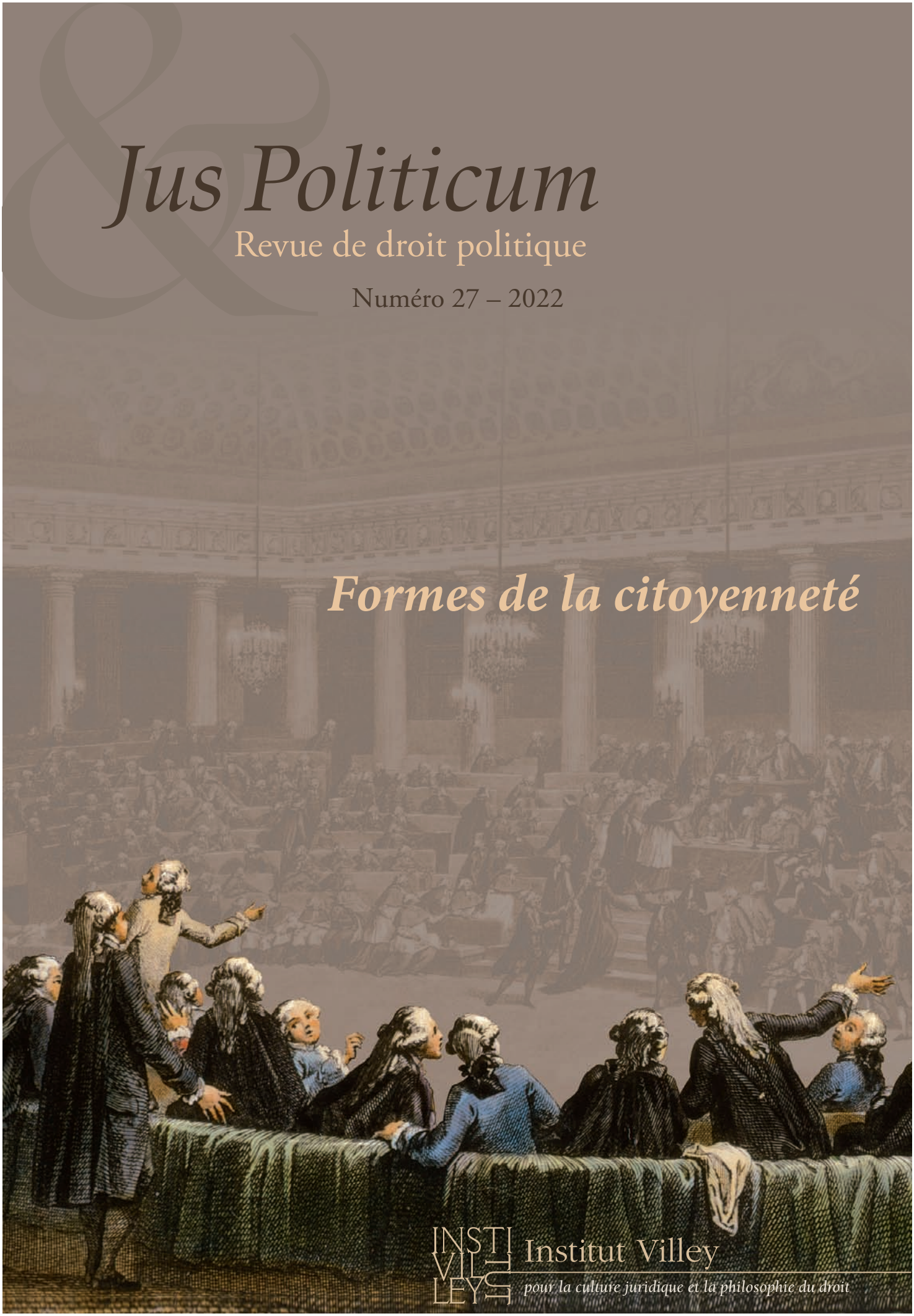
Jus Politicum

Revue de droit politique

Numéro 27 – 2022

Formes de la citoyenneté



Institut Villey
pour la culture juridique et la philosophie du droit

Directeurs

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

Directeur de la publication

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)

Fondateurs

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

Conseil scientifique

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

Conseil de rédaction

Manon Altwegg-Boussac (Université Paris-Est Créteil), Denis Baranger (Université Panthéon-Assas), Cécile Guérin-Bargues (Université Panthéon-Assas), Renaud Baumert (CY Cergy Paris Université), Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas), Bruno Daugeron (Université Paris-Descartes), Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas), Quentin Epron (Université Panthéon-Assas), Thibault Guilluy (Université de Lorraine), Jacky Hummel (Université de Rennes 1), Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas), Philippe Lauvaux (Université Panthéon-Assas), Elina Lemaire (Université de Bourgogne), Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines), Céline Roynier (CY Cergy Paris Université), Christoph Schönberger (Universität Konstanz), Adam Tomkins (University of Glasgow), Patrick Wachsmann (Université de Strasbourg).

