilité de toutes les catégories dogmatiques normatives d'un ordre juridique autonome rassemblant les normes directement applicables en pratique sur un territoire.

L'association de ces deux sens dûment distingués permet de comprendre ce que l'on veut dire quand l'on dit « X est une constitution » sans se laisser abuser par la polysémie et ainsi d'isoler les mutations potentielles du droit susceptibles de marquer une internationalisation réelle du droit constitutionnel. L'utilisation d'un seul de ces deux sens ne donne qu'un tableau incomplet et brouillé par l'incapacité à saisir clairement les nouveaux rapports juridiques envisageables en droit français et européen. Pourtant, le principal intérêt de l'élucidation menée ne tient sans doute pas à l'élaboration des deux définitions précitées car le sens du terme « constitution » peut évoluer aussi bien sur le plan dogmatique, en cas de variation des normes positives ou de la doctrine générale des sources du droit, que sur le plan théorique, si d'autres choix doctrinaux paraissent plus opportuns. Le point le plus important est en fait la séparation irréductible entre ces deux définitions. La plupart des problèmes rencontrés dans les discours dogmatique et théorique trouvent leur source dans la confusion entre ces deux sens. Seule leur séparation attentive permet de dépasser la polysémie du terme « constitution » en évitant la circularité permanente qui survient quand l'on surestime l'importance dogmatique des décisions théoriques ou l'effet théorique des changements dogmatiques. En optant pour une voie opposée, l'on peut à la fois déterminer les conditions de vérité de la définition dogmatique de la constitution et les conditions de fertilité de la définition théorique de la constitution. L'on peut également écarter les problèmes conceptuels, au premier rang desquels les problèmes apparemment indécidables identifiés dès l'introduction et progressivement dissipés. Ce progrès est le fruit de la démystification du concept de constitution qui résulte du rejet du conceptualisme qu'impose la distinction entre dogmatique et théorique et de la réflexion sur les présupposés dogmatique qui en résulte. Certains dogmes sont alors reconsidérés à l'image du rôle déterminant du pouvoir constituant ou du caractère fondamental de la constitution dans le système juridique. La complexité de la structure des systèmes juridiques s'oppose à la simplicité du modèle de l'ordre juridique entièrement dépendant d'une constitution élaborée par un pouvoir constituant tout-puissant. L'effet de l'élucidation de la catégorie de constitution est donc dans une certaine mesure paradoxal en ce qu'elle débouche sur une clarification de ce qu'être une constitution veut dire en même temps qu'elle relativise fortement les effets de la constitutionnalité. C'est cette approche descriptive et non-conceptualiste qui donne la capacité à penser l'adaptation de la constitution. La séparation des deux sens de la constitution montre leur complémentarité : en même temps que l'impression initiale de polysémie est confirmée, l'on voit apparaître les raisons qui interdisent sa réduction radicale. Assumer l'existence d'une double notion de constitution est une étape indispensable pour saisir l'adaptation de la catégorie en rejetant la tendance à

proposer un choix unique comme si l'on pouvait choisir entre les sens dogmatique et théorique. La dualité n'est pas la réponse au problème de la définition de la constitution mais la grille d'analyse nécessaire pour pouvoir penser l'adaptation de la constitution aux mutations du droit contemporain.

L'intérêt que revêt la séparation des définitions de la constitution participe à la portée générale de l'élucidation réalisée. La place privilégiée des débats sur l'adaptation ne doit pas être mal comprise : ils sont importants en tant que tels mais présentent surtout l'avantage de révéler des difficultés conceptuelles profondes qui étaient présentes même quand elles n'empêchaient pas de comprendre le droit positif. Dans ces conditions, les apports de l'étude de la constitution proposée concernent la notion actuelle de constitution au-delà de la seule question de son adaptation, à l'inverse des tentatives visant à construire une notion de constitution propre au cadre européen. La poursuite ou l'arrêt de l'internationalisation du droit est un enjeu fondamental pour le droit positif mais la plus-value conceptuelle ne dépend pas des suites des développements de ce phénomène : les incertitudes relevées caractérisaient le concept de constitution avant même qu'il soit confronté à l'internationalisation du droit. La place centrale de l'interrogation sur ce sujet suffit à modeler l'évolution de la définition de la constitution indépendamment de sa réussite. En effet, la définition théorique de la constitution s'est progressivement structurée sous l'influence d'une série d'oppositions successives. Dans un premier temps, le XVIIIe et le XIXe siècles ont été marqués par l'opposition entre la constitution considérée comme une structure factuelle et comme une norme : les éléments non-constitutionnels à écarter étaient alors la structure sociale de l'État. Dans un deuxième temps, une fois la dimension normative de la constitution acquise, la fin du XIXe et le XXe ont vu s'opposer la constitution et la loi, c'est-à-dire se scinder la catégorie traditionnelle de loi au sens civiliste. L'assurance de l'originalité de la constitution vis-à-vis de la loi a conduit à un troisième temps dans lequel la tension majeure concerne les rapports entre constitution et droit international. La figure opposée à la constitution varie avec le temps et les débats sur les critères de la définition sont polarisés par cette variation. Cette présentation chronologique tranche avec la démarche analytique suivie pour offrir un panorama complet des définitions de la constitution mais elle explique comment une seule catégorie juridique a pu voir se succéder des définitions et des discussions totalement autonomes. Elle montre en quoi les hésitations théoriques sont liées aux évolutions du droit positif lui-même : le premier temps était lié à la transition entre systèmes coutumiers et législatifs, le deuxième au déclin du légicentrisme quand le troisième s'inscrit dans le contexte de l'internationalisation du droit. Derrière ces transformations du droit positif se cachent des mutations idéologiques profondes,

respectivement l'apparition du volontarisme et du constructivisme social, la lutte entre libéralisme et démocratie et la post-nationalité sous toutes ses formes. Il faut proposer des concepts clairs pour rendre compte de ces évolutions sans pour autant s'engager pour les favoriser ou combattre. Cette limite inhérente à la conception positiviste de l'étude du droit laisse intact l'aspect politique des problèmes indécidables que nous avons évoqués. Expliquer comment un traité peut être une constitution ou comment une entité internationale peut avoir une constitution est une chose, se prononcer sur l'opportunité de ce type de changement en est une autre. La clarification conceptuelle a l'intérêt de faciliter les débats politiques en évitant qu'ils soient bloqués par des confusions dangereuses comme celles qu'impliquent les démarches conceptualistes saturées par des préférences politiques. En sachant ce que l'on veut dire quand l'on parle d'une constitution européenne, l'on est en mesure de savoir si nos préférences nous mènent à promouvoir ou non l'édiction d'une telle norme. L'élucidation de ce genre de question laisse ensuite place à la subjectivité des choix politiques de chacun.

BIBLIOGRAPHIE GENERALE

1. DISCIPLINES NON-JURIDIQUES

1.1. PHILOSOPHIE GENERALE

Ouvrages

Ouvrages généraux

ENGEL Pascal (dir.), *Précis de philosophie analytique*, Paris, PUF, 2000.

LALANDE André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 16e éd., Paris, PUF, 1988.

MONTENOT Jean, *Encyclopédie de la philosophie*, Paris, LGF, 2002.

NADEAU Robert, *Vocabulaire technique et analytique de l'épistémologie*, Paris, PUF, 1999.

RUSS Jacqueline et BADAL-LEGUIL Clotilde, *Dictionnaire de philosophie*, 2e éd., Paris, Bordas, 2004.

Ouvrages spéciaux

ARISTOTE, *Les topiques*, Paris, J. Vrin, 1984.

ARISTOTE, *La métaphysique*, Paris, J. Vrin, 1991, T. I et II.

ARISTOTE, *La politique*, Paris, J. Vrin, 1995.

ARISTOTE, *Catégories*, Paris, Les Belles Lettres, 2001.

ARISTOTE, *Seconds analytiques*, Paris, Flammarion, 2005.

AYER Alfred Jules, *Langage, vérité et logique*, Paris, Flammarion, 1954.

BENTHAM Jeremy, *Fragments sur le gouvernement*, Paris, LGDJ, 1996.

BENTHAM Jeremy, *Manuel de sophismes politiques*, Paris, LGDJ, 1996.

DE PATER W.A., *Les topiques d'Aristote et la dialectique platonicienne. La méthodologie de la définition*, Fribourg, Éd. Saint Paul, 1965.

FOTION Nick, *John Searle*, Teddington, Acumen, 2000.

GARDIES Jean-Louis, *L'erreur de Hume*, Paris, PUF, 1987.

GOCHET Paul, *Quine en perspective*, Paris, Flammarion, 1978.

HABERMAS Jürgen, *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, Fayard, 1987, T. I et II.

HIRSTEIN William, *On Searle*, Belmont, Wadsworth, 2001.

KUHN Thomas, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972.

KUHN Thomas, *La tension essentielle. Tradition et changement dans les sciences*, Paris, Gallimard, 1977.

POPPER Karl, *La logique de la découverte scientifique*, Paris, Payot, 1982.

POPPER Karl, *Le réalisme et la science*, Paris, Hermann, 1990.

PUTNAM Hilary, *Représentation et réalité*, Paris, Gallimard, 1990.

PUTNAM Hilary, *Le réalisme à visage humain*, Paris, Seuil, 1994.

QUINE Van Ormand Willard, *La poursuite de la vérité*, Paris, Seuil, 1993.

SEARLE John, *L'intentionnalité. Essai de philosophie des états mentaux*, Paris, Les éditions de minuit, 1983.

SEARLE John, *La redécouverte de l'esprit*, Paris, Gallimard, 1995.

SEARLE John, *Rationality in Action*, Cambridge, MIT Press, 2001.

VAIHINGER Hans, *The Philosophy of As If. A System of the Theoretical, Pratical and Religious Fictions of Mankind*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1935.

WITTGENSTEIN Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus*, Paris, Gallimard, 1961.

WITTGENSTEIN Ludwig, *Investigations philosophiques*, Paris, Gallimard, 1961.

Thèses et mémoires

HUFSCHMITT Benoît, *Les fonctions philosophiques de la définition dans la pensée antique et classique. De la nécessité des définitions réelles, d'après une relecture de quelques grands auteurs*, Thèse de philosophie et d'épistémologie, Aix-Marseille I, 1995.

Articles

AMSELEK Paul, « La question de la vérité aujourd'hui : bref essai de mise en perspective », *RRJ* 2008, p. 625-635.

BLACK Max, « The Gap Between 'Is' and 'Should' », *in* HUDSON W.D. (dir.), *The Is/Ought Question*, Londres, MacMillan, 1969, p. 99-113.

GAUDIN Claude, « Un point de logique aristotélicienne : le définitionnel », *Mathématique, informatique et sciences humaines* n°116, p. 47-55.

GRANGER Gilles Gaston, « À quoi sert l'épistémologie », *Droit et Société* n°20-21/1992.

GRANGER Gilles Gaston, « La philosophie comme méta-discipline », *in Philosophie, langage, science*, Les Ulis, EDP Sciences, 2003, p. 19-23.

GRANGER Gilles Gaston, « Définir, décrire, montrer », *in Philosophie, langage, science*, Les Ulis, EDP Sciences, 2003, p. 193-205.

PHILLIPS D.Z., « The Possibilities of Moral Advice », *in* HUDSON W.D. (dir.), *The Is/Ought Question*, Londres, MacMillan, 1969, p. 114-119.

POPPER Karl, « Deux aspects du sens commun : une argumentation en faveur du réalisme qui relève du sens commun et contre la théorie de la connaissance qui relève du sens commun », *in La connaissance objective*, Paris, Complexe, 1990, p. 42-118.

POPPER Karl, « Une épistémologie sans sujet connaissant », *in La connaissance objective*, Paris, Complexe, 1990, p. 119-166.

SÈVE René, « L'épistémologie contractualiste de Karl Popper », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 49-61.

WALKER Ralph, « Theories of Truth », *in* HALE Bob et WRIGHT Christia, (dir.), *A Companion to the Philosophy of Language*, Oxford, Blackwell, 1997, p. 309-330.

1.2. PHILOSOPHIE ET SCIENCES DU LANGAGE

Ouvrages

Ouvrages généraux

BRACOPS Martine, *Introduction à la pragmatique*, Bruxelles, De Boeck, 2006.

CROFT Williams et CRUSE Alan, *Cognitive Linguistics*, Cambridge, CUP, 2004.

CRUSE Alan, *Meaning in Language. An Introduction to Semantics and Pragmatics*, 2e éd., Oxford, OUP, 2004.

GARRIC Nathalie et CALAS Frédéric, *Introduction à la pragmatique*, Paris, Hachette, 2007.

GUELPA Patrick, *Introduction à l'analyse linguistique*, Paris, Armand Colin, 1997.

LEVINSON Stephen, *Pragmatics*, Cambridge, CUP, 1983.

MEY Jacob, *Pragmatics. An Introduction*, 2e éd., Oxford, Blackwell, 2001.

SARFATI Georges-Elia, *Précis de pragmatique*, Paris, Nathan, 2002.

TAYLOR John, *Linguistic Categorization*, 3e éd., Oxford, OUP, 2003.

Ouvrages spéciaux

ANDERSSON Jan, *How to Define Performative*, Uppsala, Filosofiska Studier, 1975.

AQVIST Lennart, Performatives and Verifiability by the Use of Language, Uppsala, Filosofiska Studier, 1972.

AUSTIN John Langshaw, *Quand dire c'est faire*, Paris, Seuil, 1970.

AUSTIN John Langshaw, *Écrits philosophiques*, Paris, Seuil, 1994.

BENVENISTE Emile, *Problèmes de linguistique générale*, Paris, Gallimard, 1966.

BORSODI Ralph, *The Definition of Definition*, Boston, Porter Sargent Publisher, 1967.

CARNAP Rudolf, *Signification et nécessité*, Paris, Gallimard, 1997.

DANIELSSON Sven, *Some Conceptions of Performativity*, Uppsala, Filosofiska Studier, 1973.

DUCROT Oswald, *Dire et ne pas dire*, 3e éd., Paris, Hermann, 1998.

ENGEL Pascal, *Davidson et la philosophie du langage*, Paris, PUF, 1994.

FURBERG Mats, *Saying and Meaning. A Main Theme in J.L. Austin's Philosophy*, Oxford, Basil Blackwell, 1971.

GADAMAR Hans-Georg, *Langage et vérité*, Paris, Gallimard, 1995.

GRICE Paul, *Studies in the Way of Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1989.

KERBRAT-ORECCHIONI Catherine, *Les actes de langage dans le discours*, Paris, Nathan, 2001.

KLEIBER Georges, *La sémantique du prototype. Catégories et sens lexical*, Paris, PUF, 1990.

KLEIBER Georges, *Problèmes de sémantique. La polysémie en question*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1999.

KRIPKE Saul, *La logique des noms propres*, Paris, Les éditions de minuit, 1982.

LAKOFF George, Women, *Fire and Dangerous Things. What Categories Reveal About the Mind*, Chicago, The University of Chicago Press, 1997.

LAMBERTS Koen et SHANKS David (dir.), *Knowledge, Concepts and Categories*, Cambridge, MIT Press, 1997.

QUINE Van Ormand Willard, *Le mot et la chose*, Paris, Flammarion, 1999.

RECANATI François, *Les énoncés performatifs*, Paris, Les éditions de minuit, 1981.

RECANATI François, *Le sens littéral. Langage, contexte, contenu*, Paris, L'éclat, 2004.

RICKERT Heinrich, *Théorie de la définition*, Paris, Gallimard, 1997.

ROBINSON Richard, *Definition*, Oxford, Clarendon, 1950.

SAGER Juan (dir.), *Essays on Definition*, Amsterdam, John Benjamins, 2000.

SEARLE John, *Les actes de langage. Essai de philosophie du langage*, Paris, Hermann, 1972.

SEARLE John et VANDERVEKEN Daniel, *Foundations of Illocutionary Logic*, Cambridge, CUP, 1985.

SMITH Edward et MEDIN Douglas, *Categories and Concepts*, Cambridge, Harvard University Press, 1981.

VANDERVEKEN Daniel, *Les actes de discours, Bruxelles*, Pierre Mardaga, 1988.

VANDERVEKEN Daniel, *Meaning and Speech Acts*, Cambridge, CUP, 1991, T. I.

Thèses et mémoires

REBEYROLLE Josette, *Forme et fonction de la définition en discours*, Thèse de linguistique, Toulouse II, 2000.

Articles

ALSTON William, « Linguistic Acts », *American Philosophical Quarterly* 1964, p. 138-146.

ALSTON William, « Illocutionary Acts and Linguistic Meaning », *in* TSOHATZIDIS Savas (dir.), *Foundations of Speech Act Theory. Philosophical and Linguistic Perspectives*, Londres, Routledge, 1994, p. 29-49.

ANSCOMBRE Jean-Claude, « Voulez-vous dériver avec moi ? », *Communications* n°32, p. 61-124.

AOMI Junichi, « Persuasive Definitions in Social Sciences and Social Thought », *in* BULYGIN Eugenio, GARDIES Jean-Louis et NIINILUOTO Illka (dir.), *Man, Law and Modern Forms of Life*, Dordrecht, D. Reidel, 1985, p. 187-190.

APEL Karl Otto, « Is Intentionality More Basic Than Linguistic Meaning ? », *in* LEPORE Ernest et VAN GULICK Robert (dir.), *John Searle and his Critics*, Oxford, Blackwell, 1993, p. 31-55.

AUROUX Sylvain, « La définition et la théorie des idées », *in* Centre d'étude du lexique, *La définition*, Paris, Larousse, 1990, p. 30-40.

AVRAMIDES Anita, « Intention and Convention », *in* HALE Bob et WRIGHT Christia, (dir.), *A Companion to the Philosophy of Language*, Oxford, Blackwell, 1997, p. 60-86.

BACH Kent et HARNISH Robert, « How Performatives Really Work : a Reply to Searle », *Linguistics and Philosophy* 1992, p. 93-110.

BAKER Gordon et HACKER Peter, « Rules, Definitions and the Naturalistic Fallacy », *American Philosophical Quarterly* 1966, p. 299-305.

BASH Kent, « Pragmatics and the Philosophy of Language », *in* HORN Laurence et WARD Gregory (dir.), *The Handbook of Pragmatics*, Oxford, Blackwell, 2004, p. 463-487.

BERRENDONNER Alain, « Présentation », *Linguistique et sémiotique* n°4-1977, p. 5-15.

BIERWISH Manfred, « Semantic Structure and Illocutionary Force », *in* SEARLE John, KIEFER Ferenc et BIERWISH Manfred (dir.), *Speech Act Theory and Pragmatics*, Dordrecht, D. Reidel, 1980, p. 1-35.

BLACK Max, « Austin on Performatives », *Philosophy* 1963, p. 217-226.

BÖER Steven, « Speech Acts and Constitutive Rules », *The Journal of Philosophy* 1974, p. 169-174.

BRUXELLES Sylvie et SERVERIN Evelyne, « Du judiciaire au juridique. Un procès d'avortement dans les revues de jurisprudence », *Langages* n°53, p. 51-66.

BURIDAN Claude, « Définition et étymologie dans la lexicographie et la lexicologie médiévale », *in* Centre d'études du lexique, *La définition*, Paris, Larousse, 1990, p. 43-59.

BURKHARDT Armin, « Speech Act Theory, the Decline of Paradigm », *in* BURKHARDT Armin (dir.), *Speech Acts, Meaning and Intentions. Critical Approaches to the Philosophy of John R. Searle*, Berlin, De Gruyter, 1990, p. 91-128.

CAMERON J.R., « Sentence-Meaning and Speech Acts », *The Philosophical Quarterly* 1970, p. 97-117.

CARGILE James, « Real and Nominal Definitions », *in* FETZER James, SHATZ David et SCHLESINGER George (dir.), *Definitions and definability : Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Kluwer, 1991, p. 21-50.

CERF Walter, « Critical Review of 'How to Do Things With Words' », *in* FANN K.T. (dir.), *Symposium on J.L. Austin*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1969, p. 351-379.

CHARAUDEAU Patrick, « Une théorie des sujets de langage », *Langage et société* n°28, p. 37-51.

CHOMSKY Noam, « A Review of B.F. Skinner's 'Verbal Behavior' », *Language* 1959, p. 26-58.

CROSBY John, « Speech Act Theory and Phenomenology », *in* BURKHARDT Armin (dir.), *Speech Acts, Meaning and Intentions. Critical Approaches to the Philosophy of John R. Searle*, Berlin, De Gruyter, 1990, p. 62-88.

CRUSE D.A., « Prototype Theory and Lexical Semantics », *in* TSOHATZIDIS S.L. (dir.), *Meanings and Prototype. Studies in Linguistic Categorization*, Londres, Routledge, 1990, p. 382-402.

DE BESSÉ Bruno, « La définition terminologique », *in* Centre d'études du lexique, *La définition*, Paris, Larousse, 1990, p. 252-261.

DE SOUSA MELO Candida, « Possible Directions of Fit Between Mind, Language and the World », *in* VANDERVEKEN Daniel et KUBO Susumu (dir.), *Essays in Speech Act Theory*, Amsterdam, John Benjamins, 2002, p. 109-117.

DUBOIS Jean, « Énoncé et énonciation », *Langages* n°13, p. 100-110.

DUBS Homer, « Definition and its Problem », *Philosophical Review* 1943, p. 566-577.

DUCROT Oswald, « Illocutoire et performatif », *Linguistique et sémiotique* n°4-1977, p. 17-53.

ENGEL Pascal, « Herméneutique, langage et vérité », *Studia Philosophica* 1998, p. 118-131.

FETZER James, « Aspects of the Theory of Definition », *in* FETZER James, SHATZ David et SCHLESINGER George (dir.), *Definitions and definability : Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Kluwer, 1991, p. 3-21.

FETZER James, « Primitive Concepts, Habits, Conventions and Law », *in* FETZER James, SHATZ David et SCHLESINGER George (dir.), *Definitions and definability : Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Kluwer, 1991, p. 51-67.

FORBES Graeme, « Essentialism », *in* HALE Bob et WRIGHT Christian (dir.), *A Companion to the Philosophy of Language*, Oxford, Blackwell, 1997, p. 515-533.

FORGUSON Lynd, « In Pursuit of Performatives », *in* FANN K.T. (dir.), *Symposium on J.L. Austin*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1969, p. 412-469.

FORGUSON Lynd, « Locutionary and lllocutionary Acts », *in Essays on J.L. Austin*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1973, p. 160-185.

FRADIN Bernard et MARANDIN Jean-Marie, « Autour de la définition : de la lexicographie à la sémantique », *Langue française* n°43, p. 60-83.

FURBERGS Mats, « Meaning and Illocutionary Force », *in* FANN K.T. (dir.), *Symposium on J.L. Austin*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1969, p. 445-468.

GAUKER Christopher, « On the Alledged Priority of Thought Over Language », *in* TSOHATZIDIS Savas (dir.), *John Searle's Philosophy of Language. Force, Meaning and Mind*, Cambridge, CUP, 2007, p. 125-141.

GINISTI Jean-Pierre, « Les problèmes de la définition », *Mathématique, informatique et sciences humaines* n°116, p. 5-22.

GOCHET Paul, « Performatif et force illocutionnaire », *Logique et analyse* n°8, p. 155-172.

GREEN Mitchell, « How Do Speech Acts Express Psychological States ? », *in* TSOHATZIDIS Savas (dir.), *John Searle's Philosophy of Language. Force, Meaning and Mind*, Cambridge, CUP, 2007, p. 267-283.

GREWENDORF Günther, « How Performatives Don't Work », *in* GREWENDORF Günther et MEGGLE Georg (dir.), *Speech Acts, Mind and Social Reality. Discussions with John R. Searle*, Dordrecht, Kluwer, 2002, p. 25-40.

HABERMAS Jürgen, « Comments on John Searle : Meaning, Communication and Representation », *in* LEPORE Ernest et VAN GULICK Robert (dir.), *John Searle and his Critics*, Oxford, Blackwell, 1993, p. 17-29.

HARNISH Robert, « Speech Acts and Intentionality », *in* BURKHARDT Armin (dir.), *Speech Acts, Meaning and Intentions. Critical Approaches to the Philosophy of John R. Searle*, Berlin, De Gruyter, 1990, p. 169-193.

HARNISH Robert, « Are Performatives Utterances Declarations ? », *in* GREWENDORF Günther et MEGGLE Georg (dir.), *Speech Acts, Mind and Social Reality. Discussions with John R. Searle*, Dordrecht, Kluwer, 2002, p. 41-64.

HARTNACK Justus, « The Performatory Use of Sentences », *Theoria* 1963, p. 137-146.

HARTNACK Justus, « The Primacy of Language », *in Festkrif til Professor, Dr. Jur. & Phil. Alf Ross*, Copenhague, Jurisforbundets Forlag, 1969, p. 185-190.

HEDENIUS Ingemar, « Performatives », *Theoria* 1963, p. 115-136.

JAYEZ Jacques, « Règles et conventions dans les actes de langage », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, p. 37-51.

JONATHAN COHEN L., « Do Illocutionary Forces Exist ? », *The Philosophical Quarterly* 1964, p. 118-137.

KASHER Asa, « Are Speech Acts Conventional ? », *Journal of Pragmatics* 1984, p. 65-70.

KERBRAT-ORECCHIONI Catherine, « Note sur les concepts d'illocutoire et de performatif », *Linguistique et sémiotique* n°4-1977, p. 163-184.

KERBRAT-ORECCHIONI Catherine, « Où en sont les actes de langage ? », *L'information grammaticale* n°66, p. 5-12.

KORTA Kepa et PERRY John, « How to Say Things With Words », *in* TSOHATZIDIS Savas (dir.), *John Searle's Philosophy of Language. Force, Meaning and Mind*, Cambridge, CUP, 2007, p. 169-188.

LAUGIER Sandra, « Acte de langage ou pragmatique », *RMM* 2004, p. 279-303.

LAUGIER Sandra, « Performativité, normativité et droit », *Archives de philosophie* 2004, p. 607-627.

LEHRER Adrienne, « Prototype Theory and its Implication for Lexical Analysis », *in* TSOHATZIDIS S.L. (dir.), *Meanings and Prototype. Studies in Linguistic Categorization*, Londres, Routledge, 1990, p. 368-381.

LEONARDO Paolo, « On Conventions, Rules and Speech Acts », *Journal of Pragmatics* 1984, p. 71-86.

LIEDTKE Frank, « Representational Semantics and Illocutionary Acts », *in* BURKHARDT Armin (dir.), *Speech Acts, Meaning and Intentions. Critical Approaches to the Philosophy of John R. Searle*, Berlin, De Gruyter, 1990, p. 194-209.

LO LIPARO Franco, « Aristote : la syllabe comme modèle de la signification et de la définition », *in* Centre d'études du lexique, *La définition*, Paris, Larousse, 1990, p. 24-29.

MALCOM Norman, « I Believe That P », *in* LEPORE Ernest et VAN GULICK Robert (dir.), *John Searle and his Critics*, Oxford, Blackwell, 1993, p. 158-167.

MARCUS Solomon, « Definitions logiques et définitions lexicographiques », *Langages* n°19, p. 87-91.

MARTIN Robert, « La définition naturelle », *in* Centre d'études du lexique, *La définition*, Paris, Larousse, 1990, p. 86-95.

MARTINICH Al, « On the Proper Treatment of Performatives », *in* GREWENDORF Günther et MEGGLE Georg (dir.), *Speech Acts, Mind and Social Reality. Discussions with John R. Searle*, Dordrecht, Kluwer, 2002, p. 93-104.

MOTSCH Wolfgang, « Situational Context and Illocutionary Force », *in* SEARLE John, KIEFER Ferenc et BIERWISH Manfred (dir.), *Speech Act Theory and Pragmatics*, Dordrecht, D. Reidel, 1980, p. 155-168.

NORDEMSTAM Tore, « On Austin's Theory of Speech Acts », *Mind* 1966, p. 141-143.

PERELMAN Chaïm, « Perspectives rhétoriques sur les problèmes sémantiques », *Logique et analyse* 1974, p. 241-252.

RABOSSI Eduardo, « Meaning Force and Explicit Performatives », *in* GARCIA Jorge, RABOSSI Eduardo, VILLANUEVA Enrique et DASCAL Marcelo (dir.), *Philosophical Analysis in Latin America*, Dordrecht, D. Reidel, 1984, p. 142-165.

RANSDELL Joseph, « Constitutive Rules and Speech-Act Analysis », *The Journal of Philosophy* 1971, p. 385-400.

RÉCANATI François, « Le développement de la pragmatique », *Langue française* n°42, p. 6-20.

RÉCANATI François, « Qu'est-ce qu'un acte locutionnaire ? », *Communications* n°32, p. 190-215.

RÉCANATI François, « Some Remarks on Explicit Performatives, Indirect Speech Act, Locutionary Meaning and Truth Value », *in* SEARLE John, KIEFER Ferenc et BIERWISH Manfred (dir.), *Speech Act Theory and Pragmatics*, Dordrecht, D. Reidel, 1980, p. 205-220.

RÉCANATI François, « La pensée d'Austin et son originalité par rapport à la philosophie analytique antérieure », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, p. 19-36.

RÉCANATI François, « The Limits of Expressibility », *in* SMITH Barry (dir.), *John Searle*, Cambridge, CUP, 2003, p. 189-213.

RÉCANATI François, « Pragmatics and Semantics », *in* HORN Laurence et WARD Gregory (dir.), *The Handbook fo Pragmatics*, Oxford, Blackwell, 2004, p. 442-462.

REY Alain, « Définir la définition », *in* Centre d'étude du lexique, *La définition*, Paris, Larousse, 1990, p. 13-22.

RIEGEL Martin, « La définition, acte du langage ordinaire », *in* Centre d'étude du lexique, *La définition*, Paris, Larousse, 1990, p. 97-109.

ROSS Alf, « The Rise and Fall of the Doctrine of Performatives », *in* OLSON Raymond et PAUL Anthony (dir.), *Contemporary Philosophy in Scandinavia*, Londres, The John Hopkins Press, 1972, p. 197-212.

RYAN Alan, « Faire des choses avec des mots », *Archives de philosophie* 1967, p. 20-35.

RYLE Gilbert, « The Theory of Meaning », *in British Philosophy in the Mid-Century*, Londres, George Allen & Unwin Ltd, 1966, p. 239-264.

SADOCK Jerrold, « Speech Acts », *in* HORN Laurence et WARD Gregory (dir.), *The Handbook of Pragmatics*, Oxford, Blackwell, 2004, p. 53-73.

SEARLE John, « Theories of Meaning and the Uses of Language », *in* RACHELS James et TILLMAN Frank (dir.), *Philosophical Issues. A Contemporary Introduction*, New York, Harper & Row, 1972, p. 294-303.

SEARLE John, « Austin on Locutionary and Illocutionary Acts », *in Essays on J.L. Austin*, Oxford, Clarendon, 1973, p. 141-159.

SEARLE John, « Taxinomie des actes illocutoires », *in Sens et expression*, Paris, Les éditions de minuit, 1979, p. 39-70.

SEARLE John, « Les actes de langage et la linguistique d'aujourd'hui », *in Sens et expression*, Paris, Les éditions de minuit, 1979, p. 217-236.

SEARLE John, « Response : Meaning, Intentionality and Speech Acts », *in* LEPORE Ernest et VAN GULICK Robert (dir.), *John Searle and his Critics*, Oxford, Blackwell, 1993, p. 81-102.

SEARLE John, « Response : Perception and the Satisfaction of Intentionality », *in* LEPORE Ernest et VAN GULICK Robert (dir.), *John Searle and his Critics*, Oxford, Blackwell, 1993, p. 181-192.

SEARLE John, « How Performatives Work », *in* VANDERVEKEN Daniel et KUBO Susumu (dir.), *Essays in Speech Act Theory*, Amsterdam, John Benjamins, 2002, p. 85-107.

SEARLE John, « What Is Language : Some Preliminary Remarks », *in* TSOHATZIDIS Savas (dir.), *John Searle's Philosophy of Language. Force, Meaning and Mind*, Cambridge, CUP, 2007, p. 15-47.

SESONSKE Alexander, « Performatives », *Journal of Philosophy* 1965, p. 459-468.

SKORUPSKI John, « Meaning, Use and Verification », *in* HALE Bob et WRIGHT Christia, (dir.), *A Companion to the Philosophy of Language*, Oxford, Blackwell, 1997, p. 29-59.

SMITH Barry, « Towards a History of Speech Act Theory », *in* BURKHARDT Armin (dir.), *Speech Acts, Meaning and Intentions. Critical Approaches to the Philosophy of John R. Searle*, Berlin, De Gruyter, 1990, p. 29-61.

SORENSEN Roy, « Vagueness and the Desiderata for Definition », *in* FETZER James, SHATZ David et SCHLESINGER George (dir.), *Definitions and definability : Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Kluwer, 1991, p. 71-109.

STRAWSON Peter Frederick, « Phrase et actes de paroles », *Langages* n°17, p. 19-33.

STRAWSON Peter Frederick, « Austin on Locutionary Meaning », *in Essays on J.L. Austin*, Oxford, Clarendon, 1973, p. 46-68.

STRAWSON Peter Frederick, « De l'acte de référence », *in Études de logique et de linguistique*, Paris, Seuil, 1977, p. 9-38.

STRAWSON Peter Frederick, « Intention et convention dans les actes de langage », *in Études de logique et de linguistique*, Paris, Seuil, 1977, p. 173-194.

STRAWSON Peter Frederick, « Signification et vérité », *in Études de logique et de linguistique*, Paris, Seuil, 1977, p. 195-215.

TODOROV Tzvetan, « Problèmes de l'énonciation », *Langages* n°17, p. 3-11.

TRAVIS Charles, « Pragmatics », *in* HALE Bob et WRIGHT Christia, (dir.), *A Companion to the Philosophy of Language*, Oxford, Blackwell, 1997, p. 87-107.

TROGNON Alain, « La Déclaration en tant qu'acte de discours », *in* BORELLA François (dir.), *Les valeurs de la Révolution devant la science actuelle*, Nancy, PUN, 1990, p. 79-96.

TSOHATZIDIS Savas, « The Gap Between Speech Acts and Mental States », *in* TSOHATZIDIS Savas (dir.), *Foundations of Speech Act Theory. Philosophical and Linguistic Perspectives*, Londres, Routledge, 1994, p. 220-233.

VANDERVEKEN Daniel, « Illocutionary Logic and Self-Defeating Speech Acts », *in* SEARLE John, KIEFER Ferenc et BIERWISH Manfred (dir.), *Speech Act Theory and Pragmatics*, Dordrecht, D. Reidel, 1980, p. 247-272.

VANDERVEKEN Daniel, « On the Unification of Speech Act Theory and Formal Semantics », *in* COHEN Philip, MORGAN Jerry et POLLACK Martha (dir.), *Intentions in Communication*, Cambridge, MIT Press, 1990, p. 195-220.

VANDERVEKEN Daniel, « Searle on Meaning and Action », *in* GREWENDORF Günther et MEGGLE Georg (dir.), *Speech Acts, Mind and Social Reality. Discussions with John R. Searle*, Dordrecht, Kluwer, 2002, p. 141-163.

VENDLER Zeno, « Les performatifs en perspective », *Langages* n°17, p. 73-90.

VERSCHUEREN Jef, « À la recherche d'une pragmatique unifiée », *Communications* n°32, p. 274-283.

WARNOCK Geoffrey James, « Some Types of Performative Utterance », *in Essays on J.L. Austin*, Oxford, Clarendon, 1973, p. 69-89.

WEINREICH Uriel, « La définition lexicographique dans la sémantique descriptive », *Langages* n°19, p. 69-86.

WIERZBICKA Anna, « Prototype Save : on the Uses and Abuses of the Notion of 'Prototype' in Linguistic and Related Fiels », *in* TSOHATZIDIS S.L. (dir.), *Meanings and Prototype. Studies in Linguistic Categorization*, Londres, Routledge, 1990, p. 347-367.

WUNDERLICH Dieter, « Methodological Remarks on Speech Act Theory », *in* SEARLE John, KIEFER Ferenc et BIERWISH Manfred (dir.), *Speech Act Theory and Pragmatics*, Dordrecht, D. Reidel, 1980, p. 291-312.

1.3. PHILOSOPHIE ET SCIENCES SOCIALES

Ouvrages

Ouvrages spéciaux

BERGER Peter et LUCKMANN Thomas, *La construction sociale de la réalité*, Paris, Armand Colin, 2006.

BOURDIEU Pierre, *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982.

CASTORIADIS Cornelius, *L'institution imaginaire de la société*, Paris, Seuil, 1975.

CASTORIADIS Cornelius, *Ce qui fait la Grèce. D'Homère à Héraclite*, Paris, Seuil, 2004, T. I.

CLÉMENT Fabrice et KAUFMANN Laurence, *Le monde selon John Searle*, Paris, Les éditions du Cerf, 2005.

COHEN Jonathan, *An Essay on Belief and Acceptance*, Oxford, OUP, 1992.

GIDDENS Anthony, *La constitution de la société*, Paris, PUF, 1987.

LEWIS David, *Convention*, Oxford, Blackwell, 2002.

MEIJERS Anthonie, *Speech Acts, Communication and Collective Intentionality. Beyond Searle's Individualism*, Leyde, Rijkuniversiteit, 1994.

NIZET Jean, *La sociologie de Giddens*, Paris, La Découverte, 2007.

SEARLE John, *La construction de la réalité sociale*, Paris, Gallimard, 1998.

SEARLE John, *Mind, Language and Society. Doing Philosophy in the Real World*, Londres, Weidenfeld & Nicolson, 1999.

TUOMELA Raimo, *The Philosophy of Social Practices. A Collective Acceptance View*, Cambridge, CUP, 2002.

TUOMELA Raimo, *The Philosophy of Sociality. The Shared Point of View*, Oxford, OUP, 2007.

WEBER Max, *Économie et société*, Paris, Plon, 1995, T. I et II.

WINCH Peter, *The Idea of Social Science and its Relation to Philosophy*, 2e éd., Londres, Routledge, 1990.

Articles

ADONON Akuavi, PLANCON Caroline et EBERHARD Christophe, « Les cultures juridiques », *in* RUDE-ANTOINE Edwige et CHRÉTIEN-VERNICOS Geneviève (dir.), *Anthropologies et droits. États des savoirs et orientations contemporaines*, Paris, Dalloz, 2009, p. 204-243.

ANSCOMBE G.E.M., « On Brute Facts », *Analysis* 1958, p. 69-72.

BARNES Stanley, « Searle on Social Reality : Process is Prior to Product », *in* GREWENDORF Günther et MEGGLE Georg (dir.), *Speech Acts, Mind and Social Reality. Discussions with John R. Searle*, Dordrecht, Kluwer, 2002, p. 247-258.

BOURDIEU Pierre, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en science sociale* n°64, p. 3-19.

CAMERON J.R., « The Nature of Institutional Obligations », *The Philosophical Quarterly* 1972, p. 318-332.

CELANO Bruno, « Collective Intentionality, Self-Referentiality and False Beliefs : Some Issues Concerning Institutional Facts », *Analyse und Kritik* 1999, p. 237-250.

CHERRY Christopher, « Regulative Rules and Constitutive Rules », *The Philosophical Quarterly* 1973, p. 301-315.

CONTE Amedeo, « Eidetic-Constitutive Rules », *in* PINTORE Ana et JORI Mario (dir.), *Law and Language. The Italian Analytical School*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1997, p. 133-146.

CONTE Amedeo, « Eidos an Essay on Constitutive Rules », *in* DI BERNARDO Giuliano (dir.), *Normative Structures of the Social World*, Amsterdam, Rodopi, 1988, p. 251-257.

D'ANDRADE Roy, « Commentary on Searle's Social Ontology : Some Basic Principles », *Anthropological Theory* 2006, p. 30-39.

DAVIDOVITCH André, « Catégories juridiques et catégories sociologiques : remarques sur l'emploi en sociologie de quelques classifications juridiques », *Épistémologie sociologique* 1967, p. 253-282.

DE GREEF Jan, « Peut-on fonder des conventions », *RIEJ* 1980.4, p. 87-118.

DE GREEF Jan, « Conventions normatives et performatives », *in Conceptions contemporaines du droit – 9e congrès mondial IVR*, *ARSP Supplementa* vol. 1, part I, p. 187-198.

FITZPATRICK Dan, « Searle and Collective Intentionality. The Self-Defeating Nature of Internalism With Respect to Social Facts », *in* KOESPELL David et MOSS Laurence (dir.), *John's Searle About Social Reality. Extensions, Criticisms and Reconstructions*, Oxford, Blackwell, 2003, p. 45-66.

FLETCHER Georges, « Law », *in* SMITH Barry (dir.), *John Searle*, Cambridge, CUP, 2003, p. 85-101.

FLEW Anthony, « On Not Deriving 'Ought' from 'Is' », *in* HUDSON W.D. (dir.), *The Is/Ought Question*, Londres, MacMillan, 1969, p. 135-143.

FRENCH Peter, « Institutional and Moral Obligations », *The Journal of Philosophy* 1977, p. 575-587.

FRIEDMAN Jonathan, « Comment on Searle's 'Social Ontology'. The Reality of the Imaginiry and the Cunning of the Non-Intentional », *Anthropological Theory* 2006, p. 70-80.

GILBERT Margaret, « Searle and Collective Intentions », *in* TSOHATZIDIS Savas (dir.), *Intentional Acts and Institutional Facts. Essays on John Searle's Social Ontology*, Berlin, Springer, 2007, p. 31-48.

GROSS Neil, « Comment on Searle », *Anthropological Theory* 2006, p. 45-56.

GUASTINI Riccardo, « Six Concepts of Constitutive Rules », *Annali della Facolta di Giurisprudenza di Genova* 1982-1983, p. 487-495.

GUASTINI Riccardo, « Constitutive Rules and the Is-Ought Dichotomy », *in* DI BERNARDO Giuliano (dir.), *Normative Structures of the Social World*, Amsterdam, Rodopi, 1988, p. 79-99.

HARE Richard Mervyn, « The Promising Game », *in* FOOT Philippa (dir.), *Theories of Ethics*, Oxford, OUP, 1967, p. 115-127.

HINDRIKS Frank, « Social Ontology Collective Intentionality and Ockhamian Scepticism », *in* MEGGLE Georg (dir.), *Social Facts and Collective Intentionality*, Francfort, Dr. Hänsel-Hohenausen, 2002, p. 125-149.

HINDRIKS Frank, « The New Role of Constitutive Rule », *in* KOESPELL David et MOSS Laurence (dir.), *John's Searle About Social Reality. Extensions, Criticisms and Reconstructions*, Oxford, Blackwell, 2003, p. 185-208.

HUDSON W.D., « The Is-Ought Controversy », *in* HUDSON W.D. (dir.), *The Is/Ought Question*, Londres, MacMillan, 1969, p. 168-172.

HULSEN Peter, « Back to Basis : a Theory of the Emergence of Institutional Facts », *Law and Philosophy* 1998, p. 271-299.

JOHANSSON Ingvar, « Searle's Monadological Construction of Social Reality », *in* KOESPELL David et MOSS Laurence (dir.), *John's Searle About Social Reality. Extensions, Criticisms and Reconstructions*, Oxford, Blackwell, 2003, p. 3-29.

LUDWIG Kirk, « Foundations of Social Reality in Collective Intentional Behavior », *in* TSOHATZIDIS Savas (dir.), *Intentional Acts and Institutional Facts. Essays on John Searle's Social Ontology*, Berlin, Springer, 2007, p. 49-71.

LUKES Steven, « Searle and His Critics », *Anthropological Theory* 2006, p. 5-11.

LUKES Steven, « Searle vs. Durkheim », *in* TSOHATZIDIS Savas (dir.), *Intentional Acts and Institutional Facts. Essays on John Searle's Social Ontology*, Berlin, Springer, 2007, p. 191-201.

MARMOR Andrei, « Deep Conventions », *Philosophy and Phenomenological Research* 2007, p. 586-610.

MATHIESEN Kay, « Searle, Collective Intentions and Individualism », *in* MEGGLE Georg (dir.), *Social Facts and Collective Intentionality*, Francfort, Dr. Hänsel-Hohenausen, 2002, p. 185-205.

MCCLELLAN J.E. et KOMISAR B.P., « On Deriving 'Ought' From 'Is' », *in* HUDSON W.D. (dir.), *The Is/Ought Question*, Londres, MacMillan, 1969, p. 157-162.

MCCLOSEY, « Two Concepts of Rules – a Note », *The Philosophical Quarterly* 1972, p. 344-348.

MEIJERS Anthonie, « Can Collective Intentionality Be Individualized ? », *in* KOESPELL David et MOSS Laurence (dir.), *John's Searle About Social Reality. Extensions, Criticisms and Reconstructions*, Oxford, Blackwell, 2003, p. 167-183.

MILLER Dolores, « Constitutive Rules and Essential Rules », *Philosophical Studies* n°39/1981, p. 183-197.

MILLER Seumas, « Joint Action : the Individual Strikes Back », *in* TSOHATZIDIS Savas (dir.), *Intentional Acts and Institutional Facts. Essays on John Searle's Social Ontology*, Berlin, Springer, 2007, p. 73-91.

MISCEVIC Nenad, « Explaining Collective Intentionality », *in* KOESPELL David et MOSS Laurence (dir.), *John's Searle About Social Reality. Extensions, Criticisms and Reconstructions*, Oxford, Blackwell, 2003, p. 257-267.

MOURAL Josef, « Searle's Theory of Institutional Facts : a Program of Critical Revision », *in* GREWENDORF Günther et MEGGLE Georg (dir.), *Speech Acts, Mind and Social Reality. Discussions with John R. Searle*, Dordrecht, Kluwer, 2002, p. 271-286.

MULLIGAN Kevin, « Searle, Derrida and the Ends of Phenomenolohy », *in* SMITH Barry (dir.), *John Searle*, Cambridge, CUP, 2003, p. 261-285.

RAKOCZY Hannes et TOMASELLO Michael, « The Ontogeny of Social Ontology : Steps to Shared Intentionality and Status Functions », *in* TSOHATZIDIS Savas (dir.), *Intentional Acts and Institutional Facts. Essays on John Searle's Social Ontology*, Berlin, Springer, 2007, p. 113-137.

RAWLS John, « Two Concepts of Rules », *in* FOOT Philippa (dir.), *Theories of Ethics*, Oxford, OUP, 1967, p. 144-170.

RUDE-ANTOINE Edwige, YOUNÈS Carole et MILLARD Éric, « Norme, normativité, judicité », *in* RUDE-ANTOINE Edwige et CHRÉTIEN-VERNICOS Geneviève (dir.), *Anthropologies et droits. États des savoirs et orientations contemporaines*, Paris, Dalloz, 2009, p. 77-106.

SAMEK Robert, « Performative Utterances and the Concept of Contract », *Australian Journal of Philosophy* 1965, p. 196-210.

SANCHEZ-CUENCA Ignacio, « A Behavioral Critique of Searle's Theory of Institutions », *in* TSOHATZIDIS Savas (dir.), *Intentional Acts and Institutional Facts. Essays on John Searle's Social Ontology*, Berlin, Springer, 2007, p. 175-190.

SCHMID Hans-Bernhard, « Rationality-in-Relations », *in* KOESPELL David et MOSS Laurence (dir.), *John's Searle About Social Reality. Extensions, Criticisms and Reconstructions*, Oxford, Blackwell, 2003, p. 67-101.

SEARLE John, « Collective Intentions and Actions », *in* COHEN Philip, MORGAN Jerry et POLLACK Martha (dir.), *Intentions in Communication*, Cambridge, MIT Press, 1990, p. 401-415.

SEARLE John, « Intentionalistic Explanations in the Social Sciences », *Philosophy of Social Sciences* 1991, p. 332-344.

SEARLE John, « Replies to Critics of the *Construction of Social Reality* », *History of the Human Sciences* 1997, p. 103-110.

SEARLE John, « Social Ontology and the Philosophy of Society », *Analyse und Kritik* 1998, p. 143-158.

SEARLE John, « L'ontologie de la réalité sociale : réponse à Barry Smith », *in* LIVET Pierre et OGIEN Ruwen (dir.), *L'enquête ontologique. Du mode d'existence des objets sociaux*, Paris, EHESS, 2000, p. 199-208.

SEARLE John, « Speech Acts, Mind and Social Reality », *in* GREWENDORF Günther et MEGGLE Georg (dir.), *Speech Acts, Mind and Social Reality. Discussions with John R. Searle*, Dordrecht, Kluwer, 2002, p. 3-16.

SEARLE John, « Réalité institutionnelle et représentation linguistique », *in* BOUVERESSE Jacques et ROCHE Daniel (dir.), *La liberté par la connaissance*, Paris, Odile Jacob, 2004, p. 189-214.

SEARLE John, « Social Ontology. Some Basic Principles », *Anthropological Theory* 2006, p. 12-29?

SEARLE John, « Culture and Fusion. Reply to D'Andrade », *Anthropological Theory* 2006, p. 40-44.

SEARLE John, « Searle Versus Durkheim and the Waves of Thougt. Reply to Gross », *Anthropological Theory* 2006, p. 57-69.

SEARLE John, « Reality and Social Construction. Reply to Friedman », *Anthropological Theory* 2006, p. 81-88.

SEARLE John, « Reality and Relativism. Shweder on a Which ? Hunt », *Anthropological Theory* 2006, p. 112-121.

SEARLE John, « Social Ontology : the Problem and Steps Toward a Solution », *in* TSOHATZIDIS Savas (dir.), *Intentional Acts and Institutional Facts. Essays on John Searle's Social Ontology*, Berlin, Springer, 2007, p. 11-29.

SHWEDER Richard, « John Searle on a Witch Hunt. A Commentary on John Searle's Essay 'Social Ontology : Some Basic Principles », *Anthropological Theory* 2006, p. 89-111.

SMITH Barry, « L'ontologie de la réalité sociale : une critique de John Searle », *in* LIVET Pierre et OGIEN Ruwen (dir.), *L'enquête ontologique. Du mode d'existence des objets sociaux*, Paris, EHESS, 2000, p. 185-198.

SMITH Barry, « John Searle From Speech Acts to Social Reality », *in* SMITH Barry (dir.), *John Searle*, Cambridge, CUP, 2003, p. 1-33.

THOMSON James et THOMSON Judith, « How Not To Derive 'Ought' From 'Is' », *in* HUDSON W.D. (dir.), *The Is/Ought Question*, Londres, MacMillan, 1969, p. 163-167.

TSOHATZIDIS Savas, « Searle's Derivation of Promissory Obligation », *in* TSOHATZIDIS Savas (dir.), *Intentional Acts and Institutional Facts. Essays on John Searle's Social Ontology*, Berlin, Springer, 2007, p. 203-218.

TUOMELA Raimo, « Searle on Social Institutions », *Philosophy and Phenomenological Research* 1997, p. 435-441.

TUOMELA Raimo, « Belief Versus Acceptance », *Philosophical Explorations* 2000, p. 122-137.

TUOMELA Raimo, « Collective Acceptance, Social Institutions and Social Reality », *in* KOESPELL David et MOSS Laurence (dir.), *John's Searle About Social Reality. Extensions, Criticisms and Reconstructions*, Oxford, Blackwell, 2003, p. 123-165.

TUOMELA Raimo et MILLER Kaarlo, « We-Intentions », *Philosophical Studies* 1988, p. 367-389.

TURNER Stephen, « Searle's Social Reality », *History and Theory* 1999, p. 211-231.

VISKOVATOFF Alex, « Searle, Rationality and Social Reality », *in* KOESPELL David et MOSS Laurence (dir.), *John's Searle About Social Reality. Extensions, Criticisms and Reconstructions*, Oxford, Blackwell, 2003, p. 7-44.

VON WRIGHT Georg Henrik, « On Promises », *Theoria* 1962, p. 277-297.

WILSON Robert, « Social Reality and Institutional Facts : Sociality Within and Without Intentionality », *in* TSOHATZIDIS Savas (dir.), *Intentional Acts and Institutional Facts. Essays on John Searle's Social Ontology*, Berlin, Springer, 2007, p. 139-155.

YIKOSI Petri et MÄKELÄ Pekka, « We-Attitudes and Social Institutions », *in* MEGGLE Georg (dir.), *Social Facts and Collective Intentionality*, Francfort, Dr. Hänsel-Hohenausen, 2002, p. 459-474.

ZAIBERT Léo, « Collective Intentions and Collective Intentionality », *in* KOESPELL David et MOSS Laurence (dir.), *John's Searle About Social Reality. Extensions, Criticisms and Reconstructions*, Oxford, Blackwell, 2003, p. 209-232.

ZAIBERT Léo, « Intentions, Promises and Obligations », *in* SMITH Barry (dir.), *John Searle*, Cambridge, CUP, 2003, p. 52-84.

ZAIBERT Leo et SMITH Barry, « The Varieties of Normativity : an Essay on Social Ontology », *in* TSOHATZIDIS Savas (dir.), *Intentional Acts and Institutional Facts. Essays on John Searle's Social Ontology*, Berlin, Springer, 2007, p. 157-173.

1.4. AUTRES DISCIPLINES

Ouvrages

Ouvrages généraux

DORON Roland et PAROT Françoise, *Dictionnaire de la psychologie*, 2e éd., Paris, PUF, 1998.

HOUDÉ Olivier (dir.), *Vocabulaire de science cognitive*, Paris, PUF, 2003.

Ouvrages spéciaux

BECK Ulrich, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme ?*, Paris, Flammarion, 2006.

BECK Ulrich et GRANDE Edgar, *Pour un empire européen*, Paris, Flammarion, 2007.

BURKE Edmund, *Réflexions sur la révolution de France*, Paris, Hachette, 1989.

CARROLL Lewis, *De l'autre côté du miroir et ce qu'Alice y trouva*, Paris, Flammarion, 1971.

CONSTANT Benjamin, *Principes de politique*, Paris, Hachette, 1970.

CONSTANT Benjamin, *Réflexions sur les constitutions*, Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 2005.

DE BONALD Louis-Ambroise, *Théorie du pouvoir politique et religieux*, Paris, UGE, 1966.

DE MAISTRE Joseph, *Considérations sur la France*, Paris, Librairie catholique Emmanuel Vitte, 1924.

DE MAISTRE Joseph, *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques et des autres institutions humaines*, Paris, Librairie catholique Emmanuel Vitte, 1924.

DUCASSE-ROGER Marianne, *À la recherche de la Bosnie-Herzégovine*, Paris, PUF, 2003.

FERRY Jean-Marc, *La question de l'État européen*, Paris, Gallimard, 2000.

FERRY Jean-Marc, *Europe : la voie kantienne*, Paris, Les éditions du Cerf, 2005.

GARDNER Howard, *The Mind's New Science. A History of the Cognitive Revolution*, New York, Basic Books, 1987.

HABERMAS Jürgen, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.

HABERMAS Jürgen, *The Inclusion of the Other. Studies in Political Theory*, Cambridge, Polity Press, 1999.

HABERMAS Jürgen, *Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique*, Paris, Fayard, 2000.

HAMILTON Alexander, JAY John et MADISON James, *Le fédéraliste*, Paris, LGDJ, 1957.

HAYEK Friedrich, *Droit, législation et liberté*, Paris, PUF, 1980-1983, T. I, II et III.

HEGEL Georg Wilhelm Friedrich, *La Constitution de l'Allemagne*, *in Écrits politiques*, Paris, Champ Libre, 1977.

HEGEL Georg Wilhelm Friedrich, *Leçons sur la philosophie de l'histoire*, Paris, J. Vrin, 1979.

HEGEL Georg Wilhelm Friedrich, *Principes de la philosophie du droit*, Paris, Gallimard, 1983.

KELSEN Hans, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Paris, Economica, 1988.

LASSALLE Ferdinand, *Qu'est-ce qu'une constitution ?*, Arles, Sulliver, 1999.

MAIRET Gérard, *Le principe de souveraineté. Histoire et fondements du pouvoir moderne*, Paris, Gallimard, 1997.

MARHOLD Hartmut (dir.), *Le nouveau débat sur l'Europe*, Nice, Presses d'Europe, 2002.

NEGRI Antonio, *Le pouvoir constituant : essai sur les alternatives de la modernité*, Paris, PUF, 1997.

PASQUINO Pasquale, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1998.

PERELMAN Chaïm, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 4e éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1983.

RENAUT Alain et SOSOE Lukas, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1991.

SCHMITT Carl, *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988.

SCIULLI David, *Theory of Societal Constitutionalism*, Cambridge, CUP, 1992.

SIEYÈS Emmanuel, *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, Paris, PUF, 1982.

SOLIOZ Christophe et DIZDAREVIC André, *La Bosnie-Herzégovine : enjeux de la transition*, Paris, L'Harmattan, 2003.

STRAUSS Léo, *Droit naturel et histoire*, Paris, Flammarion, 1986.

VIGNAUX Georges, *Le démon du classement*, Paris, Seuil, 1999.

WEIL Éric, ILTING Karl-Heinz, FLEISCHMANN Eugène, BOURGEOIS Bernard et GARDIES Jean-Louis, *Hegel et la philosophie du droit*, Paris, PUF, 1979.

Articles

BASTIEN François, « La constitution du droit ? La doctrine constitutionnelle à la recherche d'une légitimité juridique et d'un horizon partique », *in La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, p. 210-229.

BÉNOIT Francis-Paul, « Notions et concepts instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, Grenoble, PUG, 1995, p. 23-38.

DURANTON Henri, « La France a-t-elle une Constitution ? Un aspect du débat idéologique à l'aube de la Révolution », *Cahiers d'histoire de l'institut de recherches marxistes* n°32, p. 142-152.

FERRY Jean-Marc, « Dix thèses sur la question de l'État européen », *Droit et Société* n°53-2003, p. 13-28.

FERRY Jean-Marc, « Une approche philosophique de la rationalité juridique », *Droits* n°18, p. 89-98.

GRAY John, « On the Contestability of Social and Political Concepts », *Political Theory* 1977, p. 331-348.

GRAY John, « Political Power, Social Theory and Essential Contestability », *in* MILLER David et SIEDENTOP Larry (dir.), *The Nature of Political Theory*, Oxford, Clarendon, 1983, p. 75-101.

HABERMAS Jürgen, « L'Europe a-t-elle besoin d'une Constitution ? À propos de Dieter Grimm », *in L'intégration républicaine. Essai d'une théorie politique*, Paris, Fayard, 1998, p. 151-157.

HABERMAS Jürgen, « Why Europe Needs a Constitution », *in* ERIKSEN Erik Oddvar, FOSSUM John Erik et MENENDEZ Augustin José (dir.), *Developing a Constitution for Europe*, Londres, Routledge, 2004, p. 19-33.

HABERMAS Jürgen, « Européens, encore un effort… », *in Sur l'Europe*, Paris, Bayard, 2006, p. 15-46.

HALKIN Léon, « Les catégories en histoire », *in* PERELMAN Chaïm (dir.), *Les catégories en histoire*, Bruxelles, Éditions de l'institut de sociologie, 1969, p. 11-16.

LLOYD Howell, « Le constitutionnalisme », *in* BURNS James (dir.), *Histoire de la pensée politique moderne*, Paris, PUF, 1997, p. 230-269.

MACINTYRE Alasdair, « The Essential Contestability of Some Social Contests », *Ethics* 1973, p. 1-9.

PERELMAN Chaïm, « Sens et catégories en histoire », *in* PERELMAN Chaïm (dir.), *Les catégories en histoire*, Bruxelles, Éditions de l'institut de sociologie, 1969, p. 133-147.

POIRMEUR Yves, « Thèmes et débats autour du constitutionnalisme », *in* CURAPP, *Droit et politique*, Paris, PUF, 1993, p. 13-39.

POIRMEUR Yves et ROSENBERG Dominique, « La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français », *in* CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 230-251.

VALENSISE Marina, « La constitution française », *in* BAKER Keith Michael (dir.), *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture. The Political Culture of the Old Regime*, Oxford, Pergamon, 1987, vol. 1, p. 441-467.

WOLLHEIM Richard, « Philosophie analytique et pensée politique », *RFSP* 1961, p. 295-308.

2. DISCIPLINES JURIDIQUES

2.1. THEORIE GENERALE DU DROIT

Ouvrages

Ouvrages généraux

ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993.

ATIAS Christian, *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985.

BERGEL Jean-Louis, *Méthodologie du droit*, Paris, PUF, 2001.

BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, 4e éd., Paris, Dalloz, 2003.

BILLIER Jean-Cassien et MARYIOLI Aglaé, *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, Armand Colin, 2001.

DABIN Jean, *Théorie générale du droit*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1953.

DU PASQUIER Claude, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 2e éd., Neuchâtel, Delachaux & Niestlé, 1942.

FRYDMAN Benoît et HAARSCHER Guy, *Philosophie du droit*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2002.

MAGNON Xavier, *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008.

MILLARD Éric, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006.

ROUBIER Paul, *Théorie générale du droit*, 2e éd., Paris, Sirey, 1951.

SALLÉ DE LA MARNIÈRE Edmond, *Éléments de méthodologie juridique*, Paris, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1976.

SALMOND John et WILLIAMS Glanville, *Jurisprudence*, 10e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1947.

SUEUR Jean-Jacques, *Une introduction à la théorie du droit*, Paris, L'Harmattan, 2001.

TROPER Michel, *La philosophie du droit*, Paris, PUF, 2003.

Ouvrages spéciaux

AARNIO Aulis, *Le rationnel comme raisonnable*, Paris, LGDJ, 1992.

ALCHOURRON Carlos et BULYGIN Eugenio, *Normative Systems*, Vienne, New York, Springer Verlag, 1971.

ARNAUD André-Jean, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991.

ARNAUD André-Jean, *Critique de la raison juridique – Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, Paris, LGDJ, 2002.

ATIAS Christian, *Théorie contre arbitraire. Éléments pour une théorie des théories juridiques*, Paris, PUF, 1987.

ATIENZA Manuel et RUIZ MANERO Juan, *A Theory of Legal Sentences*, Dordrecht, Kluwer, 1998.

AUSTIN John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, CUP, 1995.

BAYLES Francis, *Hart's Legal Philosophy. An Examination*, Dordrecht, Kluwer, 1992.

COLEMAN Jules, *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach of Legal Theory*, Oxford, OUP, 2001.

CONDOMINE Paul, *Essai sur la théorie juridique et sa fonction*, Lyon, Imprimerie de la revue judiciaire, 1912.

CUBERTAFOND Bernard, *La création du droit*, Paris, Ellipses, 1999.

DABIN Jean, *La technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé*, Paris, Bruxelles, Sirey, Bruylant, 1935.

DE BÉCHILLON Denys, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997.

DELMAS-MARTY Mireille, *Le flou du droit*, Paris, PUF, 1986.

DELMAS-MARTY Mireille, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994.

DELMAS-MARTY Mireille, *Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004.

DELMAS-MARTY Mireille, *Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006.

DELMAS-MARTY Mireille, *La refondation des pouvoirs*, Paris, Seuil, 2007.

DEL VECCHIO Giorgio, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2003.

DUBOUCHET Paul, *Pour une théorie générale du droit, essai sur les rapports du normatif et du logico-grammatical*, Lyon, L'Hermès, 1993.

DUBOUCHET Paul, *Droit et épistémologie*, Paris, L'Harmattan, 2008.

DWORKIN Ronald, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994.

DWORKIN Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995.

DWORKIN Ronald, *Une question de principe*, Paris, PUF, 1996.

FRANCOIS Lucien, *Le problème de la définition en droit*, Liège, Faculté de Droit, Économie et de Sciences sociales de Liège, 1978.

FULLER Lon, *The Morality of Law*, 2e éd., New Haven, Yale University Press, 1969.

GÉNY François, *Science et technique en droit privé positif. Introduction*, Paris, Sirey, 1914, T. I.

GÉNY François, *Science et technique en droit privé positif. Élaboration technique du droit positif*, Paris, Sirey, 1921, T. III.

GÉNY François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé. Essai critique*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1923, T. I.

GOODRICH Peter, *Legal Discourse*, Londres, MacMillan, 1987.

GOYARD-FABRE Simone, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, PUF, 1992.

GRZEGORCZYK Christophe, MICHAUT Françoise et TROPER Michel (dir.), *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1992.

GURVITCH Georges, *L'idée du droit social*, Paris, Sirey, 1932.

HÄGERSTRÖM Axel, *Inquiries Into the Nature of Law and Morals*, Stockholm, Almqvist & Wiksell, 1953.

HARRIS J.W., *Law and Legal Science. An Inquiry into the Concepts Legal Rule and Legal System*, Oxford, Clarendon, 1979.

HART Herbert Lionel Adolphus, *Le concept de droit*, Bruxelles, Pub. des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976.

JOUANJAN Olivier, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle*, Paris, PUF, 2005.

KALINOWSKI Georges, *Querelle de la science normative*, Paris, LGDJ, 1969.

KELSEN Hans, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996.

KELSEN Hans, *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1997.

KELSEN Hans, *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1997.

KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1999.

KELSEN Hans, *Qui doit être le gardien de la constitution ?*, Paris, Michel Houdiard, 2006.

LAGERSPETZ Eerik, *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*, Dordrecht, Kluwer, 1995.

LEGAULT Georges, *La structure performative du langage juridique*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1977.

LENOBLE Jacques et BERTIN André, *Dire la norme. Droit, politique et énonciation*, Paris, LGDJ, 1990.

LENOBLE Jacques et OST François, *Droit, mythe et raison*, Bruxelles, Pub. des Facultés universitaires Saint-Louis, 1980.

MACCORMICK Neil, *H.L.A.Hart*, Londres, Edward Arnold, 1981.

MACCORMICK Neil, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, Paris, PUF, 1996.

MACCORMICK Neil, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford, OUP, 2007.

MACCORMICK Neil et WEINBERGER Ota, *Pour une théorie institutionnelle du droit*, Paris, LGDJ, 1992.

MATHIEU-IZORCHE Marie-Laure, *Le raisonnement juridique*, Paris, PUF, 2001.

MICHAUT Françoise, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire*, Paris, L'Harmattan, 2000.

MORTON Peter, *An Institutional Theory of Law. Keeping Law in its Place*, Oxford, Clarendon, 1998.

MÜLLER Friedrich, *Discours de la méthode juridique*, Paris, PUF, 1996.

OLIVECRONA Karl, *Law as Fact*, 2e éd., Londres, Stevens & Sons, 1971.

OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987.

OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988.

OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

PECZENIK Aleksander, *On Law and Reason*, Dordrecht, Kluwer, 1989.

PERELMAN Chaïm, *Justice et raison*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1963.

PERELMAN Chaïm, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976.

PERRIN Jean-François, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Droz, 1979.

PETRAZYCKI Leon, *Law and Morality*, Cambridge, Harvard University Press, 1955.

PICAVET Emmanuel, *Kelsen et Hart, la norme et la conduite*, Paris, PUF, 2000.

RAZ Joseph, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, 2e éd., Oxford, Clarendon, 1980.

RAZ Joseph, *Practical Reason and Norms*, Oxford, OUP, 2002.

RIALS Stéphane, *Villey et les idoles*, Paris, PUF, 2000.

ROMANO Santi, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 2002.

ROSS Alf, *Towards a Realistic Jurisprudence*, Copenhague, Einar Munksgaard, 1946.

ROSS Alf, *On Law and Justice*, Londres, Stevens & Sons, 1958.

ROSS Alf, *Directives and Norms*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1968.

RUITER Dick, *Institutional Legal Facts. Legal Powers and their Effects*, Dordrecht, Kluwer, 1993.

RUSSO François, *Réalité juridique et réalité sociale. Étude sur les rapports entre le droit et la sociologie et sur le rôle du droit dans la vie sociale*, Paris, Sirey, 1942.

SAMUEL Geoffrey, *Epistemology and Method in Law*, Burlington, Ashgate, 2003.

SCARPELLI Uberto, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, Paris, LGDJ, 1996.

SCHMITT Carl, *Les trois types de pensée juridique*, Paris, PUF, 1995.

SILTALA Raimo, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to Post-Analytical Philosophy of Law*, Oxford, Hart, 2000.

SOURIOUX Jean-Louis et LERAT Pierre, *Le langage du droit*, Paris, PUF, 1975.

STRÖMHOLM Stig et VOGEL H.H., *Le réalisme scandinave dans la philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1975.

SUBER Peter, *The Paradox of Self-Amendment. A Study of Logic, Law, Omnipotence and Change*, New York, Peter Lang, 1990.

TAMANAHA Brian, *Realistic Socio-Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1997.

TEUBNER Gunther, *Le droit système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993.

TEUBNER Gunther, *Droit et réflexivité. L'auto-référence et dans l'organisation*, Paris, LGDJ, 1996.

TIMSIT Gérard, *Thèmes et systèmes de droit*, Paris, PUF, 1986.

TIMSIT Gérard, *Archipel de la norme*, Paris, PUF, 1997.

TUORI Kaarlo, *Critical Legal Positivism*, Burlington, Ashgate, 2002.

VILLA Vittorio, *La science du droit*, Paris, LGDJ, 1991.

VILLEY Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2003.

VIRALLY Michel, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1998.

VON WRIGHT Georg-Henrik, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963.

WALINE Marcel, *L'individualisme et le droit*, Paris, Domat Montchrestien, 1945.

WALUCHOW Wil, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon, 1994.

WEINBERGER Ota, *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, Dordrecht, Kluwer, 1991.

Thèses et mémoires

AGOSTINI Christophe, *Les normes non valides. Contribution à une théorie générale de l'annulation juridictionnelle des normes*, Thèse, Paris X, 2000.

AGUILA Yann, *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1993.

AMSELEK Paul, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1964.

BINDREITER Uta, *Why Grundnorm ? A Treatise on the Implications of Kelsen's Doctrine*, Dordrecht, Kluwer, 2002.

CAPITANT René, *L'impératif juridique*, Paris, Dalloz, 1928.

CAYLA Olivier, *La notion de signification en droit. Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, Thèse, Paris II, 1992.

HACK Pierre, *La philosophie de Kelsen. Épistémologie de la Théorie pure du droit*, Genève, Helbing & Lichtenhan, 2003.

HERRERA Carlos Miguel, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Kimé, 1997.

JAEGER Francis, *Le problème de la souveraineté dans la doctrine de Kelsen. Exposé et critique*, Paris, E. de Boccard, 1932.

MAHDAVY Hussein, *L'analyse logico-philosophique du langage juridique*, Thèse, Paris, 1957.

PAPAUX Alain, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsomption à l'abduction*, Paris, LGDJ, 2003.

PAYCHÈRE François, *Théorie du discours juridique. Essai sur les apports des sciences du langage à la théorie générale du droit*, Thèse, Paris II, 1990.

PELLETIER David, *La nature juridique : référence, fondement… ?*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003.

RODRIGUEZ OCONITRILLO Pablo, *Être et devoir-être dans la théorie pure du droit de Hans Kelsen*, Thèse de 3e cycle, Strasbourg, 1985.

SILVA-ROMERO Eduardo, *Wittgenstein et la philosophie du droit*, Paris, PUF, 2002.

STYLIANIDIS Nikos, *Les fondements épistémologiques du positivisme analytique : vers une théorie du droit pré-institutionnelle*, Thèse, Paris X, 1994.

TUSSEAU Guillaume, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006.

Articles

AARNIO Aulis, « Linguistic Philosophy and Legal Theory », *Rechtstheorie Beiheft* I, p. 17-41.

AARNIO Aulis, « On the Knowledge of Legal Facts Through Norms », *in Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts. Festgabe für Kazimierz Opalek zum 75. Geburstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, p. 3-8.

AARNIO Aulis, « Is Legal Science a Social Science ? », *in Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems. Festschrift for Robert S. Summers*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, p. 3-17.

AGOSTINI Christophe, « Le fondement du droit, c'est le droit », *in* KOUBI Geneviève et MULLER-QUOY Isabelle (dir.), *Sur les fondements du droit public. De l'anthropologie au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 63-70.

AGOSTINI Christophe, « Pour une théorie réaliste de la validité », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 1-20.

ALEXEIEV N.N., « L'acte juridique créateur comme source primaire du droit », *Annuaire de l'institut international de philosophie et de sociologie juridique* 1934, p. 188-208.

AMSELEK Paul, « La phénoménologie du droit », *APD* 1972, p. 185-259.

AMSELEK Paul, « Les fondements ontologiques de la théorétique juridique », *APD* 1974, p. 201-208.

AMSELEK Paul, « Réflexions critiques sur la conception kelsenienne de l'ordre juridique », *RDP* 1978, p. 5-19.

AMSELEK Paul, « Éléments d'une définition de la recherche juridique », *APD* 1979, p. 297-303.

AMSELEK Paul, « Norme et loi », *APD* 1980, p. 89-107.

AMSELEK Paul, « Brèves réflexions sur la notion de sources du droit », *APD* 1982, p. 251-258.

AMSELEK Paul, « Théorie du droit et politique », *APD* 1982, p. 411-416.

AMSELEK Paul, « Kelsen et les contradictions du positivisme juridique », *APD* 1983, p. 271-282.

AMSELEK Paul, « Le rôle de la pratique dans la formation du droit », *RDP* 1983, p. 1471-1508.

AMSELEK Paul, « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, p. 109-163.

AMSELEK Paul, « Le droit dans les esprits », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 27-49.

AMSELEK Paul, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits* n°10, p. 7-10.

AMSELEK Paul, « Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques », *RMM* 1990, p. 385-413.

AMSELEK Paul, « L'étrangeté ontologique du droit », *Droits* n°11, p. 88-92.

AMSELEK Paul, « La teneur indécise du droit », *RDP* 1991, p. 1199-1216.

AMSELEK Paul, « Ontologie du droit et logique déontique », *RDP* 1992, p. 1006-1042.

AMSELEK Paul, « L'interprétation à tort et à travers », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Aix-en-Provence, Bruylant, PUAM, 1995, p. 11-26.

AMSELEK Paul, « La part de la science dans les activités des juristes », *D.* 1997, p. 337-342.

AMSELEK Paul, « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen », *in Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Paris, Dalloz, 2000, p. 33-66.

AMSELEK Paul, « Les fonctions normatives ou catégories modales », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 51-77.

AMSELEK Paul, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *in Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 985-1014.

ARNAUD André-Jean, « Du bon usage du discours juridique », Langages 1979, p. 117-124.

ARNAUD André-Jean, « La valeur heuristique de la distinction interne-externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit. Éléments d'une démystification », *RRJ* 1986, p. 241-243.

ARNAUD André-Jean, « Essai d'une définition stipulative du droit », *Droits* n°10, p. 11-14.

ARNAUD André-Jean, « Les théories structuralistes du droit », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 85-106.

ARNAUD André-Jean, « Vers un processus de décision complexe en droit », *in* BOURCIER Danièle et MACKAY Pierre (dir.), *Lire le droit : langue, texte et cognition*, Paris, LGDJ, 1992, p. 71-84.

ATIAS Christian, « Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? », *APD* 1982, p. 209-233.

ATIAS Christian, « Réflexions sur les méthodes de la science du droit », *D.* 1983, p. 145-149.

ATIAS Christian, « Définir les définitions juridiques ou définir le droit », *RRJ* 1987, p. 1082-1096.

ATIAS Christian, « Fonder le droit », *in Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 25-38.

AUBY Jean-Bernard, « Prescription juridique et production juridique », *RDP* 1988, p. 673-686.

AUERBACH Carl, « On Professor H.L.A. Hart's Definition and Theory in Jurisprudence », *Journal of Legal Education* 1956, p. 39-51.

BAILLEUX Antoine, « Hart vs. Dworkin and its Progeny. Actualité du combat des chefs dans la littérature anglo-saxonne », *RIEJ* 2007-59, p. 173-220.

BAKER Gordon, « Defeasibility and Meaning », *in Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon, 1977, p. 26-57.

BANKOWSKI Zenon, « Institutional Legal Positivism ? », *Rechtstheorie* 1989, p. 289-302.

BARBERIS Mauro, « Universal Legal Concepts ? A Criticism of General Legal Theory », *Ratio Juris* 1996, p. 1-14.

BATIFFOL Henri, « La spécificité du vocabulaire juridique », *in Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, PUSST, 1978, p. 35-44.

BATIFFOL Henri, « Sur la positivité du droit », *in Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 3-17.

BAYLES Michael, « Définitions in Law », *in* FETZER James, SHATZ David et SCHLESINGER George (dir.), *Definitions and Definability : Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Kluwer, 1991, p. 253-267.

BELABBAS Nour-Eddine, « Les paradigmes et la pensée juridique », *in* ROUSSEAU Dominique (dir.), *Le droit dérobé*, Paris, Montchrestien, 2007, p. 47-55.

BERGEL Jean-Louis, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTDC* 1984, p. 255-272.

BERGEL Jean-Louis, « Ébauche d'une définition de la méthodologie juridique », *RRJ* 1990, p. 707-719.

BERGEL Jean-Louis, « Esquisse d'une méthodologie de la recherche juridique », *RRJ* 1996, p. 1073-1081.

BERGEL Jean-Louis, « La coordination des sources du droit », *in La méthodologie de l'étude des sources du droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 125-135.

BEYLEVELD Deryck et BROWNSWORD Roger, « Methodological Syncretism in Kelsen's Pure Theory of Law », *in* PAUSLON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 113-145.

BINDREITER Uta, « On Positivism and Other Isms », *ARSP* 2007, p. 321-344.

BIX Brian, « H.L.A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory », *Southern Methodist University Law Review* 1999, p. 167-199.

BIX Brian, « Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy ? », *Ratio Juris* 2003, p. 281-295.

BIX Brian, « Joseph Raz and Conceptual Analysis », *APA Newsletter on Philosophy and Law* 2007-2, p. 1-7.

BIX Brian, « Law and Language : How Words Mislead Us », University of Minnesota Law School Legal Studies Research Paper n°09-22, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/ sol3/papers.cfm ?abstract_id=1376366.

BLACK Oliver, « Legal Validity and the Infinite Regress », *Law and Philosophy* 1996, p. 339-368.

BLANCHARD François, « Vers une théorie de la qualification juridique. Les théories épistémiques de la catégorisation », *in* BOURCIER Danièle et MACKAY Pierre, *Lire le droit : langue, texte et cognition*, Paris, LGDJ, 1992, p. 223-236.

BOBBIO Norberto, « Sur le positivisme juridique », *in Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Dalloz, 1961, p. 53-73.

BOBBIO Norberto, « Kelsen et les sources du droit », *APD* 1982, p. 135-145.

BOBBIO Norberto, « The Science of Law and the Analysis of Language », *in* PINTORE Ana et JORI Mario (dir.), *Law and Language. The Italian Analytical School*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1997, p. 21-50.

BOBBIO Norberto, « Être et devoir-être dans la science du droit », *in Essais de théorie du droit*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1998, p. 185-206.

BOBBIO Norberto, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », *in Essais de théorie du droit*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1998, p. 159-174.

BOBBIO Norberto, « Jusnaturalisme et positivisme juridique », *in Essais de théorie du droit*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1998, p. 39-53.

BOBBIO Norberto, « La norme », *in Essais de théorie du droit*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1998, p. 107-139.

BOBBIO Norberto, « Pour un lexique de théorie générale du droit », *in Essais de théorie du droit*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1998, p. 55-64.

BOBBIO Norberto, « Kelsen and Legal Power », *in* PAUSLON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 435-449.

BOCCARA David, « Au fondement de la science du droit », *RRJ* 2000, p. 1239-1254.

BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, « L'École historique du droit et le problème de l'historicité du droit », *in Le droit, l'État et la constitution démocratique*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 2000, p. 53-76.

BONNARD Roger, « La théorie de la formation du droit par degré dans l'œuvre d'Adolf Merkl », *RDP* 1928, p. 668-696.

BONNARD Roger, « L'origine de l'ordonnancement juridique », *in Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, p. 33-77.

BONNARD Roger, « Les concepts de la science de l'État », *RDP* 1943, p. 230-274.

BOUDOT Michel, « La doctrine de la doctrine… : une réflexion sur la suite des points de vue méta - … - juridiques », *RIEJ* 2007.59, p. 35-47.

BOURCIER Danièle, « Argumentation et définition en droit ou les grenouilles sont-elles des poissons ? », *Langages* n°42, p. 115-124.

BOURCIER Danièle, « Information et signification en droit : expérience d'une explication automatique des concepts », *Langages* n°53, p. 9-32.

BOURCIER Danièle, « L'émergence d'une problématique : l'approche cognitive du droit », *in* BOURCIER Danièle et MACKAY Pierre (dir.), *Lire le droit : langue, texte et cognition*, Paris, LGDJ, 1992, p. 11-25.

BOURCIER Danièle, « La novlangue du droit ou comment rendre actifs les textes juridiques », *in* GUILLOREL Hervé et KOUBI Geneviève (dir.), *Langues et droits*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 369-388.

BRUNET Pierre, « Alf Ross et la conception référentielle de la signification en droit », *Droit et Société* n°50-2002, p. 19-28.

BRUNET Pierre, « Michel Troper et la 'théorie' générale de l'État. État général d'une théorie », *Droits* n°37, p. 87-110.

BRUNET Pierre, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits* n°39, p. 197-217.

BRUNET Pierre, « Bobbio et le positivisme », *Analisi e Diritto* 2005, p. 159-170.

BRUNET Pierre, « Positivisme et droit de résistance. Analyse critique du néoconstitutionnalisme », *Le Genre humain* n°44, p. 245-260.

BRUNET Pierre, « Le 'positivisme' français dans la lumière du Nord (le réalisme scandinave et la doctrine française) », disponible à l'adresse suivante : http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/06/38/62/PDF/Brunet_Realistes_et_doctrine_fcse.pdf.

BULYGIN Eugenio, « Norms, Normative Propositions and Legal Statements », *in* FLOISTAD Guttorm (dir.), Contemporary *Philosophy. A New Survey. The Philosophy of Action*, Leyde, Martinus Nijhoff, 1982, vol. 3, p. 127-152.

BULYGIN Eugenio, « Time and Validity », *in* MARTINO Antonio (dir.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, New York, North Holland Publishing Company, 1982, vol. II, p. 65-81.

BULYGIN Eugenio, « Legal Dogmatics and the Systematisation of Law », *Rechtstheorie Beiheft* 10, p. 193-210.

BULYGIN Eugenio, « On Norms of Competence », *Law and Philosophy* 1992, p. 201-216.

BULYGIN Eugenio, « Cognition and Interpretation of Law », *in* GIANFORMAGGIO Letizia et PAULSON Stanley (dir.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turin, Giappichelli, 1995, p. 11-35.

BULYGIN Eugenio, « Some Replies to Critics », *in* GIANFORMAGGIO Letizia et PAULSON Stanley (dir.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turin, Giappichelli, 1995, p. 305-313.

BULYGIN Eugenio, « An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law », *in* PAUSLON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 297-315.

BULYGIN Eugenio, « True or False Statements in Normative Discourse », *in* EGIDI Rosaria (dir.), *In Search of a New Humanism. The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, Dordrecht, Kluwer, 1999, p. 183-192.

BULYGIN Eugenio, « Existence of Norms », *in* MEGGLE Georg (dir.), *Actions, Norms, Values*, Berlin, Walter de Gruyter, 1999, p. 237-244.

BULYGIN Eugenio, « Système juridique et ordre juridique », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 223-229.

BULYGIN Eugenio et ALCHOURRON Carlos, « Normative Knowledge and Truth », *in* GARCIA Jorge, RABOSSI Eduardo, VILLANUEVA Enrique et DASCAL Marcelo (dir.), *Philosophical Analysis in Latin America*, Dordrecht, D. Reidel, 1984, p. 25-45.

BULYGIN Eugenio et ALCHOURRON Carlos, « The Expressive Conception of Norms », *in* PAUSLON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 382-410.

CALAIS-AULOY Marie-Thérèse, « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et notions conceptuelles), *LPA* 1999, n°157, p. 4-6.

CAMPBELL Colin, « The Career of the Concept », *in* LEITH Philip et INGRAM Peter (dir.), *The Jurisprudence of Orthodoxy : Queen's University Essays on H.L.A. Hart*, Londres, Routledge, 1988, p. 1-26.

CAMY Olivier, « Le retour au décisionnisme : l'exemple de l'interprétation des pratiques constitutionnelles françaises », *RDP* 1996, p. 1019-1067.

CARRÉ DE MALBERG Raymond, « Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique », *in Recueil sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1934, p. 192-203.

CARTY Anthony, « L'impact de Dworkin sur la philosophie du droit anglo-américaine », *Droit et Société* n°2/1986.

CATANIA Alfonso, « Acceptance in the Thought of H.L.A. Hart », *in* PINTORE Ana et JORI Mario (dir.), *Law and Language. The Italian Analytical School*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1997, p. 147-163.

CATTANEO Mario, « Chronique de philosophie analytique du langage dans ses applications au droit », *APD* 1961, p. 201-209.

CAYLA Olivier, « Chronique de linguistique juridique : la pragmatique dans les revues de linguistique », *Droits* n°5, p. 137-146.

CAYLA Olivier, « La théorie de la signification de l'acte dans la pensée normativiste », *Droits* n°7, p. 59-74.

CAYLA Olivier, « Ouverture : la qualification ou la vérité du droit », *Droits* n°18, p. 3-18.

CAYLA Olivier, « La chose et son contraire (et son contraire, etc.) », *Les études philosophiques* n°3, p. 291-310.

CAYLA Olivier, « La mère, l'enfant et la plaque chauffante », *in* HERMITTE Marie-Angèle (dir.), *La liberté de la recherche et ses limites. Approches juridiques*, Paris, Romillat, 2001, p. 151-172.

CAYLA Olivier, « Les juristes à l'épreuve du tournant pragmatique », *in* ROUSSEAU Dominique (dir.), *Le droit dérobé*, Paris, Montchrestien, 2007, p. 37-46.

CAYLA Olivier, « L'angélisme d'une théorie pure (du droit) chez Habermas », *RDP* 2007, p. 1541-1568.

CAYLA Olivier, « Austin John Langshaw – Quand dire c'est faire », *in* CAYLA Olivier et HALPÉRIN Jean-Louis (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 14-23.

CAYLA Olivier, « Habermas Jürgen – Droit et démocratie », *in* CAYLA Olivier et HALPÉRIN Jean-Louis (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 229-239.

CAYLA Olivier, « Kelsen Hans – Théorie pure du droit », *in* CAYLA Olivier et HALPÉRIN Jean-Louis (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 320-332.

CELANO Bruno, « Norm Conflicts : Kelsen's View in the Late Period and a Rejoinder », *in* PAUSLON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 343-361.

CHEROT Jean-Yves, « La question du point de vue interne dans la science du droit », *RIEJ* 2007.59, p. 17-33.

CHEVALLIER Jacques, « Le concept et l'idée », *in Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, p. 113-131.

CHEVALLIER Jacques, « L'ordre juridique », *in* CURAPP, *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1983, p. 7-49.

CHEVALLIER Jacques, « Droit, ordre, institution », *Droits* n°10, p. 19-22.

CHEVALLIER Jacques, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société* n°50/2002, p. 103-120.

CHIASSONI Pierluigi, « Varieties of Judge-Interpreters », *in* GIANFORMAGGIO Letizia et PAULSON Stanley (dir.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turin, Giappichelli, 1995, p. 39-50.

