

**NORMATIVISME ET DROIT POLITIQUE FACE AUX CHANGEMENTS
CONSTITUTIONNELS INFORMELS**

(À propos de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac)¹

I. Dans l'idéal, il faudrait que les juristes aient à leur disposition une seule et unique théorie pour rendre compte des différentes hypothèses dans lesquelles du droit constitutionnel (sous forme de règles, d'institutions, de représentations, ..., cette liste elle-même n'allant pas de soi) apparaît et, le cas échéant, cesse d'exister. Cette théorie engloberait des phénomènes tels que le pouvoir constituant, le pouvoir de révision, la théorie juridique des révolutions, la production normative des juridictions constitutionnelles, la coutume, les conventions de la constitution, etc.

Nous n'en sommes pas là pour différentes raisons. L'une d'entre elles consiste dans la délimitation même du phénomène constitutionnel, à savoir des données dont la science constitutionnelle a pour objet de rendre compte. En réduisant le droit constitutionnel – ou plutôt la part de droit dans le phénomène constitutionnel – à des normes, et en pratique à du droit écrit et à du droit jurisprudentiel, on met nécessairement de côté toute une série d'autres réalités qu'il est commode de ranger sous la dénomination de changements constitutionnels informels². Il est intéressant, au passage, de remarquer une asymétrie dans les dénominations : on ne parle guère de « changements constitutionnels *formels* », peut-être parce que la formation et la suppression des normes juridiques est censée être clairement expliquée par la théorie positiviste moderne. De surcroît, cette théorie n'envisage pas la création et la suppression des règles juridiques comme des « changements », mais comme des opérations ponctuelles, « discrètes » au sens mathématique du terme : par exemple des manifestations de volonté, ou des actes d'interprétation. Tout en offrant une théorie unifiée du genre évoqué plus haut, la conception normative de la constitution tend, par le vocabulaire même qui est le

¹ [note de la rédaction] Le présent texte est paru sous forme d'avant-propos à la version publiée de la thèse de Mme Manon Altwegg-Boussac : Les changements constitutionnels informels, Edité par l'Institut Universitaire Varenne, diffusé par LGDJ-Lextenso éditions, coll. Collection des thèses (Fondation Varenne), n° 76, 2013, XIII-627p. La Revue remercie la Fondation Alexandre Varenne et l'Institut Universitaire Varenne de l'avoir autorisée à publier ce texte.

² Une autre manière, rendue populaire par Bruce Ackerman, de parler à peu près du même phénomène consiste à parler d'*unconventional adaptations*. Cf. B. Ackerman, *We the People*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, London, 1991, vol. II, p. 9.

sien, à manquer de sensibilité vis-à-vis du devenir constitutionnel, c'est-à-dire vis-à-vis du fait – pourtant primordial – que les constitutions sont exposées au changement. Au contraire, le droit constitutionnel d'antan prenait très souvent la forme d'une histoire constitutionnelle, et cette manière de l'appréhender a même été dominante à une certaine époque. Le passage à une autre manière d'aborder le phénomène constitutionnel n'a pas été accidentel. L'histoire politique des constitutions cernait mal le phénomène constitutionnel en le ramenant, peu ou prou, à des narrations dans lesquelles le droit n'était bien souvent qu'un instrument enregistrant certains rapports de force ou se révélant incapable d'en entraver d'autres. Elle pouvait produire des récits intéressants, mais ces récits peinaient à expliquer ce qui s'était précisément passé du point de vue juridique. Par exemple, on savait par quelles étapes politiques on était passé de la Troisième à la Quatrième République, mais on était en peine de dire exactement comment cela s'était déroulé d'un point de vue juridique. D'un autre côté, le passage à des doctrines nouvelles, d'inspiration positiviste au sens large, soucieuses de prendre au sérieux l'autonomie du phénomène juridique, a obéi à une logique profonde, comme tout changement de paradigme scientifique. Répondre au type d'interrogation que l'on vient d'évoquer était l'une de ces préoccupations légitimes. Mais ce mouvement vers les explications positivistes du droit constitutionnel, a eu, à son tour, un coût élevé en termes de capacité à décrire le phénomène constitutionnel dans son ensemble.