Secrétaire de rédaction

Thibault Desmoulins (Université Panthéon-Assas)

Assistant d'édition

Agathe Chossat de Montburon (Université Panthéon-Assas)

Eleonora Bottini

Comprendre les révolutions en droit

M. Gren, *Le changement de paradigme constitutionnel* (2019)*

En 1971, 1991 et 1995 trois juges, respectivement français, britannique et israélien ont décidé que la loi adoptée par le parlement n'était plus infaillible, mais pouvait être contrôlée par rapport à d'autres normes de rang supra-législatif et censurée en cas de contrariété. Ce contrôle n'étant pas explicitement prévu tel quel par les cadres constitutionnels préexistants, ces trois décisions de justice représentent autant de moments de rupture avec le passé et peuvent donc aisément être qualifiés de « révolutions », dans l'un des sens du mot défini dans le dictionnaire (Larousse) comme « changement brusque qui se produit dans un société ». Le récit proposé par Marie Gren dans l'ouvrage issu de sa thèse de doctorat ne se limite pas à exposer ces trois moments, révolutionnaires au sens de cette définition de base. Cela reviendrait à adopter une position bien trop simpliste du point de vue théorique. Se fondant sur une analyse de ces moments jurisprudentiels topiques, l'objet de l'ouvrage de Marie Gren est de fonder une véritable théorie du changement en droit constitutionnel.

Avec la multiplication d'ouvrages récents qui lui sont consacrés[1], la notion de « révolution constitutionnelle » connaît un nouvel essor en droit constitutionnel. La publication de l'ouvrage de Marie Gren sur *Le changement de paradigme constitutionnel* tombe à point nommé, s'insérant dans le vaste débat, comparatiste et global, des changements constitutionnels advenant en dehors des révisions formelles des constitutions[2]. Comme l'affirme Aldous Huxley dans l'épigraphe de l'ouvrage commenté, « Tout changement est une menace pour la stabilité[3] ». Présenté comme un gage de stabilité pour la vie en société, le droit comme objet et comme science est particulièrement susceptible d'être menacé par les changements, notamment lorsque ceux-ci se font en dehors des procédures prévues par le droit lui-

* M. Gren, *Le changement de paradigme constitutionnel. Étude comparée du passage de la suprématie législative à la suprématie constitutionnelle en France, en Israël et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, 2019.

[1] Voir notamment B. Ackerman, *Revolutionary Constitutions: Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2019 ; G.J. Jacobsohn, Y. Roznai, *Constitutional Revolution*, Yale University Press, 2020.

[2] Voir notamment, en France, M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Paris, Institut Universitaire Varenne-LGDJ, 2013.

[3] A. Huxley, *Le Meilleur des mondes*, Paris, Plon, 2008, p. 249, cité par M. Gren, *Le changement de paradigme constitutionnel*, *op. cit.*, p. 1.

même[4]. Particulièrement proche du fait (politique), le droit constitutionnel ne fait pas exception, bien au contraire : des véritables bouleversements peuvent traverser les conceptions de ce droit, comme le montre l'exercice d'imagination proposé par Marie Gren dès le début de son introduction. Que ce serait-il passé si sa thèse avait été soutenue en 1960 ? La même thèse de droit comparé n'aurait pu être soutenue dans les années 1960, tout simplement parce que comparer trois systèmes où la loi fait office de pierre angulaire du droit et ne peut être remise en cause par aucun juge aurait autant d'intérêt que des poissons se demandant si « l'eau est bonne[5] ». Ce qui fait l'intérêt d'une telle comparaison en 2017 (année de la soutenance de la thèse de Marie Gren) est bien le bouleversement qui a eu lieu dans ces trois pays dans le dernier demi-siècle : en France, au Royaume Uni et en Israël, le juge contrôle désormais le respect par la loi des normes supra-législatives, bouleversant la conception même du droit par la doctrine des trois pays étudiés. L'objet de l'ouvrage est donc ce changement qui s'opère à deux niveaux : dans le droit positif comme dans la conception du droit[6], le « paradigme constitutionnel » de la suprématie législative (objet de la première partie) a été remplacé par celui de la suprématie constitutionnelle (seconde partie).