CLAM Jean, « The Reference of Paradox : Missing Paradoxity as Real Perplexity in Both Systems Theory and Deconstruction », *in* PEREZ Oren et TEUBNER Gunther (dir.), *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, Oxford, Hart, 2006, p. 77-99.

COHEN Jonathan, « Theory and Definition in Jurisprudence », *Proceedings of the Aristotelian Society (Supplement)* 1955, p. 213-229.

COHENDET Marie-Anne, « Légitimité, effectivité, validité », *in La République. Mélanges Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 201-234.

COLEMAN Jules, « Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis », *in* COLEMAN Jules (dir.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford, OUP, 2001, p. 99-147.

COLONA D'ISTRIA François, « La possibilité d'une objectivité interne dans la connaissance du droit », *RIEJ* 2007.59, p. 109-130.

COMANDUCCI Paolo, « Taking Kelsen Seriously », *in* GARZON VALDES Ernesto, KRAWIETZ Werner, VON WRIGHT Georg Henrik et ZIMMERLING Ruth (dir.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, p. 165-182.

COMANDUCCI Paolo, « Kelsen vs. Searle : a Tale of Two Constructivists », *Analisi e Diritto* 1999, p. 101-115.

COMBACAU Jean, « Ouverture : de la régularité à la règle », *Droits* n°3, p. 3-10.

COMBACAU Jean, « Ouverture : l'acte juridique », *Droits* n°7, p. 3-10.

CINKIN William, « Hans Kelsen on Norm and Language », *Ratio Juris* 2006, p. 101-126.

COPPENS Philippe, « Introduction à l'article de H. Kelsen », *Droit et Société* n°22-1992.

CORIAT Jean-Pierre, « Une note sur l'application de la théorie classique des actes de langage à la procédure du rescrit judiciaire sous l'Empire », *in Mémoires à la mémoire de André Magdelain*, Paris, LGDJ, 1998, p. 123-131.

CORNU Gérard, « Le visible et l'invisible », *Droits* n°10, p. 27-29.

CÔTÉ Pierre-André, « L'interprétation de la loi : une création sujette à des contraintes », *in* BOURCIER Danièle et MACKAY Pierre (dir.), *Lire le droit : langue, texte et cognition*, Paris, LGDJ, 1992, p. 133-153.

CÔTÉ Pierre-André, « Le mot chien n'aboie pas, réflexions sur la matérialité de la loi », *in Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 279-296.

COYLE Sean, « Practice and Rule of Recognition », *Law and Philosophy* 2006, p. 417-452.

CUCHE Paul, « Pour une meilleure terminologie », *APD* 1931, p. 195-206.

DABIN Jean, « La définition du droit. À propos d'une étude récente », *in Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Sirey, 1961, T. I, p. 199-219.

DAHLMAN Christian, « The Trinity in Kelsen's Basic Norm Unravelled », *ARSP* 2004, p. 147-162.

DANON-BOILEAU Laurent, « Sur la logique du texte de loi », *Langages* n°42, p. 111-114.

DAVID Eric, « Le performatif dans l'énonciation et le fondement du droit international », *in Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Méthodes d'analyse du droit international. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, p. 241-261.

DE BÉCHILLON Denys, « Réflexions critiques », *RRJ* 1994, p. 267-286.

DE BÉCHILLON Denys, « Sur la conception française de la hiérarchie des normes. Anatomie d'une représentation », *RIEJ* 1994.32, p. 81-127.

DE BÉCHILLON Denys, « L'ordre juridique est-il complexe ? », *in* DE BÉCHILLON Denys (dir.), *Les défis de la complexité. Vers un nouveau paradigme de la connaissance*, Paris, L'Harmattan, 1994, p. 33-59.

DE BÉCHILLON Denys, « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », *in* SERVERIN Evelyne et BERTHOUD Arnaud (dir.), *La production des normes entre État et société civile*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 47-75.

DE BÉCHILLON Denys, « Huit manières de se demander si l'interprète est libre ? », *in* MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 27-32.

DE BÉCHILLON Denys, « Comment traiter le pouvoir normatif du juge », *in Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, p. 29-34.

DE GREEF Jan, « La négation illocutionnaire et l'abrogation des normes », *in* INGBER Léon et VASSART Patrick (dir.), *Le langage du droit*, Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 123-141.

DE JONG Huib et WERNER Wouter, « Continuity and Change in Legal Positivism », *Law and Philosophy* 1998, p. 233-250.

DE LAMBERTERIE Isabelle, « Réflexions sur la recherche en sciences du droit », *Droits* n°20, p. 159-166.

DELMAS-MARTY Mireille et COSTE Jean-François, « L'imprécis et l'incertain. Esquisses d'une recherche sur logiques et droit », *in* BOURCIER Danièle et MACKAY Pierre (dir.), *Lire le droit : langue, texte et cognition*, Paris, LGDJ, 1992, p. 109-120.

DELORME Andrzej, « On Social Norms and Their Classification », *Archivum Iuridicum Cracoviense* 1984, p. 29-39.

DE SOUSA SANTOS Boaventura, « Law : a Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law », *Journal of Law and Society* 1987, p. 279-302.

DESPOTOPOULOS Constantin, « Le raisonnement juridique d'après Aristote », *APD* 1972, p. 89-97.

DIAS R.W.M., « Legal Politics : Norms Behind the Grundnorm », *Cambridge Law Journal* 1968, p. 233-259.

DICIOTTI Enrico, « Operative Interpretation and Systemic Validity », *in* GIANFORMAGGIO Letizia et PAULSON Stanley (dir.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turin, Giappichelli, 1995, p. 51-83.

DICKSON Julie, « Methodology in Jurisprudence : a Critical Survey », *Legal Theory* 2004, p. 117-156.

DICKSON Julie, « Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule ? », *OJLS* 2007, p. 373-402.

DIENER Pascal, « Idée nominaliste et déconstruction du droit », *APD* 1983, p. 229-255.

DIRCK K., « Les idées de Carl Schmitt », *APD* 1934, p. 169-196.

DOAT Mathieu, « Remarques sur les rapports entre concepts juridiques et complexité », *in* DOAT Mathieu, LE GOFF Jacques et PÉDROT Philippe (dir.), *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes, PUR, 2007, p. 181-194.

DOMINICY Marc, « La linguistique et le langage du droit », *in* INGBER Léon et VASSART Patrick (dir.), *Le langage du droit*, Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 13-28.

DONIUS Charles, « Existentialisme, phénoménologie et philosophie du droit », *APD* 1957, p. 220-231.

DOWDALL K.C., « Les sources psychologiques du droit », *in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1934, T. I, p. 297-309.

DUBOUCHET Paul, « La théorie pure du droit de Kelsen et la logique », *RRJ* 1991, p. 725-754.

DUFOUR Alfred, « La théorie des sources du droit dans l'école historique du droit », *APD* 1982, p. 85-119.

DUGUIT Léon, « Les doctrines juridiques objectivistes », *RDP* 1927, p. 537-573.

DUMON Frédéric, « Le langage du droit », *in* INGBER Léon et VASSART Patrick (dir.), *Le langage du droit*, Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 277-296.

DUPEYROUX Henri, « Les grands problèmes du droit », APD 1938, p. 7-77.

DUPEYROUX Henri, « La jurisprudence, source abusive de droit », *in Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, Dalloz, 1960, T. II, p. 349-377.

DUPEYROUX Henri, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », *in Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, PUSST, 1978, p. 463-475.

DWORKIN Ronald, « La théorie du droit comme interprétation », Droit et Société n°1-1985.

DWORKIN Ronald, « Un pontificat laïc », *in Les entretiens de Provence. Le juge dans la société contemporaine*, Paris, Fayard, 2003, p. 83-139.

DWORKIN Ronald, « Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy », *OJLS* 2004, p. 1-37.

ECKHOFF Thorstein, « Feedback in Legal Reasoning and Rule System », *Scandinavian Studies in Law* 1978, p. 39-51.

ECKHOFF Thorstein et SUNDBY Nils Kristian, « The Notion of Basic Norm in Jurisprudence », *Scandinavian Studies in Law* 1975, p. 125-151.

EDEL Geert, « The Hypothesis of the Basic Norm : Hans Kelsen and Hermann Cohen », *in* PAUSLON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 158-161.

EDGEWORTH Brendan, « Legal Positivism and the Philosophy of Language : a Critique of H.L.A. Hart's Descriptive Sociology », *Legal Studies* 1986, p. 115-139.

EEKELAAR J.M., « Principles of Revolutionary Legality », *in* SIMPSON A.W.B. (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, Oxford, Clarendon, 1973, p. 22-43.

EISENMANN Charles, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD* 1966, p. 25-43.

EISENMANN Charles, « Juridiction et logique (selon les données du droit français) », *in Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, PUSST, 1978, p. 477-506.

EISENMANN Charles, « Deux théoriciens du droit Duguit et Hauriou », *in Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 13-46.

EISENMANN Charles, « Le juriste et le droit naturel », *in Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 131-145.

EKELOF Olof, « The Expression Valid Rule. A Study in Legal Terminology », *Scandinavian Studies in Law* 1975, p. 57-74.

EL SHAKANKIRI Mohamed, « Analyse du langage du droit chez quelques juristes anglo-américains de Bentham à Hart », *APD* 1970, p. 113-149.

ENDICOTT Timothy, « Herbert Hart and the Semantic Sting », *in* COLEMAN Jules (dir.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford, OUP, 2001, p. 39-58.

ENDICOTT Timothy, « Law and Language », *in* COLEMAN Jules et SHAPIRO Scott (dir.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, OUP, 2002, p. 935-968.

ENG Svein, « Fusion of Descriptive and Normative Propositions », *Ratio Juris* 2000, p. 236-260.

EWALD François, « Le droit du droit », *APD* 1986, p. 245-259.

FALCON Y TELLA Maria José, « La validité du droit », *RIEJ* 1996.36, p. 27-62.

FERRAJOLI Luigi, « The Semantics of the Theory of Law », *in* PINTORE Ana et JORI Mario (dir.), *Law and Language. The Italian Analytical School*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1997, p. 249-290.

FINNIS J.M., « Revolutions and Continuity of Law », *in* SIMPSON A.W.B. (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, Oxford, Clarendon, 1973, p. 44-76.

FLETCHER Georges, « Paradoxes in Legal Thought », *Columbia Law Review* 1985, p. 1263-1292.

FONTAINE Lauréline, « Le pluralisme comme théorie des normes », *in* FONTAINE Lauréline (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 125-160.

FORIERS Paul, « Règles de droit : essai d'une problématique », *in* PERELMAN Chaïm (dir.), *La règle de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 7-20.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Logique, hiérarchie et dépendance des sources du droit », *in* BOURCIER Danièle et MACKAY Pierre (dir.), *Lire le droit : langue, texte et cognition*, Paris, LGDJ, 1992, p. 121-131.

FULLER Lon, « Positivism and Fidelity to Law, a Reply to Professor Hart », *HLR* 1958, p. 630-672.

GALVAO TELES Manuel, « Revolution Lew Posterior and Lex Nova », *in* ATTWOOL Elspeth (dir.), *Shaping Revolution*, Aberdeen, Aberdeen UP, 1991, p. 68-84.

GALLI Jean-Jacques, « La table des catégories kantiennes et la méthodologie de la recherche juridique », *RRJ* 1996, p. 1153-1163.

GARZON VALDES Ernesto, « Two Models of Legal Validity : Hans Kelsen and Francisco Suarez », *in* PAUSLON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 263-271.

GAVINSON Ruth, « Comments », *in* GAVINSON Ruth (dir.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon, 1987, p. 21-34.

GÉMAR Jean-Claude, « Le langage du droit au risque au risque de la traduction. De l'universel et du particulier », *in Français juridique et science du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 125-154.

GÉMAR Jean-Claude, « Traduire le texte juridique ou le double langage du droit », *in* DE LAMBERTERIE Isabelle et BREILLAT Dominique (dir.), *Le français, langue du droit*, Paris, PUF, 2000, p. 113-134.

GÉRARD Philippe, « Validité juridique et souveraineté », *in* RIGAUX François, HAARSCHER Guy et VASSART Patrick (dir.), *Droit et pouvoir*, Bruxelles, Story-Scienta, 1987, p. 53-80.

GÉRARD Philippe et VAN DE KERCHOVE Michel, « La réception de l'œuvre de H.L.A. Hart dans la pensée juridique francophone », *RIEJ* 2007.59, p. 131-172.

GHIRARDI Olsen, « Notes pour une épistémologie des concepts juridiques », *in* MACCORMICK Neil (dir.), *Conditions of Validity and Cognition in Modern Legal Thought*, Stuttgart, F. Steiner, 1985, p. 145-152.

GHIRARDI Olsen, « L'origine du concept pratique (théorie du concept inachevé) », *RRJ* 1985, p. 175-186.

GIANFORMAGGIO Letizia, « Kelsen, Paulson and the Dynamic Legal Order », *in* GIANFORMAGGIO Letizia (dir.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Turin, Giappichelli, 1990, p. 49-58.

GIANFORMAGGIO Letizia, « Hans Kelsen on the Deduction of Validity », *Rechtstheorie* 1990, p. 181-207.

GIANFORMAGGIO Letizia, « Pure Theory of Law and Tacit Alternative Clause : a Paradox ? », *in* GIANFORMAGGIO Letizia et PAULSON Stanley (dir.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turin, Giappichelli, 1995, p. 257-273.

GIANFORMAGGIO Letizia, « La conception du droit du dernier Kelsen », *Droits* n°28, p. 99-112.

GIZBERT-STUDNICKI Tomasz, « How Many Theories of Truth Are Needed in Jurisprudence », *in* MACCORMICK Neil (dir.), *Conditions of Validity and Cognition in Modern Legal Thought*, Stuttgart, F. Steiner, 1985, p. 153-161.

GIZBERT-STUDNICKI Tomasz, « The Non-Linguistic Concept of Norm and Ontology », *in Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts. Festgabe für Kazimierz Opalek zum 75. Geburstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, p. 423-434.

GOLDING M.P., « Kelsen and the Concept of Legal System », *ARSP* 1961, p. 355-386.

GOYARD Claude, « Le fond et les apparences », *in Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 343-355.

GOYARD-FABRE Simone, « L'illusion positiviste », *in Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 357-374.

GREEN Leslie, « Positivism and Conventionalism », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 1999, p. 35-53.

GREENBERG Mark, « How Facts Make Law ? », *Legal Theory* 2004, p. 157-198.

GREENBERG Mark, « On Practices and the Law », *Legal Theory* 2006, p. 113-136.

GREENAWALT Kent, « The Rule of Recognition and the Constitution », *Michigan Law Review* 1987, p. 621-671.

GREENAWALT Kent, « Hart's Rule of Recognition and the United States », *Ratio Juris* 1988, p. 40-57.

GREWE Constance, « Entre la tour de Babel et l'esperanto : les problèmes du (des) langage(s) du droit comparé », *in La communicabilité entre les systèmes juridiques. Liber amicorum Jean-Claude Escarras*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 115-129.

GRIZE Jean-Blaise, « Les raisonnements semi formels », *in* BOURCIER Danièle et MACKAY Pierre (dir.), *Lire le droit : langue, texte et cognition*, Paris, LGDJ, 1992, p. 99-107.

GRZEGORCZYK Christophe, « Le rôle du performatif dans le langage du droit », *APD* 1974, p. 229-243.

GRZEGORCZYK Christophe, « Statut et fonction de la théorie dans la science du droit », *APD* 1977, p. 177-211.

GRZEGORCZYK Christophe, « Le concept du bien juridique : l'impossible définition », *APD* 1979, p. 259-272.

GRZEGORCZYK Christophe, « Connaître le droit », *APD* 1981, p. 428-432.

GRZEGORCZYK Christophe, « L'impact de la théorie des actes de langage dans le monde juridique : essai de bilan », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, p. 165-194.

GRZEGORCZYK Christophe, « Évaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit », *APD* 1986, p. 281-301.

GRZEGORCZYK Christophe, « L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit », *Droits* n°7, p. 47-57.

GRZEGORCZYK Christophe, « Système juridique et réalité : discussion de la théorie autopoiétique du droit », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 179-209.

GRZEGORCZYK Christophe, « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », *in* TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et GRZEGORCZYK Christophe (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, 2005, p. 25-42.

GRZEGORCZYK Christophe et STUDNICKI Tomasz, « Les rapports entre la norme et la disposition légale », *APD* 1974, p. 243-256.

GUASTINI Riccardo, « Production of Rules by Means of Rules », *Rechtstheorie* 1986, p. 295-309.

GUASTINI Riccardo, « Théorie et ontologie du droit chez Dworkin », *Droit et Société* n°2/1986.

GUASTINI Riccardo, « Ought-Sentences and the Juristic Description of Rules », *Ratio Juris* 1991, p. 308-321.

GUASTINI Riccardo, « Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 249-264.

GUASTINI Riccardo, « Invalidity », *Ratio Juris* 1994, p. 212-226.

GUASTINI Riccardo, « Interprétation et description des normes », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Aix-en-Provence, Bruylant, PUAM, 1995, p. 89-101.

GUASTINI Riccardo, « Kelsen on Legal Knowledge and Scientific Interpretation », *in* GIANFORMAGGIO Letizia et PAULSON Stanley (dir.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turin, Giappichelli, 1995, p. 107-115.

GUASTINI Riccardo, « Rules Validity and Statutory Construction », *in* PINTORE Ana et JORI Mario (dir.), *Law and Language. The Italian Analytical School*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1997, p. 229-247.

GUASTINI Riccardo, « Problèmes épistémologiques du normativisme en tant que théorie de la science juridique », *RMM* 1997, p. 551-563.

GUASTINI Riccardo, « Norberto Bobbio ou de la distinction », *in* BOBBIO Norberto, *Essais de théorie du droit*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1998, p. 1-17.

GUASTINI Riccardo, « Normativism or the Normative Theory of Legal Science : Some Epistemological Problems », *in* PAUSLON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 317-330.

GUASTINI Riccardo, « L'ordre juridique : critique de quelques idées reçues », *Analisi e Diritto* 2000, p. 89-96.

GUASTINI Riccardo, « Sollsätze. An Exercise in Hard Legal Positivism », *Rechtstheorie* 2000, p. 185-196.

GUASTINI Riccardo, « Réalisme et anti-réalisme dans la théorie de l'interprétation », *in Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 431-443.

GUASTINI Riccardo, « Jugements de validité », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 453-462.

GUASTINI Riccardo, « Le point de vue de la science juridique », *Analisi e Diritto* 2006, p. 137-145.

GUIGUE Alexandre, « Autour des méthodes positivistes », *RRJ* 2006, p. 1175-1192.

HABA Enrique, « Études en allemand sur les rapports entre droit et langue », *APD* 1974, p. 257-289.

HABA Enrique, « Études en allemand sur les rapports entre droit et langue. Suite et fin », *APD* 1975, p. 175-207.

HABA Enrique, « Logique et idéologie dans la théorie des sources », *APD* 1982, p. 235-244.

HABA Enrique, « Droits de l'homme, concepts mouvants, idéologie », *APD* 1984, p. 323-339.

HABA Enrique, « Sciences du droit, quelle science ? Le droit en tant que science : une question de méthodes », *APD* 1991, p. 165-187.

HABA Enrique, « Du manque de réalisme dans l'actuelle théorie du droit et de ce que pourrait lui apprendre un juriste d'antan », *APD* 1998, p. 241-256.

HACKER Peter Michael Stephan, « Definition in Jurisprudence », *The Philosophical Quarterly* 1969, p. 343-347.

HACKER Peter Michael Stephan, « Hart's Philosophy of Law », *in Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon, 1977, p. 1-25.

HAESAERT J.-P., « La technique juridique », *APD* 1939, p. 56-73.

HALPIN Andrew, « The Methodology of Jurisprudence : Thirty Years Off the Point », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 2006, p. 67-93.

HAMMER Stefan, « A Neo-Kantian Theory of Legal Knowledge in Kelsen's Pure Theory of Law », *in* PAUSLON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 177-194.

HAMON Francis, « Quelques réflexions sur la théorie réaliste de l'interprétation », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 487-500.

HARRIS J.W., « When and Why Does Grundnorm Changes ? », *Cambridge Law Journal* 1971, p. 103-133.

HARRIS J.W., « Kelsen and Normative Consistency », *in* TUR Richard et TWINING William (dir.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon, 1986, p. 201-228.

HARRIS J.W., « Kelsen, Revolutions and Normativity », *in* ATTWOOL Elspeth (dir.), *Shaping Revolution*, Aberdeen, Aberdeen UP, 1991, p. 1-16.

HART Herbert Lionel Adolphus, « Definition and Theory in Jurisprudence », *LQR* 1954, p. 37-60.

HART Herbert Lionel Adolphus, « Review of The Morality of Law », *HLR* 1965, p. 1281-1296.

HART Herbert Lionel Adolphus, « Introduction », *in Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon, 1983, p. 1-18.

HART Herbert Lionel Adolphus, « Problems of the Philosophy of Law », *in Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon, 1983, p. 88-119.

HART Herbert Lionel Adolphus, « American Jurisprudence Through English Eyes : the Nightmare and the Noble Dream », *in Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon, 1983, p. 123-144.

HART Herbert Lionel Adolphus, « Scandinavian Realism », *in Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon, 1983, p. 161-169.

HART Herbert Lionel Adolphus, « Self-Referring Laws », *in Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon, 1983, p. 170-178.

HART Herbert Lionel Adolphus, « Kelsen's Doctrine of the Unity of Law », *in Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon, 1983, p. 309-342.

HART Herbert Lionel Adolphus, « Comment », *in* GAVINSON Ruth (dir.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon, 1987, p. 35-42.

HART Herbert Lionel Adolphus, « Kelsen Visited », *in* PAUSLON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 69-87.

HART Herbert Lionel Adolphus, « Postscript », *in Le concept de droit*, 2e éd., Bruxelles, Pub. des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 250-293.

HAQUET Arnaud, « Existe-t-il des critères scientifiques d'évaluation des théories du droit », *Droits* n°30, p. 163-181.

HEIDEMANN Carsten, « The Creation of Normative Fact », *Law and Philosophy* 2000, p. 263-281.

HÉRAUD Guy, « L'influence de Kelsen dans les doctrines contemporaines. Étude de droit français », *Annales de la Faculté de droit de Toulouse* 1958, p. 171-191.

HÉRAUD Guy, « Sur deux conceptions de la compétence », *APD* 1959, p. 35-45.

HÉRAUD Guy, « La validité juridique », *in Mélanges offets à Jacques Maury*, Paris, Dalloz, 1960, T. II, p. 477-490.

HERRERA Carlos Miguel, « Les conditions d'imposition et du succès du paradigme kelsénien », *in* ROUSSEAU Dominique (dir.), *Le droit dérobé*, Paris, Montchrestien, 2007, p. 59-69.

HERRERA Carlos Miguel, « Doctrine juridique et politique : à la recherche du regard interne », *in* DOAT Mathieu, LE GOFF Jacques et PÉDROT Philippe (dir.), *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes, PUR, 2007, p. 83-92.

HICKS J.C., « The Liar Paradox in Legal Reasoning », *Cambridge Law Journal* 1971, p. 275-291.

HIMMA Kenneth Einar, « Inclusive Legal Positivism », *in* COLEMAN Jules et SHAPIRO Scott (dir.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, OUP, 2002, p. 125-165.

HINTIKKA J. et JAAKO K., « Remarks on a Paradox », *ARSP* 1958, p. 514-516.

HODSON John, « Hart on the Internal Aspect of Rules », *ARSP* 1976, p. 381-399.

HOERSTER Norbert, « On Alf Ross and Some Legal Puzzles », *Mind* 1972, p. 422-426.

HOLTON Richard, « Positivism and the Internal Point of View », *Law and Philosophy* 1998, p. 597-625.

HONORÉ Tony, « The Basic Norm of a Society », *in* PAUSLON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 89-112.

HOPTON T.C., « Grundnorm and Constitution : the Legitimacy of Politics », *McGill Law Journal* 1978, p. 72-91.

HUBERT René, « Science du droit, sociologie juridique et philosophie du droit », *APD* 1931, p. 43-71.

HUGUES Graham, « Validity and the Basic Norm », *California Law Review* 1971, p. 695-714.

IVAINER Théodore, « Introduction à un discours sur le langage du droit », *JCP* 1983.I.3097.

JACKSON Bernard, « Sémiotique et études critiques du droit », *Droit et Société* n°8/1988.

JACKSON John, « Hart and the Concept of Fact », *in* LEITH Philip et INGRAM Peter (dir.), *The Jurisprudence of Orthodoxy : Queen's University Essays on H.L.A. Hart*, Londres, Routledge, 1988, p. 61-84.

JACQUES Francis, « Interpréter : prototype ou simple ressemblance de famille ? », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Aix-en-Provence, Bruylant, PUAM, 1995, p. 27-45.

JAKAB Andras, « Problèmes de la Stufenbaulehre. L'échec de l'idée d'inférence et les perspectives de la théorie pure du droit », *Droit et Société* n°66/2007, p. 411-450.

JEAND'HEUR Bernd, « Science du langage et science du droit : problèmes communs du point de vue de la théorie structurante du droit », *Droits* n°28, p. 141-153.

JESTAZ Philippe, « Le langage et la force contraignante du droit (ou des bœufs et des hommes) », *in* INGBER Léon et VASSART Patrick (dir.), *Le langage du droit*, Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 67-86.

JORI Mario, « Ordre juridique », *APD* 1984, p. 347-352.

JORI Mario, « Paradigms of Legal Science », *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 1990, p. 230-254.

JORI Mario, « The Object and Method of Legal Science », *in* PINTORE Ana et JORI Mario (dir.), *Law and Language. The Italian Analytical School*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1997, p. 291-337.

KALINOWSKI Georges, « Note sur Krysztof Kozlowski, 'Caractérisation de la définition philosophique du droit », *APD* 1963, p. 327-329.

KALINOWSKI Georges, « Sur les langages respectifs du législateur, du juge et de la loi », *APD* 1974, p. 63-74.

KALINOWSKI Georges, « Obligations, permissions et normes. Réflexions sur le fondement métaphysique du droit », *APD* 1981, p. 533-543.

KALINOWSKI Georges, « Les performatifs en droit », *in* DI BERNARDO Giuliano (dir.), *Normative Structures of the Social World*, Amsterdam, Rodopi, 1988, p. 205-221.

KALINOWSKI Georges, « Trois notions de droit », *Droits* n°10, p. 43-46.

KARADGÉ-ISKROW N., « La théorie du droit pur et la dogmatique juridique », *Revue internationale de la théorie du droit* 1936, p. 178-188.

KASIRER Nicholas, « Dire ou définir le droit », *in Français juridique et science du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 165-201.

KATCHADOURIAN Haig, « H.L.A. Hart's Primary and Secondary Legal Rules and the Institutional Character of Law », *ARSP Supplementa* vol. 3, p. 204-213.

KEDAR Nir, « The Political Origins of the Modern Legal Paradoxes », *in* PEREZ Oren et TEUBNER Gunther (dir.), *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, Oxford, Hart, 2006, p. 101-117.

KELSEN Hans, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RDP* 1926, p. 541-646.

KELSEN Hans, « La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit », *RMM* 1934, p. 183-204.

KELSEN Hans, « Science and Politics », *The American Political Science Review* 1951, p. 641-661.

KELSEN Hans, « What Is Justice ? », *in What Is Justice ? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley, University of California Press, 1957, p. 1-24.

KELSEN Hans, « Value Judgments in the Science of Law », *in What Is Justice ? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley, University of California Press, 1957, p. 209-230.

KELSEN Hans, « Why Should Law Be Obeyed ? », *in What Is Justice ? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley, University of California Press, 1957, p. 257-265.

KELSEN Hans, « The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence », *in What Is Justice ? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley, University of California Press, 1957, p. 266-287.

KELSEN Hans, « Causality and Imputation », *in What Is Justice ? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley, University of California Press, 1957, p. 324-349.

KELSEN Hans, « Justice et droit naturel », *in Le droit naturel*, Paris, PUF, 1959, p. 107-110.

KELSEN Hans, « On the Basic Norm », *California Law Review* 1959, p. 107-110.

KELSEN Hans, « Derogation », *in Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962, p. 339-355.

KELSEN Hans, « Positivisme juridique et droit naturel », *in Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 141-148.

KELSEN Hans, « Professor Stone and the Pure Theory of Law », *Stanford Law Review* 1965, p. 1128-1157.

KELSEN Hans, « On the Pure Theory of Law », *Israel Law Review* 1966, p. 1-7.

KELSEN Hans, « The Fondation of the Theory of Natural Law », *in Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht, D. Reidel, 1973, p. 114-153.

KELSEN Hans, « Law and Logic », *in Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht, D. Reidel, 1973, p. 228-253.

KELSEN Hans, « On the Basis of Legal Validity », *American Journal of Jurisprudence* 1981, p. 178-189.

KELSEN Hans, « What Is a Legal Act », *American Journal of Jurisprudence* 1984, p. 199-212.

KELSEN Hans, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », *Droit et Société* n°22/1992.

KELSEN Hans, « Une théorie réaliste et la théorie pure du droit. Remarques sur On Law and Justice d'Alf Ross », *Annales de la Faculté de Strasbourg* n°4, p. 15-42.

KELSEN Hans, « Comment devant la guerre penser l'après-guerre », *in Écrits français de droit international*, Paris, PUF, 2001, p. 268-276.

KELSEN Hans, « La Théorie pure du droit dans La pensée juridique. Remarques sur des objections soulevées par Michel Virally à l'encontre de la Théorie pure », *in Controverses sur la Théorie pure du droit*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 163-184.

KERVÉGAN Jean-François, « La critique schmittienne du normativisme kelsénien », *in* HERRERA Carlos-Miguel (dir.), *Le droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 229-241.

KNAPP Viktor, « Théorie du droit et cybernétique », i*n Études offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, p. 233-242.

KRAMER Matthew, « The Rule of Misrecognition in the Hart of Jurisprudence », *OJLS* 1988, p. 401-433.

KRAWIETZ Werner, « What Does it Mean to Follow an Institutionalised Legal Rule ? On Rereading Wittgenstein and Max Weber », *ARSP Beiheft* n°40, p. 7-14.

KRYGIER Martin, « The Concept of Law and Social Theory », *OJLS* 1982, p. 155-180.

KRYRITSIS Dimitrios, « What Is Good about Legal Conventionalism ? », *Legal Theory* 2008, p. 135-166.

LAGERSPETZ Eerik, « On the Existence of Institutions », *in* ERIKSSON Lars et HURRI Samuli (dir.), *Dialectic of Law and Reality. Readings in Finnish Legal Theory*, Helsinki, Publications of the Faculty of Law, 1999, p. 197-216.

LANDOWSKI Éric, « Statut et pratiques du texte juridique », *in* BOURCIER Danièle et MACKAY Pierre (dir.), *Lire le droit : langue, texte et cognition*, Paris, LGDJ, 1992, p. 441-455.

LANG Wieslaw, « The Ontology of Law », *in Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts. Festgabe für Kazimierz Opalek zum 75. Geburstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, p. 221-230.

LA TORRE Massimo, « Meaning and Legal Science. An Institutionalist Approach », *in* GARZON VALDES Ernesto, KRAWIETZ Werner, VON WRIGHT Georg Henrik et ZIMMERLING Ruth (dir.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, p. 391-409.

LA TORRE Massimo, « The Hierarchical Mode and H.L.A. Hart's Concept of Law », *ARSP* 2007, p. 82-100.

LAZZARO Giorgio, « Law and Ordinary Language », *in* PINTORE Ana et JORI Mario (dir.), *Law and Language. The Italian Analytical School*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1997, p. 178-209.

LEBEN Charles, « Le principe d'égalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire », *in Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 215-235.

LEBEN Charles, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits* n°33, p. 19-39.

LEBEN Charles, « Troper et Kelsen », *Droits* n°37, p. 13-29.

LE COUSTUMER Jean-Christophe, « Réalisme, scepticisme et contraintes juridiques », *Droits* n°36, p. 161-181.

LEITER Brian, « Rethinking Legal Realism : Toward a Naturalized Jurisprudence », *Texas Law Review* 1997, p. 267-314.

LEITER Brian, « Realism, Hard Positivism and Conceptual Analysis », *Legal Theory* 1998, p. 533-547.

LEITER Brian, « Positivism, Formalism, Realism », *Columbia Law Review* 1999, p. 1138-1164.

LEITER Brian, « Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis », *in* COLEMAN Jules (dir.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford, OUP, 2001, p. 355-370.

LEITER Brian, « Law and Objectivity », *in* COLEMAN Jules et SHAPIRO Scott (dir.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, OUP, 2002, p. 969-989.

LEITER Brian, « Beyond the Hart/Dworkin Debate : the Methodology Problem in Jurisprudence », *American Journal of Jurisprudence* 2003, p. 17-51.

LEITH Philip, « Common Usage, Certainty and Computing », *in* LEITH Philip et INGRAM Peter (dir.), *The Jurisprudence of Orthodoxy : Queen's University Essays on H.L.A. Hart*, Londres, Routledge, 1988, p. 85-115.

LENOBLE Jacques, « Réflexions épistémologiques sur les théories contemporaines de la validité des normes juridiques », *in* RIGAUX François, HAARSCHER Guy et VASSART Patrick (dir.), *Droit et pouvoir*, Bruxelles, Story-Scienta, 1987, p. 347-381.

LEPAULLE Pierre, « Reflections on the Sources of the Law », *in Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962, p. 87-98.

L'HUILLIER Jean, « Défense du positivisme juridique », *RDP* 1954, p. 941-956.

LINDAHL Lars, « Norms, Meaning, Postulates and Legal Predicates », *in* GARZON VALDES Ernesto, KRAWIETZ Werner, VON WRIGHT Georg Henrik et ZIMMERLING Ruth (dir.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, p. 293-307.

LINDAHL Lars, « Deduction and Justification in the Law. The Role of Legal Terms and Concepts », *Ratio Juris* 2004, p. 182-201.

LOCHAK Danièle, « Le droit, discours du pouvoir », *in Itinéraires. Études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 429-444.

LOSANO Mario, « The Periodization of Kelsen Proposed by S.L. Paulson », *in* GIANFORMAGGIO Letizia (dir.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Turin, Giappichelli, 1990, p. 111-121.

LUF Gerhard, « On the Transcendental Import of Kelsen's Basic Norm », *in* PAUSLON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 221-234.

LUHMAN Niklas, « L'unité du système juridique », *APD* 1986, p. 163-188.

LUZZATI Claudio, « Kelsen vs Bulygin on Legal Interpretation : How Not To Read Kelsen Through Hart's Eyes », *in* GIANFORMAGGIO Letizia et PAULSON Stanley (dir.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turin, Giappichelli, 1995, p. 87-106.

MACCORMICK Neil, « On Analytical Jurisprudence », *in Conceptions contemporaines du droit – 9e congrès mondial IVR*, *ARSP Supplementa* vol. 1, part I, p. 29-41.

MACCORMICK Neil, « Norms, Institutions and Institutional Facts », *Law and Philosophy* 1998, p. 301-345.

MACCORMICK Neil, « Powers and Power Conferring Norms », *in* PAUSLON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 451-470.

MACCORMICK Neil et BANKOWSKI Zenon, « La théorie des actes de langage et la théorie des actes juridiques », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, p. 195-209.

MACKAAY Ejan, « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », *Langages* n°53, p. 33-50.

MARMOR Andrei, « Legal Conventionalism », *Legal Theory* 1998, p. 509-531.

MARMOR Andrei, « An Essay on the Objectivity of Law », *in* BIX Brian (dir.), *Analysing Law : New Essays in Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 3-31.

MARMOR Andrei, « Exclusive Legal Positivism », *in* COLEMAN Jules et SHAPIRO Scott (dir.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, OUP, 2002, p. 104-124.

MARMOR Andrei, « Legal Positivism : Still Descriptive and Morally Neutral », *OJLS* 2006, p. 683-704.

MARMOR Andrei, « How Law Is Like Chess », USC Legal Studies Research Paper n°06-7, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=897313.

MARMOR Andrei, « Are Constitutions Legitimate ? », USC Legal Studies Research Paper n°06-9, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=899592.

MARMOR Andrei, « What Does the Law Say ? Semantics and Pragmatics in Statutory Language », *Analisi e Diritto* 2007, p. 127-140.

MARMOR Andrei, « The Pragmatics of Legal Language », *Ratio Juris* 2008, p 423-452.

MARTYNIAK Czeslaw, « Le problème de l'unité des fondements de la théorie du droit de Kelsen », *APD* 1937, p. 166-190.

MASPETIOL Roland, « L'apport à la théorie de l'État des méthodes phénoménologiques et structuralistes », *APD* 1970, p. 269-286.

MATHIEU-IZORCHE Marie-Laure, « Pluralisme et unité », *in* FONTAINE Lauréline (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 105-127.

MAURY Jacques, « Observations sur les idées du professeur H. Kelsen », *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1929, p. 537-563.

MAYERS Eugene, « A Critique of H.L.A. Hart's Philosophy of Law With Special Reference to His Theory of Obligation », *in Conceptions contemporaines du droit – 9e congrès mondial IVR*, *ARSP Supplementa* vol. 1, part I, p. 123-133.

MAZZARESE Tecla, « Kelsen Revisited on Law and Logic », *in* GIANFORMAGGIO Letizia (dir.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Turin, Giappichelli, 1990, p. 140-161.

MAZZARESE Tecla, « Norm Proposition : Epistemic and Semantic Queries », *Rechtstheorie* 1991, p. 39-70.

MAZZARESE Tecla, « Cognition and Legal Decisions, Remarks on Bulygin's View », *in* GIANFORMAGGIO Letizia et PAULSON Stanley (dir.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turin, Giappichelli, 1995, p. 155-175.

MAZZARESE Tecla, « Norm Proposition. A Defence of a Sceptical View », *in* EGIDI Rosaria (dir.), *In Search of a New Humanism. The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, Dordrecht, Kluwer, 1999, p. 193-204.

MCEVOY Sébastien, « La question de l'arrêt, le cas de l'argumentation en droit », *in* BOURCIER Danièle et MACKAY Pierre (dir.), *Lire le droit : langue, texte et cognition*, Paris, LGDJ, 1992, p. 173-196.

MEHL Lucien, « Essai de synthèse : une science du droit pour penser les pratiques du texte », *in* BOURCIER Danièle et MACKAY Pierre (dir.), *Lire le droit : langue, texte et cognition*, Paris, LGDJ, 1992, p. 465-476.

MIAILLE Michel, « Désordre, droit et science », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 87-103.

MICHAUT Françoise, « L'inscription de la décision judiciaire dans un système judiciaire. Réflexions sur l'évolution de la doctrine américaine contemporaine », *RDP* 1989, p. 1009-1059.

MICHAUT Françoise, « L'approche scientifique du droit chez les réalistes américains », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 265-280.

MILLARD Éric, « Deux lectures critiques d'Alf Ross », *Annales de la Faculté de Strasbourg* n°4, p. 9-14.

MILLARD Éric, « Le vocabulaire du droit », Séminaire Diasporas, 2001, disponible à l'adresses suivante : http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/12/65/75/PDF/Diaspora_Janvier_2001.pdf.

MILLARD Éric, « Présentation », *Droit et Société* n°50/2002, p. 13-18.

MILLARD Éric, « Le réalisme scandinave et la théorie des contraintes », *in* TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et GRZEGORCZYK Christophe (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, 2005, p. 143-154.

MILLARD Éric, « L'aveu théorique comme préalable au travail juridique savant », VIe Congrès de l'AFDC, Montpellier, 10 juin 2005.

MILLARD Éric, « L'analyse lexicographique de Norberto Bobbio », *Analisi e Diritto* 2005, p. 209-217.

MILLARD Éric, « La hiérarchie des normes : une critique sur un fondement empiriste », 2005, disponible à l'adresse suivante : http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/14/85/92/PDF/Critique_empiriste.pdf.

MILLARD Éric, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *CCC* n°21, p. 87-92.

MILLARD Éric, « Éléments pour une approche analytique de la complexité », *in* DOAT Mathieu, LE GOFF Jacques et PÉDROT Philippe (dir.), *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes, PUR, 2007, p. 141-154.

MILLARD Éric, « Point de vue interne et science du droit : un point de vue empiriste », *RIEJ* 2007.59, p. 59-71.

MILLARD Éric, « Ross Alf Niels Christian – On law and justice », *in* CAYLA Olivier et HALPÉRIN Jean-Louis (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 488-495.

MILTON Philip, « H.L.A. Hart : Jurisprudence and Linguistic Philosophy », *MLR* 1984, p. 751-760.

MOORE Michael, « A Natural Law Theory of Interpretation », *Southern California Law Review* 1985, p. 277-398.

MORAWSKI Lech, « Law, Fact and Legal Language », *Law and Philosophy* 1999, p. 461-473.

MORENO José Juan, « Putting Legal Objectivity in its Place », *Analisi e Diritto* 2004, p. 243-252.

MORENO José Juan et NAVARRO Pablo, « The Reception of Norms and Open Legal Systems », *in* PAUSLON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 273-291.

MORIN Gaston, « L'abus de droit et les relations du réel et des concepts dans le domaine juridique », *RMM* 1929, p. 267-283.

MORIN Gaston, « Vers la révision de la technique juridique. Le concept d'institution », *APD* 1931, p. 73-85.

MORISON Mary Jane, « Excursions Into the Nature of Legal Language », *Cleveland State Law* Review 37, p. 271-336.

MOULIN Georges, « La linguistique comme science auxiliaire dans les disciplines juridiques », *APD* 1974, p. 7-16.

NANNINI Sandro, « Legal Validity and Conformity to Law », *in* GIANFORMAGGIO Letizia et PAULSON Stanley (dir.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turin, Giappichelli, 1995, p. 231-246.

NIINILUOTO Ilkka, « Language, Norms and Truth », *in Essays in Philosophical Analysis Dedicated to Erik Stenius on the Occasion of His 70th Birthday*, *Acta Philosophica Fennica* 1981, p. 168-189.

NIINILUOTO Ilkka, « On Truth and Argumentation in Legal Dogmatics », *Rechtstheorie Beiheft* 2, p. 53-76.

NIINILUOTO Ilkka, « On the Truth of Norms Propositions », *Rechtstheorie Beiheft* 2, p. 171-180.

NINO Carlos Santiago, « Some Confusions Surrounding Kelsen's Concept of Validity », *in* PAUSLON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 253-261.

NINO Carlos Santiago, « Marshall's Logic and Kelsen's Problem », *in* GIANFORMAGGIO Letizia et PAULSON Stanley (dir.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turin, Giappichelli, 1995, p. 219-230.

NIORT Jean-François, « Formes et limites du positivisme juridique », *RRJ* 1993, p. 157-192.

NOAH SMITH Matthew, « The Law as a Social Practice : Are Shared Activities at the Foundations of Law ? », *Legal Theory* 2006, p. 265-292.

OLIVECRONA Karl, « Legal Language and Reality », *in Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962, p. 151-191.

OPALEK Kazimierz, « Law as Social Phenomenon », *ARSP* 1971, p. 37-55.

OPALEK Kazimierz, « Les normes, les énoncés sur les normes et les propositions déontiques », *APD* 1972, p. 355-372.

OPALEK Kazimierz, « Problems of School in Legal Theory », *in* BULYGIN Eugenio, GARDIES Jean-Louis et NIINILUOTO Illka (dir.), *Man, Law and Modern Forms of Life*, Dordrecht, D. Reidel, 1985, p. 161-173.

OPALEK Kazimierz, « The General Science of Law : Main Approaches and their History », *in Selected Papers in Legal Philosophy*, Dordrecht, Kluwer, 1999, p. 15-30.

OPALEK Kazimierz, « The Complexity of Law and the Methods of its Study », *in Selected Papers in Legal Philosophy*, Dordrecht, Kluwer, 1999, p. 49-62.

OPALEK Kazimierz, « The Problem of the Validity of Law », *in Selected Papers in Legal Philosophy*, Dordrecht, Kluwer, 1999, p. 77-89.

OPALEK Kazimierz, « Present Status of Legal Philosophy », *in Selected Papers in Legal Philosophy*, Dordrecht, Kluwer, 1999, p. 137-152.

OPALEK Kazimierz, « Some Problems of the Theory of Norms », *in Selected Papers in Legal Philosophy*, Dordrecht, Kluwer, 1999, p. 181-200.

OPALEK Kazimierz, « The Problem of the Existence of the Norm », *in Selected Papers in Legal Philosophy*, Dordrecht, Kluwer, 1999, p. 217-231.

OPALEK Kazimierz, « Directive Discourse », *in Selected Papers in Legal Philosophy*, Dordrecht, Kluwer, 1999, p. 295-310.

OPALEK Kazimierz, « Doing Things With Words and the Law », *in Selected Papers in Legal Philosophy*, Dordrecht, Kluwer, 1999, p. 313-321.

OPALEK Kazimierz, « Directives, Norms and Performatives », *in Selected Papers in Legal Philosophy*, Dordrecht, Kluwer, 1999, p. 323-344.

OPPETIT Bruno, « Le droit hors la loi », *Droits* n°10, p. 47-50.

OST François, « Considérations sur la validité des normes et des systèmes juridiques », *JT* 1984, p. 1-7.

OST François, « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoiétique appliqué au droit », *APD* 1986, p. 133-162.

OST François, « Essai de définition et de caractérisation de la validité juridique », *in* RIGAUX François, HAARSCHER Guy et VASSART Patrick (dir.), *Droit et pouvoir*, Bruxelles, Story-Scienta, 1987, p. 97-132.

OST François, « Le code et le dictionnaire, acceptabilité linguistique et validité juridique », *in* INGBER Léon et VASSART Patrick (dir.), *Le langage du droit*, Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 163-194.

OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, « Possibilité et limites d'une science du droit », *RIEJ* 1978, p. 1-39.

OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, « La référence à Dieu dans la théorie pure du droit de Hans Kelsen », *in Qu'est-ce que Dieu ? Hommage à l'abbé Daniel Coppieters de Gibson*, Bruxelles, Pub. des Facultés universitaires Saint-Louis, 1985, p. 285-324.

OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, « De la bipolarité des erreurs ou de quelques paradigmes de la science du droit », *APD* 1988, p. 177-206.

OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, « Juris-dictio et définition du droit », *Droits* n°10, p. 53-57.

OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, « Auto-organisation des systèmes juridiques et hiérarchie des normes », *in* SFEZ Lucien et COUTLÉE Gilles, *Technologies et symboliques de la communication*, Grenoble, PUG, 1990, p. 335-354.

PAILLARD Henri, « La phénoménologie et le droit : méthode et théorie en philosophie du droit », *RRJ* 1988, p. 677-727.

PARAIN-VIAL Jeanne, « Note sur l'épistémologie des concepts juridiques », *APD* 1959, p. 131-135.

PARAIN-VIAL Jeanne, « La nature du concept juridique et la logique », *APD* 1966, p. 45-57.

PARIS Alexandre, « L'objectivité de la science du droit à l'épreuve du refus kelsénien de syncrétisme des méthodes », VIe Congrès de l'AFDC, Montpellier, 9, 10 et 11 juin 2005, disponible à l'adresse suivante : http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/atelier4.html.

PARISOLI Luca, « Le dépassement de la logique classique et les paradoxes des normes fondamentales », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 763-773.

PATTARO Enrico, « Functions of the Language and Interpretation of the Law », *in Conceptions contemporaines du droit – 9e congrès mondial IVR*, *ARSP Supplementa* vol. 1, part III, p. 199-207.

PATTARO Enrico, « Validité et pouvoir », *in* RIGAUX François, HAARSCHER Guy et VASSART Patrick (dir.), *Droit et pouvoir*, Bruxelles, Story-Scienta, 1987, p. 145-156.

PATTARO Enrico, « Dimensions du savoir juridique et orientations philosophiques », *RIEJ* 1988, n° spécial, p. 135-162.

PATTARO Enrico, « Propos final », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 211-226.

PATTARO Enrico, « Interprétation, systématisation et science juridique », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Aix-en-Provence, Bruylant, PUAM, 1995, p. 103-113.

PATTARO Enrico, « Towards a Map of Legal Knowledge », *in* PINTORE Ana et JORI Mario (dir.), *Law and Language. The Italian Analytical School*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1997, p. 85-111.

PATTARO Enrico, « Validity Without Norms », *in Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 651-662.

PATTERSON Denis, « Dworkin on the Semantics of Legal and Political Concepts », *OJLS* 2006, p. 545-557.

PAULSON Stanley, « La théorie pure du droit peut-elle se prévaloir d'arguments transcendentaux ? », *Droit et Société* n°7/1987.

PAULSON Stanley, « Toward a Periodicization of the Pure Theory of Law », *in* GIANFORMAGGIO Letizia (dir.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Turin, Giappichelli, 1990, p. 11-47.

PAULSON Stanley, « The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law », *OJLS* 1992, p. 311-332.

PAULSON Stanley, « Continental Normativism and its British Counterpart : How Different Are They ?", *Ratio Juris* 1993, p. 227-244.

PAULSON Stanley, « Hans Kelsen et les fictions juridiques », *Droits* n°21, p. 65-81.

PAULSON Stanley, « Legal Knowledge Versus Legal Interpretation ? On Kelsen's Philosophial Reconstruction and its Limits », *in* GIANFORMAGGIO Letizia et PAULSON Stanley (dir.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turin, Giappichelli, 1995, p. 117-137.

PAULSON Stanley, « On the Implications of Kelsen's Doctrine of Hierarchical Structure », *Liverpool Law Review* 1996, p. 49-62.

PAULSON Stanley, « Introduction », *in* KELSEN Hans, *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1997, p. 3-43.

PAULSON Stanley, « Introduction », *in* PAUSLON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 1998, p. XXIII-LIII.

PAULSON Stanley, « Hans Kelsen' Earliest Legal Theory : Critical Constructivism », *in* PAUSLON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 23-43.

PAULSON Stanley, « On Transcendental Arguments, Their Recasting in Terms of Belief and Ensuing Transformation of Kelsen's Pure Theory of Law », *Notre Dame Law Review* 2000, p. 1775-1795.

PAULSON Stanley, « On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen's Basic Norm », *Ratio Juris* 2000, p. 279-293.

PECZENIK Aleksander, « The Concept Valid Law », *Scandinavian Stuides in Law* 1972, p. 213-251.

PECZENIK Aleksander, « On the Nature and Function of the Grundnorm », *Rechtstheorie* 1979, p. 279-296.

PECZENIK Aleksander, « Two Sides of the Grundnorm », *Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts* 1982, p. 58-62.

PECZENIK Aleksander, « Legal Data. An Essay About the Ontology of Law », *in* PECZENIK Aleksander, LINDAHL Lars et VAN ROERMUND Bert (dir.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, D. Reidel, 1983, p. 97-120.

PECZENIK Aleksander, « Unity of the Legal System », *in Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems. Festschrift for Robert S. Summers*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, p. 71-81.

PECZENIK Aleksander et HAGE Jaap, « Legal Knowledge about What ? », *Ratio Juris* 2000, p. 326-345.

PERELMAN Chaïm, « À propos de la règle de droit : réflexions de méthode », *in* PERELMAN Chaïm (dir.), *La règle de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 313-323.

PERELMAN Chaïm, « L'usage et l'abus des notions confuses », *Logique et analye* 1978, p. 59-62.

PERELMAN Chaïm, « Les notions à contenu variable en droit : essai de synthèse », *in* PERELMAN Chaïm (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 363-374.

PERENIC Anton, « Concilier les dimensions essentielle et existentielle du droit », *Droits* n°10, p. 59-62.

PERETIATKOWICZ Antoine, « La méthode normative en droit public (notes critiques sur la théorie de M. Kelsen) », *APD* 1940, p. 225-235.

PEREZ Oren, « Law in the Air : a Prologue to a World of Legal Paradoxes », *in* PEREZ Oren et TEUBNER Gunther (dir.), *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, Oxford, Hart, 2006, p. 3-38.

PERRIN Jean-François, « Définir le droit selon une pluralité de perspectives », *Droits* n°10, p. 63-67.

PERRY Stephen, « Hart on Social Rules and the Foundations of Law : Liberating the Internal Point of View », *Fordham Law Review* 2006, p. 1171-1209.

PETEV Valentin, « Hans Kelsen et le cercle de Vienne. À quel point la théorie du droit est-elle scientifique », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 233-247

PETEV Valentin, « Virtualité et construction de la réalité sociale et juridique », *APD* 1999, p. 27-34.

PETEV Valentin, « Vérité et justification en droit », *in Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 471-479.

PETEV Valentin, « Pluralisme juridique, construction européenne et droits participatifs », *APD* 2006, p. 13-20.

PETEV Valentin, « Quelques réflexions sur la philosophie du droit d'Habermas », *RDP* 2007, p. 1534-1540.

PETTITI Louis-Edmond, « Loi et formalisme », *in* SAMET Catherine et TZITZIS Stamatios (dir.), *Les visages de la loi*, Paris, L'atelier de l'Archer, 2000, p. 58-72.

PFERSMANN Otto, « De la justice constitutionnelle à la justice internationale : Hans Kelsen et la seconde guerre mondiale », *RFDC* 1993, p. 761-790.

PFERSMANN Otto, « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », *RRJ* 1994, p. 221-243.

PFERSMANN Otto, « Pour une typologie modale des classes de validité normative », *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen* 1995-27, p. 69-113.

PFERSMANN Otto, « Carré de Malberg et la hiérarchie des normes », *RFDC* 1997, p. 481-509.

PFERSMANN Otto, « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », *Droits* n°28, p. 83-98.

PFERSMANN Otto, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC* 2001, p. 267-288.

PFERSMANN Otto, « Arguments ontologiques et argumentation juridiques », *in* PFERSMANN Otto et TIMSIT Gérard (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 11-34.

PFERSMANN Otto, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC* 2002, p. 789-836.

PFERSMANN Otto, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *RFDC* 2002, p. 759-788.

PFERSMANN Otto, « De l'impossibilité du changement de sens de la constitution », *in L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 353-374.

PFERSMANN Otto, « Fait », *in* RIALS Stéphane et ALLAND Denis (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 694-698.

PFERSMANN Otto, « Hiérarchie des normes », *in* RIALS Stéphane et ALLAND Denis (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 779-783.

PFERSMANN Otto, « Les faux problèmes du droit naturel », Conférence ENS, Cycle philosophie du dehors, 7 mars 2005, disponible à l'adresse suivante : http://www.diffusion.ens.fr/index.php ?res=conf&idconf=538.

PFERSMANN Otto, « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution », *in* MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 33-60.

PFERSMANN Otto, « Critique de la théorie des contraintes juridiques », *in* TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et GRZEGORCZYK Christophe (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, 2005, p. 123-142.

PICARD Etienne, « Science du droit ou doctrine juridique », *in L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 119-171.

PICAVET Emmanuel, « Hart critique de Kelsen », *in* HERRERA Carlos Miguel (dir.), *Actualités de Kelsen en France*, Paris, LGDJ, 2001, p. 123-136.

PINA Sandrine, « La connaissance pure du droit et ses limites », VIe Congrès de l'AFDC, Montpellier, 9, 10 et 11 juin 2005, disponible à l'adresse suivante : http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/atelier4.html.

PINTORE Ana, « Law as Fact, MacCormick's Institutional Theory of Law : Between Legal Positivism and Sociological Jurisprudence », *International Journal for the Semiotics of Law* 1991, p. 233-253.

PINTORE Ana, « Sur la philosophie italienne du droit de tendance analytique », *Droit et Société* n°23-24/1993, p. 199-213.

PIZZORUSSO Alessandro, « Les sources du droit en tant que fait juridique », *in La méthodologie de l'étude des sources du droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 283-296.

PIZZORUSSO Alessandro, « La question des sources du droit au début du XXIe siècle », *in En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1197-1219.

PLESZKA Krzysztof et GIZBERT-STUDNICKI Tomasz, « Le système du droit et la dogmatique juridique », *APD* 1986, p. 107-119.

POGGI Francesca, « Semantics, Pragmatics and Interpretation. A Critical Reading of Some of Marmor's Theses », *Anilisi e Diritto* 2007, p. 159-178.

POMART Cathy, « Les dispositions légales non normatives : une invitation à penser la normativité en terme de continuum », *RRJ* 2004, p. 1679-1697.

POSTEMA Gerald, « Coordination and Convention at the Foundations of Law », *Journal of Legal Studies* 1982, p. 165-203.

POUND Roscoe, « Classification of Law », *HLR* 1924, p. 933-969.

POURLANTZAS Nicos, « Notes sur la phénoménologie et l'existentialisme juridique », *APD* 1963, p. 213-225.

PRIEL Danny, « Were the Legal Realistes Legal Positivists ? », *Law and Philosophy* 2008, p. 309-350.

PUIG Pascal, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTDC* 2001, p. 749-794.

PUIGELIER Catherine, « Mots à sens multiples et règle de droit », *APD* 2005, p. 381-397.

PUPPO Alberto, « Les fondements des systèmes juridiques », *in* KOUBI Geneviève et MULLER-QUOY Isabelle (dir.), *Sur les fondements du droit public. De l'anthropologie au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 37-61.

RAZ Joseph, « Professor Ross and Some Legal Puzzles", Mind 1972, p. 415-421.

RAZ Joseph, « Promises and Obligations », in Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart, Oxford, Clarendon, 1977, p. 210-228.

RAZ Joseph, « Legal Positivism and the Sources of Law », *in The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 37-52.

RAZ Joseph, « Legal Reasons, Sources and Gaps », *in The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979, p.

RAZ Joseph, « The Identity of Legal Systems », *in The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 78-102.

RAZ Joseph, « Kelsen's Theory of the Basic Norm », *in The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 122-145.

RAZ Joseph, « Legal Validity », *in The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 145-159.

RAZ Joseph, « The Problem About the Nature of Law », *in* FLOISTAD Guttorm (dir.), Contemporary *Philosophy. A New Survey. The Philosophy of Action*, Leyde, Martinus Nijhoff, 1982, vol. 3, p. 107-125.

RAZ Joseph, « The Purity of the Pure Theory », *in* TUR Richard et TWINING William (dir.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon, 1986, p. 79-97.

RAZ Joseph, « Voluntary Obligations and Normative Powers », *in* PAUSLON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 451-470.

RAZ Joseph, « Two Views of the Nature of Law », *Legal Theory* 1998, p. 249-282.

RAZ Joseph, « Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison », *in* COLEMAN Jules (dir.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford, OUP, 2001, p. 1-37.

REDONDO Maria Christina, « Normativity in Legal Contexts. An Institutional Analysis », *Analisi e Diritto* 1999, p. 145-163.

RÉGLADE Marc, « Essai sur le fondement du droit », *APD* 1933, n°3-4, p. 160-196.

RIALS Stéphane, « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits* n°37, p. 49-85.

RICCI Roland, « Le statut épistémologique des théories juridiques : essai de définition d'une pratique scientifique juridique », *Droit et Société* n°50/2002, p. 151-183.

RIGAUX François, « Le droit au singulier et au pluriel », *RIEJ* 1982.9, p. 1-61.

ROOS Nikolas, « The Identity of Legal System in the Light of Some Paradoxes of Constitutional Law », *in* ATTWOOL Elspeth (dir.), *Shaping Revolution*, Aberdeen, Aberdeen UP, 1991, p. 56-68.

ROSS Alf, « Tû tû », *HLR* 1957, p. 812-825.

ROSS Alf, « Definition in Legal Language », *Logique et Analyse* 1958, p. 139-149.

ROSS Alf, « Le problème des sources du droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit », *in Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, LGDJ, 2004, p. 23-38.

ROSS Alf, « Qu'est-ce que la justice selon Kelsen », *in Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, LGDJ, 2004, p. 117-125.

ROSS Alf, « Signification de la maxime delegata potestas non potest delegari », *in Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, LGDJ, 2004, p. 127-148.

ROSS Alf, « La validité et le conflit entre positivisme juridique et droit naturel », *in Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, LGDJ, 2004, p. 149-166.

ROSS Alf, « Le concept de droit selon Hart », *in Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, LGDJ, 2004, p. 183-189.

ROUSSEAU Dominique, « Propositions pour construire la pensée du droit dérobé », *in* ROUSSEAU Dominique (dir.), *Le droit dérobé*, Paris, Montchrestien, 2007, p. 1-16.

ROUSSEAU Dominique, « Penser le droit avec Habermas », *RDP* 2007, p. 1476-1480.

ROUSSEAU Dominique, « Entretien avec Jürgen Habermas », *RDP* 2007, p. 1481-1486.

RUBINO Rossella et SARTOR Giovanni, « Source Norms and Self Regulated Institutions », EUI Working Paper LAW n°2007/35, disponible à l'adresse suivante : http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/7628/3/LAW-2007-35.pdf.

RUITER Dick, « Legal Validity Qua Specific Mode of Existence », *Law and Philosophy* 1997, p. 479-504.

RUITER Dick, « Normative and Real Institutions », *in* STEUNENBERG Bernard et VAN VUGHT Frans (dir.), *Political Institutions and Public Policy. Perspectives on European Decision Making*, Dordrecht, Kluwer, 1997, p. 65-81.

RUITER Dick, « Structuring Legal Institutions », *Law and Philosophy* 1998, p. 215-232.

RUIZ MANERO Juan, « On Tacit Alternative Clause », *in* GIANFORMAGGIO Letizia et PAULSON Stanley (dir.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turin, Giappichelli, 1995, p. 247-255.

SABÈTE Wagdi, « La théorie du droit et le problème de la scientificité. Quelques réflexions sur le mythe de l'objectivité de la théorie positiviste », *APD* 1999, p. 303-326.

SABÈTE Wagdi, « Quelle théorie de la science juridique ? », *RDP* 2000, p. 1291-1327.

SABÈTE Wagdi, « La description des normes en droit public au défi de la théorie de la connaissance scientifique », *RRJ* 2002, p. 671-697.

SACCO Rodolfo, « Langue et droit », *in* SACCO Rodolfo et CASTELLANI Luca (dir.), *Les multiples langues du droit européen uniforme*, Turin, L'Harmattan Italia, 1999, p. 163-185.

SARTOR Giovanni, « Validity as Bindingness : the Normativity of Legality », EUI Working Papers LAW n°2006/18, disponible à l'adresse suivante : http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/6089/1/LAW2006_18.pdf.

SARTOR Giovanni, « The Nature of Legal Concepts : Inferential Nodes or Ontological Categories ? », EUI Working Papers LAW n°2007/8, disponible à l'adresse suivante : http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/6747/1/LAW-2007-08.pdf.

SARTOR Giovanni, « Legal Validity : an Inferential Analysis », EUI Working Papers LAW n°2007/24, disponible à l'adresse suivante : http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/7078/1/LAW_2007_24.pdf.

SARTORIUS Rolf, « The Concept of Law », *ARSP* 1966, p. 160-193.

SARTORIUS Rolf, « Positivism and the Foundations of Legal Authority », *in* GAVINSON Ruth (dir.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon, 1987, p. 43-61.

SCARPELLI Uberto, « La définition des juges », *Logique et Analyse* 1958, p. 127-138.

SCELLE Georges, « La notion d'ordre juridique », *RDP* 1944, p. 85-106.

SCHAUER Frederick, « Amending the Presuppositions of a Constitution », *in* LEVINFORD Stanford (dir.), *Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton, Princeton University Press, 1995, p. 145-161.

SCHAUER Frederick, « The Social Construction of the Concept of Law : a Reply to Julie Dickson », *OJLS* 2005, p. 493-501.

SCHLESINGER Sybil, « Working Definitions : a Critique of H.L.A. Hart's Use of Wittgenstein in The Concept of Law », *ARSP* 1997, p. 103-124.

SCHWARTZ Richard, « Internal and External Method in the Study of Law », *Law and Philosophy* 1992, p. 179-199.

SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF Hans Albrecht, « Langage et droit », *in Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 399-406.

SÉRIAUX Alain, « La notion de doctrine juridique », *Droits* n°20, p. 65-74.

SEBOK Anthony, « Is the Rule of Recognition a Rule ? », *Notre Dame Law Review* 1997, p. 1539-1563.

SERVERIN Evelyne, « Quels faits sociaux pour une science empirique du droit ? », *Droit et Société* n°50/2002, p. 59-68.

SÈVE René, « La juste diversité des définitions du droit », *Droits* n°10, p. 89-92.

SÈVE René, « L'institution juridique : imposition et interprétation », *RMM* 1990, p. 311-337.

SHAPIRO Scott, « What Is the Internal Point of View » *Fordham Law Review* 2006, p. 1157-1170.

SILANCE Luc, « Langage juridique et langue usuelle », *in* INGBER Léon et VASSART Patrick (dir.), *Le langage du droit*, Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 143-162.

SIMPSON A.W.B., « The Analysis of Legal Concepts », *LQR* 1964, p. 535-558.

SINTEZ Cyril et ANDINO DORATO Jimena, « La conception herméneutique du droit de Dworkin », *APD* 2008, p. 319-340.

SOURIOUX Jean-Louis et LERAT Pierre, « Le vocabulaire juridique », *RRJ* 1984, p. 327-338.

SOURIOUX Jean-Louis et LERAT Pierre, « Le français juridique comme langue spécialisée », *in Français juridique et science du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 327-338.

SOUSA-COSTA Anette, « Texte de loi et pragmatique », *in* GUILLOREL Hervé et KOUBI Geneviève (dir.), *Langues et droits*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 357-366.

STAMATIS Constantin, « La systématicité du droit chez Kelsen et les apories de la norme fondamentale », *APD* 1986, p. 45-56.

STAVROPOULOS Nicos, « Hart's Semantics », *in* COLEMAN Jules (dir.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford, OUP, 2001, p. 59-98.

STEWART Ian, « The Basic Norm as Fiction », *Judicial Review* 1980, p. 199-213.

STEWART Ian, « Kelsen et the Exegetical Tradition », *in* TUR Richard et TWINING William (dir.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon, 1986, p. 123-147.

STICHWEH Rudolf, « Motifs et stratégies de justification employés pour fonder la scientificité de la jurisprudence allemande au XIXe siècle », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 169-186.

STONE Julius, « Mystery and Mystique of the Basic Norm », *MLR* 1963, p. 34-50.

STOYANOVITCH Konstantin, « Y a-t-il une science du droit ? Contribution à l'épistémologie générale », *APD* 1959, p. 67-97.

SUMMERS Robert, « Toward a Better General Theory of Legal Validity », *Rechtstheorie* 1985, p. 65-83.

SWOBODA Ernst, « Les diverses sources du droit : leur équilibre et leur hiérarchie dans les divers systèmes », *APD* 1934, p. 197-207.

TAILLON Denis, « Français juridique et science du droit : quelques observations », *in Français juridique et science du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 339-349.

TAMANAHA Brian, « A Socio-Legal Methodology for the Internal/External Distinction : Jurisprudential Implications », *Fordham Law Review* 2006, p. 1255-1274.

TAMMELO Ilmar, « The Antinomy of Paliamentary Sovereignty », *ARSP* 1958, p. 495-513.

TAURAN Thierry, « La recherche en droit en tant qu'activité créatrice de connaissances », *RRJ* 2005, p. 577-618.

TAURAN Thierry, « Le droit et ses théories. Peut-on construire une théorie sur les théories juridiques », *RRJ* 2008, p. 807-840.

TERRÉ Dominique, « Le pluralisme et le droit », APD 2006, p. 69-84.

TERRÉ François, « Volonté et qualification », APD 1957, p. 99-123.

TERRÉ François, « L'hétérarchie juridique », *in La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Paris, Dalloz, 2007, p. 447-457.

THÉVENAZ Henri, « Le théorème de Gödel et la norme fondamentale de Kelsen », *Droit et Société* n°4/1986.

THIBIERGE Catherine, « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », *RTDC* 2003, p. 599-628.

TIMSIT Gérard, « Pour une nouvelle définition de la norme », *D.* 1988, p. 267-269.

TIMSIT Gérard, « La science juridique, science du texte », *in* BOURCIER Danièle et MACKAY Pierre (dir.), *Lire le droit : langue, texte et cognition*, Paris, LGDJ, 1992, p. 457-464.

TIMSIT Gérard, « Contre la nouvelle vulgate », *in Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 31-48.

TIMSIT Gérard, « L'ordre juridique comme métaphore », *Droits* n°33, p. 3-18.

TOH Kevin, « Raz on Detachment, Acceptance and Describability », *OJLS* 2007, p. 403-427.

TOH Kevin, « An Argument Against the Social Fact Thesis (and Some Additional Preliminary Steps Towards a New Concept of Legal Positivism) », *Law and Philosophy* 2008, p. 445-504.

TROPER Michel, « La pyramide est toujours debout, réponse à Paul Amselek », *RDP* 1978, p. 1523-1536.

TROPER Michel, « L'idéologie juridique », *in* DUPRAT Gérard (dir.), *Analyse de l'idéologie*, Paris, Éd. Gallilée, 1980, p. 221-234.

TROPER Michel, « Système juridique et État », *APD* 1986, p. 29-44.

TROPER Michel, « The Fact and the Law », *in* NERHORT Patrick (dir.), *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Dordrecht, Kluwer, 1990, p. 22-37.

TROPER Michel, « Pour une définition stipulative du droit », *Droits* n°10, p. 101-104.

TROPER Michel, « Les théories volontaristes du droit : ontologie et théorie de la science du droit », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 53-68.

TROPER Michel, « Kelsen, la théorie autopoiétique et les boucles étranges », *in* SFEZ Lucien et COUTLÉE Gilles, *Technologies et symboliques de la communication*, Grenoble, PUG, 1990, p. 355-361.

TROPER Michel, « Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen », *in* BOURETZ Pierre (dir.), *La force du droit. Panaroma des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, p. 117-137.

TROPER Michel, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 310-325.

TROPER Michel, « Réplique à Denys de Béchillon », *RRJ* 1994, p. 267-274.

TROPER Michel, « Le positivisme juridique », *in Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 27-44.

TROPER Michel, « Contribution à une critique de la conception kelsenienne de la science du droit », *in Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 45-55.

TROPER Michel, « Kelsen et la jurisprudence », *in Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 71-83.

TROPER Michel, « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *in Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 85-94.

TROPER Michel, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire », *in Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 95-105.

TROPER Michel, « Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'État », *in Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 143-160.

TROPER Michel, « La théorie dans l'enseignement du droit constitutionnel », *in Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 239-250.

TROPER Michel, « Les contraintes juridiques dans la production de normes », *in* SERVERIN Evelyne et BERTHOUD Arnaud (dir.), *La production des normes entre État et société civile*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 27-46.

TROPER Michel, « Ross, Kelsen et la validité », *in La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 21-34.

TROPER Michel, « Les juges pris au sérieux. La théorie du droit selon Dworkin », *in La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 35-49.

TROPER Michel, « Une théorie réaliste de l'interprétation », *in La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 69-84.

TROPER Michel, « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC* 2002, p. 335-353.

TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Préface », *in* TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et GRZEGORCZYK Christophe (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, 2005, p. 1-7.

TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », *in* TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et GRZEGORCZYK Christophe (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, 2005, p. 11-23.

TROPER Michel et PFERSMANN Otto, « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », *in* BRONDEL Séverine, FOULQUIER Norbert et HEUSCHING Luc (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Pub. de la Sorbonne, 2001, p. 21-62.

TUORI Kaarlo, « Validity, Legitimacy and Revolution », *in* ATTWOOL Elspeth (dir.), *Shaping Revolution*, Aberdeen, Aberdeen UP, 1991, p. 32-46.

TUR Richard et TWINING William, « Introduction », *in* TUR Richard et TWINING William (dir.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon, 1986, p. 1-35.

TUZET Giovanni, « The Social Reality of Law », *Analisi e Diritto* 2007, p. 179-198.

VAN DE KERCHOVE Michel, « La théorie des actes de langage et la théorie de l'interprétation juridique », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, p. 211-248.

VAN DE KERCHOVE Michel, « La pyramide est-elle toujours debout ? », *in Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 471-479.

VANDER ELST Raymond, « Essai de synthèse », *in* INGBER Léon et VASSART Patrick (dir.), *Le langage du droit*, Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 320-328.

VANDERLINDEN Jacques, « Du droit et de la langue ou de la langue et du droit ? Propos perplexes d'un juriste égaré dans la linguistique », *in Français juridique et science du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 23-43.

VANDERLINDEN Jacques, « Réseaux, pyramide et pluralisme ou regards sur la rencontre de deux aspirants-paradigmes de la science juridique », *RIEJ* 2002.49, p. 11-37.

VANDERLINDEN Jacques, « Les pluralismes juridiques », *in* RUDE-ANTOINE Edwige et CHRÉTIEN-VERNICOS Geneviève (dir.), *Anthropologies et droits. États des savoirs et orientations contemporaines*, Paris, Dalloz, 2009, p. 25-76.

VAN EIKEMA HOMMES Hendrik, « The Developement of Hans Kelsen's Concept of Legal Norms », *Rechtstheorie* 1984, p. 159-178.

VAN HOECKE Mark, « Définitions légales et interprétations de la loi », *Droit et Société* n°8/1988.

VAN HOECKE Mark, « La théorie du droit (implicite) des praticiens du droit », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 977-988.

VANQUICKENBORNE Marc, « Quelques réflexions sur la notion de validité », *APD* 1968, p. 185-197.

VARGA Csaba, « Quelques questions méthodologiques de la formation des concepts en science juridique », *APD* 1973, p. 215-242.

VARGA Csaba, « Domaine externe et domaine interne en droit », *RIEJ* 1985.14, p. 25-44.

VARGA Csaba, « Heterogeneity and Validity of Law : Outlines of an Ontological Reconstruction », *in Law and Philosophy. Selected Papers in Legal Theory*, Budapest, 1994, p. 209-218.

VARGA Csaba, « Is Law a System of Enactments », *in Law and Philosophy. Selected Papers in Legal Theory*, Budapest, 1994, p. 391-398.

VARNEROT Valérie, « L'autopoïèse, un paradigme transdisciplinaire », *RRJ* 2007, p. 125-140.

VERNENGO Roberto, « Kelsen's Rechtssätze as Detached Statement », *in* TUR Richard et TWINING William (dir.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon, 1986, p. 99-108.

VERNENGO Roberto, « Le droit est-il un système ? », *APD* 1991, p. 253-264.

VERVIN Marianne, « La question du droit constitutionnel démotique : une problématique actuelle », *Civ. Eur.* n°9, p. 141-164.

VIALA Alexandre, « L'interprétation du juge dans la hiérarchie des normes et des organes », *CCC* n°6, p. 129-137.

VIALA Alexandre, « La dualité du Sein et du Sollen pour mieux comprendre l'autorité de la chose interprétée », RDP 2001, p. 777-809.

VIALA Alexandre, « Aux sources de la controverse juridique : la force des mots », *in* SUEUR Jean-Jacques (dir.), *Interpréter & traduire*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 189-215.

VIALA Alexandre, « La pensée juridique peut-elle se passer de la dualité être/devoir-être ? », *in* ROUSSEAU Dominique (dir.), *Le droit dérobé*, Paris, Montchrestien, 2007, p. 71-95.

VIALA Alexandre, « L'autonomie du droit : un fantasme de juriste ? », *in Le droit figure du politique. Études offertes au professeur Michel Miaille*, Montpellier, 2008, p. 479-500.

VIEHWEG Theodor, « Que veut-on dire par positivisme juridique ? », *APD* 1965, p. 181-190.

VILLA Vittorio, « Legal Science and Hermeneutic Point of View », *in* PECZENIK Aleksander, LINDAHL Lars et VAN ROERMUND Bert (dir.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, D. Reidel, 1983, p. 509-520.

VILLA Vittorio, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 281-291.

VILLA Vittorio, « A Definition of Legal Positivism », *in* PAVCNIK Marijan et ZANETTI Gianfrancesco (dir.), *Challenges of Law at the end of the 20th Century : Legal Systems and Legal Science*, *ARSP Beiheft* n°70, p. 22-29.

VILLEY Michel, « La logique d'Aristote et le droit romain », *RHDFE* 1951, p. 309-328.

VILLEY Michel, « Essor et décadence du volontarisme juridique », *APD* 1957, p. 87-98.

VILLEY Michel, « Une définition du droit », *APD* 1959, p. 47-63.

VILLEY Michel, « La philosophie du droit de Burke », *in Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Paris, Dalloz, 1976, p. 125-138.

VIRALLY Michel, « Le juriste et la science du droit (à propos de la traduction de la théorie pure du droit) », *RDP* 1964, p. 591-611.

VIRALLY Michel, « Le phénomène juridique », *RDP* 1966, p. 5-64.

VIRALLY Michel, « Notes sur la validité du droit et son fondement », *in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 453-467.

VISSER'T HOOFT Hendrik Philip, « La philosophie du langage ordinaire et le droit », *APD* 1972, p. 261-284.

VISSER'T HOOFT Hendrik Philip, « Pour une mise en valeur non positiviste de la positivité du droit », *Droits* n°10, p. 105-108.

VOLTMER Leonhard et STREITER Olivier, « Les domaines du droit se reflètent-ils dans le langage juridique ? », *in* SUEUR Jean-Jacques (dir.), *Interpréter & traduire*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 345-355.

VON WRIGHT Georg Henrik, « Is and Ought », *in* PAUSLON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 365-382.

VULLIERME Jean-Louis, « Les anastomoses du droit (spéculation sur les sources du droit) », *APD* 1982, p. 5-22.

VUKADINOVIC Gordana, « L'ontologie du droit et l'herméneutique de l'expérience juridique de Paul Amselek », *in Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 801-808.

WACHSMANN Patrick, « Le kelsénisme est-il en crise ? », *Droits* n°4, p. 53-64.

WACHSMANN Patrick, « La volonté de l'interprète », *Droits* n°28, p. 27-45.

WAGNER Anne, « Les apports de l'analyse linguistique dans la conception du flou et de la sécurité juridique », *JCP* 2005, p. 2355-2359.

WALDRON Jeremy, « Vagueness in Law and Language : Some Philosophical Issues », *California Law Review* 1994, p. 509-540.

WALINE Marcel, « Défense du positivisme juridique », *APD* 1939, p. 83-96.

WALINE Marcel, « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », *in Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1943, p. 519-534.

WALINE Marcel, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques », *in Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1963, T. I, p. 359-371.

WEINBERGER Ota, « Is and Ought Reconsidered », *ARSP* 1984, p. 454-474.

WEINBERGER Ota, « On the Meaning of Norm Sentences, Normative Inconsistency and Normative Entailment », *Rechtstheorie* 1984, p. 465-475.

WEINBERGER Ota, « Logic and the Pure Theory of Law », *in* TUR Richard et TWINING William (dir.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon, 1986, p. 187-199.

WEINBERGER Ota, « Les théories institutionnalistes du droit », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 69-83.

WEINBERGER Ota, « Formalism or Anti-Formalism. Reconsidering an Important Dispute in Jurisprudence », *in Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems. Festschrift for Robert S. Summers*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, p. 683-692.

WEINBERGER Ota, « The Expressive Conception of Norms : an Impasse for the Logic of Norms », *in* PAUSLON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 411-432.

WEINBERGER Ota, « Legal Validity, Acceptance of the Law, Legitimacy. Some Critical Comments and Constructive Proposals », *Ratio Juris* 1999, p. 336-353.

WENDEL Bradley, « Lawyers, Citizens and the Internal Point of View », *Fordham Law Review* 2006, p. 1473-1499.

WEYLAND Inès, « Kelsen's Treatment of Norm Conflicts », *in* TUR Richard et TWINING William (dir.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon, 1986, p. 249-269.

WEYR François, « La doctrine de M. Ad. Merkl », *Revue internationale de la théorie du droit* 1927, p. 215-231.

WEYR François, « La Stufentheorie de la théorie pure du droit vue par un français », *Revue internationale de la théorie du droit* 1939, p. 235-242.

WILLIAMS Glanville, « Language and the Law », *LQR* 1945-1946, p. 71-86, 179-195, 293-303, 384-406 et 387-406.

WILKE Helmut, « La théorie autopoiétique du droit : autonomie du droit et transférences contextuelles », *in* AMSELEK Paul (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 161-177.

WILSON Alida, « Jospeh Raz on Kelsen's Basic Norm », *American Journal of Jurisprudence* 1982, p. 46-63.

WOLENSKI Jan, « Truth and Legal Validity », *in* MACCORMICK Neil (dir.), *Conditions of Validity and Cognition in Modern Legal Thought*, Stuttgart, F. Steiner, 1985, p. 205-210.

WOOD Malcom, « Rule, Rules and Law », *in* LEITH Philip et INGRAM Peter (dir.), *The Jurisprudence of Orthodoxy : Queen's University Essays on H.L.A. Hart*, Londres, Routledge, 1988, p. 27-59.

WROBLZWKI Jerzy, « The Relativity of Juridical Concepts », *Österreichische Zeitschrift für öffentluiches Recht* 1960, p. 269-282.

WROBLZWKI Jerzy, « Semantic Basis of the Theory of Legal Interpretation », *Logique et Analyse* 1963, p. 60-76.

WROBLZWKI Jerzy, « Normativity of Legal Science », *Logique et Analyse* 1966, p. 60-76.

WROBLZWKI Jerzy, « The Problem of the Meaning of the Legal Norm », *Österreichische Zeitschrift für öffentluiches Recht* 1964, p. 253-266.

WROBLZWKI Jerzy, « Legal Norms as the Object of Legal Science », *Archivum Iuridicum Cracoviense* 1969, p. 19-27.

WROBLZWKI Jerzy, « The Relations Between Normative Systems », *Archivum Iuridicum Cracoviense* 1973, p. 32-57.

WROBLZWKI Jerzy, « Ontology and Epistemology of Law », *Rivista internationale di filosofia giuridica e politica* 1973, p. 832-860.

WROBLZWKI Jerzy, « Verification and Justification in the Legal Sciences », *Rechtstheorie Beiheft* n°1, p. 195-213.

WROBLZWKI Jerzy, « Kelsen, the Is-Ought Dichotomy and the Naturalistic Fallacy », *Revue internationale de philosophie* 1981, p. 508-517.

WROBLZWKI Jerzy, « Presuppositions of Legal Reasoning », *in* BULYGIN Eugenio, GARDIES Jean-Louis et NIINILUOTO Illka (dir.), *Man, Law and Modern Forms of Life*, Dordrecht, D. Reidel, 1985, p. 161-173.

WROBLZWKI Jerzy, « Les langages juridiques : une typologie », *Droit et Société* n°8/1988.

WROBLZWKI Jerzy, « La validité des normes juridiques : approche analytique », *in* RIGAUX François, HAARSCHER Guy et VASSART Patrick (dir.), *Droit et pouvoir*, Bruxelles, Story-Scienta, 1987, p. 133-144.

ZERBY Lewis et BERGMANN Gustav, « The Formalism of Kelsen's Pure Theory of Law », *Ethics* 1945, p. 110-130.

ZIMBINSKI Zygmunt, « Le langage du droit et le langage juridique : les critères de leur discernerment », *APD* 1974, p. 25-31.

ZIMBINSKI Zygmunt, « Les définitions persuasives en droit », *APD* 1989, p. 259-268.

ZIPURSKY Benjamin, « Legal Obligations and the Internal Aspect of Rules », *Fordham Law Review* 2006, p. 1229-1253.

ZIRK-SADOWSKI Marek, « Legal Norm as Pragmatic Category », *ARSP* 1979, p. 203-222.

2.2. DROIT INTERNE

2.2.1. Droit public

Ouvrages

Ouvrages généraux

La Constitution de l'Union soviétique. Dictionnaire analytique, Moscou, Éditions du Progrès, 1986.

AMSON Daniel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Litec, 1999.

ARDANT Philippe et MATHIEU Bertrand, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 20e éd., Paris, LGDJ, 2008.

AUBY Jean-Marie et DRAGO Roland, *Traité de contentieux administratif*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1984, T. I.

BARANGER Denis, *Le droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, PUF, 2006.

BARTHÉLEMY Joseph et DUEZ Paul, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933.

BORELLA François, *Éléments de droit constitutionnel*, Paris, Presses de Science Po, 2008.

BRYCE James, *La République américaine. Le gouvernement national*, 2e éd., Paris, V. Giard & E. Brière, 1911.

BRYCE James, *La République américaine. Les gouvernements des États*, 2e éd., Paris, V. Giard & E. Brière, 1912.

BURDEAU Georges, *Traité de science politique. Présentation de l'univers politique*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1980, T. I.

BURDEAU Georges, *Traité de science politique. L'État*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1980, T. II.

BURDEAU Georges, *Traité de science politique. Le statut du pouvoir dans l'État*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1984, T. IV.

CADART Jacques, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, Economica, 1990, T. I.

CADOUX Charles, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4e éd., Paris, Cujas, 1995, T. I.

CAPITANT René, *Cours de principes de droit public*, Paris, Les Cours de droit, 1953-1954.

CAPITANT René, *Cours de principes de droit public*, Paris, Les Cours de droit, 1955-1956.

CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920-1922, T. I et II.

CHAGNOLLAUD Dominique, *Droit constitutionnel contemporain*, 5e éd., Paris, Dalloz, 2007, T. I.

CHAGNOLLAUD Dominique, *Droit constitutionnel contemporain*, Paris, Armand Colin, 2005, T. II.

CHANTEBOUT Bernard, *Droit constitutionnel*, 25e éd., Paris, Sirey, 2008.

CHAPUS René, *Droit administratif général*, 15e éd., Paris, Montchrestien, 2001, T. I.

COHENDET Marie-Anne, *Droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, Montchrestien, 2008.

CONSTANTINESCO Vlad et PIERRÉ-CAPS Stéphane, *Droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, PUF, 2007.

CROISAT Maurice, *Le fédéralisme dans les démocraties contemporaines*, 3e éd., Paris, Montchrestien, 1999.

DEBART Thierry, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Paris, Ellipses, 2002.

DEBBASCH Charles, PONTIER Jean-Marie, BOURDON Jacques et RICCI Jean-Claude, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 3e éd., Paris, Economica, 2001.

DEBBASCH Charles et RICCI Jean-Claude, *Contentieux administratif*, 8e éd., Paris, Dalloz, 2001.

DEBBASCH Roland, *Droit constitutionnel*, 6e éd., Paris, Litec, 2007.

DE GUILLENSCHMIDT Michel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Economica, 2005.

DELPÉRÉE Francis, *Droit constitutionnel. Les données constitutionnelles*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 1987, T. I.

DELPÉRÉE Francis, *Le fédéralisme en Europe*, Paris, PUF, 2000.

DE VILLIERS Michel et RENOUX Thierry, *Code constitutionnel*, 2e éd., Paris, Litec, 2001.

DICEY Albert, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1902.

DRAGO Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, 2e éd., Paris, PUF, 2006.

DUGUIT Léon, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Fontemoing, 1901, T. I.

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel. La règle de droit – Le problème de l'État*, 3e éd., Paris, E. de Boccard, 1927.

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel. Éléments, fonctions et organes de l'État*, 3e éd., Paris, E. de Boccard, 1928.

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État (suite et fin)*, 3e éd., Paris, E. de Boccard, 1930.

DUVERGER Maurice, *Cours de droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, Sirey, 1946.

DUVERGER Maurice, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 17e éd., Paris, PUF, 1988, T. I.

EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1982-1983, vol. 1 et 2.