Tandis que la lecture normative de la constitution s'imposait, et prenait en quelque sorte possession des deux dimensions conjuguées de la science du droit et du droit positif, la question des changements constitutionnels informels n'a pas pour autant disparu de la réalité. Elle est restée là comme une princesse de conte de fées quelque peu négligée, « faisant tapisserie », en attendant patiemment dans un coin qu'on veuille bien se soucier d'elle, l'inviter au bal et lui reconnaître la place qui lui est due. Tel est le propos de l'ouvrage de Mme Altwegg-Boussac. Les faiblesses des présentations classiques de la coutume, des pratiques constitutionnelles, des conventions de la constitution, etc. ne signifient nullement qu'il n'est pas important de se pencher sur ces concepts en tant qu'ils sont capables de capter quelque chose du phénomène politique, ou des réalités sociales, et cela d'une manière opératoire d'un point de vue juridique. La politique n'abdique jamais ses droits et elle produit sans cesse des réalités qui dépassent toujours les formes juridiques pré-établies. Cela n'implique pas qu'il faille diagnostiquer la faillite du droit, mais cela conduit à insister sur sa permanente adaptation, et aussi sur le fait que par « droit », on doit comprendre dans ce contexte des formes de prise en charge du politique beaucoup plus souples et protéiformes que celles habituellement envisagées. On ne doit pas non plus oublier que la politique est par elle-même une activité normative, productrice de valeurs, de projets, de règles, d'institutions, même s'il est pertinent d'opérer quelque part une démarcation entre celles de ces productions normatives qui sont (ou deviennent) juridiques, et celles qui restent dans une autre sphère des représentations humaines. On peut envisager par exemple la théorie des changements

constitutionnels informels de Bruce Ackerman, avec ses différentes étapes (*signaling, proposal, triggering, ratification, consolidation*) comme une manière intéressante d'articuler le politique et le juridique. Ce n'est pas de la « théorie pure », parce que cela incorpore les mouvements politiques et les dynamiques morales conduisant la société à produire des « évaluations fortes » (au sens que Charles Taylor donne à cette expression) qui elles-mêmes retentissent sur le domaine constitutionnel. Mais ce n'est pas non plus de l'histoire politique classique, parce que l'ouvrage de B. Ackerman explique les conditions dans lesquelles s'effectue l'*entrenchment* constitutionnel, autrement dit la manière de modifier les « tables de valeurs » dans une société dotée d'un droit constitutionnel structuré.

II. Aucun archaïsme, donc, ni aucun retard sur son temps dans la thèse de Manon Altwegg-Boussac. Le grand intérêt de son travail réside dans le point de départ qu'elle a choisi d'adopter et qui a démontré sa fécondité. Il n'allait nullement de soi, en effet, d'aborder la question des changements constitutionnels informels avec une méthodologie normativiste. L'auteur a su le faire en conservant son identité intellectuelle, mais également en faisant preuve d'empathie et d'absence de dogmatisme, c'est-à-dire en traitant avec sérieux et considération des positions extérieures à cette école. L'étude qu'on s'apprête à lire a donc pour caractère original de confronter deux lectures du droit constitutionnel : celle des tenants du normativisme (en particulier ceux inspirés par la pensée de Kelsen), et celle des auteurs qu'il est possible (même quand ils ne le font pas eux-mêmes) de rattacher à l'idée du droit constitutionnel comme droit politique. Cette « querelle » pourrait être reconstruite sur deux plans : celui des ontologies respectives (a) et celui des manières de penser la relation entre droit et pouvoir politique (b).

