

Pour en finir avec les « théories » en droit constitutionnel, la place aux justifications ?¹

« Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa force en droit². » Cette formule de Rousseau pourrait servir d'épigraphe à l'ensemble de la doctrine constitutionnelle — tant celle-ci s'emploie, depuis deux siècles, à accomplir précisément cette transmutation. La souveraineté nationale, la représentation, la séparation des pouvoirs, l'État de droit : autant de constructions que les manuels présentent comme des *théories*, c'est-à-dire comme des outils de connaissance du phénomène constitutionnel. Mais une théorie, au sens scientifique du terme, est un ensemble de propositions descriptives susceptibles d'être vérifiées ou falsifiées³. Or aucune de ces grandes constructions doctrinales ne satisfait à cette exigence : on ne peut ni confirmer ni infirmer que « le peuple est souverain » ou que « le juge n'est que la bouche de la loi » par l'observation des faits institutionnels. Ce ne sont pas des descriptions — ce sont des prescriptions voire plus exactement des justifications⁴.

Ce caractère justificatif n'est pas une imperfection accidentelle de la doctrine constitutionnelle : il est structurel. L'analyse du raisonnement doctrinal révèle que les énoncés théoriques ne se limitent pas à décrire leur objet — ils visent souvent à le signifier au-delà du monde observable voir souvent à recommander sa resignification. En ce sens, l'activité de théorisation du droit constitutionnel est indissociablement une activité de légitimation, qui traverse les grandes traditions d'interprétation⁵ et trouve son expression la

¹ Diego Delgado, *Doctorant Paris Cergy*.

² ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social*, I, 3, cité in GICQUEL, Jean ; GICQUEL Jean-Eric. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 36e ed. Paris LGDJ 2022 p. 35.

³ Sur la distinction entre théories descriptives et prescriptives, et l'exigence de falsifiabilité comme critère de scientificité, v. BOBBIO, Norberto, *Essais de théorie du droit*, trad. GUÉRET, François-Michel, avec la collab. de AGOSTINI, Christophe, préf. GUASTINI, Riccardo, Bruylant/LGDJ, 1998. p. 27 sq., « un fait est vrai ou faux selon qu'il s'est produit ou non, tandis qu'une prescription est juste ou injuste selon l'évaluation de celui qui l'énonce ».

⁴ « Des raisons (..) pour arriver à une conclusion » V. POPPER, Karl R., *The Logic of Scientific Discovery*, Hutchinson, Londres, 1959, p. 31 ; WRÓBLEWSKI, Jerzy, « Verification and Justification in the Legal Sciences », *Rechtstheorie*, Beiheft 1, 1979, p. 196 ; AARNIO, Aulis, *On Legal Reasoning*, Turun Yliopisto, Turku, 1977, p. 44 — cités in PECZENIK, Aleksander, *The Basis of Legal Justification*, Juridiska Föreningen i Lund, Lund, 1983, p. 1 et 135 note 2.

⁵ Cette dimension se manifeste aussi bien dans les approches jusnaturalistes ou institutionnalistes — pour lesquelles méthodologie et norme sont indissociables et l'objectif n'est pas seulement d'analyser un langage mais de révéler une essence de la « norme suprême » — que dans le positivisme idéologique, lequel, sous couvert de « découvrir » la *ratio legis*, l'esprit de la constitution ou la loi fondamentale, ne produit souvent qu'une construction ex post de celle-ci.. Sur cette dernière notion, v. BOBBIO, Norberto, , *Giusnaturalismo e*

plus aboutie dans l'entretien du dogme de la complétude, adossé à la dogmatique constitutionnelle : activité qui, loin de se borner à décrire le droit positif, lui confère *ex post* — à l'aide de nouvelles « théories » — sa forme logique et cohérente ⁶.

Les termes qui structurent le vocabulaire fondamental du droit constitutionnel — « peuple », « souveraineté nationale », « garantie des droits », « séparation des pouvoirs » ou les « théories » moins consensuelles mais effectives comme « l'Etat d'exception » « le fait du prince » « les intérêts fondamentaux de la nation » ou « la raison d'état » — ne se réduisent pas à une signification normative univoque⁷. Chargés d'idéologie et de symbolisme, ils fonctionnent avant tout comme des sources d'imputation rhétorique d'une grande amplitude. La doctrine s'est certes efforcée d'en faire des *théories*, mais comme l'ont constaté Michel Troper et Pierre Brunet ; elle a surtout produit des justifications⁸ — des constructions argumentatives orientant l'adoption d'une signification normative concrète au détriment d'autres interprétations possibles.

Ce constat, que Kelsen formulait avec netteté⁹, n'invite pas pour autant à rejeter d'emblée ces constructions. Car, si d'un point de vue analytique les « théories » prescriptives ne sont pas des théories fausses — en tant que prescriptives, elles ne sont ni vraies ni fausses — mais bien de *fausses théories*¹⁰, elles n'en demeurent pas moins nécessaires : comme le relève Troper, « si tant de théories invoquées ou présumées par les juristes ne sont que faux-semblants et illusions, il s'ensuit que l'illusion est nécessaire au fonctionnement du droit

positivismo giuridico Laterza & Figli, coll. « Biblioteca Universale Laterza », n° 649, 2011 [1965] ; TROPER, Michel, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, p. 314.