EMERI Claude et BIDÉGARAY Christian, *La Constitution en France de 1789 à nos jours*, Paris, Armand Colin, 1997.

ESMEIN Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2001.

ESPLUGAS Pierre, EUZET Christophe, MOUTON Stéphane et VIGUIER Jacques, *Droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, Ellipses, 2008.

FABRE Michel-Henry, *Principes républicains de droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1984.

FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André et SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2008.

FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PENA-SOLER Annabelle, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy et TRÉMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, 4e éd., Paris, Dalloz, 2007.

FAVOREU Louis et PHILIP Loïc, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 13e éd., Paris, Dalloz, 2005.

GÉLARD Patrice, *Les textes constitutionnels soviétiques*, Toulouse, Presses de l'IEP, 1991.

GICQUEL Jean et GICQUEL Jean-Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22e éd., Paris, Montchrestien, 2008.

GREWE Constance et RUIZ FABRI Hélène, *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995.

GUCHET Yves et CATSIAPIS Jean, *Droit constitutionnel*, Paris, Ellipses, 1996.

HAMON Francis et TROPER Michel, *Droit constitutionnel*, 30e éd., Paris, LGDJ, 2007.

HAURIOU Maurice, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1916.

HAURIOU Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929.

JELLINEK Georg, *L'État moderne et son droit*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1911-1913, T. I et II.

JÈZE Gaston, *Principes généraux du droit administratif*, 3e éd., Paris, Marcel Giard, 1925.

LABAND Paul, *Le droit public de l'empire allemand*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1900-1901, T. I et II.

LAFERRIÈRE Julien, *Manuel de droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, Montchrestien, 1947.

LAMOINE Georges, *Histoire constitutionnelle anglaise*, Paris, PUF, 1995.

LAUVAUX Philippe, *Les grandes démocraties contemporaines*, 3e éd., Paris, PUF, 2004.

LAVROFF Dmitri-Georges, *Le droit constitutionnel de la Ve République*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1999.

LECLERCQ Claude, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 10e éd., Paris, Litec, 1999.

LE POURHIET Anne-Marie, *Droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, Economica, 2008.

LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DELVOLVÉ Pierre et GENEVOIS Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15e éd., Paris, Dalloz, 2005.

MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002.

MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004.

PACTET Pierre et MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Droit constitutionnel*, 27e éd., Paris, Sirey, 2008.

PINTO Roger, *Éléments de droit constitutionnel*, Lille, Morel et Corduant, 1948.

PRÉLOT Marcel, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 5e éd., Paris, Dalloz, 1972.

RIVERO Jean et WALINE Jean, *Droit administratif*, 20e éd., Paris, Dalloz, 2004.

ROUQUETTE Rémi, *Dictionnaire du droit administratif*, Paris, Le Moniteur, 2002.

ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 8e éd., Paris, Montchrestien, 2008.

ROUSSEAU Dominique et VIALA Alexandre, *Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2004.

ROUVILLOIS Frédéric, *Droit constitutionnel : fondements et pratiques*, 2e éd., Paris, Flammarion, 2004.

STIRN Bernard, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1999.

TURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003.

VEDEL Georges, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949.

WIGNY Pierre, *Droit constitutionnel : principes et droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1952.

ZOLLER Elisabeth, *Droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, PUF, 1999.

Ouvrages spéciaux

ACKERMAN Bruce, *Au nom du peuple : les fondements de la démocratie américaine*, Paris, Calmann Lévy, 1998.

ANDREWS William, *Constitutions and Constitutionalism*, Princeton, Van Nostrand, 1963.

AVRIL Pierre, *Les conventions de la constitution*, Paris, PUF, 1997.

BARANGER Denis, *Écrire la constitution non écrite. Une introduction au droit politique britannique*, Paris, PUF, 2008.

BASSE Bernard, *La constitution de l'ancienne France. Principes et lois fondamentales de la Royauté française*, Paris, DMM, 1986.

BASTID Paul, *L'idée de constitution*, Paris, Economica, 1985.

BAUER Arthur, *Essai sur les révolutions*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1908.

BEAUD Olivier, *Théorie de la fédération*, Paris, PUF, 2007.

BÉCANE Jean-Claude et COUDERC Michel, *La loi*, Paris, Dalloz, 1994.

BOWIE Robert et FRIEDRICH Carl, *Études sur le fédéralisme*, Paris, LGDJ, 1960-1962, T. I et II.

BURDEAU Georges, *Le pouvoir politique et l'État. Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1943.

CAMY Olivier, *Droit constitutionnel critique*, Paris, L'Harmattan, 2007.

CARRÉ DE MALBERG Raymond, *La loi expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931.

CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933.

CHEVALIER Jacques, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, 2003.

CUBERTAFOND Bernard, *Le nouveau droit constitutionnel*, Paris, L'Harmattan, 2008.

DAVID Marcel, *La souveraineté du peuple*, Paris, PUF, 1996.

DUGUIT Léon, *La souveraineté et la liberté*, Paris, La Mémoire du droit, 2002.

EISENMANN Charles, *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1948.

FABIANI Jean, *Qu'est-ce qu'une constitution ?*, Paris, Libération, 1945.

FORSYTH Murray, *Unions of States : the Theory and Practice of Confederation*, New York, Leicester University Press, 1981.

FRIEDRICH Carl, *La démocratie constitutionnelle*, Paris, PUF, 1958.

FURET François et HALEVI Ran, *La monarchie républicaine : la Constitution de 1791*, Paris, Fayard, 1996.

GOUGH John Wiedhofft, *L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise*, Paris, PUF, 1992.

HÄBERLE Peter, *L'État constitutionnel*, Paris, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 2004.

HAMON Francis et WIENER Céline, *La loi sous surveillance*, Paris, Odile Jacob, 1999.

HIGUCHI Yoïchi, *Constitution, idée universelle, expressions diversifiées*, Paris, SLC, 2006.

KING Anthony, *The British Constitution*, Oxford, OUP, 2007.

KLEIN Claude, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, Dalloz, 1996.

KOUBI Geneviève et ROMI Raphaël, *État, constitution, loi*, Paris, Litec, 1993.

LAMBERT Jacques, *Histoire constitutionnelle de l'Union américaine. La naissance du fédéralisme aux États-Unis*, Paris, Sirey, 1930.

LAMBERT Jacques, *Histoire constitutionnelle de l'Union américaine. Les conflits entre sections*, Paris, Sirey, 1934.

MATHIEU Bertrand, *La loi*, Paris, Dalloz, 1996.

MCILWAIN Charles Howard, *Constitutionalism Ancient and Modern*, Ithaca, Cornell University Press, 1947.

MCWHINNEY Edward, *Constitution-making : Principles, Process, Practice*, Toronto, UTP, 1981.

MODERNE Franck, *Réviser la Constitution. Analyse comparative d'un concept indéterminé*, Paris, Dalloz, 2006.

RIALS Stéphane, *Destin du fédéralisme*, Paris, LGDJ, 1986.

SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993.

SEVERINO Caterina, *La doctrine du droit vivant*, Paris, Economica, 2003.

STARCK Christian, *La constitution, cadre et mesure du droit*, Paris, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 1994.

TULLY James, *Une étrange multiplicité. Le constitutionnalisme à une époque de diversité*, Bordeaux, PU de Bordeaux, 1999.

TUNC André et TUNC Suzanne, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, Paris, Montchrestien, 1954, T. I et II.

WHEARE Kenneth Clinton, *Modern Constitutions*, Oxford, OUP, 1966.

Thèses et mémoires

ABI RACHED Nabi, *Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles. Études théorique et pratique*, Mémoire de DEA, Paris II, 2004.

ACQUARONE Daniel, *La coutume. Réflexions sur les aspects classiques et les manifestations contemporaines d'une source du droit*, Thèse, Nice, 1987.

ALCINDOR Léon, *Des différentes espèces de nullité des actes administratifs*, Thèse, Paris, 1912.

AMIT Roei, *Les paradoxes constitutionnels. Le cas de la Constitution israélienne*, Thèse, EHESS, 2002.

ANDRÉ-VINCENT Philippe, *Les révolutions et le droit*, Paris, LGDJ, 1974.

ARNOULT Gabriel, *De la révision des constitutions. Établissements et révision des constitutions françaises. Systèmes de révision des constitutions étrangères*, Thèse, Nancy, 1895.

AUBY Jean-Marie, *La théorie de l'inexistence des actes administratifs*, Thèse, Paris, 1947.

BAGHESTANI Laurence, *Le titulaire de la souveraineté nationale et son exercice dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, Dijon, 1996.

BANROQUES Katia, *Le pouvoir constituant est-il souverain ?*, Mémoire de DEA, IEP Paris, 1999.

BARAKAT Diab, *La révolution et ses effets. Essai d'une théorie constitutionnelle*, Thèse, Paris II, 1977.

BATAILLER Francine, *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1966.

BAUDREZ Maryse, *Les actes législatifs du gouvernement en Italie. Contribution à l'étude de la loi en droit constitutionnel italien*, Paris, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 1994.

BAYLE Francis, *Les idées politiques de Joseph de Maistre*, Thèse, Lyon, 1944.

BEAUD Olivier, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994.

BELIN Jean, *La réforme de l'État. L'idée de constitution, thème initial de la pensée politique des révolutionnaires*, Paris, Hermann, 1939.

BIOY Xavier, *Le concept de personne humaine en droit public*, Paris, Dalloz, 2003.

BLACHÈR Philippe, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, 2001.

BLAIRON Katia, *Le régionalisme et le fédéralisme dans les réformes de l'État italien. Contribution à la définition de la forme d'État italienne*, Thèse, Nancy II, 2005.

BLONDEL André, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, Aix-en-Provence, Paul Roubaud, 1927.

BONNET Émile, *De la promulgation*, Thèse, Paris, 1908.

BONNET Julien, *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois*, Paris, Dalloz, 2009.

BORGEAUD Charles, *Établissement et révision des constitutions en Amérique et en Europe*, Paris, Thorin, 1893.

BRAMI Cyril, *La hiérarchie des normes en droit constitutionnel français. Essai d'analyse systémique*, Thèse, Cergy-Pontoise, 2008.

BRICHET Olivier, *Étude du coup d'État en fait et en droit*, Paris, Montchrestien, 1935.

BURDEAU Georges, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, Thèse, Paris, 1930.

BUTÉRI Karine, *L'application de la Constitution par le juge administratif*, Thèse, Aix-en-Provence, 2000.

CAR Jean-Christophe, *Les lois organiques de l'article 46 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 1999.

CARNET Julien, *La légalité du gouvernement de Vichy*, Thèse, Paris, 1946.

CARTIER Emmanuel, *De la transition constitutionnelle en France (1940-1945). La reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique « républicain »*, Paris, LGDJ, 2005.

CORDELIER Jean-Pierre, *La théorie constitutionnelle de Joseph de Maistre*, Thèse, Paris, 1961.

DE BÉCHILLON Denys, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996.

DENIZEAU Charlotte, *Existe-t-il un bloc de constitutionnalité ?*, Paris, LGDJ, 1997.

DERRIEN Arnaud, *Les juges français de la constitutionnalité. Étude sur la construction d'un système contentieux*, Athènes, Bruxelles, Ant. N. Sakkoulas, Bruylant, 2003.

DESAULNAY Olivier, *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2009.

DESFOUGÈRES Henri, *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Arthur Rousseau, 1913.

DE SOTO Jean, *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, Thèse, Paris, 1941.

DOKHAN David, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, Paris, LGDJ, 2001.

DUCLOS Pierre, *La notion de Constitution dans l'œuvre de l'assemblée constituante de 1789*, Thèse, Poitiers, 1932.

DUPUY-DUTEMPS Jean, *La constitution fédérale de l'Allemagne de 1815 à 1866*, Thèse, Paris, 1939.

EISENMANN Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928.

EL HELW Maged, *La coutume constitutionnelle en droit français*, Paris, Libraire Duchemin, 1976.

EL SHAWI Mundhir, *Contribution à l'étude du pouvoir constituant*, Thèse, Toulouse, 1961.

FELDMAN Jean-Philippe, *La bataille américaine du fédéralisme. John C. Calhoun et l'annulation*, Paris, PUF, 2004.

FONTENEAU Maurice, *Du pouvoir constituant en France et de la révision constitutionnelle dans les Constitutions françaises depuis 1789*, Caen, Imprimerie Charles Valin, 1990.

FORTSAKIS Théodore, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1987.

GAJAC Jean, *De la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires*, Thèse, Bordeaux, 1903.

GALY François, *La notion de Constitution dans les projets de 1793*, Thèse, Paris, 1932.

GANZIN Michel, *La pensée politique d'Edmund Burke*, Paris, LGDJ, 1972.

GAUDU Raymond, *Essai sur la légitimité des gouvernements dans ses rapports avec les gouvernements de fait*, Thèse, Paris, 1913.

GÉLIN-RACINOUX Laurence, *Recherches sur le rapport de la constitution au temps*, Thèse, Nantes, 2005.

GHEVONTIAN Richard, *L'élaboration de la Constitution de la Ve République*, Thèse, Aix-Marseille, 1979.

GICQUEL Jean, *Essai sur la pratique de la Ve République. Bilan d'un septennat*, Paris, LGDJ, 1968.

GOUET Yvon, *La coutume en droit constitutionnel interne et en droit constitutionnel international envisagée principalement dans ses rapports avec les autres modes de constatation du droit*, Paris, Pedone, 1932.

GÖZLER Kemal, *Le pouvoir constituant originaire*, Mémoire de DEA, Bordeaux IV, 1992.

GÖZLER Kemal, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Thèse, Bordeaux IV, 1995.

HAQUET Arnaud, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, Paris, PUF, 2004.

HENRY Gilles, *Essai sur les gouvernements provisoires en droit public français de 1789 à 1875*, Thèse, Poitiers, 1951.

HÉRAUD Guy, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Paris, Sirey, 1946.

HO Hio Ky, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en France*, Paris, Pedone, 1926.

ISSAKOVITCH Dragomir, *Le pouvoir central et le système électoral d'après la constitution soviétique russe*, Paris, Jouve & Cie, 1927.

JUHEL Bénédicte, *Le pouvoir originaire procède-t-il d'un pur fait ?*, Mémoire de DEA, Paris II, 1997.

KELLERSHOHN Maurice, *Des effets de l'annulation pour excès de pouvoir*, Thèse, Bordeaux, 1915.

LACHAUME Jean-François, *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français*, Paris, LGDJ, 1966.

LAMPERT Joseph, *La distinction des lois constitutionnelles et ordinaires dans les différents États de l'Europe moderne*, Mulhouse, Alsatia, 1931.

LARZUL Tanneguy, *Les mutations des sources du droit administratif*, Lyon, L'Hermès, 1994.

LEBLANC Jacques, *Du pouvoir des tribunaux d'apprécier en France la constitutionnalité des lois*, Paris, PUF, 1924.

LE FUR Louis, *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2000.

LE PILLOUER Arnaud, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes. Essai sur le pouvoir instituant*, Paris, Dalloz, 2005.

LEURQUIN-DE VISSCHER Françoise, *La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1991.

LIET-VEAUX Georges, *La continuité du droit interne. Essai d'une théorie juridique des révolutions*, Paris, Sirey, 1942.

MAULIN Éric, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, 2003.

MARTIN Paul, *Portée juridique des révolutions en droit public interne*, Thèse, Montpellier, 1938.

MOUSKHELICHVILI M., *La théorie juridique de l'État fédéral*, Paris, Pedone, 1931.

MOUTON Stéphane, *La constitutionnalisation du droit en France. Rationalisation du pouvoir et production normative*, Thèse, Toulouse, 1998.

NOEL Guillaume, *Existe-t-il des limites de fond au pouvoir de révision de la Constitution ?*, Mémoire de DEA, Paris II, 1998.

NOEL-HENRY, *Les gouvernements de fait devant le juge*, Paris, R. Guillon, 1927.

OGLI Mir Yagoub Mir Aziz, *Le régime des soviets, ses origines, sa constitution*, Thèse, Montpellier, 1926.

PAPATOLIAS Apostolos, *Conception mécaniste et conception normative de la constitution*, Thèse, Paris X, 1995.

PARDINI Jean-Jacques, *Le juge constitutionnel et le fait en Italie et en France*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001.

PERNY Adolphe-François, *Le pouvoir constituant sous la Monarchie de juillet*, Paris, Boyer, 1901.

PIERRÉ-CAPS Stéphane, *Nations et peuples dans les constitutions modernes*, Nancy, PUN, 1987.

PONTHOREAU Marie-Claire, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Paris, Economica, 1994.

POULET-GIBOT LECLERC Nadine, *La place de la loi dans l'ordre juridique interne*, Paris, PUF, 2004.

PUJOL E., *Essai critique sur l'idée de délégation de souveraineté*, Thèse, Toulouse, 1911.

QUERMONNE Jean-Louis, *L'évolution de la hiérarchie des actes juridiques en droit public français*, Thèse, Caen, 1952.

RADIGUET Roger, *Développements constitutionnels de l'URSS*, Paris, Montchrestien, 1935.

RÉGLADE Marc, *La coutume en droit public interne*, Bordeaux, Imprimerie de l'Université, 1919.

REIPLINGER Charles, *Naissance de la constitution écrite. La constitution des corps politiques en Angleterre et en Amérique du Nord aux XVIe et XVIIe siècles*, Thèse, Paris II, 2004.

RENAUT Michel, *La loi organique dans la Constitution de 1958*, Thèse, Nancy II, 1994.

RIALS Stéphane, *Le juge administratif et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, 1980.

RIGAUX Marie-Françoise, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985.

ROBLOT-TROIZIER Agnès, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française*, Thèse, Paris II, 2005.

ROSSETTO Jean, *Recherches sur la notion de constitution et l'évolution des régimes constitutionnels*, Thèse, Poitiers, 1982.

ROUSSY Jean, *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales aux Etats-Unis et en Suisse*, Thèse, Lausanne, 1969.

ROUX M., *Le pouvoir constituant sous la Restauration*, Paris, J. Roques, 1908.

ROY C., *Du pouvoir constituant dans les différentes Constitutions de la France et dans les principales légalisations étrangères*, Thèse, Poitiers, 1893.

SABÈTE Wagdi, *Pouvoir de révision constitutionnelle et droits fondamentaux. Étude des fondements épistémologiques constitutionnels et européens de la limite matérielle du pouvoir constituant dérivé*, Rennes, PUR, 2005.

SANTONI Auguste, *De la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires*, Thèse, Toulouse, 1913.

STENFORT François, *Le pouvoir constituant et de la révision*, Rennes, Imprimerie Simon, 1896.

SUR Emmanuel, *Contribution à une théorie juridique de la souveraineté nationale*, Thèse, Bordeaux IV, 1998.

THUMEREL Isabelle, *Les périodes de transition constitutionnelle : contribution à l'étude du pouvoir constituant et des actes pré-constituants*, Thèse, Lille II, 2008.

TROPER Michel, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1973.

TUSSEAU Guillaume, *Jeremy Bentham et le droit constitutionnel*, Paris, L'Harmattan, 2001.

VERGNES Arnaud, *La notion de constitution d'après la pratique institutionnelle à la fin de l'Ancien régime (1750-1789)*, Thèse, Paris II, 2000.

VIMBERT Christophe, *La tradition républicaine en droit français*, Paris, LGDJ, 1992.

YANEFF Stefan, *La constitution de l'URSS*, Thèse, Lyon, 1926.

ZIMMER Willy, *La réunification allemande. Contribution à la théorie du pouvoir constituant*, Thèse, Lille II, 1994.

Articles

ACKERMAN Bruce, « The Storrs Lectures : Discovering the Constitution », *The Yale Law Journal* 1984, p. 1013-1072.

ACKERMAN Bruce et KATYA Neal, « Our Unconventional Founding », *University of Chicago Law Review* 1995, p. 475-570.

ACHACHE Gilles, « Ordre politique et désordre de la cité. Le mouvement des constitutions politiques dans la théorie de Machiavel », *APD* 1984, p. 305-322.

AGUILA Yann, « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *RFDC* 1995, p. 9-46.

AKZIN Benjamin, « La désuétude en droit constitutionnel », *RDP* 1928, p. 697-723.

AKZIN Benjamin, « The Place of the Constitution in the Modern State », *Israel Law Review* 1967, p. 5-16.

ALBERTINI Pierre, « Article 16 », *in* CONAC Gérard, DEBENE Marcel et TEBOUL Gérard (dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, Paris, Economica, 1993, p. 330-340.

ALEXIANO Georges, « La suprématie de la constitution assurée par les juges en Roumanie », *in Mélanges Paul Negulesco*, Bucarest, Imprimeria nationala, 1935, p. 3-81.

ALIBERT Raphaël, Note sous CE, 3 novembre 1933, Sieur Desreumeaux, *S.* 1933.3.9.

ALLAIN Annie, « Union, fédération, confédération, communauté : quel avenir pour l'ex-URSS ? », *in* ALLAIN Annie, DUPONT Maryline et HEARN Michael (dir.), *Les fédéralismes*, Villeneuve d'Ascq, PU du Septentrion, 1996, p. 179-193.

AMAR Akhil Reed, « The Consent of Governed : Constitutional Amendment Outside Article V », *Columbia Law Review* 1994, p. 457-508.

AMOR Abdelfattah, « Constitution et standards constitutionnels », *RCADC* 2000, p. 49-78.

AMSELEK Paul, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », *in* AMSELEK Paul (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica, 1986, p. 31-65.

ARATO Andrew, « Carl Schmitt and the Revival of the Doctrine of the Constituent Power in the United States », *Cardozo Law Review* 2000, p. 1739-1747.

ARNAUD Pierre, « L'idée de Constitution », *Politique* 1961, p. 294-308.

ARNAUD Pierre, « VIIe Colloque : l'idée de constitution », *Annales de philosophie politique* 1965, p. 169-193.

ARNÉ Serge, « La prise du pouvoir par le Maréchal Pétain (1940) et le Général de Gaulle (1958). Réflexions sur la dévolution du pouvoir », *RDP* 1969, p. 48-97.

ARNÉ Serge, « Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles ? Contribution à l'étude des droits fondamentaux et de la constitutionnalité », *RDP* 1993, p. 459-512.

ARNÉ Serge, « De l'exception d'inconstitutionnalité à l'exception de supra- ou intra-constitutionnalité », *in Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 229-233.

ARNOLD Joseph, « Historic Roots of the Supremacy of the Constitution », *Constitutional Review* 1927, p. 151-160.

AUBERT Jean-François, « Essai sur le fédéralisme », *RDP* 1963, p. 401-452.

AUBERT Jean-François, « La Constitution, son contenu, son usage », *RDS* 1991, p. 4-141.

AUBERT Jean-François, « Entre le contrat et la loi : la Constitution du Canada », *in Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 1992, p. 365-383.

AUBERT Jean-François, « Nécessité et fonctions de la Constitution », *in* BIEBER Roland et WIDMER Pierre (dir.), *L'espace constitutionnel européen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995, p. 15-24.

AUBERT Jean-François, « L'évolution historique des confédérations », *in* Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Le concept contemporain de confédération*, Strasbourg, Éd. du Conseil de l'Europe, 1995, p. 17-37.

AUBERT Jean-François, « Qu'est-ce qu'une constitution ? », *in* KADDOUS Christine et AUER Andreas (dir.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 107-114.

AUBY Jean-Marie, « Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public. Éléments de problématique », *in Mélanges dédiés à Robert Pelloux*, Lyon, L'Hermès, 1980, p. 21-37.

AUER Andreas, « De la suprématie et de la dépendance de la constitution : un essai », *in Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 1991, p. 15-33.

AUER Andreas, « L'adoption et la révision des constitutions : de quelques vérités malmenées par les faits », *in* BIEBER Roland et WIDMER Pierre (dir.), *L'espace constitutionnel européen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995, p. 267-289.

AUGÉ Guy, « Notes sur Bernard Basse, 'La constitution de l'ancienne France, principes et lois fondamentales de la Royauté française' », *APD* 1974, p. 476-480.

AUTIN Jean-Louis, « Le Conseil d'État et la constitutionnalité des lois », *LPA* 2006, n°142, p. 3-8.

AVRIL Pierre, « La constitution Lazare ou Janus », *RDP* 1990, p. 949-960.

AVRIL Pierre, « Application de la notion de convention de la constitution à quelques problèmes constitutionnels français », *in Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 283-295.

AVRIL Pierre, « Les conventions de la constitution », *RFDC* 1993, p. 327-340.

AVRIL Pierre, « Une survivance : le droit constitutionnel non écrit », *in Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 3-13.

AVRIL Pierre, « Le cadre et le tableau », *RFDC* 2000, p. 501-504.

AVRIL Pierre, « Statut des normes constitutionnelles non écrites », *in* AVRIL Pierre et VERPEAUX Michel (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2000, p. 79-85.

AVRIL Pierre, « La nature de la Ve République », *Les Cahiers français* n°300, p. 3-6.

AVRIL Pierre, « Dérogation à la dérogation », *in Les mutations du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 269-276.

AVRIL Pierre, « Les conventions de la constitution, une 'jurisprudence organique' », *in En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 129-138.

AVRIL Pierre, « Une convention *contra legem* : la disparition du 'programme' de l'article 49 de la Constitution », *in Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2008, p. 9-16.

AVRIL Pierre et GICQUEL Jean, « Ombres et lumières sur la Constitution », *LPA* 2001, n°160, p. 11-14.

AZIMI Vida, « La constitution et ses limites selon Edouard de Laboulaye », *RFDC* 1996, p. 243-272.

BACOT Guillaume, « La déclaration de 1789 et la Constitution de 1958 », *RDP* 1989, p. 685-736.

BADIE Bertrand et PIERRÉ-CAPS Stéphane, « Débat : la Ve République et la souveraineté », *RDP* 1998, p. 1474-1484.

BADINTER Robert, « Le Conseil constitutionnel et le pouvoir constituant », *in Libertés. Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 217-225.

BADINTER Robert et GENEVOIS Bruno, « Rapport français », *in VIIe conférence des Cours constitutionnelles européennes – La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux*, *AIJC* 1990, p. 133-159.

BAGUENARD Jacques, « La Constitution », *in* MOREAU Jacques (dir.), *Droit public*, 3e éd., Paris, Economica, 1995, T. I, p. 35-43.

BAKER Keith Michael, « Constitution », *in* FURET François et OZOUF Mona (dir.), *Dictionnaire critique de la révolution française. Institutions et créations*, Paris, Flammarion, 1992, p. 179-205.

BALDASSARRE Antonio, « Aspects théoriques et historiques de la supraconstitutionnalité », *JSLC* 1993, p. 325-336.

BALDOUS André et NEGRIN Jean-Paul, « L'étendue du recours aux définitions dans les textes de droit administratif », *RRJ* 1987, p. 1045-1050.

BARANGER Denis, « Temps et constitution », *Droits* n°30, p. 45-70.

BARANGER Denis, « La fin de la morale constitutionnelle (de la constitution coutumière aux conventions de la constitution) », *Droits* n°32, p. 47-68.

BARANGER Denis, « Les constitutions de Michel Troper », *Droits* n°37, p. 123-147.

BARBEY Jean, « Genèse et consécration des lois fondamentales », *Droits* n°3, p. 75-86.

BARRINGTON Donal, « The Emergence of a Constitutional Court », *in Human Rights and Constitutional Law. Essays in Honour of Brian Walsh*, Dublin, The Round Hall Press, 1992, p. 251-261.

BARTHÉLEMY Joseph, « La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires sous la Monarchie de juillet », *RDP* 1909, p. 5-47.

BARTHÉLEMY Joseph, « Les constantes de l'histoire. Actuel renouveau de la vague maistrienne », *RHFDSJ* 1996, p. 89-135.

BAUDREZ Maryse et ESCARRAS Jean-Claude, « La révision de la constitution italienne : doctrine et complexité des faits », *in* AFDC, *La révision de la constitution*, Paris, Economica, 1992, p. 139-154.

BAZEX Michel, BRUNET Pierre, BERKANI Elias, DORD Olivier, LERICHE-MILLIET Jean-Charles, MESLIN Sylvie, RUEDA Frédérique, TROPER Michel et VALADOU Patrice, « Rapport français », *in* FIDE, *XX Congress*, Londres, BICL, 2002, T. II, p. 193-258.

BEAUD Olivier, « Les conventions de la Constitution. À propos de deux thèses récentes », *Droits* n°6, p. 125-135.

BEAUD Olivier, « La notion d'État », *APD* 1990, p. 119-141.

BEAUD Olivier, « L'Europe entre droit commun et droit communautaire », *Droits* n°14, p. 3-16.

BEAUD Olivier, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », *in* SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 5-113.

BEAUD Olivier, « Le souverain », *Pouvoirs* n°67, p. 33-45.

BEAUD Olivier, « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le traité de Maastricht », *RFDA* 1993, p. 1045-1068.

BEAUD Olivier, « Maastricht et la théorie constitutionnelle. La nécessaire et inévitable distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision constitutionnelle », *LPA* 1993, n°39 et 40.

BEAUD Olivier, « La souveraineté dans la 'Contribution à la théorie générale de l'État de Carré de Malberg », *RDP* 1994, p. 1251-1301.

BEAUD Olivier, « La fédération entre l'État et l'empire », *in* ALLAIN Annie, DUPONT Maryline et HEARN Michael (dir.), *Les fédéralismes*, Villeneuve d'Ascq, PU du Septentrion, 1996, p. 33-58.

BEAUD Olivier, « Constitution et constitutionnalisme », *in* RAYNAUD Philippe et RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 1996, p. 117-126.

BEAUD Olivier, « Le droit constitutionnel par-delà le texte et la jurisprudence constitutionnelle », *CCC* n°6, p. 97-110.

BEAUD Olivier, « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *RDP* 1998, p. 83-122.

BEAUD Olivier, « La notion de pacte fédératif. Contribution à une théorie constitutionnelle de la Fédération », *in* KERVÉGAN Jean-François et MOHNHAUPT Heinz (dir.), *Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire du droit et la philosophie*, Francfort, Vittorio Klostermann, 1999, p. 197-270.

BEAUD Olivier, « La notion de constitution chez Montesquieu. Contribution à l'étude des rapports entre constitution et constitutionnalisme », *in Staat – Souveränität – Verfassung. Festschrift für Helmut Quaritsch zum 70. Geburstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, p. 407-448.

BEAUD Olivier, « Les mutations de la Ve République ou comment se modifie une Constitution écrite », *Pouvoirs* n°99, p. 19-31.

BEAUD Olivier, « Ordre constitutionnel et ordre parlementaire, une relecture à partir de Santi Romano », *Droits* n°33, p. 73-95.

BEAUD Olivier, « Hans Kelsen, théoricien constitutionnel de la Fédération », *in* HERRERA Carlos Miguel (dir.), *Actualités de Kelsen en France*, Paris, LGDJ, 2001, p. 47-84.

BEAUD Olivier, « La doctrine constitutionnelle américaine connaît-elle une théorie de la fédération ? », *in* RAYNAUD Philippe et ZOLLER Elisabeth (dir.), *Le droit dans la culture américaine*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p. 21-39.

BEAUD Olivier, « Constitution et droit constitutionnel », *in* RIALS Stéphane et ALLAND Denis (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 257-266.

BEAUD Olivier, « De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral », *in* GREWE Constance, JOUANJAN Olivier, MAULIN Éric et WACHSMANN Patrick (dir.), *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2006, p. 49-72.

BEAUD Olivier, « Kelsen contre Schmitt : un dialogue de sourds ? », *in* BEAUD Olivier et PASQUINO Pasquale (dir.), *La controverse sur le 'gardien de la Constitution' et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2007, p. 197-208.

BEAUDOIN Gérald, « Le concept contemporain de confédération », *in* Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Le concept contemporain de confédération*, Strasbourg, Éd. du Conseil de l'Europe, 1995, p. 54-60.

BÉCHET Karine, « Superconstitutionnalité et Constitution : proposition d'un cadre épistémologique », *in* VIALA Alexandre (dir.), *La constitution et le temps*, Lyon, L'Hermès, 2003, p. 50-59.

BÉCHET Karine, « La loi constitutionnelle du 1er mars 2005, d'une réalité politique à une virtualité juridique », *Politeia* n°8, p. 105-115.

BEGUIN Jacques, « Allocation de clôture du colloque », *in* SEURIN Jean-Louis (dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984, p. 29-32.

BELAID Sadok, « Les constitutions dans le Tiers-Monde », *in* TROPER Michel et JAUME Lucien (dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Paris, LGDJ, 1994, p. 100-123.

BELISSA Marc, « Droit des gens et théorie constitutionnelle dans la pensée des Lumières », *RHDFE* 1998, p. 215-233.

BELL John, « Legal Revolutions and the Continuity of Public Law », *in* ATTWOOL Elspeth (dir.), *Shaping Revolution*, Aberdeen, Aberdeen UP, 1991, p. 119-127.

BERLIA Georges, « La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 », *RDP* 1944, p. 45-57.

BERLIA Georges, « De la compétence des assemblées constituantes », *RDP* 1945, p. 353-365.

BERLIA Georges, « La crise constitutionnelle de mai-juin 1958 », *RDP* 1958, p. 918-929.

BERLIA Georges, « Le problème de la constitutionnalité du référendum du 28 octobre 1962 », *RDP* 1962, p. 936-946.

BERLIA Georges, « L'élaboration et l'interprétation de la Constitution de 1958 », *RDP* 1973, p. 485-495.

BERNHARDT Rudolf, « Different Concepts of Modern Constitution », *in* AIDC, *Constitution moderne*, Fribourg, Éditions universitaires de Fribourg, 1988, p. 151-168.

BERRY GRAY Christopher, « Amendment : Legal Continuity and Ongoing Revolution », *in* ATTWOOL Elspeth (dir.), *Shaping Revolution*, Aberdeen, Aberdeen UP, 1991, p. 47-55.

BERTHÉLEMY H., « Le fondement de l'autorité politique », RDP 1915, p. 663-682.

BERTHÉLEMY H., « La volonté générale, fondement du droit », *in Mélanges Paul Negulesco*, Bucarest, Imprimeria nationala, 1935, p. 125-143.

BIGAUT Christian, « La Constitution demeure la norme suprême : le pouvoir constituant est souverain », *RA* 2003, p. 605-608.

BISCARETTI DI RUFFIA Paolo, « Les constitutions européennes : notions introductives », *in La constitution comme loi fondamentale dans les États de l'Europe occidentale et dans les États socialistes*, Paris, LGDJ, 1966, p. 1-25.

BISCARETTI DI RUFFIA Paolo, « La Constitution en tant que loi fondamentale en Europe occidentale », *in La constitution comme loi fondamentale dans les États de l'Europe occidentale et dans les États socialistes*, Paris, LGDJ, 1966, p. 27-75.

BISCARETTI DI RUFFIA Paolo, « Quelques considérations finales sur les différentes significations et valeurs de la Constitution en Europe occidentale et dans les États socialistes européens », *in La constitution comme loi fondamentale dans les États de l'Europe occidentale et dans les États socialistes*, Paris, LGDJ, 1966, p. 119-129.

BLAIRON Katia, « Un impressionnisme juridique : réflexions sur l'analyse comparée des formes d'États », *Politeia* n°5, p. 293-316.

BLAIRON Katia, « La seconde Républicaine italienne est-elle mort-née ? », *Politeia* n°9, p. 253-275.

BLANC Didier, « Des limites au pouvoir constitutionnel de révision ou l'aiguilleur aiguillonné », *RRJ* 2003, p. 2801-2822.

BLANC Didier, « La justiciabilité des limites au pouvoir constituant sous la cinquième république », VIIe Congrès de l'AFDC, Paris, 25, 26 et 27 septembre 2008, disponible à l'adresse suivante : http://www.afdc.fr/congresParis/progat3.html.

BLANQUER Jean-Michel, « L'ordre constitutionnel d'un régime mixte. Le sens donné à la Constitution par le Conseil constitutionnel », *RDP* 1998, p. 1526-1540.

BLANQUER Jean-Michel, « Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel ? », *in Libertés. Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 227-238.

BLANQUER Jean-Michel, « La distance parcourue de l'ordre institutionnel à l'ordre constitutionnel », *in Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, Paris, LGDJ, 1999, p. 25-33.

BOBBIO Norberto, « Sur la notion de constitution chez Hegel », *Revue européenne de sciences sociales* 1972, p. 133-144.

BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, « Le pouvoir constituant du peuple, notion-limite du droit constitutionnel », *in Le droit, l'État et la constitution démocratique*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 2000, p. 205-222.

BOEDEKER Mika, KAUPPI Matti et SUNDSTRÖM Zacharias, « Finish Report », *in* FIDE, *XX Congress*, Londres, BICL, 2002, T. II, p. 173-191.

BONNARD Roger, « Les actes constitutionnels de 1940 », *RDP* 1942, p. 46-90.

BORELLA François, « Réflexions sur la question constitutionnelle aujourd'hui », *Civ. Eur.* n°5, p. 7-22.

BORELLA François, « Le droit constitutionnel et la théorie générale du droit », *Civ. Eur.* n°6, p. 13-21.

BOUCOBZA Isabelle, « Du bon usage de deux modèles de constitution : la machine ou/et la norme dans la réforme de la justice italienne », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 195-206.

BOUDON Julien, « Esmein, le droit constitutionnel et la Constitution », *in* PINON Stéphane et PRÉLOT Pierre-Henri (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien 2009, p. 87-109.

BOULOUIS Jean, « L'existence, la nullité et l'annulation des actes juridiques en droit public français », *in Travaux de l'association Henri Capitant* 1965, p. 771-792.

BOUSQUET François-Charles, « La responsabilité de l'État du fait des dispositions constitutionnelles », *RDP* 2007, p. 937-958.

BOUVIER Vincent, « Le Conseil constitutionnel et la coutume. Sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *Droits* n°3, p. 87-96.

BOUVIER Vincent, « La notion de juridiction constitutionnelle », *Droits* n°9, p. 119-129.

BRANCHET Bernard, « L'article 11 et le respect de la constitution de 1958 », *RDP* 1990, p. 1705-1733.

BRÉCHON-MOULINES Christine, « L'impossible définition du Conseil supérieur de la magistrature », *RDP* 1973, p. 599-655.

BREILLAT Dominique, « Le droit constitutionnel non sanctionné », *in La sanction du droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, Paris, PUF, 2001, p. 25-47.

BRENNAN Geoffrey et HAMLIN Alan, « Economical Constitutions », *in* BELLAMY Richard et CASTIGLIONE Dario (dir.), *Constitutionalism in Transformation : European and Theoretical Perspectives*, Oxford, Blackwell, 1996, p. 194-207.

BROOKFIELD F.M., « The Courts, Kelsen and the Rodhesian Revolution », *University of Toronto Law Journal* 1969, p. 326-352.

BRUNET Pierre, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », *in* JOUANJAN Olivier, GREWE Constance, MAULIN Éric et WACHSMANN Patrick (dir.), *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 115-135.

BRUNET Pierre, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 207-221.

BRUNET Pierre, « Constitution », *Encyclopedia Universalis* 2007.

BRYCE James, « Flexible and Rigid Constitutions », *in Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, Clarendon, 1901, p. 145-252.

BURDEAU François, « Comment naissent les Républiques ? », *RDP* 2002, p. 127-138.

BURDEAU Georges, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *APD* 1939, p. 7-55.

BURDEAU Georges, « Une survivance : la notion de Constitution », *in L'évolution du droit public. Études en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 53-62.

BURDEAU Georges, « Le déclin de la loi », *APD* 1963, p. 35-41.

CALAMO SPECCHIA Marina, « Les limites à la révision de la Constitution en France et perspectives comparées », VIIe Congrès de l'AFDC, Paris, 25, 26 et 27 septembre 2008.

CAMBY Jean-Pierre, « La loi organique dans la Constitution de 1958 », *RDP* 1989, p. 1401-1441.

CAMBY Jean-Pierre, « À propos des 'conventions' de la Constitution », *RDP* 1998, p. 5-9.

CAMBY Jean-Pierre, « Le référendum et le droit (à propos du référendum du 24 septembre 2000) », *RDP* 2001, p. 3-21.

CAMBY Jean-Pierre, « Supra-constitutionnalité : la fin d'un mythe », *RDP* 2003, p. 665-688.

CAMBY Jean-Pierre, « La valeur de la loi », *RDP* 2003, p. 1224-1229.

CAMBY Jean-Pierre, « Le contentieux de l'organisation du référendum du 29 mai 2005 », *RDP* 2005,p. 587-596.

CANEDO Marguerite, « L'histoire d'une double occasion manquée », *RDP* 2003, p. 767-792.

CAPITANT René, « Le droit constitutionnel non écrit », *in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1934, p. 1-8.

CAPITANT René, « Réfutation du non », *in Écrits politiques 1960-1970*, Paris, Flammarion, 1971, p. 151-160.

CAPITANT René, « La coutume constitutionnelle », *RDP* 1979, p. 959-970.

CAPORAL Stéphane, « Droit constitutionnel national et droit constitutionnel infra-étatique », *in* ALBERT Jean-Luc et JOURNÈS Claude (dir.), *Le gouvernement des régions*, Lyon, PU de Lyon, 1999, p. 21-29.

CAPPELLETTI Mauro, « Le contrôle juridictionnel des lois en droit comparé », *in Le pouvoir des juges*, Paris, Economica, 1990, p. 177-213.

CARBASSE Jean-Marie, « La constitution coutumière : du modèle au contre-modèle », *in Modelli nella storia del pensiero politico. La rivoluzione francese e i modelli politici*, Florence, Leo S. Olschki, 1989, T. II, p. 163-179.

CARDOSO DA COSTA J.M., « Rapport portugais », *in VIIe conférence des Cours constitutionnelles européennes – La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux*, *AIJC* 1990, p. 179-193.

CARRÉ DE MALBERG Raymond, « La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875 », *RPP* 1927, p. 339-354.

CARRÉ DE MALBERG Raymond, « Note sur la question de la sanction juridictionnelle des principes constitutionnels », *Annuaire de l'Institut de droit public* 1929, p. 144-161.

CARRINO Agostino, « De la constitution matérielle », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 239-247.

CARTIER Emmanuel, « Les petites constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *RFDC* 2007, p. 513-534.

CASSIA Paul, « Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une question d'actualité », *RFDA* 2008, p. 877-898.

CASTIGLIONE Dario, « Contracts and Constitutions », *in* BELLAMY Richard, BUFACCHI Victorio et CASTIGLIONE Dario (dir.), *Democracy and Constitutional Culture in the Union of Europe*, Londres, Lothian Foundation, 1995, p. 59-79.

CASTIGLIONE Dario, « The Political Theory of the Constitution », *Political Studies* 1996, p. 417-435.

CAYLA Olivier, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », *in Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, Paris, LGDJ, 1999, p. 106-140.

CAYLA Olivier, « L'obscure théorie du pouvoir constituant originaire ou l'illusion d'une identité souveraine inaltérable », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 249-265.

CARROZZA Paolo, « Constitutionalism's Post-Modern Opening », *in* LOUGHLIN Martin et WALKER Neil (dir.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, OUP, 2007, p. 169-188.

CETERCHI Ioan et MURARU Ioan, « Le pouvoir constituant », *in* AIDC, *Constitution moderne*, Fribourg, Éditions universitaires de Fribourg, 1988, p. 73-96.

CHABROT Christophe, « La transition constitutionnelle », *in* VIALA Alexandre (dir.), *La constitution et le temps*, Lyon, L'Hermès, 2003, p. 95-110.

CHAGNOLLAUD Dominique, « Le Conseil d'État et le droit constitutionnel : Sherlock Holmes au Palais royal », *in La République. Mélanges Pierre Avril*, Paris Montchrestien, 2001, p. 307-317.

CHAGNOLLAUD Dominique, « Sherlock Holmes à la poursuite du pouvoir constituant. Après la décision n°2003-469 DC du Conseil constitutionnel », *LPA* 2003, n°209, 210, 211, 212 et 213.

CHALTIEL Florence, « Le pouvoir constituant, marque contemporaine de souveraineté. À propos du refus présidentiel de révision constitutionnelle », *D.* 2000, p. 225-228.

CHANTEBOUT Bernard, « Sur la coutume. Deux contes et un proverbe », *in Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2008, p. 107-118.

CHAPUS René, « De la soumission au droit des règlements autonomes », *D.* 1960, p. 119-126.

CHAPUS René, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.* 1966, p. 99-106.

CHARLIER Robert-Edouard, « La Constitution et le juge de l'administration », *in Problèmes de droit public contemporain. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p. 31-46.

CHARLIER Robert-Edouard, « Évolution et situation présente de la notion de droit constitutionnel », *in Histoire des idées et idées sur l'histoire. Études offertes à Jean-Jacques Chevallier*, Paris, Cujas, 1977, p. 31-41.

CHARLIER Robert-Edouard, « Le droit constitutionnel économique », *in Mélanges à la mémoire de Michel A. Dendias*, Paris, 1978, p. 73-90.

CHENOT Bernard, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *EDCE* 1950, p. 77-83.

CHENOT Bernard, « L'existentialisme et le droit », *RFSP* 1953, p. 57-68.

CHEROT Jean-Yves, « Les définitions dans les textes du droit administratif économique », *RRJ* 1986, p. 67-74.

CHEVALLIER Jacques, « La coutume en droit constitutionnel français », *RDP* 1970, p. 1375-1416.

CHEVALLIER Jacques, « Droit constitutionnel et institutions politiques : les mésaventures d'un couple fusionnel », *in La République. Mélanges Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 183-199.

CHEVALLIER Jacques, « Pour une sociologie du droit constitutionnel », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 281-297.

CHILD Sampson, « Revolutionary Amendments to the Constitution », *Constitutional Review* 1926, p. 27-35.

CHRISTODOULIDIS Emilios, « The Aporia of Sovereignty : the Representation of the People in Constitutional Discourse », *King's College Law Journal* 2001, p. 111-133.

COHENDET Marie-Anne, « Lionel Jospin dans son rôle », *Le Monde* 1er mars 2000.

COMANDUCCI Paolo, « Ordre ou norme ? Quelques idées de constitution au XVIIIe siècle », *in* TROPER Michel et JAUME Lucien (dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Paris, LGDJ, 1994, p. 23-43.

CONAC Gérard, « Les apports de René Capitant au droit constitutionnel et à la science politique », *in Apports de René Capitant à la science juridique*, Paris, Litec, 1992, p. 53-86.

CONAC Gérard, « L'insertion des processus constitutionnels dans les stratégies de paix : cinq exemples de constitutions post-conflictuelles », *in Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 25-66.

CONSTANTINESCO Vlad, « Contenu et structure de la Constitution », *in* BIEBER Roland et WIDMER Pierre (dir.), *L'espace constitutionnel européen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995, p. 97-116.

CORWIN Edward, « The Higher Law Background of American Constitutional Law », *HLR* 1928, p. 149-185 et 365-409.

COTTA Sergio, « La notion de constitution dans ses rapports avec la réalité sociale », *Annales de philosophie politique* 1965, p. 147-168.

COURTROT Pascale, « La portée de l'interdiction de réviser la forme républicaine du gouvernement », *RRJ* 2002, p. 1741-1760.

COURVOISIER Claude, « L'idée de constitution dans les cahiers de doléances », *in* BART Jean, CLÈRE Jean-Jacques, COURVOISIER Claude et VERPEAUX Michel (dir.), *1791, la première constitution française*, Paris, Economica, 1991, p. 67-86.

CROOKAL David, « Le jeu de la hiérarchie des normes », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Pierre Béguet*, Toulon, Faculté de droit, 1985, p. 297-319.

CROSA Emilio, « L'idée de constitution dans l'antiquité classique », *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle* 1951, p. 188-198.

CUBERTAFOND Bernard, « Souverainetés en crise ? », *RDP* 1989, p. 1272-1303.

DANI Marco, « Economic Constitutionalism in a Time of Uneasiness – Comparative Study on the Economic Constitutional Identities of Italy, the World Trade Organization and the European Union », Jean Monnet Working Paper n°08/05, disponible à l'adresse suivante : http://www.jean monnetprogram.org/papers/05/050801.pdf

DAVID Marcel, « Positivisme juridique et souveraineté du peuple selon Michel Troper », *RDP* 1997, p. 965-983.

DAVID Marcel, « À propos de la souveraineté : deux relectures de Carl Schmitt », *RDP* 1999, p. 661-696.

DEBBASCH Roland, « L'écriture de la constitution », *in* BART Jean, CLÈRE Jean-Jacques, COURVOISIER Claude et VERPEAUX Michel (dir.), *1791, la première constitution française*, Paris, Economica, 1991, p. 111-128.

DE BEAUSSE DE LA HOUGUE Claire, « Un aspect des réformes constitutionnelles au Royaume-Uni : la disparition du Lord Chancellier. D'une constitution non-écrite vers une Constitution écrite ? », *RFDC* 2005, p. 291-310.

DE BÉCHILLON Denys, « De quelques incidences du contrôle de conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire - malaise dans la Constitution », *RFDA* 1998, p. 225-242.

DE BÉCHILLON Denys, « Conflits de sentences entre les juges de la loi », *Pouvoirs* n°96, p. 107-122.

DE LA MARDIÈRE Christophe, « Retour sur la valeur juridique de la Déclaration de 1789 », *RFDC* 1999, p. 227-256.

DE LAMY Bertrand, « L'exception d'inconstitutionnalité : une vieille idée neuve », *in* DRAGO Guillaume (dir.), *L'application de la Constitution par les cours suprêmes*, Paris, Dalloz, 2007, p. 117-141.

DELPÉRÉE Francis, « Ce que je crois ou le constitutionnalisme », *in Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 211-221.

DELPÉRÉE Francis, « La révision de la Constitution et la codification », *in L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 135-147.

DELPÉRÉE Francis, « Les figures du fédéralisme », *Les cahiers français* n°300, p. 92-96.

DELPÉRÉE Francis et VERDUSSEN Marc, « L'égalité, mesure du fédéralisme », *in* GAUDREAULT-DESBIENS Jean-François et GÉLINAS Fabien (dir.), *Le fédéralisme dans tous ses états. Gouvernance, identité et méthodologie*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 193-208.

DELVOLVÉ Pierre, « Conclusion », *in* DRAGO Guillaume (dir.), *L'application de la Constitution par les cours suprêmes*, Paris, Dalloz, 2007, p. 205-234.

DENQUIN Jean-Marie, « Repenser le droit constitutionnel », *Droits* n°32, p. 3-6.

DENQUIN Jean-Marie, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits* n°32, p. 33-46.

DENQUIN Jean-Marie, « Éléments pour une théorie constitutionnelle », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg* n°8, p. 101-142.

DENQUIN Jean-Marie, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum* n°2.

DE PASQUALE Carla, « La Constitution et ses effets sur la conception de la souveraineté », *in* CAZZANIGA Gian Mario et ZARKA Yves Charles (dir.), *Penser la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine*, Paris, J. Vrin, 2001, p. 349-368.

DEPUSSAY Laurent, « Hiérarchie des normes et hiérarchies des pouvoirs », *RDP* 2007, p. 421-443.

DERDAELE Élodie, « La Constitution entre norme et symbole, réflexions sur le constitutionalisme contemporain », VIIe Congrès de l'AFDC, Paris, 25, 26 et 27 septembre 2008, disponible à l'adresse suivante : http://www.afdc.fr/congresParis/progat2.html.

DEROSIER Jean-Philippe, « La limite au pouvoir de révision constitutionnelle, du concept à la notion », VIIe Congrès de l'AIDC, Athènes, 11-15 juin 2007, disponible à l'adresse suivante : http://www.droitconstitutionnel.org/athenes/derosier2.pdf.

DE SMITH S.A., « Constitutional Lawyers in Revolutionary Situations », *Western Ontario Law Review* 1968, p. 93-111.

DOCKÈS-LALLEMENT Nicole, « Utopie et constitution », *in* AFHIP, *La constitution dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 117-149.

DRAGO Guillaume, « La supraconstitutionnalité : présentation et problématique générale », *JSLC* 1993, p. 313-321.

DRAGO Guillaume, « Introduction générale », *in* DRAGO Guillaume (dir.), *L'application de la Constitution par les cours suprêmes*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1-7.

DRAGO Guillaume, « Exception d'inconstitutionnalité. Prolégomènes d'une pratique contentieuse », *JCP* 2008.I.217.

DRUESNE Gérard, « L'influence de la Constitution sur le droit public français », *JSLC* 1981, p. 439-484.

DUBRULLE Jean-Baptiste, « La compatibilité des lois avec la Constitution : un contrôle de constitutionnalité », *AJDA* 2007, p. 127-132.

DUEZ Paul, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France. Comment il convient de poser la question », *in Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1908, p. 211-249.

DUFFOURC David, « Droits fondamentaux et supra constitutionnalité en France », VIIe Congrès de l'AFDC, Paris, 25, 26 et 27 septembre 2008.

DUGUIT Léon, « Le droit constitutionnel et la sociologie », *Revue internationale de l'enseignement* t. 18, p. 484-505.

DUPEYROUX Henri, « Du système français de révision constitutionnelle », *RDP* 1931, p. 445-472.

DUPEYROUX Henri, « La généralité de la loi », *in Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1943, p. 135-161.

DUVERGER Maurice, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », *RDP* 1945, p. 73-100.

DUVERGER Maurice, « La carte forcée », *Le Monde* 22-23 décembre 1968, p. 7.

ECONOMIDES Constantin, « Conclusions et allocution de clôture », *in* Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Le concept contemporain de confédération*, Strasbourg, Éd. du Conseil de l'Europe, 1995, p. 158-161.

EEKELAAR J.M., « Splitting the Grundnorm », *Modern Law Review* 1967, p. 156-175.

EEKELAAR J.M., « Rhodesia : the Abdication of Constitutionalism », *Modern Law Review* 1969, p. 19-34.

EISENMANN Charles, Note sous CE, 6 novembre 1936, Arrighi et Dame Coubert, *D.* 1938.3.1.

EISENMANN Charles, « Le contrôle juridictionnel des lois en France », *in Actualités du contrôle juridictionnel des lois*, Bruxelles, Larcier, 1973, p. 71-95.

EISENMANN Charles, « Sur l'objet et la méthode des sciences politiques », *in Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 237-287.

EISENMANN Charles, « Droit constitutionnel et science politique », *in Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 511-524.

EISENMANN Charles, « Essai d'une classification théorique des formes politiques », *in Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 327-395.

ELKAM Frédérique, « Le droit constitutionnel non-écrit : une vraie fausse modernité », *Civ. Eur.* n°9, p. 231-262.

ESMEIN Adhémar, « Les constitutions du protectorat de Cromwell », *RDP* 1899, p. 193-218.

ESPLUGAS Pierre, « Constitution et contentieux constitutionnel », *RCADC* 2005, p. 137-153.

EUZET Christophe, « Les manuels de la doctrine constitutionnaliste face aux bouleversements fondamentaux de l'ère post-bipolaire », VIIe Congrès de l'AFDC, Paris, 25, 26 et 27 septembre 2008, disponible à l'adresse suivante : http://www.afdc.fr/congresParis/progat2.html.

FABRE Michel-Henry, « La loi, expression de la souveraineté », *RDP* 1979, p. 341-346.

FARDELLA Franco, « Le dogme de la souveraineté de l'État : un bilan », *APD* 1997, p. 115-133.

FARR James, « Conceptual Change and Constitutional Innovation », *in* BALL Terence et POCOCK J.G.A. (dir.), *Conceptual Change and the Constitution*, Lawrence, University of Press of Kansas, 1988, p. 13-34.

FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, « Contentieux des actes préparatoires au référendum », *RFDC* 2005, p. 605-629.

FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, « La décision du Conseil constitutionnel du 24 mars 2005, Hauchemaille et Meyet : un nouveau pas en matière de contrôle des référendums », *RFDA* 2005, p. 1040-1047.

FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe et ZIMMER Willy, « Contrôle des lois constitutionnelles », *RFDC* 2003, p. 374-389.

FAURE Bertrand, « Les objectifs à valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », *RFDC* 1995, p. 47-77.

FAVOREU Louis, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 33-48.

FAVOREU Louis, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs* n°13, p. 17-31.

FAVOREU Louis, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », *in Itinéraires. Études offertes à Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 235-244.

FAVOREU Louis, « Propos d'un néo-constitutionnaliste », *in* SEURIN Jean-Louis (dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984, p. 23-27.

FAVOREU Louis, « La modernité des vues de Charles Eisenmann », *in* AMSELEK Paul (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica, 1986, p. 85-101.

FAVOREU Louis, « Les normes de référence », *in Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Paris, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 1988, p. 69-78.

FAVOREU Louis, « Dualité ou unité d'ordre juridique : Conseil constitutionnel et Conseil d'État participent-ils de deux ordres juridiques différents », *in Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Paris, LGDJ, 1988, p. 145-190.

FAVOREU Louis, « Le droit constitutionnel : droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC* 1990, p. 71-89.

FAVOREU Louis, « La loi », *in* AFDC, *La continuité constitutionnelle de 1789 à 1989*, Paris, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 1990, p. 79-112.

FAVOREU Louis, « De la démocratie à l'État de droit », *Le Débat* n°64, p. 158-162.

FAVOREU Louis, « Bloc de constitutionnalité », *in* DUHAMEL Olivier et MÉNY Yves (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 87-89.

FAVOREU Louis, « Le juge administratif a-t-il un statut constitutionnel ? », *in Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 111-128.

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

FAVOREU Louis, « Supraconstitutionnalité et jurisprudence de la juridiction constitutionnelle en droit privé et en droit public français », *JSLC* 1993, p. 461-471.

FAVOREU Louis, « La notion de Cour constitutionnelle » *in De la constitution. Études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Genève, Helbing & Lichtenhan, 1996, p. 15-27.

FAVOREU Louis, « La constitutionnalisation du droit », *in L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 25-42.

FAVOREU Louis, « Légalité et constitutionnalité », *CCC* n°3, p. 106-117.

FAVOREU Louis, « Rapport introductif », *in* AVRIL Pierre et VERPEAUX Michel (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2000, p. 13-17.

FAVOREU Louis, « Une démarche constituante ? », *Regards sur l'actualité* n°264, p. 25-26.

FAVOREU Louis, « L'injusticiabilité des lois constitutionnelles », *RFDA* 2003, p. 792-795.

FAVOREU Louis, « Droit administratif et normes constitutionnelles. Quelques réflexions trente ans après », *in Mouvement du droit public. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 649-670.

FAVOREU Louis et RENOUX Thierry, « Contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs », *in Encyclopédie Dalloz – Contentieux administratif*, 1992.

FAVOREU Louis et RENOUX Thierry, « Rapport général introductif », *in La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, p. 15-33.

FAVRET Jean-Marc, « L'intégration européenne en France, sur la divisibilité de la souveraineté », *RDP* 1999, p. 1741-1765.

FELDMAN Jean-Philippe, « Les constitutions des États confédérés d'Amérique », *RFDC* 2004, p. 503-532.

FELDMAN Jean-Philippe, « Le constitutionalisme de Benjamin Constant », *RFDC* 2008, p. 675-702.

FERREIRA DA CUNHA Paulo, « Constitutions, mythes et utopies », *in* BART Jean, CLÈRE Jean-Jacques, COURVOISIER Claude et VERPEAUX Michel (dir.), *1791, la première constitution française*, Paris, Economica, 1991, p. 129-145.

FLAUSS Jean-François, « Le contrôle de constitutionnalité des lois référendaires », *LPA* 1997, n°75, p. 7-15.

FORSYTH Murray, « Vers un concept nouveau de la confédération », *in* Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Le concept contemporain de confédération*, Strasbourg, Éd. du Conseil de l'Europe, 1995, p. 61-70.

FOUQUET-ARMAND Maud, « Les révisions de la Constitution de 1958 : de la Ve à la VIe République », *RRJ* 2001, p. 1591-1622.

FRANKENBERG Günther, « Tocqueville's Question. The role of a Constitution in the Process of Legal Integration », *Ratio Juris* 2000, p. 1-30.

FRÉJAVILLE Marcel, « La pratique des errata au Journal officiel et la taxe de compensation sur les locaux insuffisamment occupés », *JCP* 1948.1.677.

FRÉMONT Jacques et BOUDREAULT François, « Supraconstitutionnalité canadienne et sécession du Québec », *National Journal of Constitutional Law* 1997, p. 163-206.

FROMONT Michel, « La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand », *RDP* 2007, p. 89-110.

GAÏA Patrick, « Limitation du pouvoir de révision constitutionnelle et construction européenne », *in* GRAF VITZHUM Wolfgang et PENA Marc (dir.), *L'identité de l'Europe*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, p. 119-153.

GAMBINO Silvio, « Réflexions sur les transitions constitutionnelles des États ex-socialistes : à propos des rapports entre pouvoir constituant et pouvoir constitué », *Politeia* n°5, p. 341-385.

GAMBINO Silvio, « Communicabilité et comparaison entre systèmes juridiques (méthodes et recherches constitutionnelles en Italie) », *in La communicabilité entre les systèmes juridiques. Liber amicorum Jean-Claude Escarras*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 71-106.

GANZIN Michel, « Le concept de constitution dans la pensée jusnaturaliste (1750-1789) », *in* AFHIP, *La constitution dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 167-201.

GANZIN Michel, « La dynamique du concept jusnaturaliste de constitution (1751-1789) », *in Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 689-703.

GARLICKI Lesezk, « Necessity and Functions of the Constitution », *in* BIEBER Roland et WIDMER Pierre (dir.), *L'espace constitutionnel européen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995, p. 25-35.

GAVINSON Ruth, « What Belongs in a Constitution ? », *Constitutional Political Economy* 13, p. 89-105.

GÉLARD Patrice, « Les conséquences constitutionnelles de la révolution d'octobre 1917 Le point de vue de la doctrine française », *in* AFDC, *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Paris, Economica, 1987, p. 481-497.

GENEVOIS Bruno, « Normes de références du contrôle de constitutionnalité et respect de la hiérarchie en leur sein », *in L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 323-339.

GENEVOIS Bruno, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *RFDA* 1998, p. 909-921.

GENEVOIS Bruno, « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *in* CHAGNOLLAUD Dominique (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIIIe-XXe siècle*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 177-190.

GENEVOIS Bruno, « Le Conseil d'État et l'application de la Constitution », *in* DRAGO Guillaume (dir.), *L'application de la Constitution par les cours suprêmes*, Paris, Dalloz, 2007, p. 31-54.

GENEVOIS Bruno, « La Constitution et le juge administratif », *in* MATHIEU Bertrand (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 355-373.

GENGEMBRE Gérard, « La Contre-Révolution et le refus de la constitution », *in* TROPER Michel et JAUME Lucien (dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Paris, LGDJ, 1994, p. 55-74.

GÉNY François, « De l'inconstitutionnalité des lois ou des autres actes de l'autorité publique et des sanctions qu'elle comporte dans le droit nouveau de la IVe République », *JCP* 1947.I.613.

GEORGEL Jacques, « Le préambule de la Constitution de 1958 », *RDP* 1960, p 85-101.

GESLOT Christophe, « Normes constitutionnelles et normes de références du contrôle de la constitutionnalité des lois », *JCP* 2007.I.49.

GICQUEL Jean-Éric, « Constitution », *Jurisclasseur droit administratif*, 2005.

GILBERT Simon, « La critique du volontarisme juridique en droit constitutionnel », *in Études offertes au professeur René Hostiou*, Paris, Litec, 2008, p. 183-198.

GIROLA Carlo, « Les coutumes constitutionnelles », *in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1934, p. 9-44.

GOGUEL François, « De la conformité du référendum du 28 octobre 1962 à la Constitution », *in Droits, institutions et systèmes politiques. Mélanges en l'honneur à Maurice Duverger*, Paris, PUF, 1987, p. 115-125.

GOHIN Olivier, « Le Conseil d'État et le contrôle de constitutionnalité de la loi », *in* CHAGNOLLAUD Dominique (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIIIe-XXe siècle*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 157-175.

GONDOUIN Geneviève, « Le Conseil constitutionnel et la révision de la Constitution », *RDP* 2001, p. 489-530.

GOY Raymond, « Sur l'origine extranationale de certaines constitutions », *in Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 37-43.

GOYARD Claude, « Que reste-t-il de la souveraineté ? », *in La Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Paris, Dalloz, 2004, p. 380-389.

GRABARCZYK Katarzyna, « La notion de constitution à l'épreuve des révisions constitutionnelles », *RRJ* 2007, p. 1331-1355.

GRAND Gregory, « Les constitutionnalistes et l'Europe », VIIe Congrès de l'AFDC, Paris, 25, 26 et 27 septembre 2008.

GREWE Constance, « La révision constitutionnelle en vue de la ratification du traité de Maastricht », *RFDC* 1992, p. 413-438.

GREWE Constance, « L'actualité du droit constitutionnel ou la résurrection d'une discipline juridique », *in Du droit interne au droit international. Le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme. Mélanges Raymond Goy*, Rouen, Publications de l'Université de Rouen, 1998, p. 85-95.

GREY Thomas, « Do We Have an Unwritten Constitution ? », *Stanford Law Review* 1975, p. 703-718.

GREY Thomas, « Origins of the Unwritten Constitution : Fundamental Law in American Revolutionary Thought », *Stanford Law Review* 1978, p. 843-893.

GREY Thomas, « The Constitution as Scripture », *Stanford Law Review* 1984, p. 1-25.

GRIFFIN Stephen, « Constituent Power and Constitutional Change in American Constitutionalism », *in* LOUGHLIN Martin et WALKER Neil (dir.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, OUP, 2007, p. 49-66.

GRIMM Dieter, « Integration by Constitution », *ICON* 2005, p. 193-208.

GRIMM Dieter, « The Constitution in the Process of Denationalization », *in* NERGELIUS Joakim (dir.), *Constitutionalism : New Challenges. European Law from a Nordic Perspective*, Leydes, Martinus Nijhoff, 2008, p. 71-92.

GROS André, Note sous CE, 3 novembre 1933, Sieur Desreumeaux, *D.* 1934.3.36.

GUASTINI Riccardo, « Sur la validité de la constitution du point de vue du positivisme juridique », *in* TROPER Michel et JAUME Lucien (dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Paris, LGDJ, 1994, p. 216-225.

GUÉNAIRE Michel, « Le constitutionnalisme, expression de la politique libérale », *RRJ* 1987, p. 105-169.

GUÉNAIRE Michel, « La constitution ou la fin de la politique », *Le Débat* n°64, p. 151-157.

GUEST Stephen, « Revolution and the Position of the Judiciary », *Public Law* 1980, p. 168-183.

GUILLAUME-HOFNUNG Michèle, « Référendum et construction européenne », *in* ROUSSILLON Henry (dir.), *Référendum et démocratie*, Toulouse, PUSST, 1996, p. 219-239.

GUILLON Armand, « L'organisation des pouvoirs publics depuis la libération », *EDCE* 1947, p. 38-47.

GUILLOUD Laetitia, « Révision constitutionnelle et intégration européenne, l'insoutenable légèreté de la Constitution », *RDP* 2009, p. 397-424.

HAMON Francis, « Référendum et légitimité », *in L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 210-227.

HAMON Francis, « La crise du système référendaire », *Droits* n°43, p. 91-107.

HAMON Léo, « Sur une notion en débat », *RDP* 1984, p. 298-310.

HAMON Léo, « L'affirmation, l'évolution et la signification du fait constitutionnel », *RCADC* 1987, p. 85-174.

HAMON Léo, « L'État de droit et son essence », *RFDC* 1990, p. 699-712.

HAROUEL Jean-Louis, « Regards sur les constitutions dans l'histoire du droit français », *Annuaire de droit européen* vol. 1, p. 7-25.

HASSAN Farooq, « A Juridicial Critique of Successful Treason : a Jurisprudential Analysis of the Constitutionality of a Coup in the Common Law », *Stanford Journal of International Law* 1980, p. 191-257.

HÉRAUD Guy, « La conception du pouvoir constituant dans l'œuvre de Carré de Malberg », *in Relations des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg*, Paris, Dalloz, 1966, p. 78-97.

HERZOG Roman, « Rapport allemand », *in VIIe conférence des Cours constitutionnelles européennes – La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux*, *AIJC* 1990, p. 15-23.

HOGAN Gerard, « Irish Report », *in* FIDE, *XX Congress*, Londres, BICL, 2002, T. II, p. 367-386.

HOLMES Stephen, « Precommitment and the Paradox of Democracy », *in* ELSTER Jon et SLAGSTAD Rune (dir.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, CUP, 1988, p. 195-240.

HONORÉ A.M., « Reflections on Revolution », *The Irish Jurist* 1967, p. 268-278.

HOURQUEBIE Fabrice, « Pouvoir constituant et contre-pouvoir », Intervention au colloque Le pouvoir constituant aujourd'hui, Tunis, 16 et 17 novembre 2006, disponible à l'adresse suivante : http://www.atdc.org.tn/contributions/Constituant_Hourquebie.pdf.

HOURQUEBIE Fabrice, « Pouvoir constituant dérivé et contrôle du respect des limites », VIIe Congrès de l'AIDC, Athènes, 11-15 juin 2007, disponible à l'adresse suivante : http://www.droitconstitutionnel.org/athenes/hourquebie.pdf.

HOWARD Dick, « La conception mécaniste de la constitution », *in* TROPER Michel et JAUME Lucien (dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Paris, LGDJ, 1994, p. 153-173.

ISIDORO Cécile, « Le pouvoir constituant peut-il tout faire », *in L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 237-252.

JACQUET Guéric, « Le constitutionnalisme économique en Europe », *Droits* n°48, p. 201-218.

JAUME Lucien, « Le contrôle de constitutionnalité a-t-il un sens pour la doctrine française de la Révolution aux premières années du XIXe siècle », *in* CHAGNOLLAUD Dominique (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIIIe-XXe siècle*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 17-29.

JEOL Michel, « Les techniques de substitution », *in La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, p. 69-76.

JÈZE Gaston, « Une loi inexistante », *RDP* 1915, p. 576-581.

JÈZE Gaston, « La promulgation des lois », *RDP* 1918, p. 378-400.

JOBART Jean-Charles, « La notion de Constitution chez Aristote », *RFDC* 2006, p. 97-143.

JOUANJAN Olivier, « La suspension de la Constitution de 1793 », *Droits* n°17, p. 125-138.

JOUANJAN Olivier, « La forme républicaine de gouvernement, norme supraconstitutionnelle ? », *in* MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel (dir.), *La République en droit français*, Paris, Economica, 1996, p. 267-287.

JOUANJAN Olivier, « Le problème du changement constitutionnel informel et ses perspectives théoriques dans l'œuvre de Georg Jellinel », *in* VIALA Alexandre (dir.), *La constitution et le temps*, Lyon, L'Hermès, 2003, p. 185-203.

JOUANJAN Olivier, « Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'État ? », *RUDH* 2003, p. 21-35.

JOUANNA Arlette, « Constitution et souveraineté en France au XVIe siècle », *in* CAZZANIGA Gian Mario et ZARKA Yves Charles (dir.), *Penser la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine*, Paris, J. Vrin, 2001, p. 51-62.

KAMARA Mactar, « Supra-constitutionnalité et exercice du pouvoir constituant dérivé », *RRJ* 2008, p. 1431-1476.

KAMTO Maurice, « Constitution et principe de l'autonomie constitutionnelle », *RCADC* 2000, p. 127-178.

KANGAS Urpo, « Legal Institutions in the Turmoil of Revolution », *in* ATTWOOL Elspeth (dir.), *Shaping Revolution*, Aberdeen, Aberdeen UP, 1991, p. 139-152.

KASTARI Paavo, « Le caractère normatif et la prééminence hiérarchique des constitutions », *RIDC* 1966, p. 831-848.

KATZ Ellis, « The United States Supreme Court and the Integration of American Federalism », *in* ORBAN Edmond (dir.), *Fédéralisme et cours suprêmes*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 35-58.

KAY Richard, « Preconstitutional Rules », *Ohio State Law Journal* 1981, p. 187-207.

KAY Richard, « The Illegality of the Constitution », *Constitutional Commentary* 1987, p. 57-80.

KELSEN Hans, « La garantie juridictionnelle de la constitution », *RDP* 1928, p. 197-258.

KELSEN Hans, « The Function of a Constitution », *in* TUR Richard et TWINING William (dir.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon, 1986, p. 109-119.

KERVÉGAN Jean-François, « Souveraineté, État de droit, supra-nationalité : un rapport contradictoire », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 553-567.

KLEIN Claude, « Pourquoi écrit-on une constitution ? », *in* TROPER Michel et JAUME Lucien (dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Paris, LGDJ, 1994, p. 89-99.

KLEIN Claude, « La découverte de la doctrine française du pouvoir constituant en Allemagne : de l'Empire à la République fédérale », *in* BEAUD Olivier et WACHSMANN Patrick (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, PUS, 1997, p. 135-149.

KLEIN Claude, « À Propos Constituant Power : Some General View in a Modern Context », *in* JYRÄNKI Antero (dir.), *National Constitutions in the Era of Integration*, Dordrecht, Kluwer, 1999, p. 31-43.

KNAPP Blaise, « Nullité, annulabilité et inopposabilité ou comment empêcher un acte étatique de déployer ses effets », *in De la constitution. Études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 1996, p. 587-605.

KNUT Wolfgang, « Economic Constitution : on the Roots of a Legal Concept », *Journal of Law and Religion* 1994-1995, p. 343-354.

KOBAYASHI Naoki, « Different Concepts of Modern Constitutions », *in* AIDC, *Constitution moderne*, Fribourg, Éditions universitaires de Fribourg, 1988, p. 169-198.

KOENIG Pierre, « Acte et volonté constituants : l'exemple de la Loi fondamentale », *in Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études en la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Paris, Dalloz, 2000, p. 517-533.

KOULICHER M.A.M., « La multiplicité des sources en droit constitutionnel », *Annuaire de l'institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique* 1934, p. 209-230.

KRETZMER David, « The New Basis Laws on Human Rights : a Mini-Revolution in Israeli Constitutional Law », *Israel Law Review* 1992, p. 238-249.

LABETOULLE Daniel, « La qualification et le juge administratif : quelques remarques », *Droits* n°18, p. 31-43.

LABOULAYE Edouard, « Du pouvoir constituant », *in Questions constitutionnelles*, Paris, Charpentier, 1872, p. 369-405.

LACROIX Bernard, « Les fonctions symboliques des constitutions : bilan et perspectives », *in* SEURIN Jean-Louis (dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984, p. 186-199.

LADEUR Karl-Heinz, « Post-Modern Constitutional Theory : a Prospect for the Self-Organizing Society », *MLR* 1997, p. 617-629.

LAFERRIÈRE Julien, « La coutume constitutionnelle. Son rôle et sa valeur en France », *RDP* 1944, p. 20-44.

LAMPUÉ Pierre, « Le mode d'élection du Président de la République et la procédure de l'article 11 », *RDP* 1962, p. 931-935.

LAQUIÈZE Alain, « La réception de Sieyès par la doctrine publiciste française du XIXe et du XXe siècles », *Historia constitucional* 2005, p. 229-262.

LAROQUE Pierre, « Les juges français et le contrôle de la loi », *RDP* 1926, p. 722-736.

LAUGHIN Charles, « A Study in Constitutional Rigidity », University of Chicago Law Review 1943, p. 142-176 et 1944, p. 374-442.

LAURIN Yves, « La Chambre des Lords, une Cour suprême constitutionnelle ? », *D.* 2005, p. 377.

LAUVAUX Philippe, « Éléments d'un modèle constitutionnel européen », *in* DE WITTE Bruno et FORDER Caroline (dir.), *Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, Dordrecht, Kluwer, 1992, p. 119-132.

LAVROFF Dmitri Georges, « Le Conseil constitutionnel et la norme constitutionnelle », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, Grenoble, PUG, 1995, p. 347-362.

LAVROFF Dmitri Georges, « Conclusions », *in* CLÉMENT Jean-Paul, JAUME Lucien et VERPEAUX Michel (dir.), *Liberté, libéraux et constitutions*, Paris, Economica, 1997, p. 119-128.

LAVROFF Dmitri Georges, « La Constitution et le temps », *in Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 207-227.

LAVROFF Dmitri Georges, « L'instrumentalisation de la Constitution », *in* AFHIP, *La constitution dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 423-443.

LAVROFF Dmitri Georges, « À propos de la constitution », *in L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 283-297.

LAVROFF Dmitri Georges, « Propos hérétiques : l'échelle de constitutionnalité », *Politeia* n°4, p. 93-103.

LAVROFF Dmitri Georges, « Aristote et le droit constitutionnel », *Politeia* n°9, p. 297-310.

LAVROFF Dmitri Georges, « La crise de la Constitution française », *in En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 757-768.

LE BEGUEC Gilles, « Les français et leurs constitutions », *Pouvoirs* n°50, p. 113-120.

LECLERCQ Claude, « Les mécanismes juridiques de disparition de la République », *RDP* 1986, p. 1017-1042.

LE DIVELLEC Armel, « Le gardien de la Constitution de Carl Schmitt. Éléments sur les paradoxes d'une 'théorie' constitutionnelle douteuse », *in* BEAUD Olivier et PASQUINO Pasquale (dir.), *La controverse sur le 'gardien de la Constitution' et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2007, p. 33-78.

LE DIVELLEC Armel, « Un ordre constitutionnel confus. Indicibilité et incertitudes de la Constitution française », *in* CHAGNOLLAUD Dominique (dir.), *Les 50 ans de la Constitution*, Paris, Litec, 2008, p. 147-158.

LE FUR Louis, « La souveraineté et le droit », *RDP* 1908, p. 389-422.

LEMAIRE Félicien, « Les conventions de la Constitution dans le système juridique français », *RFDC* 1998, p. 451-515.

LEMAIRE Félicien, « Le Conseil constitutionnel et le droit non-écrit, à propos de la décision n°98-397 », *RRJ* 1999, p. 831-846.

LE POURHIET Anne-Marie, « Marbury v. Madison est-il transposable en France ? », *in* ZOLLER Elisabeth (dir.), *Marbury v. Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, Paris, Dalloz, 2003, p. 135-150.

LEROY Michel, « Requiem pour la souveraineté : un anachronisme pernicieux », *in Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 91-106.

LESQUIN Jean-Louis, « Souveraineté et constitution en Europe », *Le Débat* n°118, p. 90-104.

LEVINSON Stanley, « The Constitution in American Civil Religion », *The Supreme Court Review* 1979, p. 123-151.

LEVY Daniel, « De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction », *in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 81-90.

LEVY Denis, « Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans l'élaboration du droit constitutionnel », *in Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, LGDJ, 1974, T. I, p. 39-46.

LEVY Denis, « Les sources du droit constitutionnel », *in Les mutations du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 207-220.

LEVY-BRUHL Henri, « Le concept juridique de révolution », *in Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Paris, Sirey, 1938, T. II, p. 250-253.

LHOMME Didier, « Imitation et modification constitutionnelles : du constitutionnalisme internationalisé et de la construction européenne », *RRJ* 2005, p. 2277-2315.

L'HÔTE Vincent, « La forme républicaine du gouvernement à l'épreuve de la révision constitutionnelle de mars 2003 », *RDP* 2004, p. 111-138.

LIET-VEAUX Georges, « La fraude à la constitution », *RDP* 1943, p. 116-150.

LIMBACH Jutta, « The Concept of the Supremacy of the Constitution », *MLR* 2001, p 1-10.

LOEWENSTEIN Karl, « Réflexions sur la valeur des constitutions dans une époque révolutionnaire. Esquisse d'une ontologie des Constitutions », *RFSP* 1952, p. 5-23 et 312-334.

LOUGHLIN Martin, « Constituent Power Subverted : From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice », *in* LOUGHLIN Martin et WALKER Neil (dir.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, OUP, 2007, p. 27-48.

LOUGHLIN Martin et WALKER Neil, « Introduction », *in* LOUGHLIN Martin et WALKER Neil (dir.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, OUP, 2007, p. 1-8.

LOUIS-LUCAS Paul, « La loi », *D.* 1960, p. 197-204.

LUCHAIRE François, « Le Conseil d'État et la Constitution », *RA* 1979, p. 142-145.

LUCHAIRE François, « De la méthode en droit constitutionnel », *RDP* 1981, p. 275-329.

LUCHAIRE François, « La souveraineté », *RFDC* 2000, p. 453-461.

LUCHAIRE François, « La souveraineté extérieure dans la Constitution française et dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in* MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ Dominique (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 119-125.

LUCHAIRE François, « La loi constitutionnelle en question : commentaire de la décision du Conseil constitutionnel 469 DC du 26 mars 2003 », *in L'État et le droit d'est en ouest. Mélanges offerts au Professeur Michel Lesage*, Paris, SLC, 2006, p. 75-82.

LUCHAIRE François, « Un concept inutile : la souveraineté », i*n Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 789-793.

LUCIANI Massimo, « Rapport italien », *in VIIe conférence des Cours constitutionnelles européennes – La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux*, *AIJC* 1990, p. 161-178.

LUCIANI Massimo, « L'anti-souverain : mutations de la société internationale et décision économique nationale », *RCADC* 2001, p. 111-155.

LUHMAN Niklas, « La constitution comme acquis évolutionnaire », *Droits* n°22, p. 103-125.

LUISIN Bernard, « L'interprétation du règlement de l'Assemblée nationale par les précédents », *RDP* 1988, p. 1107-1135.

MACCORMICK Neil, « Does the United Kingdom Have a Constitution ? Reflections on MacCormick v. Lord Advocate », *Northern Ireland Legal Quarterly* 1978, p. 1-20.

MADDOX Graham, « A Note on the Meaning of 'Constitution' », *American Political Science Association* 1982, p. 805-809.

MAGNON Xavier, « Quelques maux à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence », *RFDC* 2004, p. 595-617.

MAGNON Xavier, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction », *in Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 233-254.

MAHER G., « Customs and Constitutions », *OJLS* 1981, p. 167-176.

MAHMUD Tayyab, « Jurisprudence of Successful Treason », *Cornell International Law Journal* 1994, p. 49-140.

MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ Dominique, « Le pouvoir constituant dérivé reste souverain », *RDP* 2003, p. 725-739.

MALINVERNI Giorgio, « Les notions classiques de confédération et d'État fédéral », *in* Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Le concept contemporain de confédération*, Strasbourg, Éd. du Conseil de l'Europe, 1995, p. 40-53.

MAMPUYA Auguste, « La production constitutionnelle au cours des transitions africaines », *Civ. Eur.* n°6, p. 57-76.

MANESSIS Aristovoulos, « La constitution au seuil du XXIe siècle », *in Droit et justice. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Paris, Pedone, 1999, p. 673-694.

MARCOVICI Emilie, « 60 ans après : Israël doit-il toujours se doter d'une constitution ? », *RDP* 2009, p. 125-150.

MARKUS Jean-Paul, « La continuité de l'État en droit public interne », *RDP* 1999, p. 1067-1107.

MARTENS Paul, « Y a-t-il des principes généraux de valeur constitutionnelle », *in Mélanges Jacques Van Compernolle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 387-407.

MARTENS Paul, « L'ébauche d'une culture commune des cours suprêmes ou constitutionnelles », *in Le dialogue des juges*, *Les cahiers de l'Institut d'études sur la justice* n°9, p. 9-30.

MASSIAS Jean-Pierre, « La Cour suprême de l'URSS et le contrôle de constitutionnalité : contribution à l'étude du droit soviétique », *in L'État et le droit d'est en ouest. Mélanges offerts au Professeur Michel Lesage*, Paris, SLC, 2006, p. 227-255.

MASSOT Jean, « Le Conseil d'État, artisan du droit constitutionnel de la Ve République », *in Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 193-207.

MATHIEU Bertrand, « La supra-constitutionnalité existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités », *LPA* 1995, n°29, p. 12-17.

MATHIEU Bertrand, « Le Conseil d'État, juge de la constitutionnalité des lois », *in Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 735-761.

MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, « La transition juridique : l'ordonnance du 9 août 1944 », *in* Fondation Charles de Gaulle, *Le rétablissement de la légalité républicaine*, Bruxelles, Complexe, 1994, p. 805-830.

MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, « La reconaissance et l'utilisation de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République par le juge : la contribution de l'arrêt Koné du Conseil d'État à l'analyse de la hiérarchie des normes en matière de droits fondamentaux », *D.* 1997, p. 219-224.

MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, « Les normes de référence extra constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in Constitution et finances publiques. Études en l'honneur de Loïc Philip*, Paris, Economica, 2005, p. 155-170.

MAULIN Éric, « Le principe de constitutionnalité des lois dans la pensée de R. Carré de Malberg », *RFDC* 1995, p. 79-105.

MAULIN Éric, « Souveraineté », *in* RIALS Stéphane et ALLAND Denis (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1434-1439.

MAULIN Éric, « Aperçu d'une histoire française de la modélisation des formes de justice constitutionnelle », *in* JOUANJAN Olivier, GREWE Constance, MAULIN Éric et WACHSMANN Patrick (dir.), *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 137-158.

MAULIN Éric, « Carré de Malberg Raymond – Contribution à la théorie générale de l'État ;:La loi, expression de la volonté générale », *in* CAYLA Olivier et HALPÉRIN Jean-Louis (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 82-91.

MAUS Didier, « La notion de constitution sous la Ve République », *in* TROPER Michel et JAUME Lucien (dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Paris, LGDJ, 1994, p. 235-248.

MAUS Didier, « Où en est le droit constitutionnel ? », *in Mouvement du droit public. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 690-741.

MAYSTADT Philippe, « Le contrôle de constitutionnalité en Suisse », i*n Actualités du contrôle juridictionnel des lois*, Bruxelles, Larcier, 1973, p. 161-185.

MBONGO Pascal, « La banalisation du pouvoir constituant », *D.* 2004, p. 2507-2508.

MCILWAIN Charles Howard, « Sovereignty », *in Constitutionalism and the Changing World*, Cambridge, CUP, 1939, p. 27-46.

MCILWAIN Charles Howard, « A Fragment on Sovereignty », *in Constitutionalism and the Changing World*, Cambridge, CUP, 1939, p. 47-60.

MCILWAIN Charles Howard, « The Fundamental Law Behind the Constitution of the United States », *in Constitutionalism and the Changing World*, Cambridge, CUP, 1939, p. 244-260.

MEINDL Thomas, « Le Conseil constitutionnel aurait pu se reconnaître compétent », *RDP* 2003, p. 741-765.

MELLERAY Fabrice, « La Constitution, norme d'application directe par le juge : conditions et limites », *in* DRAGO Guillaume (dir.), *L'application de la Constitution par les cours suprêmes*, Paris, Dalloz, 2007, p. 18-29.

MELLERAY Fabrice, « De quelques distinctions à opérer à propos de la notion d'applicabilité directe des normes constitutionnelles », *in Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation. Mélanges en l'honneur de Slobodan Milalic*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 185-192.

MÉNY Yves, « Les conventions de la Constitution », *Pouvoirs* n°50, p. 53-68.

MELLA Elisabeth, « La promulgation de la Constitution », *RDP* 2002, p. 1705-1730.

MERCUZOT Benoît, « La souveraineté de l'expression référendaire : un principe nécessaire au droit constitutionnel », *RDP* 1995, p. 661-695.

MESTRE Jean-Claude, « À propos de coutumes et des pratiques constitutionnelles : l'utilité des constitutions », *RDP* 1973, p. 1275-1303.