a. Le fond de la position normativiste contemporaine consiste dans un ensemble de conceptions ontologiques très cohérentes. On ne passe pas aisément au-dessus ou à côté de cette vision d'un monde où il n'est pas permis de déduire de l'être des conclusions relatives au devoir être, où les causalités naturelles se distinguent des imputations normatives, où le droit, fait de prescriptions, et la science du droit, consistant en des propositions falsifiables, vivent des existences séparées. Elle a toute la séduction qu'on peut trouver à une formulation convaincante des évidences partagées d'une époque. Pour autant, il y a des phénomènes qui résistent à cette vision là, des réalités qui la questionnent. Les changements constitutionnels informels sont au nombre de ces phénomènes. Il était courageux – le mot n'est pas faible ou rhétorique dans mon esprit – d'aller les examiner. Ce courage est aussi visible dans la manière dont l'auteur traite les auteurs qu'elle discute : manière toujours respectueuse, mais éventuellement critique même vis-à-vis des plus reconnus d'entre eux. En effet, face à cette conception normativiste, cohérente, élaborée et consciente de soi, se trouvent des manières de voir différentes. Ces conceptions, pour lesquelles l'expression fédératrice de droit politique a récemment regagné un certain crédit, n'ont en commun, bien souvent, que de ne pas s'estimer

liées par les précautions de pensée, et plus profondément encore par l'ontologie très rigoureuse esquissée au début de ce paragraphe. Elles tendent à considérer que le devoir-être, tout en étant analytiquement distinct, ne peut exister qu'en étroit arrangement avec l'être. Elle s'autorisent, le cas échéant, à appréhender des « faits » qui sont en même temps porteurs de valeurs (par exemple les vérités « *self evident* » de la déclaration américaine d'indépendance, au nombre desquelles les droits de l'homme). C'est ce que l'on a parfois appelé, souvent (il est vrai) sans trop d'élaboration théorique, des « faits normatifs ». Cela revient à dire que les « faits » pris en compte par la science du droit ne sont pas justiciables de la même ontologie que ceux appréhendés par les sciences de la nature. Ces positions théoriques peuvent aussi se repérer au fait qu'elles ne s'estiment pas liées par la dissociation rigoureuse entre « droit » et « science du droit ». Elles sont enfin animées, de manière plus ou moins consciente, par une autre conception de la politique et de ses rapports avec le droit. En particulier, elles sont attentives à la réalité de l'action politique et à la manière dont la pratique institutionnelle interagit avec le droit. Blâmées pour leur incohérence par la pensée normativiste, qui tient de ce point de vue une sorte de haut du pavé méthodologique, elles peuvent pourtant rendre compte de nombre de réalités constitutionnelles que cette dernière se contente en général de balayer sous le tapis. Après tout, il ne s'est pas écrit beaucoup de traités de droit positif se conformant aux strictes préconisations du normativisme, et cela pour des raisons sérieuses. Le normativisme moderne a une nette tendance à toujours en rester aux prolégomènes, et à raffiner sans cesse ses précautions de pensées. Mais au bout du compte, il ne peut parler de son objet qu'en retombant dans l'étude des discours justificatifs ou des contraintes dites causales, pourtant soigneusement écartées dans un premier temps comme n'étant pas de nature à proprement parler juridique.

b. L'ontologie du normativisme et celle qu'on peut reconstituer à partir des positions se rattachant au « droit politique » divergent donc très profondément. À partir de là, ces deux positions se séparent en raison de ce que ces ontologies leur permettent d'appréhender concernant les rapports entre droit et politique. On pourrait résumer la position kelsénienne en disant que, pour elle, dans le milieu étatique, le droit est la condition de possibilité de la politique. Une phrase kelsénienne typique de ce point de vue se trouve dans la *Théorie Générale du Droit et de l'État*: « le pouvoir n'est pas une sorte de substance ou d'entité tapie derrière l'ordre social. Le pouvoir politique, c'est l'efficacité de l'ordre de contrainte reconnu comme droit »³. Donc l'identification de l'État au droit signifie que les phénomènes de pouvoir constatés dans la vie sociale sont en réalité des phénomènes juridiquement conditionnés, pour ne pas dire du droit sous une autre forme. En d'autres termes : pour Kelsen, les juristes classiques ont eu tort d'appréhender le pouvoir comme un phénomène autonome. Du point de vue de la science du droit, en effet, il n'y a pas de phénomènes de

³ Hans Kelsen, *Théorie Générale du Droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, préf. S. Paulson, Bruylant-LGDJ, 1998, p. 245.

pouvoir indépendamment des phénomènes juridiques : « le dualisme du droit et du pouvoir est un dédoublement superflu de l'objet de notre connaissance »⁴.