Les comparatistes connaissent la difficulté principale de toute étude de droit comparé : justifier la sélection des pays inclus dans la comparaison. En choisissant trois systèmes juridiques aussi différents l'un de l'autre, Marie Gren prenait un risque : la France est le pays du droit écrit par excellence, alors que le Royaume Uni est un système de *common law* où la constitution est par définition non écrite ; Israël pour sa part se caractérise comme un pays de *common law*, mais, du point de vue constitutionnel, le Parlement s'est inspiré en partie des constitutions écrites en adoptant des « Lois fondamentales » (p. 26). Ainsi, pour expliquer l'intérêt de cette étude comparée, Marie Gren affirme que

> Ces trois systèmes, qui présentent de grandes différences sur le plan constitutionnel, ont subi tous trois la même transformation radicale, qui met le juge dans une situation de prééminence par rapport au législateur. Cette convergence entre des modèles constitutionnels différents permet de mettre au jour le mécanisme de transfiguration, décrit à l'aide du concept de « changement de paradigme constitutionnel » (p. 25).

L'ouvrage de Marie Gren permet d'appréhender un sujet complexe qui est au cœur de la réflexion constitutionnaliste, en mettant en lumière le rapport entre changement du droit et révolution (I). Même si la connotation révolutionnaire des évènements étudiés est partout dans l'ouvrage, le véritable objet est le changement

---

[4] Cette menace s'explique par l'existence de catégories classiques en théorie constitutionnelle : « Du point de vue interne, le changement constitutionnel informel ne peut, ou plutôt ne doit exister. Le principe de la distinction entre le pouvoir constituant, le peuple souverain, et les pouvoirs constitués, les organes habilités par le pouvoir constituant, empêche que le pouvoir constitué assume un détachement volontaire vis-à-vis du cadre autorégulé de la constitution écrite » (M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, *op. cit.*, p. 62).

[5] Pour reprendre l'histoire raconté par David Foster Wallace utilisée par Régis Ponsard au début de son article « La possibilité d'une analyse du droit (constitutionnel) scientifiquement et juridiquement critique », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2015, p. 38, cité par M. Gren, *Le changement de paradigme constitutionnel*, *op. cit.*, note 26.

[6] « La suprématie constitutionnelle a remplacé la suprématie législative. Or ce n'est pas la seule conception du droit qui a été bouleversée, mais bien le droit positif lui-même qui a été transformé. *Il y a donc eu un véritable changement de système constitutionnel* » (M. Gren, *Le changement de paradigme constitutionnel*, *op. cit.*, p. 4).

de paradigme envisagé comme un processus (II). Afin d'expliquer ce dernier, le choix méthodologique de l'auteure est de faire dialoguer les juges et la doctrine des trois pays étudiés (III).

I. Changement et révolution

Particulièrement complexe à appréhender du point de vue théorique, la notion de révolution constitutionnelle pose la question de la validité de celle-ci, envisagée comme changement radicale par rapport au cadre existant. Du point de vue du positivisme juridique, un tel changement n'est autre chose qu'une violation du droit en vigueur ; comme tel, il ne peut être valide.

Les révolutions constitutionnelles peuvent être abordées de différentes manières. Tout d'abord, la révolution peut être un acte ou un événement politique, que le droit vient ensuite légitimer ; c'est par exemple la position de Bruce Ackerman, pour lequel « *Law legitimates Power*[7] ».

Ensuite, les révolutions juridiques peuvent être présentées dans la droite ligne de Kelsen, qui développe une théorie des révolutions compatible avec sa théorie pure du droit : les révolutions juridiques sont des violations de la règle en vigueur en ce qu'aucune norme d'habilitation ne permet le changement législatif ou constitutionnel advenu. Ce qui en fait des révolutions juridiques c'est leur « réussite » : ces violations constitutionnelles se sont imposées en devenant « efficaces en gros et de manière générale », définition kelsénienne de l'efficacité, caractère « impur » de la norme à côté de sa validité[8].