MESTRE Jean-Claude, « Les emplois initiaux de l'expression 'droit constitutionnel' », *RFDC* 2003, p. 451-472.

MEUNIER Jacques, « Les principes non-écrits dans la jurisprudence constitutionnelle et administrative. Éléments de cartographie », *in Du droit interne au droit international. Le facteur*

religieux et l'exigence des droits de l'homme. Mélanges Raymond Goy, Rouen, Publications de l'Université de Rouen, 1998, p. 119-130.

MIAILLE Michel, « Droit constitutionnel et sciences sociales », *RDP* 1984, p. 276-297.

MICHAUT Françoise, « Un concept de révolution pour la science du droit », *in* ATTWOOL Elspeth (dir.), *Shaping Revolution*, Aberdeen, Aberdeen UP, 1991, p. 111-118.

MICHELMAN Frank, « Constitutional Authorship », *in* ALEXANDER Larry (dir.), *Constitutionalism : Philosophical Foundations*, Cambridge, CUP, 1998, p. 63-98.

MIGNON Maxime, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois », *D.* 1952, p. 45-50.

MIRANDA Jorge, « Le contrôle et les limites de la révision de la constitution », *AIJC* 2004, p. 441-457.

MIRKINE-GUETZÉVITCH Boris, « La constitution de l'Union des républiques socialistes soviétiques », *RDP* 1925, p. 118-128.

MIRKINE-GUETZÉVITCH Boris, « La théorie générale de l'État soviétique », *RDP* 1925, p. 509-525.

MIRKINE-GUETZÉVITCH Boris, « Le pouvoir constituant dans le droit soviétique », *RDP* 1926, p. 466-485.

MIRKINE-GUETZÉVITCH Boris, « Les nouvelles tendances du droit constitutionnel », *RDP* 1928, p. 5-53 et 1929, p. 185-213.

MODERNE Franck, « Existe-t-il des sources complémentaires de la Constitution dans la jurisprudence constitutionnelle française ? », *LPA* 1992, n°121, p. 7-16.

MODERNE Franck, « Actualité des principes généraux du droit », *in* AVRIL Pierre et VERPEAUX Michel (dir.), *Les règles et principes non-écrits en droit public*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2000, p. 47-78.

MODERNE Franck, « La révision de la constitution », *AIJC* 2004, p. 47-78.

MÖLLERS Christoph, « The Politics of Law and the Law of Politics : Two Constitutional Traditions in Europe », *in* ERIKSEN Erik Oddvar, FOSSUM John Erik et MENENDEZ Augustin José (dir.), *Developing a Constitution for Europe*, Londres, Routledge, 2004, p. 129-139.

MÖLLERS Christoph, « We Are (Afraid of) the People : Constituent Power in German Constitutionalism », *in* LOUGHLIN Martin et WALKER Neil (dir.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, OUP, 2007, p. 87-106.

MONIN Marcel, « 1989, réflexions à l'occasion d'un anniversaire : trente ans de hiérachie des normes », *D.* 1990, p. 27-32.

MORAND Charles-Albert, « La Constitution saisie par le droit », *in Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 1991, p. 37-42.

MORAND Charles-Albert, « La jurisprudence de la pyramide au réseau », *in La méthodologie de l'étude des sources du droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 231-242.

MORANGE Georges, « La hiérarchie des textes dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *D.* 1959, p. 21-26.

MORRIS-JONES W.H., « On Constitutionalism », *American Political Science Review* 1965, p. 439-440.

MORSCHER Siegbert, « Rapport autrichien », *in VIIe conférence des Cours constitutionnelles européennes – La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux*, *AIJC* 1990, p. 25-60.

MOUSKHELY Michel, « La notion soviétique de constitution », *RDP* 1955, p. 894-908.

MOUSNIER Roland, « Comment les français du XVIIe siècle voyaient-ils la Constitution ? », *in La plume, la faucille et le marteau*, Paris, PUF, 1970, p. 43-56.

MOUTON Jean-Denis, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, acte fondateur », *in* BORELLA François (dir.), *Les valeurs de la Révolution devant la science actuelle*, Nancy, PUN, 1990, p. 97-112.

MOUTOUH Hugues, « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles : suite et fin », *D.* 2003, p. 1099-1101.

MOUZET Pierre, « Le rapport de constitutionnalité. Les enseignements de la Ve République », *RDP* 2007, p. 959-989.

MUNRO Colin, « What is a Constitution ? », *Public Law* 1956, p. 563-568.

NADAL Jean-Louis, « La Constitution et le juge judiciaire », *in* MATHIEU Bertrand (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 65-84.

NÉGRIER Emmanuel, « Le crépuscule d'une théorie jurisprudentielle : l'écran législatif et les droits communautaire et constitutionnel », *RDP* 1990, p. 767-799.

NGUYEN Le Mong, « Contributions à la théorie de la constitution souveraine par le peuple », *RDP* 1971, p. 923-986.

NGUYEN Quoc Dinh, « La loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 portant organisation des pouvoirs publics », *RDP* 1945, p. 68-86.

OFUJI Noriko, « Tradition constitutionnelle et supra-constitutionnalité : y a-t-il une limite à la révision constitutionnelle ? L'exemple de la Constitution japonaise », *RFDC* 2004, p. 619-631.

OJO Abiola, « The Search for a Grundnorm in Nigeria – The Lakanmi Case », *ICLQ* 1971, p. 117-136.

ONUF Peter, « State Sovereignty and the Making of the Constitution », *in* BALL Terence et POCOCK J.G.A. (dir.), *Conceptual Change and the Constitution*, Lawrence, University of Press of Kansas, 1988, p. 78-98.

ORBAN Edmond, « Fédéralisme et cours suprêmes. Introduction théorique », *in* ORBAN Edmond (dir.), *Fédéralisme et cours suprêmes*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 11-33.

OURAGA Abou, « Constitution et autonomie du politique », *RCADC* 2005, p. 155-182.

PACE Alessandro, « Constitutions rigides et constitutions souples », *in La communicabilité entre les systèmes juridiques. Liber amicorum Jean-Claude Escarras*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 345-361.

PACTET Pierre, « La loi, permanence et changements », *in Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 503-512.

PACTET Pierre, « Complexité et contradictions de l'ordre constitutionnel sous la Ve République », *in Les mutations du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 425-440.

PACTET Pierre, « Retour sur l'acte dit loi constitutionnelle du 10 juillet 1940. Le passé et ses suites », *in La Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Paris, Dalloz, 2004, p. 491-507.

PALLEY Claire, « The Judicial Process : U.D.I. and the Southern Rodhesian Judiciary », *MLR* 1967, p. 263-287.

PASQUINO Pasquale, « Gardien de la constitution ou justice constitutionnelle ? Carl Schmitt et Hans Kelsen », *in* TROPER Michel et JAUME Lucien (dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Paris, LGDJ, 1994, p. 143-152.

PASQUINO Pasquale, « Schmitt Carl – Théorie de la constitution », *in* CAYLA Olivier et HALPÉRIN Jean-Louis (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 521-527.

PASQUINO Pasquale, « Constitution et pouvoir constituant : le double corps du peuple », *in* QUIVIGIER Pierre-Yves, DENIS Vincent et SALEM Jean (dir.), *Figures de Sieyès*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2008, p. 13-23.

PASSAGLIA Paolo, « Quelques remarques sur l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle italienne en matière de contrôle des lois constitutionnelles et de révision constitutionnelle », *in La méthodologie de l'étude des sources du droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 355-364.

PASSELECQ Olivier, « L'idée de droit chez Georges Burdeau », *in* CHANTEBOUT Bernard (dir.), *Le pouvoir et l'État dans l'œuvre de Georges Burdeau*, Paris, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 1993, p. 23-49.

PAULSON Stanley, « Kelsen et la constitutionnalité », *in* TROPER Michel et JAUME Lucien (dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Paris, LGDJ, 1994, p. 124-137.

PECZENIK Aleksander, « L'existence de principes supra constitutionnels », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 105-108.

PELLOUX Robert, « Aspects du Préambule de la Constitution de 1958 », *in Hommages d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, p. 389-401.

PESCATORE Pierre, « La constitution, son contenu, son utilité », *RDS* 1992, p. 41-72.

PEZANT Jean-Louis, « De la situation de nécessité. Réflexions sur les avatars du raisonnement juridique dans la matière constitutionnelle », *RFDC* 2000, p. 271-294.

PFERSMANN Otto, « La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne fédérale. Théorie, pratique, limites », *in* AFDC, *La révision de la constitution*, Paris, Economica, 1992, p. 7-65.

PFERSMANN Otto, « Classifications organocentriques et classifications normocentriques de la justice constitutionnelle en droit comparé », *in En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1153-1167.

PFERSMANN Otto, « Relativité de l'autonomie ontologique, confirmation de l'autonomie disciplinaire institutionnelle, paradoxe de l'hétéronomie épistémologique », *in* MATHIEU Bertrand (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 527-544.

PHILIP Loïc, « La valeur juridique de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in Études offertes à Pierre Kayser*, Aix-en-Provence, 1979, T. 2, p. 317-337.

PHILIP Loïc, « La valeur juridique du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in Mélanges dédiés à Robert Pelloux*, Lyon, L'Hermès, 1980, p. 265-280.

PIEROTH Bodo, « L'apport d'Habermas au droit constitutionnel », *RDP* 2007, p. 1487-1505.

PIERRÉ-CAPS Stéphane, « Des conditions d'un patrimoine étatique commun : l'État multinational et l'Europe », *in* Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Le patrimoine constitutionnel européen*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1997, p. 111-135.

PIERRÉ-CAPS Stéphane, « Les révisions de la Constitution de la Cinquième République : temps, conflits et stratégie », *RDP* 1998, p. 409-431.

PIERRÉ-CAPS Stéphane, « La constitution démotique ou les mutations de la constitution au seuil du XXIe siècle », *in État, société et pouvoir à l'aube du XXIe siècle. Mélanges en l'honneur de François Borella*, Nancy, PUN, 1999, p. 403-422.

PIERRÉ-CAPS Stéphane, « La Bosnie-Herzégovine : un État virtuel ? », *Civ. Eur.* n°4, p. 35-50.

PIERRÉ-CAPS Stéphane, « Les mutations de la notion de constitution et le droit constitutionnel », *Civ. Eur.* n°6, p. 39-52.

PIERRÉ-CAPS Stéphane, « Le constitutionnalisme et la nation », *in Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 67-86.

PIERRÉ-CAPS Stéphane, « L'esprit des constitutions », *in L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003 p. 375-390.

PIERRÉ-CAPS Stéphane, « La Constitution comme ordre de valeurs », *in La Constitution et les valeurs. Mélanges Dmitri Georges Lavroff*, Paris, Dalloz, 2005, p. 283-296.

PIERRÉ-CAPS Stéphane, « Le droit constitutionnel entre universalisme et particularisme », *in Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation. Mélanges en l'honneur de Slobodan Milalic*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 205-218.

PIERRÉ-CAPS Stéphane, « Retour sur une controverse constitutionnelle : la naissance de la Troisième République, l'assemblée de Bordeaux (12 février 1871) et la question du pouvoir constituant », *in Droit, histoire et société. Mélanges en l'honneur de Christian Dugas de la Boissony*, Nancy, PUN, 2008, p. 323-333.

PIERRÉ-CAPS Stéphane, « La souveraienté, expression de la singularité de la République », *in* MATHIEU Bertrand (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 161-170.

PIERRÉ-CAPS Stéphane, « Généalogie de la participation de tous aux affaires communes », *RDP* 2009, p. 151-170.

PILENCO Al. « La fédération soviétique », *RGDIP* 1923, p. 223-237.

PIMENTEL Carlos-Miguel, « La critique de Marbury v. Madison jusqu'à la guerre de sécession », *in* ZOLLER Elisabeth (dir.), *Marbury v. Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, Paris, Dalloz, 2003, p. 73-94.

PIMENTEL Carlos-Miguel, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus politicum* n°1.

PINI Joseph, « Qu'est-ce qu'une constitution ? », *RAE* 2001-2002/6, p. 655-658.

PINON Stéphane, « Le nouveau droit constitutionnel à travers les âges », VIIe Congrès de l'AFDC, Paris, 25, 26 et 27 septembre 2008, disponible à l'adresse suivante : http://www.afdc.fr/congresParis/progat2.html.

PITKIN Hanna Fenichel, « The Idea of a Constitution », *Journal of Legal Education* 1987, p. 167-169.

POLICASTRO Pasquale, « On the Descriptive and the Prescriptive Nature of the Constitution. Constitutionalism and the Legitimation of the Constitution in the Practice of its Implementation », *in* WINTGENS Luc, *The Theory and Practice of Legislation. Essays in Legisprudence*, Brulington, Ashgate, 2005, p. 162-186.

PONTHOREAU Marie-Claire, « Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public », *AJDA* 2006, p. 20-25.

PONTHOREAU Marie-Claire, « Cultures constitutionnelles et comparaison en droit constitutionnel », *in Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation. Mélanges en l'honneur de Slobodan Milalic*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 219-237.

PRÉLOT Marcel, « Sur une interprétation coutumière de l'article 11 », *Le Monde* 15 mars 1969, p. 6.

PREUSS Ulrich, « The Exercise of Constituent Power in Central and Eastern Europe », *in* LOUGHLIN Martin et WALKER Neil (dir.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, OUP, 2007, p. 211-228.

RABAULT Hugues, « La Constitution économique de la France », *RFDC* 2000, p. 707-745.

RAMBAUD Thierry, « Actualité de la pensée de G. Jellinek (1851-1911) », *RDP* 2005, p. 707-732.

RAPPARD William, « À propos du Centenaire de la Constitution fédérale de la Suisse », », *in La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, T. II, p. 489-506.

RAYNAUD Philippe, « Constitutionnalisme », *in* RIALS Stéphane et ALLAND Denis (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 267-271.

RAYNAUD Philippe, « Droit et science politique », *Jus politicum* n°2.

RAZ Joseph, « On the Authority and Interpretation of Constitutions : Some Preliminaries », *in* ALEXANDER Larry (dir.), *Constitutionalism : Philosophical Foundations*, Cambridge, CUP, 1998, p. 152-193.

RÉMOND René, « Les français et leur Constitution », *in Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 23-30.

RENARD Georges, « Qu'est-ce que le droit constitutionnel ? Le droit constitutionnel et la théorie de l'institution », *in Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1943, p. 483-499.

REUTER Paul, « Confédération et fédération : vetera et nova », *in La communauté internationale. Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, p. 199-218.

RIALS Stéphane, « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle », *RA* 1979, p. 265-274.

RIALS Stéphane, « Les standards, notions critiques du droit », *in* PERELMAN Chaïm (dir.), *Les notions à contenu variable*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 39-53.

RIALS Stéphane, « Les incertitudes de la notionde constitution sous la Ve Républiques », *RDP* 1974, p. 587-606.

RIALS Stéphane, « Supra-constitutionnalité et systématicité du droit », *APD* 1986, p. 57-76.

RIALS Stéphane, « La puissance et le droit dans l'ordre international. Éléments d'une critique de la notion usuelle de 'souveraineté externe' », *APD* 1987, p. 189-218.

RIALS Stéphane, « La Contre-révolution : le procès du constitutionnalisme volontariste », *in Révolution et Contre-révolution au XIXe siècle*, Paris, Albatros, 1987, p. 13-21.

RIALS Stéphane, « Lecture de Joseph de Maistre », *in Révolution et Contre-révolution au XIXe siècle*, Paris, Albatros, 1987, p. 22-40.

RIALS Stéphane, « Sur les origines canoniales des techniques constitutionnelles modernes », *Pouvoirs* n°44, p. 141-153.

RIALS Stéphane, « Entre artificialisme et idolatrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *Le Débat* n°64, p. 163-181.

RIALS Stéphane, « Aux origines du constitutionnalisme écrit. Réflexions en marge d'un projet constitutionnel de la Ligue (1588) », *RHFSDSJ* 1989, p. 189-265.

RIALS Stéphane, « Constitution », *in Encyclopédie Dalloz – Contentieux administratif*, 2005.

RICCI Roland, « Le Conseil d'État et la loi : vers la recevabilité d'une exception d'inconstitutionnalité », *LPA* 1999, n°200, p. 11-18 et n°201, p. 4-11.

RICCI Roland, « La conception française du pouvoir constituant », *in* KOUBI Geneviève et MULLER-QUOY Isabelle (dir.), *Sur les fondements du droit public. De l'anthropologie au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 87-112.

RIGAUX Marie-Françoise, « Le statut épistémologique de la théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante et ses incidences sur la théorie de la validité des systèmes

normatifs », *in* RIGAUX François, HAARSCHER Guy et VASSART Patrick (dir.), *Droit et pouvoir*, Bruxelles, Story-Scienta, 1987, p. 277-304.

RIVERO Jean, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.* 1951, p. 99-102.

RIVERO Jean, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *D.* 1972, p. 265-270.

RIVERO Jean, « La fin d'un absolutisme », *Pouvoirs* n°13, p. 5-15.

RIVERO Jean et VEDEL Georges, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le préambule », *in Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, p. 93-145.

ROBERT Jacques, « La forme républicaine du gouvernement », *RDP* 2003, p. 359-366.

ROCHE Jean, « Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence », *AJDA* 1962, p. 532-540.

RODRIGUEZ-PINERO M. et LEGUINA VILLA J., « Rapport espagnol », *in VIIe conférence des Cours constitutionnelles européennes – La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux*, *AIJC* 1990, p. 99-132.

ROLLAND Louis, « La coutume constitutionnelle française », *Politique* 1927, p. 677-699.

ROSS Alf, « Sur les concepts État et organes d'État en droit constitutionnel », *in Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, LGDJ, 2004, p. 167-182.

ROSS Alf, « À propos de l'auto-référence et d'une énigme du droit constitutionnel », *in Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, LGDJ, 2004, p. 205-226.

ROUSSEAU Dominique, « Une résurrection : la notion de constitution », *RDP* 1990, p. 5-22.

ROUSSEAU Dominique, « La constitution ou la politique autrement », *Le Débat* n°64, p. 182-186.

ROUSSEAU Dominique, « Constitution », *in* DUHAMEL Olivier et MÉNY Yves (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 87-89.

ROUSSEAU Dominique, « Les constitutionnalistes, les politistes et le renouveau de l'idée de Constitution », *in* CURAPP, *Droit et politique*, Paris, PUF, 1993, p. 40-52.

ROUSSEAU Dominique, « Questions de constitution », *RA* 1994, p. 17-20, 137-140 et 369-373.

ROUSSEAU Dominique, « Du droit constitutionnel, sous-ensemble du droit public au droit constitutionnel, droit d'harmonie », *JSLC* 1995, p. 337-348.

ROUSSEAU Dominique, « La garantie de la Constitution », *in* CLÉMENT Jean-Paul, JAUME Lucien et VERPEAUX Michel (dir.), *Liberté, libéraux et constitutions*, Paris, Economica, 1997, p. 97-105.

ROUSSEAU Dominique, « Les transformations du droit constitutionnel sous la Ve République », *RDP* 1998, p. 1780-1793.

ROUSSEAU Dominique, « Les grandes avancées de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in Libertés. Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 297-313.

ROUSSEAU Dominique, « Y a-t-il trop de contrôle des constitutionnalité des lois en France ? », *in* MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris, Economica, 1998, p. 19-26.

ROUSSEAU Dominique, « La notion de patrimoine constitutionnel européen », *in Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 27-46.

ROUSSEAU Dominique, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle nécessité démocratique », *in* DRAGO Guillaume, BASTIEN François et MOLFESSIS Nicolas (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 363-376.

ROUSSEAU Dominique, « Question de Constitution », *in Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 3-22.

ROUSSEAU Dominique, « La Constitution, projet inachevé », *RCADC* 2005, p. 183-199.

ROUSSILLON Henry, « Le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois dans les pays socialistes », *RDP* 1977, p. 55-127.

ROUSSILLON Henry, « Rigidité des constitutions et justice constitutionnelle : réflexions sur un paradoxe », *in Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 251-264.

ROUX Jérôme, « Finitude de la souveraineté de l'État et intangibilité de la souveraineté du peuple (remarques sur la valeur supraconstitutionnelle du principe de la souveraineté démocratique) », *Civ. Eur.* n°3, p. 15-39.

ROUX Jérôme, « La Constitution comme contrat », *in Contrats publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit, 2006, vol. II, p. 447-455.

ROZMARYN Stefan, « La constitution loi fondamentale de l'État socialiste », *in La constitution comme loi fondamentale dans les États de l'Europe occidentale et dans les États socialistes*, Paris, LGDJ, 1966, p. 79-118.

RUGGERI Antonio, « Méthodes et doctrines des constitutionnalistes et orientations de la jurisprudence constitutionnelle en matière de sources et de leur composition en système », *in La méthodologie de l'étude des sources du droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 179-218.

SAINT-BONNET François, « La technique juridique du coup d'État », *in* BLUCHE F. (dir.), *Le prince, le peuple et le droit, autour des plébiscites de 1851 et 1852*, Paris, PUF, 2000, p. 123-160.

SAINT-BONNET François, « Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel », *Droits* n°32, p. 7-20.

SAINT-HUBERT Mesmin, « La Cour suprême de l'Inde, garante de la structure fondamentale de la constitution. La construction d'une nouvelle doctrine visant à limiter le pouvoir constituant dérivé », *RIDC* 2000, p. 631-643.

SAMBARÉ-NATCHABA Ouattara, « Les régimes constitutionnels provisoires en France », *RRJ* 1994, p. 975-992.

SARTORI Giovanni, « Constitutionalism : a Preliminary Discussion », *American Political Science Review* 1962, p. 853-864.

SARTORI Giovanni, « A Rejoinder », *American Political Science Review* 1965, p. 441-444.

SATO Setsuko, « The Validity of a Constitution Established Through Revolution : the Case of Japan », *in* ATTWOOL Elspeth (dir.), *Shaping Revolution*, Aberdeen, Aberdeen UP, 1991, p. 85-93.

SAUVÉ Jean-Marc, « Le Conseil d'État et la Constitution », *RFDC* 2009, p. 15-24.

SAUVIGNON Edouard, « La promulgation des lois, réflexions sur la jurisprudence Desreumaux », *RDP* 1981, p. 989-1016.

SAVY Robert, « La constitution des juges », *D.* 1983, p. 105-110.

SCHOETTL Jean-Éric, « Le Conseil constitutionnel peut-il contrôler une loi constitutionnelle ? », *LPA* 2003 n°70, p. 17-22.

SÉNAC Charles-Edouard, « Le constat juridictionnel de l'abrogation implicite d'une loi par la constitution », *RDP* 2008, p. 1081-1099.

SEURIN Jean-Louis, « Des fonctions politiques des constitutions. Pour une théorie politique des constitutions » *in* SEURIN Jean-Louis (dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984, p. 35-52.

SHIBA Ibrahim, « Le pouvoir constituant », *in* AIDC, *Constitution moderne*, Fribourg, Éditions universitaires de Fribourg, 1988, p. 97-115.

SOUBEYROL Jacques, « La définition de la loi et la constitution de 1958 », *AJDA* 1960, p. 123-129.

SOULIER Gérard, « Patrimoine constitutionnel européen et histoire de l'Europe », *in* Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Le patrimoine constitutionnel européen*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1997, p. 38-58.

STAMATIS Constantin, « La possibilité de la critique de la constitution en tant que source suprême du droit », *in La méthodologie de l'étude des sources du droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 343-354.

STARKE Christian, « La suprématie de la constitution », *RCADC* 1987, p. 17-50.

STERNBERGER Dolf, « On the Concept of Living Constitution », *Annales de philosophie politique* 1965, p. 131-146.

STILLMUNKES Pierre, « La classification des actes ayant force de loi en droit français », *RDP* 1964, p. 261-292.

STIRN Bernard, « La tradition républicaine dans la jurisprudence du Conseil d'État », *in* MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel (dir.), *La République en droit français*, Paris, Economica, 1996, p. 212-220.

STIRN Bernard, « Le Conseil d'État et la Constitution », *in Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1001-1010.

STOURZH Gérald, « Constitution : évolution des significations du terme depuis le début du XVIIe siècle jusqu'à la fin du XVIIIe siècle », *Droits* n°29, p. 157-176.

STRAUSS David, « Constitution, Written and Otherwise », *Law and Philosophy* 2000, p. 451-464.

SUNSTEIN Cass, « Constitutions and Democracy : an Epilogue », *in* ELSTER Jon et SLAGSTAD Rune (dir.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, CUP, 1988, p. 327-353.

SUR Emmanuel, « Le pouvoir constituant n'existe pas ! Réflexions sur les voies de la souveraineté du peuple », *in La Constitution et les valeurs. Mélanges Dmitri Georges Lavroff*, Paris, Dalloz, 2005, p. 569-591.

TAMBARO Ignace, « Le principe organique de la constitution politique », *RDP* 1907, p. 211-227.

TEBOUL Gérard, « La coutume, source formelle du droit administratif », *Droits* n°3, p. 97-110.

TEBOUL Gérard, « À propos de la coutume dans la jurisprudence administrative. Dialogues intérieurs », *in Mélanges Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 589-597.

TEBOUL Gérard, « Logique de compétence et logique de validation. Coutume et source formelle de droit », *RDP* 1993, p. 939-948.

TEBOUL Gérard, « Remarques sur la validité des règles coutumières internes dans l'ordre juridique français », *RDP* 1998, p. 691-713.

TEBOUL Gérard, « Quelques brèves remarques sur la création du droit par le juge administratif français dans l'ordre juridique français », *in Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 209-218.

TEBOUL Gérard, « Nouvelles remarques sur la création du droit par le juge administratif dans l'ordre juridique français », *RDP* 2002, p. 1363-1387.

THÉRON Sophie, « Les catégories en droit administratif », *RRJ* 2005, p. 2399-2420.

THÉVENAZ Henri, « À propos de la coutume », *in Law, State and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, Knoxville, University of Tennessee Press, 1964, p. 217-227.

THOZOLAN Olivier, « Aux origines pré-révolutionnaires de la notion de constitution : Henri de Boulainvilliers (1658-1722) », *in Pensée politique et droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 1998, p. 161-193.

TILLET Edouard, « Les ambiguïtés du concept de constitution au XVIIIe siècle : l'exemple de Montesquieu », *in Pensée politique et droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 1998, p. 361-399.

TIKHOMIROV Youri, « Sur la théorie contemporaine du droit constitutionnel », *in L'État et le droit d'est en ouest. Mélanges offerts au Professeur Michel Lesage*, Paris, SLC, 2006, p. 107-115.

TIXIER Gilbert, « L'Union des Républiques arabes et la constitution égyptienne du 11 septembre 1971 », *RDP* 1972, p. 1129-1139.

TOPORNINE B.N., « La constitution est la loi fondamentale de l'État soviétique », *JSLC* 1979, p. 135-144.

TOPORNINE B.N., « Constitution in the Soviet National System of Law (General Characteristics) », *RCADC* 1987, p. 329-337.

TORCHIA Luisa, « La nouvelle constitution économique », *Revue française d'administration publique* n°67, p. 385-392.

TORCOL Sylvie, « Les mutations du constitutionalisme à l'épreuve de la construction européenne : essai critique sur l'ingénierie constitutionnelle », *Civ. Eur.* n°9, p. 359-374.

TORCOL Sylvie, « La théorie constitutionnelle face aux mutations contemporaines du droit public », VIIe Congrès de l'AFDC, Paris, 25, 26 et 27 septembre 2008.

TOUMANOV Vladimir, « Sur les caractéristiques de la constitution russe », *in L'État et le droit d'est en ouest. Mélanges offerts au Professeur Michel Lesage*, Paris, SLC, 2006, p. 117-125.

TRÉMEAU Joël, « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *AIJC* 1990, p. 219-316.

TRÉMEAU Joël et CARPENTIER Élise, « La confrontation de la loi à la Constitution par le juge ordinaire. Qu'en pensez vous ? », *in Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 553-579.

TROPER Michel, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 133-151.

TROPER Michel, « La constitution et ses représentations sous la Ve République », *Pouvoirs* n°4, p. 61-72.

TROPER Michel, « Nécessité fait loi. Réflexions sur la coutume constitutionnelle », *in Mélanges offerts au Professeur Robert-Edouard Charlier*, Paris, Éd. de l'université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 309-323.

TROPER Michel, « Libre administration et théorie générale du droit. Le concept de libre administration », *in* MOREAU Jacques et DARCY Jules (dir.), *La libre administration des collectivités territoriales*, Paris, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 1984, p. 55-62.

TROPER Michel, « La signature de ordonnances. Fonction d'une controverse », *Pouvoirs* n°41, p. 75-92.

TROPER Michel, « L'interprétation de la Déclaration des droits : l'exemple de l'article 16 », *Droits* n°8, p. 111-122.

TROPER Michel, « La Constitution de 1791 à nos jours », *RFDC* 1992, p. 3-14.

TROPER Michel, « Le constitutionnalisme entre droit et politique », *in* CURAPP, *Droit et politique*, Paris, PUF, 1993, p. 82-94.

TROPER Michel, « Avant-propos. Une nouveauté toujours actuelle, le texte de 1791 », *in* TROPER Michel et JAUME Lucien (dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Paris, LGDJ, 1994, p. 13-17.

TROPER Michel, « La souveraineté nationale apparteient au peuple. L'article 3 de la Constitution de 1958 », *in* TROPER Michel et JAUME Lucien (dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Paris, LGDJ, 1994, p. 13-17.

TROPER Michel, « Autorité et raison en droit public français », *in Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 107-126.

TROPER Michel, « Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement », *in Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 127-140.

TROPER Michel, « Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit », *in Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 203-221.

TROPER Michel, « Les classifications en droit constitutionnel », *in Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 251-262.

TROPER Michel, « Kelsen et le contrôle de constitutionnalité », *in* HERRERA Carlos-Miguel (dir.), *Le droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 157-182.

TROPER Michel, « Constitutionnalisme et démocratie », *in Du droit interne au droit international. Le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme. Mélanges Raymond Goy*, Rouen, Publications de l'Université de Rouen, 1998, p. 143-150.

TROPER Michel, « Quelques remarques à propos de l'analyse de Dominique Rousseau », *in* DRAGO Guillaume, BASTIEN François et MOLFESSIS Nicolas (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 377-382.

TROPER Michel, « En guise d'introduction : la théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif », *CCC* n°9, p. 137-144.

TROPER Michel, « La démocratie comme État de droit », Conférence du 21 octobre 1999, Chaire UNESCO d'étude des fondements philosophiques de la justice et de la société démocratique, disponible à l'adresse suivante : http://www.unesco.chairephilo.uqam.ca/michel_troper.htm.

TROPER Michel, « L'invention de la constitution », *in* GOYARD-FABRE Simone (dir.), *L'État moderne 1715-1848*, Paris, J. Vrin, 2000, p. 135-151.

TROPER Michel, « Kelsen et l'idéologie des constitutionnalistes français », *in* HERRERA Carlos Miguel (dir.), *Actualités de Kelsen en France*, Paris, LGDJ, 2001, p. 29-45.

TROPER Michel, « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », *in La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 85-97.

TROPER Michel, « L'expérience américaine et la constitution française du 3 septembre 1791 », *in La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 115-127.

TROPER Michel, « La machine et la norme. Deux modèles de constitution », *in La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 147-162.

TROPER Michel, « La notion de principes supra-constitutionnels », *in La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 195-214.

TROPER Michel, « La Constitution comme système juridique autonome », *Droits* n°35, p. 63-78.

TROPER Michel, « La logique de justification du contrôle de constitutionnalité », *in L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 911-935.

TROPER Michel, « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste », *in* ZOLLER Elisabeth (dir.), *Marbury v. Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, Paris, Dalloz, 2003, p. 215-228.

TROPER Michel, « 1789, l'invention de la constitution », *in Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 117-190.

TROPER Michel, « La suprématie de la constitution », *in Utopies, entre droit et politique. Études en hommage à Claude Courvoisier*, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, 2005, p. 258-269.

TROPER Michel, « L'interprétation constitutionnelle », *in* MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 13-25.

TROPER Michel, « Préface », *in* LE PILLOUER Arnaud, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes*, Paris, Dalloz, 2005, p. IX-XII.

TROPER Michel, « Kelsen et la Cour constitutionnelle », *in* BEAUD Olivier et PASQUINO Pasquale (dir.), *La controverse sur le 'gardien de la Constitution' et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2007, p. 83-98.

TROPER Michel, « Sieyès et la hiérarchie des normes » , *in* QUIVIGIER Pierre-Yves, DENIS Vincent et SALEM Jean (dir.), *Figures de Sieyès*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2008, p. 25-42.

TROPER Michel, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *CCC* n°22, p. 185-194.

TRUCHET Didier, « Quelques remarques sur la doctrine en droit administratif », *in Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 769-778.

TURGEON, « Une définition de l'État et de sa souveraineté », *RDP* 1899, p. 72-81.

TUSHNET Mark, « Misleading Metaphors in Comparative Constitutionalism : Moments and Enthusiasm », *ICON* 2005, p. 262-268.

UYTTENDAELE Marc, « La coutume constitutionnelle dans le droit public belge contemporain », *in* Société Jean Bodin, *La coutume – Le monde contemporain*, Bruxelles, De Boeck, 1989, p. 379-412.

UYTTENDAELE Marc, « Le langage oral du droit constitutionnel », *in* INGBER Léon et VASSART Patrick (dir.), *Le langage du droit*, Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 195-211.

VAN ROERMUND Bert, « Sovereignty : Unpopular and Popular », *in* WALKER Neil (dir.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart, 2003, p. 33-54.

VASILESCU Florin, « La fin du millénaire : le triomphe du constitutionnalisme européen », *in* Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Le patrimoine constitutionnel européen*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1997, p. 70-96.

VEDEL Georges, « La procédure constitutionnelle », *Le Monde* 26 juillet 1968, p. 1.

VEDEL Georges, « Le droit, le fait, la coutume », *Le Monde* 27 juillet 1968, p. 7.

VEDEL Georges, « Le droit par la coutume », *Le Monde* 22 et 23 juillet 1968, p. 7.

VEDEL Georges, « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif », *in Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, LGDJ, 1974, T. II, p. 777-793.

VEDEL Georges, « Le précédent judiciaire en droit public français », *JSLC* 1984, p. 265-288.

VEDEL Georges, « La place de la Déclaration de 1789 dans le 'bloc de constitutionnalité' », *in La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurispruidence*, Paris, PUF, 1989, p. 35-73.

VEDEL Georges, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs* n°67, p. 79-97.

VEDEL Georges, « Propos d'ouverture », *in* MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris, Economica, 1998, p. 13-18.

VEDEL Georges et DELVOLVÉ Pierre, « La constitution comme base du système juridique », *JSLC* 1979, p. 111-134.

VENEZIA Jean-Claude, « La loi, le juge et la constitution », *in L'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 505-512.

VENTER François, « Constitution Making and the Legitimacy of the Constitution », *in* JYRÄNKI Antero (dir.), *National Constitutions in the Era of Integration*, Dordrecht, Kluwer, 1999, p. 10-29.

VERDIER Marie-France, « La révision de la constitution par l'article 11. La saga de l'article 11. Magnificat ou requiem », *in* ROUSSILLON Henry (dir.), *Référendum et démocratie*, Toulouse, PUSST, 1996, p. 243-281.

VERDUSSEN Marc, « La procédure de révision de la constitution : données comparatives », in DELPÉRÉE Francis (dir.), *La procédure de révision de la constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 87-110.

VERPEAUX Michel, « 1791 première Constitution française ? », RFDC 1993, p. 3-22.

VERPEAUX Michel, « Constitution et lois constitutionnelles. Brèves réflexions à l'occasion de quelques révisions récentes », *in Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2008, p. 593-602.

VIALA Alexandre, « L'esprit des constitutions par-delà les changements », *in* VIALA Alexandre (dir.), *La constitution et le temps*, Lyon, L'Hermès, 2003, p. 27-36.

VIALA Alexandre, « De la promotion d'une règle à la normalisation d'une discipline », *in* MATHIEU Bertrand (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 519-526.

VIDAL-NAQUET Ariane, « Abandonner la jurisprudence du Conseil d'État Arrighi ? », *in* DRAGO Guillaume (dir.), *L'application de la Constitution par les cours suprêmes*, Paris, Dalloz, 2007, p. 143-163.

VIFOREANO C., « Le contrôle constitutionnel des lois », *in Mélanges Paul Negulesco*, Bucarest, Imprimeria nationala, 1935, p. 663-678.

VILLEY Edmond, « La souveraineté nationale », *RDP* 1904, p. 5-26.

VISRUTPICH Vorapot, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en droit thaïlandais », *in* CROUZATIER Jean-Marie (dir.), *Le juge et la constitution*, Toulouse, PUSST, 1996, p. 163-172.

VONSY Moea, « Le parlement constituant n'est pas souverain », *RDP* 2007, p. 793-815.

WACHSMANN Patrick, « Volonté du juge contre volonté du constituant ? Sur un débat américain », *in Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Paris, Dalloz, 2000, p. 855-867.

WALINE Marcel, « Quelques réflexions sur la notion de constitution en droit positif français », *APD* 1933, p. 112-119.

WALINE Marcel, « Observations sur la gradation des normes juridiques établie par M. Carré de Malberg », *RDP* 1934, p. 521-570.

WALINE Marcel, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *in La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, T. II, p. 613-662.

WALINE Marcel, « Les conséquences juridiques des révolutions », *in Mélanges Alexandre Svolos*, Paris, Dalloz, 1961, p. 193-204.

WALKER Neil, « Beyond the Unitary Conception of the United Kingdom Constitution », *Public Law* 2000, p. 384-404.

WERNER Alain, « Le Conseil constitutionnel et l'appropriation du pouvoir constituant », *Pouvoirs* n°67, p. 117-136.

WINTERTON George, « The British Grundnorm : Parlementary Supremacy Re-Examined », *LQR* 1976, p. 591-617.

WOLF Ernest, « La validité des actes d'un gouvernement de fait », *RDP* 1952, p. 39-104.

YAMAMOTO Hajimé, « Les trois temps pour la liberté du pouvoir constituant », *in* VIALA Alexandre (dir.), *La constitution et le temps*, Lyon, L'Hermès, 2003, p. 13-25.

YAMAMOTO Hajimé, « Constitution et pensées constitutionnelles spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel japonais », *RCADC* 2005, p. 217-323.

YEE Sinho, « The New Constitution of Bosnia and Herzegovina », *EJIL* 1996, p. 176-192.

ZAGREBELSKY Gustavo, « La supraconstitutionnalité en tant que présupposition historico-culturelle de la Constitution », *JSLC* 1993, p. 451-459.

ZILLER Jacques, « Les possibilités et les limites constitutionnelles et internationales d'évolutions statutaires », *in* ELFORT Maude, FABERON Jean-Yves, GOESEL-LE BIHAN Valérie, MICHALON Thierry et RENO Fred (dir.), *La loi d'orientation pour l'outre-mer du 13 décembre 2000*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 67-91.

ZIMMER Willy, « La loi du 3 juin 1958 : contribution à l'étude des actes pré-constituants », *RDP* 1995, p. 383-411.

ZOUBEIDI-DEFERT Yanis, « La souveraineté constituante est-elle absolue ? », VIIe Congrès de l'AFDC, Paris, 25, 26 et 27 septembre 2008.

2.2.2. Autres

Ouvrages

Ouvrages généraux

BONNECASE Julien, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 1926.

BRETHE DE LA GRESSAYE Jean et LABORDE-LACOSTE Marcel, *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 1947.

CARBASSE Jean-Marie, *Manuel d'introduction historique au droit*, Paris, PUF, 2002.

CARBONNIER Jean, *Droit civil. Introduction*, 25e éd., Paris, PUF, 1997.

CHABAS François, *Introduction à l'étude du droit*, 10e éd., Paris, Montchrestien, 1991.

CONSTANTINESCO Léontin-Jean, *Traité de droit comparé*, Paris, LGDJ, 1972, T. I.

CORNU Gérard, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 9e éd., Paris, Montchrestien, 1999.

CORNU Gérard, *Linguistique juridique*, 2e éd., Paris, Montchrestien, 2000.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 4e éd., Paris, PUF, 2003.

GHESTIN Jacques (dir.), *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4e éd., Paris, LGDJ, 1994.

LAMBERT Edouard, *La fonction du droit civil comparé*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1903.

LARROUMET Christian, *Introduction à l'étude du droit privé*, 4e éd., Paris, Economica, 2004.

LÉVY-BRUHL Henri, *Sociologie du droit*, 6e éd., Paris, PUF, 1981.

ORIANNE Paul, *Introduction au système juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1982.

SANDEVOIR Pierre, *Introduction au droit*, Paris, Dunod, 1991.

SOURIOUX Jean-Louis, *Introduction au droit*, Paris, PUF, 1987.

TERRÉ François, *Introduction générale au droit*, 6e éd., Paris, Dalloz, 2003.

Ouvrages spéciaux

CARBONNIER Jean, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e éd., Paris, LGDJ, 2001.

DEMOGUE René, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Éd. Arthur Rousseau, 1911.

HALPÉRIN Jean-Louis, *Profils des mondialisations du droit*, Paris, Dalloz, 2009.

MIAILLE Michel, *Une introduction critique au droit*, Paris, François Maspéro, 1976.

MOTULSKY Henri, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Sirey, 1948.

Thèses et mémoires

BALIAN Serge, *Essai sur la définition dans la loi*, Thèse, Paris II, 1986.

BECQUART Joseph, *Les mots à sens multiples en droit civil français*, Thèse, Paris, 1928.

BELAID Sadok, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, LGDJ, 1973.

CARBONNIER Jean, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Thèse, Bordeaux, 1932.

COUMAROS Nicolas, *Le rôle de la volonté de l'acte juridique (étude critique de la conception classique)*, Thèse, Bordeaux, 1931.

HAID Franck, *Les notions indéterminées dans la loi*, Thèse, Aix-Marseille III, 2005.

HAUSER Jean, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique (contribution à la théorie générale de l'acte juridique)*, Paris, LGDJ, 1971.

HUSSON Léon, *Les transformations de la responsabilité. Étude sur la pensée juridique*, Thèse, Paris, 1947.

JANVILLE Thomas, *La qualification juridique des faits*, Thèse, Paris, 2002.

JAPIOT René, *Des nullités en matière d'acte juridique. Essai d'une théorie nouvelle*, Paris, Arthur Rousseau, 1909.

LEBRUN Auguste, *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé*, Paris, LGDJ, 1932.

LOYER Jules, *Les actes inexistants*, Paris, Sirey, 1908.

PARTYKA Patricia, *Approche épistémologique de la notion de qualification en droit privé français*, Thèse, Montpellier, 2004.

PIZE Jérôme, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, Thèse, Lyon, 1897.

ROUHETTE Georges, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse, Paris, 1962.

TERRÉ François, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, LGDJ, 1956.

VALETTE Léonce, *Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit privé positif actuel*, Paris, Arthur Rousseau, 1907.

Articles

AUDIT Bernard, « Qualification et droit international privé », *Droits* n°18, p. 55-66.

BARTHOLOMEEUSEN Alain et VASSART Patrick, « Langage et qualification juridique : le statut du milicien », *in* INGBER Léon et VASSART Patrick (dir.), *Le langage du droit*, Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 213-243.

BELTRAME Pierre, « Les définitions en droit fiscal », *RRJ* 1986, p. 77-83.

BERGEL Jean-Louis, « Typologie des définitions dans le code civil », *RRJ* 1986, p. 31-46.

BERGEL Jean-Louis, « Éditorial », *RRJ* 1987, p. 1013-1014.

BERGEL Jean-Louis, « Importance, opportunité et rôle des définitions dans les textes législatifs et réglementaires », *RRJ* 1987, p. 1119-1135.

BERGMANS Bernhard, « L'enseignement d'une terminologie étrangère comme mode d'approche du droit comparé », *RIDC* 1987, p. 90-110.

CARBASSE Jean-Marie, « Coutume, temps et interprétation », *Droits* n°30, p. 15-28.

CARBONNIER Jean, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », *in* PERELMAN Chaïm (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 99-112.

CORNU Gérard, « Les définitions dans la loi », *in Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 77-92.

CORNU Gérard, « Les définitions dans la loi et les textes réglementaires : rapport de synthèse », *RRJ* 1987, p. 1175-1185.

CORNU Gérard, « Français juridique et science du droit : synthèse », *in Français juridique et science du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 11-19.

COUPET Louis, « Les définitions dans le Code de procédure civile », *RRJ* 1987, p. 1053-1062.

DELMAS-MARTY Mireille, « Du dialogue à la montée en puissance des juges », *in Le Dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 305-316.

DEUMIER Pascale et REVET Thierry, « Sources du droit (problématique générale) », *in* RIALS Stéphane et ALLAND Denis (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1430-1434.

ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael, « Qu'est-ce que la technique juridique ? », *D.* 2004, p. 711-715.

ESMEIN Adhémar, « La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français ? », *Bulletin de la société d'études législatives* 1905, p. 533-544.

GASSIN Raymond, « Les définitions dans les textes en matière pénale », *RRJ* 1987, p. 1019-1042.

GILISSEN John, « La collaboration avec l'ennemi, notion à contenu variable », *in* PERELMAN Chaïm (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 297-327.

GILISSEN John, « La coutume : essai de synthèse générale », *in* Société Jean Bodin, *La coutume – Le monde contemporain*, Bruxelles, De Boeck, 1989, p. 433-525.

GLENN Patrick, « Droit comparé et langages juridiques », *in Français juridique et science du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 155-164.

GRANER Frédérique, « Perturbations dans la hiérarchie des normes », *in Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Études offertes à Pierre Cartala*, Paris, Litec, 2001, p. 41-45.

GRIVAT DE KERSTRAT Françoise, « Observations comparatives sur la forme et la portée des définitions dans les textes législatifs anglais », *RRJ* 1987, p. 1065-1077.

HEBRAUD Pierre, « Le juge et la jurisprudence », *in Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, PUSST, 1974, p. 329-372.

HEINRICH Walter, « Recherches sur la problématique du droit coutumier », *in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1934, T. II, p. 277-302.

HERMITE Marie-Angèle, « Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridisation : l'exemple des droits intellectuels », *APD* 1985, p. 331-349.

HERON Jacques, « L'interprétation et le devenir des définitions législatives et réglementaires », *RRJ* 1987, p. 1151-1172.

IZORCHE Marie-Laure, « Sémiotique et études critiques du droit », *Droit et Société* n°8/1988.

JESTAZ Philippe, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.* 1987, p. 11-17.

JESTAZ Philippe, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.* 1989, p. 249-253.

JESTAZ Philippe, « La qualification en droit civil », *Droits* n°18, p. 45-53.

JESTAZ Philippe, « Déclin de la doctrine », *Droits* n°20, p. 85-96.

JESTAZ Philippe, « Source délicieuse… (remarques en cascade sur les sources du droit) », *RTDC* 1993, p. 73-85.

JESTAZ Philippe, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre », *RTDC* 1996, p. 299-312.

JUTRAS Daniel, « Énoncer l'indicible : le droit entre langues et traditions », *RIDC* 2000, p. 781-796.

LANGERON Pierre, « La recherche en droit comparé », *RRJ* 1996, p. 1101-1111.

LASSERRE-KIESOW Valérie, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2279-2287.

LECLERCQ Pierre, « Les problèmes posés par les définitions dans la conception et l'application des textes législatifs et réglementaires », *RRJ* 1986, p. 23-27.

LEGROS Pierre, « Les notions à contenu variable en droit pénal », *in* PERELMAN Chaïm (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 21-37.

LEHOT Mireille, « Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », *RRJ* 2003, p. 2335-2360.

LEVY-BRUHL Henri, « Esquisse d'une théorie des sources du droit », *L'année sociologique* 1951, p. 3-33.

MAURY Jacques, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », *in Le droit privé au milieu du XXe siècle. Études offertes à Georges Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, p. 28-50.

NEIRINCK Claire, « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ? », *D.* 2003, p. 841-847.

OPPETIT Bruno, « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *APD* 1982, p. 44-53.

OPPETIT Bruno, « Sur la coutume en droit privé », *Droits* n°3, p. 39-50.

PAINCHAUX Mélanie, « La qualification sui generis : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie ? », *RRJ* 2004, p. 1567-1582.

PERRIN Jean-François, « Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable ? », *in* PERELMAN Chaïm (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 201-235.

PETERS Anne et SCHWENKE Heiner, « Comparative Law Beyond Post-Modernism », *ICLQ* 2000, p. 800-834.

PUTNAM Emmanuel, « Recherches sur les définitions dans les lois commerciales », *RRJ* 1986, p. 50-63.

RICHARD Pascal, « Les apports de Wittgenstein à la réflexion comparatiste », *RIDC* 2005, p. 899-920.

RICHARD Pascal, « La communicabilité ou l'interprétation de la différe(a)nce… », *in La communicabilité entre les systèmes juridiques. Liber amicorum Jean-Claude Escarras*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 167-180.

ROUBIER Paul, « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », *in Le droit privé au milieu du XXe siècle. Études offertes à Georges Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, p. 8-27.

SAISON Johanne, « Les mots à sens multiples en droit de la responsabilité médicale », *in Études en l'honneur de Pierre Sandevoir*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 249-270.

SENN F., « La leçon de la Rome antique sur le fondement de la force obligatoire de la coutume », *in Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Paris, Sirey, 1938, T. I, p. 218-226.

SIOTTO PINTOR Manfredo, « Réflexions au sujet de la coutume en droit interne », *in Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Paris, Sirey, 1938, T. I, p. 372-382.

SOURIOUX Jean-Louis, « Source du droit en droit privé », *APD* 1982, p. 33-41.

SOURIOUX Jean-Louis et LERAT Pierre, « Méthodologie et modalités des définitions dans les textes législatifs et réglementaires », *RRJ* 1987, p. 1139-1147.

SOURIOUX Jean-Louis et LERAT Pierre, « Les définitions de noms dans un arrêté ministériel français de terminologie », *in* Centre d'études du lexique, *La définition*, Paris, Larousse, 1990, p. 267-270.

ZENATI Frédéric, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002, p 15-22.

2.3. DROIT EXTERNE

2.3.1. Droit international général

Ouvrages

Ouvrages généraux

ALLAND Denis (dir.), *Droit international public*, Paris, PUF, 2000.

ANZILOTTI Dioniso, *Cours de droit international*, Paris, LGDJ, 1999.

CARREAU Dominique, *Droit international*, 9e éd., Paris, Pedone, 2007.

COMBACAU Jean, *Le droit des traités*, Paris, PUF, 1991.

COMBACAU Jean et REUTER Paul, *Institutions et relations internationales*, 3e éd., Paris, PUF, 1985.

COMBACAU Jean et SUR Serge, *Droit international public*, 8e éd., Paris, Montchrestien, 2008.

DAILLER Patrick et PELLET Alain, *Droit international public*, 7e éd., Paris, LGDJ, 2002.

DIEZ DE VELASCO VELLEJO Manuel, *Les organisations internationales*, Paris, Economica, 2002.

DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public*, 9e éd., Paris, Dalloz, 2008.

ROUSSEAU Charles, *Droit international public*, Paris, Sirey, 1970-1974, T. I et II.

SCELLE Georges, *Précis de droit des gens*, Paris, Sirey, 1932-1934, T. I et II.

SCHWARZENBERGER Georg, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals. International Constitutional Law*, Londres, Stevens & Sons, 1976, vol. III.

STRUPP Karl, *Éléments du droit international public universel, européen et américain*, Paris, Arthur Rousseau, 1927.

ZOLLER Elisabeth, *Droit des relations extérieures*, Paris, PUF, 1992.

Ouvrages spéciaux

CHRYSOSTOMIDES Kypros, *The Republic of Cyprus. A Study in International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2000.

ELAZAR Daniel, *Constitutionalizing Globalization. The Postmodern Revival of Confederal Arrangements*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1996.

HAY Peter, *Federalism and Supranational Organizations*, Urbana, University of Illinois Press, 1966.

HOYT Edwin, *The Unanimity Rule in the Revision of Treaties : a Re-examination*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1959.

JACKSON John, *The World Trade Organization : Constitution and Jurisprudence*, Londres, The Royal Institute of International Affairs, 1998.

KELSEN Hans, *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, New York, Frederick A. Praeger, 1950.

KOPELMANAS Lazare, *L'Organisation des Nations Unies. L'organisation constitutionnelle des Nations Unies*, Paris, Sirey, 1958, T. I.

KOROWICZ Marc-Stanislas, *Organisations internationales et souveraineté des États membres*, Paris, Pedone, 1961.

LECA Jean, *Les techniques de révision des conventions internationales*, Paris, LGDJ, 1961.

MARTIN Paul, National *Sovereignty and International Organizations*, La Haye, Kluwer, 1996.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, Fribourg, Presses universitaires de Fribourg, 1991.

SATO Tetsuo, *Evolving Constitutions of International Organizations*, La Haye, Kluwer, 1996.

VATEL Emer, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Washington, The Carnegie Institution of Washington, 1916.

Thèses et mémoires

CASS Deborah, *The Constitutionalization of the World Trade Organization. Legitimacy, Democracy and Community in the International Trading System*, Oxford, OUP, 2005.

ELES Georges-Tibère, *Le principe de l'unanimité dans la société des nations et les exceptions à ce principe*, Paris, Pedone, 1935.

JACQUÉ Jean-Paul, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, LGDJ 1972.

KONAN Line Missibah, *Le transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale*, Thèse, Nancy II, 2007.

LECHARNY Louis, *La validité des actes internes des gouvernements de fait à l'égard des étrangers*, Paris, Arthur Rousseau, 1929.

POIRAT Florence, *Le traité, acte juridique international*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2004.

RIDEAU Joël, *Juridictions internationales et contrôle du respect des traités constitutifs des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 1969.

SIMON Denys, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales : morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, Pedone, 1981.

Articles

ABI-SAAB Georges, « La notion d'organisation internationale : essai de synthèse », *in* ABI-SAAB Georges (dir.), *Le concept d'organisation internationale*, Paris, UNESCO, p. 9-28.

ABRAHAM Ronny, « La Cour internationale de justice : juge constitutionnel ? », *in* CHEMAIN Régis et PELLET Alain (dir.), *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, Paris, Pedone, 2006, p. 105-108.

ACKERMAN Bruce, « The Rise of World Constitutionalism », *Virginia Law Review* 1997, p. 771-797.

AGO Roberto, « Droit positif et droit international », *AFDI* 1957, p. 14-62.

ALLAND Denis, « L'ordre juridique international », *Droits* n°35, p. 79-101.

ALLOTT Philip, « Intergovernmental Societies and the Idea of Constitutionalism », *in* COICAUD Jean-Marc et HEISKANEN Veijo (dir.), *The Legitimacy of International Organizations*, New York, United Nations University Press, 2001, p. 69-103.

ALVAREZ José, « Constitutional Interpretation in International Organizations », *in* COICAUD Jean-Marc et HEISKANEN Veijo (dir.), *The Legitimacy of International Organizations*, New York, United Nations University Press, 2001, p. 104-154.

ANDERSON Gavin, « Legal Pluralism and the Politics of Constitutional Definition », EUI Working Papers RSCAS n°2005/20, disponible à l'adresse suivante : http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/3369/1/05_20.pdf.

ARANGIO-RUIZ Gaetano, « The Concept of International Law and the Theory of International Organization », *RCADI* 1972-III, p. 629-731.

ARANGIO-RUIZ Gaetano, « The Federal Analogy and United Nations Charter Interpretation : a Crucial Issue », *EJIL* 1997, p. 1-28.

BALLADORE PALLIERI Giorgio, « Le droit interne des organisations internationales », *RCADI* 1969-II, p. 1-38.

BASTID Suzanne, « Place de la notion d'institution dans une théorie générale des organisations internationales », *in L'évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 43-51.

BÉLANGER Michel, « Considérations sur la constitutionnalisation internationale : l'apport du droit international humanitaire », *in La Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Paris, Dalloz, 2004, p. 43-51.

BRYDE Brun-Otto, « International Democratic Constitutionalism », *in* ST. JOHN MACDONALD Ronald et JOHNSTON Douglas (dir.), *Towards World Constitutionalism. Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2005, p. 103-125.

CAHIER Philippe, « Le droit interne des organisations internationales », *RGDIP* 1963, p. 563-602.

CAHIER Philippe, « L'ordre juridique interne des organisations internationales », *in* DUPUY René-Jean (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1988, p. 237-255.

CARCASSONNE Guy, « Les vertus et les dangers de la transposition dans l'ordre international », *in* CHEMAIN Régis et PELLET Alain (dir.), *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, Paris, Pedone, 2006, p. 179-187.

CHARNOVITZ Steve, « WTO Cosmopolitics », *New York University Journal of International Law and Politics* 2002, p. 299-354.

CHAUMONT Charles, « Recherche du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'État », *in Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, p. 114-151.

CHAUMONT Charles, « L'ambivalence des concepts essentiels du droit international », *in Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1984, p. 55-64.

CHEMAIN Régis, « Le contrôle des actes de l'organisation », *in* CHEMAIN Régis et PELLET Alain (dir.), *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, Paris, Pedone, 2006, p. 45-63.

CHEVALIER-GOVERS Constance, « Actes constitutifs des organisations internationales et constitutions nationales », *RGDIP* 2001, p. 373-412.

CHO Sungjoon, « Constitutional Adjudication in the World Trade Organization », Jean Monnet Working Paper n°04/08, disponible à l'adresse suivante : http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/08/documents/JMWP04-08Cho.pdf.

COMBACAU Jean, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », Pouvoirs n°67, p. 47-58.

COMTOIS-DINEL Eve-Lyne, « La fragmentation du droit international : vers un changement de paradigme ? », *Lex electronica* 2006, n°2.

COTTIER Thomas et HERTIG Maya, « The Prospects of the 21st Century Constitutionalism », *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 2003, p. 261-328.

CRAWFORD James, « The Charter of the United Nations as a Constitution », *in* FOX Hazel (dir.), *The Changing Constitution of the United Nations*, Londres, The British Institute for International and Comparative Law 1997, p. 1-16.

DÉCHAUX Raphaël, « Le principe d'identification des normes en droit constitutionnel », *in* PONTIER Jean-Marie (dir.) *Les principes et le droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, p. 213-235.

DE JULIOS CAMPUZANO Alfonso, « Legal Cultures and Globalisation. Methodological Premises for a Cosmopolitan Law », *ARSP* 2008, p. 498-511.

DELBEZ Louis, « Le concept d'internationalisation », *RGDIP* 1967, p. 7-62.

DELBRÜCK Jost, « Transnational Federalism : Problems and Prospects of Allocating Public Authority Beyond the State », *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2004, p. 31-55.

DELMAS-MARTY Mireille, « La Charte des Nations Unies et la mondialisation du droit », *in* CHEMAIN Régis et PELLET Alain (dir.), *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, Paris, Pedone, 2006, p. 211-215.

DE WET Erika, « The International Constitutional Order », *ICLQ* 2006, p. 51-76.

DUNOFF Jeffrey, « Constitutional Conceits : the World Trade Organization's Constitution and the Discipline of International Law », *EJIL* 2006, p. 647-675.

DUPLESSIS Isabelle, « Le recours à la Constitution de l'OIT dans l'acquisition de son autonomie institutionnelle », *RBDI* 2004, p. 37-70.

DUPUY Pierre-Marie, « The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited », *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 1997, p. 1-33.

DUPUY Pierre-Marie, « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI* 2002, p. 9-490.

DUPUY Pierre-Marie, « Ultimes remarques sur la constitutionnalité de la Charte des Nations Unies », *in* CHEMAIN Régis et PELLET Alain (dir.), *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, Paris, Pedone, 2006, p. 219-232.

DUPUY Pierre-Marie, « Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a ? », EUI Working Papers LAW n°2006/14, disponible à l'adresse suivante : http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/4370/1/LAW2006.14.PDF.

DUPUY Pierre-Marie, « Taking International Law Seriously. On the German Approach to International Law », EUI Working Papers LAW n°2007/34, disponible à l'adresse suivante : http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/7629/3/LAW_2007_34.pdf.

ENGEL Salo, « Living International Constitutions and the World Court », *ICLQ* 1967, p. 865-910.

EPINEY Astrid, « Européanisation et mondialisation du droit : convergences et divergences », *in* MORAND Charles-Albert (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 147-170.

FALK Richard, « The Pathways of Global Constitutionalism », *in* FALK Richard, JOHANSEN Robert et KIM Samuel (dir.), *The Constitutional Foundations of World Peace*, Albany, State University of New York Press, 1993, p. 13-38.

FALK Richard, JOHANSEN Robert et KIM Samuel, « Global Constitutionalism and World Order », *in* FALK Richard, JOHANSEN Robert et KIM Samuel (dir.), *The Constitutional Foundations of World Peace*, Albany, State University of New York Press, 1993, p. 4-12.

FASSBENDER Bardo, « The United Nations Charter as Constitution of the International Community », *Columbia Journal of Transnational Law* 1998, p. 529-619.

FASSBENDER Bardo, « The Meaning of International Constitutional Law », *in* ST. JOHN MACDONALD Ronald et JOHNSTON Douglas (dir.), *Towards World Constitutionalism. Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2005, p. 103-125.

FASSBENDER Bardo, « We the Peoples of the United Nations' : Constituant Power and Constituant Form in International Law », *in* LOUGHLIN Martin et WALKER Neil (dir.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, OUP, 2007, p. 269-280.

FISCHER-LESCANO Andreas, « Redefining Sovereignty Via International Constitutional Moments ? », Constitutionalism WEB-Papers n°1/2005, disponible à l'adresse suivante : http://www.bath.ac.uk/esml/conWEB/Conweb%20papers-filestore/conweb1-2005.pdf.

FITZMAURICE Gerald, « The General Principles of International Law Considered From the Viewpoint of the Rule of Law », *RCADI* 1957-II, p. 1-223.

FLORY Maurice, « Les définitions en droit international », *RRJ* 1986, p. 87-93.

FOCSANEANU Lazar, « Le droit interne de l'Organisation des Nations Unies », *AFDI* 1957, p. 315-349.

FOCSANEANU Lazar, « Les langues comme moyen d'expression du droit international », *AFDI* 1970, p. 262-274.

FRANCK Thomas, « Is the United Nations Charter a Constitution ? », *in Verhandeln für den Frieden. Liber Amicorum Tono Eitel*, Berlin, Springer Verlag, 2003, p. 95-106.

FROWEIN Jochen, « Reactions by not Directly Affected States to Breaches of Public International Law », *RCADI* 1994-IV, p. 345-357.

GAETA Paolo, « The Dayton Agreement and International Law », *EJIL* 1996, p. 147-163.

GARCIA-SALMONES Monica, « On Carl Schmitt's Reading of Hobbes : Lessons for Constitutionalism in International Law ? », *NoFo* n°4, p. 61-82.

GEMMA Scipione, « Les gouvernements de fait », *RCADI* 1924-III, p. 297-413.

GERHART Peter, « The Two Constitutional Visions of the World Trade Organization », *University of Pennsylviana Journal of International Economic Law* 2003, p. 1-75.

GIRAUD Emile, « La révision de la Charte des Nations Unies », *RCADI* 1956-II, p. 307-467.

GREWE Constance et RUIZ FABRI Hélène, « La constitutionnalisation à l'épreuve du droit international et du droit européen », *in Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, p. 189-206.

GUGGENHEIM Paul, « La validité ou la nullité des actes juridiques internationaux », *RCADI* 1949-IV, p. 195-265.

GUGGENHEIM Paul, « Les deux éléments de la coutume en droit international », *in La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, T. I, p. 275-284.

GUGGENHEIM Paul, « Contribution à l'histoire des sources du droit des gens », *RCADI* 1958-II, p. 1-84.

GÜNTHER Klaus, « Legal Pluralism or Uniform Concept of Law ? Globalisation as a Problem of Legal theory », *NoFo* n°5, p. 5-21.

HAGGENMACHER Peter, « Coutume », *APD* 1990, p. 27-41.

HAMANN Andrea et RUIZ FABRI Hélène, « Transnational Networks and Constitutionalism », *ICON* 2008, p. 481-508.

HELFER Laurence, « Constitutional Analogies in the International Legal System », *Loyola of Los Angeles Law Review* 2003, p. 193-237.

HERDEGEN Matthias, « The Constitutionalization of the United Nations Security System », *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1994, p. 135-159.

HOLMES Peter, « The World Trade Organization and the European Union : Some Constitutional Comparisons », *in* DE BURCA Grainne et SCOTT Joanne (dir.), *The European Union and the World Trade Organization. Legal and Constitutional Issues*, Oxford, Hart, 2001, p. 59-80.

HOWSE Robert, « Human Rights, International Economic Law and Constitutional Justice : a Reply », *EJIL* 2008, p. 945-954.

HOWSE Robert et NICOLAIDIS Kalypso, « Legitimacy and Global Governance : Why Constitutionalizing the World Trade Organization Is a Step Too Far », *in* PORTER Roger, SAUVÉ Pierre, SUBRAMANIAN Arvind et BEVIGLIA ZAMPETTI Americo (dir.), *Efficiency, Equity, Legitimacy. The Multilateral Trading System at the Millenium*, Washington, Brookings Institution Press, 2001, p. 227-263.

JACKSON John, « Changing Fundamentals of International Law and International Economic Law », *Archiv des Völkerrechts* 2003, p. 435-448.

JACQUÉ Jean-Paul, « Acte et norme en droit international public », *RCADI* 1991-II, p. 357-418.

JAYASURIYA Kanishka, « Globalization, Sovereignty and the Rule of Law : From Political to Economic Constitutionalism ? », *Constellations* 2001, p. 442-460.

JENKS Wilfred, « Some Constitutional Problems of International Organizations », *BYBIL* 1945, p. 11-72.

JOERGES Christian, « Constitutionalism in Postnational Constellations : Contrasting Social Regulation in the European Union and in the World Trade Organization », *in* JOERGES Christian et PETERSMANN Ernst-Ulrich (dir.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Oxford, Hart, 2006, p. 491-527.

JOHANSEN Robert, « Toward a New Code of International Conduct : War, Peacekeeping and Global Constitutionalism », *in* FALK Richard, JOHANSEN Robert et KIM Samuel (dir.), *The Constitutional Foundations of World Peace*, Albany, State University of New York Press, 1993, p. 39-54.

JOHNSTON Douglas, « World Constitutionalism in the Theory of International Law », *in* ST. JOHN MACDONALD Ronald et JOHNSTON Douglas (dir.), *Towards World Constitutionalism. Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2005, p. 3-29.

KELSEN Hans, « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », *RCADI* 1932-IV, p. 118-351.

KELSEN Hans, « Théorie du droit international public », *RCADI* 1953-III, p. 2-203.

KELSEN Hans, « La naissance de l'État et la formation de sa nationalité : les principes, leur application au cas de la Tchécoslovaquie », *in Écrits français de droit international*, Paris, PUF, 2001, p. 27-57.

KELSEN Hans, « Théorie du droit international coutumier », *in Écrits français de droit international*, Paris, PUF, 2001, p. 63-84.

KELSEN Hans, « La théorie juridique de la convention », *in Écrits français de droit international*, Paris, PUF, 2001, p. 85-120.

KELSEN Hans, « Contribution à la théorie du traité international », *in Écrits français de droit international*, Paris, PUF, 2001, p. 121-165.

KELSEN Hans, « La technique du droit international et l'organisation de la paix », *in Écrits français de droit international*, Paris, PUF, 2001, p. 250-267.

KELSEN Hans, « Droit et compétence. Remarques critiques sur la théorie du droit international de George Scelle », *in Controverses sur la Théorie pure du droit*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 65-161.

KIM Samuel, « In Search of Global Constitutionalism », *in* FALK Richard, JOHANSEN Robert et KIM Samuel (dir.), *The Constitutional Foundations of World Peace*, Albany, State University of New York Press, 1993, p. 55-83.

KOLB Robert, « La structure constitutionnelle du droit international public », *Canadian Yearbook of International Law* 2001, p. 69-115.

KOSKENNIEMI Martti, « Constitutionalism as Mindset : Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization », *Theoretical Inquiries in Law* 2007, p. 9-36.

KRAJEWSKI Markus, « Democratic Legitimacy and Constitutional Perspectives of WTO Law », *Journal of World Trade* 2001, p. 167-186.

KRATOCHWIL Friedrich, « Constitutional Thought Versus Value-Based Thought in World Order Studies », *in* FALK Richard, JOHANSEN Robert et KIM Samuel (dir.), *The Constitutional Foundations of World Peace*, Albany, State University of New York Press, 1993, p. 211-225.

KUMM Mathias, « The Legitimacy of International Law : a Constitutionalist Framework of Analysis », *EJIL* 2004, p. 907-931.

LACHS Manfred, « Le problème de la révision de la Charte des Nations Unies », *RGDIP* 1957, p. 51-70.

LANG Andrew, « Review of Deborah Cass 'The Constitutionalization of the World Trade Organization' », *EJIL* 2006, p. 309-312.

LARNAUDE F., « Les gouvernements de fait », *RGDIP* 1921, p. 457-503.

LAUTERPACHT H., « The Convenant as Higher Law », *BYBIL* 1936, p. 54-65.

LAVROFF Dmitri Georges, « Le statut de Chypre », *RGDIP* 1961, p. 527-545.

LEBEN Charles, « Un nouveau bilan des théories et réalités du droit international : le Cours général de Pierre-Marie Dupuy », *RGDIP* 2005, p. 75-100.

MACDONALD Ronald, « Fundamental Norms in Contemporary International Law », *Canadian Yearbook of International Law* 1987, p. 115-149.

MACDONALD Ronald, « The Charter of the United Nations in Constitutional Perspective », *Australian Yearbook of International Law* 1999, p. 205-231.

MAZIAU Nicolas, « Cinq ans après le traité de Dayton, à la croisée des chemins : succès incertain et constats d'échec », *AFDI* 1999, p. 181-202.

MAZIAU Nicolas et PECH Laurent, « L'adminstration internationale de la Bosnie-Herzégovine : un modèle pour le Kosovo ? », *Civ. Eur.* n°4, p. 51-98.

MCGINNIS John et MOVSESIAN Mark, « The World Trade Constitution », *HLR* 2000, p. 511-605.

MCRAE Donald, « The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law », *RCADI* 1996, p. 99-237.

MCWHINNEY Edward, « Judicial Wisdom, and the World Courts as Special Constitutional Court », *in Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin, Springer Verlag, 1995, p. 705-712.

MITTLEMAN James, « The Constitutional Elements in International Political Economy », *in* FALK Richard, JOHANSEN Robert et KIM Samuel (dir.), *The Constitutional Foundations of World Peace*, Albany, State University of New York Press, 1993, p. 83-99.

MÖLLERS Christoph, « Transnational Governance Without Public Law », *in* JOERGES Christian, SAND Inger-Johanne et TEUBNER Gunther (dir.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, Hart, 2004, p. 329-337.

MONACO Riccardo, « Cours général de droit international public », *RCADI* 1968-III, p. 93-336.

MONACO Riccardo, « Le caractère constitutionnel des actes institutifs d'organisations internationales », *in La communauté internationale. Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, p. 153-172.

MONACO Riccardo, « Les principes régissant la structure et le fonctionnement des organisations internationales », *RCADI* 1977-III, p. 79-226.

MONACO Riccardo, « Observations sur la hiérarchie des sources du droit international », *in Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrecht. Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin, Springer Verlag, 1983, p. 599-615.

MORELLET Jean, « Le principe de souveraineté de l'État et le droit international public », *RDP* 1926, p. 369-387.

MORELLI Gaetano, « Cours général de droit international public », *RCADI* 1956-I, p. 437-603.

MOSLER Hermann, « The International Community as a Legal Community », *RCADI* 1974-IV, p. 1-320.

MOUTON Jean-Denis, « Les mutations de la notion de constitution et le droit international », *Civ. Eur*. n°6, p. 23-38.

MOUTON Jean-Denis, « La notion d'État et le droit international public », *Droits* n°16, p. 45-58.

MOUTON Jean-Denis, « L'État selon le droit international : diversité et unité », *in* SFDI, *L'État nation à l'aube du XXIe siècle* », Paris, Pedone, 1994, p. 79-106.

MOUTON Jean-Denis, « Retour sur l'État souverain à l'aube du XXIe siècle », *in État, société et pouvoir à l'aube du XXIe siècle. Mélanges en l'honneur de François Borella*, Nancy, PUN, 1999, p. 319-334.

ONUF Nicholas, « The Constitution of International Society », *EJIL* 1994, p. 1-19.

OPSAHL Torkel, « An International Contitutional Law », *ICLQ* 1961, p. 760-784.

PARRY Clive, « Constitutions of International Organizations », *BYBIL* 1946, p. 394-412.

PELLET Alain, « Propos introductifs », *in* CHEMAIN Régis et PELLET Alain (dir.), *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, Paris, Pedone, 2006, p. 105-108.

PEREZ Antonio, « On the Way to the Forum : the Reconstruction of Article 2(7) and Rise of Federalism Under the United Nations Charter », *Texas International Law Journal* 1996, p. 353-450.

PESCATORE Pierre, « La souveraineté dans une société d'inégaux, pouvoir suprême…coalisable, partageable, divisible, intégrable…responsable ? justiciable ? », *in L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissochet*, Paris, Pedone, 2008, p. 231-245.

PETERS Anne, « There Is Nothing More Practical Than a Good Theory : an Overview of Contemporary Approaches to International Law », *German Yearbook of International Law* 2001, p. 25-38.

PETERS Anne, « Global Constitutionalism Revisited », University of Baltimore School of Law – Centennal Discussion on the Theoretical Foundations of International Law, 2006.

PETERS Anne, « Compensatory-Constitutionalism : the Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures », *Leiden Journal of International Law* 2006, p. 579-610.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Constitutionalism and International Organizations », *Northwestern Journal Of International Law and Business* 1997, p. 398-469.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, « How to Reform the United Nations System ? Constitutionalism, International Law and International Organizations », *Leiden Journal of International Law* 1997, p. 421-474.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, « How to Constitutionalize the United Nations ? Lessons From the 'International Economic Law Revolution' », *in Liber Amicorum Günther Jaenicke zum 85. Geburstag*, Berlin, Springer Verlag, 1998, p. 313-352.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, « How to Constitutionalize International Law and Foreign Policy », *Michigan Journal of International Law* 1998, p. 1-30.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Constitutionalism and International Adjudication : How to Constitutionalize the United Nations Dispute Settlement System », *New York University Journal of International Law and Politics* 1999, p. 753-790.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, « The World Trade Organization Constitution and Human Rights », *Journal of International Economic Law* 2000, p. 19-25.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, « European and International Constitutional Law : Time for Promoting 'Cosmopolitan Democracy' in the World Trade Organization », *in* DE BURCA Grainne et SCOTT Joanne (dir.), *The European Union and the World Trade Organization. Legal and Constitutional Issues*, Oxford, Hart, 2001, p. 81-110.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Constitutionalism, International Law and 'We the Peoples of the United Nations' », *in Tradition und Weltoffenheit. Festschrift für Helmut Steinberger*, Berlin, Springer Verlag, 2002, p. 291-313.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Constitutional Primacy and Indivisibility of Human Rights in International Law ? The Unfinished Human Rights Revolution and the Emerging of Global Integration Law », *in* GRILLER Stefan (dir.), *International Economic Governance and Non-Economic Concerns*, Berlin, Springer Verlag, 2002, p. 211-265.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Constitutionalism and World Trade Organization Law : From State-Centered Approach Towards a Human Rights Approach in International Economic Law », *in The Political Economy of International Trade Law. Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Cambridge, CUP, 2002, p. 32-67.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Theories of Justice, Human Rights and the Constitution of International Markets », *Loyola of Los Angeles Law Review* 2003, p. 407-459.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, « The 'Human Rights Approach' Advocated by the United Nations High Commissioner for Human Rights and by the International Labour Organization : Is It Relevant for World Trade Organization Law and Policy ? », *Journal of International Economic Law* 2004, p. 605-627.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Introduction and Overview », *in* JOERGES Christian et PETERSMANN Ernst-Ulrich (dir.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Oxford, Hart, 2006, p. XXI-XXXVIII.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Mulilevel Trade Governance in the World Trade Organization Requires Multilevel Constitutionalism », *in* JOERGES Christian et PETERSMANN Ernst-Ulrich (dir.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Oxford, Hart, 2006, p. 5-57.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Human Rights, Constitutionalism and the World Trade Organization : Challenges for World Trade Organization Jurisprudence and Civil Society », *Leiden Journal of International Law* 2006, p. 633-667.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, « International Integration Law and Multilevel Constitutionalism », *in Liber Amicorum in Honour of Roland Bieber*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2007, p. 429-437.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Constitutionalism and the Regulation of International Markets : How to Define the Developement Objectives of the World Trading System », EUI Working Papers LAW n°2007/23, disponible à l'adresse suivante : http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/7045/1/LAW-2007-23.pdf.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Multilevel Constitutionalism and Judicial Protection of Freedom and Justice in International Economic Law of the European Community », *in Continuity and Change in European Union Law. Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, OUP, 2008, p. 338-353.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Human Rights, International Economic Law and Constitutional Justice », *EJIL* 2008, p. 769-798.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Human Rights, International Economic Law and Constitutional Justice. A Rejoinder », *EJIL* 2008, p. 769-798.

PICCIOTTO Sol, « Constitutionalizing Multilevel Governance », *ICON* 2008, p. 457-479.

PILOTTI Massimo, « Les unions d'États », *RCADI* 1928-IV, p. 445-545.

POIARES MADURO Miguel, « Is There Any Such Thing as Free of Fair Trade ? A Constitutional Analysis of the Impact of International Trade on the European Social Model », *in* DE BURCA Grainne et SCOTT Joanne (dir.), *The European Union and the World Trade Organization. Legal and Constitutional Issues*, Oxford, Hart, 2001, p. 257-282.

POIARES MADURO Miguel, « The Constitutional Challenge of Globalisation – Protecting Common Values », *in Europe Tomorrow : Shared or Common Political Future ?*, Final Colloquy Strasbourg, 18 et 19 avril 2002, disponible à l'adresse suivante : http://www.coe.int/T/E/Com/Files/Themes/Identity/Col3_DiscMaduro.ASP.

POIARES MADURO Miguel, « From Constitutions to Constitutionalism : a Constitutional Approach for Global Governance », *in* LEWIS Douglas (dir.), *Global Governance and the Quest for Justice*, Oxford, Hart, 2005, vol. 1, p. 227-252.

POIARES MADURO Miguel, « Legal Travels and the Risk of Legal Jet-Lag. The Judicial and Constitutional Challenges of Globalisation », *in Economic Law and Justice in Times of Globalization. Festschrift für Carl Baudenbacher*, Berlin, Nomos Verlag, 2007, p. 175-189.

RAMA-MONTALDO Manuel, « Contribution of the General Assembly to the Constitutional Development and Interpretation of the United Nations Charter », *in* ST. JOHN MACDONALD Ronald et JOHNSTON Douglas (dir.), *Towards World Constitutionalism. Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2005, p. 493-513.

REISMAN Michael, « The Constitutional Crisis in the United Nations », *AJIL* 1993, p. 83-100.

REUTER Paul, « Organismes internationaux et évolution du droit », *in L'évolution du droit public. Études en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 447-460.

REUTER Paul, « Principes de droit international public », *RCADI* 1961-II, p. 427-667.

REUTER Paul, « Quelques réflexions sur le vocabulaire du droit international », *in Mélanges offerts à Monsieur le Doyen Trotabas*, Paris, LGDJ, 1970, p. 422-445.

REUTER Paul, « L'ordre juridique international et les traités des organisations internationales », *in Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrecht. Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin, Springer Verlag, 1983, p. 745-757.

REUTER Paul, « Le traité international, acte et norme », *APD* 1987, p. 111-117.

RIGAUX François, « Hans Kelsen on International Law », *EJIL* 1998, p. 325-343.

ROSENNE Shabtai, « Is the Constituent Instrument of an International Organization an International Treaty ? », *in Developments in the Law of Treaties 1945-1986*, Cambridge, CUP, 1989, p. 181-258.

ROUCOUNAS Emmanuel, « Engagements parallèles et contradictoires en droit international », *RCADI* 1987-VI, p. 9-287.

RUBENFELD Jed, « The Two World Orders », *Wilson Quarterly* 2003.

RUBENFELD Jed, « Unilateralism and Constitutionalism », *New York University Law Review* 2004, p. 1971-2028.

RUIZ-FABRI Hélène, « Les contaminations disciplinaires », *in* DU BOIS DE GAUDUSSON Jean et FERRAND Frédérique (dir.), *La concurrence entre systèmes juridiques*, Aix-en-Provence, PUAM, 2008, p. 123-142.

SALMON Jean, « Quelques observations sur la qualification en droit international public », *in Mélanges Fernand Dehousse. Le progrès du droit des gens*, Paris, Nathan, 1979, p. 96-105.

SALMON Jean, « Les notions à contenu variable en droit international public », *in* PERELMAN Chaïm (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 251-268.

SALMON Jean, « Langage et pouvoir en droit international », *in* INGBER Léon et VASSART Patrick (dir.), *Le langage du droit*, Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 305-319.

SCELLE Georges, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI* 1933-IV, p. 327-703.

SCELLE Georges, « Le droit constitutionnel international », *in Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1943, p. 501-515.

SCELLE Georges, « Pouvoir étatique et droit des gens », *RDP* 1943, p. 189-229.

SCHICK F.B., « Towards a Living Constitution of the United Nations », *International Law Quarterly* 1948, p. 1-20.

SCHILLING Theodor, « The Constitutionalization of General International Law », Jean Monnet Working Paper n°06/05, disponible à l'adresse suivante : http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/05/050601.pdf.

SCHLOEMANN Hanes et OHLOFF Stefan, « Constitutionalization and Dispute Settlement in the World Trade Organization : National Security as an Issue of Competence », *AJIL* 1999, p. 442-452.

SCHORKOPF Frank et WALTER Christian, « Elements of Constitutionalization : Multilevel Structures of Human Rights Protection in General International and World Trade Organization Law », *German Law Journal* 2003, p. 1539-1574.

SCHWARZENBERGER Georg, « The Problem of International Constitutional Law in International Judicial Perspective », *in Recht im Dienst des Friedens. Festschrift für Eberhard Menzel*, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, p. 241-249.

SCHWELB Egon, « The Amending Procedure of Constitutions of International Organizations », *BYBIL* 1954, p. 49-95.

SÉFÉRIADÈS S., « Aperçus sur la coutume juridique internationale et notamment son fondement », *RGDIP* 1936, p. 129-196.

SIERPINSKI Batyah, « La Constitution de Bosnie-Herzégovine : un texte à la croisée du droit interne et du droit international », *RRJ* 1997, p. 1054-1070.

SIMMA Bruno, « Self-Contained Regimes », *Netherland Yearbook of International Law* 1985, p. 111-136.

SIMMA Bruno, « From Bilateralism to Community Interest in International Law », *RCADI* 1994-IV, p. 219-384.

SIMMA Bruno, « The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law », *EJIL* 1995, p. 1-23.

SIMMA Bruno, « Fragmentation in a Positive Light », *Michigan Journal of International Law* 2004, p. 845-848.

SLAUGHTER Anne-Marie et BURKE-WHITE William, « An International Constitutional Moment », *Harvard International Law Journal* 2002, p. 1-21.

SLOAN Blaine, « The United Nations Charter as a Constitution », *Pace Yearbook of International Law* 1989, p. 61-126.

SORENSEN Max, « Autonomous Legal Orders : Some Considerations Relating to a Systems Analysis of International Organisations in the World Legal Order », *ICLQ* 1983, p. 559-576.

ST. JOHN MACDONALD Ronald, « The United Nations Charter : Constitution or Contract ? », *in* ST. JOHN MACDONALD Ronald et JOHNSTON Douglas (dir.), *The Structure and Process of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1983, p. 889-912.

ST. JOHN MACDONALD Ronald, « The International Community as a Legal Legal Community », *in* ST. JOHN MACDONALD Ronald et JOHNSTON Douglas (dir.), *Towards World Constitutionalism. Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2005, p. 853-909.

STONE SWEET Alec, « What is a Supranational Constitution ? An Essay in International Relations Theory », *The Review of Politics* 1994, p. 441-474.

SUR Serge, « La coutume internationale, sa vie, son œuvre », *Droits* n°3, p. 111-124.

SUY Eric, « The Constitutional Character of Constituent Treaties of International Organizations and the Hierarchy of Norms », *in Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin, Springer Verlag, 1995, p. 267-277.

TAHVANAIENEN Annika, « Commentary to Professor Hafner », *Michigan Journal of International Law* 2004, p. 865-868.

TEUBNER Gunther et FISCHER-LESCANO Andrea, « Regime Collisions : the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law », *Michigan Journal of International Law* 2004, p. 999-1047.

TEUBNER Gunther, « Societal Constitutionalism : Alternatives to State-Centred Constitutional Theory ? », *in* JOERGES Christian, SAND Inger-Johanne et TEUBNER Gunther (dir.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, Hart, 2004, p. 3-28.

THÉVENAZ Henri, « Kelsen et le droit international », *in Mélanges Georges Perrin*, Lausanne, Payot, 1984, p. 313-325.

THIERRY Hubert, « Esquisse d'une classification fonctionnelle des normes internationales », *in Mélanges offerts au Professeur Robert-Edouard Charlier*, Paris, Éd. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 297-308.

TOMUSCHAT Christian, « Obligations Arising for States Without or Against Their Will », *RCADI* 1933-IV, p. 197-374.

TOMUSCHAT Christian, « International Law as the Constitution of Mankind », *in Le droit international à l'aube du XXIe siècle*, New York, Nations Unies, 1997, p. 37-50.

TOMUSCHAT Christian, « International Law : Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. General Course of Public International Law », *RCADI* 1999, p. 9-438.

TOUBLANC Alix, « L'article 103 et la valeur juridique de la Charte des Nations Unies », *RGDIP* 2004, p. 439-461.

TRACHTMAN Joel, « The Constitutions of the World Trade Organization », *EJIL* 2003, p. 623-648.

TRACHTMAN Joel, « Changing the Rules. Constitutional Moments of the World Trade Organization », *Harvard International Review* 2004.

TROPER Michel, « Fondement du caractère obligatoire et problème de causalité en droit international », *in Réalités du droit international contemporain. Force obligatoire et sujets de droit*, Reims, CERI, 1980, p. 41-53.

TROPER Michel, « Judicial Review and International Law », *San Diego International Law Journal* 2003, p. 39-56.

TROPER Michel, « Regards croisés sur les notions », *in* SFDI, *Les compétences de l'État en droit international*, Paris, Pedone, 2006, p. 55-62.

TRUYOL Y SERRA Antonio, « Théorie du droit international public. Cours général », *RCADI* 1981-IV, p. 9-444.

TRUYOL Y SERRA Antonio, « Souveraineté », *APD* 1990, p. 312-326.

TUNKIN Grigory, « The Legal Bases of International Organization Action », *in* DUPUY René-Jean (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988, p. 261-277.

VALTICOS Nicolas, « Pluralité des ordres juridiques et unité du droit international », *in Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krysztof Skubiszweski*, Dordrecht, Kluwer, 1996, p. 301-322.

VELLAS Pierre, « Philosophie du droit et méthodologie juridique en droit international public », *in Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, PUSST, 1978, p. 1099-1112.

