

L'utilité contemporaine des débats historiques pour la doctrine constitutionnaliste : l'exemple du néo-républicanisme

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

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

Si l'Histoire est bien écrite par les vainqueurs, nul doute que le grand vainqueur de l'histoire des idées politiques est le libéralisme. À en croire l'historiographie dominante encore aujourd'hui, la modernité juridique serait le résultat de la montée en puissance de ce courant de pensée, illustrée par l'avènement des philosophies du Contrat social et des droits subjectifs de l'individu¹. Pour le droit constitutionnel cela se serait traduit par la victoire du constitutionnalisme², doctrine d'origine anglo-saxonne reposant essentiellement sur une philosophie libérale de limitation du pouvoir³. De sorte que la naissance des constitutions modernes et notamment la constitution américaine a souvent été analysée par le prisme de l'avancée irrémédiable du constitutionnalisme et donc du libéralisme⁴.

Toutefois cette histoire si bien écrite n'est peut-être pas conforme à l'Histoire. À partir des années 1960, l'histoire des idées politiques, à la faveur d'une évolution épistémologique importante, le *linguistic turn*⁵, connaîtra une remise en cause de cette thèse. C'est l'ouvrage de John Greville Agard Pocock, *le moment machiavélien*⁶, paru en 1975⁷ aux Etats-Unis, qui reste l'ouvrage de référence en la matière. Il fait apparaître à l'origine de la modernité politique, à côté du langage libéral largement fondé sur un vocabulaire juridique, un autre vocabulaire républicain celui-ci, qui aurait eu une influence déterminante à l'époque moderne, notamment lors des révolutions anglaises et américaine. S'agissant de la révolution américaine, cela avait déjà été identifié dans les années 1960, par des historiens gênés par

¹ L. JAUME, «Libéralisme», in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, 1 éd., PUF, 2003, p. 937.

² *Ibid*

³ P. RAYNAUD, «Constitutionnalisme», in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, 1 éd., PUF, 2003, p. 266.

⁴ *Ibid*

⁵ L'origine de l'expression *linguistic turn* est souvent attribuée à Richard Rorty pour sa préface de l'ouvrage : R. M. RORTY, «Introduction. Metaphilosophical Difficulties of Linguistic Philosophy», in *The Linguistic Turn: Essays in Philosophical Method*, sous la dir. de R. M. RORTY, University of Chicago Press, 1992, p. 1.

⁶ J. G. POCOCK, *Le moment machiavélien*, 1 éd., PUF, 1997, 586 p.

⁷ J. G. POCOCK, *The Machiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition.*, 1 éd., Princeton University Press, 1975.

l'explication dominante de la naissance des Etats-Unis mais aussi par des philosophes comme Hannah Arendt⁸. Jusque dans les années 1960, l'ouvrage de référence était celui de Louis Hartz⁹, qui présentait une Amérique « naturellement libérale »¹⁰ et une Constitution américaine largement imprégnée de la philosophie libérale de John Locke¹¹. Les travaux d'historiens tels que Bernard Bailyn¹² et Gordon Stewart Wood¹³ ont fait apparaître cette parenté républicaine de la naissance des Etats-Unis et par voie de conséquence de la naissance de la Constitution américaine. Cette redécouverte de l'héritage moderne du républicanisme a été prolongé dans les travaux de l'historien et philosophe Quentin Skinner¹⁴.

Ce travail *historique* s'est accompagné d'un renouveau *théorique* de la pensée républicaine dans des travaux nombreux, tant en philosophie politique¹⁵ qu'en philosophie du

⁸ H. ARENDT, «De la révolution», *L'humaine condition*, Gallimard, 1963, 1965 rééd. : 2012, p. 525.

⁹ L. HARTZ, *The Liberal Tradition in America: An Interpretation of American Political Thought since the Revolution*, 1955, Harcourt. ; Traduit en français : L. HARTZ, *Histoire de la pensée libérale aux Etats-Unis*, Economica, 1990, 306 p.

¹⁰ F. MICHAUT et F. I. MICHELMAN, *Le mouvement des Critical Legal Studies entre républicanisme et libéralisme. Traces de gouvernement de soi par soi: préface à la session 1985 de la Cour suprême*, Presses de l'Université Laval, 2010, 244 p. (voir p. 3)

¹¹ A ce titre Cass R. Sunstein parle du dépassement de la croyance en un « Lockean consensus in the founding period » : C. R. SUNSTEIN, «Beyond the Republican Revival», *Yale Law Journal*, 1988, vol. 97, p. 1540. ; Cette présentation des constituants acquis à la cause libérale cours encore de nos jours en France : « *Les Américains ont longtemps affirmé, selon la célèbre formule de Thomas Jefferson, que le meilleur gouvernement est celui qui gouverne le moins. En réalité, les constituants gagnés à la cause libérale, se méfiaient de tous les pouvoirs* », J. GICQUEL et J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22 éd., Montchrestien Editions, Lextenso Editions, 2008, 792 p. (voir p. 259).

¹² B. BAILYN, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Harvard University Press, 1967. Traduit en français : B. BAYLIN, *Les origines idéologiques de la révolution américaine*, Belin, 2010, 382 p.

¹³ G. S. WOOD, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, The University of North Carolina Press, 1969. Traduit en français : G. S. WOOD, *La création de la république américaine, 1776-1787*, Belin, 1991, 767 p.

¹⁴ Q. SKINNER, *The Foundations of Modern Thought. Volume I: The Renaissance*, Cambridge University Press, 1978, 305 p. ; Q. SKINNER, *The Foundations of Modern Political Thought. Volume II: The Age of Reformation*, Cambridge University Press, 1978, 405 p. ; Q. SKINNER, *Machiavelli*, Oxford University Press, 1981, 102 p. ; Q. SKINNER, *Liberty before Liberalism*, Cambridge University Press, 1998, 142 p. ; Q. SKINNER, *La liberté avant le libéralisme*, Seuil, 2000, 131 p. ; Q. SKINNER, *Machiavel*, Seuil, 2001, 166 p. ; Q. SKINNER, *Les fondements de la pensée politique moderne*, Albin Michel, 2001, 923 p. ; Q. SKINNER, *Hobbes et la conception républicaine de la liberté*, Albin Michel, 2009, 238 p.

¹⁵ En philosophie politique le débat républicanisme, libéralisme est avant tout un débat autour du concept de liberté, de sa définition et de ses concrétisations. A ce titre voir : J.-F. SPITZ, *La liberté politique*, PUF, 1995, 512 p. ; P. PETTIT, *Républicanisme: une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, 2004, 448 p. ; J.-F. SPITZ, *Le moment républicain en France*, Gallimard, 2005, 544 p. ; Q. SKINNER, *La liberté avant le libéralisme*, Seuil, 2000, 131 p. ; M. VIROLI, *Républicanisme*, Le Bord de l'eau, 2011, 237 p. Ces auteurs représentent une conception particulière du républicanisme ayant plusieurs dénominations : républicanisme moderne, républicanisme néo-romain ou néo-républicanisme. Par ailleurs un autre courant existe appelé humanisme civique ou communautarisme, à titre indicatif voir : J. G. POCOCK, *Le moment machiavélien*, 1 éd., PUF, 1997, 586 p. ; M. SANDEL, *Le Libéralisme et les limites de la justice*, Seuil, 1999, 330 p. ; H. ARENDT, «De la révolution», *L'humaine condition*, Gallimard, 1963, 1965 rééd. : 2012, p. 525.

Pour une analyse générale du mouvement et une bibliographie générale voir : S. AUDIER, «L'idée républicaine dans la pensée politique contemporaine», in *L'idée républicaine en Europe XVIIIe/XXIe siècles. Histoire et pensée universelles, Europe. Volume 1. La République universelle*, sous la dir. de P. BAQUIAST et E. DUPUY, L'Harmattan, 2007, p. 39. ; S. AUDIER, *Les théories de la république*, La Découverte, 2004, 120 p. ; F.

droit. Ainsi la doctrine constitutionnaliste américaine a largement été influencée par cette relecture¹⁶, elle ne s'est pas contentée de la recevoir mais a produit une véritable actualisation de cette pensée. On peut observer ici la particularité de la doctrine américaine qui fait un « recours généralisé aux sciences humaines et sociales »¹⁷ et n'hésitera donc pas à puiser des éléments de réflexion dans ce renouveau de l'histoire des idées politiques et de la philosophie politique¹⁸, là où la doctrine française a toujours voulu sauver l'autonomie de la discipline constitutionnelle.