Si l'on reconstituait au contraire les présupposés des juristes intéressés par l'idée de droit politique, on dirait à peu près la chose suivante. Il se peut que le pouvoir soit dans bien des cas rendu possible par le droit, mais dans bien d'autres cas, du pouvoir s'exerce de manière native, informe, et inconditionnée. Le phénomène du pouvoir possède une autonomie irréductible. Comme l'Esprit des écritures, il « souffle où il veut ». Son existence, y compris dans l'État, n'est pas nécessairement conditionnée par le droit. Du pouvoir « aurait lieu » même en l'absence d'État ou d'ordre juridique. Et dans l'État, du pouvoir « a lieu » sans qu'on puisse nécessairement le considérer comme « autorisé » ou « habilité » par une norme. Pour la théorie normativiste, le droit rend possible le pouvoir selon les formes qu'il pose : « le pouvoir de l'État, dit Kelsen, c'est le pouvoir organisé par le droit positif »⁵. Selon une perspective de droit politique, cette idée ne saisit pas le phénomène du pouvoir dans sa totalité et ne le situe pas de manière satisfaisante par rapport au phénomène juridique. Les deux positions reposent sur des conceptions phénoménologiques radicalement divergentes du point de vue des conditions d'apparition du pouvoir et du droit. D'un point de vue de droit politique, il semble au total plus pertinent de se tourner vers les positions classiques pour lesquelles le droit est avant tout tenu d'appréhender le pouvoir, de lui donner un cadre, d'entreprendre de le limiter. C'est la raison pour laquelle les juristes qu'on peut rattacher au droit politique ont une certaine tendance à s'intéresser au constitutionnalisme classique, qui était par excellence une pensée de la limitation du pouvoir par le droit. Placer, comme Kelsen, le phénomène du pouvoir dans le sillage exclusif d'un ordre juridique, le comprendre comme l'effectivité d'un ordre juridique valide, présente au moins trois dangers. Le premier danger est d'absolutiser le devoir-être, qui n'est alors plus seulement une visée particulière, un angle de vue rendu possible par l'hypothèse de la norme fondamentale, mais encore quelque chose d'ontologiquement premier. Le droit (*sollen*) devient alors la condition de possibilité du pouvoir politique (comme une variété de *sein*). En d'autres termes, pour Kelsen, la validité prime sur l'effectivité. Elle est première dans l'ordre logique. Une norme doit être valide pour qu'on puisse se poser la question de son effectivité⁶. Et comme le normativisme est aussi une théorie de la production du droit, elle est également première dans l'ordre des phénomènes, c'est-à-dire des opérations juridiques. Dans l'État, c'est-à-dire du moment qu'il existe un ordre juridique relativement centralisé, il faut une norme pour qu'il y ait un acte de pouvoir. Qu'on le veuille ou non, cela implique une absolutisation du droit, posé comme premier par rapport

⁴ Ibid. p. 244.

⁵ Ibid., p. 243-244.

⁶ Poser la politique comme l'effectivité du droit va bien dans le sens d'une définition que donne par ailleurs Kelsen de la politique comme « « activité [en vue] de l'établissement et [du] maintien d'un ordre social, en particulier l'État ». Cf. Carlos Herrera, « Science et Politique chez Kelsen », in O. Jouanjan, *Hans Kelsen, Forme du droit et politique de l'autonomie*, PUF, débats philosophiques, 2010, p. 110.