⁶ C'est souvent la dogmatique qui réalise ce qu'elle suppose être une propriété de son objet, non le droit positif qui manifesterait ces qualités de manière autonome V. en ce sens : ALCHOURRÓN, Carlos E. et BULYGIN, Eugenio, *Normative Systems*, Springer-Verlag, New York/Vienne, 1971, p. 178 ; MILLARD Éric, *Ce que « Doctrine » veut dire*, La doctrine en droit administratif, Litec, pp. 3-12, 2010.

⁷ Georges Burdeau affirmait que « l'État est une explication, une justification » du pouvoir et que les doctrines politiques, loin d'être neutres, constituent des « explications autant que des justifications du Pouvoir et des obligations qu'il impose » — la pensée juridique se réclamant, selon la conjoncture et ce qu'exige sa propre justification, de telle ou telle interprétation d'un même concept. V. BURDEAU, Georges, *Manuel de droit constitutionnel et institutions politiques*, 20e éd., LGDJ, 1984, p. 15 ; *Traité de science politique*, t. IV, *Le statut du pouvoir dans l'État*, 3e éd., LGDJ, 1983, p. 28 ; *Traité de science politique*, t. VI, *L'État libéral et les techniques de la démocratie gouvernée*, LGDJ, 1970, p. 115.

⁸ La doctrine tente bien souvent d'expliquer ces constructions en termes de vérité éthico-politique, argumentant la légitimité de ces « théories » constitutionnelles, contribuant ainsi moins à la connaissance de leur existence objective qu'au développement de sa propre justification. V. BRUNET, Pierre « Les principes justificatifs : La Représentation », in TROPER, Michel et CHAGNOLLAUD, Dominique (dir.), *Traité International de Droit Constitutionnel*, t. I, Dalloz, pp. 608-641 ; TROPER, Michel, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, p. VIII

⁹ « Une justification est un jugement de valeur qui a toujours un caractère subjectif et relève de l'éthique ou de la politique ; elle ne relève pas de la connaissance descriptive, mais de la production prescriptive » : KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, Éditions de la Baconnière, 1953, p. 163

¹⁰ CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2022, p. 301

et qu'elle constitue le mode même du raisonnement juridique¹¹ ». La question n'est donc pas de s'en débarrasser, mais de les analyser à leur juste place : il s'agira d'examiner en quoi elles opèrent comme ressources justificatrices dont la fonction propre est de légitimer le pouvoir en voilant sa dimension volontaire (I), avant de montrer qu'elles peuvent, reconnues pour ce qu'elles sont, se retourner en outils d'évolution réflexive du droit (II).

I. Les « théories prescriptives » comme ressources justificatrices

L'étude du droit repose sur une « Grande Division » épistémologique, selon les termes de Norberto Bobbio et Riccardo Guastini, séparant radicalement le langage descriptif (ou cognitif), qui vise à informer sur la réalité, du langage prescriptif (ou normatif), qui cherche à diriger la conduite humaine¹². Cette dichotomie n'est pas un simple artifice classificatoire ; elle conditionne la manière dont on peut légitimement qualifier les grands concepts du droit constitutionnel — et révèle, d'emblée, que ces derniers ne sont pas des données neutres mais des constructions orientées.

Les théories constitutionnelles — souveraineté, représentation, séparation des pouvoirs, État de droit, entre autres — ne sont pas de descriptions de la réalité institutionnelle. Elles constituent des ressources justificatrices dont la fonction propre est de conférer au pouvoir une apparence de nécessité et de légitimité qu'il ne tirerait pas de lui-même¹³. En ce sens, elles opèrent comme des instruments de persuasion : elles transforment un rapport de force brut en une autorité juridiquement et moralement acceptable, en présentant comme incontestable ce qui résulte de choix politiques contingents. Cette fonction de légitimation, qui vise à obtenir l'adhésion en rattachant le pouvoir à des principes présentés comme universels, constitue le premier ressort de leur efficacité (A). Mais les théories prescriptives ne se contentent pas d'opérer en amont de l'exercice du pouvoir : elles sont également

¹¹ TROPER, Michel, *op. cit.*, 2001, p. VIII.

¹² GUASTINI, Riccardo. *Discutendo*. Madrid : Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2017. p. 22 et ss; GUASTINI, Riccardo. *Lezioni sul linguaggio giuridico*. Torino : G. Giappichelli, 1985, p. 41 et ss; BOBBIO Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, préf. Luigi Ferrajoli, Bari, Gius. Laterza & Figli, coll. « Biblioteca Universale Laterza », n° 649, 2011 [1965].

¹³ Selon PECZENIK, « la justification juridique ne peut prétendre à la même certitude que les sciences naturelles dans la mesure où la classe des facteurs pertinents pour déterminer une "bonne réponse" en droit est par nature indéfinissable » — (*op. cit.*, 1983 p. 109)

mobilisées, de manière stratégique et discursive, par les acteurs eux-mêmes pour couvrir des choix déjà opérés et en dissimuler la dimension volontaire **(B)**.