Dès lors de nouvelles théories apparaissent sous le nom de néo-républicanisme. Alors que les auteurs anglo-saxons parlent de *republican revival*, ce qui laisserait entendre une simple résurgence d'un fond théorique ancien, en réalité il y a bien une véritable nouveauté théorique dans le but de purger certains aspects de la théorie qui ne peuvent plus s'appliquer pour décrire ou comprendre le monde présent. D'ailleurs, la doctrine française a préféré utiliser l'expression « renouveau républicain »¹⁹, voire de « révisionnisme républicain »²⁰, le terme renouveau pouvant signifier d'une part un retour à un état précédent après un déclin et d'autre part une apparition de formes nouvelles et plus riches d'une pensée. C'est ainsi que Cass R. Sunstein avance que le travail des républicains modernes n'est pas seulement d'excaver des conceptions anciennes et les appliquer directement à notre réalité, mais de

LOVETT, «Republicanism», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2014, en ligne : <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/republicanism/>>.

¹⁶ B. ACKERMAN, *Au nom du peuple. Les fondements de la démocratie américaine.*, Calmann-Lévy, 1991 trad.: 1998, 434 p.; Symposium : The republican civic tradition, *Yale Law journal*, vol. 97, 1998 : C. R. SUNSTEIN, « Beyond the republican revival »; D. BELL, P. BANSAL, « The republican revival and racial politics »; F. MICHELMAN, « Law's republic »; H. JEFFERSON POWELL, « Reviving republicanism »; J. MASHAW, « As if republican interpretation »; J. R. MACEY, « The missing element in the republican revival »; K. M. SULLIVAN, « Rainbow republicanism »; K. ABRAMS, « Law's republicanism »; L. R. KERBER, « Making republicanism useful »; M. A. FITTS, « Look before you leap: some cautionary notes on civic republicanism »; P. BREST, « Further beyond the republican revival: toward radical republicanism »; R. A. EPSTEIN, « Modern republicanism – or the flight from substance ».; R. FALLON, « What is republicanism and is it worth reviving », *Harvard Law Review*, May, 1989 ; F. I. MICHELMAN, «The Supreme Court 1985 Term. Foreword: Traces of Self-Government», *Harvard Law Review*, 1986, vol. 100, p. 4.

¹⁷ P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, 2004, 306 p. (voir p. 300)

¹⁸ La doctrine américaine n'hésitera pas à utiliser d'autres disciplines : O. JOUANJAN, «Histoire de la science du droit constitutionnel», in *Traité international de Droit constitutionnel. Tome I. Théorie de la Constitution*, sous la dir. de M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD, Dalloz, 2012, p. 69 (voir p. 109-110). : « Le renouveau rationaliste des années 1950, qui n'avait pas mis au pas l'activisme de la Cour suprême, dont l'ère « Warren » commença par le coup d'éclat que fut l'arrêt *Brown*, fut vite débordé, dans le contexte de crise intellectuelle et morale des années 1960, par plusieurs alternatives théoriques qui mettaient en cause la possibilité même d'une adjudication rationnelle purement juridique : ou bien l'ordre des raisons politiques et sociales brouille nécessairement la prétention logique du droit (notamment *Critical Legal Studies* [CLS], féminisme) ou bien la rationalité économique est convoquée pour dire la vérité d'un système légal qui doit être pensée comme marché (*Law and Economics*), ou bien encore il s'agit de rapporter les rationalités prétendues du droit à ses conditions linguistiques, littéraires et rhétoriques (mouvement droit et littérature, rhétorique juridique) ».

¹⁹ S. AUDIER, *Les théories de la république*, La Découverte, 2004, 120 p. (voir p. 71)

²⁰ J. G. POCOCK, *Le moment machiavélien*, 1 éd., PUF, 1997, 586 p., préface Jean-Fabien Spitz (voir p.XVII – XXV)

conserver certains éléments qui restent utiles pour comprendre le temps présent²¹. En somme les théories ne peuvent que valoir pour résoudre des problèmes déterminés, précis, historiquement définis. Les néo-républicains rejettent en bloc toute idée de réutilisation d'une théorie du passé, sans appropriation ou modification. Cette posture peut être qualifiée d'historiciste, au sens où l'histoire détermine les théories, ces dernières ne pouvant passer outre les contingences historiques qui les ont vus naître.

Dès lors le problème majeur du néo-républicanisme réside dans la volonté des auteurs néo-républicains d'ancrer leur réflexion dans des cadres théoriques anciens, revendiquer une parenté et en même temps s'en séparer. Le terme néo-républicanisme renferme en lui-même ce paradoxe. Le préfixe néo, exprime la nouveauté et est souvent utilisé en philosophie pour désigner le rattachement à un courant de pensée antérieur que le néo-courant continue à certains égards. En utilisant ce préfixe, il y a bien recherche d'une parenté, reprise d'un certain nombre d'arguments, mais jusqu'à quel point peut-on revendiquer une parenté sans la nier substantiellement ? Revendiquer un héritage théorique c'est se comporter non plus en historien mais en théoricien du droit et prendre le contre-pied d'une démarche historique. C'est là une question plus large qui ne se limite pas à l'exemple du néo-républicanisme. Peut-on utiliser à l'heure actuelle des théories créées dans un cadre spatio-temporel, politique, sociologique et même scientifique particulier ? L'histoire des idées peut-elle nous faire découvrir des idées utiles pour appréhender le monde d'aujourd'hui et notamment notre monde juridique ?

En partant de l'exemple du néo-républicanisme nous verrons que la redécouverte et la réactualisation d'un courant de pensée ancien a un intérêt pour la science du droit constitutionnel à la fois historique (I) et théorique. (II).

²¹ C. R. SUNSTEIN, «Beyond the Republican Revival», *Yale Law Journal*, 1988, vol. 97, p. 1540. : « *For modern republicans, the task is not simply one of excavation. History does not supply conceptions of political life that can be applied mechanically to current problems.* »

I. L'intérêt des controverses historiques pour l'histoire constitutionnelle

L'excavation et la réactualisation d'anciens courants de pensée a tout d'abord un intérêt pour l'histoire constitutionnelle. Ces argumentations entendent se fonder sur une certaine « vérité » historique s'inscrivant en rupture avec l'historiographie dominante. Il y a donc un intérêt purement historique derrière l'émergence des débats sur l'histoire constitutionnelle au sein de la doctrine. À ce titre, le néo-républicanisme illustre de façon topique cet apport tant sur les aspects épistémologiques de l'histoire constitutionnelle (A.) que sur son objet. (B.)

A. Un apport épistémologique

L'apport des controverses historiques est tout d'abord épistémologique. Ces controverses sont dans un rapport dialectique avec l'épistémologie historique, elles peuvent résulter d'une évolution de méthode historique²², mais en même temps cette méthode historique peut-être déterminée par le but recherché par le savant au sein de cette controverse²³. Ainsi, la méthode utilisée et le résultat obtenu ne peuvent être distingués, notamment pour la controverse républicaine qui a été le résultat des prémices du tournant linguistique en épistémologie de l'histoire. Ce tournant linguistique se caractérise par une méthode contextualiste (2) centrée sur le langage (1), qui a influencé les méthodes utilisées pour l'histoire constitutionnelle.

1) L'apport des philosophies du langage

L'histoire des idées, au même titre que d'autres branches de l'histoire et de la philosophie, a connu à partir des années 1960 un renouveau épistémologique important connu sous le nom de tournant linguistique. Ce tournant linguistique a été la pierre angulaire de la réflexion méthodologique entreprise par la fameuse *Ecole de Cambridge*²⁴ avec comme chefs de file Quentin Skinner et John Greville Agard Pocock notamment. Le tournant linguistique

²² P. COSTA, « Histoire, Théorie et Histoire des théories », in *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle?*, sous la dir. de C. M. HERRERA et A. LE PILLOUER, Kimé, 2012, p. 19.

²³ F. SAINT-BONNET, « Regards critiques sur la méthodologie en histoire constitutionnelle. Les destinations téléologiques des options épistémologiques », *Jus Politicum*, mars 2009, n° 2.