au réel sur lequel il porte. On va en effet au-delà de la loi prohibant de tirer des déductions en termes de *sollen* à partir d'une affirmation relative à un *sein*. La position kelsénienne, ainsi interprétée, ne s'arrête pas à cette prescription épistémologique relative aux rapports entre *sein* et *sollen*, prescription en elle-même recevable. Elle ne se contente pas de « neutraliser » les relations entre *sein* et *sollen*. Elle établit, du point de vue de sa théorie du pouvoir dans l'État, une primauté du *sollen* sur le *sein*. On voit ici que le droit devient, au sein de l'État comme ordre juridique centralisé, la condition de possibilité des actes de pouvoir factuels, compris comme ne pouvant être que des actes d'exécution. Le second danger est que cette position condamne à s'interdire de rendre compte des phénomènes qu'on pourrait appeler à structure renversée (par rapport aux phénomènes classiques de production du droit, tels que la législation ou la fonction juridictionnelle). On pourrait appeler ainsi ces phénomènes qui prennent leur origine dans le factuel (qu'il s'agisse des faits de pouvoir des gouvernants ou de la capacité créatrice de droit des gouvernés ou des acteurs politiques) et qui trouvent leur débouché dans des formes juridiques. Or la plupart des « changements constitutionnels informels » prennent cette forme renversée. Ils naissent dans la sphère de l'être (action politique, fait à prétention normative, etc.) et ils jouissent le cas échéant d'une reconnaissance dans la sphère normative. On comprend pourquoi le droit politique est probablement plus à son aise s'agissant de comprendre les phénomènes qui se déroulent au sein des institutions politiques, et plus généralement dans les phases formatives du droit (par exemple pour appréhender les problèmes gravitant autour de l'idée de pouvoir constituant). Inversement, le normativisme l'emporte quand il s'agit d'appréhender la production normative formelle de l'État. Le troisième et dernier danger inhérent à cette position est idéologique. J'y reviendrai à la fin de cet avant-propos.

III. On pourrait imaginer une sorte de prosopopée croisée dans laquelle on tiendrait « normativisme » et « droit politique » pour des personnages dotés de parole. Le normativisme critique le droit politique du point de vue de son ontologie, tandis que le droit politique reproche au normativisme son traitement « destructif » du matériau constitutionnel et pose la question de sa puissance explicative. Le normativisme semble dire au droit politique : « comment pouvez-vous encore dire des choses pareilles ? » Le droit politique rappelle au normativisme qu'il n'est pas admissible de ramener le droit à quelques mécanismes normatifs stylisés et, au total, dépourvus de toute vie. À quoi bon ne décrire que des opérations juridiques méthodologiquement licites, si on finit par ne plus rien expliquer de la vie du droit ? Ce dialogue, dans la vie intellectuelle française, ressemble souvent à un non-dialogue, une incompréhension mutuelle. Il fallait, pour rompre cette sorte d'incompréhension, bâtir une arène, un forum où peut se tenir la rencontre entre les deux conceptions, un échiquier où l'on peut poser les pièces blanches et noires. C'est cela qu'accomplit la thèse de Manon Altwegg-Boussac.

Le travail qu'on s'apprête à lire met en place - de manière tout à la fois sobre, efficace, et parfaitement cohérente - une « méta-théorie » des changements constitutionnels informels. Son parti consiste à interroger à partir de la théorie normativiste moderne telle qu'elle est vue en France une question qui, pour cette théorie, est délicate, et facilement négligée. La tendance, assez compréhensible, du normativisme est de ne retenir comme objets que les manifestations du droit pour lesquelles il constitue une théorie efficace. Une manière d'y parvenir consiste à ramener le phénomène juridique à un squelette extrêmement dépouillé, et décrit dans un langage devenu quasi-privé et d'une si haute abstraction, qu'on ne le reconnaît plus. En se détournant du droit comme *culture*, comme dépôt de pratiques humaines qui ont une existence propre, irréductible, on finit par parler d'un droit conçu *a priori* et qui n'existe pas réellement. C'est parfois le cas avec les cadres traditionnels employés par le positivisme pour rendre compte des changements constitutionnels informels. Le procédé central du positivisme, et cela depuis ses origines, me semble de ce point de vue être celui de la reconfiguration. Avec l'explication positiviste de la coutume, celle-ci se trouve reconfigurée en autre chose qu'elle-même. Si la coutume ne trouve sa place dans le système juridique que via une norme du souverain qui lui confère sa validité, il se peut que cela explique son statut normatif. Mais en réalité, cette explication vaudrait de toute prétention normative requérant une validation étatique. La reconfiguration positiviste ne dit rien sur la coutume en tant que coutume. Or celle-ci trouve sa détermination conceptuelle, autant d'ailleurs que sa réalité concrète telle que les historiens peuvent la reconstituer, dans le fait d'être un droit de la communauté, s'enracinant dans cette communauté et non pas, justement, dans la volonté d'un quelconque souverain. En disant de la coutume qu'elle trouve sa place dans le droit via une règle venue du souverain, on la nie en tant que coutume. Autant dire, ce qui est le vœu politique profond du courant positiviste (et cela de très longue date), que la coutume ne doit pas être, qu'elle doit être chassée, niée dans son existence même. Il serait plus utile de reprendre à nouveaux frais une théorie de la coutume dans les droits modernes. Cette théorie devrait prendre en compte à la fois la donnée (indiscutable) que constitue la validation apportée par l'État, nécessaire d'un certain point de vue à la prise en compte des règles coutumières, et la spécificité irréductible du phénomène coutumier comme réalité issue de la communauté⁷, très probablement avec la médiation d'autres intervenants comme les juridictions. On parviendrait alors, probablement, à une théorie enfin capable de distance critique envers les qualifications, également suspectes, d'écrit et de non-écrit, de coutumier et de volontariste. La mise sous rature (pour reprendre une formule de la philosophie française des années mille-neuf-cent-soixante) de ce type de catégories de l'ancienne science constitutionnelle serait la meilleure chose qui pourrait nous arriver. Cela permettrait d'éviter