A. La fonction de légitimation : transformer la force en droit.

Les théories constitutionnelles ne sont pas des théories au sens scientifique : elles ne décrivent pas le pouvoir, elles le légitiment. Contrairement à une théorie falsifiable, une théorie prescriptive n'est ni vraie ni fausse — elle est opportune, efficace, acceptable¹⁴. C'est précisément ce caractère politique que la doctrine tend à occulter, en présentant comme des nécessités juridiques ce qui résulte de choix contingents. Ces théories opèrent ainsi une double transmutation : elles transforment d'abord un rapport de force brut en autorité juridiquement ordonnée, en obtenant l'adhésion par le registre de la théorie **(§1)** ; mais cette légitimité conquise ne se maintient que parce que la fiction qui la fonde demeure invisible — l'illusion n'étant pas un défaut du raisonnement juridique, mais sa structure même **(§2)**.

§ 1. Obtenir l'adhésion par le registre théorique.

Les théories constitutionnelles — souveraineté, représentation, séparation des pouvoirs — ne sont pas des théories au sens scientifique du terme¹⁵. Une théorie scientifique est un ensemble de propositions descriptives susceptibles d'être vérifiées ou falsifiées ; une théorie prescriptive, en revanche, n'est ni vraie ni fausse : elle est juste ou injuste, opportune ou inopportune, efficace ou inefficace¹⁶.

Cette distinction est capitale, et c'est elle que Kelsen formule avec netteté : une justification est par essence un jugement de valeur qui a toujours un caractère subjectif et relève de l'éthique ou de la politique, non de la connaissance objective¹⁷. Dès lors que l'on affirme qu'une institution est légitime, qu'un principe est fondé, qu'une règle s'impose, on ne décrit

¹⁴ BOBBIO Norberto, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, 1993, p. 56

¹⁵ Les théories constitutionnelles prescriptives sont en réalité des théories politiques, et comme telles elles fonctionnent comme des instruments de persuasion éthico-politiques

¹⁶ BOBBIO, Norberto. *Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino Giappichelli, 1994. p. 225. La justification d'une prescription relève de « l'appel à la valeur ou l'appel à l'autorité »

¹⁷ KELSEN Hans, *op. cit.*, p. 163.

pas une réalité — on prescrit une manière de la concevoir et de la traiter. Bobbio confirme ce diagnostic : les prescriptions ne sauraient être soumises au critère de vérification applicable aux énoncés descriptifs — un fait est vrai ou faux selon qu'il s'est produit ou non, tandis qu'une prescription est juste ou injuste selon l'évaluation de celui qui l'énonce¹⁸. Les théories constitutionnelles qui se présentent comme des descriptions — « le peuple est souverain »¹⁹, « le juge n'est que la bouche de la loi »²⁰ — opèrent donc en réalité dans l'ordre de la prescription : elles énoncent ce qui doit être tenu pour vrai aux fins du fonctionnement du système institutionnel, non ce qui est observable²¹. La construction savante produit ainsi des justifications, non des théories au sens scientifique — elle relève de l'éthique et de la politique constitutionnelles, non de la science du droit²².

Or, c'est précisément parce qu'elles relèvent de la prescription que ces théories peuvent remplir leur fonction première : forcer l'adhésion à un ordre politico-constitutionnel. Leur rôle propre n'est pas de décrire l'ordre institutionnel existant mais de le légitimer — c'est-à-dire de transformer un rapport de force brut en autorité acceptable. C'est la logique que Rousseau formulait ainsi : « le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa force en droit »²³. En mobilisant des fictions juridiques — la « nation », la « volonté générale », la « représentation » — les théories prescriptives voilent le pouvoir de décision effectif de ceux qui le détiennent, en leur conférant une légitimité que le seul rapport de force ne saurait produire. Ce faisant, elles ne se contentent pas de décrire une autorité : elles la constituent. C'est en ce sens que Pierre Brunet et Michel Troper ont pu montrer que la doctrine constitutionnelle a moins produit des théories que des justifications — des constructions argumentatives orientant l'adoption d'une signification normative concrète au détriment d'autres interprétations possibles²⁴.

¹⁸ BOBBIO Norberto, *op. cit.*, 1998, p. 50.

¹⁹ Voir Bruno DAUGERON, *Droit constitutionnel*, 1re éd., Paris, PUF, 2023, p. 152.

²⁰ CHIASSONI Pierluigi & SPAIC Bojan, *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies*, Springer, 2020, p. 88.

²¹ « ces entités dont l'existence est confirmée par les hypothèses et les systèmes linguistiques adoptés, mais qui ne sont jamais observables directement ou déductibles de faits observés » comme dirait Giorgio LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Turin, Giappichelli, 1965, p.6 (notre traduction).

²² En ce sens, PECZENIK définit la justification juridique — plus précisément la « justification contextuellement suffisante » — comme un « mélange quasi-cognitif d'énoncés descriptifs et évaluatifs ("moraux") », constituant un « compromis entre la description des sources du droit et leur adaptation créative aux évaluations » que l'interprète génère au fil de son raisonnement (*Op. cit.*, 1983, p. 2 et 83). Pour lui, une telle activité ne saurait, dès lors, prétendre à la même certitude que les sciences naturelles (*ibid.*, p. 109) Voir également : HERRERA, Carlos Miguel. *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Kimé, 1997, p. 95

²³ ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social*, I, 3, cité in GICQUEL, Jean ; GICQUEL Jean-Eric. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 36e ed. Paris LGDJ 2022 p. 35.