Enfin, les révolutions juridiques peuvent être qualifiées comme telles avec une connotation purement métaphorique : c'est souvent dans le sens rétrospectif que l'on qualifie certaines décisions de justice de « révolutionnaires ». Il peut s'agir de décisions présentées comme une solution de continuité par rapport au cadre constitutionnel en vigueur – dont elles représentent une application adaptée aux circonstances présentes – ou de violation de ce même cadre en rupture avec l'interprétation passée. Ou parfois les deux à la fois, d'une manière paradoxale que souligne Otto Pfersmann dans la préface de l'ouvrage de Marie Gren, comme par exemple pour la décision « Liberté d'association » du Conseil constitutionnel français, « puisqu'on insiste à la fois sur l'absence de rupture et sur le fait que la décision bouleverse fondamentalement l'état des choses[9] ».

Bien évidemment, tout changement n'est pas une révolution. Un changement du droit comme de sa conception peut être brutal ou graduel ; ses conséquences partielles ou définitives ; et tous les degrés qui existent entre ces extrêmes. Ce qu'a de révolutionnaire le changement de paradigme étudié par Marie Gren n'est pas tant son caractère violent, puisqu'au contraire « Cette transformation profonde se serait […] faite de manière silencieuse » (p. 4). L'ouvrage s'ouvre par une étude des théories de la révolution juridique (p. 7-24), mais cette dernière n'est pas *in fine* l'objet du livre. C'est dans le *processus* du changement de paradigme qu'apparaît

[7] B. Ackerman, *Revolutionary Constitutions*, *op. cit.*, p. 1.

[8] Pour une analyse de ces deux caractères, je me permets de renvoyer à E. Bottini, *La sanction constitutionnelle. Étude d'un argument doctrinal*, Paris, Dalloz, 2016.

[9] O. Pfersmann, « Préface. Révolutions juridiques et révolutions de la pensée juridique », in M. Gren, *Le changement de paradigme constitutionnel*, *op. cit.* p. xvi.

son aspect révolutionnaire : entre le début et la fin du processus, un nouveau système vient substituer entièrement le précédent et entre les deux une rupture non violente est caractérisée.

II. Moment révolutionnaire et processus de changement

Alors que l'objet de la thèse de Marie Gren ce sont ces zones grises du droit que sont les révolutions juridiques, zones d'embarras épistémologique à la limite entre droit et fait, l'auteure décide de déplacer son objet vers le changement de paradigme (constitutionnel). Ce choix, loin d'être une stratégie d'évitement des difficultés, convainc la lectrice. Défini comme « une transformation radicale et profonde qui affecte aussi bien les règles appliquées par les acteurs juridiques que la conception des spécialistes de la discipline » (p. 24), ce concept permet d'appréhender le phénomène du changement dans un sens plus large que celui de révolution constitutionnelle. En réalité, la révolution au sens du moment de rupture n'est que l'un des moments du processus révolutionnaire qu'est le changement de paradigme constitutionnel. Le changement de paradigme prend en compte également l'avant et l'après : la déconstruction du paradigme constitutionnel précédent dès l'apparition des premiers signaux de crise (les « anomalies ») et la validation du processus, à la fois par les organes constituants et par la doctrine constitutionnaliste (Marie Gren parle alors de « révolution doctrinale » à la p. 240). Le changement de paradigme est achevé lorsque le système juridique fonctionne sur des bases entièrement nouvelles, intégrées par les spécialistes, au point qu'il paraît impensable que le nouveau paradigme puisse à ton tour être substitué, comme Marie Gren le montre avec un nouvel exercice d'imagination qui conclut l'ouvrage[10].

C'est en cela que réside l'une des originalités méthodologiques de cet ouvrage : en utilisant la théorie de Thomas S. Khun des révolutions scientifiques, il est possible de sortir de l'impasse de l'approche subjectiviste des révolutions constitutionnelles (p. 12 et s.). En effet, l'acte révolutionnaire étant caractérisé d'une manière ou d'une autre par une violation de la constitution ou dans tous les cas par une rupture, il est inévitable de l'identifier par rapport à sa propre conception de l'ordre constitutionnel et des modalités « autorisées » pour le modifier que l'observateur lui-même considère comme juridiquement valides[11]. En élargissant le prisme d'observation au discours de juristes, il est possible d'identifier les « anomalies » au

[10] « Imaginons encore. Au futur cette fois-ci. Imaginons qu'en 2175, le chef de l'État de la République de Francilie convoque les Franciliens, pour un référendum national constitué d'une unique question : "faut-il supprimer les pouvoirs de la Cour suprême ?". Une majorité de citoyens votera oui entraînant une série de réformes constitutionnelles, qui supprimeront ou limiteront fortement l'indépendance et les pouvoirs que la Cour suprême s'était octroyés à la fin des années 2070. Un tel scénario semble peu probable, pour l'heure, en France, en Israël ou au Royaume Uni, où le paradigme de la suprématie constitutionnelle a remplacé celui de la suprématie législative, comme on a tenté de le démontrer dans cette étude » (M. Gren, *Le changement de paradigme constitutionnel*, *op. cit.*, p. 431).