⁷ Ou de la « société », ou encore d'une autre instance différemment nommée et conceptualisée. Peu importe le terme qu'on emploie et la théorie sociale que l'on met alors en œuvre. Peu importe aussi que cette assignation à la communauté, etc., soit une sorte de fiction, le cas échéant mobilisée par les juges pour justifier leur emprise sur la coutume.

de lire, par exemple, ici ou là que « le droit constitutionnel des Etats-Unis est entièrement écrit » et « ne comporte rien de non-écrit » ou autres propos radicaux dont la pertinence est pour le moins sujette à caution. Une ontologie clivante comme celle de la théorie du droit moderne impose à ses disciples d'opérer des choix impossibles. Tenus de prendre parti, ils tombent d'un côté ou de l'autre, mais d'un seul côté, hélas, d'une réalité qui ignore ces démarcations rigides. S'ajoute à cela la religion contemporaine du juridictionnel qui suppose, étrangement, de nier la spécificité de l'action des juges et de prétendre, comme eux-mêmes, que tout ce qu'ils disent résidait déjà, magiquement, dans le « texte écrit » de la loi constitutionnelle formelle. Le normativisme n'est pour rien dans cette dérive, mais elle se greffe sur lui comme une maladie sur un organisme fragilisé par un régime trop strict. Exactement la même opération de reconfiguration est aussi à l'œuvre lorsqu'on requalifie des pratiques politiques chargées de normativité en conventions de la constitution. Cette expression a le mérite de saisir un type de réalité politique spécifique, tout à fait distinct de la coutume. Mais elle a le défaut d'avoir été inventée pour placer ces phénomènes en dehors du cadre juridique. Enfin, pour ne prendre qu'un dernier exemple, c'est toujours une forme de reconfiguration (et donc, est-il permis de penser, de dénaturation) que de penser des réalités politiques, telles que des institutions ou des comportements, sous forme de contraintes, censées être causales et donc extra-juridiques. Avec ce type de contextes théoriques, on en revient peu ou prou aux discussions désormais anciennes entre la théorie dualiste de l'État propre à Jellinek (avec un pan de théorie juridique et un pan de théorie sociale) et la critique de ce dualisme formulée par Kelsen. Le monisme d'une théorie « pure » est très élégant d'un point de vue intellectuel, mais il s'opère au prix d'un sacrifice important du matériau de départ dont il s'agissait pourtant de rendre compte. Avec la doctrine des contraintes juridiques, par exemple, on voit comment « l'être » (par opposition avec le « devoir-être »), ayant été rejeté au loin par la doctrine positiviste-normativiste contemporaine, revient finalement sur elle avec force comme tout bon boomerang qui se respecte. Tel est le coût dont doivent ultimement s'acquitter les doctrines porteuses d'une ontologie aussi clivante que celles issues du positivisme moderne (au sens très large, cette fois, du mouvement d'ensemble portant ce nom dans toutes les sciences sociales). Le virage du normativisme vers des formes d'analyse du droit inspirées de l'empirisme – déjà entamé dans les derniers écrits de Kelsen – n'est pas un accident, ni une amélioration ou une sorte de projet complémentaire. Il peut être vécu de l'intérieur comme constituant l'une ou l'autre de ces orientations. Mais de l'extérieur, il s'apparente plutôt à quelque chose comme un retour de ce qui a été trop longtemps refoulé.