²⁴ BRUNET Pierre, *Vouloir pour la nation*, LGDJ, 2004, p. IV

§2. Pérenniser le pouvoir par la fiction.

Forcer l'adhésion ne suffit pourtant pas. Une légitimité conquise peut se défaire si la fiction qui la sous-tend vient à être perçue comme telle. La question n'est donc plus seulement de savoir comment les théories prescriptives obtiennent l'adhésion, mais comment elles la conservent — comment elles parviennent à se maintenir sans révéler leur propre nature. C'est précisément ce que Michel Troper met au jour en déplaçant l'analyse du plan épistémologique vers le plan du fonctionnement réel du droit : l'illusion n'est pas un dysfonctionnement accidentel du raisonnement juridique — elle en est la structure même²⁵.

Les juristes — et singulièrement les juges — se présentent comme liés par des textes dont ils seraient de simples exégètes, alors qu'ils sont en réalité libres de déterminer eux-mêmes la signification de ces textes selon leurs préférences²⁶. Le juge constitutionnel qui invoque la souveraineté nationale, la représentation ou l'État de droit ne découvre pas le sens inscrit dans ces termes : il lui assigne un contenu en fonction du résultat qu'il souhaite atteindre. La théorie fonctionne alors comme un voile d'objectivité jeté sur un acte de volonté — et c'est précisément ce voile qui assure la pérennité du pouvoir qu'elle légitime. Car une domination qui se présente ouvertement comme telle est fragile ; une domination habillée en nécessité juridique est, elle, structurellement stable.

Cette stabilité tient à un paradoxe que Troper formule avec force : la théorie du droit elle-même peut n'avoir qu'une fonction de justification²⁷. Les grandes constructions de la doctrine constitutionnelle — théorie de la représentation, théorie de l'État, théorie du contrôle de constitutionnalité — ne sont pas des sciences du politique : ce sont des idéologies juridiques²⁸. Leur efficacité tient précisément à ce qu'elles dissimulent leur propre nature prescriptive — elles opèrent d'autant mieux qu'elles sont moins perçues comme des justifications. Si elles se présentaient ouvertement comme des jugements de valeur, elles perdraient leur force de persuasion : c'est parce qu'elles se donnent pour des vérités

²⁵ TROPER, Michel. Une théorie réaliste de l'interprétation. *Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza, 2006, vol. 4, n° 8, p. 301-318. spé. p. 314

²⁶ TROPER Michel, *op. cit.*, 2001, p. 5.

²⁷ *Ibid.*, p. 28.

²⁸ TROPER, Michel « La motivation des décisions constitutionnelles », in C. Perelman et P. Foriers (dir.), *La Motivation des décisions de justice*, Bruylant, Bruxelles, 1978, p. 297

scientifiques qu'elles peuvent orienter durablement les raisonnements de ceux qui les mobilisent ou les reçoivent. La fiction juridique — la « nation », la « volonté générale », la « représentation » — n'est ainsi pas une simple métaphore commode : elle est le mécanisme par lequel la théorie prescriptive se reproduit en faisant croire à ceux qui la reçoivent qu'ils obéissent à une nécessité là où ils se soumettent à un choix²⁹. C'est cette opacité structurelle qui fait de la théorie prescriptive non seulement un instrument de légitimation ponctuelle, mais une ressource de domination durable — et qui prépare directement la question de son déploiement dans le moment de la décision juridictionnelle.

B. La fonction décisionnelle : transformer l'abstraction en action

Les théories constitutionnelles ne se contentent pas de légitimer le pouvoir en amont — elles interviennent également dans le moment même des décisions prises au nom de ce droit. La question n'est plus seulement de savoir ce que ces théories sont, mais ce qu'elles font : comment des constructions abstraites — souveraineté, représentation, dignité — se convertissent en actes juridictionnels concrets, en faisant apparaître comme une nécessité logique ce qui résulte souvent d'un choix. C'est cette fonction décisionnelle qui constitue le second ressort de leur efficacité, d'abord comme prémisse de la justification externe des choix normatifs (§1), puis comme fondement de la transformation de la raison en acte (§2).

§ 1. Des prémisses de la justification externe des choix normatifs

Pour comprendre comment les théories prescriptives interviennent concrètement dans la décision juridictionnelle, il faut d'abord distinguer deux niveaux de justification que la présentation ordinaire du raisonnement juridique tend à confondre. La justification interne est celle du syllogisme : elle vérifie que la conclusion découle logiquement des prémisses retenues — que la décision est cohérente avec la norme invoquée et les faits constatés. Mais cette cohérence formelle ne dit rien sur le choix des prémisses elles-mêmes : pourquoi retenir telle norme plutôt que telle autre, telle interprétation plutôt que telle autre ? C'est l'objet de

²⁹ RAYNAL Pierre-Marie, *De la fiction constituante : Contribution au droit politique*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, novembre 2014, pages 212-213.

la justification externe, qui porte non sur la validité logique de l'inférence, mais sur les raisons permettant de sélectionner et de légitimer les prémisses sur lesquelles repose cette inférence³⁰. C'est précisément à ce second niveau — celui de la justification externe — que les théories prescriptives interviennent. Et c'est précisément ce rôle que Guastini conceptualise sous le nom de *tesi dogmatiche*³¹.