²⁴ Nous remarquerons avec Christopher Hamel tous les risques que peuvent contenir l'utilisation de l'expression *Ecole de Cambridge* « dont le commodité n'égale sûrement pas l'inadéquation, que Skinner lui-même n'utilise d'ailleurs que très rarement et avec la plus grande circonspection, et qu'il ne revendique pas. » in Q. SKINNER, *La vérité et l'historien*, Editions EHESS, 2012, 67 p. préface : C. HAMEL, « Quentin Skinner entre histoire et philosophie » (voir p. 12). Cependant cette appellation nous semble pertinente dans la mesure où elle permet de désigner un mouvement, complexe et protéiforme certes, de remise en cause des paradigmes épistémologiques et ontologiques de l'historiographie de l'époque.

regroupe des philosophies et des méthodologies diverses, toutefois ce « babélisme philosophique »²⁵ se réunit sous l'idée de la centralité du langage. L'idée principale pour la méthodologie historique est non plus de s'attarder sur des faits, mais de remarquer qu'en histoire et plus particulièrement concernant l'histoire intellectuelle, « les « faits » du passé avec lesquels l'historien entre concrètement en contact sont des textes, qui n'ont toutefois pas été créés pour être des expressions verbales inoffensives, mais pour produire des effets, pour peser sur la dynamique intersubjective dans un contexte spécifique »²⁶.

La concentration sur la notion de texte, va aboutir au recentrage du questionnement épistémologique en philosophie politique autour des questions d'interprétations, d'herméneutique²⁷. Ce recentrage autour des textes et de l'herméneutique va faire apparaître une tension entre le texte et son ou plutôt ses interprètes. Les apports de l'herméneutique nous apprennent que c'est avant tout l'interprète qui construit ou reconstruit le sens du texte, bien plus qu'il ne le découvre. Dès lors, le problème de la subjectivité de l'historien interprétant les textes passés se pose. Les méthodes reconnues comme scientifiques sont censées permettre d'éviter cet écueil de subjectivité. Ainsi la question de la méthode deviendra centrale pour savoir comment restituer le plus objectivement possible la pensée d'un auteur passé. Cette question est de méthode est primordiale par exemple dans l'œuvre de Quentin Skinner.

2) L'apport de la démarche contextualiste

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

S'agissant des historiens de l'*Ecole de Cambridge* la démarche est pleinement revendiquée, en témoigne des articles importants en matière d'épistémologie historique²⁸ mais

²⁵ P. COSTA, « Histoire, Théorie et Histoire des théories », in *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle?*, sous la dir. de C. M. HERRERA et A. LE PILLOUER, Kimé, 2012, p. 19 (voir p. 32).

²⁶ *Ibid*, p. 33

²⁷ J. GREISCH, « Herméneutique », *Encyclopaedia Universalis*, en ligne : <<http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/hermeneutique/>>.

²⁸ Les travaux de Quentin Skinner notamment : Q. SKINNER, « The Limits of Historical Explanations », 1966, vol. 41, n° 157, p. 199. ; Q. SKINNER, « Motives, Intentions and the Interpretation of Texts », *New Literary*

aussi des rappels méthodologiques importants au début de leurs ouvrages de référence²⁹. Ainsi pour prendre l'exemple des deux historiens du républicanisme les plus célèbres et membres de cette école, John Pocock et Quentin Skinner ont développé une épistémologie en totale opposition avec la méthodologie historique de l'époque. Pocock s'intéresse essentiellement au contexte langagier de production des écrits intellectuels, là où Skinner empreint de la pragmatique austinienne de la théorie des actes de langage, s'intéressera davantage au contexte politique dans lequel s'inscrit l'écrit étudié, c'est-à-dire non seulement ce qu'a voulu dire l'auteur mais aussi ce qu'il a voulu faire³⁰. S'agissant de Pocock, l'insistance se fait sur l'existence, la persistance ou la disparition de vocabulaires³¹, discours³², ou langages³³ pour reprendre ses termes et les contextes dans lesquels ces vocabulaires, discours ou langages interagissent. Ainsi la nouveauté épistémologique consiste à prendre en compte au-delà de grands textes ou des grands auteurs, le contexte discursif dans lequel les auteurs se déplacent. Ce contexte discursif qui conditionnera la formation de leurs théories peut se comprendre en termes de contraintes argumentatives perceptibles également dans la création de certaines théories du droit³⁴. C'est ainsi qu'à côté du langage libéral essentiellement juridique, autour de notions telles que le droit subjectif par exemple, a perduré un langage républicain, essentiellement éthique et politique, fondé sur les concepts de vertu³⁵, de *vivere civile*³⁶, de lutte contre la corruption et d'indépendance. On voit donc bien apparaître l'influence du tournant linguistique sur la méthode historique à travers les travaux républicains.

History, 1972, vol. 3, n° 2, p. 393. Q. SKINNER, «Some Problems in the Analysis of Political Thought and Action», *Political Theory*, 1974, vol. 2, n° 3, p. 277.

Quentin Skinner a opéré une véritable somme de sa pensée méthodologique dans le premier tome de *Visions of Politics* : Q. SKINNER, *Visions of Politics. Volume I: Regarding Methods*, Cambridge University Press, 2002, 57 p.

²⁹ A titre d'exemple voir : J. G. POCOCK, *Le moment machiavélien*, 1 éd., PUF, 1997, 586 p. (voir p. XLVII-LVII) ; J. G. POCOCK, *Vertu, commerce et histoire: essais sur la pensée et l'histoire politique au XVIIIe siècle*, PUF, 1998, 410 p. ; Q. SKINNER, *Les fondements de la pensée politique moderne*, Albin Michel, 2001, 923 p. (voir p. 8-14) ; Q. SKINNER, *Hobbes et la conception républicaine de la liberté*, Albin Michel, 2009, 238 p. (voir p. 11-13) ; J. DUNN, *La pensée politique de John Locke*, PUF, 1969 trad.: 1991, 284 p. (voir p. 15-20)

³⁰ Quentin Skinner est largement influencé par la philosophie de Wittgenstein et John Langshaw Austin. A ce titre voir : J. L. AUSTIN, *Quand dire c'est faire*, Seuil, 1962 trad.: 1970. réed.: 1991, 202 p. ; L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, Gallimard, 1922. trad. et réed: 2001, 121 p.

Pour une première approche des philosophies du langage voir : S. AUROUX, *La philosophie du langage: sens et essences des langues*, 2e éd., PUF, 2013, 127 p.

³¹ J. G. POCOCK, *Le moment machiavélien*, 1 éd., PUF, 1997, 586 p. (voir p. 4)

³² *Ibid*

³³ *Ibid*

³⁴ « En revanche, il y a des cas où les théories du droit sont elles-mêmes le produit de l'histoire. C'est ce qui arrive lorsque, dans certaines situations historiques, le discours des juristes obéit à une logique ou à des contraintes argumentatives, qui se répètent, si bien que la théorie du droit ne fait que le reproduire à un plus haut degré d'abstraction. » M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, 1ère éd., PUF, 2011, 294 p. (voir p. 277)

³⁵ J. G. POCOCK, *Vertu, commerce et histoire: essais sur la pensée et l'histoire politique au XVIIIe siècle*, PUF, 1998, 410 p. ; J. G. POCOCK, *Le moment machiavélien*, 1 éd., PUF, 1997, 586 p. (voir p. 35 et suiv.)

³⁶ J. G. POCOCK, *Le moment machiavélien*, 1 éd., PUF, 1997, 586 p. (voir p. 55 et suiv.) ; H. ARENDT, «De la révolution», *L'humaine condition*, Gallimard, 1963, 1965 rééd. : 2012, p. 525.