Le propos de Mme Altwegg-Boussac est justement d'aller explorer l'ensemble de ces phénomènes pour lequel les outils normativistes ne sont pas *a priori* bien ajustés. Plus exactement, elle les aborde à travers les discours qui, comme elle le montre, les constituent. Une telle entreprise, bien plus risquée intellectuellement que d'autres, est d'autant plus périlleuse que le point de départ retenu compliquait extraordinairement la vie à son auteur. Il

fallait poser, comme le fait la thèse, qu'il existe quelque chose comme « un cadre » de la constitution écrite, et qu'apparaissent des « interprétations hors du cadre ». Un autre présupposé est celui de la détermination, ou du moins de la forte détermination, de la norme constitutionnelle, et le phénomène que la thèse tente de cerner est par définition – s'il existe – marqué du sceau de l'indétermination.

IV. Au bout du compte, le contrat est plus que rempli. Le présent ouvrage n'explique pas les changements constitutionnels informels, mais ce projet substantiel n'était nullement le sien. Peut-être même l'une des conclusions à tirer de la lecture de la thèse est-elle que le phénomène en question ne se trouve nulle part en état d'être observé, puisqu'il est construit par ceux qui en parlent. Or l'acquis de la thèse est de proposer une très bonne typologie des discours théoriques relatifs au changement constitutionnel, en les analysant et en faisant apparaître leur raison d'être.

Par exemple, il est permis de juger très opportune la distinction proposée entre une « approche textuelle » qui fragmente les énoncés qu'on peut extraire de la constitution, et « approches unitaires » qui tentent, d'une manière ou d'une autre, de restituer « une unité substantielle dont le texte constitutionnel ne serait que l'imparfaite émanation » (p. 161). Ce détour par les froides régions de la méta-théorie permet aussi de jeter les bases d'une réflexion très intéressante sur l'idéologie constitutionnelle. Cette idéologie est appréhendée à partir de ce qu'il est désormais, à la suite de H.L.A. Hart, convenu d'appeler le point de vue interne. La thèse permet ainsi d'opérer la critique des illusions, toujours renouvelées, qui entourent la discussion doctrinale des « violations », « dénaturations », « écarts » à la constitution écrite (cf. p. 183). Cela est rendu possible par le dispositif méthodologique construit par l'auteur, et qui montre là sa fécondité. Et même si elle reste sur le terrain de la « méta-théorie », la thèse contribue à mieux cerner, sous de nombreux angles complémentaires, le phénomène des changements informels. Elle analyse par exemple très utilement, il me semble, le sens et la portée de l'opposition entre l'écrit et le non-écrit en droit constitutionnel (cf. p. 321 s.). Cette définition permet aussi de proposer une cartographie très pertinente d'un nombre important de discours relatifs à la constitution. Elaborer une telle cartographie est un résultat significatif, parce qu'on pourrait finir par ne plus savoir ce qui unifie le champ du « droit constitutionnel ». Quel est le commun dénominateur entre les différentes variétés du normativisme et des positions plus classicisantes comme celle de Pierre Avril ? Entre des lectures comme celles de H.L.A. Hart et de B. Ackerman ? Entre les originalistes américains et les tenants de la « living constitution » ? Placer tous ces courants de pensée sur la même rangée de la grande bibliothèque du savoir humain ne va plus de soi. Un des griefs qu'il est possible de formuler vis-à-vis du normativisme contemporain tient à sa propension à réduire, au point de la rendre indiscernable, la spécificité du droit constitutionnel au sein d'une théorie large du phénomène juridique. Mais Mme Altwegg-Boussac voit les

choses autrement, et avec des arguments sérieux. En acceptant le pari posé par le problème des changements informels, elle jette les bases d'une réunification du domaine constitutionnel. Je retiens au passage la critique très fine qu'elle fait de certains efforts contemporains de réunification qui « touchant le monde du politique ne lâchent pas pour autant le discours formaliste » (p. 372).