Une thèse dogmatique, au sens de Guastini, n'est pas une description scientifique de la réalité juridique : c'est une construction de nature prescriptive dont la fonction propre est de fournir une justification externe aux décisions juridiques³². Elle ne relève pas du registre du vrai ou du faux au sens empirique — elle repose sur des évaluations et des jugements de valeur dont la finalité n'est pas la vérité, mais l'acceptabilité au sein d'une culture juridique donnée³³. En ce sens, les grandes théories constitutionnelles — souveraineté nationale, représentation, État de droit — sont précisément des thèses dogmatiques : elles ne décrivent pas le fonctionnement réel des institutions, elles fournissent aux acteurs juridiques les « bonnes raisons » permettant de présenter leurs choix comme des conséquences rationnelles du système, plutôt que comme ce qu'ils sont — des actes de volonté³⁴.

C'est ici que la distinction guastinienne entre *ragionare* et *razionalizzare* révèle toute sa portée. Raisonner — *ragionare* — c'est déduire une conclusion à partir de prémisses données : la direction va des prémisses vers la conclusion. Rationaliser — *razionalizzare* — c'est faire l'inverse : partir d'une conclusion déjà arrêtée pour construire, après coup, les prémisses qui permettront de la présenter comme une déduction³⁵. La thèse dogmatique relève exclusivement du second registre. Le juge ne part pas de la théorie prescriptive de la souveraineté ou de la représentation pour en inférer mécaniquement une solution : il retient

³⁰ WRÓBLEWSKI Jerzy, « *LEGAL DECISION AND ITS JUSTIFICATION* », *Logique et Analyse*, vol. 14, n° 53/54, 1971, p. 412. WROBLEWSKI Jerzy, « Motivation de la décision judiciaire », in *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 120

³¹ Les théories prescriptives ne se limitent pas aux débats constitutants fondateurs : elles connaissent un renouveau continu au sein même de la dogmatique juridique, où de nouvelles thèses émergent ou mutent sous l'effet du travail interprétatif des juristes et des juridictions — moins visibles que leurs aînées, mais tout aussi orientées dans leur fonction justificatrice. Voir : GUASTINI Riccardo, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 158 ; GUASTINI Riccardo et CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2010, p. 46.

³² GUASTINI Riccardo, *op. cit.*, 2011, p. 179, 180.

³³ PERELMAN Chaim. *Logique juridique nouvelle rhétorique*. 2e ed. Paris Dalloz 1979, p. 81

³⁴ GUASTINI, Riccardo, *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 135. Guastini y précise qu'il est impossible d'en dresser une liste exhaustive mais cite les théories de la propriété ou du gouvernement parlementaire comme exemples types des thèses dogmatiques.

³⁵ GUASTINI, Riccardo, *Discussendo. Scritti di teoria e metateoria del diritto*, Turin, Giappichelli, 2017, p. 215 note. 9 ; GUASTINI, Riccardo. *Filosofia del diritto positivo. Lezioni*. VELLUZZI, Vito (a cura di). Torino : G. Giappichelli, 2017. p. 290 note. 9.

la solution qu'il entend imposer, puis convoque la thèse dogmatique pour la faire apparaître comme une nécessité du droit positif³⁶. Le syllogisme judiciaire n'est alors que la façade derrière laquelle la théorie prescriptive accomplit silencieusement son véritable travail — non pas démontrer, mais justifier.

Ce travail de justification est d'autant plus efficace que les thèses dogmatiques finissent par fonctionner, dans la culture juridique, comme de véritables axiomes. À force d'être mobilisées et reçues sans discussion, elles acquièrent le statut de vérités évidentes qui n'appellent plus de justification supplémentaire : elles deviennent le point d'arrêt de la chaîne de justification externe, là où le questionnement s'interrompt parce que personne ne songe à remonter plus loin dans la chaîne des raisons³⁷. Invoquer la théorie prescriptive de la souveraineté nationale ou de l'État de droit, c'est ainsi s'appuyer sur un fondement que la communauté des juristes tient collectivement pour indiscutable — et c'est précisément cette indiscutabilité acquise qui permet à la thèse dogmatique de clore le débat sans que le choix qu'elle recouvre soit jamais mis à nu. En définitive, la thèse dogmatique est la ressource rhétorique par excellence des théories prescriptives : elle habilite les acteurs juridiques à présenter leurs actes de volonté comme des actes de raison déduits de principes supérieurs — transformant ainsi un choix contingent en solution juridiquement incontestable.

§ 2. Des instruments de dissimulation d'un saut décisionnel

Fournir des prémisses de justification externe ne suffit pourtant pas. Car entre le concept abstrait — la souveraineté, la représentation, l'État de droit — et la décision particulière qu'il est censé fonder, il existe un espace que nulle déduction ne peut combler. Ce passage du général au particulier n'est jamais purement logique : il implique nécessairement un saut — un moment où le raisonnement ne suffit plus et où c'est la volonté qui tranche. C'est précisément dans cet espace que la théorie prescriptive accomplit sa fonction la plus décisive.

Aleksander Peczenik a mis en évidence cette difficulté fondamentale. Le passage du principe général à la solution particulière constitue toujours une « transformation » — un saut cognitif

³⁶ *Ibid.*, p. 35.