VERDROSS Alfred, « Le fondement du droit international », *RCADI* 1927-I, p. 247-323.

VERZIJL J.-H.-W., « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *Revue de droit international* 1935, p. 284-339.

VESTING Thomas, « Constitutionalism or Legal Theory : Comments on Gunther Teubner », *in* JOERGES Christian, SAND Inger-Johanne et TEUBNER Gunther (dir.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, Hart, 2004, p. 29-39.

VIGNES Daniel-Henri, « Le principe de l'unanimité dans les organisations internationales », *AFDI* 1955, p. 111-119.

VIRALLY Michel, « De la classification des organisations internationales », *in Mélanges Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 365-382.

VON BOGDANDY Armin, « Constitutionalism in International Law : Comment on a Proposal from Germany », *Harvard International Law Journal* 2006, p. 223-242.

WALKER Neil, « The European Union and the World Trade Organization : Constitutionalism in a New Key », *in* DE BURCA Grainne et SCOTT Joanne (dir.), *The European Union and the World Trade Organization. Legal and Constitutional Issues*, Oxford, Hart, 2001, p. 31-58.

WALKER Neil, « The Idea of Constitutional Pluralism », EUI Working Papers Law n°2002/1, disponible à l'adresse suivante : http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/179/1/law02-1.pdf.

WALTER Christian, « Constitutionalizing (Inter)national Governance – Possibilies for and Limits to the Development of an International Constitutional Law », *German Yearbook of International Law* 2001, p. 170-192.

WALTER Christian, « International Law in a Process of Constitutionalization », *in* NIJMAN Janne et NOLKAEMPER André (dir.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, OUP, 2007, p. 191-215.

WELLENS Karel, « Solidarity as a Constitutional Principle : its Expanding Role and Inherent Limitations », *in* ST. JOHN MACDONALD Ronald et JOHNSTON Douglas (dir.), *Towards World Constitutionalism. Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2005, p. 775-807.

YAKENTCHOUK Romain, « La révision des traités multilatéraux en droit international », *RGDIP* 1956, p. 337-400.

YOUNG Ernest, « The Trouble With Global Constitutionalism », *Texas International Law Journal* 2003, p. 527-545.

ZOLLER Elisabeth, « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'États », *RCADI* 2002, p. 39-166.

2.3.2. Droit communautaire et européen

Ouvrages

Ouvrages généraux

BERRAMDANE Abdelkhaleq et ROSSETTO Jean, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 2005.

BLUMANN Claude et DUBOUIS Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3e éd., Paris, Litec, 2007.

BOULOUIS Jean et CHEVALLIER Roger-Michel, *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, 6e éd., Paris, Dalloz, 1994, T. I.

CARTOU Louis, CLERGERIE Jean-Louis, GRUBER Annie et RAMBAUD Patrick, *L'Union européenne*, 6e éd., Paris, Dalloz, 2006.

CATALANO Nicola, *Manuel de droit des Communautés européennes*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1965.

Centre Robert Schuman, *Quelle charte constitutionnelle pour l'Union européenne ? Stratégies et options pour renforcer le caractère constitutionnel des traités*, Strasbourg, Parlement européen, 1999.

CHALTIEL Florence, *Manuel de droit de l'Union européenne*, Paris, PUF, 2005.

FAVRET Jean-Marc, *Droit et pratique de l'Union européenne*, 6e éd., Paris, Gualino, 2009.

HARTLEY Trevor, *The Foundations of the European Community Law*, 5e éd., Oxford, OUP, 2003.

ISAAC Guy et BLANQUET Marc, *Droit général de l'Union européenne*, 9e éd., Paris, Sirey, 2006.

JACQUÉ Jean-Paul, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4e éd., Paris, Dalloz, 2006.

LABOUZ Marie-Françoise, *Droit communautaire européen général*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

LENARTS Koen et VAN NUFFEL Piet, *Constitutional Law of the European Union*, 2e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2005.

LOUIS Jean-Victor et RONSE Thierry, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

MANIN Philippe, *L'Union européenne. Institutions, ordre juridique, contentieux*, 7e éd., Paris, Pedone, 2005.

PERTEK Jacques, *Droit des institutions de l'Union européenne*, 2e éd., Paris, PUF, 2006.

REUTER Paul, *Cours d'organisations européennes*, Paris, Les cours de droit, 1958-1959.

RIDEAU Joël, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, 5e éd., Paris, LGDJ, 2006.

ROUX Jérôme, *Droit général de l'Union européenne*, 2e éd., Paris, Litec, 2008.

SIMON Denys, *Le système juridique communautaire*, 3e éd., Paris, PUF, 2001.

VAN RAEPENBUSCH Sean, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4e éd., Bruxelles Larcier, 2005.

Ouvrages spéciaux

AMMON Günther et HARTMEIER Michael (dir.), *Fédéralisme et centralisme. L'avenir de l'Europe entre le modèle allemand et le modèle français*, Paris, Economica, 1998.

BAQUERO CRUZ Julio, *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community*, Oxford, Hart, 2002.

BLANKART Charles et MUELLER Dennis (dir.), *A Constitution for the European Union*, Cambridge, MIT Press, 2004.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, LEVADE Anne et PICOD Fabrice, *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2007, T. I et II.

CHALTIEL Florence, *Naissance du peuple européen*, Paris, Odile Jacob, 2006.

CROISAT Maurice et QUERMONNE Jean-Louis, *L'Europe et le fédéralisme. Contribution à l'émergence d'un fédéralisme intergouvernemental*, Paris, Montchrestien, 1996.

DAUPS Thierry, *L'Union européenne. Un État sans souveraineté nationale*, 2006.

DE PONCINS Etienne, *La Constitution européenne en 25 clefs*, Paris, Lignes de repères, 2005.

DE PONCINS Etienne, *Le traité de Lisbonne en 27 clefs*, Paris, Lignes de repères, 2008.

DONY Marianne, *Après la réforme de Lisbonne. Les nouveaux traités européens*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2008.

DU GRANRUT Claude, *Une Constitution pour l'Europe*, Paris, LGDJ, 2004.

FRANCK Christian et BOLDRINI Sandra (dir.), *Une constitution pour un projet et des valeurs*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

HARTLEY Trevor, *Constitutional Problems of the European Union*, Oxford, Hart, 1999.

HESSE Joachim Jens et WRIGHT Vincent, *Federalizing Europe ?*, Oxford, OUP, 1996.

HEUSEL Wolfgang (dir.), *La charte des droits fondamentaux et le développement constitutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

JACOT-GUILLARMOD Olivier, *Droit communautaire et droit international public*, Genève, Librairie de l'Université, 1979.

MAGNETTE Paul, *Au nom des peuples. Le malentendu constitutionnel européen*, Paris, Les éditions du Cerf, 2006.

MICHEL Nicolas (dir.), *Une constitution pour l'Europe, expériences suisses et perspectives européennes*, Éditions universitaires de Fribourg, 2003.

MOREAU DEFARGES Philippe, *La Constitution européenne en question*, Paris, Éditions d'organisation, 2004.

NERI Sergio, *De la nature juridique des Communautés européennes*, Heule, UGA, 1964.

O'NEILL Michael, *The Struggle for the European Constitution. A Past and Future History*, Londres, Routledge, 2009.

PERNICE Ingolf, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Paris, Pedone 2004.

PESCATORE Pierre, *Droit international et droit communautaire : essai de réflexion comparative*, Nancy, CUE, 1969.

PESCATORE Pierre, *Le droit de l'intégration. Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

PESCATORE Pierre, *L'ordre juridique des Communautés européennes. Études des sources du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

PHILIP Christian, *La constitution européenne*, Paris, PUF, 2004.

PIRIS Jean-Claude, *Le traité constitutionnel pour l'Europe : une analyse juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

POCHERON Sabrina, *La constitution européenne, perspectives françaises et allemandes*, Paris, L'Harmattan, 2004.

PRIOLLAUD François-Xavier et SIRITZKY David, *Le traité de Lisbonne. Commentaire article par article des nouveaux traités européens*, Paris, La Documentation française, 2008.

ROSENSTIEL Francis, *Le principe supranational*, Paris, Pedone, 1962.

SAURON Jean-Luc, *Comprendre le traité de Lisbonne*, Paris, Gualino, 2008.

SMITH Brendan, *Constitution Building in the European Union. The Process of Treaty Reforms*, La Haye, Kluwer, 2002.

The Philip Morris Institute, *Does Europe Need a Constitution ?*, Londres, 1996.

TOUSCOZ Jean, *La constitution de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

TRIANTAFYLLOU Dimitris, *La Constitution de l'Union européenne selon le Traité de Rome de 2004*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2005.

VAN GERVEN Walter, *The European Union. A Polity of States and Peoples*, Oxford, Hart, 2005.

VON LINDEINER-WILDAU Klaus, *La supranationalité en tant que principe de droit*, Leyde, A.W. Sijthoff, 1970.

ZILLER Jacques, *La nouvelle Constitution européenne*, Paris, La Découverte, 2004.

Thèses et mémoires

ALLAIN Julien, *La constitution européenne, une problématique et des problèmes d'élaboration*, Mémoire de DEA, Limoges, 2003.

BARAV Ami, *La fonction communautaire du juge national*, Thèse, Strasbourg, 1983.

BARENTS René, *The Autonomy of Community Law*, La Haye, Kluwer, 2004.

BASSET Bruno, *Le processus de constitutionnalisation ou la logique d'État du droit communautaire. Ses implications dans les théories du droit international public et du droit constitutionnel*, Thèse, Paris X, 2002.

BENGOETXEA Joxerramon, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Oxford, Clarendon, 1993.

BLANCHARD David, *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, Rennes, Apogée, 2001.

COLIN Jean-Pierre, *Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 1966.

CONSTANTINESCO Vlad, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 1974.

DAUPS Thierry, *L'idée de constitution européenne*, Thèse, Paris X, 1992.

DELPIERRE Nicolas, *La nature juridique de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Thèse, Montpellier, 2006.

DUBOS Olivier, *Les juridictions nationales juge communautaire*, Paris, Dalloz, 2001.

FAURE TRONCHE Véronique, *L'Union européenne entre confédération et fédération*, Thèse, Limoges, 2000.

GAUDIN Hélène, *Le Parlement européen devant la Cour de justice des Communautés européennes. Contribution à l'étude des fonctions constitutionnelles de la Cour de justice des Communautés européennes*, Thèse, Bordeaux I, 1994.

GERKRATH Jörg, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1997.

LEBON Vanessa, *Le constitutionnalisme en Europe*, Thèse, Nice, 2005.

LENAERTS Koen, *Le juge et la constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988.

LESGUILLONS Henry, *L'application d'un traité-fondation : le traité instituant la CEE*, Paris, LGDJ, 1968.

LOTARSKI Jaroslaw, *Les accords externes dans la jurisprudence communautaire. Recherche sur les relations entre le droit international et le droit communautaire*, Thèse, Toulouse, 2001.

MABAKA Placide, *Problèmes et perspectives constitutionnels du processus d'intégration européenne. Aspects nationaux et européens*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

MARTI Gaëlle, *Le pouvoir constituant européen*, Thèse, Nancy II, 2008.

MONJAL Pierre-Yves, *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, Paris, LGDJ, 2000.

POIARES MADURO Miguel, *We the Court, the European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, Hart, 1998.

VERHOEVEN Amaryllis, *The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory*, La Haye, Kluwer, 2002.

Articles

« Editorial Comments : Union Without Constitution », *CMLR* 1997, p. 1105-1110.

ABROMEIT Heidrun et HITZEL-CASSAGNES Tanja, « Constitutional Change and Contractual Revision : Principles and Procedures », *ELJ* 1999, p.23-44.

ALKEMA EVERT Albert, « The European Convention as Constitution and its Court as Constitutional Court », *in Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges en l'honneur de Rolv Ryssdal*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 41-63.

ALLAIN Jean, « The European Court of Justice is an International Court », *Nordic Journal of International Law* 1999, p. 249-274.

ALLIES Paul, « Une fausse Constitution pour un vrai Commonwealth », *Regards sur l'actualité* n°307, p. 21-32.

ALLOTT Philip, « The Crisis of European Constitutionalism : Reflections on the Revolution in Europe », *CMLR* 1997, p. 439-490.

ALLOTT Philip, « Epilogue : Europe and the Dream of Reason », *in* WEILER J.H.H. et WIND Marlene (dir.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, CUP, 2003, p. 202-225.

ANDENAS Mads et GARDENER John, « Introduction : Can Europe Have a Constitution ? », *King's College Law Journal* 2001, p. 1-4.

ANDRÉANI Pascale, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline et ZILLER Jacques, « Repenser la Constitution européenne : le contexte politique », *RAE* 2006, p. 279-288.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, « Constitution européenne et droits fondamentaux. Au fondement d'une statocratie constitutionnelle : le virtuel et le réel », *Annuaire de droit européen* vol.1, p. 160-188.

ARNOLD Rainer, « European Constitutional Law : some Reflections on a Concept that Emerged in the Second Half of the Twentieth Century », *Tulane European and Civil Law* Forum 1999, p. 49-64.

ASO FERRER Angela, « Constitution or International Treaty », Communication présentée à l'IGC Net workshop, Paris, 7 et 8 juillet 2005, disponible à l'adresse suivante : http://www.uni-koeln.de/wiso-fak/powi/wessels/DE/ARCHIV/IGC_Net/Aso%20Ferrer_Constitution%20or%20 International%20Treaty.pdf.

AUER Andreas, « Le référendum européen : définitions, repères historiques et jalons d'étude », *in* AUER Andreas et FLAUSS Jean-François (dir.), *Le référendum européen*, Bruxelles Bruylant, 1997, p. 23-47.

AUER Andreas, « E pur si muove, le caractère constitutionnel de la Constitution pour l'Europe », *RDUE* 2005, p. 65-90.

AUER Andreas, « Conclusion générale : une grossesse originale, un accouchement difficile, un avenir incertain », *in* KADDOUS Christine et AUER Andreas (dir.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 335-343.

AVBELJ Matej, « Questioning EU Constitutionalisms », *German Law Journal* 2008, p. 1-26.

AVBELJ Matej et KOMAREK Jan, « Four Visions of Constitutional Pluralism », EUI Working Papers LAW n°2008/21, disponible à l'adresse suivante : http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/ 1814/9372/1/LAW_2008_21.pdf.

AVRIL Pierre, « Le traité instituant une Constitution pour l'Europe ou la cloche fêlée de Philadephie », *in Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1015-1027.

AZOULAY Loïc, « La nature de l'Union européenne. Discussion », *in* COHEN-JONATHAN Gérard et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir.), *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 97-123.

AZOULAY Loïc, « La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation », *RFDA* 2003, p. 859-873.

AZOULAY Loïc, « Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTDE* 2008, p. 29-45.

BADINTER Robert, « Entretien sur la Constitution européenne », *RDP* 2002, p. 1557-1570.

BALEKJIAN Wahe, « On the Nature of the European Community Law », *in Conceptions contemporaines du droit – 9e congrès mondial IVR*, *ARSP Supplementa* vol. 1, part IV, p. 565-574.

BANKOWSKI Zenon et CHRISTODOULIDIS Emilios, « The European Union as a Essentially Contested Project », *in* BANKOWSKI Zenon et SCOTT Andrew (dir.), *The European Union and its Order. The Legal Theory of European Integration*, Oxford, Blackwell, 2000, p. 17-30.

BANKOWSKI Zenon et SCOTT Andrew, « The European Union ? », *in* BELLAMY Richard (dir.), *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty : American and European Perspectives*, Aldershot, Avebury, 1996, p. 77-95.

BANKOWSKI Zenon et SCOTT Andrew, « Preface », *in* BANKOWSKI Zenon et SCOTT Andrew (dir.), *The European Union and its Order. The Legal Theory of European Integration*, Oxford, Blackwell, 2000, p. VII-XI.

BAQUERO CRUZ Julio, « Constitutional Gaps in European Community Law », *in Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, ULB, 2004, p. 29-44.

BARBIER Cécile, « Poursuivre la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe », *RMCUE* 2006, p. 365-370.

BARNARD Catherine, « Introduction : the Constitutional Treaty, the Constitutional Debate and the Constitutional Process », *in* BARNARD Catherine (dir.), *The Fundamentals of European Union Law Revisited. Assessing the Impact of the Constitutional Debate*, RCADE vol. XVI/2, p. 1-12.

BAST Jürgen, « The Constitutional Treaty as a Reflexive Constitution », *German Law Journal* 2005, p. 1433-1452.

BAUER-BERNET Hélène, « Notions indéterminées et droit communautaire », *in* PERELMAN Chaïm (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 269-296.

BEAUD Olivier, « Déficit politique ou déficit de la pensée politique ? », *Le Débat* n°87, p. 44-49.

BEAUD Olivier, « Propos sceptiques sur la légitimité d'un référendum européen ou plaidoyer pour plus de réalisme constitutionnel », *in* AUER Andreas et FLAUSS Jean-François (dir.), *Le référendum européen*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 125-180.

BEAUD Olivier, « Le projet de Constitution européenne sous l'angle du droit constitutionnel », *Annuaire de droit européen* vol. 1, p. 87-111.

BEAUD Olivier, « L'Europe vue sous l'angle de la fédération. Le regard paradoxal de Paul Reuter », *Droits* n°45, p. 47-72.

BEAUD Olivier et STRUDEL Sylvie, « Démocratie, fédéralisme et constitution », *in* BEAUD Olivier, LECHEVALIER Arnaud, PERNICE Ingolf et STRUDEL Sylvie (dir.), *L'Europe en voie de Constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 3-36.

BELLAMY Richard, « What Constitution for What Kind of Europe ? Three Models of European Constitutionalism », The Federal Trust Online Paper n°03/03, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=516802.

BENGOETXEA Joxerramon, « Institutions, Legal Theory and European Community Law », *ARSP* 1991, p. 195-213.

BENGOETXEA Joxerramon, « Principles in the European Constitutionalising Process », *King's College Law Journal* 2001, p. 100-110.

BENGOETXEA Joxerramon, « European Ways of Constitutionalism », *NoFo* n°3, p. 7-35.

BERGÉ Jean-Sylvestre, « L'enchevêtrement des normes internationales et européennes dans l'ordre juridique communautaire : contribution à l'étude du phénomène de régionalisation du droit », *LPA* 2004, n°199, p. 32-39.

BERGER Nathalie, « Les origines du processus constitutionnel », *in* AMATO Giuliano, BRIBOSIA Hervé et DE WITTE Bruno (dir.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 3-25.

BERNHARDT Rudolf, « Les sources du droit communautaire : la 'constitution' de la Communauté », *in* Commission des Communautés européennes, *Trente ans de droit communautaire*, Luxembourg, Office des publications des Communautés européennes, 1981, p. 73-86.

BERRAMDANE Abdelkhaleq, « Les droits fondamentaux dans la Constitution européenne. La constitutionnalisation de la charte des droits fondamentaux », *RDUE* 2003, p. 613-645.

BESSELINK Leonard, « The Notion and Nature of the European Constitution after the Reform Treaty », disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1086189.

BESSON Samantha, « The Many European Constitutions and the Future of European Constitutional Theory », *ARSP Beiheft* 2006, p. 160-189.

BESSON Samantha, « The Concept of Constitution in Europe : Interpretation in Lieu of Translation », *NoFo* n°3, p. 49-60.

BEULAY Marjorie, « Les arrêts Kadi et Al Barakaat International Foundation. Réaffirmation par la Cour de justice de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire vis-à-vis du droit international », *RMCUE* 2009, p. 32-40.

BIEBER Roland, « Les limites matérielles et formelles à la révision des traités établissant la Communauté européenne », *RMCUE* 1993, p. 345-350.

BIEBER Roland, KAHIL-WOLFF Bettina et MULLER Laurence, « Cours général de droit communautaire », *RCADE* vol. III, Book 1, p. 49-179.

BIEBER Roland et SALOMÉ Isabelle, « Hierarchy Norms in European Law », *CMLR* 1996, p. 907-930.

BIERNAT Stanislaw, « Ratification of the Constitutional Treaty and Procedures for the Case of Veto », *in* PERNICE Ingolf et ZEMANEK Jiri (dir.), *A Constitution for Europe : the IGC, the Ratification Process and Beyond*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2005, p. 97-126.

BIRKINSHAW Patrick, « Supranationalism, the Rule of Law and Constitutionalism in the Draft Union Constitution », *YEL* 2004, p. 199-223.

BIRKINSHAW Patrick, « Constitutions, Constitutionalism and the State », *European Public Law* 2005, p. 31-45.

BLAIRON Katia, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : la constitutionnalisation d'un 'droit commun' européen ? », *Politeia* n°8, p. 117-142.

BLANQUER Jean-Michel, « Le projet de Constitution européenne. Entre pacte fédératif et ordre constitutionnel coopératif », *RDP* 2003, p. 1275-1279.

BLUMANN Claude, « Essai sur le processus de constitutionnalisation de l'Union européenne », *in Les mutations du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 277-292.

BLUMANN Claude, « Projet de constitution pour l'Europe : étude de qualification juridique », *Annuaire de droit européen* vol. 1, p. 40-86.

BLUMANN Claude, « Quelques réflexions sur le projet de constitution de l'Union européenne », *RDP* 2003, p. 1269-1273.

BLUMANN Claude, « Entrée en vigueur, révision et retrait dans le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe », *Tribune du droit public* 2004, p. 146-160.

BLUMANN Claude, « Le monopole international de l'État remis en question », *Annuaire de droit européen* vol. 2, p. 78-103.

BLUMANN Claude, « La relance de l'Europe : le traité simplifié », *JCP* 2007, n°28, p. 3-5.

BLUMANN Claude, « Un mimétisme à l'envers : le contrôle de constitutionalité des engagements externes en droit constitutionnel et en droit communautaire », *in Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1039-1064.

BÖRZEL Tanja et RISSE Thomas, « Who Is Afraid of a European Federation ? How to Constitutionalise a Multi-Level Governance System », Jean Monnet Working Paper n°7/00, disponible à l'adresse suivante : http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/00/00f0101.html.

BOULOUIS Jean, « À propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes », *in Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, LGDJ, 1974, T. I, p. 149-162.

BOULOUIS Jean, « La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative aux relations extérieures », *RCADI* 1978-II, p. 337-393.

BOULOUIS Jean, « Le droit des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général », *in Droit communautaire et droit français. Recueil d'études*, Paris, La mémoire du droit, 1999, p. 19-67.

BOULOUIS Jean, « L'Europe communautaire deviendra-t-elle une fédération ? », *in Droit communautaire et droit français. Recueil d'études*, Paris, La mémoire du droit, 1999, p. 195-199.

BOUTARD LABARDE Marie-Chantal, « Propos communautaires autour de deux mots : vocabulaire juridique et définition », *in Droit civil, procédure, linguistique juridique. Études en hommage à Gérard Cornu*, Paris, PUF, 1994, p. 25-29.

BOY Laurence, « Le droit de la concurrence, élément d'une constitution européenne ? », *in* GIEPI, *La constitution économique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 123-145.

BRAND Michiel, « Affirming and Refining European Constitutionalism : Towards the Establishment of the First Constitution for the European Union », EUI Working Papers LAW n°2004/2, disponible à l'adresse suivante : http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/1882/1/law04-2.pdf.

BREDA Vito, « A European Constitution in a Multinational Europe or a Multinational Constitution for Europe », *ELJ* 2006, p. 330-344.

BRIBOSIA Hervé, « De la simplification des traités au traité constitutionnel », *in* AMATO Giuliano, BRIBOSIA Hervé et DE WITTE Bruno (dir.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 187-222.

BRUNET Ferran, « The European Economic Constitution : an Analysis of the Constitutional Treaty », *in* LAURSEN Finn (dir.), *The Rise and the Fall of the EU's Constitutional Treaty*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2008, p. 51-77.

BRUNET Pierre, « Humpty Dumpty à Babel ? Les juges et le vocabulaire européen », *LPA* 2008, n°164-165, p. 7-12.

BRUNKHORST Hauke, « A Polity Without a State ? European Constitutionalism Between Evolution and Revolution », *in* ERIKSEN Erik Oddvar, FOSSUM John Erik et MENENDEZ Augustin José (dir.), *Developing a Constitution for Europe*, Londres, Routledge, 2004, p. 88-105.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Pourquoi une constitution européenne ? », *RAE* 2001-2002/6, p. 670-682.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Entretien sur la Constitution européenne », *RDP* 2002, p. 1571-1584.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe au carrefour des ambivalences », *in L'intégration européenne au XXIe siècle. En hommage à Jacques Bourrinet*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 39-71.

BURLEY Anne-Marie et MATTLI Walter, « Europe Before the Court : a Political Theory of Integration », *International Organization* 1993, p. 41-76.

BZDERA André, « L'enjeu politique de la réforme institutionnelle de la Cour de justice de la Communauté européenne », *RMCUE* 1992, p. 240-249.

CALOGEROPOULOS-STRATIS S., « La nature juridique des institutions européennes », *in Mélanges Séfériadès*, Athènes, 1961, p. 335-350.

CAMPANA Marie-Jeanne, « Vers un langage juridique commun en Europe ? », *in* SACCO Rodolfo et CASTELLANI Luca (dir.), *Les multiples langues du droit européen uniforme*, Turin, L'Harmattan Italia, 1999, p. 7-34.

CANSACCHI Giorgio, « Les éléments fédéraux de la Communauté économique européenne », *in Mélanges en l'honneur de Gilbert Gidel*, Paris, Sirey, 1961, p. 91-104.

CASOLARI Frederico, « L'insertion du droit international dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *in* DONY Marianne et ROSSI Lucia Serena (dir.), *Démocratie, cohérence et transparence. Vers une constitutionnalisation de l'Union européenne*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2008, p. 125-153.

CASPER Gerhard, « The Emerging Constitution of the European Community », *The Law School Record* 1978, p. 5-12.

CASTIGLIONE Dario, « From the Charter to the Constitution of Europe ? Notes on the Constitutionalisation Process in the European Union », Queen's Paper on Europeanisation n°5/2002, disponile à l'adresse suivante : http://ideas.repec.org/p/erp/queens/p0027.html# download.

CASTIGLIONE Dario, « Constitutional Politics in the European Union », *in Constitutional Politics in the European Union*, New York, Palgrave MacMillan, 2007, p. 11-25.

CASTIGLIONE Dario, « Constitutional Moment or Constitutional Process », *in Constitutional Politics in the European Union*, New York, Palgrave MacMillan, 2007, p. 26-45.

CHAGNOLLAUD Dominique, « Propos sur la charte des droits fondamentaux », *in* MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel et MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand (dir.), *Constitution et construction européenne*, Paris, Dalloz, 2006, p. 197-200.

CHALMERS Damian, « Post-Nationalism and the Quest for Constitutional Substitutes », *Journal of Law and Society* 2000, p. 178-217.

CHALMERS Damian, « The Death of European Constitutionalism and the Renaissance of European Liberal Democracy », *ELR* 2007, p. 441-442.

CHALTIEL Florence, « La séparation horizontale des pouvoirs », *RAE* 2001-2002/6, p. 710-720.

CHALTIEL Florence, « Propos sur l'idée de constitution européenne », *RMCUE* 2002, p. 650-651.

CHALTIEL Florence, « Une constitution pour l'Europe : an I de la République européenne », *RMCUE* 2003, p. 493-502.

CHALTIEL Florence, « Existe-t-il une souveraineté européenne ? », *Politeia* n°6, p. 85-96.

CHALTIEL Florence, « De la souveraineté nationale à la souveraineté supranationale », *LPA* 2008, n°138, p. 73-87.

CHARPENTIER Jean, « Le contrôle par la Cour de justice de la conformité au traité des accords en vigueur conclu par la Communauté », *RMCUE* 1997, p. 413-421.

CHARRIER Carmenza, « La Communauté de droit : une étape sous-estimée dans la construction européenne », *RMCUE* 1996, p. 521-533.

CHEROT Jean-Yves, « Le droit dans un ordre juridique faiblement ordonné : le cas de l'Union européenne », *in Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 175-184.

CHITI Mario, « A Rigid Constitution for a Flexible Administration : New Forms of Governance », *Revue européenne de droit public* 2004, p. 175-191.

CHOPIN Thierry, « La Convention, moment constituant pour l'Europe ? », *Politique étrangère* 2003, p. 731-741.

CHRISTIANSEN Thomas, « Towards Statehood ? The European Union's Move Towards Constitutionalisation and Territorialisation », ARENA Working Paper n°21/2005, disponible à l'adresse suivante : http://www.arena.uio.no/publications/working-papers2005/papers/wp05_21.pdf.

CHRISTODOULIDIS Emilios, « European Constitutionalism : the Improbability of Self-Determination », *NoFo* n°5, p. 71-83.

CINTURA P., « L'objectivisme juridique et la Cour de Luxembourg », *RTDE* 1970, p. 272-295.

CLAPIÉ Michel, « Traité ou Constitution ? À propos du projet de Constitution de l'Union européenne », *D.* 2004, p. 1176-1178.

CLAPIÉ Michel, « Le pacte fédératif : un 'contrat public' qui s'ignore. Contribution à l'étude du traité établissant une Constitution pour l'Europe », *in Contrats publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit, 2006, vol. II, p. 403-416.

CLERGERIE Jean-Louis, « L'avenir fédéral de l'Union européenne », *RDP* 2000, p. 1529-1542.

CLERGERIE Jean-Louis, « L'avant-projet de Constitution européenne », *LPA* 2003, n°42, p. 9-15.

COHEN-JONATHAN Gérard, « La fonction quasi-constitutionnelle de la Cour européenne des droits de l'homme », *in Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1127-1153.

CONSTANTINESCO Léontin-Jean, « La spécificité du droit communautaire », *RTDE* 1966, p. 1-30.

CONSTANTINESCO Léontin-Jean, « La constitution économique de la Communauté économique européenne », *RTDE* 1977, p. 244-281.

CONSTANTINESCO Léontin-Jean, « Fédéralisme, constitutionnalisme ou fonctionnalisme (réflexions sur la méthode de l'intégration européenne) », *in Mélanges Fernand Dehousse. La construction européenne*, Paris, Nathan, 1979, p. 19-27.

CONSTANTINESCO Vlad, « La Cour de justice des Communautés européennes et le droit international », *in Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Méthodes d'analyse du droit international. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone 1984, p. 207-222.

CONSTANTINESCO Vlad, « L'émergence d'un droit constitutionnel européen – Rapport de synthèse », *in* FLAUSS Jean-François (dir.), *Vers un droit constitutionnel européen. Quel droit constitutionnel européen ?*, *RUDH* 1995, p. 445-450.

CONSTANTINESCO Vlad, « Par le droit, vers la politique ? », *in* DUPRAT Gérard (dir.), *L'Union européenne. Droit, politique et démocratie*, Paris, PUF, 1996, p. 175-189.

CONSTANTINESCO Vlad, « La constitutionnalisation de l'Union européenne », *in* RIDEAU Joël (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, p. 133-152.

CONSTANTINESCO Vlad, « Europe fédérale, confédération européenne, fédération d'États-nations », *Les cahiers français* n°298, p. 80-89.

CONSTANTINESCO Vlad, « Des racines et des ailes. Essai sur les rapports entre droit communautaire et droit constitutionnel », *in Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 309-323.

CONSTANTINESCO Vlad, « Europe fédérale ou fédération d'États-nations ? », *in* DEHOUSSE Renaud (dir.), *Une constitution pour l'Europe*, Paris, Presses de Science Po, 2002, p. 119-149.

CONSTANTINESCO Vlad, « Quelle constituante pour quelle constitution ? », *Europe en formation* n°1-2002, p. 17-27.

CONSTANTINESCO Vlad, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe : changement qualitatif ou simple consolidation ? », *Europe en formation* n°4-2004, p. 5-13.

CONSTANTINESCO Vlad, « Does the Constitutional Treaty Have a Future ? », *in* DOUGAN Michael et CURRIE Samantha (dir.), *50 Years of the European Treaties. Looking Back and Thinking Forward*, Oxford, Hart, 2009, p. 415-422.

COSTA Jean-Paul, « La Cour européenne des droits de l'homme : vers un ordre juridique européen ? », *in Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 197-206.

COSTA Jean-Paul, « La Cour européenne des droits de l'homme au service de la construction européenne », *in En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 299-308.

COSTA Jean-Paul, « La Cour européenne des droits de l'homme : est-elle une Cour constitutionnelle ? », *in Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2008, p. 145-156.

COTTIER Bertil, « La construction européenne aux yeux de l'observateur suisse », *in* AUDÉOUD Olivier, MOUTON Jean-Denis et PIERRÉ-CAPS Stéphane (dir.), *L'État multinational et l'Europe*, Nancy, PUN, 1997, p. 211-213.

CRAIG Paul, « Constitutions, Constitutionalism and the European Union », *ELJ* 2001, p. 125-150.

CRAIG Paul, « Constitutional Process and Reform in the European Union : Nice, Laeken, the Convention and the IGC », *Forum Constitutionis Europae* n°3/04, disponible à l'adresse suivante : www.whi-berlin.de/documents/craig.pdf.

CURTIN Deirdre, « The Constitutional Structure of the Union : a Europe of Bits and Pieces », *CMLR* 1993, p. 18-69.

DA CRUZ VILACA José Luis, « Un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité : quelques réflexions », *in* ROSSI Lucia Serena (dir.), *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne. Le projet de traité-constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 185-199.

DAGTOGLOU Prodomos, « La nature juridique de la Communauté européenne », *in* Commission des Communautés européennes, *Trente ans de droit communautaire*, Luxembourg, Office des publications des Communautés européennes, 1981, p. 35-44.

DA CRUZ VILACA José Luis et PICARRA Nuno, « Y a-t-il des limites matérielles à la révision des traités instituant les Communautés européennes ? », *CDE* 1993, p. 3-37.

DANI Marco, « European Legal Integration : the New Italian Scholarship », Jean Monnet Working Paper n°06/07, disponible à l'adresse suivante : http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/07/070601.pdf.

DANI Marco, « Remedying European Legal Pluralism. The FIAMM and Fedon Litigation and the Judicial Protection of International Trade Bystanders », Jean Monnet Working Paper n°06/09, disponible à l'adresse suivante : http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/09/090601.pdf.

D'ARGENT Pierre, « L'arrêt Kadi : le droit communautaire comme droit interne », *JTDE* 2008, p. 265-268.

DASHWOOD Alan, « The Limits of the European Community Powers », *ELR* 1996, p. 113-128.

DAUPS Thierry, « De la fédération d'État-nations et de sa Constitution », *LPA* 2002, n°141, p. 4-19.

DE ARANJO Christophe, « Sur le constitutionnalisme européen », *RDP* 2006, p. 1545-1568.

DEBARD Thierry, « Textes interinstitutionnels, constitutionnalisation et révision des traités », *in* CEDECE, *Les procédures de révision des traités communautaires : du droit international au droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 93-110.

DEBARD Thierry, « À propos du processus de constitutionnalisation des traités. Brèves remarques à mi-parcours sur les exigences du formalisme juridique et de la démocratie », *in Les Dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, p. 283-293.

DE BURCA Grainne, « The Institutional Development of the European Union : a Constitutional Analysis », *in* CRAIG Paul et DE BURCA Grainne (dir.), *The Evolution of European Union Law*, Oxford, OUP, 1999, p. 56-81.

DE BURCA Grainne, « The Development of European Constitutionalism and the Role of the European Union Charter of Fundamental Rights », *Columbia Journal of European Law* 2003, p. 355-382.

DE BURCA Grainne, « The Drafting of a Constitution for the European Union : Europe's Madisonian Moment or a Moment of Madness », *Washington and Lee Law Review* 2004, p. 555-583.

DE BURCA Grainne, « The European Union on the Road from the Constitutional Treaty to the Lisbon Treaty », Jean Monnet Working Paper n°03/08.

DE BURCA Grainne, « The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi », Jean Monnet Working Paper n°01/09.

DE CARA Jean-Yves, « La révision des traités communautaires et le droit international », *in* CEDECE, *Les procédures de révision des traités communautaires : du droit international au droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 9-24.

DE GIOVANI B., « Pourquoi une constitution européenne ? », *in* TELO Mario (dir.), *Démocratie et construction européenne*, Bruxelles, ULB, 1995, p. 339-344.

DEHOUSSE Fernand, « La déclaration de Laeken, mode d'emploi », *RMC* 2002, p. 78-82.

DEHOUSSE Franklin, « Quelques réflexions sur l'écriture des constitutions européennes », *in Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, ULB, 2003, p. 83-94.

DEHOUSSE Renaud, « Integration Through Law Revisited : Some Thoughts on the Juridification of the European Political Process », *in* SNYDER Francis (dir.), *The Europeanisation of Law : the Legal Effects of European Integration*, Oxford, Hart, 2000, p. 15-29.

DEHOUSSE Renaud, « Naissance d'un constitutionnalisme transnational », *Pouvoirs* n°96, p. 19-30.

DEHOUSSE Renaud, « Un nouveau constitutionnalisme », *in* DEHOUSSE Renaud (dir.), *Une constitution pour l'Europe*, Paris, Presses de Science Po, 2002, p. 19-38.

DEHOUSSE Renaud, « Convention européenne, pourquoi les antifédéralistes ont gagné », *Europe en formation* n°2-2003, p. 25-42.

DEHOUSSE Renaud, « Beaucoup de bruit pour presque rien ? », *Europe en formation* n°4-2004, p. 13-30.

DEHOUSSE Renaud, « Le faux débat constitutionnel », *Les Cahiers* n°19, p. 5-17.

DELAVALLE Sergio, « La construction de l'Union européenne : une Constitution sans peuple ? », *in* CAZZANIGA Gian Mario et ZARKA Yves Charles (dir.), *Penser la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine*, Paris, J. Vrin, 2001, p. 543-564.

DELLAVALLE Sergio, « Constitutionalism Beyond the Constitution. The Treaty of Lisbon in the Light of Post-National Public Law », Jean Monnet Working Paper n°03/09, disponible à l'adresse suivante : http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/09/090301.pdf.

DELIÈGE-SEQUARIS Marguerite, « Révision des traités européens en dehors des procédures prévues », *CDE* 1980, p. 539-552.

DELMAS-MARTY Mireille, « La convention pour l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux : une méthode constituante ? », *in* DEHOUSSE Renaud (dir.), *Une constitution pour l'Europe*, Paris, Presses de Science Po, 2002, p. 177-226.

DELPIERRE Nicolas, MOULINIER Bénédicte, PAPADIMITRIOU Théodora et PINCEMAILLE Delphine, « Forum écoles doctorales. Le traité établissant une Constitution européenne », *RDP* 2004, p. 609-631.

DENZA Eileen, « Two Legal Orders : Divergent or Convergent ? », *ICLQ* 1999, p. 257-284.

DEVUYST Youri, « The European Union's Constitutional Order ? Between Community Method and Ad Hoc Compromise », *Berkeley Journal of International Law* 2000, p. 1-52.

DE WITTE Bruno, « Rules of Change in International Law : How Special Is the European Community ? », *Netherlands Yearbook of International Law* 1994, p. 299-336.

DE WITTE Bruno, « Sovereignty and European Integration : the Weight of Legal Tradition », *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1995, p. 145-173.

DE WITTE Bruno, « Interpreting the European Community Treaty Like a Constitution : the Role of the Court of Justice in Comparative Perspective », *in* BAKKER Bob, HERINGA AALT Willem et STROINK Friks (dir.), *Judicial Control. Comparative Essays on Judicial Review*, Anvers, Maklu, 1995, p. 133-152.

DE WITTE Bruno, « International Agreement or European Constitution », *in* WINTER Jan, CURTIN Deirdre, KELLERMAN Alfred et DE WITTE Bruno (dir.), *Reforming the Treaty on European Union : the Legal Debate*, Dordrecht, Kluwer, 1996, p. 3-18.

DE WITTE Bruno, « The Role of Institutional Principes in the Judicial Development of the European Union Legal Order », *in* SNYDER Francis (dir.), *The Europeanisation of Law : the Legal Effects of European Integration*, Oxford, Hart, 2000, p. 83-100.

DE WITTE Bruno, « The Nice Declaration : Time for a Constitutional Treaty of the European Union ? », *International Spectator* 2001, p. 21-30.

DE WITTE Bruno, « Entry Into Force and Revision », *in* DE WITTE Bruno (dir.), *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, Florence, EUI, 2003, p. 207-223.

DE WITTE Bruno, « The Process of Ratification of the Constitutional Treaty and the Crisis Options : a Legal Perspective », EUI Working Paper LAW n°2004/16, disponible à l'adresse suivante : http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/2831/1/law04-16.pdf.

DE WITTE Bruno, « Treaty Revision in the European Union : Constitutional Change Through International Law », *Netherlands Yearbook of International Law* 2004, p. 51-84.

DE WITTE Bruno, « European Treaty Revision : a Case of Multilevel Constitutionalism », *in* PERNICE Ingolf et ZEMANEK Jiri (dir.), *A Constitution for Europe : the IGC, the Ratification Process and Beyond*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2005, p. 59-76.

DE WITTE Bruno, « La procédure de révision : continuité dans le mode de changement », *in* KADDOUS Christine et AUER Andreas (dir.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 147-161.

DEWOST Jean-Louis, « Peut-on parler de droit constitutionnel européen ? », *ENA mensuel* avril 1992, p. 9-11.

DIEZ-PICAZO Luis, « Les pièges de la souveraineté », *in* DEHOUSSE Renaud (dir.), *Une constitution pour l'Europe*, Paris, Presses de Science Po, 2002, p. 39-68.

DIEZ-PICAZO Luis, « Treaty or Constitution ? The Status of the Constitution for Europe », Jean Monnet Working Paper n°5/04.

DI FABIO Udo, « A European Constitutional Treaty : the Blueprint for the European Union », *German Law Journal* 2001, n°14.

DI FABIO Udo, « The European Charter : Towards a Constitution for the Union », *Columbia Journal of European Law* 2001, p. 159-172.

DIX Wolfgang, « Charte des droits fondamentaux et convention. De nouvelles voies pour réformer l'Union européenne ? », *RMCUE* 2001, p. 305-310.

DONNELLY Brendan, « The European Constitutional Treaty : its Past, Present and Future », Federal Trust Online Paper 2004, disponible à l'adresse suivante : http://www.fedtrust.co.uk/default.asp?pageid=215&mpageid=215&groupid=8.

DONNELLY Brendan, « Constitution or Constitutional Treaty », Federal Trust Policy Commentary 2005.

DONNER A.M., « The Constitutional Powers of the Court of Justice of the European Communities », *CMLR* 1974, p. 127-140.

D'ONORIO Joël-Benoît, « La pseudo-Constitution européenne : de l'abus de langage à l'abus de droit », *D.* 2005, p. 1307-1312.

DORAU Christoph et JACOBI Philipp, « The Debate Over a European Constitution : Is It Solely a German Concern ? », *European Public Law* 2000, p. 413-428.

DORWICK K.C., « A Model of the European Communities' Legal System », *YEL* 1983, p. 169-237.

DOUGLAS-SCOTT Sionaidh, « A Constitution for Europe : in Defence of Public Reason », Working Papers da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisbao n°11/2001, disponible à l'adresse suivante : http://www.fd.unl.pt/jurist/work_pap.htm#wp2001.

DOUGLAS-SCOTT Sionaidh, « The Charter of Fundamental Rights as a Constitutional Document », *European Human Rights Law Review* 2004, p. 37-50.

DRAGO Guillaume, « Le contrôle juridictionnel », *RAE* 2001-2002/6, p. 721-733.

DREXL Josef, « Competition Law as Part of the European Constitution », *in* VON BOGDANDY Armin et BAST Jürgen (dir.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart, 2006, p. 633-674.

DUBOUIS Louis, « L'intégration constitue-t-elle une menace pour l'État membre des Communautés européennes ? », *in La crise des institutions de l'État. Mélanges en l'honneur de Phédon Vegleris*, Athènes, 1988, p. 651-672.

DUBOUIS Louis, « La nature de l'Union européenne », *in* COHEN-JONATHAN Gérard et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir.), *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 81-96.

DUE Ole, « A Constitutional Court for the European Communities », *in Constitutional Adjudication in European Community and National Law. Essays for the Hon. Mr. Justice T.F. O'Higgins*, Londres, Butterworths, 1992, p. 3-10.

DUHAMEL Olivier, « Répond à la revue sur la réforme de l'Europe », *RMCUE* 2002, p. 357.

DUHAMEL Olivier, « La vraie question constitutionnelle », *Les Cahiers* n°19, p. 18-24.

DUHAMEL Olivier, « Une Constitution pour une démocratie européenne », *Regards sur l'actualité* n°307, p. 33-42.

DUHAMEL Olivier et MENDEZ DE VIGO Inigo, « Ce texte a un corps de traité mais une âme de constitution », *LPA* 2004, n°250, p. 20-28.

DUMONT Hugues, « La question de l'État européen du point de vue d'un constitutionnaliste », *Droit et Société* n°53-2003, p. 29-71.

DUMONT Hugues et VAN DROOGHENBROECK Sébastien, « La contribution de la Charte à la constitutionnalisation du droit de l'Union européenne », *in* CARLIER Jean-Yves et DE SCHUTTER Olivier (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 61-96.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline, « La souveraineté de l'État et de l'Union européenne », *in* DRAGO Roland (dir.), *Souveraineté de l'État et interventions internationales*, Paris, Dalloz, 1996, p. 47-58.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline, « Les droits fondamentaux dans le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe », *in Libertés, justice, tolérance. Mélanges en l'honneur du Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. 1, p. 761-769.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline, « Droit de l'Union, droit international et droits fondamentaux », *in Le droit à la mesure de l'homme. Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, Paris, Pedone, 2006, p. 151-161.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline, « Protection des droits fondamentaux et prévention du terrorisme : relations entre droit international et droit de l'Union européenne en question », *in La France, l'Europe et le monde. Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Paris, Pedone, 2008, p. 303-319.

DUVERGER Maurice, « Le pouvoir constituant dans l'Union européenne », *in* Centre Robert Schuman, *A Constitution for the European Union*, Florence, EUI, 1995, p. 35-39.

DYÈRE Arthur, « The Constitutionalisation of the European Union : Discourse, Present, Future and Facts », *ELR* 2005, p. 165-189.

EDWARD David, « The Community's Constitution – Rigid or Flexible ? The Contemporary Relevance of the Constitutional Thinking of James Bryce », *in International Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1994, vol. II, p. 57-78.

EIJSBOUTS Tom, « Europe's Single and Powerful Amphibious Model », *in* KADDOUS Christine et AUER Andreas (dir.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 83-90.

ELEFTHERIADIS Pavlos, « Aspects of European Constitutionalism », *ELR* 1996, p. 32-42.

ELEFTHERIADIS Pavlos, « Constitution or Treaty ? », Federal Trust Online Paper n°12/04, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=581361.

ELEFTHERIADIS Pavlos, « The Idea of a European Constitution », *OJLS* 2007, p. 1-21.

ERIKSEN Erik Oddvar, FOSSUM John Erik et MENENDEZ Augustin José, « Introduction : a Constitution in the Making », *in* ERIKSEN Erik Oddvar, FOSSUM John Erik et MENENDEZ Augustin José (dir.), *Developing a Constitution for Europe*, Londres, Routledge, 2004, p. 1-16.

ERIKSEN Erik Oddvar, FOSSUM John Erik, KUMM Mathias et MENENDEZ Augustin José, « Introduction : Crossing the Political Rubicon », ARENA Report n°3/2005, disponible à l'adresse suivante : http://www.arena.uio.no/cidel/Reports/Rubicon_Intro.pdf.

ERK Jan, « Real Constitution, Formal Constitution and Democracy in the European Union », *JCMS* 2007, p. 633-652.

EUZÉBY Alain, « Constitution de l'Union européenne : des valeurs à défendre », *RMCUE* 2004, p. 566-569.

EVERLING Ulrich, « Comments on the Article by B. de Witte », *in* WINTER Jan, CURTIN Deirdre, KELLERMAN Alfred et DE WITTE Bruno (dir.), *Reforming the Treaty on European Union : the Legal Debate*, Dordrecht, Kluwer, 1996, p. 19-22.

FARJAT Gérard, « La constitution économique de l'Europe et le couplage droit – économie », *in* GIEPI, *La constitution économique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 59-99.

FAURE-TRONCHE Véronique, « L'Union européenne est-elle une fédération ? », *RRJ* 2002, p. 1967-2009.

FAVOREU Louis, « Vers une justice constitutionnelle communautaire ? », *in* LOUIS Jean-Victor et WAELBROECK Denis (dir.), *Le Parlement européen dans l'évolution institutionnelle*, Bruxelles, ULB, 1989, p. 233-249.

FAVOREU Louis, « Quels modèles constitutionnels ? », *in* FLAUSS Jean-François (dir.), *Vers un droit constitutionnel européen. Quel droit constitutionnel européen ?*, *RUDH* 1995, p. 357-364.

FAVOREU Louis, « Institutions et constitution européennes », *LPA* 2000, n°248, p. 29-31.

FAVOREU Louis, « L'euroscepticisme du droit constitutionnel », *in* GAUDIN Hélène (dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect réciproque mutuel ?*, Paris, Economica, 2001, p. 379-390.

FAVOREU Louis, « Rapport de synthèse : l'euroscepticisme du droit constitutionnel (suite) », *RAE* 2001-2002/6, p. 699-702.

FAVOREU Louis, « Les cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des cours constitutionnelles », *in Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 36-45.

FELDMAN Jean-Philippe, « Sur le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe », *D.* 2004, p. 1531-1532.

FELDMAN Jean-Philippe, « Un traité peut-il établir une constitution ? Sur et au-delà de la décision n°2004-505 DC du 19 novembre 2004 du Conseil constitutionnel », *Politeia* n°8, p. 165-171.

FELDMAN Jean-Philippe, « Existe-t-il un constitutionnalisme européen ? », Rencontre Turgot du 1er mars 2005, disponible à l'adresse suivante : http://www.turgot.com/sites/turgot/article/pdf.php?article=existe_t_il_un_constitutionnalisme_europeen.

FELDMAN Jean-Philippe, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe et le constitutionnalisme. Un point de vue critique », VIIe Congrès de l'AIDC, Athènes, 11-15 juin 2007, disponible à l'adresse suivante : http://www.droitconstitutionnel.org/athenes/feldman.pdf.

FERAL Pierre-Alexis, « Le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe : simple consolidation ou véritable révolution ? », *LPA* 2004, n°156, p. 3-12.

FERNANDEZ ESTEBAN Maria Luisa, « Constitutional Values and Principles in the Community Legal Order », *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1995, p. 129-144.

FERRAJOLI Luigi, « Beyond Sovereignty and Citizenship : a Global Constitutionalism », *in* BELLAMY Richard (dir.), *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty : American and European Perspectives*, Aldershot, Avebury, 1996, p. 151-160.

FERRARI-BREEUR Christine, « La Convention : évaluation d'une méthode de changements constitutionnels dans l'Union européenne », *in* PHILIP Christian et SOLDATOS Panayotis (dir.), *La Convention sur l'avenir de l'Europe. Essai d'évaluation du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 1-22.

FINES Francette, « Les rapprochements entre les structures au double niveau national et communautaire », *in* GAUDIN Hélène (dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect réciproque mutuel ?*, Paris, Economica, 2001, p. 211-234.

FLAUSS Jean-François, « Les droits de l'homme comme élément d'une constitution de l'ordre européen », *LPA* 1993, n°52, p. 8-15.

FLAUSS Jean-François, « La contribution de la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme à la formation d'un droit constitutionnel européen », *in* FLAUSS Jean-François (dir.), *Vers un droit constitutionnel européen. Quel droit constitutionnel européen ?*, RUDH 1995, p. 373-385.

FLAUSS Jean-François, « Le référendum européen dans tous ses états. Conclusions générales », *in* AUER Andreas et FLAUSS Jean-François (dir.), *Le référendum européen*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 325-341.

FLAUSS Jean-François, « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle ? », *RFDC* 1999, p. 711-728.

FLAUSS Jean-François (dir.), « La qualification de l'ordre juridique communautaire – Table ronde », *in* GAUDIN Hélène (dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect réciproque mutuel ?*, Paris, Economica, 2001, p. 354-377.

FOLLESDAL Andreas, « Drafting a European Constitution – Challenges and Opportunities », Constitutionalism Web-Papers n°4/2002, disponible à l'adresse suivante : http://www.bath.ac.uk/esml/conWEB/Conweb%20papers-filestore/conweb4-2002.pdf.

FOSSUM John Erik et MENENDEZ Augustin José, « Democratic Constitution-Making. Reflections on the European Experiment », ARENA Working Papers n°18/2005, disponible à l'adresse suivante : http://www.arena.uio.no/publications/working-papers2005/papers/wp05_18.pdf.

FRANCK Christian, « Traité et constitution : les limites de l'analogie », *in* MAGNETTE Paul (dir.), *La constitution de l'Europe*, 2e éd., Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 31-40.

FRANKENBERG Günther, « The Return of the Contract : Problems and Pitfalls of European Constitutionalism », *ELJ* 2000, p. 257-276.

FREYMOND Pierre, « L'idée de supra-nationalité et les traités européens », *in Mélanges Séfériadès*, Athènes, 1961, p. 53-66.

FRIEDRICH Carl, « Vers le pouvoir constituant du peuple européen », *in* ALBERTINI Mario (dir.), *Qu'est-ce que le fédéralisme ?*, Paris, Société européenne d'études et d'informations, 1963, p. 211-220.

GAILLARD Maurice, « La compétence de la compétence dans l'Union européenne », *in* CEDECE, *Les procédures de révision des traités communautaires : du droit international au droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 111-126.

GANSHOF VAN DER MEERSCH Walter, « L'ordre juridique des Communautés européennes et le droit international », *RCADI* 1975-V, p. 1-433.

GAUDIN Hélène, « La Cour de justice, juridiction constitutionnelle ? », *RAE* 2000, p. 209-222.

GAUDIN Hélène, « La fonction constituante de la Cour de justice des Communautés européennes », *in* CEDECE, *Les procédures de révision des traités communautaires : du droit international au droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 25-52.

GAUDIN Hélène, « Entretien sur la Constitution européenne », *RDP* 2002, p. 1585-1600.

GAUDIN Hélène, « Regards croisés sur la Constitution européenne », *Annuaire de droit européen* vol. 1, p. 3-6.

GAUDIN Hélène, « Autour de la Constitution européenne : contribution à une théorie de l'Union européenne », *Annuaire de droit européen* vol. 1, p. 112-134.

GAUTRON Jean-Claude, « L'Union européenne et le concept d'organisation internationale », *in* DORMOY Daniel (dir.), *L'Union européenne et les organisations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 15-35.

GAUTRON Jean-Claude, « Remarques sur la constitutionnalisation de l'Union européenne et les problèmes liés à la révision des traités », *Studia Diplomatica* 1999, p. 67-73.

GAUTRON Jean-Claude, « Un ordre juridique autonome et hiérarchisé », *in* RIDEAU Joël (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuité et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, p. 23-64.

GAUTRON Jean-Claude, « Rapport de synthèse », *RAE* 2001-2002/6, p. 744-753.

GAUTRON Jean-Claude, « Remarques sur une continuité. Le développement constitutionnel du Parlement européen », *in La Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de Dmtri Georges Lavroff*, Paris, Dalloz, 2004, p. 171-187.

GAUTRON Jean-Claude et GRARD Loïc, « Le droit international dans la construction de l'Union européenne », *in* SFDI, *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, p. 11-152.

GEORGOPOULOS Théodore, « Sur le concept de 'constitution économique de l'Union européenne' », *in* GIEPI, *La constitution économique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 3-32.

GERBER David, « Constitutionalizing the Economy : German Neo-Liberalism, Competition Law and the 'New' Europe », *American Journal of Comparative Law* 1994, p. 25-84.

GIRAUD Jean-Guy, « Miracle à Philadelphie », *RMCUE* 2001, p. 655-659.

GLENCROSS Andrew, « Alberto Spinelli and the Idea of the US Constitution as a Model for Europe : the Promises and Pitfalls of an Analogy », *JCMS* 2009, p. 287-307.

GLIGA Silvana, « Constitution and Community. Social Underpinnings of a Legal Order », The Federal Trust – European Essay n°32, disponible à l'adresse suivante : http://www.fedtrust.co.uk/uploads/Essays/Essay_32.pdf.

GOHIN Olivier, « La nature juridique de la nouvelle Union européenne », *in* GOHIN Olivier et PÉCHEUL Armel (dir.), *La nouvelle Union européenne. Approches critiques de la Constitution européenne*, Paris, François-Xavier de Guibert, 2005, p. 71-89.

GOUAUD Christine, « Le projet de Constitution européenne », *RFDC* 1995, p. 287-307.

GOULARD Sylvie et LEQUESNE Christian, « Une Constitution européenne si et seulement si… », *Politique étrangère* n°2/2001, p. 31-48.

GOZARD Gilles, « La supranationalité de la Communauté économique européenne », *RDP* 1966, p. 884-917.

GRARD Loïc, « Brèves réflexions autour de l'idée de constitution pour l'Europe », *in Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 399-405.

GRARD Loïc, « Traité constitutionnel, une réalité juridique », *RDP* 2003, p. 1259-1263.

GREWE Constance, « Existe-t-il un droit constitutionnel européen ? », *in* GREWE Constance (dir.), *Questions sur le droit européen*, Caen, PU de Caen, 1996, p. 29-49.

GRIFFITHS Richard, « Europe's First Constitution : the European Political Community, 1952-1954 », *in The Construction of Europe. Essays in Honour of Emile Noel*, Dordrecht, Kluwer, 1994, p. 19-39.

GRIMM Dieter, « Does Europe Need a Constitution ? », *ELJ* 1995, p. 282-302.

GRIMM Dieter, « Le moment est-il venu d'élaborer une Constitution européenne ? », *in* DEHOUSSE Renaud (dir.), *Une constitution pour l'Europe*, Paris, Presses de Science Po, 2002, p. 69-78.

GRIMM Dieter, « Treaty or Constitution ? The Legal Basis of the European Union After Maastricht », *in* ERIKSEN Erik Oddvar, FOSSUM John Erik et MENENDEZ Augustin José (dir.), *Developing a Constitution for Europe*, Londres, Routledge, 2004, p. 69-87.

GROSSMAN Emilio et MICOLET Paul-Emmanuel, « Le nouvel ordre de politique économique européen : une constitution économique au service de la stabilité monétaire ? », *RMCUE* 2000, p. 243-251.

GUÉROT Ulrike, « Une nouvelle Constitution pour le vieux continent », *Politique étrangère* n°2/2001, p. 325-340.

GUERRA-MARTINS Ana Maria, « Vers une Constitution post-nationale, fédérale, confédérale ou vraiment sui generis ? », *Revue européenne de droit public* 2004, p. 39-69.

GUILLERMIN Guy, « Quelques réflexions sur la notion de constitution européenne », *in 50 ans de droit communautaire. Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, 2004, p. 525-539.

HAHN Hugo, « Constitutional Limitations in the Law of European Organisations », *RCADI* 1963-I, p. 189-306.

HALBERSTAM Daniel, « The Bride of Messina : Constitutionalism and Democracy in Europe », *ELR* 2005, p. 775-801.

HALLSTRÖM Pär, « Principles of Justice, Human Rights and Constitutional Principles Within the European Union : a Comment », *in* PAASIVIRTA Esa et RISSANEN Kirsti (dir.), *Principles of Justice and the Law of the European Union*, Bruxelles, Commission européenne, 1995, p. 115-122.

HALPÉRIN Jean-Louis, « La Constitution européenne : un événement juridique ? », *ERA-Forum scripta juris europaei* 2004, p. 328-336.

HALPÉRIN Jean-Louis, « L'Union européenne : un État en voie de constitution ? », *D.* 2004, p. 219-221.

HALTERN Ulrich, « Pathos and Patina : the Failure and Promise of Constitutionalism in the European Integration », Constitutionalism Web-Papers n°6/2002, disponible à l'adresse suivante : http://www.bath.ac.uk/esml/conWEB/Conweb%20papers-filestore/conweb6-2002.pdf.

HANCHER L., « Constitutionalism, the Community Court and International Law », *Netherlands Yearbook of International Law* 1994, p. 254-298.

HANF Dominik, « The Treaty Establishing a Constitution for Europe. A Flexible Constitution ? », *in* DEMARET Paul, INGE Govaere et HANF Dominik (dir.), *30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe. Liber Professorum 1973-74 – 2003-04*, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 2005, p. 53-68.

HANNEQUART Isabelle, « La problématique fédérale dans la Constitution européenne », *Tribune du droit public* 2004, p. 341-364.

HARDEN Ian, « The Constitution of the European Union », *Public Law* 1994, p. 609-624.

HARBO Tor-Inge, « The Function of a European Basic Law : a Question of Legitimacy », Constitutionalism WEB-Papers n°2/2007, disponible à l'adresse suivante : http://www.bath.ac.uk/esml/conWEB/Conweb%20papers-filestore/conweb2-2007.pdf.

HARTLEY Trevor, « Constitutional and Institutional Aspects of the Maastricht Agreement », *ICLQ* 1993, p. 213-237.

HARTLEY Trevor, « International Law and the Law of the European Union – a Reassessment », *BYBIL* 2001, p. 1-35.

HATJE Armin, « The Economic Constitution », *in* VON BOGDANDY Armin et BAST Jürgen (dir.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart, 2006, p. 587-632.

HÉRAUD Guy, « Nature juridique de la Communauté européenne d'après le projet du 10 mars 1953 », *RDP* 1953, p. 581-607.

HÉRAUD Guy, « La supranationalité dans l'organisation de l'UEO », *RDP* 1955, p. 304-329.

HÉRAUD Guy, « Observations sur la nature juridique de la Communauté économique européenne », *RGDIP* 1958, p. 25-56.

HÉRAUD Guy, « L'inter-étatique, le supra-national et le fédéral », *APD* 1961, p. 179-191.

HERRERO DE MINON Miguel, « Pour le peuple mais sans le peuple. Parallèlismes entre la Constitution européenne et le constitutionnalisme philo-soviétique », *in La Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, p. 409-415.

HERRMANN Christoph, « Much Ado About Pluto ? The Unity of Legal Order of the European Union Revisited », EUI Working Papers n°05/2007, disponible à l'adresse suivante : http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/6974/1/RSCAS_2007_05.pdf.

IDOT Laurence, « Traité simplifié, traité réformateur ou traité de Lisbonne…? », *Europe* n°11/2007, p. 1.

IGLIESAS BUIGUES José Luis, « La nature juridique du droit communautaire », *CDE* 1968, p. 501-531.

JACOBS Francis, « Is the Court of Justice of the European Communities a Constitutional Court ? », *in Constitutional Adjudication in European Community and National Law. Essays for the Hon. Mr. Justice T.F. O'Higgins*, Londres, Butterworths, 1992, p. 25-32.

JACOBS Francis, « The Community Legal Order – a Constitutional Order ? A Perspective from the European Court of Justice », *in* MOUTON Jean-Denis et STEIN Torsten (dir.), *Vers une nouvelle Constitution pour l'Union européenne ? La conférence intergouvernementale de 1996*, Trèves, ERA, 1997, p. 31-36.

JACOT-GUILLARMOD Olivier, « La hiérarchie des règles dans l'ordre constitutionnel de l'Union européenne », *in De la constitution. Études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 1996, p. 41-55.

JACQUÉ Jean-Paul, « Cours général de droit communautaire », *RCADE* vol. I, book 1, p. 237-360.

JACQUÉ Jean-Paul, « Le rôle du droit dans l'intégration européenne », Philosophie politique n°1, p. 119-134.

JACQUÉ Jean-Paul, « La Constitution de la Communauté européenne », *in* FLAUSS Jean-François (dir.), *Vers un droit constitutionnel européen. Quel droit constitutionnel européen ?*, *RUDH* 1995, p. 397-428.

JACQUÉ Jean-Paul, « Charte constitutionnelle et structure institutionnelle de la Communauté », *in* MOUTON Jean-Denis et STEIN Torsten (dir.), *Vers une nouvelle Constitution pour l'Union européenne ? La conférence intergouvernementale de 1996*, Trèves, ERA, 1997, p. 73-85.

JACQUÉ Jean-Paul, « Back to Philadelphia », *RMCUE* 2002, p. 661-669.

JACQUÉ Jean-Paul, « Les principes constitutionnels fondamentaux dans le projet de traité établissant la Constitution européenne », *in* ROSSI Lucia Serena (dir.), *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne. Le projet de traité-constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 47-62.

JACQUÉ Jean-Paul, « Le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe. Constitutionnalisation ou révision des traités », *in* DEMARET Paul, INGE Govaere et HANF Dominik (dir.), *30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe. Liber Professorum 1973-74 – 2003-04*, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 2005, p. 41-52.

JACQUÉ Jean-Paul, « Les enjeux de la Conférence intergouvernementale », *in* KADDOUS Christine et AUER Andreas (dir.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, Bruxelles Bruylant, 2006, p. 48-66.

JACQUÉ Jean-Paul, « Conclusions générales », *in La Constitution européenne après le 29 mai*, *RAE* 2006, p. 289-295.

JACQUÉ Jean-Paul, « Du traité constitutionnel au traité de Lisbonne », *RDP* 2008, p. 822.

JAN Pascal, « La Constitution européenne : l'an I d'une Fédération européenne d'État-nations », *RDP* 2003, p. 1253-1257.

JOERGES Christian, « The Law in the Process of Constituionalizing Europe », EUI Working Papers LAW n°2002/4, disponible à l'adresse suivante : http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/182/1/law02-4.pdf.

JOERGES Christian, « Constitutionalism and Transnational Governance : Exploring a Magic Triangle », *in* JOERGES Christian, SAND Inger-Johanne et TEUBNER Gunther (dir.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, Hart, 2004, p. 339-375.

JOERGES Christian, « What is Left of the European Economic Constitution ? A Melancholic Eulogy », *ELR* 2005, p. 461-489.

JONES Mark, « Legal Nature of the European Community : a Jurisprudential Analysis Using H.L.A. Hart's Model of Law and Legal System », *Cornell International Law Journal* 1984, p. 1-59.

JOUANJAN Olivier, « Ce que donner une constitution à l'Europe veut dire », *Cités* n°13, p. 21-35.

KAKOURIS Constantinos, « La Cour de justice des Communautés comme Cour constitutionnelle : trois observations », *in Festschrift für Ulrich Everling*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1995, T. I, p. 629-640.

KAPTEYN P.J., « Quelques réflexions sur les effets des accords internationaux liant la Communauté dans l'ordre juridique communautaire », *in Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Professor M. Diez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 1007-1015.

KAUFF-GAZIN Fabienne, « L'arrêt Bosphorus de la CEDH : quand le juge de Strasbourg décerne au système communautaire un label de protection satisfaisante des droits fondamentaux », *LPA* 2005, n°234, p. 9-21.

KAUFF-GAZIN Fabienne et PIETRI Matrin, « Premières analyses du projet de constitution européenne », *Europe* n°8-9/2003, p. 3-9.

KIRCHHOF Paul, « The Legal Structure of the European Union as a Union of States », *in* VON BOGDANDY Armin et BAST Jürgen (dir.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart, 2006, p. 765-802.

KISS Alexandre, « La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle créé un ordre juridique autonome ? », *in Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 493-505.

KLÄBBERS Jan et LEINO Päivi, « Death By Constitution ? The Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe », *German Law Journal* 2003, p. 1293-1305.

KLEIN Claude, « Constitution et entités politiques multinationales : à propos de la Convention européenne », *Cités* n°13, p. 37-46.

KOHLER-KOCH Beate, « A Constitution for Europe ? », Mannheimer Zentrum für Europaïsche Sozialforschung n°8-1999, disponible à l'adresse suivante : http://www.mzes.uni-mannheim.de/publications/wp/wp-8.pdf.

KOVAR Robert, « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *RCADE* vol. IV, book 1, p. 15-128.

KRAJEWSKI Markus, « The Emerging Constitutional Law of the European Foreign Policy », *in* BODNAR Adam, KOWALSKI Michal, RAIBLE Karen et SCHORKOPF Frank (dir.), *The Emerging Constitutional Law of the European Union. German and Polish Perspectives*, Berlin, Springer, 2003, p. 441-466.

KÜHN Zdenek, « Making a European Transnational Constitution : Sime Central European Perspectives », *in* PERNICE Ingolf et ZEMANEK Jiri (dir.), *A Constitution for Europe : the IGC, the Ratification Process and Beyond*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2005, p. 127-140.

KÜHNARD Ludger, « Towards Europe 2007 : Identity, Institution-Building and the Contitution of Europe », *in* ZERVAKIS Peter et CULLEN Peter (dir.), *The Post-Nice Process : Towards a European Constitution ?*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2002, p. 15-44.

KUMM Mathias, « To Be a European Citizen ? The Absence of Constitutional Patriotism and the Constitutional Treaty », *Columbia Journal of European Law* 2005, p. 481-522.

KUMM Mathias, « Beyond Golf Clubs and the Judicialization of Politics : Why Europe Has a Constitution Poperly so Called », *American Journal of Comparative Law* 2006, p. 505-529.

KWIECIEN Roman, « Sovereignty of the European Union Member States : International Legal Aspects », *in* BODNAR Adam, KOWALSKI Michal, RAIBLE Karen et SCHORKOPF Frank (dir.), *The Emerging Constitutional Law of the European Union. German and Polish Perspectives*, Berlin, Springer, 2003, p. 339-357.

LADENBURGER Clemens, « Towards a Post-National Constitution, Federal, Confederal or Genuinely Sui Generis ? Introductory Comments on the Convention Method, and on Some Features of an Improved Constitutional Character », *Revue européenne de droit public* 2004, p. 75-111.

LAMASSOURE Alain, « Après la Convention, vers la constitution européenne », *Commentaire* n°100, p. 603-609.

LAMOUREUX François, « Le projet Pénélope », *in* COHEN-JONATHAN Gérard et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir.), *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 43-55.

LAMOUREUX François, « La Constitution 'Pénélope' : une refondation pour en finir avec les replâtrages », *RDUE* 2003, p. 13-37.

LAMBERS Hans Jürgen, « Les clauses de révision des traités instituant les Communautés européennes », *AFDI* 1961, p. 593-631.

LAQUIÈZE Alain, « Quel avenir pour l'Union européenne et le traité établissant une Constitution pour l'Europe », *in* DU RÉAU Elisabeth et LAQUIÈZE Alain (dir.), *Les débats autour de la Constitution pour l'Europe, enjeux et perspective 2005-2008*, *Les cahiers européens de la Sorbonne Nouvelle* n°4-2007, p. 169-177.

LA TORRE Massimo, « Wille zur Verfassung, or the Constitutional State in Europe », *in* ERIKSEN Erik Oddvar, FOSSUM John Erik et MENENDEZ Augustin José (dir.), *Developing a Constitution for Europe*, Londres, Routledge, 2004, p. 162-180.

LAURENT Sylvain, « Le processus de déconstitutionnalisation entamé par le traité de Lisbonne », *RMCUE* 2008, p. 289-291.

LAURSEN Finn, « Vers un traité constitutionnel ? », *Europe en formation* n°1-2002, p. 29-40.

LAURSEN Finn, « Concluding Remarks : the Constitutional Treaty is Dead, Long Live European Constitutionalism », *in* LAURSEN Finn (dir.), *The Rise and the Fall of the EU's Constitutional Treaty*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2008, p. 539-550.

LEBAUT-FERRARESE Bernadette et KARPENSCHIF Michaël, « La constitutionnalisation de la Charte : un acte fondamental pour l'Union européenne », *in* PHILIP Christian et SOLDATOS

Panayotis (dir.), *La Convention sur l'avenir de l'Europe. Essai d'évaluation du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 125-161.

LEBEN Charles, « À propos de la nature juridique des Communautés européennes », *Droits* n°14, p. 61-72.

LEBEN Charles, « Fédération d'États ou État fédéral ? », Jean Monnet Working Paper n°7/00.

LECA Jean, « Questions sur la constitution européenne » *in* BEAUD Olivier, LECHEVALIER Arnaud, PERNICE Ingolf et STRUDEL Sylvie (dir.), *L'Europe en voie de Constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 105-115.

LECZYKIEWICZ Dorota, « Why Do the European Court of Justice Judges Need Legal Concepts ? », *ELJ* 2008, p. 773-786.

LEFEBVRE Maxime, « La Constitution européenne : bilan d'un accouchement (2002-2004) », *RMCUE* 2004, p. 559-565.

LEJEUNE Yves, « L'idée contemporaine de confédération en Europe : quelques enseignements tirés de l'expérience de l'Union européenne » *in* Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Le concept contemporain de confédération*, Strasbourg, Éd. du Conseil de l'Europe, 1995, p. 126-148.

LENAERTS Koen, « La déclaration de Laeken : premier jalon d'une constitution européenne », *JTDE* 2002, p. 29-42.

LENAERTS Koen, « The Constitution for Europe : Fiction or Reality ? », *Columbia Journal of European Law* 2005, p. 465-479.

LENAERTS Koen, « La constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'Union européenne », *in En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 815-831.

LENAERTS Koen, « De Rome à Lisbonne, la constitution en marche », *CDE* 2008, p. 229-253.

LENAERTS Koen, BINON Jean-Marc et VAN NUFFEL Piet, « L'Union européenne en quête d'une Constitution : bilan des travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe », *JTDE* 2003, p. 289-299.

LENAERTS Koen et CORTHAUT Tim, « Judicial Review as a Contribution to the Development of European Constitutionalism », *YEL* 2003, p. 1-43.

LENAERTS Koen et DESOMER Marlies, « New Models of Constitution-Making in Europe : the Quest for Legitimacy », *CMLR* 2002, p. 1217-1253.

LENAERTS Koen et VAN NUFFEL Piet, « La Constitution pour l'Europe et l'Union comme entité politique et ordre juridique », *CDE* 2005, p. 13-126.

LEQUESNE Christian, « De l'utilité d'une constitution pour une Union élargie », *in* MAGNETTE Paul (dir.), *La constitution de l'Europe*, 2e éd., Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 85-90.

LERAY Emmanuelle et POTTEAU Aymeric, « Réflexions sur la cohérence du système de contrôle de légalité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne », *RTDE* 1998, p. 535-571.

LEVRAT Nicolas, « L'Union européenne : une fédération internationale », *in* GAUDREAULT-DESBIENS Jean-François et GÉLINAS Fabien (dir.), *Le fédéralisme dans tous ses états. Gouvernance, identité et méthodologie*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 298-302.

LINDAHL Hans, « Sovereignty and Representation in the European Union », *in* WALKER Neil (dir.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart, 2003, p. 87-114.

LINDAHL Hans et VAN ROERMUND Bert, « Law Without a State ? On Representing the Common Market », *in* BANKOWSKI Zenon et SCOTT Andrew (dir.), *The European Union and its Order. The Legal Theory of European Integration*, Oxford, Blackwell, 2000, p. 1-16.

LINDSETH Peter, « The Maastricht Decision Ten Years Later : Parliamentary Democracy, Separation of Powers and the Schmittian Interpretation Reconsidered », EUI Working Papers LAW n°2003/18, disponible à l'adresse suivante : http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/1893/1/03_18.pdf.

LODGE Juliet, « L'émergence d'une constitution européenne : démocratie naissante ou eurocratie camouflée », *in* TELO Mario et MAGNETTE Paul (dir.), *Repenser l'Europe*, Bruxelles, ULB, 1995, p. 105-126.

LOPES-SABINO Amadeu, « Penser la Constitution de l'Union européenne », *RMCUE* 1993, p. 362-366.

LOUIS Jean-Victor, « Quelques considérations sur la révision des traités instituant les communautés », *CDE* 1980, p. 554-558.

LOUIS Jean-Victor, « La constitution de l'Union européenne », *in* TELO Mario (dir.), *Démocratie et construction européenne*, Bruxelles, ULB, 1995, p. 329-337.

LOUIS Jean-Victor, « Le référendum comme instrument de réformes constitutionnelles de l'Union européenne », *in* AUER Andreas et FLAUSS Jean-François (dir.), *Le référendum européen*, Bruxelles Bruylant, 1997, p. 317-324.

LOUIS Jean-Victor, « La CIG de 1996 : une étape vers une nouvelle constitution pour l'Union européenne ? », *in* MOUTON Jean-Denis et STEIN Torsten (dir.), *Vers une nouvelle Constitution pour l'Union européenne ? La conférence intergouvernementale de 1996*, Trèves, ERA, 1997, p. 103-115.

LOUIS Jean-Victor, « Le modèle constitutionnel européen : de la Communauté à l'Union », *in* MAGNETTE Paul et REMACLE Éric (dir.), *Le nouveau modèle européen. Institutions et gouvernance*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2000, vol. 1, p. 31-50.

LOUIS Jean-Victor, « Les projets de constitution dans l'histoire de la construction européenne », *in* MAGNETTE Paul (dir.), *La constitution de l'Europe*, 2e éd., Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 41-57.

LOUIS Jean-Victor, « La Convention et l'avenir de l'Union européenne », *CDE* 2002, p. 235-242.

LOUIS Jean-Victor, « L'Union européenne dans le projet de Constitution », *RDP* 2003, p. 1265-1268.

LOUIS Jean-Victor, « Le projet de constitution : continuité ou rupture ? », *CDE* 2003, p. 215-223.

LOUIS Jean-Victor, « Du projet Spinelli à la Constitution européenne », *in* KADDOUS Christine et AUER Andreas (dir.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, Bruxelles Bruylant, 2006, p. 15-37.

LOUIS Jean-Victor, « Le traité de Lisbonne », *JTDE* 2007, p. 289-298.

MACCORMICK John, « Habermas, Supranational Democracy and the European Constitution », *European Constitutional Law Review* 2006, p. 398-423.

MACCORMICK Neil, « The New European Constitution : Legal and Philosophical Perspective », Lecture in Honour of Leon Petrazycki, Varsovie, 11 juin 2003, disponible à l'adresse suivante : http://www.iusetlex.pl/pdf/okladka.pdf.

MACCORMICK Neil, « How to Adopt a European Constitution and How Not To Adopt One », *Forum Constitutionis Europae* n°8/05, disponible à l'adresse suivante : http://www.whi-berlin.de/documents/maccormick.pdf.

MADDALON Philippe, « Pourquoi est-il difficile d'identifier la constitution économique européenne ? », *in* GIEPI, *La constitution économique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 103-121.

MAGNETTE Paul, « Questions sur la constitution européenne », *in* MAGNETTE Paul (dir.), *La constitution de l'Europe*, 2e éd., Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 7-18.

MAGNETTE Paul, « La constitutionnalisation des traités européens. Forces et limites de la méthode conventionnelle », *in* DE SCHUTTER Olivier et NIHOUL Paul (dir.), *La Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 23-51.

MAGNETTE Paul, « La Convention européenne : argumenter et négocier dans une assemblée constituante multinationale », *RFSP* 2004, p. 5-41.

MAGNETTE Paul et LACROIX Justine, « European Union Constitutionalism and the American Experience », *in* DE BURCA Grainne et SCOTT Joanne (dir.), *Law and New Governance in the European Union and the United States*, Oxford, Hart, 2006, p. 363-380.

MAGNETTE Paul et REMACLE Éric, « La grande transformation de l'Europe », *in* MAGNETTE Paul et REMACLE Éric (dir.), *Le nouveau modèle européen. Institutions et gouvernance*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2000, vol. 1, p. 8-23.

MANITAKIS Antonis, « Des impasses de la constitutionnalisation formelle de l'Union européenne », *in Le droit figure du politique. Études offertes au professeur Michel Miaille*, Montpellier, 2008, p. 553-565.

MANCINI Frederico, « The Making of a Constitution for Europe », *CMLR* 1989, p. 595-614.

MANCINI Frederico, « The Case for Statehood », *ELJ* 1998, p. 29-42.

MANCINI Frederico et KEELING David, « From CILFIT to ERT : the Constitutional Challenge Facing the European Court », *YEL* 1991, p. 1-13.

MANIN Philippe, « L'influence du droit international sur la jurisprudence communautaire », *in* SFDI, *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, p. 153-168.

MANZELLA Andrea, « La constitution européenne : une véritable constitution ? », *in* ROSSI Lucia Serena (dir.), *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne. Le projet de traité-constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 63-76.

MARCUS-HELMONS Silvio, « La place de la Convention dans l'intégration européenne », *RUDH* 1992, p. 434-439.

MARHOLD Hartmut, « Le débat politique sur la constitutionnalisation de l'Europe », *Europe en formation* n°321, p. 15-31.

MARHOLD Hartmut, « Grandeur et faiblesses de la Convention européenne. Un bilan provisoire », *Europe en formation* n°3-4/2002, p. 6-15.

MARTI Gaëlle, « Les accords interinstitutionnels : sources du droit constitutionnel de l'Union européenne ? », *Politeia* n°8, p. 215-228.

MARTINS Ana, « Amendment of the Constitution : Procedural and Political Questions », *in* PERNICE Ingolf et ZEMANEK Jiri (dir.), *A Constitution for Europe : the IGC, the Ratification Process and Beyond*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2005, p. 199-210.

MATALA-TALA Léonard, « La construction politique européenne : plaidoyer pour un nouveau contrat social », *Civ. Eur.* n°1, p. 109-124.

MATHIEU Bertrand, « Propos liminaires », *RAE* 2001-2002/6, p. 654.

MATHIEU Bertrand, « Réflexions sur le rôle de l'État en tant qu'élément du pouvoir constituant de l'Union européenne », *Annuaire de droit européen* vol. 2, p. 105-118.

MATHIEU Bertrand, MÉLIN-SOUCRAMANIEN Fernand et VERPEAUX Michel (dir.), « La constitution européenne, une constitution ? Débats », *RAE* 2001-2002/6, p. 691-698 et 734-743.

MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, « Brèves remarques sur le projet de Constitution européenne », *JCP* 2003.IV.520.

MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, « Une Constitution pour quelle Europe ? Brèves réflexions à l'occasion d'un anniversaire », *JCP* 2007.I.128.

MAULIN Éric, « Révision d'un traité ou émergence d'un pouvoir constituant ? La procédure d'adoption et de révision de la constitution européenne », *in* BEAUD Olivier, LECHEVALIER Arnaud, PERNICE Ingolf et STRUDEL Sylvie (dir.), *L'Europe en voie de Constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 289-303.

MAULIN Éric, « Le pouvoir constituant dans l'Union européenne », *Droits* n°45, p. 73-88.

MAUS Didier, « Traité ou constitution ? À chacun sa vérité », *RPP* n°1031, p. 180-185.

MAUS Didier, « Gouvernance et identité en Europe. La problématique de la Constitution pour l'Europe », *Revue européenne de droit public* 2004, p. 305-321.

MAYER Franz, « La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne », *RTDE* 2003, p. 175-196.

MÉGRET Jacques, « La spécificité du droit communautaire », *RIDC* 1967, p. 565-577.

MENENDEZ Augustin José, « Three Conceptions of the European Constitution », ARENA Working Paper n°12/2003, disponible à l'adresse suivante : http://www.arena.uio.no/publications/working-papers2003/papers/wp03_12.pdf.

MENENDEZ Augustin José, « Neither Constitution Nor Treaty. A Deliberative-Democratic Analysis of the Constitutional Treaty of the European Union », ARENA Working Paper n°8/2005, disponible à l'adresse suivante : http://www.arena.uio.no/cidel/wp05_08.pdf.

MÉNY Yves, « Constituer l'Europe », *Le Monde* 28 février 2002, p. 15.

MERCADIER Marie-Françoise, « Pouvoir constituant et transferts de souveraineté. Les expériences d'intégration régionale : de la CEE à l'Union européenne », Intervention au colloque Le pouvoir constituant aujourd'hui, Tunis, 16 et 17 novembre 2006, disponible à l'adresse suivante : http://www.atdc.org.tn/contributions/Constituant_Mercadier.pdf.

MICHEL Valérie, « Constitution pour l'Europe (traité) », *Encyclopédie Dalloz communautaire*, 2003.

MICHEL Valérie et BOUVERESSE Aude, « La notion de constitution », *in* CONSTANTINESCO Vlad, GAUTIER Yves et MICHEL Valérie (dir.), *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Strasbourg, PUS, 2005, p. 31-60.

MOLINIER Joël, « La notion de pouvoir public commun et la nature des Communautés européennes », *in 50 ans de droit communautaire. Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, 2004, p. 191-210.

MÖLLERS Christoph, « Pouvoir Constituant, Constitution, Constitutionalisation », *in* VON BOGDANDY Armin et BAST Jürgen (dir.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart, 2006, p. 183-226.

MONACO Riccardo, « Note sur l'intégration juridique dans les Communautés européennes », *in Mélanges Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, Bruylant, 1972, T. II, p. 309-323.

MONJAL Pierre-Yves, « L'Union européenne à la recherche d'une qualification juridique », *LPA* 1995, n°14, p. 12-18.

MONJAL Pierre-Yves, « La nature juridique de l'Union européenne, en attendant Godot », *LPA* 1995, n°57, p. 16-24.

MONJAL Pierre-Yves, « Les accords externes conclus par la Communauté européenne : des actes judiciairement contestables », *Europe* n°10/1999, p. 4-6.

MONJAL Pierre-Yves, « La Cour de justice et les accords externes conclus par la Communauté européenne : une intégration contrôlée dans l'ordre juridique communautaire », *in 50 ans de droit communautaire. Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, 2004, p. 409-448.

MONJAL Pierre-Yves, « Le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe : quels fondements théoriques pour le droit constitutionnel de l'Union européenne ? », *RTDE* 2004, p. 443-475.

MONJAL Pierre-Yves, « Au fondement du droit de l'Union européenne. Recherches doctrinales sur le concept de 'commun' », *RDP* 2007, p. 1291-1328.

MOREIRA GONZALEZ Carlos, « The International Element Within the European Constitutional Treaty », *in* KADDOUS Christine et AUER Andreas (dir.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 91-106.

MOUSSIS Nicolas, « Réussir la constitution : l'adopter, puis l'adapter à la majorité », *RMCUE* 2004, p. 151-152.

MOUSSIS Nicolas, « La Constitution est morte ! Vive la Constitution ! Une Constitution rédigée par une assemblée constituante », *RMCUE* 2006, p. 151-165.

MOUSSIS Nicolas, « Le traité de Lisbonne : une constitution sans en avoir le titre », *RMCUE* 2008, p. 161-168.

MOUTON Jean-Denis, « Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme comme actes de discours : contribution à une méthodologie de la fonction juridictionnelle », *in Le droit des peuples à diposer d'eux-mêmes. Méthodes d'analyse du droit international. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, p. 407-431.

MOUTON Jean-Denis, « La construction européenne et les mutations de l'État-nation », in Commission européenne pour la démocratie par le droit, Les mutations de l'État-nation en Europe à l'aube du XXIe siècle, Strasbourg, Éd. du Conseil de l'Europe, 1999, p. 79-106 ?

MOUTON Jean-Denis, « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États dans le système communautaire », *in Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, p. 463-477.

MOUTON Jean-Denis, « Introduction », *in Les mots de la constitution européenne*, Paris, PUF, 2005, p. 15-28.

MOUTON Jean-Denis et STEIN Torsten, « Propos introductifs », *in* MOUTON Jean-Denis et STEIN Torsten (dir.), *Vers une nouvelle Constitution pour l'Union européenne ? La conférence intergouvernementale de 1996*, Trèves, ERA, 1997, p. 23-24.