[11] « La définition de l'acte révolutionnaire étant profondément liée à la conception que l'on a du pouvoir constituant et des modalités de révision de la Constitution, il y aura autant de types de révolutions envisageables que de théories du droit constitutionnel » (M. Gren, *Le changement de paradigme constitutionnel*, *op. cit.*, p. 12).

sens de Khun et donc de caractériser le changement de paradigme comme « la substitution d'une conception doctrinale à une autre » (p. 13), sans être pris par sa propre subjectivité.

La question qui demeure, pour l'auteure comme pour les lecteurs, est de savoir comment identifier tant les révolutions constitutionnelles que les changements de paradigme. Pour ce faire, en effet, encore faut-il identifier quel est le cadre constitutionnel de départ. C'est ce que l'auteure s'attache à faire dans la première partie de l'ouvrage : il fallait d'abord montrer comment s'est construit le paradigme initialement dominant, afin de pouvoir mettre en lumière l'« avènement d'un nouveau paradigme » (dans la deuxième partie).

Cette façon de procéder présente l'avantage de ne pas fonder l'existence du cadre préexistant sur des présupposés de l'auteure, mais de la démontrer. Par exemple, la « prépondérance législative » au Royaume Uni se fonde sur un consensus, en l'absence de constitution écrite dans une source unique. Le principe constitutionnel consensuel est celui bien connu de la souveraineté du Parlement de Westminster qui « rend compte de l'esprit de la Constitution britannique, dans la mesure où celle-ci est soumise à l'unique règle centrale matérielle et non formelle » (p. 153). C'est par la lecture attentive de la formation du paradigme de la suprématie législative comme cadre constitutionnel construit, qu'il est possible de saisir la qualification des décisions révolutionnaires comme des « censures *inconstitutionnelles* du législateur par les juges (de *Common Law*) » (p. 293). Il aurait été difficile autrement pour l'auteure de ne pas tomber dans le piège positiviste rendant impossible de traiter son sujet d'un point de vue pratique. Ce piège aurait conduit à devoir choisir entre deux possibilités opposées, la première consistant à considérer que la violation de la constitution ne permet pas de déterminer la fin du paradigme précédent, mais, dans la continuité, les deux systèmes restent valides en même temps, une conception qui est défiée par l'expérience (correspondant à l'approche de Pfersmann par rapport au *Statuto Albertino* italien[12]). La deuxième possibilité aurait été de suivre l'approche kelsénienne, selon laquelle il y a une solution de continuité lorsque le système initialement inconstitutionnel devient efficace « en gros et de manière générale » et parvient à supplanter le système existant jusqu'alors. Ce dilemme est bien exprimé par Roznai et Jacobhson : « Si un certain changement constitutionnel est révolutionnaire, il doit être inconstitutionnel. Si c'est un changement constitutionnel, comment peut-il être révolutionnaire ?[13] ».

III. Le dialogue entre juge et doctrine dans le processus révolutionnaire

Même si l'auteure fait un pas de côté par rapport au concept de révolution constitutionnelle, et complexifie son analyse à travers l'idée de processus de changement, il existe bel et bien un point de rupture identifiable. La crise du paradigme dominant, si elle n'est pas instantanée, apparaît grâce à un élément déclencheur. C'est à l'occasion d'un contentieux qu'est amorcé le changement de paradigme dans les trois pays, ce qui amène à poser la question de savoir pourquoi avoir choisi le juge comme principal acteur du changement et pas d'autres institutions. Le

[12] O. Pfersmann, « Préface. Révolutions juridiques et révolutions de la pensée juridique », in M. Gren, *Le changement de paradigme constitutionnel*, *op. cit.* p. XV.

[13] Y. Roznai, G.J. Jacobhson, *Constitutional Revolution*, *op. cit.*, p. 5.

prisme contentieux était-il le seul possible pour construire la théorie du changement de paradigme constitutionnel ? Si d'autres « vecteurs de changement » (p. 32) auraient pu être pris comme exemples, la justification du choix effectué par Marie Gren se focalise sur le rôle particulier du juge par rapport aux autres acteurs constitutionnels :

> Le juge est constamment amené à interpréter le droit pour l'appliquer aux cas qui lui sont soumis, ce qui le met dans une situation privilégiée pour modifier le droit constitutionnel. […] Son rôle particulier explique que le juge soit sous observation permanente aussi bien des professionnels – juristes, avocats – que des universitaires inquiets de ce potentiel créateur. Par conséquent les « anomalies » qu'il peut produire ont plus de chances d'être rapidement identifiées (p. 32-33).