³⁷ PECZENIK Aleksander, *op. cit.*, p. 100 ; CANALE Damiano, « Le raisonnement juridique », *RRJ*, 2021-3, p. 1797.

(*jump*) — car aucune opération déductive ne permet de dériver mécaniquement une décision concrète à partir de notions générales³⁸. Le décideur doit inévitablement franchir cet espace d'indétermination par un acte de volonté. Or c'est précisément pour rendre ce saut acceptable — pour le faire passer pour ce qu'il n'est pas — que les théories prescriptives interviennent. Elles fournissent ce que Peczenik appelle une « justification profonde »³⁹ (*deep justification*) : un ensemble de raisons ultimes — sécurité juridique, cohérence institutionnelle, stabilité sociale — qui permettent de présenter l'acte de volonté final comme une nécessité rationnelle plutôt que comme un choix politique⁴⁰. La théorie est ainsi l'instrument par lequel le saut est dissimulé : elle reconstruit après coup une continuité logique entre le principe abstrait et la solution retenue, donnant l'illusion que la décision découlait nécessairement de la théorie, alors que c'est la théorie qui a été convoquée pour couvrir la décision.

L'exemple historique analysé par Eisenmann révèle cette logique avec une netteté particulière. En 1791, la théorie prescriptive de la représentation n'a pas servi à produire le droit de veto royal : elle a été mobilisée pour le justifier après coup. Le veto avait été politiquement décidé pour des raisons d'équilibre institutionnel, mais il demeurait difficilement conciliable avec le principe de souveraineté nationale. La théorie prescriptive de la représentation permet alors de résoudre cette contradiction apparente en présentant le Roi comme représentant de la nation au même titre que l'Assemblée⁴¹. Ce n'est donc pas la théorie prescriptive qui engendre la règle concrète — c'est la règle qui appelle la théorie capable de la légitimer. La direction réelle du raisonnement est l'inverse de celle que la présentation doctrinale ordinaire suggère.

Cette logique dépasse largement le seul exemple révolutionnaire. Les constructions doctrinales et jurisprudentielles fonctionnent en permanence comme des technologies de légitimation : elles transforment des rapports de pouvoir en nécessités juridiques apparentes. C'est ce que les théories réalistes de l'interprétation permettent de mettre au jour. En établissant que l'interprétation est un acte de volonté et non de connaissance, le réalisme juridique déplace radicalement la question : il ne s'agit plus de savoir si la théorie prescriptive guide la décision, mais de comprendre pourquoi et comment l'acteur juridique sélectionne, parmi les théories prescriptives disponibles, celle qui convient le mieux à la solution qu'il a

³⁸ PECZENIK Aleksander, *On Law and Reason*, 2e éd., Springer, 2009, p. 233.

³⁹ PECZENIK Aleksander, *op. cit.*, 1983, p. 15 ; CANALE Damiano, « Le raisonnement juridique », *RRJ*, 2021-3, p. 1782.

⁴⁰ AARNIO Aulis, *Le rationnel comme raisonnable : la justification en droit*, LGDJ, 1992, p. 8.

⁴¹ BRUNET Pierre, *Les principes justificatifs : La Représentation*. In Michel Troper, Dominique Chagnollaude. *Traité International de Droit Constitutionnel*, tome 1, *Theorie de la Constitution*, Dalloz, pp.608-641.

déjà choisie. Les théories constitutionnelles cessent alors d'apparaître comme des cadres cognitifs préalables à la décision — elles en deviennent les instruments rhétoriques a posteriori, par lesquels la décision politique ou juridictionnelle se présente sous les traits de l'objectivité rationnelle, transformant ainsi l'abstraction en action sans jamais révéler la volonté qui la sous-tend.

II. Les « théories prescriptives » comme outils d'évolution réflexive du droit

Si les théories prescriptives ne décrivent pas une réalité objective et constituent des instruments de justification, il ne s'ensuit pas qu'elles soient dépourvues de toute utilité cognitive ou pratique. Loin d'être de simples « faux-semblants » à écarter, elles agissent sur le système juridique en créant des contraintes et des référentiels partagés qui orientent la pratique et l'évolution du droit. Elles exercent d'abord une fonction heuristique indispensable en fournissant les « clés de lecture » du système constitutionnel (A), avant de constituer, dans la formation des juristes comme dans la délibération démocratique, de véritables outils d'apprentissage réflexif (B).

A. Un apport heuristique : fournir les « clés de lecture » du système

Les théories constitutionnelles, même lorsqu'elles ne décrivent pas une réalité indépendante des acteurs, constituent des grilles d'analyse permettant de rendre intelligible un système d'une grande complexité. Leur valeur n'est pas celle de la vérité-correspondance, mais de l'efficacité opératoire : elles permettent au juriste d'agir sur le droit en comprenant les catégories à l'intérieur desquelles le système fonctionne.