Mais c'est plus encore dans les travaux de Quentin Skinner que cette influence est remarquable. Les travaux de l'auteur britannique sur l'épistémologie de l'histoire sont d'une importance considérable³⁷. Son approche qualifiée de contextualiste³⁸ pourrait se définir comme l'idée selon laquelle « plus d'histoire [et] moins de philosophie »³⁹ sont nécessaires pour comprendre au mieux les textes du passé. Pour Skinner l'important est moins la mise en valeur exclusive des textes fondamentaux, et leur compréhension *in abstracto*, que la prise en compte du contexte intellectuel mais aussi social, dans lequel le théoricien s'inscrit⁴⁰. Il en résulte deux corollaires méthodologiques, l'un commun avec Pocock selon lequel il ne faut pas uniquement se concentrer sur certains auteurs réputés comme majeurs, mais bien sur l'intégralité de la production intellectuelle d'une époque donnée pour mieux comprendre et interpréter ce qu'a voulu dire et faire l'auteur. On retrouve ici, l'idée d'un contexte argumentatif chère à Pocock. Ce contexte argumentatif que Skinner nomme « contexte idéologique »⁴¹ est déterminé par un « vocabulaire »⁴² particulier, permettant la justification et la légitimation des actions et discours des acteurs politiques ou juridiques⁴³. Ainsi, cette méthode contextualiste permet de traiter de l'histoire des théories de façon réellement historique, en prenant en compte le contexte de production de ces théories. Le deuxième corollaire de cette posture méthodologique est la prise en compte de l'action de l'auteur au sein de ce cadre argumentatif. Ainsi *via* l'influence de la philosophie des actes de langage Skinner aborde le texte des auteurs également comme des actes, c'est-à-dire des interventions politiques dans les débats politiques d'une époque particulière. C'est ainsi que Skinner peut faire appel au concept d'intention⁴⁴ du texte, qui ne réside pas dans la recherche des intentions

³⁷ Voir note de bas de page 28.

³⁸ S. MARCOTTE-CHÉNARD, «Le contextualisme de Quentin Skinner à l'épreuve du cas Machiavel», *Methodos*, Avril 2013, en ligne : <<http://methodos.revues.org/3168> ; DOI : 10.4000/methodos.3168>.

³⁹ A. HERLA, «Histoire de la pensée politique et théorie du langage: Skinner, Pocock, Johnston lecteurs de Hobbes», *Dissensus. Revue de philosophie politique de l'Université de Liège*, Février 2010, n° 3, p. 164. Reprenant une phrase de Quentin Skinner : « *If there is to be any prospect of clearing up the confusions into which study of Hobbes's work has fallen, it is less philosophy, and more history which is needed* » in, Q. SKINNER, «Hobbes's Leviathan», in *Hobbes, Volume I*, sous la dir. de J. DUNN et I. HARRIS, Edward Elgar Publishing, 1997, p. 368 (voir p. 380). En d'autres termes, la méthode traditionnelle en histoire des idées politiques concentrée sur le texte uniquement (et cachant une croyance singulièrement cognitive par ailleurs) a finalement et paradoxalement eu une approche profondément anhistorique : « Une de mes réserves vis-à-vis de la méthode traditionnelle « textualiste » tient à ce que ses représentants, tout en prétendant en général écrire l'histoire des théories politiques, ne nous ont que rarement proposé de véritable histoire. », Q. SKINNER, *Les fondements de la pensée politique moderne*, Albin Michel, 2001, 923 p. (voir p. 10)

⁴⁰ Q. SKINNER, *Les fondements de la pensée politique moderne*, Albin Michel, 2001, 923 p. (voir p. 9)

⁴¹ *Ibid.* p. 9

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.* p. 11

⁴⁴ « Si dire x c'est faire quelque chose, alors décrire ce qui est fait c'est décrire les intentions du texte », Q. SKINNER, «On performing and explaining linguistic actions», *The philosophical quarterly*, 1971, vol. 82, p. 2 (voir p. 13).

de l'auteur qui reviendrait à une forme de psychologisme, mais dans la recherche de la « destination pragmatique [du texte], comme un moment de sa stratégie rhétorique »⁴⁵. En somme, il s'agit de comprendre les circonstances et les raisons pour lesquelles les auteurs utilisent tel ou tel concept, théorie ou stratégie argumentative⁴⁶. Cette démarche lui permettra par exemple de replacer la philosophie de Hobbes dans le contexte d'un affrontement entre deux conceptions de la liberté, républicaine et libérale. Les écrits de Hobbes sont abordés comme une intervention polémique dans un conflit de son époque⁴⁷, et permettent de mieux comprendre certains concepts développés par cet auteur.

Une même démarche, bien que moins formalisée, est présente chez les historiens américains à l'origine du renouveau républicain⁴⁸. Ainsi Bernard Baylin, revendique aisément son approche « profondément contextualiste de l'histoire »⁴⁹, en insistant sur toute la production littéraire de l'époque. À partir de pamphlets, essais et commentaires de toutes sortes sur des supports divers, il a constaté que la révolution avait été pensée dans un contexte précis, par des hommes d'action. La littérature révolutionnaire, mais aussi les débats constitutifs s'inscrivent dans un débat politique dont les idées ne peuvent se détacher⁵⁰. Il reconnaît lui aussi certains thèmes chers aux républicains et présents dans les débats révolutionnaires⁵¹, sans pour autant admettre la présence d'une véritable doctrine républicaine formalisée en tant que telle⁵². Gordon Wood adopte également une démarche contextualiste⁵³, qu'il oppose à une démarche « profondément anhistorique »⁵⁴ retenue par de nombreux

⁴⁵ P. COSTA, « Histoire, Théorie et Histoire des théories », in *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle?*, sous la dir. de C. M. HERRERA et A. LE PILLOUER, Kimé, 2012, p. 19 (voir p. 32).

⁴⁶ A. HERLA, « Histoire de la pensée politique et théorie du langage: Skinner, Pocock, Johnston lecteurs de Hobbes », *Dissensus. Revue de philosophie politique de l'Université de Liège*, Février 2010, n° 3, p. 164.

⁴⁷ Q. SKINNER, *Hobbes et la conception républicaine de la liberté*, Albin Michel, 2009, 238 p.

⁴⁸ « *Historians of political thought like Quentin Skinner and J. G. A. Pocock soon found themselves asking new questions about the interactions among ideas, politics, and social action, as did the American historians Bernard Baylin, Gordon Wood, Eric Foner, and David Brion Davis. The attention to systems of meaning only became more intense in the 1990s, as many subfields followed the philosopher Richard Rorty's invocation of a "linguistic turn", which in the hands of historians heightened the importance of rigorously contextualizing language and meaning.* », L. BUTLER, « Reconstructions in Intellectual and Cultural Life », in *Reconstructions: New Perspectives on the Postbellum United States*, sous la dir. de T. J. BROWN, Oxford University Press, 2008, p. 172 (voir p. 178).

⁴⁹ B. BAYLIN, *Les origines idéologiques de la révolution américaine*, Belin, 2010, 382 p. (voir p. 5)

⁵⁰ *Ibid.* p.6 : « Mais les porte-parole de la révolution – les pamphlétaires, les essayistes et les commentateurs de toute sorte – n'étaient pas des philosophes et ils ne constituaient pas une intelligentsia séparée du reste de la société. C'étaient des hommes actifs, politiciens, commerçants, hommes de loi, planteurs ou pasteurs, qui ne cherchaient pas à se régler sur la pensée des grandes figures historiques de la philosophie politique que les critiques modernes qualifient maintenant d'influents. »

⁵¹ *Ibid.* p.6

⁵² *Ibid.* p.6-7

⁵³ Le terme contextualisme n'est pas utilisé par Gordon Wood lui-même à l'inverse de Bernard Baylin.

⁵⁴ G. S. WOOD, *La création de la république américaine, 1776-1787*, Belin, 1991, 767 p. (voir p. 32) : « A mesure que j'explorais cet univers de pensée, il s'avéra que de nombreux problèmes historiographiques liés à l'interprétation de la Révolution et de la formation des Constitutions résultaient d'une méconnaissance de

historiens de la révolution, en insistant sur le caractère singulier du vocabulaire utilisé à l'époque révolutionnaire. Ce vocabulaire contraignait les acteurs politiques et les penseurs et réciproquement subissait des modifications importantes du fait de ces acteurs et penseurs⁵⁵.

Quant à la doctrine constitutionnaliste américaine, elle s'est intéressée dans le même esprit à replacer la pensée des pères fondateurs dans leur dynamique intersubjective. Ainsi, sans se contenter de reprendre les grands écrits des pères fondateurs, elle a mis l'accent sur le discours des anti-fédéralistes largement imprégnés de philosophie républicaine⁵⁶. C'est dans ce rapport dialogique entre fédéralistes et anti-fédéralistes, que sont nés les Etats-Unis d'Amérique et c'est donc ce rapport dialogique qu'il faut étudier sans mettre de côté l'une ou l'autre des parties⁵⁷. Ainsi l'histoire en tant que discipline, et en l'espèce l'histoire des idées politiques, peut apporter à l'histoire constitutionnelle des méthodes nouvelles pour l'appréhension de son objet.