MOUTON Jean-Denis, « L'évolution de l'Union européenne : quelles perspectives pour ses relations avec l'autre Europe ? », *RDP* 2008, p. 754-773.

MOUTON Stéphane, « Le pouvoir constituant européen : nouvel objet du droit constitutionnel ? », *in* ROUSSILLON Henry, BIOY Xavier et MOUTON Stéphane (dir.), *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, Toulouse, PUSST, 2006, p. 231-241.

MÜLLER Jan, « Carl Schmitt and the Constitution of Europe », *Cardozo Law Review* 2000, p. 1777-1795.

MÜLLER-GRAFF Peter-Christian, « The Future of European Treaties : a Systematic Approach to a Basic Treaty », *in European Integration and International Co-ordination. Studies in Transnational Economic Law in Honour of Clause-Dieter Ehlermann*, Dordrecht, Kluwer, 2002, p. 331-350.

MUNCH Fritz, « Prolégomènes à une théorie constitutionnelle des Communautés européennes », *Rivista di diritto europeo* 1961, p. 127-137.

NENTWICH Michael et FALKNER Gerda, « Intergovermental Conference 1996 : Which Constitution for the Union ? », *ELJ* 1996, p. 83-102.

NEUWAHL Nanette, « Principles of Justice, Human Rights and Constitutional Principles Within the European Union : a Framework for Analysis », *in* PAASIVIRTA Esa et RISSANEN Kirsti (dir.), *Principles of Justice and the Law of the European Union*, Bruxelles, Commission européenne, 1995, p. 31-86.

NGUYEN Van Tuong, « Existe-t-il une nouvelle chance pour la Constitution européenne ? », *JCP* 2007.I.129.

NUMES DE ALMEIDA Luis, « Welcome to the European Constitution », *in* PERNICE Ingolf et POIARES MADURO Miguel (dir.), *A Constitution for the European Union : First Comments on the 2003-Draft of the European Convention*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2004, p. 11-12.

OBERDORFF Henri, « Le traité de Lisbonne : une sortie de crise pour l'Union européenne ou plus ? », *RDP* 2008, p. 774-786.

OBRADOVIC Daniela, « Community Law and the Doctrine of Divisible Sovereignty », *Legal Issues on European Integration* 1993, p. 1-20.

OREJA AGUIRRE Marcelino, « La révision institutionnelle de l'Union européenne », *RCADI* 1997, p. 345-386.

PELLET Alain, « Les fondements internationaux du droit communautaire », *RCADE* vol. V, book 2, p. 193-271.

PERNICE Ingolf, « The Draft Constitution of the European Union. A Constitutional Treaty at a Constitutional Moment », *in* PERNICE Ingolf et POIARES MADURO Miguel (dir.), *A Constitution for the European Union : First Comments on the 2003-Draft of the European Convention*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2004, p. 13-21.

PERNICE Ingolf, « Référendum sur la Constitution pour l'Europe : conditions, risques et implications », *in* KADDOUS Christine et AUER Andreas (dir.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, Bruxelles Bruylant, 2006, p. 301-315.

PESCATORE Pierre, « Les relations extérieures des Communautés européennes. Contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales », *RCADI* 1961-II, p. 1-244.

PESCATORE Pierre, « La Cour en tant que juridiction fédérale et constitutionnelle », *in Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 1965, p. 520-544.

PESCATORE Pierre, « L'apport du droit communautaire au droit international public », *CDE* 1970, p. 501-525.

PESCATORE Pierre, « Une révolution juridique. Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes », *Commentaire* n°59, p. 569-574.

PECHSTEIN Matthias, « Réflexions sur la nature juridique de l'Union européene », *in* RIDEAU Joël (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, p. 123-132.

PETERS Anne, « The Constitutionalisation of the European Union – Without the Constitutional Treaty », *in* PUNTSCHER RIEKMAN Sonja et WESSELS Wolfgang (dir.), *The Making of a European Constitution*, Wiesbaden, Verlag für Sozialwissenschaften, 2006, p. 35-67.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Constitutionalism, Constitutional Law and European Integration », *Aussenwirtschaft* 1991, p. 247-280.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Proposals for a New Constitution for the European Union : Building Blocks for a Constitutional Theory and Constitutional Law of the European Union », *CMLR* 1995, p. 1123-1175.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, « How Can the European Union Be Constitutionalized ? The European Parliament's 1994 Proposal for a 'Constitution for the European Union' », *Aussenwirtschaft* 1995, p. 171-220.

PETITE Michel, « La Convention européenne sur l'avenir de l'Europe », *in* KADDOUS Christine et AUER Andreas (dir.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, Bruxelles Bruylant, 2006, p. 39-46.

PETOT Jean, « Des Communautés européennes à la fédération », *RGDIP* 1960, p. 335-367.

PETTIT Philip, « Comment on Walker : Europe's Constitutional Momentum », *ICON* 2005, p. 239-242.

PFERSMANN Otto, « The New Revision of the Old Constitution », *ICON* 2005, p. 383-404.

PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS Andreas, « Moment of Stasis : the Successful Failure of a Constitution for Europe », *ELJ* 2009, p. 309-323.

PIERRÉ-CAPS Stéphane, « L'Union européenne, demos et légitimité : de l'État-nation à la multination », *Civ. Eur.* n°1, p. 35-54.

PIERRÉ-CAPS Stéphane, « Problématique de la constitution européenne », *Civ. Eur.* n°5, p. 125-142.

PIERRÉ-CAPS Stéphane, « L'Union européenne peut-elle être comparée à un empire ? À propos d'une déclaration du Président de la Commission », *in La France, l'Europe et le monde. Mélanges en l'honneur de Jean-Charpentier*, Paris, Pedone, 2008, p. 435-446.

PINDER John, « Monnet, Spinelli, Treaty, Constitution…and the Laeken Process », *in Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, ULB, 2003, p. 379-387.

PIRIS Jean-Claude, « L'Union européenne a-t-elle une constitution ? Lui en faut-il une ? », *RTDE* 1999, p. 599-635.

POIARES MADURO Miguel, « Europe and the Constitution : What If it Is as Good as it Gets ? », *in* WEILER J.H.H. et WIND Marlene (dir.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, CUP, 2003, p. 74-102.

POIARES MADURO Miguel, « How Constitutional Can the European Union Be ? The Tension Between Intergovernementalism and Constitutionalism in the European Union », Jean Monnet Working Paper n°5/04, disponible à l'adresse suivante : http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040501-18.pdf.

POIARES MADURO Miguel, « The Importance of Being Called a Constitution. Constitutional Authority and the Authority of Constitutionalism », *in* AZOULAI Loïc et BURGORGUE-LARSEN Laurence (dir.), *L'autorité de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 17-48.

PONZANO Paolo, « La Constitution européenne : ses principaux éléments novateurs », *LPA* 2004, n°250, p. 5-11.

PONZANO Paolo, ZILLER Jacques et PII Samuel, « Un référendum européen pour la Constitution européenne. Problèmes juridiques et politiques », RSCAS Policy Papers n°2007/01, disponible à l'adresse suivante : http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/6953/1/PP_2007_01.pdf.

PREUSS Ulrich, « Prospects of a Constitution for Europe », *Constellations* 1996, p. 209-224.

PROVOST Anne, « Recherches sur la nature du traité établissant une Constitution pour l'Europe : le point de vue d'une internationaliste », *Tribune du droit public* 2004, p. 297-332.

PUNTSCHER RIEKMAN Sonja et WESSELS Wolfgang, « European Constitutionalism at the Crossroads », *in* PUNTSCHER RIEKMAN Sonja et WESSELS Wolfgang (dir.), *The Making of a European Constitution*, Wiesbaden, Verlag für Sozialwissenschaften, 2006, p. 7-31.

QUERMONNE Jean-Louis, « L'Union européenne entre organisation et institution. L'apport du traité d'Amsterdam à sa définition », *in État, société et pouvir à l'aube du XXIe siècle. Mélanges en l'honneur de François Borella*, Nancy, PUN, 1999, p. 423-434.

QUERMONNE Jean-Louis, « Vers un pacte constitutionnel européen », *in* CEDECE, *Les procédures de révision des traités communautaires : du droit international au droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 147-155.

QUERMONNE Jean-Louis, « Souveraineté nationale et construction européenne », *Cahiers français* n°300, p. 67-73.

QUERMONNE Jean-Louis, « Entretien sur la Constitution européenne », *RDP* 2002, p. 1601-1606.

QUERMONNE Jean-Louis, « L'Union européenne entre gouvernance et gouvernement ou quelle Constitution pour une Fédération d'États-nation ? », *RDP* 2003, p. 393-402.

QUERMONNE Jean-Louis, « Union européenne, partage des souverainetés et fédération d'États-nation », *Politeia* n°6, p. 301-308.

QUERMONNE Jean-Louis, « Le traité constitutionnel européen est-il un acte fondateur ? », *Politique étrangère* n°2-2005, p. 245-256.

QUERMONNE Jean-Louis, « L'émergence d'un droit constitutionnel européen », *RIDC* 2006, p. 581-591.

RASMUSSEN Hjalte, « The Court of Justice of the European Communities and the Process of Integration », *in* ORBAN Edmond (dir.), *Fédéralisme et cours suprêmes*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 199-237.

RAUX Jean, « La constitutionnalisation du système communautaire dans un traité fondamental de l'Union européenne », *Europe* n°8-9/1995, p. 1-6.

RAUX Jean, « Vers un traité fondamental de l'Union européenne », *in Études européennes et internationales. En hommage à Claude-J. Berr*, Grenoble, CUREI, 1996, p. 235-248.

RAUX Jean, « De Nice à Laeken : pour une approche structurante de la constitutionnalisation de l'Union européenne », *RAE* 2001-2002/6, p. 61-74.

RAUX Jean, « Pour un traité fondamental simplifié de l'Union européenne », *in Études offertes au professeur René Hostiou*, Paris, Litec, 2008, p. 469-483.

REH Christine, « The Treaty of Lisbon : De-Constitutionalizing the European Union », *JCMS* 2009, p. 625-650.

REH Christine et SCHOLL Bruno, « The Convention on Future of Europe : Extended Working Group or Constitutional Assembly », Collège d'Europe, Research Papers in Law n°4/2005, disponible à l'adresse suivante : http://www.coleurop.be/file/content/studyprogrammes/law/studyprog/pdf/ResearchPaper_4_2005_Reh_Scholl.pdf.

REICH Norbert, « A European Constitution for Citizens : Reflections on the Rethinking of Union and Community Law », *ELJ* 1997, p. 131-164.

REUTER Paul, « La Cour de justice des Communautés européennes et le droit international », *in Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Imprimerie de la Tribune de Genève, 1968, p. 665-686.

RIDEAU Joël, « La ratification et l'entrée en vigueur du traité de Maastricht. Aspects internationaux », *RFDC* 1992, p. 479-491.

RIDEAU Joël, « Les référendums nationaux dans le contexte de l'intégration européenne », *in* AUER Andreas et FLAUSS Jean-François (dir.), *Le référendum européen*, Bruxelles Bruylant, 1997, p. 81-113.

RIDEAU Joël, « Quinze États membres en quête d'Union », *in* RIDEAU Joël (dir.), *Les États membres de l'Union européenne : adaptations, mutations, résistances*, Paris, LGDJ, 1997, p. 1-12.

RIGAUX François, « La nature juridique des Communautés », *in* GANSHOF VAN DER MEERSCH Walter (dir.), *Les noveles. Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, p. 27-40.

RINZE Jens, « The Role of the European Court of Justice as a Federal Constitutional Court », *Public Law* 1993, p. 426-443.

ROBBERS Gerhard, « Le peuple européen et la Constitution pour l'Europe », *Politeia* n°6, p. 309-314.

RÖBEN Volker, « Constitutionalism of Inverse Hierarchy : the Case of the European Union », Jean Monnet Working Paper n°8/03, disponible à l'adresse suivante : http://www.jeanmonnet program.org/papers/03/030801.pdf.

RÖBEN Volker, « Constitutionalism of the European Union After the Draft Constitutional Treaty : How Much Hierarchy ? », *Columbia Journal of European Law* 2004, p. 339-377.

ROBERTSON Arthur Henry, « Legal Problems of European Integration », *RCADI* 1957-I, p. 105-211.

RODRIGUES Stéphane, « La réforme de l'Union européenne : changement de méthode ? », *RMCUE* 2001, p. 588-593.

RODRIGUES Stéphane, « L'avenir de l'Union euripéenne en question(s) », *CDE* 2001, p. 303-311.

ROSENFELD Michel, « La convention européenne et l'œuvre des constituants américains », *Cités* n°13, p. 47-55.

ROSENFELD Michel, « Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the United States Supreme Court », *ICON* 2006, p. 618-651.

ROSSETTO Jean, « Quelle réalité juridique pour la 'Constitution européenne' ? », *Tribune du droit public* 2004, p. 333-339.

ROSSI Lucia Serena, « Constitutionnalisation de l'Union européenne et des droits fondamentaux », *RTDE* 2002, p. 27-52.

ROSSI Lucia Serena, « En cas de non-ratification, le destin périlleux du traité constitution », *RTDE* 2004, p. 621-638.

ROUSSEAU Dominique, « Pas d'Europe sans Constitution », *Le Monde* 18 janvier 1997, p. 17.

ROUSSEAU Dominique, « Le vrai problème est dans l'épuisement de la procédure des traités pour construire l'Europe », *Le Monde* 6 janvier 1998, p. 14.

ROUSSEAU Dominique, « Pour une constitution européenne », *Le Débat* n°108, p. 54-73.

ROUSSEAU Dominique, « Traité constitutionnel, un monstre juridique », *Le Monde* 22 octobre 2002, p. 17.

ROUSSEAU Dominique, « Pour une constitution européenne », *Après-demain* n°446, p. 12-14.

ROUSSEAU Dominique, « Les constitutions possibles de l'Europe », *Cités* n°13, p. 13-20.

ROUSSEAU Dominique, « Ce que fait l'Europe à la constitution et…réciproquement ! », *Annuaire de droit européen* vol. 1, p. 26-39.

ROUSSEAU Dominique ELIA Leopoldo, KING Preston, PINA David, ALEN André, FREIXES Teresa, MANESSIS Aristovoulos et ARNOLD Rainer, « Pour une Constitution européenne », *Le Monde* 5 mai 1998, p. 17.

ROUSSEAU Dominique et GAUDIN Hélène, « Le droit constitutionnel européen en débat », *RDP* 2008, p. 721-730.

ROUVILLOIS Frédéric, « Destins de l'Europe fédéraliste », *Cités* n°13, p. 87-97.

ROVAN Joseph, « L'Europe a besoin d'une Constitution », *Le Monde* 26 janvier 1996, p. 12.

ROYER Pierre-Alexandre, « Les accords externes européens », *RDUE* 2007, p. 869-897.

RYSSDAL Rolv, « On the Road to a European Constitutional Court », *RCADE* vol. II, book 2, p. 7-20.

SABOURIN Paul, « L'Europe : fédération ou intégration d'États-nation ? », *in* BOURJOL Maurice (dir.), *La commune, l'État et le droit*, Paris, LGDJ, 1990, p. 241-256.

SADURSKI Wojciech, « Partnering With Strasbourg : the Constitutionalization of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe and the Idea of Pilot Judgments », EUI Working Paper LAW n°2008/33, disponible à l'adresse suivante : http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/9887/1/LAW_2008_33.pdf.

SAJO Andras, « Constitutional Enthusiasm Towards Network Constitutionalism », Jean Monnet Working Paper n°5/04, disponible à l'adresse suivante : http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/1363/1/law03-11.pdf.

SAULNIER-CASSIA Emmanuelle, « Du traité de Rome de 2004 au traité de Lisbonne de 2007 : quelques réflexions sur le mirage constitutionnel de l'Union européenne », *in Un droit pour les hommes libres. Études en l'honneur du professeur Alain Fenet*, Paris, Litec, 2008, p. 373-389.

SAURON Jean-Luc, « La Convention sur l'avenir de l'Europe ou comment reconstruire la légitimité de l'Europe », *in* CONSTANTINESCO Vlad, GAUTIER Yves et MICHEL Valérie (dir.), *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Strasbourg, PUS, 2005, p. 11-30.

SAUTER Wolf, « The Economic Constitution of the European Union », *Columbia Journal of European Law* 1998, p. 27-68.

SCELO Maud, « Le Parlement européen face à l'avenir de l'Europe : de la Convention européenne à l'adoption d'une constitution pour l'Europe », *RMCUE* 2002, p. 578-582.

SCHEININ Martin, « Principles of Justice, Human Rights and Constitutional Principles Within the European Union : a Comment », *in* PAASIVIRTA Esa et RISSANEN Kirsti (dir.), *Principles of Justice and the Law of the European Union*, Bruxelles, Commission européenne, 1995, p. 101-114.

SCHERMERS Henry, « A European Supreme Court », *in Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Carl Heymanns, 2000, p. 1271-1284.

SCHEUING Dieter, « Quelle constitution pour l'Europe ? », *in* GREWE Constance (dir.), *Questions sur le droit européen*, Caen, PU de Caen, 1996, p. 13-27.

SCHILLING Theodor, « Treaty or Constitution. A Comparative Analysis of a Uneasy Relationship », *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1996, p. 47-68.

SCHILLING Theodor, « The Court of Justice's Revolution : its Effects and the Conditions for its Consummation. What Europe Can Learn From Fiji », *ELR* 2002, p. 445-463.

SCHMITT Nicolas, « L'Europe et les expériences fédérales », *in* FLEINER Thomas et SCHMITT Nicolas (dir.), *Vers une Constitution européenne. L'Europe et les expériences fédérales*, Fribourg, Institut du fédéralisme, 1996, p. XIII-XXVI.

SCHMITTER Philippe, « An Excursus of Constitutionalization », Constitutionalism Web-Paper n°3/2000.

SCHMITZ Thomas, « Le peuple européen et son rôle lors d'un acte constituant dans l'Union européenne », *RDP* 2003, p. 1709-1742.

SCHORKOPF Frank, « Constitutionalization or a Constitution for the European Union », *in* BODNAR Adam, KOWALSKI Michal, RAIBLE Karen et SCHORKOPF Frank (dir.), *The Emerging Constitutional Law of the European Union. German and Polish Perspectives*, Berlin, Springer, 2003, p. 1-12.

SCHROEDER Werner, « European Union and European Communities », *in* VON BOGDANDY Armin et WEILER J.H.H. (dir.), *European Integration – The New German Scholarship*, Jean Monnet Working Paper n°9/03.8, disponible à l'adresse suivante : http://www.jeanmonnet program.org/papers/03/030901-08.pdf.

SCHUPPERT Gunnar Folke, « On the Evolution of a European State : Reflections on the Conditions and Prospects for a European Constitution », *in* HESSE Joachim Jens et WRIGHT Nevil (dir.), *Constitutional Policy and Change in Europe*, Oxford, OUP, 1995, p. 329-369.

SCHÜTZE Robert, « On the Middle Ground. The European Community and Public International Law », EUI Working Papers LAW n°2007/13, disponible à l'adresse suivante : http://cadmus. eui.eu/dspace/bitstream/1814/6817/3/LAW-2007-13.pdf.

SCHWARZE Jürgen, « Constitutional Developements in the European Community », *Law and Philosophy* 1987, p. 96-217.

SCHWARZE Jürgen, « The Treaty Establishing a Constitution for Europe : Some General Reflections on His Character and Prospects for Ratification », *in* ALBI Annelli et ZILLER Jacques (dir.), *The European Constitution and National Constitutions : Ratification and Beyond*, Dordrecht, Kluwer, 2007, p. 203-214.

SCOFFONI Guy, « Convention pour l'avenir de l'Europe et Convention de Philadephie : la question du mode de production d'une constitution », *RAE* 2001-2002/6, p. 683-690.

SEIDEL Martin, « Basic Aspects of European Constitution », *Aussenwirtschaft* 1995, p. 221-236.

SEURIN Jean-Louis, « Une Constitution européenne est-elle possible ? Les conditions d'une intégration politique », *in* Institute of Advanced Legal Studies, *The European Constitution and National Constitutions*, 1994.

SHAW Jo, « What's in a Convention ? Process and Substance in the Project of European Constitution-Building », IHS Reihe Politikwissenschaft 89, disponible à l'adresse suivante : http://www.ihs.ac.at/publications/pol/pw_89.pdf.

SHAW Jo et HOFFMANN Lars, « Constitutionalism and Federalism in the 'Future of Europe' Debate : the German Dimension », The Federal Trust Online Paper n°03/04, disponible à l'adresse suivante : http://www.fedtrust.co.uk/uploads/constitution/03_04.pdf.

SIDJANSKI Dusan, « Objectif 1993 : une Communauté fédérale européenne », *RMCUE* 1990, p. 687-695.

SIDJANSKI Dusan, « État européen ou Union européenne à vocation fédérale ? », *Swiss Political Science Review* 1998, p. 83-118.

SILVESTRO Massimo, « De la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la charte constitutionnelle », *RMCUE* 2001, p. 660-663.

SIMON Denys, « Conclusions générales », *in* LABOUZ Marie-Françoise (dir.), *Les accords de Maastricht et la constitution de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 211-226.

SIMON Denys, « Vers un pacte constitutionnel refondateur ? », *Europe* n°12/1999, p. 3.

SIMON Denys, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », *in* SFDI, *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, p. 207-249.

SIMON Denys, « Les fondations : l'Europe modeste », *Europe* n°7/2008, p. 32-36.

SIMON Denys et RIGAUX Anne, « Le jugement des pourvois dans les affaires Kadi et Al Barakaat : smart sanctions pour le Tribunal de première instance », *Europe* n°11/2008, p. 5-11.

SKACH Cindy, « We the Peoples ? Constitutionalizing the European Union », *JCMS* 2005, p. 149-170.

SMITH Randall, « Constitutionalising the European Union », UACES European Studies On-line Essays, disponible à l'adresse suivante : http://www.uaces.org/E53Smith.pdf.

SNYDER Francis, « Constitutional Law of the European Union », *RCADE* vol. VI, book 1, p. 41-155.

SNYDER Francis, « Constitutional Law in the European Union : First Steps Towards an Analytical Framework », *in* PAASIVIRTA Esa et RISSANEN Kirsti (dir.), *Principles of Justice and the Law of the European Union*, Bruxelles, Commission européenne, 1995, p. 87-100.

SNYDER Francis, « EMU Revisited : Are We Making a Constitution ? What Constitution Are We Making ? », EUI Working Papers LAW n°98/6, disponible à l'adresse suivante : http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/142/1/BS-EMUWOR-FS.pdf.

SNYDER Francis, « Editorial : Dimensions and Precipitates of European Union Constitutional Law », *ELJ* 2002, p. 315-318.

SNYDER Francis, « Editorial : Ratification, the European Constitution and European Union Legal Scholarship », *ELJ* 2005, p. 259-261.

SPIERMANN Ole, « The Other Side of the Story : an Unpopular Essay on the Making of the European Community Order », *EJIL* 1999, p. 763-789.

STEIN Eric, « Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution », *AJIL* 1981, p. 1-27.

STEPHANOU Constantin, « L'Union européenne et les analogies fédérale et confédérale », *RAE* 1995, p. 83-89.

STEPHANOU Constantin, « L'Union européenne et la souveraineté des États membres », *in Droit et justice. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Paris, Pedone, 1999, p. 355-366.

STREIT Manfred et MUSSLER Werner, « The Economic Constitution of the European Community – From Rome to Maastricht », *in* SNYDER Francis (dir.), *Constitutional Dimensions of European Economic Integration*, Dordrecht, Kluwer, 1996, p. 109-147.

SUDRE Frédéric, « Le recours aux notions autonomes », *in* SUDRE Frédéric (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 93-137.

SZYMCZAK David, « Aperçu des évolutions récentes du droit constitutionnel européen », *Annuaire de droit européen* vol. 1, p. 785-819.

TAJADURA TEJADA Javier, « Constitution et démocratie dans l'Union européenne », VIIe Congrès de l'AFDC, Paris, 25, 26 et 27 septembre 2008.

TEITGEN Pierre-Henri, « Objectifs et principes fondamentaux communs aux trois Communautés », *in* GANSHOF VAN DER MEERSCH Walter (dir.), *Les noveles. Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, p. 15-25.

TELO Mario, « Le constitutionnalisme européen du XXe siècle au XXIe siècle », *in* MAGNETTE Paul (dir.), *La constitution de l'Europe*, 2e éd., Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 75-84.

TEMPLE LANG John, « The Development of European Community Constitutional Law », *The International Lawyer* 1991, p. 455-470.

TEMPLE LANG John, « The Widening Scope of Constitutional Law », *in Constitutional Adjudication in European Community and National Law. Essays for the Hon. Mr. Justice T.F. O'Higgins*, Londres, Butterworths, 1992, p. 229-245.

THIERRY Hubert, PELLET Alain, CONSTANTINESCO Vlad et VIGNES Daniel, « Table ronde sur l'État et l'Union », *in* LABOUZ Marie-Françoise (dir.), *Les accords de Maastricht et la constitution de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 191-210.

THOUVENIN Jean-Marc, « Le droit communautaire, le droit international et l'arrêt Kadi », *RMCUE* 2008, p. 653-656.

THOUVENIN Jean-Marc, « Le choc du droit communautaire et du droit international, encore l'arrêt Kadi », *RMCUE* 2009, p. 30-31.

THÜRER Daniel, « Do We Need a Constitution ? », *in* Centre Robert Schuman, *A Constitution for the European Union*, Florence, EUI, 1995, p. 13-22.

THYM Daniel, « European Constitutional Theory and the Post-Nice Process », *in* ANDENAS Mas et USHER John (dir.), *The Treaty of Nice and Beyond. Enlargement and Constitutional Reform*, Oxford, Hart, 2003, p. 147-180.

TIMMERMANS Christiaan, « The Constitutionalization of the European Union », *YEL* 2002, p. 1-11.

TINIÈRE Romain, « L'accélération de la constitutionnalisation de l'Europe : prémices de la création d'un État fédéral européen ou structuration accrue de l'espace européen ? », *Politeia* n°8, p. 291-315.

TIZZANO Antonio, « La hiérarchie des normes communautaires », *RDUE* 1995, p. 219-232.

TIZZANO Antonio, « La hiérarchisation des normes », *in* RIDEAU Joël (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuité et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, p. 153-172.

TOULEMON Robert, « Quelle constitution pour quelle Europe ? », *RMCUE* 2001, p. 293-304.

TOULEMON Robert, « La constitution européenne, son origine, ses vertus, ses faiblesses », *RMCUE* 2005, p. 213-219.

TOUSCOZ Jean, « Constitution de l'Union européenne », *in Études en hommage à Eugène Schaeffer*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 385-394.

TOUSCOZ Jean, « Un projet pour l'Union européenne », *in L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 901-909.

TRIANTAFYLLOU Dimitris, « Les procédures d'adoption et de révision du traité constitutionnel », *in* AMATO Giuliano, BRIBOSIA Hervé et DE WITTE Bruno (dir.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 223-246.

TRIDIMAS Takis, « The Court of Justice and Judicial Activism », *ELR* 1996, p. 199-210.

TROPER Michel, « L'Europe et les principes », *Droit et Société* n°20-21/1992, p. 165-169.

TROPER Michel, « Le projet de Constitution européenne et la question du pouvoir constituant (entretien réalisé par Lucien Jaume) », *Cités* n°13, p. 101-111.

TROPER Michel, « L'Europe politique et le concept de souveraineté », *in* BEAUD Olivier, LECHEVALIER Arnaud, PERNICE Ingolf et STRUDEL Sylvie (dir.), *L'Europe en voie de Constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 117-137.

TUORI Kaarlo, « The Failure of the European Union's Constitutional Project », *NoFo* n°3, p. 37-48.

TURPIN Dominique, « Réflexions sur la nécessité d'une Constitution européenne », *in Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet*, Clermont, PUC, 2001, p. 379-396.

TUTS Geneviève, « La Convention : plus de clarté, de transparenc, d'efficacité et de démocratie pour l'Europe », *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* 2004, p. 341-359.

UERPMANN Robert, « International Law as an Element of European Constitutional Law : International Supplementary Constitutions », *in* VON BOGDANDY Armin et WEILER J.H.H. (dir.), *European Integration – The New German Scholarship*, Jean Monnet Working Paper n°9/03.2, disponible à l'adresse suivante : http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/03/030901-02.pdf.

VAHLAS Alexis, « Souveraineté et droit de retrait de l'Union européenne », *RDP* 2005, p. 1565-1600.

VAN BOGAERT E., « Le caractère juridique de la Cour de justice des Communautés européennes », *in Problèmes de droit des gens. Mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris, Pedone, 1964, p. 449-461.

VAN GEHUCHTEN Pierre-Paul, « La question de l'État européen, le juriste et la ruse de la construction communautaire », *Droit et Société* n°53/2003, p. 73-85.

VAN GERVEN Walter, « Toward a Coherent Constitutional System Within the European Union », *European Public Law* 1996, p. 81-101.

VAN RAEPENBUSCH Sean, « La réforme institutionnelle de Lisbonne », *CDE* 2007, p. 573-621.

VELO Dario, « Processus constituant et Constitution européenne : le point de vue d'un économiste », *in Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, p. 529-542.

VENIZELOS Evangelos, « European Constitution : a Challenge for Constitutional Theory », *Revue européenne de droit public* 2004, p. 19-29.

VERGÈS Jean, « Réflexions sur le constitutionnalisme européen », *in* GRAF VITZHUM Wolfgang et PENA Marc (dir.), *L'identité de l'Europe*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, p. 181-209.

VERWILGHEN Stéphane, « Signature et portée du traité du 29 octobre 2004 établissant la constitution », *RMCUE* 2004, p. 637-644.

VESTERDORF Bo, « A Constitutional court for the European Union ? », *ICON* 2006, p. 607-617.

VIGNES Daniel, « Le projet du 18 juin 2004 d'un traité constitutionnel, continuité et discontinuité », *RMCUE* 2004, p. 417-420.

VIGNES Daniel, « Réflexions sur la nature juridique du 'traité constitutionnel' signé à Rome le 29 octobre 2004 », *in Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1529-1531.

VIOLA André, « Il n'y aura pas encore de Constitution européenne ! », *RRJ* 2004, p. 2569-2579.

VITORINO Antonio, « The Convention as a Model for European Constitutionalisation », *Forum Constitutionis Europae* n°6/01, disponible à l'adresse suivante : http://www.whi-berlin.de/documents/craig.pdf.

VITORINO Antonio, « Nous devons être fiers du projet européen et donc mener ce débat citoyen avec détermination et confiance », *LPA* 2004, n°250, p. 12-19.

VON BOGDANDY Armin, « The European Union as a Supranational Federation », *Columbia Journal of European Law* 2000, p. 27-54.

VON BOGDANDY Armin, « A Bird's Eye View on the Science of European Law : Structures, Debates and Developement Prospects of Basic Research on the Law of the European Union in a German Perspective », *ELJ* 2000, p. 208-238.

VON BOGDANDY Armin, « Constitutional principles », *in* VON BOGDANDY Armin et BAST Jürgen (dir.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart, 2006, p. 3-52.

WAELBROECK Michel, « Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés européennes », *in Problèmes de droit des gens. Mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris, Pedone, 1964, p. 506-516.

WALKER Neil, « European Constitutionalism and European Integration », *Public Law* 1996, p. 266-290.

WALKER Neil, « Sovereignty and Differenciated Integration in the European Union », *in* BANKOWSKI Zenon et SCOTT Andrew (dir.), *The European Union and its Order. The Legal Theory of European Integration*, Oxford, Blackwell, 2000, p. 31-64.

WALKER Neil, « Flexibility With a Metaconstitutional Frame : Reflections on the Future of Legal Authority in Europe », *in* DE BURCA Grainne et SCOTT Joanne (dir.), *Constitutional Change in the European Union. From Uniformity to Flexibility ?*, Oxford, Hart, 2000, p. 9-30.

WALKER Neil, « The Charter of Fundamental Rights of the European Union : Legal, Symbolic and Constitutional Implications », *in* ZERVAKIS Peter et CULLEN Peter (dir.), *The Post-Nice Process : Towards a European Constitution ?*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2002, p. 119-128.

WALKER Neil, « Postnational Constitutionalism and the Problem of Translation », *in* WEILER J.H.H. et WIND Marlene (dir.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, CUP, 2003, p. 27-54.

WALKER Neil, « Reconstituting European Integration in Theory and Practice : a Comment on Antje Weiner », *in* VON BOGDANDY Armin et WEILER J.H.H. (dir.), *European Integration – The New German Scholarship*, Jean Monnet Working Paper n°9/03.7, disponible à l'adresse suivante : http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/03/030901-07.pdf.

WALKER Neil, « After the Constitutional Moment », Federal Trust Online Paper n°32/03, disponible à l'adresse suivante : http://www.fedtrust.co.uk/uploads/constitution/32_03.pdf.

WALKER Neil, « The End of the Constitutional Begining », *EU Constitution Project Newsletter* n°07/2004, p. 6.

WALKER Neil, « The European Union as a Constitutional Project », Federal Trust Online Paper n°19/04, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=599807.

WALKER Neil, « European Constitutional Momentum and the Search for Polity Legitimacy », *ICON* 2005, p. 211-238.

WALKER Neil, « Legal Theory and the European Union : a 25th Anniversary Essay », *OJLS* 2005, p. 581-601.

WALKER Neil, « The Migration of Constitutional Ideas and the Migration of the Constitutional Idea : the Case of the European Union », EUI Working Papers LAW n°2005/17, disponible à l'adresse suivante : http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/3324/1/law05-04.pdf.

WALKER Neil, « Europe's Constitutional Engagement », *Ratio Juris* 2005, p. 387-399.

WALKER Neil, « Big C or Small C ? », *ELJ* 2006, p. 12-14.

WALKER Neil, « European Union Constitutionalism and New Governance », *in* DE BURCA Grainne et SCOTT Joanne (dir.), *Law and New Governance in the European Union and the United States*, Oxford, Hart, 2006, p. 15-36.

WALKER Neil, « European Union Constitutionalism in the State Constitutional Tradition », EUI Working Papers LAW n°2006/21, disponible à l'adresse suivante : http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/6248/1/LAW-2006-21.pdf.

WALKER Neil, « After Finalité ? The Future of the European Constitutional Idea », *in* AMATO Giuliano, BRIBOSIA Hervé et DE WITTE Bruno (dir.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1245-1270.

WALKER Neil, « Post-Constituent Constitutionalism ? The Case of European Union », *in* LOUGHLIN Martin et WALKER Neil (dir.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, OUP, 2007, p. 247-268.

WARD Ian, « The European Constitution and the Nation State », *OJLS* 1996, p. 161-174.

WARD Ian, « Beyond Constitutionalism : the Search for a European Political Imagination », *ELJ* 2001, p. 24-40.

WEATHERHILL Stephen, « Is Constitutional Finality Feasible or Deasirable ? On the Cases for European Constitutionalism and a European Constitution », Constitutionalism Web-Papers n°7/2002, disponible à l'adresse suivante : http://www.bath.ac.uk/esml/conWEB/Conweb%20 papers-filestore/conweb7-2002.pdf.

WEHRER Albert, « Le principe supranational dans le traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier », *in Mélanges Séfériadès*, Athènes, 1961, p. 37-51.

WEILER J.H.H., « The Community System : the Dual Character of Supranationalism », *YEL* 1981, p. 267-306.

WEILER J.H.H., « Community Members States and European Integration : Is the Law Relevant », *JCMS* 1982-83, p. 39-56.

WEILER J.H.H., « Supranationalism Revisited – a Retrospective : the European Communities After 30 Years », *in* MAINHOFER Werner (dir.), *Noi Si Mura. Selected Working Papers of the EUI*, Florence, Badia Fiesolana, 1986, p. 341-396.

WEILER J.H.H., « The Transformation of Europe », *The Yale Law Journal* 1991, p. 2403-2483.

WEILER J.H.H., « ... We Will Do, and Hearken. Reflections on a Common Constitutional Law for the European Union », *in* BIEBER Roland et WIDMER Pierre (dir.), *L'espace constitutionnel européen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995, p. 413-468.

WEILER J.H.H., « European Neo-Constitutionalism in Search of the Foundations for the European Constitutional Order », *Political Studies* 1996, p. 517-533.

WEILER J.H.H., « The Reformation of European Constitutionalism », *JCMS* 1997, p. 97-131.

WEILER J.H.H., « Europe : the Case Against the Case for Statehood », *ELJ* 1998, p. 43-62.

WEILER J.H.H., « The Constitution of the Common Market Place : Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods », *in* CRAIG Paul et DE BURCA Grainne (dir.), *The Evolution of European Union Law*, Oxford, OUP, 1999, p. 349-376.

WEILER J.H.H., « The Least-Dangerous Branch : a Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the European Arena of Political Integration », *in The Constitution of Europe. Do the New Clothes Have an Emperor and Other Essays on European Integration*, Cambridge, CUP, 1999, p. 188-218.

WEILER J.H.H., « Why Should Europe Be a Democracy : the Corruption of Political Culture and the Principle of Constitutional Tolerance », *in* SNYDER Francis (dir.), *The Europeanisation of Law : the Legal Effects of European Integration*, Oxford, Hart, 2000, p. 213-218.

WEILER J.H.H., « The Promised Constitutional Land », *King's Law Journal* 2001, p. 5-16.

WEILER J.H.H., « Fédéralisme et constitutionnalisme : le Sonderweg de l'Europe », *in* DEHOUSSE Renaud (dir.), *Une constitution pour l'Europe*, Paris, Presses de Science Po, 2002, p. 151-176.

WEILER J.H.H., « A Constitution for Europe : Some Hard Choices », *JCMS* 2002, p. 563-580.

WEILER J.H.H., « In Defence of Statu Quo : Europe's Constitutional Sonderweg », *in* WEILER J.H.H. et WIND Marlene (dir.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, CUP, 2003, p. 7-23.

WEILER J.H.H., « Human Rights, Constitutionalism and Integration : Iconography and Fetichism », *in* ERIKSEN Erik Oddvar, FOSSUM John Erik et MENENDEZ Augustin José (dir.), *Developing a Constitution for Europe*, Londres, Routledge, 2004, p. 59-68.

WEILER J.H.H., « On the Power of the Word : Europe's Constitutional Iconography », *ICON* 2005, p. 173-190.

WEILER J.H.H. et MODRALL James, « La création de l'Union européenne et sa relation avec les traités CEE », *in* BIEBER Roland, JACQUÉ Jean-Paul et WEILER J.H.H. (dir.), *L'Europe de demain. Une Union sans cesse plus étroite*, Luxembourg, OPOCE, 1985, p. 173-189.

WEILER J.H.H. et TRACHTMAN Joel, « European Constitutionalism and its Discontents », *Northwestern Journal of International Law and Business* 1996, p. 354-397.

WEILER J.H.H., « Introduction : European Constitutionalims Beyond the State », *in* WEILER J.H.H. et WIND Marlene (dir.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, CUP, 2003, p. 1-4.

WIENER Antje, « Towards a Transnational Nomos – The Role of Institutions in the Process of Constitutionalization », *in* VON BOGDANDY Armin et WEILER J.H.H. (dir.), *European Integration – The New German Scholarship*, Jean Monnet Working Paper n°9/03.6, disponible à l'adresse suivante : http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/03/030901-06.pdf.

WIENER Antje, « Editorial : Evolving Norms of Constitutionalism », *ELJ* 2003, p. 1-13.

WIENER Antje, « Evolving Norms of Constitutionalism in Europe : From 'Treaty Language' to 'Constitution' », Jean Monnet Working Paper n°5/04, disponible à l'adresse suivante : http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040501-06.pdf.

WOODLAND Philippe, « Spécificité et ambiguïté du langage du droit communautaire », *in* INGBER Léon et VASSART Patrick (dir.), *Le langage du droit*, Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 87-105.

WYATT Derrick, « New Legal Order or Old ? », *ELR* 1982, p. 147-166.

ZARKA Jean-Claude, « Le projet de constitution adopté par la Convention sur l'avenir de l'Europe », *LPA* 2003, n°144, p. 4-7.

ZARKA Jean-Claude, « Les problèmes soulevés par la Constitution européenne », *LPA* 2004, n°47, p. 5-8.

ZEMANEK Jiri, « Consent of Parliament or People's Referendum », *in* PERNICE Ingolf et ZEMANEK Jiri (dir.), *A Constitution for Europe : the IGC, the Ratification Process and Beyond*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 141-148.

ZILLER Jacques, « La place du droit matériel dans le projet de constitution : pourquoi une troisième partie ? », EUI Working Papers LAW n°2004/15, disponible à l'adresse suivante : http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/2830/1/law04-15.pdf.

ZILLER Jacques, « National Constitutional Concepts in the New Constitution for Europe », *ICON* 2005, p. 247-271 et 442-480.

ZILLER Jacques, « La Constitution pour l'Europe, parlons-en ! », *RMCUE* 2006, p. 145-150.

ZILLER Jacques, « Le processus des ratifications et la période de réflexion », *in* AMATO Giuliano, BRIBOSIA Hervé et DE WITTE Bruno (dir.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 137-185.

ZOLLER Elisabeth, « Une Constitution pour les États européens, pas pour les peuples », *Commentaire* n°108, p. 965-969.

2.4. RAPPORTS ENTRE DROIT INTERNE ET DROIT EXTERNE

Ouvrages

Ouvrages spéciaux

ABRAHAM Ronny, *Droit international, droit communautaire et droit français*, Paris, Hachette, 1989.

ALTER Karen, *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford, OUP, 2001.

BERRAMDANE Abdelkhaleq, *La hiérarchie des droits. Droits internes et droits européen et international*, Paris, L'Harmattan, 2002.

Conseil d'État, *Droit communautaire et droit français*, Paris, La Documentation française, 1982.

Conseil d'État, *Droit international et droit français*, Paris, La Documentation française, 1986.

Conseil d'État, *La norme internationale en droit français*, Paris, La Documentation française, 2000.

CONSTANTINIDÈS-MÉGRET Colette, *Le droit de la Communauté européenne et l'ordre juridique des États membres*, Paris, LGDJ, 1967.

DE SOTO Jean, *La promulgation des traités*, Paris, Pedone, 1945.

GAUDET Michel, *Conflits du droit communautaire avec les droits nationaux*, Nancy, CEU, 1967.

JACOT-GUILLARMOD Olivier, *Le juge national face au droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 1993.

LUCHAIRE François, *Le droit européen, son application en France*, Paris, Economica, 2007.

MACCORMICK Neil, *Questioning Sovereignty. Law, State and Practical Reason*, Oxford, OUP, 1999.

MASCLET Jean-Claude et MAUS Didier (dir.), *Les Constitutions nationales à l'épreuve de l'Europe*, Paris, La Documentation française, 1993.

OLSON Terry et CASSIA Paul, *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, Paris, PUF, 2006.

RIDEAU Joël, *Droit international et droit interne français*, Paris, Armand Colin, 1971.

RIDEAU Joël (dir.), *Les États membres de l'Union européenne : adaptations, mutations, résistances*, Paris, LGDJ, 1997.

SAINT-ESTEBEN Robert, *Droit communautaire et droits nationaux*, Paris, PUF, 1967.

SAURON Jean-Luc, *L'application du droit de l'Union européenne en France*, 2e éd., Paris, La Documentation française, 2000.

SUY Erik, *Les rapports entre le droit communautaire et le droit interne des États membres*, Heule, UGA, 1964.

TRIEPEL Heinrich, *Droit international et droit interne*, Paris, Pedone, 1920.

WAELBROECK Michel, *Traités internationaux et juridictions internes dans les pays du Marché commun*, Paris, Pedone, 1969.

Thèses et mémoires

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1998.

BONNET Baptiste, *Le juge administratif et l'article 55 de la Constitution*, Thèse, Saint-Étienne, 2004.

BRUCE Éva, *L'article 55 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, Aix-en-Provence, 2004.

CHALTIEL Florence, *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'État membre*, Paris, LGDJ, 2000.

DARRAS Jean, *La contribution des juridictions nationales à la construction communautaire (exemple des jurisprudences comparées de la France et de l'Allemagne)*, Thèse, Lille II, 1975.

DE BERRANGER Thibaut, *Constitutions nationales et construction communautaire*, Paris, LGDJ, 1995.

DELAJOUX Claire, *Le Conseil d'État et les sources supranationales du droit*, Thèse, Paris I, 1994.

DEPAIX Julien, *Constitution européenne et droit constitutionnel espagnol*, Mémoire de DEA, Limoges, 2004.

DORD Olivier, *Cours constitutionnelles nationales et normes européennes*, Thèse, Paris X, 1996.

GABARDA Olivier, *Essai sur le principe de conventionnalité internationale en droit interne*, Thèse, Aix-Marseille III, 2004.

GAÏA Patrick, *Le Conseil constitutionnel et l'insertion des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne. Contribution à l'étude des articles 53 et 54 de la Constitution*, Paris, Economica, 1991.

HAGUENAU Catherine, *L'application effective du droit communautaire en droit interne. Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

LAMOINE Georges, *L'application du droit international conventionnel par les tribunaux français*, Thèse, Paris II, 1976.

LARDY Pierre, *La force obligatoire du droit international en droit interne*, Paris, LGDJ, 1966.

LEKEUFACK Charles, *Les sources internationales du pouvoir constituant : contribution à la théorie du pouvoir constituant*, Thèse, Paris XIII, 2005.

MAGNON Xavier, *Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire devant les juges constitutionnels français et italien*, Thèse, Aix-Marseille III, 2002.

MENEUX Bonaventure, *Les rapports entre le droit international conventionnel et les normes constitutionnelles dans l'ordre juridique français*, Thèse, Paris XI, 2007.

MOULINIER Bénédicte, *La France face au processus constitutionnel européen (2000-2007)*, Thèse, Tours, 2007.

NOBLECOURT Virginie, *L'État-nation et la supranationalité européenne en droit constitutionnel français*, Thèse, Nancy II, 2002.

NOEL Marc, *De l'autorité comparée des traités à celle des lois. Contributions à l'étude des rapports du droit international et du droit public*, Paris, LGDJ, 1921.

ONDOUA Alain, *Études des rapports entre le droit communautaire et la Constitution en France*, Paris, L'Harmattan, 2001.

PHELAN Diarmuid Rossa, *Revolt or Revolution. The Constitutional Boundaries of the European Community*, Dublin, Round Hall Sweet & Maxwell, 1997.

PINCEMAILLE Delphine, *Droit constitutionnel européen et pouvoir constituant*, Thèse, Nancy II, 2007.

PLATON Sébastien, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Paris, LGDJ, 2008.

POTVIN-SOLIS Laurence, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État français*, Paris, LGDJ, 1999.

ROLLIN Romain, *Le droit international non-écrit devant le juge français. Contribution à l'étude comparée des jurisprudences du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Thèse, Aix-Marseille III, 2005.

SANTULLI Carlo, *Le statut international de l'ordre juridique étatique : étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001.

TOURARD Hélène, *L'internationalisation des constitutions nationales*, Paris, LGDJ, 2000.

VÉRIN Jacques, *De la mention dans les textes constitutionnels du principe de la supériorité de l'ordre juridique international sur l'ordre juridique interne*, Thèse, Paris, 1952.

ZINAMSGVAROV Nicolas, *La décision du Conseil constitutionnel relative au Traité établissant une Constitution pour l'Europe : une « grande » décision ?*, Mémoire de DEA, Bordeaux IV, 2005.

Articles

« Rapport français », *CCC* n°4, p. 103-118.

ABRAHAM Ronny, « Les traités et le droit interne », *EDCE* 1992, p. 279-286.

ABRAHAM Ronny, « L'ordre juridique communautaire : un ordre constitutionnel ? Le point de vue français », *in* MOUTON Jean-Denis et STEIN Torsten (dir.), *Vers une nouvelle Constitution pour l'Union européenne ? La conférence intergouvernementale de 1996*, Trèves, ERA, 1997, p. 53-56.

ABRAHAM Ronny, « Les normes du droit communautaire et du droit international devant le juge administratif français », *in* SFDI, *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, p. 283-293.

ALBERTON Ghislaine, « De l'indispensable intégration du bloc de conventionnalité au bloc de constitutionnalité », *RFDA* 2005, p. 249-268.

ALBERTON Ghislaine, « Et le Conseil constitutionnel ouvrit la boîte de Pandore… », *AJDA* 2006, p. 593-601.

ALBI Annelli, « Europe Articles in the Constitutions of Central and Eastern European Countries », *CMLR* 2005, p. 399-423.

ALBI Annelli, « Introduction : the European Constitution and National Constitutions in the Context of 'Post-national Constitutionalism », *in* ALBI Annelli et ZILLER Jacques (dir.), *The European Constitution and National Constitutions : Ratification and Beyond*, Dordrecht, Kluwer, 2007, p. 1-14.

ALBI Annelli et VAN ELSUWEGE Peter, « The European Union Constitution, National Constitutions and Sovereignty : an Assessment of a European Constitutional Order », *ELR* 2004, p. 741-765.

ALLAND Denis, « Un nouveau mystère de la pyramide : la remise en cause par le Conseil d'État de traités conclus par la France », *RGDIP* 1997, p. 237-247.

ALLAND Denis, « La coutume internationale devant le Conseil d'État : l'existence sans la primauté », *RGDIP* 1997, p. 1053-1067.

ALLAND Denis, « Le droit international sous la Constitution de la Ve République », *RDP* 1998, p. 1649-1670.

ALLAND Denis, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international », *RFDA* 1998, p. 1094-1104.

ALLAND Denis, « Le juge français et le droit d'origine internationale », *in* DUPUY Pierre-Marie (dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p. 47-59.

ALLAND Denis, « À la recherche de la primauté du droit communautaire », *Droits* n°45, p. 109-125.

ALLARD Julie, « Le dialogue des juges dans la mondialisation », *Les Cahiers de l'Institut d'études sur la justice* n°9, p. 77-91.

ALONSO GARCIA Ricardo, « Community and National Legal Orders : Autonomy, Integration and Interaction », *RCADE* vol. VII, Book 1, p. 59-183.

ALTER Karen, « Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence : a Critical Evaluation of Theories of Legal Integration », *in* WEILER J.H.H., SLAUGHTER Anne-Marie et STONE SWEET Alec (dir.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context*, Oxford, Hart, 1998, p. 227-252.

AMOR Abdelfattah, « Le comité des droits de l'homme des Nations Unies et le droit constitutionnel », *RCADC* 2001, p. 1-15.

ANCEL Bertrand et GORÉ Marie, « Marbury v. Madison et l'ordre juridique européen », *in* ZOLLER Elisabeth (dir.), *Marbury v. Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, Paris, Dalloz, 2003, p. 151-166.

ANCEL Jean-Pierre, « La prise en compte du droit international et communautaire dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *in L'internationalité dans le droit. Convergences et défis. Études offertes à Alain Plantey*, Paris, Pedone, 1995, p. 59-75.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, « La prise en compte de la Convention européenne des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel, continuité ou évolution », *CCC* n°18, p. 195-204.

ARANGIO-RUIZ Gaetano, « Le domaine réservé. L'organisation et le rapport entre droit international et droit interne », *RCADI* 1990-VI, p. 9-484.

ARANGIO-RUIZ Gaetano, « International Law and Interindividual Law », *in* NIJMAN Janne et NOLKAEMPER André (dir.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, OUP, 2007, p. 15-51.

ARNOLD Rainer, « Peut-on définir le phénomène d'européanisation des droits constitutionnels nationaux », *in* ZILLER Jacques (dir.), *L'européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 85-95.

ARNOLD Rainer, « Constitutional Developments in Central and Eastern Europe as a Contribution to Emerging European Constitutional Law », *in Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte. Festschrift für Georg Ress*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 389-397.

ARNOLD Rainer, « The European Constitution and the Transformation of National Constitutional Law », *in* PERNICE Ingolf et ZEMANEK Jiri (dir.), *A Constitution for Europe : the IGC, the Ratification Process and Beyond*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 21-32.

ARNOLD Rainer, « Allemagne », *in* ILIOPOULOS-STRANGAS Julia (dir.), *Cours suprêmes nationales et cours européennes : concurrence ou collaboration ? In memoriam Louis Favoreu*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 63-94.

ARNOLD Rainer, « Germany and the European Union Constitutional Treaty », *in* ALBI Annelli et ZILLER Jacques (dir.), *The European Constitution and National Constitutions : Ratification and Beyond*, Dordrecht, Kluwer, 2007, p. 57-65.

ARNULL Anthony, « La primauté du droit communautaire au Royaume-Uni », *RFDA* 1990, p. 985-986.

ARRIGHI DE CASANOVA Jacques, « La décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004 et la hiérarchie des normes », *AJDA* 2004, p. 1534-1537.

AUBIN Emmanuel, « Le Conseil d'État, l'application de l'accord de Nouméa et les limites de l'exception d'inconventionnalité », *LPA* 1999, n°146, p. 11-19.

AZIZ Miriam, « Sovereignty Lost, Sovereignty Regained ? Some Reflections on the Bundesverfassungsgericht's Banana Judgment », Constitutionalism Web-Papers n°3/2003, disponible à l'adresse suivante : http://www.bath.ac.uk/esml/conWEB/Conweb%20papers-filestore/conweb3-2003.pdf.

AZOULAI Loïc et AGERBEEK Ronkes, Note sous Cons. const., n°2004-505 DC, *CMLR* 2005, p. 870-886.

BACHELIER Gilles, « La norme internationale et le droit interne devant le juge administratif : où en sommes-nous ? », *Revue critique de droit international privé* 2000, p. 1-27.

BACHELIER Gilles, « Les règles non-écrites du droit international public et le juge administratif », *in* DUPUY Pierre-Marie (dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p. 31-45.

BACKER Larry, « The Extra-National State : American Confederate Federalism and the European Union », *Columbia Journal of European Law* 2001, p. 173-240.

BADINTER Robert, « La Convention européenne des droits de l'homme et le Conseil constitutionnel », *in Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges en l'honneur de Rolv Ryssdal*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 79-85.

BAILLEUL David, « Quand le juge ressemble au constituant », *D.* 2004, p. 3089-3091.

BALLADORE PALLIERI Giorgio, « Les pouvoirs des organisations économiques européennes à l'intérieur des États membres », *Zeitschrift für Ausländisches Offentliches Recht und Völkrecht* 1963, p. 473-484.

BAQUERO CRUZ Julio, « The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement », EUI Working Papers RSCAS n°2007/13, disponible à l'adresse suivante : http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/6760/1/RSCAS_2007_13.pdf.

BARAV Ami, « Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire : le fantôme de Simmenthal », *RTDE* 1985, p. 313-349.

BARAV Ami, « Primauté », *in* BARAV Ami et PHILIP Christian (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, p. 855-858.

BARBER N.W., « The Constitution, the State and the European Union », *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2005-2006, p. 37-58.

BARBER N.W., « Legal Pluralism and the European Union », *ELJ* 2006, p. 306-329.

BARTOLE Sergio et DANIELE Luigi, « Italian Report », *in* FIDE, *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1996, p. 330-343.

BASILIEN-GAINCHE Marie-Laure, « La primauté du droit communautaire : les réserves françaises », *in* DU RÉAU Elisabeth et LAQUIÈZE Alain (dir.), *Les débats autour de la Constitution pour l'Europe, enjeux et perspective 2005-2008*, *Les cahiers européens de la Sorbonne Nouvelle* n°4/2007, p. 51-57.

BASTID Suzanne, BURDEAU Georges, CAPITANT René, EISENMANN Charles, LAMPUÉ Pierre et SIBERT Marcel, « Une consultation de six professeurs de droit public sur la Communauté européenne de défense », *Droits* n°16, p. 102-111.

BATAILLER Francine, « Le juge interne et le droit communautaire », *AFDI* 1963, p. 735-778.

BEBR Gerhard, « How Supreme is the Community Law in the National Courts ? », *CMLR* 1974, p. 3-37.

BECK Gunnar, « The Problem of Kompetenz-Kompetenz : a Conflict Between Right and Right in which There is no Praetor », *ELR* 2005, p. 42-67.

BEDJAOUI Mohammed, « Constitution et justice internationale », *RCADC* 2000, p. 25-47.

BEIGNER Bernard et MOUTON Stéphane, « La Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, rang et fonction », *D.* 2001, p. 1636-1642.

BELAID Sadok, « Droit international et droit constitutionnel : les développements récents », *in* BEN ACHOUR Rafâa et LAGHMANI Slim (dir.), *Droit international et droits internes, développements récents*, Paris, Pedone, 1998, p. 47-79.

BELAID Sadok, « Les effets des mutations de la société internationale sur le droit constitutionnel », *RCADC* 2001, p. 39-85.

BELORGEY Jean-Marc, GERVASONI Stéphane et LAMBERT Christian, « Droit communautaire et constitution française : le débat est relancé », *AJDA* 2004, p. 2261-2263.

BERLIA Georges, « Le juge et la politique étrangère », *in Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, LGDJ, 1974, T. II, p. 139-148.

BERMEJO GARCIA Romualdo, BOU FRANCH Valentin, VALDES DIAS Carlos et PAJA BURGOA José Antonio, « Espagne », *in* EISEMAN Pierre Michel (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 183-240.

BERNITZ Ulf, « Swedish Report », *in* SCHWARZE Jürgen (dir.), *La naissance d'un ordre constitutionnel européen. L'interaction du droit constitutionnel national et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 389-461.

BESSELINK Leonard, « Curing a Childhood Disease ? On Direct Effect, Internal Effect, Primacy and Derogation from Civil Rights », *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1996, p. 165-178.

BESSELINK Leonard, « An Open Constitution and the European Integration : Kingdom of the Netherlands », *in* FIDE, *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1996, p. 361-394.

BESSON Samantha, « La souveraineté coopérative en Europe », *in* BALMELLI Tiziano (dir.), *La Suisse saisie par l'Union européenne. Thèmes choisis sur le droit et les politiques de l'Union européenne*, Fribourg, Edis, 2003, p. 5-48.

BESSON Samantha, « Post-souveraineté ou simple changement de paradigmes ? Variations sur un concept essentiellement contestable », *in* BALMELLI Tiziano, BORGHI Alvaro et HILDBRAND Pierre-Antoine (dir.), *La souveraineté au XXIe siècle*, Fribourg, Edis, 2003, p. 7-58.

BESSON Samantha, « Sovereignty in Conflict », European Integration Online Paper 2004, n°15.

BESSON Samantha, « From European Integration to European Integrity : Should European Law Speak With Just One Voice », *ELJ* 2004, p. 257-281.

BETHLEHEM Daniel, « International Law, European Community Law, National Law : Three Systems in Search of a Framework. Systemic Relativity in the Interaction of Law in the European Union », *in* KOSKENNIEMI Martti (dir.), *International Law Aspects of the European Union*, La Haye, Kluwer, 1998, p. 169-196.

BIEVER Robert, EDON Nico et WEITZEL Luc, « Luxembourg », *in* EISEMAN Pierre Michel (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 407-432.

BIRKINSHAW Patrick, « British Report », *in* FIDE, *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1996, p. 440-471.

BIRKINSHAW Patrick, « British Report », *in* SCHWARZE Jürgen (dir.), *La naissance d'un ordre constitutionnel européen. L'interaction du droit constitutionnel national et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 205-286.

BIROSTE David, « Précisions sur les rapports entre droit constitutionnel et droit communautaire », *RRJ* 2004, p. 1829-1847.

BLACHÈR Philippe et PROTIÈRE Guillaume, « Le Conseil constitutionnel gardien de la Constitution face aux directives communautaires », *RFDC* 2007, p. 123-144.

BLAIZOT-HAZARD Catherine, « Les contradictions des articles 54 et 55 de la Constitution face à la hiérarchie des normes », *RDP* 1992, p. 1293-1319.

BLANC Didier, « Les incidences du traité-constitutionnel européen sur la constitution française : une affectation minimale », *RRJ* 2005, p. 2257-2276.

BLANC Didier, « Contribution à l'étude du traité constitutionnel européen vu par le constituant », *RFDC* 2005, p. 845-874.

BLANCHETIER Philippe, « La décisions n°2004-496 DC du 10 juin 2004 du Conseil constitutionnel relative à la loi pour la confiance dans l'économie numérique », *JCP* 2004.II.10117.

BLECKMAN Albert, « L'applicabilité directe du droit communautaire », *in* Institut d'études européennes de l'ULB, *Le recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelles, Larcier, 1978, p. 85-143.

BLONDEAU Ange, « L'application du droit conventionnel par les juridictions françaises de l'ordre judiciaire », *in* SFDI, *L'application du droit international par le juge français*, Paris, Armand Colin, 1972, p. 43-62.

BLUMANN Claude, « L'article 54 de la Constitution et le contrôle de la constitutionnalité des traités en France », *RGDIP* 1978, p. 537-618.

BLUMANN Claude, « Rapport introductif général », *in* GAUDIN Hélène (dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect réciproque mutuel ?*, Paris, Economica, 2001, p. 13-36.

BON Pierre, « La protection juridictionnelle des droits de l'homme (au niveau interne et international) », *in* AFDC, *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Paris, Economica, 1987, p. 269-319.

BONNEFOY Jean-Louis, « Le Conseil d'État et la force légale des conventions internationales », *JDI* 1971, p. 501-540.

BONNET Baptiste, « Le Conseil d'État, la Constitution et la norme internationale », *RFDA* 2005, p. 56-68.

BOOM Steve, « The European Union After the Maastricht Decision : Is Germany the Viriginia of Europe ? », Jean Monnet Working Paper n°5/95, disponible à l'adresse suivante : http://www.jean monnetprogram.org/papers/95/9505ind.html.

BOSCO Giacinto, « La primauté du droit communautaire dans les ordres juridiques des États members de l'Union européenne », *in Festschrift für Ulrich Everling*, Baden Baden, Nomos Verlag, 1995, T. I, p. 149-161.

BOULOUIS Jean, « Le juge constitutionnel français et l'Union européenne (1991-1993) », *CDE* 1994, p. 505-522.

BOULOUIS Jean, « Préface », *in* DE BERRANGER Thibaut, *Constitutions nationales et construction communautaire*, Paris, LGDJ, 1995, p. XVII-XIX.

BOULOUIS Jean, « Droit interne, droit communautaire, droit international », *in Droit communautaire et droit français. Recueil d'études*, Paris, La mémoire du droit, 1999, p. 68-75.

BOUSSETA Samira, « L'article 54 de la Constitution française : contrôle de hiérarchie des normes ou contrôle de compatibilité des normes ? », *Politeia* n°8, p. 143-151.

BOUTROS GHALI Boutros, « Conférence inaugurale », *RCADC* 2000, p. 14-24.

BRAUD François, « Le droit communautaire et le juge de l'ordre judiciaire français », *in* CLERGERIE Jean-Louis (dir.), *Le pouvoir judiciaire communautaire*, Limoges, PULIM, 1999, p. 15-26.

BREILLAT Dominique, « La Constitution : un catalogue de traités ? », *in Les mutations du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 305-324.

BRIBOSIA Hervé, « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire. Réflexions générales sur le point de vue de l'ordre juridique belge », *RBDI* 1996, p. 33-89.

BRIBOSIA Hervé, « Report on Belgium », *in* WEILER J.H.H., SLAUGHTER Anne-Marie et STONE SWEET Alec (dir.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context*, Oxford, Hart, 1998, p. 3-38.

BRÖLMANN Catherine et VIERDAG Egbert, « Pays-Bas », *in* EISEMAN Pierre Michel (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 433-459.

BRONDEL Séverine, « Quand le contrôle du Conseil constitutionnel s'arrête devant une directive », *AJDA* 2004, p. 1216.

BRONDEL Séverine, « Confirmations de jurisprudences du Conseil constitutionnel », *AJDA* 2004, p. 1393.

BRONDEL Séverine, « Une révision constitutionnelle nécessaire à la ratification de la Constitution européenne », *AJDA* 2004, p. 2248.

BROUWERS Ph. et SIMONART H., « Le conflit entre la Constitution et le droit international conventionnel dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *CDE* 1995, p. 7-22.

BRUCE Eva, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. Réflexions autour de l'article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », VIe Congrès de l'AFDC, Montpellier, 9, 10 et 11 juin 2005, disponible à l'adresse suivante : http://www.droit constitutionnel.org/congresmtp/atelier5.html.

BRUCE Eva, « Faut-il intégrer le droit communautaire aux normes de référence du contrôle de constitutionnalité ? », *RFDC* 2005, p. 539-560.

BRUCE Eva, « La primauté du droit communautaire (retour sur la portée de l'article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel) », *LPA* 2005, n°192, p. 3-10.

BRUNET Pierre, « Les juges européens au pays des valeurs », *La vie des idées* 2009.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Les résistances des États de droit », *in* RIDEAU Joël (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuité et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, p. 423-458.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Petit bréviaire imaginaire des relations harmonieuses entre la Constitution française et l'intégration européenne », *RDP* 2002, p. 423-440.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Lumières et ombres de l'européanisation sous le signe du projet de Constitution pour l'Europe », *in* ZILLER Jacques (dir.), *L'européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 17-24.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « La déclaration du 13 décembre 2004 : un Solange II à l'espagnole », *CCC* n°18, p. 205-217.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « De l'internationalisation du dialogue des juges », *in Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 95-130.

CADOUX Charles, « La supériorité du droit des Nations Unies sur le droit des États membres », *RGDIP* 1959, p. 655-680.

CAMBY Jean-Pierre, « Le droit communautaire est-il soluble dans la Constitution ? », *RDP* 2004, p. 878-888.

CAMBY Jean-Pierre, « Le contrat première embauche et le Conseil constitutionnel », *RDP* 2006, p. 769-783.

CANIVET Guy, « Le droit communautaire et le juge national », *in* SIMON Denys (dir.), *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, Strasbourg, PUS, 2003, p. 81-95.

CANIVET Guy, Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la 'bénévolance' des juges », Conférence du 9 mai 2005, disponible à l'adresse suivante : http://www.ahjucaf.org/spip.php?rubrique235.

CANIVET Guy, « Constitution nationale et Europe. La dialectique du Un et du Deux », *in Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2008, p. 73-96.

CANIVET Guy et TRUCHOT Laurent, « L'application du droit communautaire par la Cour de cassation », *in Le droit à la mesure de l'homme. Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, Paris, Pedone, 2006, p. 357-371.

CAPORAL Stéphane, « Constitution et Europe : discours et doctrines », *in* AFHIP, *La constitution dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 401-421.

CAPPELLETTI Mauro, « Le transnationalisme, les cours et l'intégration européenne vus à la lumière de l'expérience des États-Unis », *in Le pouvoir des juges*, Paris, Economica, 1990, p. 330-379.

CAPPELLETTI Mauro et GOLAY David, « The Judicial Branch in the Federal and Transnational Union : its Impact on Integration », *in* CAPPELLETTI Mauro, SECCOMBE Monica et WEILER J.H.H. (dir.), *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*, Berlin, De Gruyter, 1986, vol. 1, book 2, p. 261-351.

CARCASSONNE Guy, « Le Huron et l'Europe », *Le Monde* 24 mars 2001, p. 21.

CARCASSONNE Guy, « Conseil constitutionnel on the European Constitutional Treaty. Decision of 19 november 2004, 2004-505 DC », *European Constitutional Law Review* 2005, p. 293-301.

CARCASSONNE Guy, « Singularités temporelle et formelle de la décision du Conseil constitutionnel », *in* MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel et MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand (dir.), *Constitution et construction européenne*, Paris, Dalloz, 2006, p. 201-204.

CARREAU Dominique, « Droit communautaire et droit national : concurrence ou primauté ? La contribution de l'arrêt Simmenthal », *RTDE* 1978, p. 381-418.

CARTABIA Marta, « The Italian Constitutional Court and the Relationship Between the Italian Legal System and the European Union », *in* WEILER J.H.H., SLAUGHTER Anne-Marie et STONE SWEET Alec (dir.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context*, Oxford, Hart, 1998, p. 133-146.

CARTABIA Marta, « Taking Dialogue Seriously. The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union », Jean Monnet Working Paper n°12/07, disponible à l'adresse suivante : http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/07/071201.pdf.

CASSESE Antonio, « Modern Constitutions and International Law », *RCADI* 1985-III, p. 331-476.

CASSIA Paul, « Les rapports entre le droit communautaire et la Constitution », *DA* n°3/2002, p. 28-29.

CASSIA Paul, « La Constitution européenne porte atteinte…pardon, ne porte pas atteinte à la Constitution espagnole », *Europe* n°2/2004, p. 3.

CASSIA Paul, « Le véritable sens de la décision n°2004-496 du Conseil constitutionnel », *AJDA* 2004, p. 1385.

CASSIA Paul, « La Constitution européenne limite-t-elle le caractère souverain de la Constitution française ? », *AJDA* 2004, p. 2185.

CASSIA Paul, « L'article I-6 du traité établissant une Constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes », *Europe* n°12/2004, p. 6-10.

CASSIA Paul, « Le juge administratif, la primauté du droit de l'Union européenne et la Constitution française », *RFDA* 2005, p. 465-472.

CASSIA Paul, « Application de la primauté du droit communautaire par les juridictions nationales. À propos de la Loi Toubon, le Conseil d'État réaffirme la primauté des dispositions constitutionnelles sur le droit communautaire », *Europe* n°10/2006, p. 12-13.

CASSIA Paul et SAULNIER-CASSIA Emmanuelle, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe et la Constitution française », *JCP* 2005, p. 195-203.

CASSIA Paul et SAULNIER-CASSIA Emmanuelle, « Rapports entre la Constitution et le droit communautaire », *DA* n°10/2006, p. 31-33.

CASSIA Paul et SAULNIER-CASSIA Emmanuelle, « La primauté du droit de l'Union européenne dans le traité 'modificatif' : ce qui change », *Europe* n°12/2007, p. 11-13.

CATALANO Nicola, « La position du droit communautaire dans le droit des États membres », *in* Collège d'Europe, *Droit communautaire et droit national*, Bruges, De Tempel, 1965, p. 55-86.

CAUNES Karine, « La nature du système juridique européen : retour sur le principe de primauté », *in* ZILLER Jacques (dir.), *L'européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 281-298.

CAYLA Olivier, « Lire l'article 55. Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme », *CCC* n°7, p. 117-131.

CHAGNOLLAUD Dominique, « Watson propage une fausse nouvelle », *LPA* 2004, n°137, p. 5-7.

CHAGNOLLAUD Dominique, « La constitution française ne peut pas être révisée par voie de directives », *D.* 2005, p. 100-102.

CHAHID-NOURAÏ Noël, « Le Conseil d'État face au droit communautaire », *RAE* 1993/4, p. 59-64.

CHALMERS Damian, « The Dynamics of Judicial Authority and the Constitutional Treaty », Jean Monnet Working Paper n°5/04, disponible à l'adresse suivante : http://www.jeanmonnet program.org/papers/04/040501-14.pdf.

CHALTIEL Florence, « Droit constitutionnel et droit communautaire », *RTDE* 1999, p. 395-408.

CHALTIEL Florence, « La Constitution française et l'Union européenne. À propos de la révision constitutionnelle du 25 janvier 1999 », *RMCUE* 1999, p. 228-237.

CHALTIEL Florence, « Contribution à la théorie juridique du statut de l'État membre de l'Union européenne : l'exemple français », *in* HERVOUËT François (dir.), *Démarche communautaire et construction européenne*, Paris, La Documentation française, 2000, vol. 1, p. 163-178.

CHALTIEL Florence, « La boîte de pandore des relations entre la Constitution française et le droit communautaire. À propos de l'arrêt SNIP du Conseil d'État du 3 décembre 2001 », *RMCUE* 2002, p. 595-599.

CHALTIEL Florence, « Les bases constitutionnelles du droit communautaire », *in L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 551-568.

CHALTIEL Florence, « La souveraineté et l'Union européenne à la croisée des chemins », *LPA* 2003, n°16, p. 6-10.

CHALTIEL Florence, « Le Conseil constitutionnel au rendez-vous de la Constitution européenne », *LPA* 2004, n°140-141, p. 3-7.

CHALTIEL Florence, « Nouvelles variations sur la constitutionnalisation de l'Europe », *RMCUE* 2004, p. 450-454.

CHALTIEL Florence, « L'application du droit communautaire par le juge national », *in 50 ans de droit communautaire. Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, 2004, p. 843-865.

CHALTIEL Florence, « Une première pour le Conseil constitutionnel : juger un traité établissant une Constitution », *RMCUE* 2005, p. 5-10.

CHALTIEL Florence, « La souveraineté vue de l'Union européenne », *in* MAILLARD DESGRÉE DU LOÛ Dominique (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 191-202.

CHALTIEL Florence, « Constitution française, constitution européenne, vers l'osmose des ordres juridiques ? À propos de la révision constitutionnelle du 28 février 2005 », *RMCUE* 2005, p. 280-287.

CHALTIEL Florence, « Les perspectives de la primauté du droit communautaire », *LPA* 2005, n°209, p. 5-12.

CHALTIEL Florence, « Nouvelle précision sur les rapports entre le droit constitutionnel et le droit communautaire », *RFDC* 2006, p. 837-847.

CHALTIEL Florence, « Le droit européen dans les manuels de droit constitutionnel », *LPA* 2006, n°233, p. 10-17.

CHALTIEL Florence, « Turbulences au sommet de la hiérachie des normes », *RMCUE* 2007, p. 61-65.

CHALTIEL Florence, « Le Conseil d'État reconnaît la spécificité constitutionnelle du droit communautaire. À propos de la décision Arcelor du 8 février 2007 », *RMCUE* 2007, p. 335-338.

CHALTIEL Florence, « D'une pierre, deux coups : primauté et responsabilité renforcées », *LPA* 2007, n°43, p. 5-9.

CHALTIEL Florence, « Droit constitutionnel européen 2004-2006 », *RFDC* 2007, p. 163-173.

CHALTIEL Florence, « Les rapports de système entre le droit constitutionnel et le droit européen. Développements récents », *RMCUE* 2007, p. 361-372.

CHALTIEL Florence, « Le droit constitutionnel enrichi par le droit européen », *LPA* 2007, n°79, p. 8-15.

CHALTIEL Florence, « L'argument du droit européen devant le juge administratif », *LPA* 2007, n°79, p. 22-28.

CHALTIEL Florence, « Droit constitutionnel européen », *RFDC* 2008, p. 339-350.

CHALTIEL Florence, « La Ve République à l'épreuve de l'Europe », *in* MATHIEU Bertrand (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 685-692.

CHALTIEL Florence, « La Constitution française adaptée au traité de Lisbonne », *LPA* 2008, n°64, p. 10-15.

CHALTIEL Florence, « Droit constitutionnel européen », *RFDC* 2009, p. 367-373.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Commentaire de la décision n°2004-505 DC du 19 novembre 2004 relative au traité établissant une Constitution pour l'Europe », *RTDE* 2005, p. 557-580.

CHAMUSSY Damien, « Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire et la sécurité juridique », *AJDA* 2004, p. 1936-1941.

CHAMUSSY Damien, « Le Conseil constitutionnel face à la primauté du droit communautaire », *AJDA* 2005, p. 219-222.

CHAMUSSY Damien, « Le traité constitutionnel face à la Constitution française », *CCC* n°18, p. 229-247..

CHARBIT Nicolas, « Censure partielle de la loi relative au secteur de l'énergie : le Conseil constitutionnel, juge communautaire de la concurrence », *AJDA* 2006, p. 2438-2440.

CHARPENTIER Jean, « Réflexions sur l'utilité du droit international », *in État, société et pouvoir à l'aube du XXIe siècle. Mélanges en l'honneur de François Borella*, Nancy, PUN, 1999, p. 57-67.

CHARPENTIER Jean, « Éléments de cohérence entre ordres juridiques distincts », *in Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 293-307.

CHARPY Chloé, Commentaire sous Cons. const. n°2006-540 DC, *RFDC* 2007, p. 100-120.

CHARPY Chloé, « The Status of (Secondary) Community Law in the French Internal Order : the Recent Case-Law of the Conseil Constitutionnel and the Conseil d'État », *European Constitutional Law Review* 2007, p. 436-462.

CHEMILLIER-GENDREAU Monique, « L'État de droit au carrefour des droits nationaux et du droit international », *in L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 57-68.

CHEMILLIER-GENDREAU Monique, « Sur les rapports du droit interne et du droit international dans l'ordre constitutionnel », *in L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 105-116.

CHEVALIER Emile, « La déclinaison du principe de primauté dans les ordres communautaires : l'exemple de l'Union économique et monétaire ouest africaine », *CDE* 2006, p. 344-362.

CHEVALIER Roger-Michel, « Le juge français et le droit communautaire », *in Le juge national et le droit communautaire*, Bruxelles, Larcier 1966, p. 17-27.

CHEVALIER Roger-Michel et RASQUIN Gérard, « De quelques problèmes soulevés par l'application du droit communautaire en droit interne », *RMCUE* 1964, p. 489-495.

CHRESTIA Philippe, « Une nouvelle digue constitutionnelle a cédé : le Conseil d'État constitutionnalise le droit communautaire dérivé », *LPA* 2007, n°133, p. 27-30.

CHRISTIANOS Vassili, « Les juridictions helléniques face à la primauté du droit communautaire », *RFDA* 1990, p. 969-972.

CHRISTIANOS Vassili, « La ratification de la Constitution européenne : une crise constitutionnelle annoncée ? », *in* KADDOUS Christine et AUER Andreas (dir.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, Bruxelles Bruylant, 2006, p. 67-80.

CHRISTOPHE TCHAKALOFF Marie-France et GOHIN Olivier, « La Constitution est-elle encore la norme fondamentale de la République ? », *D.* 1999, p. 120-129.

CLAES Monica, « Constitutionalizing Europe at its Source : the 'European Clauses' in the National Constitutions : Evolution and Typology », *YEL* 2005, p. 81-125.

CLAES Monica, « The European Constitution and the Role of National Constitutional Courts », *in* ALBI Anneli et ZILLER Jacques (dir.), *The European Constitution and National Constitutions : Ratification and Beyond*, Dordrecht, Kluwer, 2007, p. 235-257.

COCATRE-ZIGLIEN André, « Constitution de 1958, droit international, relations extérieures et politique étrangère », *AFDI* 1958, p. 645-659.

COCOZZA Francesco, « Les droits fondamentaux en Europe entre justice constitutionnelle transfrontière de la CEDH et justice constitutionnelle nationale », *RFDC* 1996, p. 707-724.

COHEN-JONATHAN Gérard, « La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français », *in* SUDRE Frédéric (dir.), *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974-1992*, Kehl, Strasbourg, Arlington, Engel, 1994, p. 1-48.

COLLIARD C.A., « Le juge administratif français et le droit communautaire », *in Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, LGDJ, 1974, T. I, p. 187-202.

COLLIARD Jean-Claude, « France », *in* ILIOPOULOS-STRANGAS Julia (dir.), *Cours suprêmes nationales et cours européennes : concurrence ou collaboration ? In memoriam Louis Favoreu*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 167-178.

COMBACAU Jean, « Le droit international : bric-à-brac ou système », *APD* 1986, p. 85-105.

COMBACAU Jean, « Conclusions », *in* DUPUY Pierre-Marie (dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p. 85-93.

CONSTANTINESCO Léontin-Jean, « Contribution au problème des rapports entre l'ordre juridique de la Communauté et l'ordre juridique interne des États membres », *in Actes officiels du Congrès international d'études sur la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Milan, Dott. A. Giuffré, 1957, T. II, p. 211-223.

CONSTANTINESCO Léontin-Jean, « Droit communautaire et droit constitutionnel néerlandais », *RGDIP* 1969, p. 378-420.

CONSTANTINESCO Vlad, « La primauté du droit communautaire : mythe ou réalité ? », *in Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 1983, p. 109-123.

CONSTANTINESCO Vlad, « Cour constitutionnelle allemande, droits fondamentaux et droit communautaire : une musique nouvelle sur un air ancien… », *RTDE* 1987, p. 545-553.

CONSTANTINESCO Vlad, « Les rapports entre les traités et la constitution : du droit interne au droit communautaire », *in Libertés, justice, tolérance. Mélanges en l'honneur du Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. 1, p. 463-481.

CONSTANTINESCO Vlad et JACQUÉ Jean-Paul, « L'application du droit international et du droit communautaire au regard de la Constitution française », *in* KOENIG Pierre et RÜFNER Wolfgang (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité en France et en République fédérale d'Allemagne*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 1985, p. 175-213.

COSTA Jean-Paul, « La prise en compte du droit international et communautaire dans la jurisprudence du Conseil d'État », *in L'internationalité dans le droit. Convergences et défis. Études offertes à Alain Plantey*, Paris, Pedone, 1995.

COSTA Jean-Paul, « La Convention européenne des droits de l'homme et la Constitution de la France », *in Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 241-253.

COUZINET Jean-François, « L'incidence du droit communautaire sur la hiérarchie nationale des normes », *in* POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine (dir.), *Vers une culture juridique européenne ?*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 159-169.

CRAIG Paul, « Report on the United Kingdom », *in* WEILER J.H.H., SLAUGHTER Anne-Marie et STONE SWEET Alec (dir.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context*, Oxford, Hart, 1998, p. 195-224.

CRAIG Paul, « British Report », *in* FIDE, *XX Congress*, Londres, BICL, 2002, T. II, p. 411-426.

CRAIG Paul, « The European Court of Justice, National Courts and the Supremacy of Community Law », *in* MICCU Roberto et PERNICE Ingolf (dir.), *The European Constitution in the Making*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2004, p. 35-52.

CRAIG Paul, « The Constitutional Treaty and Sovereignty », *in* KADDOUS Christine et AUER Andreas (dir.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, Bruxelles Bruylant, 2006, p. 117-134.

CRAMER Per, « Does the Codification of the Principle of Supremacy Matter ? », *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2004-2005, p. 58-79.

CURTIN Deirdre et DEKKER Ige, « The Constitutional Structure of the European Union : Some Reflections on Vertical Unity-in-Diversity », *in* BEAUMONT Paul, LYONS Carole et WALKER Neil (dir.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford, Hart, 2002, p. 59-78.

DAILLER Patrick, « Monisme et dualisme : un débat dépassé ? », *in* BEN ACHOUR Rafâa et LAGHMANI Slim (dir.), *Droit international et droits internes, développements récents*, Paris, Pedone, 1998, p. 9-21.

DANIELE Luigi, « Après l'arrêt Granital : droit communautaire et droit national dans la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle italienne », *CDE* 1992, p. 3-21.

DANIELE Luigi, « La protection des droits fondamentaux peut-elle limiter la primauté du droit communautaire et l'obligation de renvoi préjudiciel ? », *CDE* 2006, p. 67-81.

DARRAS Jean et PIROTTE Olivier, « La Cour constitutionnelle fédérale allemande a-t-elle mis en danger la primauté du droit communautaire ? », *RTDE* 1976, p. 415-438.

DARMON Marco, « Juridictions constitutionnelles et droit communautaire », *RTDE* 1988, p. 217-251.

DASHWOOD Alan, « The Relationship Between the Member States and the European Union – European Community », *CMLR* 2004, p. 355-381.

DASHWOOD Alan, « The European Union Constitution – What Will Really Change ? », *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2004-2005, p. 33-56.

D'ASPREMONT LYNDEN Jean et DE BEYS Julien, « La primauté du droit européen dans le contentieux objectif de la légalité », *JTDE* 2004, p. 200-203.

DAUPS Thierry, « Limites et virtualités du respect de l'identité nationale des États membres par l'Union européenne », *LPA* 2005, n°71, p. 7-14.

DE BURCA Grainne, « Sovereignty and the Supremacy Doctrine of the European Court of Justice », *in* WALKER Neil (dir.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart, 2003, p. 449-460.

DE BURCA Grainne et GERSTENBERG Oliver, « The Denationalization of Constitutional Law », *Harvard International Law Journal* 2006, p. 243-262.

DECAUX Emmanuel, EISEMAN Pierre-Michel, GOESEL-LE BIHAN Valérie et STERN Brigitte, « France », *in* EISEMAN Pierre Michel (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 241-286.

DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE A., « Considérations sur le droit international dans ses rapports avec le droit de l'État », *RGDIP* 1933, p. 45-70.

DE FOUCAULD Anne-Clément, « La suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle », *JCP* 2001.II.10453.

DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE Paul, « Juridiction administrative et droit international », *EDCE* 1962, p. 13-40.

DEHARBE David, « Les solutions Koné et Acquarone : un coup d'arrêt à la réception du droit international par le juge administratif », *LPA* 1998, n°94, p. 13-23.

DEHAUSSY Jacques, « La supériorité des normes internationales sur les normes internes : à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 20 octobre 1989, Nicolo », *JDI* 1990, p. 5-33.

DEHAUSSY Jacques, « La Constitution, les traités et les lois : à propos de la nouvelle jurisprudence du Conseil d'État sur les traités », *JDI* 1999, p. 675-706.

DEHOUSSE Fernand, « La primauté du droit communautaire sur le droit des États membres », *RTDE* 1965, p. 212-246.

DELANAY Erin, « Managing in a Federal System Without an Ultimate Arbiter : Komptenz-Kompetenz in the European Union and the Ante-Bellum United States », *Regional and Federal Studies* 2005, p. 225-244.

DELCOURT Christine, LE BARBIER Muriel, MANSON François-Olivier et MEHDI Rostane, « Droit communautaire et supraconstitutionnalité », *JSLC* 1993, p. 389-440.

DELMAS-MARTY Mireille, « La grande complexité juridique du monde », *in Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 89-105.

DELMAS-MARTY Mireille, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, p. 951-957.

DELPÉRÉE Francis, « Les rapports de cohérence entre le droit constitutionnel et le droit international public. Développements récents en Belgique », RFDC 1999, p. 729-740.

DELPÉRÉE Francis, « Le fédéralisme et l'Europe », *in Droit constitutionnel, droit communautaire et droit européen*, *AIJC* 1999, p. 327-339.

DELPÉRÉE Francis, « La Constitution belge et le droit communautaire », *in Droit constitutionnel, droit communautaire : Influences croisées. En hommage à Louis Dubouis*, Paris, La Documentation française, 2000, p. 71-76.

DELPÉRÉE Francis, « La Constitution fédérale de la Belgique et l'Europe », *in La Constitution face à l'Europe*, Paris, La Documentation française, 2000, p. 39-46.

DELPÉRÉE Francis, « Autour d'un sanctuaire », *in Mélanges Jacques Van Compernolle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 167-180.

DELPÉRÉE Francis, « La communicabilité entre le droit international, le droit européen, le droit constitutionnel et le droit régional », *in La communicabilité entre les systèmes juridiques. Liber Amicorum Jean-Claude Escarras*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 59-70.

DELPÉRÉE Francis, « Belgium : the Lock-Through System », *in* ALBI Anneli et ZILLER Jacques (dir.), *The European Constitution and National Constitutions : Ratification and Beyond*, Dordrecht, Kluwer, 2007, p. 67-77.

DELPÉRÉE Francis, « Belgique », *in* ILIOPOULOS-STRANGAS Julia (dir.), *Cours suprêmes nationales et cours européennes : concurrence ou collaboration ? In memoriam Louis Favoreu*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 125-141.