§1. Une grammaire du système constitutionnel

Le recours à des concepts théoriques tels que la hiérarchie des normes, l'État ou la souveraineté permet de saisir le système constitutionnel dans son ensemble — ce qui est heuristiquement justifié dans la mesure où cela rend le monde observé intelligible et opératoire⁴². Ces concepts ne sont pas des photographies de la réalité, mais des instruments de travail qui permettent de produire des analyses cohérentes sur les phénomènes constitutionnels. La « théorie » fournit ainsi une « grammaire » du droit — un vocabulaire et des instruments de construction du sens — sans laquelle le praticien resterait aveugle à la structure profonde du système⁴³.

Cette fonction de guidage méthodologique ne doit pas être sous-estimée. Les paradigmes théoriques — démocratie constitutionnelle, État de droit, constitutionnalisme — proposent des principes analytiques qui, bien que n'étant pas des vérités objectives, finissent par contraindre le droit positif de l'intérieur. Ils offrent au juge une structure pour identifier et perfectionner ses propres techniques d'analyse, et permettent à la communauté juridique de débattre collectivement du sens des normes⁴⁴. En ce sens, la théorie prescriptive agit moins comme un miroir du droit que comme une boussole : elle oriente, structure, et rend possible la communication entre juristes autour d'un objet commun.

§2. Des instruments critiques et pluralistes

Les théories prescriptives offrent par ailleurs des reconstructions plausibles et stimulantes des données perçues, permettant de multiplier les grilles de lecture et de fournir des instruments variés pour appréhender la complexité de l'objet étudié⁴⁵. La coexistence de théories concurrentes — souveraineté populaire, représentation, séparation des pouvoirs, confusion de pouvoirs — témoigne de la capacité du droit constitutionnel à se penser à travers une pluralité d'approches irréductibles. Chaque « théorie », en mettant en lumière

⁴² Comme le dit Bastien FRANÇOIS « *Agir juridiquement suppose de se plier à l'usage d'outils (en particulier langagiers) de construction juridique de la réalité* », Une théorie des contraintes juridiques peut-elle n'être que juridique ? in TROPER, Michel, CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique et GRZEGORCZYK, Christophe, *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, 2005, p. 171 ; MILLARD Éric, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006, p. 33.

⁴³ Les concepts et catégories juridiques sont présentés souvent et à juste titre comme les « instruments de travail du praticien du droit », comparables à « l'équerre et le compas » de l'architecte. Sans une maîtrise parfaite de leur utilisation, la connaissance du droit reste imprécise et floue ». VALETTE, Jean-Paul. *Méthodologie du droit constitutionnel*. 3e éd. Paris : Ellipses, 2021, p. 13.

⁴⁴ AARNIO Aulis, *op. cit.*, 1992, p. 230.

⁴⁵ MILLARD Éric, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 22.

certain aspects du système au détriment d'autres, contribue à l'intelligibilité collective de l'objet constitutionnel ⁴⁶.

C'est à ce titre que la « vision de rechange » offerte par une théorie minoritaire ou contestée remplit une fonction critique irremplaçable. Lorsqu'une de ces « théories » est utilisée comme contre-idéologie⁴⁷, elle permet aux juristes de contester les interprétations dominantes, d'en révéler les présupposés, et de proposer des évolutions normatives. Les nouvelles « théories » deviennent alors un outil d'émancipation intellectuelle autant que d'analyse technique — retournant contre le pouvoir établi l'instrument même que celui-ci utilise pour se légitimer⁴⁸.

B. L'utilité réflexive : apprendre à « raisonner l'illusion »

Si la théorie constitutionnelle prescriptive ne peut prétendre à la neutralité scientifique, elle n'en est pas moins indispensable au fonctionnement du droit et à la formation des juristes. La conscience que ces théories sont des « illusions nécessaires » — et non des vérités substantielles — constitue précisément le seuil à atteindre pour comprendre le raisonnement juridique dans sa profondeur⁴⁹. C'est cette conscience réflexive que les théories prescriptives, paradoxalement, permettent de développer — d'abord dans la formation du juriste (§1), puis dans la délibération démocratique elle-même (§2).

§1. Une discipline du raisonnement juridique

Apprendre à « raisonner l'illusion », c'est d'abord apprendre à l'identifier comme telle. Or c'est précisément ce que la théorie prescriptive impose : elle contraint le juriste à opérer à l'intérieur des fictions du système avec rigueur, sans pouvoir feindre d'ignorer leur caractère construit. La motivation des décisions juridictionnelles offre à cet égard le meilleur objet

⁴⁶GUASTINI Riccardo, *op. cit.*, 2017, p. 28 ; BOBBIO Norberto, *op. cit.*, 1998, p. 50.

⁴⁷Frank I. Michelman cité par CARRÈRE, Thibault. Sur le néo-républicanisme et la science de l'histoire constitutionnelle. *Jus Politicum* [en ligne]. Juin 2015, n° 14.

⁴⁸V. en ce sens : BEAUD, Olivier, « Pour une autre lecture de Ronald Dworkin, théoricien de la pratique juridique. À propos de *Prendre les droits au sérieux* », *Droits*, n° 25, 1997, pp. 135-161.