Alec Stone Sweet va encore plus loin en définissant la « transformation fondamentale des fondements normatifs d'un système juridique par le biais de la création normative de niveau constitutionnel par une cour » comme un « coup d'état juridique[14] ». Pour la bonne réussite du coup d'État, qui se réfère clairement à un acte illégal opéré par une cour, sur les fondements kelséniens de la théorie de l'habilitation par la *Grundnorm*, un grand travail doctrinal est déployé pour motiver des telles décisions de justice. Ces dernières, lorsqu'elles sont impossibles ou difficiles à justifier en se fondant sur la norme constitutionnelle en vigueur, doivent se baser sur une nouvelle théorie constitutionnelle ou, pour le dire dans les mots de Marie Gren, sur un nouveau paradigme constitutionnel.

Si les décisions de justices « de rupture » sont un point essentiel dans l'ouvrage, et sont pour cela longuement examinées (p. 283-304), il ne s'agit pour Marie Gren que d'une des étapes du processus révolutionnaire du changement de paradigme. Une approche similaire est proposée par Y. Roznai et G. Jacobsohn, qui suggèrent que les révolutions constitutionnelles – du point de vue substantiel plus que formel – sont reconnues comme telles dans le temps long[15]. Le rôle de l'aval doctrinal est donc essentiel dans l'ouvrage commenté ; c'est le cas également de certains travaux anglo-saxons sur les révolutions constitutionnelles. Dans leur ouvrage, Jacobsohn et Roznai définissent la révolution constitutionnelle comme « un déplacement paradigmatique, quel qu'en soit le procédé, du prisme conceptuel à travers lequel le constitutionnalisme est vécu dans un système politique donné[16] ». Cette approche prend ses distances[17] avec la célèbre théorie des « moments constitution-

---

[14] A. Stone Sweet, « The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority », *German Law Journal,* nº 8, vol. 10, 2007, p. 915-927.

[15] « […] the substance of constitutionally inspired change may require an extended period of time for its revolutionary meaning to be realized and certified. The "constitutional moment" has acquired a justifiably accepted place on the time line of groundbreaking change, but to the extent that it may encourage us to expect that a paradigm-altering transformation will be evident in that moment or shortly thereafter, we argue that a realistic accounting may require a more incremental approach that incorporates sensitivity to the ways in which radical change can occur through constitutional channels » (Y. Roznai, G.J. Jacobhson, *Constitutional Revolution*, *op. cit.*, p. 6).

[16] Y. Roznai, G.J. Jacobhson, *Constitutional Revolution*, *op. cit.*, p. 19.

[17] « Still, some instances in the diverse pathways of revolutionary constitutional change are unaccompanied by triumphal moments even though they lead to places where momentous change is evident in the transformed landscape of fundamental law » (*ibid.*).

nels » de Bruce Ackerman, pour qui les révolutions constitutionnelles sont des réorganisations des systèmes de valeurs dominantes dans une société sur une courte période, provoquées par une attaque frontale contre l'État menée par un leader charismatique[18].

La particularité des ruptures juridiques (et constitutionnelles) par rapport aux ruptures politiques présentes dans les révolutions plus traditionnellement identifiées comme telles dans l'histoire (Révolutions française et américaine, mouvements révolutionnaires du Printemps arabe, lutte anti-apartheid en Afrique du Sud…) est leur caractère potentiellement discret[19]. En effet, les changements constitutionnels peuvent passer inaperçus pendant un certain temps après leur apparition, d'une part car ils sont d'abord « filtrés » par les spécialistes avant d'entrer dans le débat public, d'autre part car les anomalies peuvent n'être considérées comme telles que longtemps après être apparues. En effet, en se concentrant (à la manière de Khun) sur l'attention des scientifiques sur un évènement donné, plutôt que sur l'évènement lui-même, Marie Gren met l'accent sur l'importance du rôle de la doctrine dans la crise du paradigme précédent, la suprématie législative.