DEL VALLE GALVEZ Alejandro, « Constitution espagnole et traité constitutionnel européen – La déclaration du Tribunal constitucional du 13 décembre 2004 », *CDE* 2005, p. 705-723.

DENOIX DE SAINT MARC Renaud, « Le mandat d'arrêt européen devant le Conseil d'État », *in Le droit à la mesure de l'homme. Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, Paris, Pedone, 2006, p. 135-142.

DERO-BUGNY Delphine, « Le Préambule et la participation à la construction européenne », *in* GAUDEMET Yves (dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2008, p. 103-124.

DEUMIER Pascale, « Petit guide des conflits de normes par le Conseil d'État – à l'attention du Conseil constitutionnel ? », *RTDC* 2005, p. 561-564.

DEUMIER Pascale, « Constitution et droit communautaire dérivé : la voix du Conseil d'État dans le dialogue des juges », *D.* 2007, p. 2742-2748.

DEUMIER Pascale et DE LAMY Bertrand, « La hiérarchie des normes, une pyramide à géométrie variable », *LPA* 2000, n°201, p. 8-13.

DE VILLIERS Michel, « Norme constitutionnelle et norme internationale », *Revue administrative* 1981, p. 143-145.

DE VISSCHER Paul, « Les tendances internationales des constitutions modernes », *RCADI* 1952-I, p. 511-578.

DE VISSCHER Paul, « La Communauté européenne du charbon et de l'acier et les États membres », *in Actes officiels du Congrès international d'études sur la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Milan, Dott. A. Giuffré, 1957, T. II, p. 7-93.

DE WITTE Bruno, « Retour à Costa : la primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *RTDE* 1984, p. 425-454.

DE WITTE Bruno, « Droit communautaire et valeurs constitutionnelles nationales », *Droits* n°14, p. 87-96.

DE WITTE Bruno, « Pays-Bas », *in* RIDEAU Joël (dir.), *Les États membres de l'Union européenne : adaptations, mutations, résistances*, Paris, LGDJ, 1997, p. 367-390.

DE WITTE Bruno, « Direct Effect, Supremacy and the Nature of Legal Order », *in* CRAIG Paul et DE BURCA Grainne (dir.), *The Evolution of European Union Law*, Oxford, OUP, 1999, p. 177-213.

DE WITTE Bruno et CLAES Monica, « Report on the Netherlands », *in* WEILER J.H.H., SLAUGHTER Anne-Marie et STONE SWEET Alec (dir.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context*, Oxford, Hart, 1998, p. 171-194.

DE WITTE Bruno, « The Closest Thing to a Constitutional Conversation in Europe : the Semi-Permanent Treaty Revision Process », *in* BEAUMONT Paul, LYONS Carole et WALKER Neil (dir.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford, Hart, 2002, p. 39-57.

DE WITTE Bruno, « Do Not Mention the Word : Sovereignty in Two Europhile Countries, Belgium and the Netherlands », *in* WALKER Neil (dir.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart, 2003, p. 351-366.

DE ZAYAS Alfred, « Le droit constitutionnel et l'internationalisation des droits de l'homme », *RCADC* 2000, p. 307-363.

DHOMMEAUX Jean, « Convention EDH et supraconstitutionnalité », *JSLC* 1993, p. 369-387.

DHOMMEAUX Jean, « Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme », *AFDI* 1995, p. 447-469.

DHOMMEAUX Jean, « Le Conseil constitutionnel et la tentation de l'internationalisation de la Constitution », *in* Institut catholique d'études supérieures, *Que reste-t-il de la nation dans la Constitution ?*, Paris, Cujas, 2008, p. 83-114.

DI BUCCI Vittorio, « L'application du droit communautaire en Italie », *RFDA* 1990, p. 975-977.

DIETRICH Alexandre, « Nature juridique de l'Union européenne et Conseil constitutionnel », *in* ECKERT Gabriel, GAUTIER Yves, KOVAR Robert et RITLENG Dominique (dir.), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Strasbourg, PUS, 2007, p. 39-62.

DOMINICÉ Christian et VOEFFRAY François, « L'application du droit international général dans l'ordre juridique interne », *in* EISEMAN Pierre Michel (dir.), *L'intégration du droit international*

et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe, La Haye, Kluwer, 1996, p. 51-62.

DOMINICÉ Christian et VOEFFRAY François, « Suisse », *in* EISEMAN Pierre Michel (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 529-570.

DONNEDIEU DE VABRES Jacques, « La Constitution de 1946 et le droit international », *D.* 1948, p. 5-8.

DORD Olivier, « Le contrôle de constitutionnalité des actes communautaires dérivés : de la nécessité d'un dialogue entre les juridictions suprêmes de l'Union européenne », *CCC* n°4, p. 161-170.

DORD Olivier, « Ni absolue ni relative, la primauté du droit communautaire procède de la constitution », *in* GAUDIN Hélène (dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un réciproque mutuel ?*, Paris, Economica, 2001, p. 121-140.

DORD Olivier, « Systèmes juridiques nationaux et cours européennes : de l'affrontement à la complémentarité », *Pouvoirs* n°96, p. 5-18.

DORD Olivier, « La 'Constitution européenne' devant le Conseil constitutionnel : contrôle de routine ? », *AJDA* 2004, p. 1953.

DORD Olivier, « Le Conseil constitutionnel face à la Constitution européenne : contrôle des apparences ou apparence de contrôle ? », *AJDA* 2005, p. 210-219.

DOUGAN Michael, « When the Worlds Collide : Competing Visions of the Relationship Between Direct Effect and Supremacy », *CMLR* 2007, p. 931-963.

DRAGO Roland, « La guerre des juges n'aura pas lieu », *JCPA* 2007, p. 2081.

DRUESNE Gérard, « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire », *RMCUE* 1975, p. 285-295.

DRUESNE Gérard, « La primauté du droit communautaire sur le droit interne », *RMCUE* 1975, p. 378-390.

DUBOS Olivier, « Une constitution européenne, des constitutions nationales », *Revue européenne de droit public* 2003, p. 984-1028.

DUBOUIS Louis, « Le juge administratif français et les règles de droit international », *AFDI* 1971, p. 9-60.

DUBOUIS Louis, « L'arrêt Nicolo et l'intégration de la règle internationale et communautaire dans l'ordre juridique français », *RFDA* 1989, p. 1000-1008.

DUBOUIS Louis, « Le juge français et le conflit entre normes constitutionnelle et internationale », *in L'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 205-219.

DUBOUIS Louis, « Droit administratif et droit communautaire », *AJDA* 1995, numéro spécial, p. 66-75.

DUBOUIS Louis, « Le contrôle de la compatibilité des décisions de l'Union européenne avec la Constitution française », *in Le droit des organisations internationales. Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 331-352.

DUBOUIS Louis, « Les trois logiques de la jurisprudence Sarran », *RFDA* 1999, p. 57-66.

DUBOUIS Louis, « Bref retour sur la longue marche du Conseil d'État en terres internationales et européennes », *in Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 391-402.

DUBOUT Edouard, « De la primauté imposée à la primauté consentie – Les incidences de l'inscription du principe de primauté dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe », VIe Congrès de l'AFDC, Montpellier, 9, 10 et 11 juin 2005.

DUMON Frédéric, « Les rapports entre le droit constitutionnel et le droit international », *in* Centre interuniversitaire de droit public, *Le nouveau droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 205-223.

DUPÉRÉ Olivier, « Le contrôle de constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne. Lectures croisées du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel », *RFDC* 2005, p. 147-169.

DUPUY Pierre-Marie, « Introduction générale », *in* DUPUY Pierre-Marie (dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p. 7-9.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline, « L'avenir de l'Union européenne et le débat constitutionnel français », *RDP* 2002, p. 403-422.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline, Note sous Cons. const., n°2004-496 DC, *CMLR* 2005, p. 859-869.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline et PERNICE Ingolf, « General Report », *in* FIDE, *XX Congress*, Londres, BICL, 2002, T. II, p. 1-64.

DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier, « Le Conseil constitutionnel et le droit européen », *RFDC* 2004, p. 23-35.

DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », *in Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetouille*, Paris, Dalloz, 2007, p. 315-327.

DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier, « Le Conseil constitutionnel et le processus d'intégration communautaire », *in L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissochet*, Paris, Pedone, 2008, p. 85-95.

EHLERMANN C.D., « Primauté du droit communautaire mise en danger par la Cour constitutionnelle fédérale allemande », *RMCUE* 1975, p. 10-19.

EISENMANN Charles, « Le projet de traité sur la CED et la Constitution française », *in Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 495-505.

EISENMANN Charles, « Le traité sur la CED : loi simple ou loi constitutionnelle ? Réponse à deux arguments », *in Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 507-509.

ELEFTHERIADIS Pavlos, « The Direct Effect of Community Law : Conceptual Issues », *YEL* 1996, p. 205-221.

ELEFTHERIADIS Pavlos, « Begging the Constitutional Question », *JCMS* 1998, p. 255-271.

ELEFTHERIADIS Pavlos, « The European Constitution and Cosmopolitan Ideals », *Columbia Journal of European Law* 2001, p. 21-39.

ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael, « Le refus du Conseil constitutionnel de contrôler une loi portant transposition d'une directive communautaire », *RTDC* 2004, p. 605-610.

ERMACORA Felix, « General Problems of Relations Between Constitutional Law and International Law », *in* AIDC, *Le nouveau droit constitutionnel*, Fribourg, Éditions universitaires de Fribourg, 1991, p. 267-286.

EVERSON Michelle, « Beyond the Bundesverfassungsgericht : on the Necessary Cunning of Constitutional Reasoning », *ELJ* 1998, p. 389-410.

FABBRINI Sergio, « The Constitutionalisation of a Compound Democracy : Comparing the European Union with the American Experience », Constitutionalism WEB-Papers n°3/2008, disponible à l'adresse suivante : http://www.bath.ac.uk/esml/conWEB/Conweb%20papers-filestore/conweb3-2008.pdf.

FAVOREU Louis, « Le Conseil constitutionnel et le droit international », *AFDI* 1977, p. 95-127.

FAVOREU Louis, « L'interprétation de l'article 55 de la Constitution », *RFDA* 1989, p. 993-1000.

FAVOREU Louis, « Le droit international », *in* MAUS Didier, FAVOREU Louis et PARODI Jean-Luc (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Paris, Economica, 1992, p. 577-603.

FAVOREU Louis, « Le contrôle de constitutionnalité du traité de Maastricht et le développement du droit constitutionnel international », *RGDIP* 1993, p. 39-65.

FAVOREU Louis, « La prise en compte du droit international et communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in L'internationalité dans le droit. Convergences et défis. Études offertes à Alain Plantey*, Paris, Pedone, 1995, p. 33-44.

FAVOREU Louis, « La Constitution française et le droit communautaire », *in Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées. En hommage à Louis Dubouis*, Paris, La Documentation française, 2000, p. 77-80.

FAVOREU Louis et OBERDOFF Henri, « Droit constitutionnel et droit communautaire : les rapports entre deux ordres juridiques », *RMCUE* 2000, p. 94-99.

FAVRE Jérôme, « Le juriste entre pathologie de la normalisation et normalité du pathologique : le cas des conflits de normes fondamentales », Congrès de l'AFDC, Montpellier, 9, 10 et 11 juin 2005, disponible à l'adresse suivante : http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/atelier4.html.

FENNELLY Nial, « The Effect of European Community Law on Irish Law an the Irish Constitution », *in Continuity and Change in European Union Law. Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, OUP, 2008, p. 446-461.

FERNANDEZ ESTEBAN Maria Luisa, « National Judges and Community Law : the Paradox of the Two Paradigms of Law », *Maastricht of Journal of European and Comparative Law* 1997, p. 143-151.

FERNANDEZ-FONTECHA TORRES Manuel, « Droit international, droit communautaire, droit interne. Différences et intégration », *JSLC* 1995, p. 27-47.

FERNANDEZ SEGADO Francisco, « Le contrôle de 'communautariété' de l'ordre juridique interne réalisé par le juge national et ses conséquences sur le système constitutionnel », *in Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1231-1262.

FERRARI-BRAVO Luigi, « International and Municipal Law : the Complementary of Legal Systems », *in* ST. JOHN MACDONALD Ronald et JOHNSTON Douglas (dir.), *The Structure and Process of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1983, p. 715-749.

FERRERES COMELLA Victor, « Souveraineté nationale et intégration européenne dans le droit constitutionnel espagnol », *CCC* n°9, p. 155-164.

FERSTENBERT Jacques, « L'application du droit communautaire et la situation constitutionnelle du juge national », *RTDE* 1979, p. 32-72.

FÉVROT Olivier, « Les réserves de constitutionnalité du 10 juin 2004 : primauté de la Constitution ou vœux pieux », *Politeia* n°6, p. 15-32.

FINES Francette, « Primauté européenne et souveraineté étatique », *Politeia* n°6, p. 215-232.

FLAUSS Jean-François, « Le rang du droit international dans la hiérarchie des normes en droit français », *LPA* 1992, n°83, p. 16-26 et n°85, p. 17-22.

FLAUSS Jean-François, « La souveraineté de l'État et la Convention européenne des droits de l'homme », *in* DRAGO Roland (dir.), *Souveraineté de l'État et interventions internationales*, Paris, Dalloz, 1996, p. 59-74.

FLAUSS Jean-François, « Le droit constitutionnel national devant les instances de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDC* 1997, p. 377-400.

FLAUSS Jean-François, Note sous CE Ass, 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres, *RDP* 1998, p. 919-945.

FLAUSS Jean-François, « Rapport français », *in* SCHWARZE Jürgen (dir.), *La naissance d'un ordre constitutionnel européen. L'interaction du droit constitutionnel national et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 25-107.

FLÉCHEUX Georges, « L'application des conventions internationales en droit interne français », *JSLC* 1995, p. 19-25.

FOX Hazel, GARDNER Piers et WICKREMASINGHE Chanaka, « The Reception of European Community Into Domestic Law », *in* EISEMAN Pierre Michel (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 27-38.

FOX Hazel, GARDNER Piers et WICKREMASINGHE Chanaka, « Royaume-Uni », *in* EISEMAN Pierre Michel (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 494-528.

FRANCESCAKIS Ph. « Remarques critiques sur le rôle de la Constitution dans le conflit entre traité et loi interne devant les tribunaux judiciaires », *Revue critique de droit international privé* 1969, p. 425-446.

FRANCK Claude, « Le Conseil constitutionnel et les règles de droit international », *RGDIP* 1975, p. 1070-1090.

FRANCK Claude, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe a appelé une modification de la Constitution française », *JCP* 2005, p. 630-636.

FRIEDEN Luc, « Rapport luxembourgeois », *in* FIDE, *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1996, p. 344-360.

FROMONT Michel, « Le Conseil constitutionnel et les engagements internationaux de la France », *in Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrecht. Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin, Springer Verlag, 1983, p. 221-239.

FROMONT Michel, « Les traité sur l'Union européenne et le juge constitutionnel en France et en Allemagne », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, Grenoble, PUG, 1995, p. 229-240.

FROMONT Michel, « Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne », *RAE* 1997, p. 191-208.

FROWEIN Jochen et OELLERS-FRAHM Karin, « L'application des traités dans l'ordre juridique interne », *in* EISEMAN Pierre Michel (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 11-25.

FROWEIN Jochen et OELLERS-FRAHM Karin, « Allemagne », *in* EISEMAN Pierre Michel (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 69-114.

GABARDA Olivier, « Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs et contrôle de validité des engagements internationaux », *RRJ* 2003, p. 2727-2736.

GAÏA Patrick, « Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne », *in* FIDE, *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1996, p. 231-291.

GAÏA Patrick, « Normes constitutionnelles et normes internationales », *RFDA* 1996, p. 885-892.

GAÏA Patrick, « L'unification européenne et le droit constitutionnel : la Constitution française face à l'Union européenne », *in La coopération franco-allemande en Europe à l'aube du XXIe siècle*, Aix-en-Provence, PUAM, 1998, p. 261-278.

GAÏA Patrick, « Problématique générale », *in Droit constitutionnel, droit communautaire et droit européen*, *AIJC* 1999, p. 314-326.

GAÏA Patrick, « Le contrôle de constitutionnalité des normes communautaires », *in* GAUDIN Hélène (dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un réciproque mutuel ?*, Paris, Economica, 2001, p. 39-88.

GAÏA Patrick, « Le Conseil constitutionnel et l'Europe », *in Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1279-1290.

GAJA Giorgio, « Dualism – a Review », *in* NIJMAN Janne et NOLKAEMPER André (dir.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, OUP, 2007, p. 52-62.

GALMOT Yves, « Évolutions récentes du droit administratif français sous l'influence du droit communautaire », *EDCE* 1992, p. 305-312.

GANGSTED-RASMUSSEN Niels, « Primauté du droit communautaire en cas de conflit avec le droit danois », *RTDE* 1975, p. 700-707.

GANSHOF VAN DER MEERSCH Walter, « Vues comparatives sur l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique national dans les droits belge, néerlandais et luxembourgeois », *RIDC* 1966, p. 797-829.

GANSHOF VAN DER MEERSCH Walter, « Réflexions sur le droit international et la révision de la Constitution », *JT* 1968, p. 485-496.

GANSHOF VAN DER MEERSCH Walter, « Le droit communautaire et ses rapports avec les droits des États membres », *in* GANSHOF VAN DER MEERSCH Walter (dir.), *Les noveles. Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, p. 41-79.

GANSHOF VAN DER MEERSCH Walter, « Le juge belge à l'heure du droit international et du droit communautaire », *JT* 1969, p. 537-551.

GARCIA DE ENTERRIA Eduardo et ALONSO GARCIA Ricardo, « Spanish Report », *in* SCHWARZE Jürgen (dir.), *La naissance d'un ordre constitutionnel européen. L'interaction du droit constitutionnel national et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 287-337.

GARRIGOU-LAGRANGE Jean-Marie, « Préface », *in* GAUDIN Hélène (dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un réciproque mutuel ?*, Paris, Economica, 2001, p. 5-10.

GARRON Robert, « Réflexions sur la primauté du droit communautaire », *RTDE* 1969, p. 28-48.

GAUDIN Hélène, « Un espace juridique unique », *in* GAUDIN Hélène (dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un réciproque mutuel ?*, Paris, Economica, 2001, p. 11-12.

GAUDIN Hélène, « Primauté absolue ou primauté relative », *in* GAUDIN Hélène (dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un réciproque mutuel ?*, Paris, Economica, 2001, p. 97-120.

GAUDIN Hélène, « Révision des traités communautaires, révision des constitutions nationales : recherche sur la symétrie d'un phénomène », *in 50 ans de droit communautaire. Mélanges en l'honneur de Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, 2004, p. 541-557.

GAUTIER Marie, « La décision du Conseil constitutionnel relative au traité établissant une Constitution pour l'Europe est-elle une grande décision ? », *JCPA* 2005, p. 255-259.

GAUTIER Marie et MELLERAY Fabrice, « Applicabilité des normes internationales », *Jurisclasseur administratif*, 2004.

GAUTIER Marie et MELLERAY Fabrice, « Sources internationales et hiérarchie des normes », *Jurisclasseur administratif*, 2004.

GAUTIER Marie et MELLERAY Fabrice, « Le refus du Conseil constitutionnel d'apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives transposant une directive communautaire », *AJDA* 2004, p. 1537-1541.

GAUTRON Jean-Claude, « L'ordre juridique communautaire et la constitution française », *in* SEURIN Jean-Louis (dir.), *Le constitutionalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984, p. 162-169.

GAUTRON Jean-Claude, « Sur le principe de primauté », *in* MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel et MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand (dir.), *Constitution et construction européenne*, Paris, Dalloz, 2006, p. 185-190.

GENEVOIS Bruno, « Le Conseil d'État et l'ordre juridique communautaire », *EDCE* 1979, p. 73-93.

GENEVOIS Bruno, « Le droit international et le droit communautaire », *in Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Paris, LGDJ, 1988, p. 191-218.

GENEVOIS Bruno, Note sous CE Ass, 20 octobre 1989, Nicolo, *RFDA* 1989, p. 823-833.

GENEVOIS Bruno, « Le droit de vote des citoyens de l'Union européenne aux élections municipales : un contrôle à quadruple détente ? », *RFDA* 1998, p. 671-685.

GENEVOIS Bruno, « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé », *RFDA* 2004, p. 651-661.

GENEVOIS Bruno, « Le Conseil constitutionnel et la primauté du droit communautaire », *RFDA* 2005, p. 239-241.

GENEVOIS Bruno, « L'application du droit communautaire par le Conseil d'État », *RFDA* 2009, p. 201-213.

GENEVOIS Bruno, ABRAHAM Ronny, COLLIARD Jean-Claude et ZOLLER Elisabeth, « Interventions dans le cadre de la table ronde », *in* DUPUY Pierre-Marie (dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p. 61-84.

GENTOT Michel, « Le Conseil d'État et l'Europe », *in La Constitution face à l'Europe*, Paris, La Documentation française, 2000, p. 13-19.

GEORGESCO Valentin, « La valeur juridique des conventions internationales et leur conflit avec le droit interne », *in Mélanges Paul Negulesco*, Bucarest, Imprimeria nationala, 1935, p. 289-331.

GEORGOPOLOUS Théodore, « Le Conseil constitutionnel face à la directive communautaire : trois destinataires pour un message ambivalent », *LPA* 2005, n°227, p. 3-8.

GERKRATH Jörg, « Le traité sur l'Union européenne devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande », *Europe* n°11/1993, p. 4-6.

GERVAIS André, « Constatations et réflexions sur l'attitude du juge administratif français à l'égard du droit international », *AFDI* 1965, p. 13-39.

GERVASONI Stéphane, « La Cour de justice et le dialogue des juges », *in* LICHÈRE François, POTVIN-SOLIS Laurence et RAYNOUARD Arnaud (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 143-152.

GIORGI Florence, « Pour une révolution théorique douce : la figuration du pluralisme constitutionnel en réseau », VIIe Congrès de l'AFDC, Paris, 25, 26 et 27 septembre 2008.

GIORGI Florence et TRIART Nicolas, « National Judges, Community Judges : Invitation to a Journey through the Looking-Glass – On the Need for Jurisdictions to Rethink the Inter-systemic Relations Beyond the Hierarchical Principle », *ELJ* 2008, p. 693-717.

GLASER Emmanuel, « Réflexions sur la décision Arcelor », *in Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 473-493.

GOFFIN Léon, « De la prééminence absolue du droit communautaire sur le droit national des États membres », *JT* 1978, p. 392-393.

GOHIN Olivier, « La Constitution française et le droit d'origine externe », *RFDA* 1999, p. 77-87.

GOHIN Olivier, « Construction européenne et constitution française : l'apport de Michel Debré », *RFDC* 2002, p. 505-513.

GOHIN Olivier, « Il est aujourd'hui possible en France d'exciper d'une disposition de l'ordre constitutionnel français pour invalider, même indirectement, un acte de droit communautaire dérivé », *JCPA* 2004, p. 1263-1266.

GOHIN Olivier, « Le Conseil constitutionnel et la Constitution européenne : les trois contradictions », *JCPA* 2004, p. 1707-1710.

GONDOUIN Geneviève, « Des mystères de la supra-constitutionnalité à la logique fédéraliste. Réflexions sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, Grenoble, PUG, 1995, p. 295-311.

GRABENWATER Christoph, « National Constitutional Law Relating to the European Union », *in* VON BOGDANDY Armin et BAST Jürgen (dir.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart, 2006, p. 95-144.

GRAVER Hans-Peter, « National Origins of European Law : Towads an Autonomous System of European Law », ARENA Working Paper n°24/2000, disponible à l'adresse suivante : http://www.arena.uio.no/publications/wp00_24.htm.

GREWE Constance, « The Relationship Between the European Union and Member States in Constitutional Case Law : a Comparison Between Western and Eastern Europe », *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2008, p. 189-198.

GREWE Constance et RUIZ FABRI Hélène, « Le Conseil constitutionnel et l'intégration européenne », *RUDH* 1992, p. 277-293.

GREWE Constance et RUIZ FABRI Hélène, « La situation respective du droit international et du droit communautaire dans le droit constitutionnel des États », *in* SFDI, *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, p. 251-282.

GREWE Constance et WEBER Albrecht, « Le traité sur l'Union européenne devant les juridictions constitutionnelles », *AIJC* 1993, p. 11-30.

GRIMM Dieter, « La Cour européenne de justice et les juridictions nationales vues sous l'angle du droit constitutionnel allemand. Situation après la Décision Maastricht de la Cour constitutionnelle fédérale allemande », *CCC* n°4, p. 118-128.

GROUSSOT Xavier, « Supr[i]macy à la Française : Another French Exception ? », *YEL* 2008, p. 89-120.

GUASTINI Riccardo, « La primauté du droit communautaire : une révision tacite de la Constitution italienne », *CCC* n°9.

GUILHEUX Gilles, « L'impact de l'arrêt Koné sur la hiérarchie des normes », *LPA* 1996, n°156, p. 7-11.

GUILLERMIN Guy, « L'Union européenne face au défi de la hiérarchie des normes », *in* BRUNETEAU Bernard et CASSIS Youssef (dir.), *L'Europe communautaire au défi de la hiérarchie*, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 2007, p. 125-140.

HAHN Hugo, « La Cour constitutionnelle fédérale allemande et le traité de Maastricht », *RGDIP* 1994, p. 107-126.

HALBERSTAM Daniel, « Constitutionalism and Pluralism in Marbury and Van Gend », Michigan University Public Law and Legal Theory Working Paper n°104 (2008), disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1103253..

HALBERSTAM Daniel, « Constitutional Heterarchy : the Centrality of Conflicts in the European Union and the United States », Michigan University Public Law and Legal Theory Working Paper n°111 (2008), disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1147769&rec=1&srcabs=1103253.

HALBERSTAM Daniel et MÖLLERS Christoph, « The German Constitutional Court Says 'Ja zu Deutschland !' », *German Law Journal* 2009, p. 1241-1258.

HALLSTEIN Walter, « Intervention dans le débat juridique sur le rapport Dehousse », *RTDE* 1965, p. 247-254.

HAMROUNI Salwa, « Le droit international devant le juge constitutionnel », *in* BEN ACHOUR Rafâa et LAGHMANI Slim (dir.), D*roit international et droits internes, développements récents*, Paris, Pedone, 1998, p. 258-280.

HANF Dominik, « Le jugement de la Cour constitutionnelle allemande et le traité de Maastricht », *RTDE* 1994, p. 391-423.

HARHOFF Frederik, « Danemark », *in* EISEMAN Pierre Michel (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 151-181.

HARMSEN Robert, « European Integration and the Adaptation of Domestic Constitutional Orders : an Anglo-French Comparison », *Revue d'intégration européenne* 1993, p. 71-99.

HARTLEY Trevor, « The Constitutional Foundations of the European Union », *LQR* 2001, p. 225-246.

HAUPAIS Nicolas, Note sous Cons. const, n°2004-496 DC, *RGDIP* 2005, p. 1050-1065.

HAYOIT DE TERMICOURT Raoul, « Le conflit traité-loi interne », *JT* 1963, p. 482-486.

HERVOUËT François, « Politique jurisprudentielle de la Cour de justice et des juridictions nationales. Réception du droit communautaire par le droit interne des États », *RDP* 1992, p. 1257-1292.

HERVOUËT François, « L'incidence de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes sur la hiérarchie des normes en droit français », *in Les incidences des jurisprudences internationales sur les droits néérlandais et français notamment sur les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1992, p. 13-42.

HERVOUËT François, « Les audaces calculées du Conseil d'État dans le domaine international. La remise en cause de l'équilibre des pouvoirs constitutionnels », *in Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 67-82.

HERVOUËT François, « Les relations entre ordre juridique communautaire et ordres juridiques nationaux. De la primauté à la sphère de compétence », *in Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, p. 649-665.

ILIOPOULOS-STRANGAS Julia, « Le droit constitutionnel grec et l'intégration européenne », *in* FIDE, *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1996, p. 120-205.

ILIOPOULOS-STRANGAS Julia, « Rapport grec », *in* FIDE, *XX Congress*, Londres, BICL, 2002, T. II, p. 259-366.

IPSEN H.P., « The Relationship Between the Law of the European Communities and National Law », *CMLR* 1964, p. 379-401.

ISAAC Guy, « Les effets des decisions de la Cour de justice en France », *in* CIERE, *Les effets des decisions de la Cour de justice des Communautés européennes dans les États membres*, Bruxelles, UGA, 1980, p. 101-136.

ISAAC Guy, « Effet direct du droit communautaire », *Encyclopédie Dalloz communautaire*, 1997.

JACQUÉ Jean-Paul, « Constitution et organisations internationales : le problème de la supranationalité. Conseil constitutionnel et droit communautaire », *in* AFDC, *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Paris, Economica, 1987, p. 321-337.

JACQUÉ Jean-Paul, « Droit constitutionnel national, droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *RFDC* 2007, p. 3-37.

JAKAB Andras, « Neutralizing the Sovereignty Question. Compromise Strategies in Constitutional Argumentation Before European Integration and Since », *European Constitutional Law Review* 2006, p. 375-397.

JOBART Jean-Charles, « Le droit international constitutionnel », *in* ROUSSILLON Henry, BIOY Xavier et MOUTON Stéphane (dir.), *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, Toulouse, PUSST, 2006, p. 303-376.

JOERGES Christian, « Rethinking European Law's Supremacy : a Plea for a Supranational Conflict of Law », EUI Working Papers LAW n°2005/12, disponible à l'adresse suivante : http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/3332/1/law05-12.pdf.

KAKOURIS Constantinos, « La relation de l'ordre juridique communautaire avec les ordres juridiques des États membres (quelques réflexions parfois peu conformistes) », *in Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1987, p. 319-345.

KARYDIS Georges, « Le juge communautaire et la préservation de l'identité culturelle nationale », *RTDE* 1994, p. 551-560.

KAUFF-GAZIN Fabienne, « La décision du Conseil constitutionnel relative au traité établissant une Constitution pour l'Europe : la banalisation du processus constituant européen », *in* CONSTANTINESCO Vlad, GAUTIER Yves et MICHEL Valérie (dir.), *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Strasbourg, PUS, 2005, p. 223-232.

KAUFMAN Erich, « Traité international et loi interne », *in Mélanges en l'honneur de Gilbert Sidel*, Paris, Sirey, 1961, p. 383-400.

KDHIR Moncef, « Le juge français et le droit international non-écrit », *RDP* 2003, p 1581-1605.

KELSEN Hans, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI* 1926-IV, p. 231-329.

KELSEN Hans, « La transformation du droit international en droit interne », *RGDIP* 1936, p. 5-49.

KELSEN Hans, « Sovereignty and International Law », *Georgetown Law Journal* 1960, p. 627-640.

KIERSZNOWSKI Maximilien, « La primauté du droit de l'Union européenne selon les juridictions polonaises », *in* ROSSETTO Jean et BERRAMDANE Abdelkhaleq (dir.), *Regards sur le droit de l'Union européenne après l'échec du traité constitutionnel*, Tours, Presses Universitaires François Rabelais, 2007, p. 141-170.

KINDER-GEIST Patricia, « Primauté du droit commuanautaire et droit anglais ou comment concilier l'inconciliable », *RAE* 1991, p. 19-34.

KOKOT Juliane, « Report on Germany », *in* WEILER J.H.H., SLAUGHTER Anne-Marie et STONE SWEET Alec (dir.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context*, Oxford, Hart, 1998, p. 77-131.

KOMAREK Jan, « Federal Elements in the Community Judicial System : Building Coherence in the Community Legal Order », *CMLR* 2005, p. 9-34.

KOMAREK Jan, « European Constitutionalism and the European Arrest Warrant : in Search of the Limits of Cuntrpunctal Principles », *CMLR* 2007, p. 9-40.

KOMBILA Hilème, « Les principes constitutionnels face au droit communautaire, l'Union dans la diversité de l'identité constitutionnelle européenne », VIIe Congrès de l'AFDC, Paris, 25, 26 et 27 septembre 2008.

KOPELMANAS Lazare, « Du conflit entre le traité inetrnatuional et la loi interne », *Revue de droit international et de législation comparée* 1937, p. 88-143 et 310-361.

KORTMANN Constantin, « Les relations entre le droit international et le droit national dans le droit constitutionnel néérlandais », *in Les incidences des jurisprudences internationales sur les droits néérlandais et français notamment sur les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1992, p. 3-12.

KOVAR Jean-Philippe, « Commentaire des décisions du Conseil constitutionnel du 10 juin et du 1er juillet 2004 : rapport entre le droit communautaire et le droit national », *RTDE* 2004, p. 587-597.

KOVAR Jean-Philippe, « Vers un statut du droit d'exécution du droit communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Europe* n°2/2007, p. 4-6.

KOVAR Robert, « Les États membres et la compétence de la Cour », *in* Institut d'études européennes, *La Cour de justice des Communautés européennes et les États membres*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1981, p. 33-61.

KOVAR Robert, « Rapports entre le droit communautaire et les droits nationaux », *in* Commission des Communautés européennes, *Trente ans de droit communautaire*, Luxembourg, Office des publications des Communautés européennes, 1981, p. 115-158.

KOVAR Robert, « Le droit national d'exécution du droit communautaire : essai d'une théorie de l'écran communautaire », *in L'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 341-347.

KOVAR Robert, « Immédiateté du droit communautaire », *Jurisclasseur Europe*, 1991.

KOVAR Robert et SIMON Denys, « Some Reflections on the Decision of the French Constitutional Council of December 30, 1976 », *CMLR* 1977, p. 525-560.

KOWALIK-BANCZYK Krystyna, « Should We Polish it Up ? The Polish Constitutional Tribunal and the Idea of Supremacy of European Union Law », *German Law Journal* 2005, p. 1355-1366.

KRISCH Nico, « Europe's Constitutional Monstruosity », *OJLS* 2005, p. 321-334.

KUMM Mathias, « Who Is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe ? Three Conceptions of the Relationship Between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice », *CMLR* 1999, p. 351-386.

KUMM Mathias, « The Jurisprudence of Constitutional Conflict : Constitutional Supremacy in Europe Before and After the Constitutional Treaty », *ELJ* 2005, p. 262-307.

KUMM Mathias et COMMELLA Victor, « The Primacy Clause of the Constiutional Treaty and the Future of Constitutional Conflict in the European Union », *ICON* 2005, p. 473-492.

KUNZ Joseph, « La primauté du droit des gens », *Revue de droit international et de législation comparée* 1925, p. 556-598.

KWIECIEN Roman, « The Primacy of European Union Over National Law Under the Constitutional Treaty », *German Law Journal* 2005, p. 1479-1496.

LABAYLE Henri et SAURON Jean-Luc, « La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe », *RFDA* 2005, p. 1-29.

LABETOULLE Daniel, « Les juges européens, le juge constitutionnel et le juge administratif : le dialogue des juges », *in* LUKASZEWICZ Boleslaw et OBERDORFF Henri (dir.), *Le juge administratif et l'Europe : le dialogue des juges*, Grenoble, PUG, 2004, p. 283-333.

LACHAUME Jean-François, « Une victoire de l'ordre juridique communautaire : l'arrêt Nicolo consacrant la supériorité des traités sur les lois postérieures », *RMCUE* 1990, p. 384-394.

LADERCHI RUGGERI Francesco, « Report on Italy », *in* WEILER J.H.H., SLAUGHTER Anne-Marie et STONE SWEET Alec (dir.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context*, Oxford, Hart, 1998, p. 147-170.

LADEUR Karl-Heinz, « Towards a Legal Theory of Supranationality – The Viability of the Network Concept », *ELJ* 1997, p. 33-54.

LADEUR Karl-Heinz, « The Theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law. From the Hiearchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Inter-Relationships », EUI Working Papers LAW n°99/3, disponible à l'adresse suivante : http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/148/1/law99_3.pdf.

LAFFRANQUE Julia, « Ratification of the European Constitution in Estonia : a New Constitution for Estonia ? », *in* ALBI Annelli et ZILLER Jacques (dir.), *The European Constitution and National Constitutions : Ratification and Beyond*, Dordrecht, Kluwer, 2007, p. 79-88.

LAGHMANI Slim, « Droit international et droits internes : vers un nouveau jus gentium ? », *in* BEN ACHOUR Rafâa et LAGHMANI Slim (dir.), *Droit international et droits internes, développements récents*, Paris, Pedone, 1998, p. 23-44.

LAGHMANI Slim, « Suprématie de la constitution et transfert de souveraineté », *RCADC* 2000, p. 79-126.

LAGRANGE Maurice, « La primauté du droit communautaire sur le droit national », *in* Collège d'Europe, *Droit communautaire et droit national*, Bruges, De Tempel, 1965, p. 21-42.

LAGRANGE Maurice, « Les obstacles constitutionnels à l'intégration européenne », *RTDE* 1969, p. 240-254.

LAGRANGE Maurice, « Du conflit entre loi et traité en droit communautaire et en droit interne », *RTDE* 1975, p. 44-52.

LAMM Vanda et BRAGYOKA Andras, « Systèmes et normes : l'application du droit international dans le système juridique interne », *JSLC* 1993, p. 95-118.

LA PERGOLA Antonio, « Droit international et droit interne : problèmes traditionnels et tendances nouvelles », *in* Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Les rapports entre le droit international et le droit interne*, Strasbourg, Éd. du Conseil de l'Europe, 1993, p. 4-11.

LA TORRE Massimo, « Legal Pluralism as an Evolutionary Archievment of European Community Law », *in* SNYDER Francis (dir.), *The Europeanisation of Law : the Legal Effects of European Integration*, Oxford, Hart, 2000, p. 123-138.

LAZOWSKI Adam, « The Polish Constitution, the European Constitutional Treaty and the Principle of Supremacy », *in* ALBI Annelli et ZILLER Jacques (dir.), *The European Constitution and National Constitutions : Ratification and Beyond*, Dordrecht, Kluwer, 2007, p. 171-181.

LECLERCQ Claude, « La Constitution de 1958 face au défi international », *in L'internationalité dans le droit. Convergences et défis. Études offetes à Alain Plantey*, Paris, Pedone, 1995, p. 1-15.

LECOURT Robert, « Quel eut été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et de 1964 ? », *in L'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 349-361.

LE COUSTUMER Jean-Christophe, « Niklas Luhmann en Nouvelle-Calédonie ou les rapports État, Union européenne et entités territoriales », disponible à l'adresse suivante : http://www.theoriedudroit.net/notes/index.php/2007/06/29/9-niklas-luhmann-en-nouvelle-caledonie.

LEJEUNE Y. et BROUWERS Ph., « La Cour d'arbitrage face au contrôle de constitutionnalité des traités », *JT* 1992, p. 671-676.

LEMASSON Laurent, « La Constitution française face au droit international : pour une défense du principe de souveraineté », *RRJ* 2003, p. 1165-1201.

LENAERTS Koen, « Les rapports entre juridictions suprêmes dans l'ordre juridique institué par la Convention européenne des droits de l'homme », *CDE* 1983, p. 186-206.

LENAERTS Koen, « Federalism : Essential Concepts in Evolution : the Case of European Union », *Fordham International Law Journal* 1998, p. 746-798.

LENICA Frédéric et BOUCHER Julien, Note sous CE Ass, 8 février 2007, Société Arcelor, *AJDA* 2007, p. 577-583.

LEQUIME Guy, « La primauté du droit communautaire en Belgique », *RFDA* 1990, p. 961.

LE QUINIO Alexis, « La primauté des principes généraux du droit communautaire et sa réception par le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel », *in* PONTIER Jean-Marie (dir.), *Les principes et le droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, p. 333-367.

LE TALLEC Georges, « Le juge français devant le droit international et le droit communautaire », *RMCUE* 1975, p. 124-132.

LEVADE Anne, « La prise en compte spécifique de l'Union européenne par les constitutions nationales », *RAE* 2001-2002, p. 659-669.

LEVADE Anne, « Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé », *RDP* 2004, p. 889-911.

LEVADE Anne, « Le Conseil constitutionnel aux prises avec la Constitution européenne », *RDP* 2005, p. 19-50.

LEVADE Anne, « Quelle identité constitutionnelle nationale préserver face à l'Union européenne ? », *Annuaire de droit européen* vol. 2, p. 173-194.

LEVADE Anne, « Constitution et Europe ou le juge constitutionnel au cœur des rapports de systèmes », *CCC* n°18, p. 174-179.

LEVADE Anne, « Une autre lecture de la décision du Conseil constitutionnel », *in* MATHIEU Bertrand, MÉLIN-SOUCRAMANIEN Fernand et VERPEAUX Michel (dir.), *Constitution et construction européenne*, Paris, Dalloz, 2006, p. 205-210.

LEVADE Anne, « La constitutionnalité des lois de transposition entre conformité et compatibilité. Esquisse d'un bilan de la jurisprudence 'européenne' récente du Conseil constitutionnel », *in Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1291-1306.

LEVADE Anne, « Le Palais Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires », *RFDA* 2007, p. 564-577.

LEVADE Anne, « Le Conseil constitutionnel, régulateur des rapports de systèmes », *in* MATHIEU Bertrand (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 729-752.

LICHBACHER Rémy, « La vision du monde de la Cour de cassation », *RTDC* 2000, p. 672-676.

LOEWENSTEIN Karl, « La constitutionnalité des traités instituant la CED aux termes de la constitution de Bonn », *RDP* 1955, p. 632-669.

LOPEZ-CASTILLO Antonio, « Le contrôle des actes communautaires par les juridictions nationales », *in Droit constitutionnel, droit communautaire et droit européen*, *AIJC* 1999, p. 340-349.

LOUIS Jean-Victor, « La primauté du droit communautaire », *in* Institut d'études européennes, *Le recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelles, Larcier, 1978, p. 145-185.

LOUIS Jean-Victor, « La primauté, une valeur relative ? », *CDE* 1995, p. 23-28.

LOUIS Jean-Victor, VANDERSANDEN Georges et WAELBROECK Michel, « Les États membres et la jurisprudence de la Cour », *in* Institut d'études européennes, *La Cour de justice des Communautés européennes et les États membres*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1981, p. 63-94.

LUCHAIRE François, « Le contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux et ses conséquences relatives à la Communauté européenne », *RTDE* 1979, p. 391-428.

LUCHAIRE François, « L'Union européenne et la Constitution », *RDP* 1992, p. 935-981.

LUCHAIRE François, « Les conséquences de l'Union européenne sur le système juridique français », *Europe en formation* n°313, p. 11-32.

LUCHAIRE François, « La Constitution française et les engagements internationaux », *Politiea* n°1, p. 37-43.

LUCHAIRE François, « Constitution pour l'Europe et Constitution française », *Politeia* n°6, p. 255-267.

LUCHAIRE François, « Le Conseil constitutionnel devant la Constitution pour l'Europe », *RFDC* 2004, p. 465-471.

LUCHAIRE François, « La Constitution pour l'Europe devant le Conseil constitutionnel », *RDP* 2005, p. 51-58.

LUCIANI Massimo, « Supraconstitutionnalité et droit européen », *JSLC* 1993, p. 359-368.

LUCIANI Massimo, « Italie », *in* ILIOPOULOS-STRANGAS Julia (dir.), *Cours suprêmes nationales et cours européennes : concurrence ou collaboration ? In memoriam Louis Favoreu*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 207-230.

LYSAN Göran, « Swedish Report », *in* FIDE, *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1996, p. 427-439.

MABAKA Placide, « Suprématie de la Constitution et primauté du droit européen : un mariage impossible ? », *RRJ* 2001, p. 691-721.

MABAKA Placide, « L'Europe dans le droit constitutionnel positif des États », *in* ZILLER Jacques (dir.), *L'européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 25-38.

MACCORMICK Neil, « Beyond the Sovereign State », *MLR* 1993, p. 1-18.

MACCORMICK Neil, « The Maastricht-Urteil : Sovereignty Now », *ELJ* 1995, p. 259-266.

MACCORMICK Neil, « Risking Constitutional Collision in Europe », *OJLS* 1998, p. 517-532.

MACHETE Rui, « Rapport portugais », *in* FIDE, *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1996, p. 394-398.

MAGNON Xavier, « Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire », *Europe* n°8-9/2004, p. 6-12.

MAGNON Xavier, « L'Union européenne vue du droit constitutionnel national. Principe et conséquences d'une lecture nationale par les cours constitutionnelles allemande, espagnole, française et italienne », *Annuaire de droit européen* vol. 2, p. 119-147.

MAGNON Xavier, « La singularisation attendue du droit communautaire au sein de la jurisprudence IVG », *Europe* n°6/2006, p. 4-6.

MAGNON Xavier, « La directive communautaire comme paramètre du contrôle de constitutionnalité des lois : une exception d'interprétation stricte à la jurisprudence IVG », *D.* 2006, p. 2878-2882.

MAGNON Xavier, « La sanction de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire par le Conseil d'État », *RFDA* 2007, p. 578-589.

MAGNON Xavier et SIMON Denys, « La jurisprudence communautaire du Conseil constitutionnel (juin 2004 – novembre 2004) », *CDE* 2005, p. 217-262.

MAHER Imelda, « Community Law in the National Legal Order : a System Analysis », *JCMS* 1998, p. 237-254.

MAHIOU Ahmed, « Droit international et droit constitutionnel : de la non-intervention à la bonne gouvernance », *RCADC* 2001, p. 157-228.

MANGAS MARTIN Araceli, « Le droit constitutionnel espagnol et l'intégration européenne », *in* FIDE, *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1996, p. 206-230.

MANGAS MARTIN Araceli, « Quelques réflexions sur la jurisprudence constitutionnelle espagnole et le droit communautaire », *in Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, ULB, 2003, p. 277-286.

MANIN Philippe, « L'application du droit international et du droit communautaire en France, aspects récents », *JSLC* 1993, p. 119-126.

MARCHISIO Sergio, « Le droit communautaire dans les constitutions européennes », *in* BEN ACHOUR Rafâa et LAGHMANI Slim (dir.), *Droit international et droits internes, développements récents*, Paris, Pedone, 1998, p. 81-106.

MARCOU Gérard, « L'exigence constitutionnelle de transposition des directives et des tarifs réglementé de l'électricité et du gaz », *AJDA* 2007, p. 473-478.

MAREK Krystina, « Les rapports entre le droit international et le droit interne à la lumière de la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale », *RGDIP* 1962, p. 260-298.

MARTINEZ LOPEZ-MUNIZ José-Luis, « La primauté du droit commuantaire européen », *in La méthodologie de l'étude des sources du droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 159-167.

MASSOT Jean, « L'application des traités internationaux dans le droit interne : le point de vue du droit positif français », *JSLC* 1992, p. 421-435.

MASSOT Jean, « Le contrôle de transposition des directives : vide ou trop plein ? », *D.* 2006, p. 2337.

MATHIEU Bertrand, « De quelques exemples récents de l'influence des droits européens sur le juge constitutionnel français », *D.* 2002, p. 1439-1441.

MATHIEU Bertrand, « Le Conseil constitutionnel conforte la construction européenne en s'appuyant sur les exigences constitutionnelles natinales », *D.* 2004, p. 1739-1740.

MATHIEU Bertrand, « La Constitution européenne ne menace pas la République », *D.* 2004, p. 3075-3077.

MATHIEU Bertrand, « L'appréhension de l'ordre juridique communautaire par le droit constitutionnel français », *in Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, p. 169-177.

MATHIEU Bertrand, « Le respect par l'Union européenne des valeurs fondamentales de l'ordre juridique national », *CCC* n°18, p. 185-188.

MATHIEU Bertrand, « Le droit communautaire fait son entrée au Conseil constitutionnel », *LPA* 2006, n°167, p. 3-5.

MATHIEU Bertrand (dir.), « Débats », *in* MATHIEU Bertrand, MÉLIN-SOUCRAMANIEN Fernand et VERPEAUX Michel (dir.), *Constitution et construction européenne*, Paris, Dalloz, 2006, p. 211-221.

MATHIEU Bertrand, « Le contrôle des lois de transposition des directives communautaires par le Conseil constitutionnel ou les difficultés du cartésianisme », *in Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1307-1316.

MATHIEU Bertrand, « Les rapports entre le droit communautaire et le droit national. Bilan et incertitudes relatifs aux évolutions récentes de la jurisprudence des juges constitutionnel et administratif français », *RFDC* 2007, p. 675-694.

MATHIEU Bertrand, « Les règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : une catégorie juridique fonctionnelle à définir », *in En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 977-987.

MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, « À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 30 octobre 1998, Sarran et autres : le point de vue d'un constitutionnaliste », *RFDA* 1999, p. 67-76.

MATTLI Walter et SLAUGTHER Anne-Marie, « The Role of National Courts in the Process of European Integration : Accounting for Judicial Preferences and Constraints », *in* WEILER J.H.H., SLAUGHTER Anne-Marie et STONE SWEET Alec (dir.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context*, Oxford, Hart, 1998, p. 253-276.

MAUGÜÉ Christine, « L'arrêt Sarran entre apparence et réalité », *CCC* n°7, p. 132-140.

MAUGÜÉ Christine, « La décision n°2004-505 DC du Conseil constitutionnel français », *RFDA* 2005, p. 30-33.

MAUGÜÉ Christine, « Le Conseil constitutionnel et le droit supranational », *Pouvoirs* n°105, p. 53-71.

MAUS Didier, « Les Constitutions nationales, un obstacle à l'Union européenne ? », *Le Monde* 27 juin 1992, p. 2.

MAUS Didier, « Conclusions », *in* MAUS Didier et PASSELECQ Olivier (dir.), *Le traité d'Amsterdam face aux constitutions nationales*, Paris, La Documentation française, 1997, p. 92-96.

MAUS Didier, « L'influence du droit international contemporain sur l'exercice du pouvoir constituant », *in Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 87-102.

MAYER Franz, « Supremacy Lost ? Comment on Roman Kwiecien », *German Law Journal* 2005, p. 1497-1506.

MAYER Franz, « The European Constitution and the Courts », *in* VON BOGDANDY Armin et BAST Jürgen (dir.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart, 2006, p. 283-333.

MAZEAUD Pierre, « L'Europe et notre Constitution », *Le Monde* 20 janvier 1996, p. 13.

MAZEAUD Pierre, « L'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les lois de transposition des directives », *EDCE* 2007, p. 398-399.

MAZERON Florent, « Pour un renouvellement de la relation entre la Constitution française et le droit d'origine externe », *RRJ* 2006, p. 1439-1486.

MAZIAU Nicolas, « La mise en tutelle par la communauté internationale du pouvoir constituant national : les exemples de la Bosnie-Herzégovine et du Kosovo », *Civ. Eur.* n°6, p. 161-184.

MAZIAU Nicolas, « L'internationalisation du pouvoir constituant », *RGDIP* 2002, p. 549-579.

MAZIAU Nicolas, « Les constitutions internationalisées. Aspects théoriques et essai de typologie », 2003, disponible à l'adresse suivante : http://www.unisi.it/ricerca/dip/dir_eco/COMPARATO/maziau.doc

MEHDI Rostane, « La double hiérarchie normative à l'épreuve du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe », *in Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, p. 443-462.

MEHDI Rostane, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême », *in Le droit à la mesure de l'homme. Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, Paris, Pedone, 2006, p. 225-237.

MEINDL Thomas, « Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit communautaire dérivé en France », *RDP* 1997, p. 1665-1692.

MELCHIOR Michel, « Considérations sur les rapports entre traités, lois et constitution », *in En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnalité*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1015-1026.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, « La Constitution, le juge et le droit venu d'ailleurs », *in Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation. Mélanges en l'honneur de Slobodan Milalic*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 177-184.

MESTRE Achille, « Les traités et le droit interne », *RCADI* 1931-IV, p. 237-305.

MICHEA Frédérique, « L'arrêt Arcelor du 8 février 2007 ou le Conseil d'État aux prises avec le contrôle de constitutionnalité des traités et des lois », *RRJ* 2008, p. 255-282.

MICHEA Frédérique, « La primauté du droit de l'Union à la lumière du traité de Lisbonne », *RMCUE* 2008, p. 446-447.

MIELE Mario, « Les organisations internationales et le domaine constitutionnel des États », *RCADI* 1970-II, p. 309-391.

MIRANDA Jorge, « Constitution et intégration européenne », *in Mouvement du droit public. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 871-898.

MIRANDA Jorge, « Portugal », *in* ILIOPOULOS-STRANGAS Julia (dir.), *Cours suprêmes nationales et cours européennes : concurrence ou collaboration ? In memoriam Louis Favoreu*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 231-251.

MIRKINE-GUETZÉVITCH Boris, « Droit international et droit constitutionnel », *RCADI* 1931, p. 311-463.

MIRKINE-GUETZÉVITCH Boris, « Le droit constitutionnel et l'organisation de la paix », *RCADI* 1933-III, p. 667-773.

MODERNE Franck, « Présentation de la question dans la Déclaration du Tribunal constitutionnel espagnol du 13 décembre 2004 », *RFDA* 2005, p. 43-50.

MODERNE Franck, « Présentation de la question de la primauté au Portugal », *RFDA* 2005, p. 51-55.

MOINE André, « La validité de la détermination internationale d'une source unique de légitimité du pouvoir interne », *Civ. Eur.* n°6, p. 235-245.

MOLFESSIS Nicolas, « La hiérarchie des normes ressucitée par le Conseil d'État », *RTDC* 1999, p. 232-235.

MOLINIER Joël, « Primauté du droit communautaire », *Encyclopédie Dalloz communautaire*, 2007.

MONJAL Pierre-Yves, « La primauté du droit communautaire et la juridiction administrative française », *Revue juridique du Centre Ouest* n°11, p. 87-107.

MONJAL Pierre-Yves, « La hiérarchie des droits », *LPA* 2003, n°230, p. 13-17.

MONJAL Pierre-Yves, « Le Conseil constitutionnel français et les directives communautaires », *RDUE* 2004, p. 509-522.

MONJAL Pierre-Yves, « La Constitution, toute la Constitution, rien que le droit communautaire », *LPA* 2004, n°161, p. 16-22.

MONNIER Sophie, « La répartition des compétences et la hiérarchie des normes nationales à l'épreuve de l'application du droit communautaire », *RFDC* 2006, p. 849-865.

MONTEILLET Sylvain, « Une étude théorique des rapports entre droit communautaire et droits nationaux est-elle d'actualité ? », *RRJ* 2004, p. 1937-1953.

MOSLER Hermann, « L'application du droit international public par les tribunaux nationaux », *RCADI* 1957-I, p. 619-711.

MOSSLER Geneviève, « Le Conseil constitutionnel est-il souverainiste ? », *Politiea* n°8, p. 45-58.

MOULINIER Bénédicte, « Le Tribunal constitutionnel espagnol est-il aussi favorable au principe de primauté qu'il y paraît ? », *in* ROSSETTO Jean et BERRAMDANE Abdelkhaleq (dir.), *Regards sur le droit de l'Union européenne après l'échec du traité constitutionnel*, Tours, Presses Universitaires François Rabelais, 2007, p. 121-140.

MOURA RAMOS Rui Manuel, « Portugal », *in* EISEMAN Pierre Michel (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 461-494.

MOUTON Jean-Denis, « Vers la reconnaissance d'un droit au respect de l'identité nationale pour les États membres de l'Union ? », *in La France, l'Europe et le monde. Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Paris, Pedone, 2008, p. 409-420.

MOUTON Stéphane, « Une jurisprudence pour attendre… », *D.* 2005, p. 199-204.

MURRAY John, « Ireland », *in* ILIOPOULOS-STRANGAS Julia (dir.), *Cours suprêmes nationales et cours européennes : concurrence ou collaboration ? In memoriam Louis Favoreu*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 197-206.

NABLI Béligh, « Européanisation et constitutionnalisation du droit en France : un essai de synthèse à la lumière de la doctrine », *in* ZILLER Jacques (dir.), *L'européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 65-84.

NEFRAMI Eleftheria, « Quelques réflexions sur le rapport entre le droit communautaire et le droit constitutionnel à la lumière de la révision de la Constitution hellénique », *RRJ* 2003, p. 1289-1317.

NGUYEN Quoc Dinh, « La Constitution de 1958 et me droit international », *RDP* 1959, p. 515-564.

NGUYEN Quoc Dinh, « La jurisprudence française actuelle et le contrôle de conformité des lois aux traités », *AFDI* 1975, p. 859-887.

NIBOYET J.-P., « La Constitution nouvelle et certaines dispositions du droit international », *D.* 1946, p. 89-92.

NICOLAIDIS Kalypso, « Conclusion : the Federal Vision Beyond the Federal State », *in* NICOLAIDIS Kalypso et HOWSE Robert (dir.), *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford, OUP, 2001, p. 439-481.

NIJMAN Janne et NOLKAEMPER André, « Introduction », *in* NIJMAN Janne et NOLKAEMPER André (dir.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, OUP, 2007, p. 1-14.

NIJMAN Janne et NOLKAEMPER André, « Beyond the Divide », *in* NIJMAN Janne et NOLKAEMPER André (dir.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, OUP, 2007, p. 340-360.

NOHLEN Nicolas, « Germany : the European Arrest Warrant Case », *ICON* 2008, p. 153-161.

NUSSBERGER Angelika, « Poland : the Constitutional Tribunal on the Implementation of the European Arrest Warrant », *ICON* 2008, p. 162-170.

OBERDORFF Henri, « Le Conseil constitutionnel et l'ordre judique communautaire : coopération et contrôle », *RDP* 2004, p. 869-874.

OHLINGER Theo, « Unity of the Legal System or Legal Pluralism : the Stufenbau Doctrine in Present-Day Europe », *in* JYRÄNKI Antero (dir.), *National Constitutions in the Era of Integration*, Dordrecht, Kluwer, 1999, p. 163-173.

OJANEN Tuomas, « The European Constitution in the Far North, in a Country Called Suomi », *in* ALBI Annelli et ZILLER Jacques (dir.), *The European Constitution and National Constitutions : Ratification and Beyond*, Dordrecht, Kluwer, 2007, p. 89-100.

OLMI Giancarlo, « Les rapports entre le droit communautaire et le droit national dans les arrêts des juridictions supérieures des États membres », *RMCUE* 1981, p. 178-191, 242-255 et 379-391.

OLMI Giancarlo, « Les hautes juridictions nationales, juges du droit communautaire », *in Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1987, p. 499-536.

OLSON Terry, « Les rapports entre les traités et la loi dans la jurisprudence du Conseil d'État (1962-2001) », *in L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissochet*, Paris, Pedone, 2008, p. 201-207.

ONDOUA Alain, « La Cour de cassation et la place respective de la Constitution et des traités dans la hiérarchie des normes », *RGDIP* 2000, p. 985-1001.

OPHULS C.F., « Compte rendu de la discussion sur le rapport de M. Lagrange », *in* Collège d'Europe, *Droit communautaire et droit national*, Bruges, De Tempel, 1965, p. 43-54.

OPPETIT Bruno, « Droit commun et droit européen », *in L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, p. 311-319.

OST François, « Le dialogue des juges », *JT* 2007, p. 306.

PACTET Pierre, « Justice interne et justice internationale », *RCADC* 1995, p. 119-154.

PAPADIMITRIOU Theodora, « Constitution européenne et constitutions nationales : l'habile convergence des juges constitutionnels français et espagnol », *CCC* n°18, p. 218-228.

PASSELECQ Olivier, LENOIR Noelle, LUCHAIRE François, COHEN-TANUGI Laurent, DE ROUX Xavier, FAVOREU Louis et MAUS Didier, « Les constitutions nationales face au droit européen », *RFDC* 1996, p. 675-706.

PAULUS Andreas, « The Emergence of the International Community and the Divide Between International and Domestic Law », *in* NIJMAN Janne et NOLKAEMPER André (dir.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, OUP, 2007, p. 216-250.

PECH Laurent, « La garantie internationale de la Constitution de Bosnie-Herzégovine », *RFDC* 2000, p. 421-440.

PÉCHEUL Armel, « La primauté du droit communautaire sur la Constitution française : l'abrogation implicite de la Constitution », *in* GOHIN Olivier et PÉCHEUL Armel (dir.), *La nouvelle Union européenne. Approches critiques de la Constitution européenne*, Paris, François-Xavier de Guibert, 2005, p. 51-70.

PELLET Alain, « Vous avez dit 'monisme' ? Quelques banalités de bon ses sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 827-857.

PENA Marc, « La constitution et l'Europe : regard historique », *in* AFHIP, *La constitution dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 387-400.

PEREZ TREMPS Pablo, « Droit constitutionnel et droit communautaire en Espagne », *in La méthodologie de l'étude des sources du droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 151-158.

PEREZ TREMPS Pablo et SAIZ ARNAIZ Alejandro, « Spain's Ratification of the Treaty Establishing a Constitution for Europe : Prior Constitutional Review, Referendum and Parliementary Approval », *in* ALBI Annelli et ZILLER Jacques (dir.), *The European Constitution and National Constitutions : Ratification and Beyond*, Dordrecht, Kluwer, 2007, p. 45-55.

PERNICE Ingolf, « Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and Multilevel Constitutionalism », *Forum Constitutionis Europae* n°1/98, disponible à l'adresse suivante : http://whi-berlin.de/ documents/pernice-regional-integration.pdf.

PERNICE Ingolf, « Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam : European Constitution-Making Revisited », *CMLR* 1999, p. 703-750.

PERNICE Ingolf, « Les bananes et les droits fondamentaux : la Cour constitutionnelle allemande fait le point », *CDE* 2001, p. 427-440.

PERNICE Ingolf, « Multilevel Constitutionalism in the European Union », *ELR* 2002, p. 511-529.

PERNICE Ingolf, « Elements and Structures of the European Constitution », *in* MICCU Roberto et PERNICE Ingolf (dir.), *The European Constitution in the Making*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2004, p. 21-34.

PERNICE Ingolf, « European v. National Constitutions », *European Constitutional Law Review* 2005, p. 99-103.

PERNICE Ingolf et MAYER Franz, « De la constitution composée de l'Europe », *RTDE* 2000, p. 623-647.

PERNICE Ingolf, MAYER Franz et WERNICKE Stephan, « Renewing the Social Contract. The Challenge of Institutional Reform and Enlargement in the Light of Multilevel Constitutionalism », *King's College Law Journal* 2001, p. 61-74.

PESCATORE Pierre, « Compte-rendu de la discussion sur le rapport de M. Catalano », *in* Collège d'Europe, *Droit communautaire et droit national*, Bruges, De Tempel, 1965, p. 87-106.

PESCATORE Pierre, « Droit communautaire et droit national selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *D.* 1969, p. 179-184.

PESCATORE Pierre, « L'application judiciaire des traités internationaux dans la Communauté européenne et dans ses États membres », *in Études de droit des Communautés européennes. Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, p. 355-406.

PETERS Anne, « The Globalization of State Constitutions », *in* NIJMAN Janne et NOLKAEMPER André (dir.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, OUP, 2007, p. 251-308.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Constitutional Approaches to International Law : Interrelationships Between National, International and Cosmopolitan Constitutional Rules », *in Internationale Gemeinshaft und Menschenrechte. Festschrift für Georg Ress*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 207-222.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, « State Sovereignty, Popular Sovereignty and Individual Sovereignty : From Constitutional Nationalism to Multilevel Constitutionalism in International Economic Law ? », EUI Working Papers LAW n°2006/45, disponible à l'adresse suivante : http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/6446/3/LAW%202006-45.pdf.

PEYROU-PISTOULET Sylvie, « Droit constitutionnel et droit communautaire : l'exemple autrichien », *RFDC* 2001, p. 237-264.

PFERSMANN Otto, « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de la décentralisation : le cas de la supranationalité », *Revue d'Allemagne* n°28, p. 171-185.

PFERSMANN Otto, « La primauté : double, partiellement directe, organiquement indéterminée, provisoirement fermé », *CCC* n°18, p. 180-184.

PFERSMANN Otto, « Le nouveau constitutionnalisme comparé et les rapports entre juridictions suprêmes », *in* ILIOPOULOS-STRANGAS Julia (dir.), *Cours suprêmes nationales et cours européennes : concurrence ou collaboration ? In memoriam Louis Favoreu*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 45-60.

PHELAN Diarmuid Rossa et WHELAN Anthony, « Irish Report », *in* FIDE, *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1996, p. 292-326.

PHILIP Loïc, « L'affirmation des droits de l'homme dans les constitutions et les traités internationaux (convergence, complémentarité et intégration) », *in* AFDC, *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Paris, Economica, 1987, p. 249-267.

PICARD Etienne, « Petit exercice de logique juridique : à propos de la décision du Conseil constitutionnel n°98-399 du 5 mai 1998 », *RFDA* 1998, p. 620-624.

PICHERAL Caroline, « La primauté du droit de l'Union aux termes de la décision n°2004-505 DC du Conseil constitutionnel. Reconnaissance et méconnaissance d'un principe », *RAE* 2005, p. 119-130.

PICOD Fabrice, « Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit dérivé de l'Union européenne », *CCC* n°18, p. 189-194.

PICOD Fabrice, « La normativité du droit communautaire », *CCC* n°21, p. 94-99.

PIERRÉ-CAPS Stéphane, « La Constitution française et le traité établissant une Constitution pour l'Europe », *Civ. Eur.* n°14, p. 127-154.

PINA Sandrine, « La révision du Titre XV de la Constitution et le traité établissant une Constitution pour l'Europe », *RRJ* 2007, p. 2153-2178.

PINON Stéphane, « L'effectivité de la primauté du droit communautaire sur la Constitution. Regard sur la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *RTDE* 2008, p. 263-287.

PINTO Arnaldo, « L'application du droit communautaire au Portugal », *RFDA* 1990, p. 982-983.

PINTO Roger, « Article 55 », *in* LUCHAIRE François et CONAC Gérard (dir.), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 1987, p. 1063-1084.

PIROTTE-GEROUVILLE Janine, « La primauté du droit international et la spécificité de l'ordre communautaire dans l'affaire Jacques Vabres », *RTDE* 1976, p. 215-228.

PLESSIX Benoît, « Le marché des quotas d'émission de gaz à effet de serre à l'épreuve de la communautarisation du droit constitutionnel », *RJEP* 2007, p. 298-305.

PLÖTNER Jens, « Report on France », *in* WEILER J.H.H., SLAUGHTER Anne-Marie et STONE SWEET Alec (dir.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context*, Oxford, Hart, 1998, p. 41-75.

PLOUVIER Liliane, « La primauté du droit international et du droit communautaire en Belgique », *RMCUE* 1972, p. 171-184.

POHJOLAINEN Kirsi, « Finnish Report », *in* FIDE, *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1996, p. 399-426.

POIARES MADURO Miguel, « The State of the Portuguese European Constitutional Discourse », *in* FIDE, *XX Congress*, Londres, BICL, 2002, T. II, p. 387-409.

POIARES MADURO Miguel, « Contrapunctal Law : Europe's Constitutional Pluralism in Action », *in* WALKER Neil (dir.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart, 2003, p. 501-537.

POIARES MADURO Miguel, « Interpreting European Law – Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism », Working Paper IE Law School n°2/2008, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1134503&rec=1&srcabs=1103253.

POIRAT Florence, « Réception du droit international et primauté du droit interne : histoires de dualisme », *RGDIP* 2000, p. 811-824.

PONTHOREAU Marie-Claire, « Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales », VIIe Congrès de l'AIDC, Athènes, 11-15 juin 2007, disponible à l'adresse suivante : http://www.droitconstitutionnel.org/athenes/ponthoreau.pdf.

POTVIN-SOLIS Laurence, « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », *in* LICHÈRE François, POTVIN-SOLIS Laurence et RAYNOUARD Arnaud (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 19-58.

PRECHAL Sacha, « La primauté du droit communautaire aux Pays-Bas », *RFDA* 1990, p. 981-982.

PRECHAL Sacha, « Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union », *in* BARNARD Catherine (dir.), *The Fundamentals of European Union Law Revisited. Assessing the Impact of the Constitutional Debate*, *RCADE* vol. XVI/2, p. 35-69.

PRÉTOT Xavier, « Constitution et Communauté », *Encyclopédie Dalloz de droit communautaire*, 1992.

PRÉTOT Xavier, « La Cour de cassation, la Constitution et les traités », *RDP* 2000, p. 1037-1050.

PRUNIER Cédric, « Les nouveaux accords de paix en Afrique : entre droit constitutionnel et droit international », *Civ. Eur.* n°6, p. 107-120.

PUISSOCHET Jean-Pierre, « La Cour de justice des Communautés européennes et les constitutions des États membres », *in La Constitution face à l'Europe*, Paris, La Documentation française 2000, p. 77-89.

PUTNAM Emmanuel, « L'évolution des rapports entre le droit communautaire et le droit privé français », *RRJ* 2003, p. 97-104.

QUERMONNE Jean-Louis, « Souveraineté constitutionnelle des États-membres et processus d'intégration européenne », *in* CLERGERIE Jean-Louis (dir.), *Le pouvoir judiciaire communautaire*, Limoges, PULIM, 1999, p. 44-53.

QUESTIAUX Nicole, « L'application du droit international par le Conseil d'État », *in* SFDI, *L'application du droit international par le juge français*, Paris, Armand Colin, 1972, p. 63-74.

QUITZOW Carl Michael, « Some Brief Reflections About Federalism in the European Union and in the United States of America », *in Modern Issues in European Law. Nordic Perspective. Essays in Honour of Lennart Palsson*, Dordrecht, Kluwer, 1997, p. 183-198.

RADUCU Ioana et LEVRAT Nicolas, « Le métissage des ordres juridiques européens (une théorie impure de l'ordre juridique », *CDE* 2007, p. 111-148.

RAYNAUD Fabien et FLOMBEUR Pascale, Note sous CE Ass, 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres, *AJDA* 1998, p. 962-969.

RENOUX Thierry, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », *in* CHAGNOLLAUD Dominique (dir.), *Les 50 ans de la Constitution*, Paris, Litec, 2008, p. 353-368.

REUTER Paul, « Le droit international et la place du juge français dans l'ordre constitutionnel national », *in* SFDI, *L'application du droit international par le juge français*, Paris, Armand Colin, 1972, p. 17-42.

RICCI Jean-Claude, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe ou le Conseil constitutionnel est nu. Libres propos sur la décision 2004-405 DC du 19 novembre 2004 », *RRJ* 2004, p. 1115-1118.

RICHARDS Claudina, « The Supremacy of Community Law Before the French Constitutional Court », *ELR* 2006, p. 499-517.

RICHMOND Catherine, « Preserving the Identity Crisis : Autonomy, System and Sovereignty in European Law », *Law and Philosophy* 1997, p. 377-420.

RIDEAU Joël, « Problématique générale des rapports entre droit constitutionnel et droit international », *in* AFDC, *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Paris, Economica, 1987, p. 205-248.

RIDEAU Joël, « Constitution et droit international dans les États membres des Communautés européennes. Réflexions générales et situation française », *RFDC* 1990, p. 259-296.

RIDEAU Joël, « Constitution et droit international dans les États membres des Communautés européennes. Situation dans les États membres autres que la France », *RFDC* 1990, p. 425-455.

RIDEAU Joël, « Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : réflexion sur les relations entre les ordres juridiques international, communautaire et nationaux », *RGDIP* 1990, p. 289-418.

RIDEAU Joël, « Aspects constitutionnels comparés de l'évolution vers l'Union européenne », *in La Constitution et l'Europe*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 67-214.

RIDEAU Joël, « La Cour de cassation et l'article 55 de la Constitution », *in La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, p. 227-243.

RIDEAU Joël, « Droit communautaire et droit administratif, la hiérarchie des normes », *AJDA* 1996, n° spécial, p. 6-14.

RIDEAU Joël, « Rapport introductif », *in* MAUS Didier et PASSELECQ Olivier (dir.), *Le traité d'Amsterdam face aux constitutions nationales*, Paris, La Documentation française, 1997, p. 12-16.

RIDEAU Joël, « L'intégration européenne dans les constitutions nationales », *in* GAUDIN Hélène (dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect réciproque mutuel ?*, Paris, Economica, 2001, p. 259-297.

RIDEAU Joël, « Les implications constiutionnelles de l'appartenance à l'Union européenne », *in 50 ans de droit communautaire. Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Toulouse, PUSST, 2004, p. 83-103.

RIDEAU Joël, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : les orphelins de la pyramide », *RDP* 2009, p. 602-630.

RIGAUX Anne et SIMON Denys, « Summum jus, summus injuria. À propos de l'arrêt du Conseil d'Étatdu 3 décembre 2001 SNIP », *Europe* n°4/2002, p. 6-8.

RITLENG Dominique, « Le principe de primauté du droit de l'Union », *RTDE* 2005, p. 285-303.

ROBERT Jacques, « La décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975 sur l'IVG », *RIDC* 1975, p. 873-890.

ROBERT Jacques, « Le Conseil constitutionnel en Europe », *CCC* n°1, p. 38-49.

RODRIGUES Stéphane, « La suprématie de l'ordre juridique de l'Union européenne ? Quelles marges de manœuvre pour le pouvoir national ? », *RPP* 2005, p. 29-42.

RODRIGUEZ IGLESIAS Gil Carlos, « Quelques réflexions sur la singularité des rapports du droit communautaire avec d'autres ordres juridiques », *in Mélanges en l'honneur de Jean-Victor Louis*, Bruxelles, ULB, 2003, p. 389-407.

RODRIGUEZ IGLESIAS Gil Carlos et PUISSOCHET Jean-Pierre, « Rapport de la Cour de justice des Communautés européenes », *CCC* n°4.

RONAYKE Mark, « La primauté du droit communautaire en Irlande », *RFDA* 1990, p. 973-974.

RONSE Thierry et WAELBROECK Denis, « La Cour de justice, juridiction suprême », *in* MAGNETTE Paul et REMACLE Éric (dir.), *Le nouveau modèle européen. Institutions et gouvernance*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2000, vol. 1, p. 89-104.

ROSENFELD Michel, « Rethinking Constitutional Ordering in an Era of Legal and Ideological Pluralism », *ICON* 2008, p. 415-455.

ROSSETTO Jean, « La primauté du droit communautaire selon les juridictions françaises », *in* ROSSETTO Jean et BERRAMDANE Abdelkhaleq (dir.), *Regards sur le droit de l'Union européenne après l'échec du traité constitutionnel*, Tours, Presses Universitaires François Rabelais, 2007, p. 71-90.

ROSSETTO Jean, « Ordre constitutionnel interne et droit communautaire. L'impossible hiérarchie », *in Le droit administratif : permanences et convergences. Mélange en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, p. 889-910.

ROSSETTO Jean, « L'Union européenne face à l'identité constitutionnelle de la France », *in Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2008, p. 447-464.

ROSSI Lucia Serena, « How Fundamental are Fundamental Principles ? Primacy and Fundamental Rights After Lisbon », *YEL* 2008, p. 65-87.

ROUCOUNAS Emmanuel, « Grèce », *in* EISEMAN Pierre Michel (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 287-315.

ROUSSEAU Charles, « La Constitution de 1958 et les traités internationaux », *in Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, p. 436-472.

ROUSSEAU Dominique, « L'intégration de la Convention européenne des Droits de l'homme au bloc de constitutionnalité », *in* ROUSSEAU Dominique et SUDRE Frédéric (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme. Droits et libertés en Europe*, Paris, STH, 1990, p. 117-136.

ROUSSEAU Dominique, « Cours constitutionnelles et intégration européenne », *in Environnements. Mélanges Jean-Philippe Colson*, Grenoble, PUG, 2004, p. 501-506.

ROUSSEAU Dominique, « Primauté du droit de l'Union et portée normative de la Charte des droits fondamentaux », *in* MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel et MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand (dir.), *Constitution et construction européenne*, Paris, Dalloz, 2006, p. 191-196.

ROUSSILLON Henry, « Traités, constitution, lois : la pyramide infernale », *in Mélanges Vellas*, Paris, Pedone, 1995, p. 431-437.

ROUSSILLON Henry, « Mutations de la société internationale, droit constitutionnel et groupements régionaux », *RCADC* 2001, p. 230-243.

ROUVILLOIS Frédéric, « Le contrôle de constitutionnalité du traité : le double jeu du Conseil constitutionnel », *in* GOHIN Olivier et PÉCHEUL Armel (dir.), *La nouvelle Union européenne. Approches critiques de la Constitution européenne*, Paris, François-Xavier de Guibert, 2005, p. 17-29.

ROUX Jérôme, « Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution », *RDP* 2004, p. 912-933.

ROUX Jérôme, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe à l'épreuve de la Constitution française », *RDP* 2005, p. 59-107.

ROUX Jérôme, « La transposition des directives communautaires à l'épreuve de la Constitution », *RDP* 2007, p. 1031-1071.

ROUX Jérôme, « Le Conseil constitutionnel et le contrôle de constitutionnalité du traité de Lisbonne », *RTDE* 2008, p. 5-27.

RUZIÉ David, « La Constitution française et le droit international », *JDI* 1975, p. 248-268.

ROUX Jérôme, « L'incidence de la construction européenne sur la norme constitutionnelle », *in* MATHIEU Bertrand (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 639-701.

ROUX Jérôme, « L'abandon de la jurisprudence IVG : une question d'opportunité ou de logique ? », *RDP* 2009, p. 645-670.

RUBIO Llorente, « Constitutionalism in the Integrated States of Europe », Jean Monnet Working Paper n°5/98, disponible à l'adresse suivante : http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/98/98-5-.html.

RUBIO Llorente, « Espagne », *in* ILIOPOULOS-STRANGAS Julia (dir.), *Cours suprêmes nationales et cours européennes : concurrence ou collaboration ? In memoriam Louis Favoreu*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 151-165.

SABÈTE Wagdi, « Primauté et hiérarchie : deux concepts dépassés dans le rapport entre le droit constitutionnel et le droit communautaire », *in* GAUDIN Hélène (dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect réciproque mutuel ?*, Paris, Economica, 2001, p. 141-146.

SABÈTE Wagdi, « Le considérant 13 de la décision du Conseil constitutionnel n°2004-505 DC du 19 novembre 2004 face à l'interprétation doctrinale du rapport entre normes communautaires et norme constitutionnelle », *RRJ* 2005, p. 1425-1435.

SABÈTE Wagdi, « Le transfert des valeurs nationales à l'Union européenne ou l'exigence d'homogénéité constitutionnelle », *Annuaire de droit européen* vol. 2, p. 148-172.

SABOURIN Paul, « Le Conseil d'État face au droit communautaire. Méthodes et raisonnements », *RDP* 1993, p. 397-430.

SADURSKI Wojciech, « Solange Chapter 3 : Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union », EUI Working Paper LAW n°2006/40, disponible à l'adresse suivante : http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/6420/1/LAW-2006-40.pdf.

SALES Éric, « La transposition des directives communautaires : une exigence constitutionnelle sous réserve de constitutionnalité », *RTDE* 2005, p. 597-621.

SALMON Jean et SUY Erik, « La primauté du droit international sur le droit interne », *in L'adaptation de la Constitution belge aux réalités du droit international*, Bruxelles, Éd. de l'Institut de sociologie, 1965, p. 67-93.

SANCHEZ José, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe et les clauses d'intégration nationale », *RFDC* 2008, p. 351-377.

SAND Inger-Johanne, « Fragmented Law – From Unitary to Pluralistic Legal Systems. A Socio-Legal Perspective of Post-National Legal Systems », ARENA Working Paper n°97/18, disponible à l'adresse suivante : http://www.arena.uio.no/publications/working-papers1997/papers/wp97_18.htm.

SARMIENTO Daniel, « The European Arrest Warrant and the Quest for Constitutional Coherence », *ICON* 2008, p. 171-183.

SCELLE Georges, « De la prétendue inconstitutionnalité interne des traités », *RDP* 1952, p. 1010-1028.

SCHÄFFER Heinz, « Autriche », *in* ILIOPOULOS-STRANGAS Julia (dir.), *Cours suprêmes nationales et cours européennes : concurrence ou collaboration ? In memoriam Louis Favoreu*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 95-123.

SCHERMERS Henry, « The Scales in Balance : National Constitutional Court v. Court of Justice », *CMLR* 1990, p. 97-105.

SCHILLING Theodor, « The Autonomy of the Community Legal Order : an Analysis of Possible Foundations », *in Who Is in the Law the Ultimate Judicial Umpire of European Community*

Competences ? The Schilling – Weiler/Haltern Debate, Jean Monnet Working Papers n°10/96, disponible à l'adresse suivante : http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/96/9610.html.

SCHILLING Theodor, « Rejoinder. The Autonomy of the Community Legal Order in Particular : the Kompetenz-Kompetenz of the European Court of Justice », *in Who Is in the Law the Ultimate Judicial Umpire of European Community Competences ? The Schilling – Weiler/Haltern Debate*, Jean Monnet Working Papers n°10/96, disponible à l'adresse suivante : http://www.jeanmonnet program.org/papers/96/9610.html.

SCHILLING Theodor, « On the Value of a Pluralistic Concept of Legal Orders for the Understanding of the Relation Between the Legal Orders in the European Union and its Member States », *ARSP* 1997, p. 568-581.

SCHILLING Theodor, « Thhe Jurisprudence of Constitutional Conflict : Some Supplementations to Mattias Kumm », *ELJ* 2006, p. 173-193.

SCHMID Christoph, « From Pont d'Avignon to Ponte Vecchio : the Resolution of Constitutional Conflicts Between the European Union and the Member States Through Principles of Public International Law », *YEL* 1998, p. 415-476.

SCHLOH B., « L'application en République fédérale d'Allemagne du droit communautaire », *RMCUE* 1968, p. 774-775.

SCHOETTL Jean-Éric, « Le nouveau régime juridique de la communication en ligne devant le Conseil constitutionnel », *LPA* 2004, n°122, p. 10-21.

SCHOETTL Jean-Éric, Note sous Cons. const., n°2004-497 DC, *LPA* 2004, n°135, p. 3-14.

SCHOETTL Jean-Éric, « La brevetabilité des gêne, le droit communautaire et la Constitution », *LPA* 2004, n°164, p. 3-10.

SCHOETTL Jean-Éric, « La ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe appelle-t-elle une révision de la Constitution française », *LPA* 2004, n°238, p. 3-24.

SCHOETTL Jean-Éric, « La loi pour l'égalité des chances devant le Conseil constitutionnel », *LPA* 2006, n°68, p. 3-23.

SCHOETTL Jean-Éric, « La propriété intellectuelle est-elle soluble dans l'univers numérique ? », *LPA* 2006, n°161, p. 4-22 et n°162, p. 3-15.

SCHOETTL Jean-Éric, « Les problèmes constitutionnels soulevés par la loi relative au secteur de l'énergie », *LPA* 2006, n°244, p. 3-23 et n°245, p. 16-21.

SCHOETTL Jean-Éric, « Primauté du droit communautaire », *EDCE* 2007, p. 379-397.

SCHÖNBERGER Christoph, « Lisbon in Karlsruhe : Maastricht's Epigones at Sea », *German Law Journal* 2009, p. 1201-1218.

SCHORKOPF Frank, « The European Union as an Association of Sovereign States : Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon », *German Law Journal* 2009, p. 1219-1240.

SCHÜBEL Isabel, « La primauté du droit communautaire en Allemagne », *RMCUE* 1997, p. 621-629.

SCHÜTZE Robert, « Dual Federalism Constitutionalised : the Emergence of Exclusive Competences in the European Community Legal Order », *ELR* 2007, p. 3-28.

SCHWARZE Jürgen, « Introduction », *in* SCHWARZE Jürgen (dir.), *La naissance d'un ordre constitutionnel européen. L'interaction du droit constitutionnel national et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 11-24.

SCHWARZE Jürgen, « La naissance d'un ordre constitutionnel européen », *in* SCHWARZE Jürgen (dir.), *La naissance d'un ordre constitutionnel européen. L'interaction du droit constitutionnel national et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 463-572.

SEILER Verena, « Subsidiarité et validité dans l'ordre juridique européen », *RIEJ* 2005.55, p. 189-231.

SHAW Jo, « Constitutional Settlements and the Citizen After the Treaty of Amsterdam », Jean Monnet Working Paper n°7/98, disponible à l'adresse suivante : http://www.jeanmonnet program.org/papers/98/98-7-.html.

SHAW Jo, « Postnational Constitutionalism in the European Union », *Journal of European Public Policy* 1999, p. 579-597.

SHAW Jo, « Relating Constitutionalism and Flexibility in the European Union », *in* DE BURCA Grainne et SCOTT Joanne (dir.), *Constitutional Change in the European Union. From Uniformity to Flexibility ?*, Oxford, Hart, 2000, p. 337-358.

SHAW Jo, « Process and Constitutional Discourse in the European Union », *Journal of Law and Society* 2000, p. 4-37.

SCHRAMECK Olivier, « Réflexions sur l'arrêt Arcelor », *in Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2008, p. 545-550.

SIMON Denys, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ? », *in L'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 481-493.

SIMON Denys, « Le Conseil constitutionnel et le traité sur l'Union européenne », *Europe* n°2/1992, p. 3-5.

SIMON Denys, « Directive », *Répertoire communautaire Dalloz*, 1998.

SIMON Denys, « L'arrêt Sarran : dualisme incompressible ou monisme inversé ? », *Europe* n°3/1999, p. 4-6.

SIMON Denys, « L'examen par le Conseil constitutionnel du traité établissant une Constitution pour l'Europe : fausses surprises et vraies confirmations », *Europe* n°2/2004, p. 6-9.

SIMON Denys, « Primauté du droit communautaire », *Lamy Procédures communautaires*, T. I, 2005.

SIMON Denys, « Le juge constitutionnel français et le droit communautaire : une nouvelle approche ? », *Europe* n°6/2006, p. 1.

SIMON Denys, « L'obscure clarté de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la transposition des directives communautaires », *Europe* n°10/2006, p. 2-3.

SIMON Denys, « Europe du droit, Europe des juges », *Europe* n°3/2007, p. 3.

SIMON Denys, « Le Conseil constitutionnel et le traité de Lisbonne », *Europe* n°2/2008, p. 3-4.

SIMON Denys, « De la pyramide kelsénienne à un pluralisme juridique ordonné ? », *Europe* n°5/2008, p. 2-3.

SIMON Denys, « Le Conseil d'État et le droit communautaire : d'une posture de 'droit comparé' à une posture de 'droit partagé' », *Europe* n°8-9/2008, p. 2.

SIMON Denys, « L'autonomisation du contrôle d'euro-compatibilité : une rupture épistémologique dans les rapports de systèmes ? », *in La France, l'Europe et le monde. Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Paris, Pedone, 2008, p. 497-513.

SIMON Denys, « Le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution : un risque d'incompatibilité avec le droit communautaire », *Europe* n°5/2009, p. 1-2.

SKRZYPEK Natalia, « Le Tribunal constitutionnel polonais et le droit communautaire », *CDE* 2007, p 179-212.

SOBRINO HEREDIA José Manuel, « La réception et la place dans l'ordre juridique espagnol des normes conventionnelles internationales et des actes normatifs des organisations internationales », *RFDA* 1990, p. 965-968.

SOFRONIE Georges, « Les rapports entre le droit international et le droit interne à la lumière du principe de l'unité du droit public », *in Mélanges Paul Negulesco*, Bucarest, Imprimeria nationala, 1935, p. 663-678.

SOREL Jean-Marc, « Le rôle du droit international dans le développement du pluralisme (et vice versa) : une liaison moins naturelle qu'il n'y paraît », *in* FONTAINE Lauréline (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 73-99.