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

l'originalité de la culture politique au sein de laquelle avait agi la génération révolutionnaire. Trop souvent l'approche de nombre d'historiens de la Révolution américaine, semblait-il, avait été profondément anhistorique ; on avait été trop peu sensible à ce qu'il y avait d'irréductiblement singulier dans le monde du XVIII^e siècle. »

⁵⁵ *Ibid.* p.32-33 : « Même si le vocabulaire politique de cette époque m'était familier, je trouvais étrange et inouïe la signification d'une bonne partie de ce vocabulaire, et je constatais que des mots tels que « liberté », « démocratie », « vertu », ou « républicanisme » ne pouvaient pas s'appliquer à toutes les époques. De fait, même dans les limites de la très courte période de temps que j'étudiais, il fut bientôt clair que les termes et les catégories de la pensée politique subissaient un changement rapide, sous la pression de polémiques et d'expériences politiques formidables. ».

⁵⁶ F. MICHAUT et F. I. MICHELMAN, *Le mouvement des Critical Legal Studies entre républicanisme et libéralisme. Traces de gouvernement de soi par soi: préface à la session 1985 de la Cour suprême*, Presses de l'Université Laval, 2010, 244 p. (voir p. 76) ; G. R. STONE, et al., *Constitutional law*, 6 éd., Aspen Publishers, 2009, 1176 p. (voir p. 8-29)

⁵⁷ « *Aspects of classical republicanism found an American home in the work of the antifederalists; and antifederalist thought has exerted a continuing influence on American public law. But elements of republican thought can be found in the views of the federalists as well.* » C. R. SUNSTEIN, «Beyond the Republican Revival», *Yale Law Journal*, 1988, vol. 97, p. 1540. ; G. R. STONE, et al., *Constitutional law*, 6 éd., Aspen Publishers, 2009, 1176 p. (voir p. 14)

tant que récit⁵⁸, sur la perception dominante de l'histoire de la modernité. Dès lors les controverses historiques au sein de la doctrine en histoire des idées et en histoire constitutionnelle seraient peut-être moins le fait d'une divergence de principe sur les méthodes qu'une divergence indéniable sur le contenu de cette histoire, les problèmes de méthodes ne venant qu'*a posteriori* comme reconstruits une fois les travaux achevés⁵⁹. Elles ne seraient pas le fruit de divergences épistémologiques mais au contraire la source de ces dernières. Ainsi, les controverses historiques au sein de la doctrine sont peut-être avant tout des controverses de fond et en cela, elles apportent un nouvel éclairage sur l'Histoire.

B. Une histoire revisitée

Les controverses historiques apportent également quelque chose à l'histoire constitutionnelle comme objet. S'agissant du cas républicain le révisionnisme républicain a apporté un nouvel éclairage sur la période moderne (1) et plus particulièrement sur l'origine de la constitution américaine. (2)

1) Une perception renouvelée de la modernité

L'histoire de la modernité a longtemps été dominée par une perception juridiciste de cette période. La modernité serait l'avènement des principes du constitutionnalisme que nous pourrions qualifier de libéraux. C'est cette synthèse juridico-libérale qui domine l'historiographie jusque dans les années 1960. Ainsi, bien loin du problème de la recherche de l'autonomie de l'histoire du droit et de l'histoire constitutionnelle en particulier, on remarque que la tendance a davantage été une soumission de l'histoire intellectuelle à l'histoire du droit⁶⁰. L'histoire de la modernité serait l'histoire de l'avènement de l'État et la grande marche vers le subjectivisme juridique. La modernité était donc présentée avant tout comme la montée en puissance du libéralisme *via* l'avènement puis le développement des droits subjectifs de l'individu. La Liberté dans ce cadre est réduite aux droits et libertés. Toutefois,

⁵⁸ Jean-Fabien Spitz parle d'une « insatisfaction historiographique », J. G. POCOCK, *Le moment machiavélien*, 1 éd., PUF, 1997, 586 p., préface : p. VII-XV

⁵⁹ F. SAINT-BONNET, «Regards critiques sur la méthodologie en histoire constitutionnelle. Les destinations téléologiques des options épistémologiques.», *Jus politicum*, Mars 2009, n° 2.

⁶⁰ Comme le souligne Jean-Fabien Spitz dans la préface à l'édition française du moment machiavélien : « Une telle perspective conduisait à aborder la question des origines de la philosophie politique moderne par les avenues larges et bien tracées de la philosophie du droit. », J. G. POCOCK, *Le moment machiavélien*, 1 éd., PUF, 1997, 586 p. (voir p. VIII) ; J. G. POCOCK, *Vertu, commerce et histoire: essais sur la pensée et l'histoire politique au XVIIIe siècle*, PUF, 1998, 410 p.

le grand apport de la philosophie républicaine a été de montrer qu'un discours concurrent existait à l'époque moderne, un discours qui montre que la Liberté n'a pas seulement été pensée par le prisme juridique des droits et libertés, mais par un discours à la fois éthique et politique. Là s'explique sans doute la faible réception de cette théorie républicaine par les juristes.

Cependant l'intérêt d'étudier une origine non entièrement juridique des évolutions de la modernité est double. D'une part, cela permet de remettre en question les certitudes que nous avons quant à l'importance du droit dans l'histoire. D'autre part, cela permet de faire avancer la connaissance de l'histoire constitutionnelle proprement dite. Ainsi le républicanisme semble être un levier puissant de mise à jour de l'histoire constitutionnelle. Evidemment il ne s'agit pas de remplacer une vision dogmatique par une autre mais de considérer que les sociétés, les Etats et les constitutions se forment par la rencontre de différents courants de pensée, par des controverses propres à leur temps mais qui ancrent leurs argumentations dans des références passées. Dès lors la redécouverte d'un courant de pensée oublié peut-être une meilleure façon de comprendre l'origine et les développements de certains concepts ou objets constitutionnels particuliers. Ainsi peut-on comprendre toutes les particularités de la Constitution américaine, et notamment sa référence à la République, sans historiciser c'est-à-dire contextualiser le concept de République qui a dans le cadre de la naissance des Etats-Unis un sens particulier.⁶¹

Ainsi malgré la modestie de ce simple « nouveau » républicain, il y a de véritables propositions novatrices à chaque étape de son développement. Ce courant évolue donc en conservant des principes historiques et en les adaptant aux nécessités, aux problèmes nouveaux. Il ne s'agit pas de ressusciter une pensée antique, mais bien de proposer une lecture différente de ce que pourrait être le constitutionnalisme. Dans cette perspective il n'est pas évident que le constitutionnalisme soit intrinsèquement et exclusivement lié au libéralisme. Il faut prendre en compte l'existence d'un discours républicain moins centré sur la « sphère juridique destinée à toujours mieux protéger les droits des individus pour que ceux-ci puissent se consacrer pleinement à leurs activités privées »⁶², au contraire en insistant sur la nécessité

⁶¹ D. BARANGER, «Le piège du droit constitutionnel.», *Jus Politicum*, Décembre 2009, n° 3, p. 17. <http://www.juspoliticum.com/Le-piege-du-droit-constitutionnel.html>

⁶² S. AUDIER, «L'idée républicaine dans la pensée politique contemporaine», in *L'idée républicaine en Europe XVIIIe/XXIe siècles. Histoire et pensée universelles, Europe. Volume 1. La République universelle*, sous la dir. de P. BAQUIAST et E. DUPUY, L'Harmattan, 2007, p. 39 (voir p. 43).

de participation politique, les mœurs politiques, et la recherche d'un bien commun non corrompus par des intérêts privés⁶³.

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

S'agissant du néo-républicanisme, il a permis, aux Etats-Unis, de s'interroger sur les origines de la Constitution américaine et donc sur les justifications philosophiques de son agencement institutionnel.