En tout cas, on ne peut que rendre hommage à l'interprétation d'ensemble du projet constitutionnaliste qui est contenue dans ce livre. Cette interprétation est faite à partir d'une méthodologie très formaliste. Mais, après tout, il était logique de partir de ce qu'est devenu le droit constitutionnel dans ses formes dominantes⁸ : un savoir formaliste des conditions de production du droit. Sur ce savoir, pourtant issu en large part d'un effort de démystification du politique⁹, pèse la menace de l'oubli du politique. Le projet kelsénien, par exemple, était respectable et instructif en tant que projet démystifiant, inspiré par une conception relativiste de la démocratie. Mais il recelait quelque chose de problématique qui a pu conduire, spécialement en France, à un *usage mystifiant de la Théorie Pure*, un retournement de la démystification et de la critique kelsénienne des idéologies en un dispositif de légitimation de l'œuvre normative des hautes juridictions. Il faudra un jour revenir sur ce troisième et dernier danger du dispositif kelsénien, à savoir son danger idéologique.

L'initiative prise par Manon Altwegg-Boussac de reprendre la question des changements constitutionnels informels s'inscrit dans cette ambiance formaliste ; mais elle constitue en même temps, du point de vue de l'objet étudié autant que de la révision méthodologique proposée pour l'examiner, un tournant auquel il faut rendre hommage. On doit étendre cet hommage à sa directrice de thèse, Véronique Champeil-Desplats, et à l'atmosphère féconde du Centre de Théorie et d'Analyse du Droit de Nanterre. Le retour sur le politique auquel invite l'étude ici présentée est en même temps un retour sur soi de la pensée normativiste, dont l'apport analytique et les vertus assainissantes sont par ailleurs hors de doute. Tout l'esprit de l'ouvrage de Mme Altwegg-Boussac consiste à dire que la question du changement constitutionnel s'est déplacée par rapport au XIXe siècle et aux idées, par

⁸ J'entends par là : la rencontre qui ne me semble pas accidentelle d'une pratique centrée sur le rôle du juge en droit constitutionnel – ce que Carl Schmitt aurait appelé la « juridictionnalité générale » - et d'une théorie normativiste qui, d'ailleurs, n'est nullement aussi dominante dans toutes les branches du droit (on pense par exemple au droit privé). En droit constitutionnel, cette rencontre de la « théorie » et de la « pratique » est scellée, non pas autour d'une entente de fond, mais autour d'un langage commun, qui gravite autour du mot « norme », lequel était encore assez peu répandu chez les juristes il n'y a pas quarante ans. Le vocabulaire de la « norme constitutionnelle » est devenu un lieu commun rhétorique, un *topos*, qui unifie la pensée collective du droit constitutionnel de manière essentiellement *lexicale*. Mais son emploi ne renvoie pas à une explication commune. Le grand mérite des théoriciens, dans le paysage ainsi décrit, est d'ailleurs de rechercher une telle explication, ce qui ne semble pas le but d'autres participants.

⁹ Celui dessiné par Kelsen dans *La Démocratie, sa nature, sa valeur*, certainement l'un de ses textes les plus admirables.

exemple, de G. Jellinek. Elle est devenue une question de *théorie du droit* et interroge ultimement la sorte de liens qu'il nous faut établir entre être et devoir être. Il n'est pas accidentel que l'ouvrage qu'on s'appête à lire se termine justement par ces mots.

Denis Baranger

Professeur de droit public de l'Université de Paris II et membre de l'Institut Universitaire de France, il est l'auteur notamment de *Ecrire la constitution non écrite : Une introduction au droit politique britannique*, PUF, Leviathan, 2008 et de *Parlementarisme des origines*, PUF, Leviathan, 1999.