⁴⁹*Ibid.* p. 145.

d'apprentissage : souvent décrite comme un « leurre nécessaire », elle ne reflète pas le raisonnement réel du juge, mais elle l'oblige à une rationalisation *ex post* qui stabilise le droit et lui confère une apparence de cohérence⁵⁰. Étudier cette contrainte, c'est comprendre le mécanisme même de la discipline argumentative — car si la motivation dissimule le processus décisionnel réel, elle n'en soumet pas moins le juge à une obligation de cohérence qui limite, en retour, son pouvoir discrétionnaire. Ces « théories » fonctionnent ainsi comme une contrainte réflexive : en imposant au décideur de justifier sa décision dans les termes d'un système cohérent, elle l'oblige à en assumer la rationalité apparente — et c'est cette obligation qui, paradoxalement, tempère l'arbitraire⁵¹.

La transmission de ces modèles de raisonnement constitue le cœur de l'enseignement juridique⁵². Apprendre le droit constitutionnel, ce n'est pas seulement retenir des connaissances positives : c'est acquérir la maîtrise d'un raisonnement, par la confrontation des thèses d'auteurs et par l'étude des modèles de motivation élaborés par les juridictions constitutionnelles. Le modèle formaliste — bien que théoriquement critiqué depuis un siècle — reste un modèle de référence pour justifier l'impartialité institutionnelle et la séparation des pouvoirs. L'enseigner, c'est préparer les futurs juristes à comprendre les contraintes qui pèsent sur leurs propres interventions dans le système — et à reconnaître, derrière la façade de la déduction, le choix qu'elle recouvre⁵³.

§2. Des vecteurs des valeurs fondamentales dans la délibération démocratique

⁵⁰ MALHIÈRE Fanny, *La brièveté des décisions de justice*, LGDJ, 2013, p. 153

⁵¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Le droit en douceur*. Trad. LEROY, Michel. Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000. p. 31

⁵² CHIASSONI, Pierluigi. *Interpretation without Truth : A Realistic Enquiry*. Cham : Springer International Publishing, 2019. p. 206 . “*The idea that precedent-judgments have a logical structure, indeed, does not by itself imply any commitment to the mistaken view of judicial reasoning as a logical reasoning from evident premises. On the contrary, the idea of the logical structure of judicial decision (in Wróblewski’s original term: the idea of the “internal justification” of judicial decisions) is to be conceived just as a useful tool of analysis and criticism of judicial decisions, that is perfectly compatible with the view that the premises of the internal justification are necessarily chosen by the judge, and should be provided in turn with an (adequate) “external” justification.*”

⁵³ Reprenant une métaphore de Jean Rivero, Pierre-Marie Raynal observe que l'on évite de parler des fictions « comme si l'on redoutait, en débarrassant le pouvoir des voiles dont il s'enveloppe, d'ébranler le respect des citoyens, et de livrer le roi nu aux regards de la foule » (RAYNAL Pierre-Marie, *op.cit.*, 2014, p. 11-12, citant RIVERO Jean). Il est peut-être temps de faire confiance aux nouvelles générations de juristes, capables d'assumer lucidement ces fictions — sans pour autant en tirer prétexte à la désobéissance abusive du droit en vigueur.

Ces théories remplissent également une fonction de médiation culturelle : elles ancrent les valeurs fondamentales dans la conscience sociale et professionnelle des juristes⁵⁴. La démocratie, les droits de l'homme, la légalité et la sécurité juridique ne sont pas des données immédiates du droit positif ; ce sont des constructions théoriques que le droit intériorise progressivement par le truchement de la doctrine et de la jurisprudence. La justification en termes de raison publique participe ainsi à la formation civique du juriste, en lui donnant la maîtrise intellectuelle des mécanismes de contrôle du pouvoir⁵⁵.

C'est dans cette perspective que l'on peut prolonger l'analyse de Michel Troper, lequel soutient que l'illusion est « nécessaire au fonctionnement du droit » et qu'elle en constitue souvent « le mode même du raisonnement ». L'utilité réflexive des théories prescriptives tient précisément à ceci : elles permettent de comprendre que l'interprétation constitutionnelle est une pratique susceptible d'être orientée *ex ante* par des modèles théoriques et évaluée *ex post* à l'aune de ces mêmes instruments. Loin de faire obstacle à la connaissance du droit, ces théories en sont, paradoxalement, la condition de possibilité — à la condition, toutefois, de les reconnaître pour ce qu'elles sont : des justifications orientées, et non des descriptions neutres⁵⁶.

Par son activité constructive, la doctrine confère en définitive une forme logique et cohérente au droit positif. Admettre cette réalité, c'est admettre que le droit constitutionnel est traversé par une tension irréductible entre connaissance et justification — tension qui, loin de disqualifier la discipline, en constitue la richesse propre et l'invitation permanente à porter un regard critique sur ses propres fondements.

⁵⁴ Elles transmettent ainsi une « narration juridique » (*legal narrative*) — KAHN, Paul W. *Democracy in Our America : Can We Still Govern Ourselves ?* New Haven : Yale University Press, 2023, p. 141.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. *La construcción de la democracia : Teoría del garantismo constitucional*. Trad. Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ. Madrid : Editorial Trotta, 2023. p. 23.

⁵⁶ V. en ce sens MÜLLER, Friedrich, *Discours de la méthode juridique*, PUF, 1996, p. 33 (préface), qui souligne que la conception traditionnelle de la méthodologie juridique — conçue comme « art de la justification » — doit être dépassée au profit d'une conception post-positiviste de la production du droit, à la fois réaliste et respectueuse des principes de la démocratie et de l'État de droit.