Il est possible de déceler une origine républicaine à la naissance des Etats-Unis. C'est d'ailleurs tout le travail entrepris comme nous l'avons vu par Bernard Baylin, Gordon Wood et John Greville Agard Pocock. Des récurrences de thèmes et de vocabulaires républicains semblent apparaître au moment de la Révolution américaine. Par exemple le rapport entre bien commun et intérêts particuliers : « Le sacrifice des intérêts individuels au bien supérieur du tout formait l'essence du républicanisme et constituait aux yeux des Américains le but idéaliste de leur Révolution. »⁶⁴ C'est là tout le paradoxe du nouveau républicain. Il réside dans la volonté des historiens qui, en vertu de leurs choix méthodologiques, insistent sur le contexte particulier dans lequel la pensée d'un auteur s'inscrit et cherchent, en même temps, à déceler une paternité à travers différentes époques, voire à prolonger comme Quentin Skinner la réflexion de nos jours. Ainsi même si l'on peut observer des récurrences dans le vocabulaire utilisé, dans les thématiques abordées, il ne faut pas négliger, en vertu de cette réflexion sur la pensée contextualisée des auteurs, les problèmes précis rencontrés par les hommes à une période donnée. Il ne nous semble pas possible d'évoquer pensée républicaine singulière mais seulement d'une pluralité de pensées républicaines à travers les âges. Chaque auteur reprend tout ou partie de cet héritage conceptuel, mais le réactualise à chaque fois de sorte qu'aucune étape ne correspond vraiment à celle d'avant. La pratique de l'histoire permet de mettre à jour, d'expliquer et de comprendre la filiation des théories, par exemple des théories républicaines. Ainsi comme le souligne Denis Baranger, la théorie républicaine comme son vocabulaire sont renouvelés au moment de la Révolution américaine⁶⁵. À

⁶³ *Ibid*

⁶⁴ G. S. WOOD, *La création de la république américaine, 1776-1787*, Belin, 1991, 767 p. (voir p. 89)

⁶⁵ D. BARANGER, «Le piège du droit constitutionnel.», *Jus Politicum*, Décembre 2009, n° 3, p. 17-18. : « J'inclinerai à en dire autant de l'idée de République telle qu'elle sera refondée au moment de la révolution américaine. Il se peut bien que cette refondation ait été rendue possible par la persistance d'un discours politique parallèle à celui du libéralisme, et dont J.G.A. Pocock a retracé l'histoire dans un ouvrage célèbre. Mais, d'un point de vue qui est peut-être plus spécifiquement celui de l'histoire constitutionnelle que de celui de l'histoire des idées politiques adopté dans le Moment Machiavélien, la nouveauté est flagrante. On retrouve là un thème tocquevillien: à certains moments, il faut une science politique nouvelle pour une époque nouvelle. On relèvera que lorsque les auteurs du Fédéraliste recensent les matériaux de leur nouvelle «science de la politique» (*science*

l'inverse il ne faut pas négliger la volonté de certains auteurs révolutionnaires de revendiquer un héritage républicain plus ancien⁶⁶. Ainsi, c'est essentiellement dans les écrits des anti-fédéralistes que se retrouve cet héritage républicain⁶⁷, s'appuyant à la fois sur des sources antiques parfois vulgarisées⁶⁸, mais aussi sur une radicalisation de la pensée *whig*⁶⁹. Un humanisme civique attiré par le modèle des petites républiques antiques et largement inspiré par la pensée de Rousseau et de Montesquieu. Puisque le gouvernement républicain n'est possible que dans des républiques de taille restreinte, les anti-fédéralistes ont recherché des garanties dans la séparation des pouvoirs. Cependant, ils reprochaient au projet de Constitution de trop insister sur les aspects non-démocratiques du régime⁷⁰. Les anti-fédéralistes auront une influence déterminante dans l'écriture de la Constitution notamment dans l'adoption du *Bill of Rights*⁷¹.

L'influence de la pensée républicaine n'est donc pas négligeable pour l'histoire constitutionnelle au-delà même de la période fondatrice car comme le souligne Philippe Raynaud : « Le conflit entre « Fédéralistes » et « Républicains », qui s'exprime notamment par l'opposition entre Hamilton et Jefferson, est en fait fondé sur une reprise des mêmes problèmes, posés cette fois à partir de l'*interprétation* de la constitution. »⁷²

S'agissant de la révolution américaine, le renouveau historiographique permet, à notre sens, d'avoir une compréhension plus complète de la constitution américaine et à ce titre améliorer notre connaissance de l'histoire constitutionnelle américaine. Ainsi, nous pouvons induire de cet exemple que les controverses historiques, les débats qui peuvent exister au sein de la communauté scientifique des historiens peuvent avoir une influence décisive sur

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

⁶⁶ G. S. WOOD, *La création de la république américaine, 1776-1787*, Belin, 1991, 767 p.

⁶⁷ G. R. STONE, et al., *Constitutional law*, 6 éd., Aspen Publishers, 2009, 1176 p. ; B. ACKERMAN, « Storrs Lectures: Discovering the Constitution », *Yale Law Journal*, 1984, vol. 93, p. 1013.

⁶⁸ G. S. WOOD, *La création de la république américaine, 1776-1787*, Belin, 1991, 767 p. (voir p. 83)

⁶⁹ *Ibid* (voir p. 35-55)

⁷⁰ G. R. STONE, et al., *Constitutional law*, 6 éd., Aspen Publishers, 2009, 1176 p. (voir p. 14; 19-24) ; P. RAYNAUD, *Trois révolutions de la liberté. Angleterre, Amérique, France*, PUF, 2009, 384 p. (voir p. 152-153)

⁷¹ Pour les apports des anti-fédéralistes à la Constitution américaine voir notamment : G. R. STONE, et al., *Constitutional law*, 6 éd., Aspen Publishers, 2009, 1176 p.

⁷² P. RAYNAUD, *Trois révolutions de la liberté. Angleterre, Amérique, France*, PUF, 2009, 384 p. (voir p. 158)

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

II. L'intérêt des controverses historiques pour la théorie constitutionnelle

Les controverses historiques peuvent également avoir un intérêt pour la théorie constitutionnelle. Les auteurs néo-républicains n'entendent pas seulement faire œuvre historique, mais entendent utiliser ce renouveau républicain pour enrichir la philosophie politique et la philosophie juridique. Ils ne font plus œuvre historique mais œuvre théorique. Cependant la volonté de rattacher leurs théories à des théories plus anciennes montre l'intérêt argumentatif du recours à l'histoire pour la théorie du droit (A.). Si le risque pour la théorie du droit résiderait alors dans l'utilisation totalement arbitraire des arguments historiques, cependant cet écueil est évité du fait de la soumission de ces arguments à l'exigence de réflexivité. (B.)

A. Un renouveau argumentatif

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

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

Ce renouveau républicain a permis une analyse de la jurisprudence de la Cour suprême à l'aune de la doctrine républicaine. C'est notamment le cas chez Franck Michelman⁷³. Comme le souligne Françoise Michaut : « On pourrait dire que Frank I. Michelman reprend le flambeau là où Mark Tushnet a abandonné : il y a bien, pour lui, la possibilité de défendre un constitutionnalisme américain lisible à la lumière d'une tradition républicaine, américaine,

⁷³ A ce titre voir : F. I. MICHELMAN, «The Supreme Court 1985 Term. Foreword: Traces of Self-Government», *Harvard Law Review*, 1986, vol. 100, p. 4. ; F. I. MICHELMAN, «Law's Republic», *The Yale Law Journal*, 1988, vol. 97, p. 1493.

spécifique, qui commande aux tribunaux et tout spécialement à la Cour suprême exerçant le contrôle de constitutionnalité, une certaine ligne de conduite. ». Ainsi pour reprendre les termes de Franck Michelman lui-même : « On peut débattre des problèmes constitutionnels et imaginer de nouvelles perspectives doctrinales en discutant à propos de la mesure dans laquelle l'«opposé» a survécu et a eu une influence significative, détectable sur la Constitution, qui peut être invoquée honnêtement dans le travail d'interprétation. »⁷⁴. Michelman a utilisé ce travail historique pour interpréter les décisions de la Cour mais aussi les opinions dissidentes de certains juges dans des affaires importantes⁷⁵. Ainsi, il est possible de considérer cette théorie du droit républicaine comme un originalisme alternatif aux conceptions conservatrices ou libérales⁷⁶.