Rare dans les thèses en droit, le choix de Marie Gren est en effet d'étudier le dialogue entre deux différents « corps » du droit : les juges (internes et européens, notamment pour le cas britannique) et les universitaires. Sans l'acceptation par les constitutionnalistes des actes de rupture opérés par les juges dans les trois systèmes étudiés, la « révolution doctrinale » (p. 240) ne peut avoir lieu et avec elle le changement de paradigme. Et d'ailleurs, même avec ce passage par la majorité de la doctrine, le changement n'est pas considéré comme achevé sans une validation par les parlements nationaux, dans leur formation constituante. C'est ainsi que les trois pays étudiés n'ont pas vu le même aboutissement du changement de paradigme, accepté en France et au Royaume Uni par une sanction (au sens positif du terme) du constituant et inachevé en Israël, alors que la Knesset n'a repris que récemment son rôle constituant avec la controversée « *Jewish Nation State Law* » de 2018. Sans être allé jusqu'à bloquer le contrôle de constitutionnalité par le Cour suprême, que cette dernière s'est attribuée par l'arrêt de 1995, le Parlement n'a pas non plus intégré ce contrôle par une réforme, comme cela a été fait en France et au Royaume Uni.

Dans l'adoption de la position « dialectique » (p. 34) inspirée par Chaïm Perelman, et donc l'étude des décisions des juges et des législateurs autant que les réactions des constitutionnalistes, la question du choix des auteurs peut être posée. Comment sélectionner les « grands juristes » dont les idées commencent à concurrencer la doctrine majoritaire au début du processus révolutionnaire ? Le cas d'Israël est particulier car Aharon Barak est à la fois professeur de droit constitutionnel et juge de la Cour suprême et, dans sa première fonction, « a largement anticipé la révolution juridictionnelle qu'il a menée ensuite en tant que juge » (p. 353). « Visionnaire » (*ibid.*), le juge Barak a donc opéré le processus inverse de celui que la modélisation de Marie Gren propose pour les deux autres pays : en

[18] B. Ackerman, *Revolutionary Constitutions*, *op. cit.*, p. 28 et s. Pour une critique de cet ouvrage, notamment concernant l'absence de définition conceptuelle précise des révolutions constitutionnelles, voir E. Bottini, E. Arban & D. Samararatne, « Book Review of Bruce Ackerman, *Revolutionary Constitutions. Charismatic Leaders and the Rule of Law*, Cambridge, Mass., Yale University Press, 2019 », *Modern Law Review*, vol. 83, issue 5, September 2020, p. 1108-1112.

[19] O. Pfersmann, « Révolutions discrètes et catégories juridiques », postface à la thèse de R. Ponsard, *Les catégories juridiques*, Paris, Mare et Martin, 2019.

définissant, dans ses écrits, l'arrêt *Bergman* de 1992 déjà comme une « révolution des droits » (p. 354), Barak contribue à faire rentrer le changement de paradigme dans les esprits de la doctrine israélienne avant même d'achever la révolution constitutionnelle en tant que juge, lors de la décision *Bank Mizrahi* de 1995. En Israël, l'acteur est aussi le commentateur du changement de paradigme, et inversement, et le paradigme formulé dans sa philosophie judiciaire est ensuite adopté par un grand nombre de constitutionnalistes israéliens (p. 356-360).

Si la décision de choisir le discours d'Aharon Barak, juge et constitutionnaliste, pour étudier le rapport entre juridiction et doctrine, ne soulève aucun doute pour le cas israélien, la situation paraît différente pour les deux autres cas de l'étude. Tout d'abord, il n'y a pas selon l'auteure d'anticipation du nouveau paradigme en France et au Royaume Uni, mais il faut attendre les décisions de justice correspondantes pour que la doctrine, en les commentant, s'en rend compte et adopte majoritairement le nouveau paradigme. Ces différences permettent de s'interroger sur la méthode choisie dans l'ouvrage. La sélection des décisions de justice ne pose guère de problèmes : comme pour l'arrêt israélien de 1995, la décision du Conseil constitutionnel de 1971 et la décision britannique *Factortame* de 1991 s'imposent d'elles-mêmes tant leur objet explicite est de poser des normes supra-législatives comme normes de référence pour le contrôle de la loi. La déduction de l'aval par la doctrine du nouveau paradigme constitutionnel pose plus de questions : à partir de quel moment est-il possible de parler de « majorité de la doctrine » (p. 360) ou de « discours majoritaire » (p. 361) ? Certes, le principal vecteur de diffusion de la discipline, les manuels de droit constitutionnel à destination des étudiants, sont un outil précieux pour se rendre compte de l'état de la discipline. Mais à partir de quel moment le changement peut-il être identifié ? Afin d'identifier le basculement doctrinal en France, dans un passage fort intéressant, Marie Gren montre l'évolution d'un manuel de droit constitutionnel au sujet du Conseil constitutionnel, analysant la place qu'il occupe en tant qu'institution ainsi que celle de la décision « Liberté d'association ». Il s'avère que pour le manuel de Benoit Jeanneau, c'est en 1980 que « le ton du manuel change véritablement » (p. 365) et le Conseil constitutionnel est reconnu comme instance de vérification de la constitutionnalité et de sanction des atteintes à la suprématie constitutionnelle par le Parlement. L'exemple est probant, et la technique de comparaison diachronique d'un même manuel, originale ; il aurait néanmoins été intéressant d'avoir plus d'informations sur la raison du choix de ce manuel en particulier voire peut-être d'appliquer le même exercice à plus qu'un manuel pour renforcer l'argument.