SOULIER Gérard, « Droit harmonisé, droit uniforme, droit commun ? », *in* SIMON Denys (dir.), *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, Strasbourg, PUS, 2003, p. 57-80.

SPERDUTI Giuseppe, « Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne », *RCADI* 1976, p. 319-411.

SPERDUTI Giuseppe, « Dualism and Monism : a Confrontation To Be Overcome », *Italian Yearbook of International Law* 1977, p. 31-49.

STARKE Joseph, « The Primacy of International Law », *in Law, State and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, Knoxville, University of Tennessee Press, 1964, p. 307-316.

STARKE Joseph, « Monism and Dualism in the Theory of International Law », *in* PAUSLON Stanley et LITSCHEWSKI PAULSON Bonnie (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 537-552.

STARR William, « Hart's Rule of Recognition and the European Economic Community », *Northern Ireland Legal Quarterly* 1977, p. 258-268.

STEIN Eric, « Toward Supremacy of Treaty Constitution by Judicial Fiat in the European Economic community », *Rivista di diritto internazionale* 1965, p. 3-28.

STIRN Bernard, « Le Conseil d'État et le droit communautaire. De l'application à l'élaboration », *AJDA* 1993, p. 244-246.

STIRN Bernard, « Le Conseil d'État et l'Europe », *in L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 653-671.

STIRN Bernard, « Droit national, droit européen et droit international », *Cahiers français* n°288, p. 19-26.

STIRN Bernard, « Le Conseil d'État et le dialogue des juges », *in* LICHÈRE François, POTVIN-SOLIS Laurence et RAYNOUARD Arnaud (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 81-93.

STONE SWEET Alec, « Constitutional Dialogues in the European Community », *in* WEILER J.H.H., SLAUGHTER Anne-Marie et STONE SWEET Alec (dir.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context*, Oxford, Hart, 1998, p. 304-330.

STOTZ Rüdiger, « La primauté du droit communautaire en Allemagne », *RFDA* 1990, p. 955-960.

SUDRE Frédéric, « Les approximations de la décision 2004-505 DC du Conseil constitutionnel sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Réflexions critiques », *RFDA* 2005, p. 34-42.

SUETENS Louis Paul, « The Application of Community Law in Belgium », *CMLR* 1964, p. 433-440.

SUR Serge, « Progrès et limites de la réception du droit international en droit français », *in* BEN ACHOUR Rafâa et LAGHMANI Slim (dir.), *Droit international et droits internes, développements récents*, Paris, Pedone, 1998, p. 227-243.

SYMMONS Clive, « Irlande », *in* EISEMAN Pierre Michel (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 317-363.

SZYMCZAK David, « Brevetabilité des gênes humains : le Conseil constitutionnel confirme son refus d'apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives transposant une directive communautaire », *JCPA* 2004, p. 1676-1678.

TEBOUL Gérard, « Le droit international non-écrit devant le juge administratif français », *RGDIP* 1991, p. 323-370.

TEBOUL Gérard, « Le juge administratif et le droit international », *AJDA* 1995, n° spécial, p. 43-65.

TEBOUL Gérard, « Ordre juridique international et ordre juridique interne. Quelques réflexions sur la jurisprudence du juge administratif français », *RPD* 1999, p. 697-718.

TEMPLE LANG John, « The Duties of National Courts Under Community Constitutional Law », *ELR* 1997, p. 3-18.

THALER Michael, « Between Monism and Pluralism : the Relationship of Community Law and National Law », *Rechtstheorie* 2000, p. 269-283.

THILL Marc, « La primauté et l'effet direct du droit communautaire dans la jurisprudence luxembourgeoise », *RFDA* 1990, p. 978-980.

THIRIEZ Frédéric, « Cour européenne des droits de l'homme et Constitution nationale », *in La Constitution face à l'Europe*, Paris, La Documentation française, 2000, p. 33-38.

TOLEDO LAREDO Armando, « Les effets de l'intégration sur le droit constitutionnel des États membres de l'Union européenne », *in* Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Intégration européenne et droit constitutionnel*, Strasbourg, Éd. du Conseil de l'Europe, 2002, p. 5-13.

TOMUSCHAT Christian, « Les rapports entre le droit communautaire et le droit interne allemand dans la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande », *CDE* 1989, p. 163-178.

TOMUSCHAT Christian, « Europe – a Common Constitutional Space », *in* DE WITTE Bruno et FORDER Caroline (dir.), *Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, Dordrecht, Kluwer, 1992, p. 133-148.

TOMUSCHAT Christian, « The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon », *German Law Journal* 2009, p. 1259-1262.

TORCOL Sylvie, « L'internationalisation des constitutions nationales », *Politeia* n°8, p. 317-343.

TORRELLI Maurice, « La Cour constitutionnelle fédérale allemande et le droit communautaire », *RMCUE* 1968, p. 719-723.

TOUFFAIT Adolphe, « Du conflit du traité avec la loi postérieure », *in Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Paris, Pedone, 1975, T. I, p. 379-406.

TREVES Giuseppino, « Le droit des États membres et le droit des Communautés européennes », *in Mélanges Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, Bruylant, 1972, T. II, p. 513-525.

TREVES Tullio et FRIGESSI DI RATTALMA Marco, « Italie », *in* EISEMAN Pierre Michel (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 365-406.

TRIEPEL H., « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *RCADI* 1923, p. 77-121.

TRINDADE F.A., « Parliamentary Sovereignty and the Primacy of Community Law », *MLR* 1972, p. 375-402.

TROPER Michel, « La souveraineté comme principe d'imputation », *in* MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ Dominique (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 69-80.

TROPER Michel, « Identité constitutionnelle », *in* MATHIEU Bertrand (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 123-131.

TUORI Kaarlo, « European Community Law : an Independant Legal Order or a Post-Modern Jack-in-the Box ? », *in* ERIKSSON Lars et HURRI Samuli (dir.), *Dialectic of Law and Reality. Readings in Finnish Legal Theory*, Helsinki, Publications of the Faculty of Law, 1999, p. 397-415.

VALLADAO Haroldo, « International and Internal Law – The Primacy of the Higher Judical Order », *in Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962, p. 580-594.

VALLÉE Charles, « Notes sur les dispositions relatives au droit international dans certaines Constitutions récentes », *AFDI* 1979, p. 255-280.

VAN BOGAERT E., « Les antinomies entre le droit international et le droit interne », *RGDIP* 1968, p. 346-360.

VANDERSANDEN Georges, « Primauté du droit communautaire sur le droit national », *RIDC* 1972, p. 847-858.

VAN MANGOLDT Hans, « L'unification européenne et le droit constitutionnel : les constitutions face à l'Union européenne », *in La coopération franco-allemande en Europe à l'aube du XXIe siècle*, Aix-en-Provence, PUAM, 1998, p. 279-286.

VAN MEERBEECK Jérémie et MAHIEU Michel, « Traité international et Constitution nationale », *Revue critique de jurisprudence belge* 2007, p. 42-90.

VEDEL Georges, « Une lettre de M. Georges Vedel », *Droits* n°16, p. 112-118.

VEDEL Georges, « Introduction », *in La Constitution et l'Europe*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 23-31.

VEDEL Georges, « Schengen et Maastricht (à propos de la décision n°91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *RFDA* 1992, p. 173-184.

VELU Jacques, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité des traités », *JT* 1992, p. 729-741.

VERDIER Marie-France, « La révision constitutionnelle imposée en France par le traité de Maastricht et sa mise en œuvre », *in* Institute of Advanced Legal Studies, *The European Constitution and National Constitutions*, 1994.

VERDIER Marie-France, « Le conseil constitutionnel face au droit supranational. Une fragilisation inéluctable ? », *in La Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Paris, Dalloz, 2004, p. 297-328.

VERDIER Marie-France, « L'européanisation de la Constitution française », *Politeia* n°8, p. 345-384.

VERDROSS Alfred, « Droit international public et droit interne », *Revue de droit international et de sciences politiques et diplomatiques* 1954, p. 219-230.

VERESHCHTIN Vladlen, « New Constitutions and the Old Problems of the Relationship Between International Law and National Law », *EJIL* 1996, p. 29-41.

VERHOEVEN Joe, « Sources et principes du droit des gens et ordre juridique belge », *in Hommage à P. de Visscher*, Paris, Pedone, 1985, p. 23-51.

VERHOEVEN Joe, « Belgique », *in* EISEMAN Pierre Michel (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 115-150.

VERPEAUX Michel, « Évolution de la société internationale et État de droit », *RCADC* 2001, p. 245-305.

VERPEAUX Michel, « Révolution, constat et verrou », *AJDA* 2004, p. 1497.

VERPEAUX Michel, « La voie de la ratification de la Constitution européenne est ouverte », *JCP* 2004, p. 2348-2351.

VERPEAUX Michel, « Le traité, rien que le traité », *AJDA* 2004, p. 2417.

VERPEAUX Michel, « Quel contenu donner à la révision constitutionnelle ? Table ronde », *in* MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel et MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand (dir.), *Constitution et construction européenne*, Paris, Dalloz, 2006, p. 223-238.

VERPEAUX Michel, « Épilogue – provisoire ? – d'une loi mouvementée », *D.* 2007, p. 1760-1764.

VERPEAUX Michel, Note sous CE Ass, 8 février 2007, Arcelor, *D.* 2007, p. 2272-2277.

VIALA Alexandre, « La supraconstitutionnalité comme ressource paradoxale du souverainisme », *Politeia* n°6, p. 367-382.

VIALA Alexandre, « Désordre normatif et pluralité linguistique européenne », *RDP* 2006, p. 139-152.

VIENNE Roger, « La primauté du droit communautaire européen sur le droit interne des États membre », *in Mélanges offerts à Charles Freyria*, Hellemes, ESTER, 1994, p. 259-302.

VILARAS Mihalis, « Cour de justice des Communautés européennes et particularités constitutionnelles des États membres », *in* ILIOPOULOS-STRANGAS Julia (dir.), *Cours suprêmes nationales et cours européennes : concurrence ou collaboration ? In memoriam Louis Favoreu*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 289-303.

VIRALLY Michel, « Le Conseil d'État et les traités internationaux », *JCP* 1953.I.1098.

VIRALLY Michel, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droit interne », *in Problèmes de droit des gens. Mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris, Pedone, 1964, p. 488-505.

VON BOGDANDY Armin, « Pluralism, Direct Effect and the Ultimate Say : on the Relationship Between International and Domestic Constitutional Law », *ICON* 2008, p. 397-413.

VON HOLSTEIN Henrik, « Le droit communautaire dans le système juridique danois », *RFDA* 1990, p. 962-964.

VRABIE Genoveva, « Les implications du traité établissant une Constitution pour l'Europe dans la hiérarchie des sources du droit », *in Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation. Mélanges en l'honneur de Slobodan Milalic*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 273-285.

WACHSMANN Patrick, « L'article 55 de la Constitution de 1958 et les conventions internationales relatives aux droits de l'homme », *RDP* 1998, p. 1671-1683.

WADE H.W.R., « What Has Happened to the Sovereignty of Parliament », *LQR* 1991, p. 1-4.

WADE H.W.R., « Sovereignty – Revolution or Evolution ? », *LQR* 1996, p. 568-575.

WAELBROECK Michel, « Le rôle de la Cour de justice dans la mise en œuvre du traité CEE », *in* CIERE, *Les effets des décisions de la Cour de justice des Communautés européennes dans les États membres*, Bruxelles, UGA, 1980, p. 183-216.

WALINE Marcel, Note sous CE Ass, 30 mai 1952, Dame Kirkwood, *RDP* 1952, p. 781-783.

WALKER Neil, « Late Sovereignty of the European Union », *in* WALKER Neil (dir.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart, 2003, p. 3-32.

WALKER Neil, « Beyond Boundary Disputes and Basic Grips : Mapping the Global Disorder of Normative Orders », *ICON* 2008, p. 373-396.

WALTER Christian, « Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit communautaire dérivé par la Cour constitutionnelle fédérale allemande », *RDP* 1997, p. 1285-1300.

WALZ G.A., « Les rapports du droit international et du droit interne », *RCADI* 1937-III, p. 374-456.

WARNER J.P., « The Relationship Between European Community Law and the National Laws of Member States », *LQR* 1977, p. 348-366.

WASILOWSKI Andrzej, « Monism and Dualism at the Present », *in Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krysztof Skubiszweski*, Dordrecht, Kluwer, 1996, p. 323-336.

WEILER J.H.H., « The State über alles. Demos, Telos and the German Maastricht Decision », Jean Monnet Working Papers n°95/06, disponible à l'adresse suivante : http://www.jeanmonnet program.org/papers/95/9506ind.html.

WEILER J.H.H. et HALTERN Ulrich, « The Autonomy of Community Legal Order – Through the Looking Glass", *in Who Is in the Law the Ultimate Judicial Umpire of European Community Competences ? The Schilling – Weiler/Haltern Debate*, Jean Monnet Working Papers n°10/96, disponible à l'adresse suivante : http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/96/9610.html.

WEILER J.H.H., « The European Courts of Justice : Beyond 'Beyond Doctrine' or the Legitimacy Crisis of European Constitutionalism", *in* WEILER J.H.H., SLAUGHTER Anne-Marie et STONE SWEET Alec (dir.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context*, Oxford, Hart, 1998, p. 365-391.

WEILER J.H.H., SLAUGHTER Anne-Marie et STONE SWEET Alec, « Prologue", *in* WEILER J.H.H., SLAUGHTER Anne-Marie et STONE SWEET Alec (dir.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context*, Oxford, Hart, 1998, p. V-XIV.

WEILER J.H.H. et TRACHTMAN Joel, « Constitutional or International ? The Foundations of the Community Legal Order and the Question of Judicial Kompetenz-Kompentenz », *in* WEILER J.H.H., SLAUGHTER Anne-Marie et STONE SWEET Alec (dir.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context*, Oxford, Hart, 1998, p. 330-364.

WENGLER Wilhelm, « Réflexions sur l'application du droit international public par les tribunaux internes », *RGDIP* 1968, p. 921-990.

WESSEL Ramses, « The Constitutional Relationship Between the European Union and the European Community : Consequences for the Relationship with the Members States », *in* VON BOGDANDY Armin et WEILER J.H.H. (dir.), *European Integration – The New German Scholarship*, Jean Monnet Working Paper n°9/03.9, disponible à l'adresse suivante : http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/03/030901-09.pdf.

WEYLAND Inès, « The Application of Kelsen's Theory of Legal Cognition to the United Kingdom's Entry Into the European Community », *in* GIANFORMAGGIO Letizia et PAULSON Stanley (dir.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turin, Giappichelli, 1995, p. 295-301.

WILHELMSSON Thomas, « General Principles of European Law, Private Law and the Theory of Legal Pluralism », *in* CAMERON Ian et SIMONI Alessandro (dir.), *Dealing With Integration. Perspectives From Seminars on European Law 1995-1996*, Uppsala, Författarna och Iustus Förlag, 1996, p. 39-52.

WILHELMSSON Thomas, « Jack-in-the-Box Theory of European Community Law », *in* ERIKSSON Lars et HURRI Samuli (dir.), *Dialectic of Law and Reality. Readings in Finnish Legal Theory*, Helsinki, Publications of the Faculty of Law, 1999, p. 437-454.

WILS Geert, « National Constitutional Law and European Integration in Belgium », *in* FIDE, *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1996, p. 44-59.

WIND Marlene, « The European Union as Polycentric Polity : Returning to a Neo-Medevial Europe ? », *in* WEILER J.H.H. et WIND Marlene (dir.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, CUP, 2003, p. 103-131.

WINTER J.A., « Direct Applicability and Direct Effect : Two Distinct and Different Concepts in Community law », *CMLR* 1972, p. 425-438.

WOEHRLING J.M., Note sous TA Strasbourg, 14 octobre 1997, *AJDA* 1998, p. 501-504.

WOJTYCZEK Krysztof, « Le droit communautaire et la constitution polonaise », *in Études offertes au professeur René Hostiou*, Paris, Litec, 2008, p. 557-564.

WOHLFART Christian, « The Lisbon Case : a Critical Summary », *German Law Journal* 2009, p. 1277-1286.

WOUTERS Jan, « National Constitutions and the European Union », *Legal Issues of Economic Integration* 2000, p. 25-91.

YOUNG Ernest, « Protecting Member State Autonomy in the European Union : Some Cautionary Tales From American Federalism », *New York University Law Review* 2002, p. 1612-1737.

ZAHLE Henrik, « Danish Report », *in* FIDE, *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1996, p. 60-69.

ZARKA Jean-Claude, « La décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004 du Conseil constitutionnel relative à la loi pour la confiance dans l'économie numérique », *JCP* 2004, p. 1332-1335.

ZEMANEK Jiri, « The Emerging Czech Constitutional Doctrine of European Law », *European Constitutional Law Review* 2007, p. 418-435.

ZILLER Jacques, « French Reactions to the Treaty Establishing a Constitution for Europe : From Constitutional Welcome to Popular Rejection », *in* ALBI Annelli et ZILLER Jacques (dir.), *The European Constitution and National Constitutions : Ratification and Beyond*, Dordrecht, Kluwer, 2007, p. 103-112.

ZILLER Jacques, « Conclusions », *in* ALBI Annelli et ZILLER Jacques (dir.), *The European Constitution and National Constitutions : Ratification and Beyond*, Dordrecht, Kluwer, 2007, p. 287-295.

ZIMMER Willy, « De nouvelles bases pour la coopération entre la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour de justice de Luxembourg », *Europe* n°3/2001, p. 3-6.

ZULEEG Manfred, « The European Constitution Under Constitutional Constraints : the German Scenario », *ELR* 1997, p. 19-34.

3. DOCUMENTS OFFICIELS

3.1. TEXTES

Constitution de la République française du 4 octobre 1958.

Constitution de la République française du 27 octobre 1946.

Lois constitutionnelles des 24, 25 février et 16 juillet 1875.

Loi constitutionnelle du 2 novembre 1945.

Loi constitutionnelle du 3 juin 1958.

Constitution des États-Unis d'Amérique.

Constitution du Canada.

Constitution de Bosnie-Herzégovine.

Constitution des Pays-Bas.

Constitution de l'URSS de 1924.

Constitution de l'URSS de 1977.

Loi fondamentale allemande.

Articles de la confédération.

Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier.

Traité instituant la Communauté européenne.

Traité sur l'Union européenne.

Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne.

Pacte de la Société des Nations.

Charte des Nations Unies.

Constitution de l'Organisation internationale du travail.

Constitution de l'Organisation mondiale de la santé.

Acte constitutif de l'UNESCO.

Acte constitutif de la FAO.

Statut du Fond monétaire international.

Statut de la Banque mondiale.

Pacte de la Ligue arabe.

Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969.

Accords de Dayton du 14 décembre 1995.

3.2. DECISIONS DE JUSTICE[1]

3.2.1. Conseil constitutionnel français

Cons. const., n°62-20 DC du 6 novembre 1962, Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct.

Cons. const., n°70-39 DC du 19 juin 1970, Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970.

Cons. const., n°71-44 DC du 16 juillet 1971, Liberté d'association.

Cons. const., n°74-54 DC 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse.

Cons. const., n°75-59 DC du 30 novembre 1975, Loi relative aux conséquences de l'auto-détermination des îles des Comores.

[1] Les décisions citées sans renvoi à une publication sont disponibles sur www.legifrance.gouv.fr ou sur les sites internet des juridictions concernées.

Cons. const., n°76-69 DC du 8 novembre 1976, Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail.

Cons. const., n°76-71 DC du 30 décembre 1976, Décision du Conseil des Communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct.

Cons. const., n°77-89 DC du 30 décembre 1977, Loi de finances pour 1978.

Cons. const., n°77-90 DC du 30 décembre 1977, Loi de finances rectificative pour 1977.

Cons. const., n°78-93 DC du 29 avril 1978, Augmentation de la quote-part de la France au FMI.

Cons. const., n°78-99 DC du 29 décembre 1978, Loi de finances pour 1979.

Cons. const., n°78-100 DC du 29 décembre 1978, Loi de finances rectificative de 1978.

Cons. const., n°80-116 DC du 17 juillet 1980, Loi autorisant la ratification de la convention franco-allemande additionnelle à la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale.

Cons. const., n°80-119 DC du 22 juillet 1980, Loi portant validation d'actes administratifs.

Cons. const., n°80-126 DC du 30 décembre 1980, Loi de finances pour 1981.

Cons. const., n°81-132 DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation.

Cons. const., n°82-139 DC du 11 février 1982, Loi de nationalisation.

Cons. const., n°82-142 DC du 27 juillet 1982, Loi portant réforme de la planification.

Cons. const., n°85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances.

Cons. const., n°85-188 DC du 22 mai 1985, Protocole n°6 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Cons. const., n°85-196 DC du 8 août 1985, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie.

Cons. const., n°86-216 DC du 3 septembre 1986, Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

Cons. const., n°86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transfèrant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence.

Cons. const., n°88-244 DC du 20 juillet 1988, Loi portant amnistie.

Cons. const., n°88-247 DC du 17 janvier 1989, Loi autorisant la ratification de la convention internationale du travail n°159.

Cons. const. n°88-1082-1115 du 21 octobre 1989, Val d'Oise (5e circ.).

Cons. const., n°89-268 DC du 29 décembre 1989, Loi de finances pour 1990.

Cons. const., n°91-293 DC du 23 juillet 1991, Loi portant diverses dispositions relatives à la fonction publique.

Cons. const., n°91-294 DC du 25 juillet 1991, Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985.

Cons. const., n°91-298 DC du 24 juillet 1991, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.

Cons. const., n°92-307 DC du 25 février 1992, Loi portant modification de l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945.

Cons. const., n°92-308 DC du 9 avril 1992, Maastricht I.

Cons. const., n°92-312 DC du 2 septembre 1992, Maastricht II.

Cons. const., n°92-313 DC du 23 septembre 1992, Maastricht III.

Cons. const., n°93-324 DC du 3 août 1993, Loi relative au statut de la Banque de France et au contrôle des établissements de crédit.

Cons. const., n°93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.

Cons. const., n°93-332 DC du 13 janvier 1994, Loi relative à la santé publique et à la protection sociale.

Cons. const., n°93-335 DC du 21 janvier 1994, Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction.

Cons. const., n°96-375 DC du 9 avril 1996, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.

Cons. const., n°97-393 DC du 18 décembre 1997, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998.

Cons. const., n°97-394 DC, Traité d'Amsterdam.

Cons. const., n°98-399 DC du 5 mai 1998, Loi RESEDA.

Cons. const., n°98-400 DC du 20 mai 1998, Loi organique déterminant les conditions d'application de l'article 88-3 de la Constitution.

Cons. const., n°98-405 DC du 29 décembre 1998, Loi de finances pour 1999.

Cons. const., n°98-408 DC du 22 janvier 1999, Traité portant statut de la Cour pénale internationale.

Cons. const., n°99-412 DC du 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires.

Cons. const., n°99-422 DC du 21 décembre 1999, Loi de financement de la Sécurité sociale pour 2000.

Cons. const., n°99-425 DC du 29 décembre 1999, Loi de finances rectificatives pour 1999.

Cons. const., n°2003-468 DC du 3 avril 2003, Loi relative à l'élection des conseillers régionaux.

Cons. const., n°2003-469 DC du 26 mars 2003, Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République.

Cons. const., n°2003-478 DC du 30 juillet 2003, Loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales.

Cons. const.,n°2004-496 DC du 10 juin 2004, Loi de confiance pour l'économie numérique.

Cons. const., n°2004-497 DC du 1er juillet 2004, Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle.

Cons. const., n°2004-498 DC du 29 juillet 2004, Loi relative à la bioéthique.

Cons. const., n°2004-499 DC du 29 juillet 2004, Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

Cons. const., n°2004-505 DC du 19 novembre 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

Cons. const., n°2004-511 DC du 29 décembre 2004, Loi de finances pour 2005.

Cons. const., 24 mars 2005, Hauchemaille et Meyet.

Cons. const., 25 mai 2005, Hauchemaille.

Cons. const., n°2005-524/525 DC du 13 octobre 2005, Engagements relatifs à l'abolition de la peine de mort.

Cons. const., n°2005-531 DC du 29 décembre 2005, Loi de finances rectificative pour 2005.

Cons. const., n°2006-535 DC du 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances.

Cons. const., n°2006-539 DC du 20 juillet 2006, Loi relative à l'immigration et à l'intégration.

Cons. const., n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société d'information.

Cons. const., n°2006-541 DC du 28 septembre 2006, Accord de Londres relatif au brevet européen.

Cons. const., n°2006-543 DC du 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie.

Cons. const., n°2006-547 DC du 15 février 2007, Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre mer.

Cons. const., n°2007-560 DC du 20 décembre 2007, Traité de Lisbonne.

Cons. const., n°2008-563 DC du 21 février 2008, Loi facilitant l'égal accès des femmes et des hommes au mandat de conseiller général.

Cons. const., n°2008-564 DC du 19 juin 2008, Loi relative aux OGM.

3.2.2. Juridictions administratives françaises

CE, 18 février 1873, Cibille, *Rec.*, p. 170.

CE, 30 janvier 1874, Bruneau, *Rec.*, p.100-101.

CE Sect., 3 novembre 1933, Sieur Desreumeaux, *Rec.*, p. 993-994.

CE Sect., 12 juin 1936, Sieur Kremer, *Rec.*, p. 638-639.

CE Sect., 23 décembre 1949, Société Cominfi, *Rec.*, p. 570-571.

CE Ass., 7 mai 1950, Dehaene, *Rec.*, p. 426.

CE Ass., 30 mai 1952, Dame Kirkwood, *Rec.*, p. 292-293.

CE, 31 octobre 1952, Société rochefortaise des produits alimentaires, *Rec.*, p. 481.

CE, 22 avril 1955, Association Franco-russe dite Rousky-Dom, *Rec.*, p. 202.

CE Ass., 11 juillet 1956, Amicale des Annamites de Paris, *Rec.*, p. 317.

CE, 16 novembre 1956, Villa, *RDP* 1957, p. 140-141.

CE, 22 novembre 1957, Myrtoon Steamship Cie, *D.* 1958.2.12.

CE Sect., 20 juin 1958, Fédération mondiale de la jeunesse démocratique, *Rec.*, p. 363-364.

CE Ass., 21 novembre 1958, Syndicat national des transporteurs aériens, *Rec.*, p. 572-574.

CE Sect., 26 juin 1969, Syndicat général des ingénieurs conseils, *Rec.*, p. 394-395.

CE, 9 octobre 1959, Taddéi, *Rec.*, p. 495.

CE Sect., 12 février 1960, Société Ecky, *Rec.*, p. 103.

CE, 18 mai 1960, Sieur Poli, *Rec.*, p. 332-333.

CE, 18 mai 1960, Sieur Karl, *Rec.*, p. 333-334.

CE Ass., 1er juillet 1960, Fédération nationale des organismes de sécurité sociale c. Sieur Fradin, *Rec.*, p. 441-442.

CE Sect., 27 janvier 1961, Sieurs Daunizeau et autres, *Rec.*, p. 57-60.

CE, 3 mars 1961, Sieur André et Société des tissages Nicolas Gaimant, *Rec.*, p. 154.

CE, 13 juillet 1961, Société indochinoise d'électricité, *Rec.*, p. 519-520.

CE, 11 avril 1962, Société Savana, *Rec.*, p. 261-262.

CE, 19 juin 1964, Société des pétroles Shell-Berre et autres, *RDP* 1964, p. 1034-1037.

CE, 30 octobre 1964, Société Prosagor, Société Les fils Sacha Gordine et Sieur Sacha Gordine, *Rec.*, p. 496-497.

CE Ass., 13 juillet 1965, Société Navigator, *Rec.*, p. 423.

CE Sect., 20 mai 1966, Sieur Meunier, *Rec.*, p. 343.

CE Sect., 10 février 1967, Société des établissements Petitjean et autres, *Rec.*, p. 63-65.

CE Sect., 1er mars 1968, Syndicat général des fabricants de semoules de France, n°62814.

CE, 17 février 1971, Dame Hagège et Dames Chiche, *Rec.*, p. 131-132.

CE, 7 décembre 1973, Le Couteur et Sloan, *Rec.*, p. 705.

CE Ass., 8 février 1974, Commune de Montory, *RDP* 1974, p. 1522-1524.

CE, 26 novembre 1976, Soldani et autres, *Rec.*, p. 508.

CE Ass., 22 octobre 1979, Union démocratique du travail, n°17541.

CE Ass., 29 mai 1981, Rekhou, n°15092.

CE, 2 octobre 1981, Mama M'bodj, n°17721.

CE, 23 décembre 1981, Commune de Thionville et autres, *Rec.*, p. 484-487.

CE, 27 septembre 1985, France Terre d'asile, *Rec.*, p. 263-266.

CE Sect., 18 avril 1986, Société Les mines de potasse d'Alsace, *Rec.*, p. 116-118.

CE, 15 mai 1987, Ordre des avocats à la Cour de Paris, *Rec.*, p. 175.

CE Sect., 23 octobre 1987, Société Nachfolger navigation, *Rec.*, p. 319-320.

CE Ass., 20 octobre 1989, Nicolo, n°108243.

CE, 24 septembre 1990, Boisdet, n°58657.

CE Ass., 28 février 1992, Rothmans International France, n°56776 56777

CE Ass., 3 juillet 1996, Koné, n°169219.

CE Ass., 6 juin 1997, Aquarone, n°148683.

CE Ass., 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres, n°200286.

CE Ass., 18 décembre 1998, SARL du Parc d'activités de Blotzheim, n°181249.

CE Ass., 9 avril 1999, Mme Chevrol-Benkedach, n°180277.

CE, 3 novembre 1999, Groupement national de défense des porteurs de titres russes, n°199326.

CE, 23 février 2000, Bamba Dieng, n°157922.

CE, 21 avril 2000, Zaidi, *Rec.*, p. 159-160.

CE, 8 juillet 2000, Dame Paulin, n°178834.

CE, 6 avril 2001, SNES, n°219379 221699 221700.

CE, 3 décembre 2001, Syndicat national des industries pharmaceutiques, n°226514.

CE, 8 juillet 2002, Commune de Porta, n°239366.

CE avis, 26 septembre 2002, n°368282.

CE Ass., 5 mars 2003, Aggoun, n°242860.

CE, 16 juin 2003, n°246784.

CE, 5 janvier 2005, Mlles Deprez et Baillard, n°257341.

CE ord., 15 mars 2005, n°278294.

CE ord., 3 juin 2005, Olziibat, n°281001.

CE ord., 6 juillet 2005, n°281773.

CE, 27 juillet 2005, n°267979

CE, 21 novembre 2005, Boisvert, n°287217.

CE Ass., 16 décembre 2005, Ministre des affaires sociales, n°259584.

CE Sect., 1er février 2006, Fédération européenne des réalisateurs de l'audiovisuel, n°239962.

CE, 5 avril 2006, GISTI, n°284706.

CE ord., 10 mai 2006, n°284706.

CE, 27 juillet 2006, Association avenir de la langue française, n°281629.

CE Sect., 27 octobre 2006, Société Techna, n°260767.

CE Ass., 8 février 2007, Gardedieu, n°279522.

CE Ass., 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres, n°287110.

CE, 6 juin 2007, Commune de Groslay, n°292942.

CE Sect., 10 avril 2008, Conseil national des Barreaux, n°296845.

CE, 18 juin 2008, Gestas, n°295831.

TA Strasbourg, 14 février 1997, M. Maronèse c. Ministre du Budget, *AJDA* 1998, p. 501.

3.2.3. Juridictions judiciaires françaises

Civ., 15 juillet 1811, *S.* 1811.1.377.

Req., 6 avril 1826, *S.* 1826.1.313.

Crim., 28 novembre 1834, *S.* 1834.1.830.

Civ., 22 janvier 1849, *S.* 1849.1.94.

Civ., 19 mai 1863, *S.* 1863.1.353.

Req., 27 novembre 1872, *S.* 1873.1.259.

Crim., 14 août 1908, *JDI* 1909, p. 743-745.

Crim., 22 mars 1923, *D.* 1923.1.121.

Crim., 28 février 1930, *JDI* 1930, p. 1030-1033.

Req., 23 janvier 1933, *S.* 1933.1.249.

Ass. Plén., 11 mars 1953, *D.* 1953.2.297.

Crim., 28 mai 1959, Bouazza Ahmed, *JCP* 1959.II.11152.

CM, 24 mai 1975, Jacques Vabres, *D.* 1975.505.

Civ. 3e, 15 décembre 1975, Von Kempis, *D.* 1976.39.

Crim., 18 novembre 1985, *Bull. crim.* n°59, p. 918.

Crim., 27 février 1990, Touvier, n°89-86692.

Com., 20 octobre 1998, Société Pontoiseau, n°96-19277.

Ass. Plén., 2 juin 2000, Fraisse, n°99-60274.

Crim., 13 mars 2001, Khadafi, n°00-87215.

Civ. 1ère, 29 mai 2001, N'Doye, n°99-16673.

Crim., 17 juin 2003, MRAP, n°02-80719.

CM, 20 juin 2003, École saoudienne de Paris, n°00-45629.

CA Paris, 11 avril 1892, Pratt c. Lycett et Nowy, *JDI* 1892, p. 889-898.

3.2.4. Juridictions étrangères

Cour suprême des États-Unis, 13 février 1793, Chisholm v. Georgia[1].

Cour suprême des États-Unis, 7 février 1796, Ware v. Hylton.

Cour suprême des États-Unis, 16 mars 1810, Fletcher v. Peck.

Cour suprême des États-Unis, 20 mars 1816, Martin v. Hunter's Lessee.

Cour suprême des États-Unis, 3 mars 1821, Cohens v. Viriginia.

Cour suprême des États-Unis, 12 avril 1869, Texas v. White.

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 18 octobre 1967, *RTDE* 1968, p. 203-206.

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 29 mai 1974, Solange I, *RTDE* 1975, p. 316-333.

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 12 mai 1986, Solange II, *RTDE* 1987, p. 537-545.

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 12 octobre 1993, Maastricht, *RUDH* 1993, p. 286-292.

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 7 juin 2000, Marché de la banane, *RTDE* 2001, p. 155-165.

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 30 juin 2009, Lisbonne.

Cour constitutionnelle italienne, 18 décembre 1973, Frontini, *RTDE* 1974, p. 148-153.

Cour constitutionnelle italienne, 8 juin 1984, Granital, *CDE* 1986, p. 185-195.

Cour constitutionnelle italienne, 13 avril 1989, Fragd, *RUDH* 1989, p. 258.

Cour constitutionnelle tchèque, 8 mars 2006, Sugar quota regulation II.

Cour constitutionnelle tchèque, 3 mai 2006, European arrest warrant.

Tribunal constitutionnel espagnol, 13 décembre 2004, *RFDA* 2005, p. 46-50.

Tribunal constitutionnel polonais, 27 avril 2005, Application du mandat d'arrêt européen aux citoyens polonais (résumé en français sur le site du tribunal).

Tribunal constitutionnel polonais, 11 mai 2005, Appartenance de la Pologne à l'Union européenne (résumé en français sur le site du tribunal).

Cour suprême du Danemark, 6 avril 1998, Carlsen, *AJIL* 1999, p. 209-214.

Cour suprême de Chypre, 31 décembre 1975, Liasi v. Attorney General, *Cyprus Law Reports* 1975, p. 568-576.

Cour suprême de Chypre, 7 novembre 2005, European arrest warrant (communiqué en anglais sur le site de la Cour).

[1] Les arrêts cités de la Cour suprême des États-Unis sont traduits dans ZOLLER Elisabeth, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, PUF, 2000.

Conseil d'État du Luxembourg, avis du 22 mars 2005, Projet de loi portant organisation d'un référendum national sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, n°46.892.

Conseil d'État du Luxembourg, avis du 22 mars 2005, Projet de loi portant approbation du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, n°96.893.

Conseil d'État de Belgique, 15 février 2005, avis 37.978 AG, *RFDA* 2005, p. 242-248.

Conseil d'État des Pays-Bas, 7 juillet 1995, Metten, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1996, p. 179-183.

Conseil privé du Royaume-Uni, 19 novembre 1968, Madzimbamuto v. Lardner-Burke, *All England Law Reports* 1968-3, p. 560-587.

Cour d'appel de Rhodésie, 29 janvier 1968, Madzimbamuto v. Lardner-Burke, *South African Law Reports* 1968, p. 284-444.

Cour d'appel de Rhodésie, 29 février 1968, Madzimbamuto v. Lardner-Burke (2), *South African Law Reports* 1968, p. 457-464.

Cour d'appel de Rhodésie, 1er mars 1968, Dhlamini v. Carter (2), *South African Law Reports* 1968, p. 464-466.

Cour d'appel de Rhodésie, 4 mars 1968, Dhlamini v. Carter, *South African Law Reports* 1968, p. 467-469.

Cour d'appel de Rhodésie, 13 septembre 1968, R. v. Ndholvu, *South African Law Reports* 1968, p. 515-554.

Cour du Bophuthatswana, 17 octobre 1988, State v. Banda, *South African Law Reports* 1989, p. 519-550.

Cour du Transkei, 15 septembre 1988, Matanzima v. President of the Republic of Transkei, *South African Law Reports* 1989, p. 989-999.

Haute cour du Lesotho, 5 août 1988, Mokotso v. King Moshoeshoe II, *Law Reports of the Commonwealth – Constitutional and Administrative Law Reports* 1989, p. 24-169.

Haute cour d'Ouganda, 2 février 1967, Uganda v. Commissioner of prisons, *Eastern Africa Law Reports* 1966, p. 514-546.

Haute cour de la Grenade, 19 novembre 1984, Mitchell v. Director of Public prosecutions, *Law Reports of the Commonwealth – Constitutional and Administrative Law Reports* 1985, p. 127-158.

Cour suprême du Pakistan, 27 octobre 1958, State v. Dosso, *All-Pakistan Legal Decisions* 1958, p. 533-570.

Cour suprême du Pakistan, 20 avril 1972, Jilani v. Government of the Punjab, *All-Pakistan Legal Decisions* 1972, p. 139-270.

Cour suprême du Pakistan, 10 novembre 1977, Begum Nusrat Buttho v. Chief of army staff and Federation of Pakistan, *All-Pakistan Legal Decisions* 1977, p. 657-763.

Cour d'appel des Fidji, 1er mars 2001, The Republic of Fiji and the Attorney General of Fiji v. Chandrika Prasad, n°217/2000, disponible à l'adresse suivante : http://www.vanuatu.usp.ac.fj/pacific%20law%20materials/Fiji_cases/Volume_Q-R/Republic_v_Prasad.html.

Cour suprême d'Israel, 1995, Banque Mizrahi c. Migdal – village corporatif, Appel civil 6821/93, *Israel Law Review* 1997, p. 764-802 (extraits).

3.2.5. Juridictions de l'Union européenne

CJCE, 15 juillet 1960, Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr, 36, 37, 38 et 40/59.

CJCE, 5 février 1963, Van Gend & Loos, 26/62.

CJCE, 15 juillet 1964, Costa c. ENEL, 6/64.

CJCE, 4 février 1965, SARL Albatros c. Sopéco, 20/64.

CJCE, 22 juin 1965, San Michele, 9/65.

CJCE, 19 décembre 1968, Salgoil, 13/68.

CJCE, 13 février 1969, Walt Wilhelm, 14/68.

CJCE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70.

CJCE, 14 décembre 1971, Politi, 43/71.

CJCE, 17 mai 1972, Dame Leonisio, 93/71.

CJCE, 13 juillet 1972, Commission c. Italie, 48/71.

CJCE, 8 février 1973, Commission c. Italie, 30/72.

CJCE, 16 janvier 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf, 166/73.

CJCE, 26 février 1974, Commission c. Italie, 52/75.

CJCE, 30 avril 1974, Haegeman, 181/73.

CJCE, 11 novembre 1975, avis 1/75.

CJCE, 14 juillet 1976, Kramer, 3, 4 et 6/76.

CJCE, 26 avril 1977, avis 1/76.

CJCE, 31 janvier 1978, Zerbone, 94/77.

CJCE, 9 mars 1978, Simmenthal, 106/77.

CJCE, 13 décembre 1979, Hauer, 44/79.

CJCE, 19 janvier 1982, Becker, 8/81.

CJCE, 23 avril 1986, Les Verts c. Parlement européen, 294/83.

CJCE, 22 octobre 1987, Foto-Frost, 314/85.

CJCE, 22 juin 1989, Fratelli Costanzo, 103/88.

CJCE, 13 juillet 1989, Wachauf, 5/88.

CJCE, 19 juin 1990, Factortame Ltd, C-213/89.

CJCE, 13 juillet 1990, Zwartfeld, C-2/88.

CJCE, 4 octobre 1991, The Society for the protection of unborn children c. Grogan, C-159/90.

CJCE, 14 décembre 1991, avis 1/91.

CJCE, 10 avril 1992, avis 1/92.

CJCE, 4 juin 1992, Debus, C-13/91 et C-113/91.

CJCE, 23 mars 1993, Weber c. Parlement européen, C-314/91.

CJCE, 2 août 1993, Levy, C-158/91.

CJCE, 9 août 1994, République française c. Commission, C-327/91.

CJCE, 13 décembre 1995, avis 3/94.

CJCE, 2 juillet 1996, Commission c. Luxembourg, C-473/93.

CJCE, 12 décembre 1996, Procédures pénales c. X, C-74/95 et C129/95.

CJCE, 5 mars 1998, Solred, C-347/96.

CJCE, 10 mars 1998, Allemagne c. Conseil, C-122/95.

CJCE, 16 juin 1998, Racke, C-162/96.

CJCE, 22 octobre 1998, Ministero delle Finanze c. IN.CO.GE., C-10/97 à C-22/97.

CJCE, 8 juillet 1999, Parlement c. Conseil, C-189/97.

CJCE, 11 janvier 2000, Kreil, C-285/98.

CJCE, 8 novembre 2001, Adria-Wien Pipeline, C-143/99.

CJCE, 22 mai 2003, Connect Austria, C-462/99.

CJCE, 12 juin 2003, Schmidberger, C-112/00.

CJCE, 10 juillet 2003, Commission c. BEI, C-15/00.

CJCE, 30 septembre 2003, Köbler, C-224/01.

CJCE, 13 janvier 2004, Allonby, C-256/01.

CJCE, 1er avril 2004, Bellio F.Ili, C-286/02.

CJCE, 14 octobre 2004, Omega, C-36/02.

CJCE, 15 mars 2005, Espagne c. Eurojust, C-160/03.

CJCE, 16 juin 2005, Pupino, C-105/03.

CJCE, 10 janvier 2006, IATA, C-344/04.

CJCE, 12 janvier 2006, Algemene Scheeps Argentur Dordrecht, C-311/04.

CJCE, 30 mai 2006, Commission c. Irlande, C-459/03.

CJCE, 12 septembre 2006, Espagne c. Royaume-Uni, C-145/04.

CJCE, 12 septembre 2006, Eman et Savinger, C-300/04.

CJCE, 26 octobre 2006, Commission c. Autriche, C-102/06.

CJCE, 27 février 2007, Gestoras Pro Aministia, C-354/04 P.

CJCE, 26 juin 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophones, C-305/05.

CJCE, 11 septembre 2007, Merck Genericos, C-431/05.

CJCE, 11 décembre 2007, ITF et FSU, C-438/05.

CJCE, 16 décembre 2007, Arcelor Atlantique et Lorraine, C-127/07.

CJCE, 18 décembre 2007, Laval un Partneri, C-341/05.

CJCE, 18 décembre 2007, Suède c. Commission, C-64/05.

CJCE, 1er avril 2008, Gouvernement de la Communauté française, C-212/06.

CJCE, 6 mai 2008, Parlement c. Conseil, C-133/06.

CJCE, 3 juin 2008, Intertanko, C-308/6.

CJCE, 3 septembre 2008, Kadi, C-402/05 et C-415/05.

CJCE, 6 septembre 2008, Portugal c. Commission, C-88/03.

CJCE, 11 septembre 2008, Union General de Trabajadores de la Rioja, C-405/06.

CJCE, 9 octobre 2008, Sabatauskas, C-239/07.

CJCE, 16 décembre 2008, Michaniki, C-213/07.

TPICE, 22 janvier 1997, Opel Austria GMBH, T-115/94.

TPICE, 27 juin 2000, Salamander AG, T-172/98 et T-175/98 à T-177/98.

TPICE, 15 janvier 2003, Philip Morris c. Commission, T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 et T-272/01.

TPICE, 21 avril 2005, Holcim AG c. Commission, T-28/03.

TPICE, 21 septembre 2005, Yusuf, T-306/01.

TPICE, 21 septembre 2005, Kadi, T-315/01.

TPICE, 12 juillet 2006, Ayadi, T-253/02.

TPICE, 12 juillet 2006, Hassan, T-49/04.

TPICE, 17 janvier 2007, République hellénique c. Commission, T-231/04.

TPICE, 3 juin 2009, Government of Gibraltar c. Commission, T-211/04.

3.2.6. Juridictions du Conseil de l'Europe

Com. EDH, 11 janvier 1961, Autriche c. Italie, 788/60.

CEDH, 6 février 1976, Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède, 5614/72.

CEDH, 18 janvier 1978, Irlande c. Royaume-Uni, 5310/71.

CEDH, 25 avril 1978, Tyrer c. Royaume-Uni, 5856/72.

CEDH, 25 mars 1983, Silver et autres c. Royame-Uni, 5947/72.

CEDH, 21 février 1986, James et autres c. Royaume-Uni, 8793/79.

CEDH, 29 avril 1988, Belilos c. Suisse, 10328/83.

CEDH, 26 novembre 1991, Observer et Guardian c. Royaume-Uni, 13585/88.

CEDH, 29 octobre 1992, Open door et Dublin well woman c. Irlande, 14234/88 et 14235/88.

CEDH, 26 juin 1993, Ruiz-Mateos c. Espagne, 12952/87.

CEDH, 23 mars 1995, Loizidou c. Turquie, 15318/89.

CEDH, 16 septembre 1996, Süssman c. Allemagne, 20024/92.

CEDH, 1er juillet 1997, Gitonas c. Grèce, 18747/91.

CEDH, 28 octobre 1999, Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres c. France, 24846/94 et 34165/96 à 34173/96.

CEDH, 21 novembre 2001, Al-Adsani c. Royaume Uni, 35763/97.

CEDH, 11 janvier 2005, Py c. France, 66289/01.

CEDH, 30 juin 2005, Bosphorus have yollari turzim ve ticaret anonim sirketi c. Irlande, 45036/98.

CEDH, 11 avril 2006, Cabourdin c. France, 60796/00.

CEDH, 18 avril 2006, Vezon c. France, 66018/01.

CEDH, 2 mai 2006, Saint-Adam et Millot c. France, 72038/01.

CEDH, 21 juin 2006, SCM scanner de l'ouest lyonnais et autres c. France, 12206/3.

CEDH, 8 novembre 2007, Soffer c. République tchèque, 31419/04.

3.2.7. Autres juridictions internationales

Tribunal d'arbitrage, 14 septembre 1872, Affaire de l'Alabama, *in* DE LAPRADELLE Albert et POLITIS Nicolas (dir.), *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Pedone, 1923, T. II, p. 712-983.

Tribunal d'arbitrage, 26 juillet 1875, Affaire du Montijo, *in* DE LAPRADELLE Albert et POLITIS Nicolas (dir.), *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Pedone, 1954, T. III, p. 651-688.

CPJI, 25 mars 1926, Haute Silésie polonaise, Série A, n°7.

CPJI, 26 juillet 1927, Usine de Chorzow, Série A, n°9.

CPJI, 3 mars 1928, Compétence des tribunaux de Dantzig, Série B, n°15.

CPJI, 31 juillet 1930, Communautés gréco-bulgares, Série B, n°17.

CPJI, 4 février 1932, Traitement des nationaux polonais dans le territoire de Dantzig, Série A/B, n°44.

CPJI, 7 juin 1932, Zones franches de Haute-Savoie et du Pays de Gex, Série A/B, n°46.

CPJI, 5 avril 1933, Statut juridique du Groënland oriental, Série A/B, n°53.

CPJI, avis du 6 avril 1935, Écoles minoritaires en Albanie, Série A/B, n°64.

CIJ, avis du 11 juillet 1950, Statut international du Sud-Ouest africain.

CIJ, avis du 28 mai 1951, Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.

CIJ, avis du 7 juin 1955, Procédures de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au territoire du Sud-Ouest africain.

CIJ, avis du 20 juillet 1962, Certaines dépenses des Nations Unies.

CIJ, avis du 21 juin 1971, Conséquences juridiques de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie.

CIJ, avis du 26 avril 1988, Applicabilité de l'obligation d'arbitrage.

CIJ, 20 juillet 1989, Electronica Sicula SPA.

CIJ, avis du 8 juillet 1996, Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé.

CIJ, avis du 9 juillet 2004, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé.

Chambre d'appel du TPIY, 2 octobre 1995, Le Procureur c. Dusko Tadic.

3.3. CONCLUSIONS

ARRIGHI DE CASANOVA Jacques, Conclusions sous CE, 28 juillet 2000, Paulin, *Droit fiscal* 2001, p. 358-359.

BACHELIER Gilles, Conclusions sous CE Ass, 6 juin 1997, Aquarone, *Rec.*, p. 207-220.

BACHELIER Gilles, Conclusions sous CE Ass, 18 décembre 1998, Zone d'activité de Blotzheim, *Rec.*, p. 486-500.

BRAIBANT Guy, Conclusions sous CE Ass, 1 juillet 1960, Fédération nationale des organismes de sécurité sociale c. Fradin, *D.* 1960, p. 690.

CHENOT Bernard, Conclusions sous CE, 10 février 1950, Gicquel, *Rec.*, p. 100-104.

COSMAS George, Conclusions sous CJCE, 29 septembre 2000, IGI, C-134/99.

FOURNIER, Conclusions sous CE Ass, 13 juillet 1965, Société Navigator, *Rec.*, p. 423-437.

FRYDMAN Patrick, Conclusions sous CE Ass, 20 octobre 1989, *RFDA* 1989, p. 813-823.

GANSHOF VAN DER MEERSCH Walter, Conclusions sous Cour de cassation belge, 27 mai 1971, Le Ski, *RTDE* 1971, p. 423-456.

GENEVOIS Bruno, Conclusions sous CE Ass, 22 décembre 1978, Cohn-Bendit, *D.* 1979, p. 155-161.

GUYOMAR Mattias, Conclusions sous CE Ass, 8 février 2007, Société Arcelor, *RFDA* 2007, p. 384-401.

GUYOMAR Mattias, Conclusions sous CE Sect, 10 avril 2008, Conseil national des barreaux, *RFDA* 2008, p. 574-588.

HEUMANN, Conclusions sous CE Sect, 22 novembre 1957, Myrtoon Steamship Cie., *D.* 1958, p. 10.

JACOBS M.F.G., Conclusions sous CJCE, 26 novembre 1998, Bronner, C-7/97.

JACOBS M.F.G., Conclusions sous CJCE, 12 juin 2003, Schmidberger, C-122/100.

LAGRANGE Maurice, Conclusions sous CJCE, 16 juillet 1956, Fédération charbonnière de Belgique, 8/55, *Rec.*, p. 232-290.

LAGRANGE Maurice, Conclusions sous CJCE, 15 juillet 1964, Costa c. ENEL, 6/64, *Rec.*, p. 1169-1193.

LAROQUE Martine, Conclusions sous CE Ass, 28 février 1992, Rothmans, *AJDA* 1992, p. 210-225.

LATOURNERIE, Conclusions sous CE, 6 novembre 1936, Arrighi et Dame Coubert, *S.* 1937.3.33.

LAURENT, Conclusions sous CE, 16 novembre 1956, Villa, *RDP* 1957, p. 123-140.

LENZ Carl Otto, Conclusions sous CJCE, 1er octobre 1997, France c. Parlement, C-345/95.

LETOURNEUR, Conclusions sous CE Ass, 30 mai 1952, Dame Kirkwood, *RDP* 1952, p. 784-793.

MASSOT Jean, Conclusions sous CE Sect, 23 octobre 1987, Nachfolger, *RFDA* 1987, p. 963-969.

MATTER Paul, Conclusions sous Civ., 22 décembre 1931, *JDI* 1932, p. 683-713.

MAUGÜE Christine, Conclusions sous CE Ass, 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres, *RFDA* 1998, p. 1081-1090.

MISCHO Jean, Conclusions sous CJCE, 8 juillet 1999, Parlement c. Conseil, C-189/97.

POIARES MADURO Miguel, Conclusions sous CJCE, 15 mars 2005, Espagne c. Eurojust, C-160/03.

POIARES MADURO Miguel, Conclusions sous CJCE, 16 décembre 2007, Arcelor Atlantique et Lorraine, C-127/07.

POIARES MADURO Miguel, Conclusions sous CJCE, 18 décembre 2007, Suède c. Commission, C-64/05.

POIARES MADURO Miguel, Conclusions sous CJCE, 6 mai 2008, Parlement c. Conseil, C-133/06.

POIARES MADURO Miguel, Conclusions sous CJCE, 3 septembre 2008, Kadi, C-402/05 et 415/05.

POIARES MADURO Miguel, Conclusions sous CJCE, 9 septembre 2008, FIAMM, C-120/06.

POIARES MADURO Miguel, Conclusions sous CJCE, 16 décembre 2008, Michaniki, C-213/07.

QUESTIAUX Nicole, Conclusions sous CE, 30 mars 1966, Société Ignazio Messina et Cie, *RDP* 1966, p. 789-799.

QUESTIAUX Nicole, Conclusions sous CE Sect, 1er mars 1968, Syndicat général des fabricants de semoules de France, *AJDA* 1968, p. 235-239.

ROEMER Karl, Conclusions sous CJCE, 18 février 1964, International Crediet, 73-74/63, *Rec.*, p. 31-56.

ROUGEVIN-BAVILLE Michel, Conclusions sous CE, 8 février 1974, *RDP* 1974, p. 1511-1522.

RUIZ-JARABO Damaso, Conclusions sous CJCE, Umweltanwalt von Kärnten, C-205/08.

STAHL Jacques-Henri, Conclusions sous CE Ass, 5 mars 2003, Aggoun, *Rec.*, p. 80-89.

STAHL Jacques-Henri, Conclusions sous CE Ass, 16 décembre 2005, Ministre des affaires sociales, *RFDA* 2006, p. 41-47.

STIRN Bernard, Conclusions sous CE Ass, 22 janvier 1988, *RFDA* 1988, p. 95-104.

STIX-HACKL Christine, Conclusions sous CJCE, 18 mars 2004, Omega, C-36/02.

TIZZANO Antonio, Conclusions sous CJCE, 19 octobre 2004, Zhu et Chen, C-200/02.

TIZZANO Antonio, Conclusions sous CJCE, 12 septembre 2006, Espagne c. Royaume-Uni, C-145/04.

TOUFFAIT Adolphe, Conclusions sous CM, 24 mai 1975, Jacques Vabres, *D.* 1975, p. 497-505.

3.4. RAPPORTS, DOSSIERS ET RESOLUTIONS

Assemblée nationale, Rapport d'information sur la Convention sur l'avenir de l'Europe, 1er juillet 2003, Pierre Lequiller, n°994.

Assemblée nationale, Rapport d'information sur la Constitution européenne, 1er juillet 2004, Pierre Lequiller, n°1710.

Assemblée nationale, Rapport d'information sur la révision constitutionnelle préalable à la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe, 12 janvier 2005, Pierre Lequiller, n°2024.

Assemblée nationale, Dossier législatif sur la révision de la Constitution préalable à la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe par la France.

Conseil d'État, Rapport général, *EDCE* 1989, p. 9-144.

Conseil d'État, Rapport public, *EDCE* 1992, p. 15-66.

Conseil européen, Déclaration de Laeken, 15 décembre 2001.

Parlement européen, Résolution relative au projet de traité instituant l'Union européenne, 14 février 1984, *Bulletin des Communautés européennes*, février 1984, n°2, p. 8.

Parlement européen, Deuxième rapport de la Commission institutionnelle sur la Constitution européenne, 9 février 1994, Fernand Herman, Doc. A 3-0064/94.

Parlement européen, Rapport sur la préparation de la réforme des Traités et la prochaine Conférence intergouvernementale, 10 novembre 1999, Giogios Dimitrakopoulos et Jo Leinen, PE 231.873.

Parlement européen, Rapport sur la constitutionnalisation des traités, 12 octobre 2000, Olivier Duhamel, PE 289.949.

Parlement européen, Rapport sur le Conseil européen de Laeken et l'avenir de l'Union, 23 octobre 2001, Jo Leinen et Inigo Méndez de Vigo, PE 304.286.

Parlement européen, Rapport sur le projet de Traité instituant une Constitution pour l'Europe, 10 septembre 2003, José Maria Gil-Robles et Dimitris Tsatsos, PE 323.600.

Parlement européen, Rapport sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe, 9 septembre 2004, Richard Corbett et Inigo Méndez de Vigo, PE 347.119.

Sénat, Rapport d'information sur l'idée d'une Constitution pour l'Union européenne, 7 juin 2001, Hubert Haenel, n°363.

Sénat, Rapport d'information sur le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, 1er octobre 2003, Hubert Haenel, n°3.

Sénat, Dossier législatif sur la révision de la Constitution préalable à la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe par la France.

INDEX

A

Acceptation 189, 234, 248, 283.
Acte
originaire 106, 112, 148, 156, 161, 181, 233, 258, 293, 298, 307, 327, 349, 353, 650.
pré-constituant 180 et s., 341.
Autonomie d'un ordre juridique 442, 552, 575, 623, 653 et s., 670.
autonomie de l'ordre juridique européen 366, 567, 585, 687, 704 et s.
Autoréférence 634 et s., 679, 683, 687, 700.

C

Catégorie juridique
précision 60 et s.
principe 27 et s.
typologie 43 et s.
Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne 450, 474.
Constitution
conception descriptive 405.
conception institutionnelle 319, 386 et s., 467, 585, 717.
conception normative 405, 420 et s., 467.
de 1946 106, 112, 183, 326, 340, 461, 654, 690.
de 1958 103 et s., 113, 117 et s., 154 et s., 183 et s., 326 et s., 459 et s., 643, 692.
de Bosnie-Herzégovine 79, 711, 719.
démotique 424.
des États-Unis 228, 347, 359, 364, 369, 410, 462, 610, 622, 710, 714.
du Royaume-Uni 390, 392, 397, 403, 414, 511, 517, 557, 585.
économique 424, 431, 452.
européenne 342 et s., 390, 448, 455, 474, 481, 500 558, 561 et s., 626 et s., 677 et s.
internationale 438 et s., 456, 474, 484, 536, 570, 698 et s.
sociale 291, 391, 396, 424, 431.
Constitutionnalisation 430, 443, 466, 484, 563 et s., 588.
Constitutionnalisme 315, 414, 430, 445 et s., 499, 581.
néo-constitutionnalisme 457 et s.
multi-niveau 581 et s.
Contre-révolution 387 et s.
Convention
de Philadelphie 474, 714.
sur l'avenir de l'Europe 347, 474.
Convention européenne des droits de l'homme 367, 448, 580, 681, 702.
Conventionnalisme 251, 285.
Coutume 226, 256, 278, 289, 298, 332 et s..

constitutionnelle 119, 154, 314 et s., 392, 396, 401, 495, 630.
Internationale 486, 496, 504, 690 et s.
Croyance 247 et s., 318, 321, 328 et s., 351, 360 et s., 644 et s., 680, 704, 713.

D

Définition
lexicale 39 et s., 53, 62, 70, 76, 80, 106, 360, 378, 508, 516, 554, 586.
nominale 34 et s.
par genre et différence spécifique 40 et s., 51, 66, 83, 373, 395, 420, 467, 527.
réelle 34 et s.
stipulative 39 et s., 54, 57, 61 et s., 75 et s., 167, 427, 512, 540, 593, 618, 663.
Définition de la constitution
classification 507 et s.
formelle 186 et s., 470 et s.
matérielle 186 et s. 385 et s.
Démocratie 178, 338 et s., 398, 430, 450 et s., 547, 737.
Doctrine générale des sources du droit 255 et s., 287, 332 et s., 514, 624, 643 et s., 664 et s.

E

Effectivité 163, 169 et s., 200, 219 et s., 276 et s., 308 et s., 337, 407, 446, 463, 606, 671.
Essentialisme 37, 67, 71, 74, 81, 176, 270, 403, 428, 453, 491, 556, 580, 722.
État 725 et s.
et constitution 721 et s.
et pouvoir constituant 478, 724.
fédéral 188, 356 et s., 365, 481 et s., 552, 587, 619, 712 et s.
Existence
et institutionnalisme 144 et s., 177, 243 et s., 624, 644 et s.
et régularité 101 et s., 107, 111, 117 et s., 165, 184, 201, 326 et s., 426, 464, 590 et s.

F

Feuille de papier 117 et s., 142, 170, 184 et s., 206, 212, 219, 242, 354, 628, 713.

H

Hiérarchie des organes 607 et s.
Hiérarchie des normes 502 et s., 545 et s., 589 et s.

I

Identification constitutionnelle 99 et s., 531, 645.
Identité 324, 575, 662, 676, 705.

Intentionnalité collective 249 et s.
Interprétation 123 et s., 152 et s., 194 et s., 329, 440 et s., 578.

J

Justice constitutionnelle 457 et s.
    et droit international 460 et s.
    et normativité de la constitution 459, 463 et s.

L

Loi 101 et s., 127, 184 et s., 328, 499 et s., 509 et s.
Loi fondamentale allemande 452, 457, 470, 622.
Lois constitutionnelles
    de 1875 102, 315, 340, 620.
    et constitution 386 et s.

M

Matrice 230 et s., 288 et s., 299 et s., 549, 587, 647, 667, 676.
Morale 59, 108 et s., 189 et s., 217 et s., 227 et s., 234, 252, 301 et s., 661, 675.

N

Norme fondamentale 215 et s., 258, 268, 276 et s., 302, 335, 425, 646, 658, 660.

O

Ontologie 34 et s., 148 et s., 196 et s., 216 et s., 244 et s., 266 et s., 301.
Ordre constitutionnel 157, 392 et s., 403 et s.
Organisation internationale 369, 438 et s., 453, 483, 488, 547, 627, 725.
    OMC 411, 450, 456, 461, 569, 575, 582, 674.
    ONU 449, 461, 498, 569, 575.

P

Pacte constitutionnel 716 et s.
Pluralisme
    constitutionnel 625, 674, 677.
    externe 673, 676.
    minimal 665, 719.
    modéré 673 et s., 684, 698.

Point de vue
externe 46 et s., 64, 71 et s., 86, 113, 202 et s., 225, 278 et s., 292 et s., 407 et s., 604.
interne 46 et s., 52, 71, 150 et s., 202 et s., 220, 233 et s., 246 et s., 282 et s., 299 et s., 303 et s., 364, 545, 554, 605, 664 et s., 675, 679, 698 et s.
Pouvoir constituant
critère dogmatique 103, 162 et s., 207, 212, 272, 319 et s., 327, 336 et s., 521.
critère théorique 364, 393 et s., 458, 471 et s., 486, 501, 506, 534, 559, 620, 723.
européen 168, 174, 360, 475.
originaire 162 et s., 272, 309 et s., 339, 353, 362, 473.

R

Rapports entre ordres juridiques
dualisme 653 et s., 657, 665 et s., 689 et s.
monisme 653 et s., 658 et s., 665 et s., 678 et s., 690, 698 et s.
Ratification 22, 319, 345 et s., 481, 486, 498, 582, 649, 691, 715.
Réalisme juridique 65, 72 et s., 141, 192 et s., 236, 282, 457, 604 et s., 645.
américain 192.
dogmatique 206 et s., 605.
français 194, 415 et s.
scandinave 193.
Référendum 173, 176, 182, 341, 363, 480, 495, 497, 533, 582.
de l'article 11 329 et s., 367, 504.
et démocratie 451 et s.
Régime politique 404 et s., 419.
Règle constitutive 143 et s., 153, 161, 177, 197, 242 et s., 313 et s., 437, 591, 644 et s.
et intentionnalité collective 246 et s.
et règle régulative 146 et s., 170, 184, 263 et s., 436, 598, 645.
Règle de reconnaissance 231 et s., 280 et s., 306, 646 et s., 667, 675, 706.
Réseau 548 et s., 568, 611, 674.
Révision
de la règle de révision 638 et s., 710.
majoritaire 188, 351, 479 et s., 501, 521, 526, 534, 561, 576, 713.
Rigidité
critère dogmatique 187, 316, 332.
critère théorique 490 et s., 517, 526, 536.
et hiérarchie des normes 502 et s., 556, 559, 590, 596.

P

Paradigme 229 et s., 549 et s., 571, 587, 676.
Primauté
en droit européen 547, 558, 566, 582, 605, 610 et s., 679 et s., 698 et s.
en droit international 439, 569, 575, 681 et s.
en droit national 353 et s., 552 et s., 689 et s., 698 et s.
Prototype 78 et s., 84 et s., 356, 381, 404, 410, 422, 433, 437, 454, 463, 466, 476, 495, 534, 544, 554, 589, 592, 597, 609, 611, 619, 625, 631, 673, 678, 711, 719, 724, 734.

S

Souveraineté
comme compétence de la compétence 487 et s., 553.
comme fait institutionnel 176 et s., 337 et s.
de l'État 478, 484, 587, 726 et s.
du peuple 172, 317, 341, 473.
et pouvoir constituant 171 et s., 325, 337, 361, 474 et s.
Supra-constitutionnalité 120, 319 et s., 393 et s., 425, 629 et s., 641, 709.
Suprématie constitutionnelle 305, 353 et s., 367, 503 et s., 554 et s., 622 et s.

T

Théorie
de la constitution-machine 411 et s., 446.
de la double signification 31 et s., 123 et s., 165, 186, 220, 256, 271, 280, 293, 361.
de la fédération 716 et s.
des actes de langage 133 et s.
des dispositions alternatives 600 et s., 659, 662.
des faits institutionnels 142 et s., 242 et s.
Traité constitutionnel 363, 711 et s.
Traité
de Lisbonne 485, 574, 699 et s., 709, 723.
établissant une Constitution pour l'Europe 18, 23, 105 et s., 154, 188, 208, 326, 343 et s., 434, 450, 520, 574, 585, 637, 700 et s.
Traités internationaux
applicabilité dans l'ordre juridique européen 705 et s.
applicabilité dans l'ordre juridique français 689 et s.
Transition constitutionnelle 358 et s., 539, 543 et s., 581, 678 et s.
Théorie générale des sources du droit 258, 377, 387, 404, 411, 429, 439, 444, 452, 463, 471, 483, 494, 512, 531, 536, 547, 556, 589, 629, 712, 719.

V

Validation 194, 215, 260, 326, 426 et s., 446, 590 et s., 619, 650 et s., 660, 672, 712.
Volontarisme 149, 178, 282, 387, 394 et s., 401, 415, 574, 657, 706.

TABLE DES MATIERES

Liste des abréviations 11

Sommaire 15

Introduction 17

Chapitre préliminaire : Éléments de méthodologie de la catégorisation et de la définition en droit 25
Section 1 : Approche descriptive de la méthodologie 26
I. Le rôle des catégories et des définitions en droit 27
A. La catégorisation, base ambiguë de la technique juridique et de son étude 27
1. Le concept de catégorie 27
2. La fonction de la catégorisation juridique 30
B. La transformation de la catégorisation par l'abandon de la définition réelle 33
1. Le désaccord sur le défini : définition réelle et définition nominale 34
2. Le désaccord sur le définissant : les différents modes de définition 39
II. La typologie des catégories juridiques 43
A. Le principe de la typologie : le placement des catégories dans un discours 43
1. La diversité des discours juridiques 43
2. La diversité des catégories juridiques 47
B. Les propriétés des différentes catégories 50
1. Les catégories du discours du droit et les categories dogmatiques 50
2. Les catégories de théorie et de politique juridique 55
Section 2 : Approche prescriptive de la méthodologie 58
I. Les aspects transversaux de la méthodologie positiviste 60
A. Le problème de la précision des catégories 60
1. La forme extrême de la critique : la négation des catégories 60
2. La forme modérée de la critique : la négation des définitions précises 62
B. Le principe de non-confusion catégorielle 67
1. Catégories de politique juridique et catégories du discours du droit 68
2. Catégories théoriques et catégories du discours du droit 70
3. Catégories du discours du droit et catégories théoriques 73
II. Les aspects spécifiques à la régulation de la définition stipulative 75
A. Les qualités extrinsèques des critères 76
1. La particularité de la démarche de redéfinition 76
2. Le prototype : outil nécessaire à la redéfinition 78
B. Les qualités intrinsèques des critères 82
1. La valeur logique des critères 82
2. La valeur scientifique des critères 86
Conclusion 90

Partie I : La catégorie dogmatique de constitution.....93

Titre I : La difficile identification de la constitution en tant que norme positive 97

Chapitre I : Concept et conditions de l'identification de la constitution..... 99
Section 1 : Principe et nécessité de l'identification..... 99
I. Le principe de l'identification constitutionnelle 99
A. Identification constitutionnelle et catégorie dogmatique de constitution..... 99
1. Le concept d'identification constitutionnelle 100
2. L'identification constitutionnelle comme fonction de la catégorie dogmatique de constitution 103
B. Les difficultés de l'identification constitutionnelle 105
1. Les normes constitutionnelles : des normes originaires..... 106
2. Identification et fondement de la Constitution 108
II. La nécessité de l'identification 111
A. L'incarnation historique de l'identification..... 111
1. Les exemples historiques d'identification constitutionnelle 111
2. La pertinence des exemples historiques 114
B. La nécessité logique de l'identification constitutionnelle 116
1. Une identification constitutionnelle indispensable 116
2. Une nécessité confortée par certains développements doctrinaux 119
Section 2 : La théorie de la double signification 122
I. Le principe de la théorie de la double signification 123
A. La combinaison des deux significations..... 123
1. Les rapports entre acte et norme : d'un schéma binaire à un schéma quaternaire 123
2. Les clarifications conceptuelles permises par cette théorie 129
B. Théorie de la double signification et théorie des actes de langage ou la constitution comme acte de langage..... 133
1. L'apport de la théorie des actes de langage à la théorie de la double signification 134
2. La justification de cette application de la théorie des actes de langage à la production normative 139
II. Théorie de la double signification et théorie des faits institutionnels 142
A. L'acte normatif et la norme juridique comme faits institutionnels 142
1. L'application de la théorie des faits institutionnels à la théorie de la double signification 143
2. Le renouveau permis par la théorie des faits institutionnels 148
B. La concentration sur la deuxième signification 152
1. Un travail limité à la deuxième signification de l'acte constitutionnel..... 152
2. La dissociation de la catégorie dogmatique de constitution et du bloc de constitutionnalité 154

Chapitre II : Les carences des voies classiques d'identification des normes constitutionnelles..... 161
Section 1 : Les solutions issues de démarches dogmatiques..... 162
I. La solution non-normative : la constitution comme produit du pouvoir constituant originaire 162
A. Le pouvoir constituant originaire comme pouvoir de fait..... 163
1. La notion de pouvoir constituant originaire comme pouvoir de fait..... 163

2. La fonction du pouvoir constituant originaire comme pouvoir de fait 166
B. Le pouvoir constituant originaire comme compétence..... 171
1. Présentation des théories décrivant le pouvoir constituant comme l'exercice d'une compétence..... 171
2. Une construction institutionnelle incomplète..... 174
II. Les solutions normatives 180
A. Les solutions normatives portant sur les actes pré-constituants..... 180
1. L'intérêt tardif de la doctrine pour les actes pré-constituants 180
2. Des actes incontournables mais insuffisants pour l'identification constitutionnelle 182
B. Les solutions normatives portant sur les acte et norme constitutionnels..... 186
1. L'utilisation de critères théoriques pour l'identification constitutionnelle 186
2. La légitimité de la constitution : de la dogmatique à la théorie générale... 189
Section 2 : Les solutions issues de la théorie générale du droit 191
I. Les solutions non-normatives : les théories réalistes..... 192
A. Le réalisme intégral 192
1. Une théorie complexe et cohérente 192
2. Les faiblesses des présupposés et des résultats du réalisme intégral 197
B. Le réalisme dogmatique..... 206
1. Une théorie populaire 206
2. Une théorie discutable et incomplète 210
II. Les solutions normatives : les normes ultimes 214
A. La norme fondamentale de Kelsen 214
1. Fonction et formulation de la norme fondamentale 215
2. Le statut de la norme fondamentale 221
B. Les autres solutions normatives..... 226
1. L'introduction d'éléments moraux..... 227
2. La norme ultime comme réalité sociale : la règle de reconnaissance de Hart 231

Titre II : La règle constitutive, vecteur de la compréhension de l'adaptation de la constitution..... 239

Chapitre I : La règle constitutive et le mode d'identification de la constitution..... 241
Section 1 : La contribution de la règle constitutive à l'existence du droit et de la constitution 242
I. La complexité du statut de la règle constitutive dans la théorie des faits institutionnels 242
A. La règle constitutive chez Searle..... 242
1. Le rôle central de la règle constitutive chez Searle..... 243
2. Le statut de la règle constitutive chez Searle 246
B. La contestation du statut de la règle constitutive..... 249
1. Les versions alternatives de l'intentionnalité collective 249
2. L'adoption d'une position minimale 252
II. L'adaptation de la théorie des faits institutionnels en droit : la doctrine générale des sources du droit comme règle constitutive..... 255
A. La doctrine générale des sources du droit et l'existence de la constitution .. 255
1. La doctrine générale des sources du droit comme base d'une théorie institutionnaliste du droit..... 256

2. Les difficultés occasionnées par cette version de la théorie institutionnaliste du droit 261
B. Les implications ontologiques de la théorie de la règle constitutive 266
1. Le dualisme allégué de l'ontologie des théories institutionnalistes 266
2. L'intérêt des théories institutionnalistes pour le monisme ontologique 270
Section 2 : La place de la théorie de la règle constitutive dans les bases de la dogmatique 275
I. La proximité de la théorie de la règle constitutive avec d'autres théories générales du droit 275
A. La théorie de la règle constitutive et le normativisme 276
1. Règle constitutive et norme fondamentale 276
2. Règle constitutive et règle de reconnaissance 280
B. La diversité des précédents 284
1. Les théories générales élaborées 284
2. Les constructions hésitant entre théorie générale, théorie et dogmatique 289
II. Le statut épistémologique des énoncés sur la règle constitutive 292
A. La règle constitutive considérée du point de vue externe : un fait brut utile aux présupposés de la dogmatique 292
1. Des énoncés réfutables portant sur un type spécifique de croyances 293
2. La fonction épistémologique de l'étude de la règle constitutive 298
B. La règle constitutive considérée du point de vue interne : une norme directement invocable 304
1. Invocabilité et juridicité de la règle constitutive 304
2. L'opposition aux théories de l'effectivité 308

Chapitre II : L'adaptation de la catégorie dogmatique de constitution conçue de façon dépassionnée 313
Section 1 : Les critères de constitutionnalité du droit français 313
I. Les acquis de l'application de la théorie de la règle constitutive à l'étude du système juridique français 314
A. La détermination des limites de la catégorie dogmatique de constitution du système juridique français : coutumes et principes supra-constitutionnels 314
1. La coutume constitutionnelle 314
2. Les principes supra-constitutionnels 319
B. Une vision renouvelée de la catégorie dogmatique de constitution 323
1. Une fonction relativisée 323
2. Des critères de constitutionnalité en partie clarifiés 327
II. Les incertitudes de l'application de la théorie de la règle constitutive à l'étude du système juridique français 331
A. Les hypothèses originales 332
1. La superposition de deux croyances distinctes 332
2. La catégorie dogmatique de constitution comme série de croyances sur des cas individuels 334
B. Le retour d'une hypothèse classique : la théorie du pouvoir constituant 336
1. La possibilité de reconstruire la théorie du pouvoir constituant 337
2. La place contestable du pouvoir constituant dans le système juridique français actuel 339

Section 2 : L'adaptation de la catégorie dogmatique de constitution en droit français 342
I. L'analyse renouvelée de la décision du 19 novembre 2004 342
A. Une décision d'identification constitutionnelle susceptible d'évaluation 343
1. La qualification de traité international : une apparence peu crédible 343
2. Une décision orientée en réalité vers l'identification constitutionnelle 346
B. Un choix critiquable des critères de constitutionnalité 350
1. Des critères dogmatiques insatisfaisants 350
2. L'utilisation erronée de critères théoriques 355
II. La compréhension de la particularité de la transition constitutionnelle 358
A. La contribution de la dogmatique à la compréhension de la transition constitutionnelle 359
1. La résolution de certains problèmes complexes 359
2. Une nouvelle vision permettant de concevoir la transition constitutionnelle 362
B. La nécessité d'une combinaison entre théorie et dogmatique 364
1. L'insuffisance de la catégorie dogmatique du droit français face aux transitions constitutionnelles 364
2. Le rôle de la catégorie théorique de constitution dans l'analyse des transitions constitutionnelles 368

Conclusion de la première partie 373

Partie II : La catégorie théorique de constitution 377

Titre I : Présentation critique des critères classiques de la catégorie théorique de constitution 381

Chapitre I : L'imprécision du concept de constitution au sens matériel 385
Section 1 : Les définitions non-normatives de la constitution 385
I. La constitution comme organisme 386
A. Une définition originale de la constitution 386
1. La vision non-volontariste de la constitution comme organisme 387
2. La vision volontariste de la constitution comme organisme 392
B. Une conception critiquable 395
1. Les manifestations de la dimension prescriptive des conceptions organicistes 396
2. La source de la prescription : une ambition de théorie générale implicite. 399
II. La constitution comme système d'organes 404
A. La constitution comme système ou régime politique 404
1. Un concept peu problématique 404
2. La distinction des concepts de constitution et de régime politique 408
B. La constitution comme machine 411
1. Une théorie complexe aux racines anciennes 411
2. Un cheval de Troie du réalisme 415
Section 2 : Les définitions normatives matérielles de la constitution 420
I. Les définitions idéologiquement neutres 421
A. L'imprécision classique de ce type de définitions 421
1. L'imprécision des critères utilisés 421

2. L'imprécision de la portée de la classification 427
B. Les conceptions extensives de la constitution 434
1. Exposé de la conception extensive 434
2. L'exemple typique de son utilisation à propos de l'adaptation de la constitution : le cas des actes constitutifs d'organisation internationale 438
II. Les définitions idéologiquement engagées 445
A. Le constitutionnalisme classique 445
1. Le constitutionnalisme classique comme critère de la constitutionnalité .. 445
2. Les faiblesses des critères constitutionnalistes 450
B. Le néo-constitutionnalisme 457
1. Le néo-constitutionnalisme comme critère de la constitutionnalité 457
2. Les faiblesses des critères néo-constitutionnalistes 461

Chapitre II : Les insuffisances du concept de constitution au sens formel 469
Section 1 : Les limites des définitions dites « formelles » de la constitution 470
I. Les critères formels atypiques 471
A. Les critères liés à l'adoption de la norme 471
1. Le pouvoir constituant comme critère théorique 471
2. Les défauts du pouvoir constituant comme critère théorique 475
B. La révision majoritaire 479
1. Un critère à la portée limitée 479
2. Un critère à l'utilité limitée 483
II. Le critère formel typique : la rigidité 490
A. Un critère imprécis 490
1. Un critère difficile à identifier 490
2. Un critère difficile à appliquer 494
B. Un critère inutile 498
1. Un critère politique secondaire 499
2. Un critère juridique insuffisant 502
Section 2 : Les limites des typologies classiques de définitions de la constitution ... 507
I. L'ambiguïté des typologies classiques : la dualité de l'opposition entre constitution au sens formel et au sens matériel 508
A. L'exposé de la dualité de la dichotomie constitution au sens formel-constitution au sens matériel 508
1. La dichotomie constitution au sens formel-constitution au sens matériel comme classification de catégories ou de définitions dogmatiques 508
2. La dichotomie constitution au sens formel-constitution au sens matériel comme classification de catégories ou de définitions théoriques 513
B. L'apport de la double dichotomie constitution au sens formel-constitution au sens matériel 516
1. La dissipation de confusions gênantes 516
2. La démonstration de l'incomplétude de l'opposition formel-matériel 521
II. L'insuffisance des typologies classiques : les définitions basées sur le régime juridique 525
A. Le principe des critères basés sur le régime juridique 525
1. Présentation des critères et des définitions basés sur le régime juridique .. 525
2. Utilisation dogmatique et théorique des critères basés sur le régime juridique 528
B. L'intérêt de la concentration sur le régime juridique dans le domaine théorique 532

1. Le danger des définitions formelles et matérielles 532
2. L'intérêt du régime juridique : la fidélité à la structure du système juridique 535

Titre II : L'adaptation de la catégorie théorique de constitution 539

Chapitre I : La suprématie, critère théorique de la constitutionnalité 543
Section 1 : L'intérêt du critère de suprématie 543
I. La justification du critère théorique de suprématie 544
A. L'utilité du critère de suprématie dans la représentation du système juridique 544
1. L'importance de la structure hiérarchique des systèmes juridiques 545
2. La place discutable des solutions hétérarchiques 548
B. Un critère largement partagé par la doctrine 554
1. Des références explicites non-négligeables 554
2. Une présence implicite permanente 558
II. L'inadéquation des autres adaptations proposées 563
A. La constitutionnalisation de l'ordre juridique européen 563
1. Une théorie incertaine 563
2. Un substitut à l'utilité discutable 570
B. La construction d'une notion autonome 580
1. La version faible de l'autonomie notionnelle 581
2. La version forte de l'autonomie notionnelle 585
Section 2 : La définition du critère théorique de suprématie 589
I. L'insuffisance des critères classiques 590
A. Le critère de validation 590
1. La validation restreinte à la fixation des conditions d'existence 591
2. La validation étendue à la fixation des conditions de régularité 596
B. Les autres critères classiques 603
1. Les critères juridictionnels 603
2. Les critères non-juridictionnels 607
II. Proposition d'un nouveau critère théorique 612
A. La supériorité comme capacité de déterminer l'applicabilité de la norme inférieure 613
1. Le choix du nouveau critère 613
2. L'intérêt du nouveau critère 618
B. Les particularités de la suprématie constitutionnelle 622
1. Supériorité et suprématie 622
2. Norme suprême et constitution 626

Chapitre II : Conditions et conséquences de la définition de la constitution par la suprématie 633
Section 1 : La base dogmatique générale de la suprématie théorique 633
I. La suprématie dans un système juridique considéré isolément 634
A. L'insuffisance des normes positives : la question de l'autoréférence 634
1. Autoréférence et suprématie 634
2. La problématique de l'autoréférence en droit 638
B. Le rôle de la doctrine générale des sources du droit 643
1. Doctrine générale des sources du droit et hiérarchie des normes 644
2. Doctrine générale des sources du droit et suprématie 648

II. Suprématie et rapports entre ordres juridiques 652
A. Les limites de la présentation classique des rapports entre ordres juridiques653
1. Le double sens de l'opposition monisme-dualisme 653
2. Les limites des solutions classiques à l'hésitation entre monisme et dualisme 657
B. Rapports entre ordres juridiques et doctrine générale des sources du droit .. 664
1. Unité et dualité de la doctrine générale des sources du droit 665
2. Conséquences de la vision exposée des rapports entre ordres juridiques sur la suprématie 670
Section 2 : La transition constitutionnelle dans une nouvelle perspective..... 677
I. Le principe de la transition constitutionnelle reconsidéré 678
A. Exposé de la situation européenne actuelle 678
1. Les rapports entre systèmes juridiques du point de vue de l'Union européenne 679
2. Les rapports entre systèmes juridiques du point de vue national 689
B. La possibilité d'une évolution 698
1. Les modalités envisageables de transition constitutionnelle 698
2. Les obstacles résiduels à la transition constitutionnelle 704
II. Adaptation conceptuelle et transition constitutionnelle..... 710
A. Le concept de traité constitutionnel..... 711
1. Le traité constitutionnel comme résultat d'un processus de transformation 711
2. Le traité constitutionnel comme acte mixte 716
B. Transition constitutionnelle et transition fédérale 721
1. Le lien traditionnel entre constitution et État 721
2. Suprématie, souveraineté et qualité étatique 724

Conclusion de la deuxième partie 731

Conclusion générale 733

Bibliographie générale 739

Index 955

Table des matières 961

Recherches sur la catégorie juridique de constitution et son adaptation aux mutations du droit contemporain

Résumé

Face aux mutations du droit contemporain, la doctrine s'est interrogée sur l'apparition éventuelle d'une constitution européenne ou internationale. Cette réflexion a conduit à un blocage qui paraît trouver sa source dans l'ambiguïté du terme « constitution ». Celui-ci peut en effet signifier aussi bien une catégorie dogmatique propre à un système juridique et intégrée par ses acteurs qu'une catégorie théorique participant à la compréhension et à la comparaison des systèmes juridiques. Le respect de cette séparation indispensable dans une perspective positiviste conduit à aborder la question de l'adaptation de la constitution sur deux plans distincts et séparés.

L'étude de la constitution au sens dogmatique se heurte à des obstacles épistémologiques qui imposent de recourir à la théorie générale. Sa définition apparaît alors comme l'ensemble des conditions de réussite extra-langagière d'un type d'acte de langage particulier fixé par une règle constitutive. Cette approche peut contribuer à améliorer la connaissance de la catégorie dogmatique française de constitution sans pour autant arrêter une définition complète mais également à relativiser la place qu'elle occupe dans l'adaptation actuelle de la catégorie de constitution.

L'étude de la constitution au sens théorique passe, quant à elle, par l'examen critique des travaux existants et la remise en cause de la traditionnelle dichotomie entre définitions matérielles et formelles. Elle peut finalement être décrite comme une norme suprême d'un type particulier qui n'existe actuellement qu'au niveau étatique mais dont il est possible d'envisager l'émergence au niveau inter-étatique sans se heurter à aucun obstacle conceptuel.

Research on the Legal Category of Constitution and its Adaptation to the Current Evolution of Law

Abstract

Recent changes in contemporary law led legal scholars to consider the possibility of a european or international constitution. Thinking on this question seemed to be deadlocked by the ambiguity of the word "constitution". Indeed, it can refer both to a dogmatic category within a legal system and to a theoretical concept used to understand and compare different systems. This separation, unavoidable from a positivist perspective, leads to scrutinise the adaptation of the constitution on two distinct levels.

The study of the constitution as a dogmatic category faces epistemological obstacles, demanding a look back at jurisprudence. Its definition therefore becomes a particular speech act's set of extra-linguistic success conditions, defined by a constitutive rule. This approach can contribute to the knowledge of the French dogmatic constitution category without setting a full definition but it can also relativise its role in the current adaptation of the constitution category.

The study of the constitution as a theoretical notion involves a critical examination of existing work and the rejection of the traditional dichotomy between material and formal definitions. It can in fine be conceived as a supreme norm of a particular type which until know exists only at the state level but could conceptually be extended to a multistate level.

Droit public – Droit constitutionnel – Théorie générale du droit

Constitution – Pouvoir constituant – Définition juridique – Rapports entre droit interne et droit externe – Institutionnalisme juridique – Règle constitutive – Constitution européenne