Ces controverses historiques permettent donc une meilleure compréhension de la jurisprudence, notamment pour révéler les présupposés théoriques des juges de la Cour suprême par exemple dans leurs opinions dissidentes ou concordantes. Ainsi il nous semble possible d'analyser les récentes décisions en matière de financement des campagnes électorales par la Cour suprême comme la répétition de ce conflit entre libéralisme et républicanisme. On peut en effet percevoir des argumentations qui peuvent être lues à l'aune de ce conflit. Cass R. Sunstein avait déjà succinctement étudié la question du financement des campagnes électorales à l'aune du républicanisme⁷⁷ s'agissant à l'époque de l'arrêt *Buckley v. Valeo* de 1976⁷⁸. Cet arrêt invalidait les plafonds de financement des campagnes électorales par les personnes privées fixés par une loi de 1971, au nom du « libre marché des idées politiques » (« marketplace of political ideas »), les financements de candidats et de campagnes étant considérés comme des moyens d'expression au sens du Premier Amendement. Cette jurisprudence a opté pour une conception stricte du 1^{er} amendement et de la démocratie : « La conception selon laquelle le gouvernement pourrait limiter l'expression de certains éléments de la société de façon à renforcer le poids relatif d'autres voix est totalement étrangère au premier amendement. »⁷⁹.

⁷⁴ F. I. MICHELMAN, «The Supreme Court 1985 Term. Foreword: Traces of Self-Government», *Harvard Law Review*, 1986, vol. 100, p. 4 (voir p. 18).

⁷⁵ Dans son article de 1986 Franck Michelman part de la décision de la Cour suprême fédérale de 1986 *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503 (1986). Dans son article de 1988 il s'agit de la décision de la Cour suprême fédérale de 1986 *Bowers v. Hardwick*, (478 U.S. 186 (1986))

⁷⁶ C'est ce que fait Mark Tushnet par ailleurs: M. TUSHNET, «L'état actuel des études juridiques critiques aux Etats-Unis», *Archives de la philosophie du droit*, 2000, n° 44, p. 419.

⁷⁷ C. R. SUNSTEIN, «Beyond the Republican Revival», *Yale Law Journal*, 1988, vol. 97, p. 1540 (voir p. 1576-1577).

⁷⁸ 424 U.S. 1 (1976)

⁷⁹ « The concept that government may restrict the speech of some elements of our society in order to enhance the relative voice of others is wholly foreign to the First Amendment », *Buckley v. Valeo*, trad. Françoise

Il nous semble possible de prolonger et d'amplifier la réflexion de Cass R. Sunstein pour les suites jurisprudentielles et législatives de cet arrêt. Notamment la mise en place du *Bipartisan Campaign Reform Act* de 2002, validé par la Cour suprême s'agissant de la limitation des hypothèses d'utilisation de *soft money*⁸⁰ mais invalidée concernant le financement par des personnes morales dans l'arrêt de 2010 *Citizens United v. FEC*⁸¹. Cet arrêt affirme que les personnes morales sont des orateurs disposant des mêmes droits politiques que les personnes privées, et qu'il n'y a, dès lors, aucune raison de refuser leur contribution au financement des campagnes. Cela a eu pour effet concret de rendre licite le financement par des grandes entreprises des spots de publicité durant les campagnes électorales⁸² dont l'utilisation était limitée par le *Bipartisan Campaign Reform Act*. Là encore comme le souligne Jeremy Waldron⁸³ en faisant référence à un livre de Louis Michael Seidman⁸⁴, cette décision pourrait être analysée à l'aune des doctrines libérales et républicaines. Ainsi Seidman et Waldron opposent l'« engagement libéral » en faveur de la liberté d'expression (« Free Speech ») et la recherche d'intégrité (« integrity ») des procédures électorales, à la recherche d'égalité dans la participation au gouvernement de soi par soi⁸⁵, en faisant notamment référence aux écrits de Philip Pettit. Par ailleurs, Charles Fried souligne une jurisprudence « d'inspiration profondément libérale » en matière de liberté d'expression.⁸⁶ L'arrêt très récent *McCutcheon et al. v. Federal Election Commission* du 2 Avril 2014⁸⁷, permet de prolonger la réflexion. Ainsi, l'opinion majoritaire du *chief justice* Roberts et l'opinion dissidente du *justice* Breyer mettent en exergue une tension importante

Michaut: F. MICHAUT et F. I. MICHELMAN, *Le mouvement des Critical Legal Studies entre républicanisme et libéralisme. Traces de gouvernement de soi par soi: préface à la session 1985 de la Cour suprême*, Presses de l'Université Laval, 2010, 244 p. (voir p. 59)

⁸⁰ Arrêt de 2003 *McConnell v. F.E.C.*, 540 U.S. 93 (2003)

⁸¹ 130 S.Ct. 876 (2010)

⁸² A propos de cet arrêt voir notamment : M. ROSENFELD et E. COHEN, «La Cour suprême des Etats-Unis, les sessions 2008-2009 et 2009-2010: un clivage idéologique marqué dans l'interprétation de la Constitution», *RDP*, 2011, vol. 5, p. 1345.

⁸³ J. WALDRON, «Book Review: Never mind the constitution: on constitutional disobedience. by Louis Michael Seidman», *Harvard Law Review*, 2014, vol. 127, n° 6, p. 1147.

⁸⁴ M. SEIDMAN, *On constitutional disobedience*, Oxford University Press, 2013, 176 p.

⁸⁵ « For example, Seidman cites the case of campaign finance laws (pp. 100-01). A civic republican might well believe that the integrity of our electoral arrangements matters more than the liberal commitment to free speech, which the First Amendment upholds. Or she might believe in a version of free speech that treats it as “the right to engage in public self-government” (p. 100) on an equal basis and therefore dovetails with the idea of restrictions on campaign contributions by the wealthy (pp. 100-01). Or perhaps she might believe that what matters above all is that the fraught issue of campaign finance be settled freely among the citizenry now, by their own decisions, rather than that it be settled for them by some constitutional authority. », J. WALDRON, «Book Review: Never mind the constitution: on constitutional disobedience. by Louis Michael Seidman», *Harvard Law Review*, 2014, vol. 127, n° 6, p. 1147 (voir p. 1155).

⁸⁶ C. FRIED, «Liberté d'expression, liberté de pensée, libertés hors du droit? Deux décisions controversées de la Cour suprême des Etats-Unis», *Les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, 2012, n° 36, p. 157.

⁸⁷ 576 U.S. (2014)

entre la protection des droits et libertés, en l'espèce la liberté d'expression (« *free speech* ») qui s'exprime par les contributions pécuniaires procurées aux candidats, et la prévention des risques de corruption. Le thème de la lutte contre la corruption est d'ailleurs un thème central de la littérature républicaine. On peut voir dans cet arrêt l'opposition entre deux théories de la démocratie. L'une où la démocratie se dissout dans la protection des droits de l'individu et où l'interférence avec un droit est considérée comme suspecte. Cette première conception de la démocratie est défendue par la majorité conservatrice de la Cour suprême de nos jours. Cette conception est d'inspiration largement libérale puisqu'elle considère les droits avant tout comme des libertés négatives. À l'inverse la conception défendue par Stephan Breyer et les juges minoritaires est une conception bien plus républicaine dans le sens où le Premier Amendement est considéré dans une perspective plus large de démocratie sensible (« *responsive* ») aux idées et aux pensées des individus⁸⁸ et où la limitation d'un droit n'est pas considérée par essence comme attentatoire à ce droit, sauf dans le cas où cette limitation peut entraîner une quelconque domination⁸⁹. La doctrine républicaine permet donc encore à ce jour d'éclairer de façon nouvelle le droit positif américain.

2) Une argumentation utile dans la transformation du droit constitutionnel

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

⁸⁸ Cela est très clair dans un passage de l'opinion dissidente du juge Breyer : « *The upshot is that the interests the Court has long described as preventing « corruption » or the « appearance of corruption » are more than ordinary factors to be weighed against the constitutional right to political speech. Rather, they are interests rooted in the First Amendment itself. They are rooted in the constitutional effort to create a democracy responsive to the people – a government where laws reflect the very thoughts, views, ideas, and sentiments, the expression of which the First Amendment protects. Given that end, we can and should understand campaign finance laws as resting upon a broader and more significant constitutional rationale than the plurality's limited definition of “corruption” suggests. We should see these laws as seeking in significant part to strengthen, rather than weaken, the First Amendment. To say this is not to deny the potential for conflict between (1) the need to permit contributions that pay for the diffusion of ideas, and (2) the need to limit payments in order to help maintain the integrity of the electoral process. But that conflict takes place within, not outside, the First Amendment's boundaries.* ». Opinion dissidente du juge Breyer dans l'arrêt *McCutcheon v. Federal Election Commission*, 2 avril 2014.