L'atout du travail de Marie Gren est d'avoir adopté une approche quasi-sociologique dans la recherche des auteurs de doctrine mobilisés. C'est ainsi qu'une généalogie est exposée dans l'ouvrage, entre la thèse de Charles Eisenman inspirée de l'œuvre de son maître Kelsen, qui par la collaboration avec Leo Hamon s'est diffusée en France, en lien avec l'inscription du Doyen Favoreu dans les traces de ces travaux sur la garantie juridictionnelle de la constitution (et donc des droits fondamentaux). Cela permet d'expliquer la définition par Favoreu de la décision *Liberté d'association* comme un « bouleversement » lors duquel « le principe de légalité est désormais complété, sinon remplacé, par ce que nous avons appelé le "principe de constitutionnalité"[20] ».

L'ouvrage se clôt sur une note de préoccupation : qui dit que les changements de paradigme constitutionnel se feront toujours « pour le mieux » ? Le cas polonais

[20] L. Favoreu, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, nº 13, 1991, p. 18.

était déjà source d'inquiétude lors de la publication du livre, à la suite de la victoire de 2015 par le parti *PiS* (Droit et justice) dirigé par Jarosław Kaczyński, qui est rapidement entré en conflit avec le Tribunal constitutionnel polonais. Dans l'impossibilité de réduire les prérogatives du Tribunal en l'absence d'une majorité qualifiée constituante – comme cela a été en revanche le cas en Hongrie – le gouvernement polonais a décidé de procéder à une série de réformes législatives tendant à obtenir la maîtrise totale des nominations des juges constitutionnels. Le résultat n'a pas tardé à apparaître : dans un arrêt du 22 octobre 2020[21], le Tribunal nouvellement composé a rendu une décision limitant fortement le droit à l'avortement, favorisant une réforme souhaitée par la majorité au pouvoir qui avait dû être initialement abandonnée à cause de la forte réaction de l'opinion publique. Dans un autre arrêt du 7 octobre 2021[22], le même Tribunal considère que certaines dispositions du TUE sont incompatibles avec le caractère « souverain et démocratique » de l'État polonais, en répondant à une question posée par le Premier Ministre lui-même. L'importance de la théorie des changements de paradigme constitutionnel proposée dans l'ouvrage de Marie Gren émerge donc clairement, qu'il s'agisse d'analyser le processus d'intégration du paradigme de la justice constitutionnelle, aujourd'hui dominant, ou d'anticiper d'autres possibles bouleversements que le droit constitutionnel peut encore connaître, en Europe comme ailleurs.

Eleonora Bottini

Professeure de droit public, Université de Caen Normandie ; Directrice de l'Institut caennais de recherche juridique (ICREJ).

[21] Tribunal constitutionnel de Pologne, jugement K 1/20 du 22 octobre 2020 [https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11300-planowanie-rodziny-ochrona-plodu-ludzkiego-i-warunki-dopuszczalnosci-przerywania-ciazy] (consulté le 24 janvier 2022).

[22] Tribunal constitutionnel de Pologne, jugement K 3/21 du 7 octobre 2021 [https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej] (consulté le 24 janvier 2022).

COLOPHON

Ce numéro de *Jus Politicum* a été composé à l'aide de deux polices de caractères, Linux Libertine et Alegreya Sans. La première est développée par le « *Libertine Open Fonts Projekt* » sous la direction de Philipp H. Poll, sous licence à sources ouvertes GNU GPL (*GNU General Public License*). La seconde a été développée par Juan Pablo del Peral pour le compte de Huerta Tipográfica, et est disponible sous licence OFL (*SIL Open Font Licence*).

ISSN : 2105-0937 *(en ligne)*