⁸⁹ Nous utilisons les termes de Philip Pettit. Sur la distinction entre liberté comme non-domination et liberté comme non-interférence voir : P. PETTIT, *Républicanisme: une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, 2004, 448 p.

théorie constitutionnelle aux Etats-Unis, le républicanisme apparaît aujourd'hui, dans un certain rôle, adapté au travail de chacune de ces spécialités. C'est un rôle de contre-idéologie, une vision politique, normative à opposer à la vision considérée comme ayant prédominé dans la pensée des Pères fondateurs et dans la Constitution qu'ils ont élaborée. Une telle vision qu'on oppose, si elle est suffisamment claire et cohérente, peut remplir un certain nombre de fonctions heuristiques et argumentatives, importantes pour les juristes constitutionnels. »⁹⁰. Cette conception peut être difficile à comprendre dans un cadre français très influencé par une philosophie rationaliste et un penchant positiviste⁹¹. Toutefois dans le cadre doctrinal américain marqué par l'importance fondamentale du réalisme⁹², et à partir des années 1980 de l'importance prise par l'interdisciplinarité⁹³ ainsi que par le rattachement de Michelman aux *critical legal studies*⁹⁴, cette position d'ouverture peut se comprendre. Michelman ne nous dit pas cependant quelles peuvent être ces fonctions heuristiques et argumentatives.

Nous pouvons observer que ces théories normatives ne sont pas purement spéculatives mais répondent à des nécessités de la théorie du droit à un moment donné⁹⁵. Ainsi comme le

⁹⁰ « *In the professional specialties of American constitutional law and theory, republicanism now appears in a certain role adapted to the work of those specialties. The role is that of a counter-ideology, a normative political vision to set against the vision believed to have predominated in the thought of the framers and in the Constitution they framed. Such a visionary 'opposite,' if reasonably clear and coherent, may serve a number of heuristic and argumentative functions important to constitutional lawyers* », F. I. MICHELMAN, «The Supreme Court 1985 Term. Foreword: Traces of Self-Government», *Harvard Law Review*, 1986, vol. 100, p. 4 (voir p. 17-18). trad. : F. MICHAUT et F. I. MICHELMAN, *Le mouvement des Critical Legal Studies entre républicanisme et libéralisme. Traces de gouvernement de soi par soi: préface à la session 1985 de la Cour suprême*, Presses de l'Université Laval, 2010, 244 p. (voir p. 105)

⁹¹ P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, 2004, 306 p.

⁹² *Ibid.*

⁹³ « En substance, les 8800 professeurs de droit américains (ils étaient 2800 en 1960), qui investissent chaque trimestre près de 600 revues, ont formulé un nombre considérable de propositions dans la continuité historique du réalisme, devenu « post-réalisme ». Et ils ont exploré tous les autres champs du savoir, - en même temps d'ailleurs que leur masse de manœuvre les incitait à avancer les théories les plus audacieuses, voire les plus farfelues pour sortir de l'anonymat... », P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, 2004, 306 p. (voir p. 292) ; O. JOUANJAN, «Histoire de la science du droit constitutionnel», in *Traité international de Droit constitutionnel. Tome 1. Théorie de la Constitution*, sous la dir. de M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD, Dalloz, 2012, p. 69.

⁹⁴ Pour une étude détaillée du lien entre CLS, républicanisme et libéralisme voir : F. MICHAUT et F. I. MICHELMAN, *Le mouvement des Critical Legal Studies entre républicanisme et libéralisme. Traces de gouvernement de soi par soi: préface à la session 1985 de la Cour suprême*, Presses de l'Université Laval, 2010, 244 p.

⁹⁵ C. R. SUNSTEIN, «Beyond the Republican Revival», *Yale Law Journal*, 1988, vol. 97, p. 1540.: « *But the importance of Madison for current constitutional controversy does not depend solely on the quality of Madison's thought. The fact that the American constitutional regime at its outset owed a great deal to republican thought is an important corrective to approaches that purport to speak for the American constitutional tradition, but proceed from pluralist premises or invoke prepolitical rights. Decisions about the nature and direction of a constitutional democracy cannot be made in the abstract and acontextually; they must appeal to reasons. Interpretation of the meaning of the relevant tradition is always an important method of social criticism; an understanding of inherited beliefs is an inevitable part of the project of constitutionalism. The future of American public law depends in significant part on the way that its tradition is understood—a theme highly congenial to republicanism. And the republican elements of the framers' thought deserve credit for helping to launch many reforms that were in retrospect highly desirable.* »

souligne Cass R. Sunstein, au départ, la philosophie du droit américaine est dominée par une idéologie largement libérale⁹⁶, rattachée à une conception pluraliste de la démocratie⁹⁷. C'est contre ce présupposé idéologique dominant au sein de la doctrine que s'érige ce *republican revival*. Notamment parce qu'à cette époque, comme le souligne Mark Tushnet⁹⁸, le modèle libéral a failli dans l'explication de l'évolution du système constitutionnel américain, par exemple s'agissant de la résolution de la « difficulté contre-majoritaire »⁹⁹. Ainsi le *republican revival* au sein de la doctrine constitutionnaliste américaine arrive à une époque, les années 1970 et 1980, où la Cour suprême s'engage dans un tournant conservateur avec la Cour Burger¹⁰⁰ et plus fondamentalement la Cour Rehnquist¹⁰¹. Ce tournant pose problème aux constitutionnalistes libéraux quant à leur appréhension du pouvoir du juge constitutionnel américain au sein de leurs modèles de démocratie pluraliste. Ainsi le problème semble être à la fois politique et scientifique. Le renouveau républicain, permet d'apporter à la fois une grille de lecture du droit positif, et un modèle cohérent, normatif et hypothétique, en somme une hypothèse heuristique¹⁰². Il a pu proposer un modèle divergent du modèle de démocratie constitutionnelle pluraliste. Ce dernier montrait ses limites à la fois politiques et idéologiques, mais aussi heuristiques puisqu'il ne permettait plus de comprendre pleinement le système constitutionnel américain. Ce modèle divergent se fonde sur certaines récurrences argumentatives au sein de la littérature républicaine, notamment l'accent mis sur des

⁹⁶ C. R. SUNSTEIN, «Beyond the Republican Revival», *Yale Law Journal*, 1988, vol. 97, p. 1540.

⁹⁷ Le terme démocratie pluraliste a une connotation particulière aux Etats-Unis, elle recouvre certains présupposés théoriques du libéralisme, notamment l'idée de l'existence de droits pré-politiques, ainsi qu'une conception décisionniste de la démocratie, selon laquelle les opinions des citoyens sont constituées par leurs désirs subjectifs et ne peuvent être appréhendées sous un prisme rationnel.

⁹⁸ M. TUSHNET, *Red, White, Blue*, Harvard University Press, 1988. ; F. MICHAUT et F. I. MICHELMAN, *Le mouvement des Critical Legal Studies entre républicanisme et libéralisme. Traces de gouvernement de soi par soi: préface à la session 1985 de la Cour suprême*, Presses de l'Université Laval, 2010, 244 p. (voir p. 19)

⁹⁹ L'expression est d'Alexander Bickel, elle désigne le problème que pose le contrôle de constitutionnalité des lois en tant qu'il oppose la volonté des juges à la volonté d'une majorité démocratiquement élue. Voir: A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, 1962, 306 p.

¹⁰⁰ M. TUSHNET, «L'état actuel des études juridiques critiques aux Etats-Unis», *Archives de la philosophie du droit*, 2000, n° 44, p. 419 (voir p. 422-423).

¹⁰¹ Cette Cour a été à l'origine d'une jurisprudence très dynamique mais au profit d'une interprétation conservatrice en totale opposition avec la période de la Cour Warren. A ce titre voir : D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e éd., Montchrestien, 2006, 536 p. (voir p. 16) ; J. GICQUEL et J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22 éd., Montchrestien Editions, Lextenso Editions, 2008, 792 p. (voir p. 298 : la Cour réductrice de William Rehnquist). Il existe une bibliographie importante sur l'impact de la Cour Rehnquist sur le système constitutionnel américain, à titre indicatif voir : T. R. HENSLEY, *The Rehnquist Court: Justices, Rulings, and Legacy (1986-2001)*, ABC-CLIO, 2004, 443 p. ; M. TUSHNET, *A Court divided: the Rehnquist court and the future of constitutional law*, W. W. Norton, 2005, 416 p. ; C. M. BRADLEY, *The Rehnquist legacy*, Cambridge University Press, 2006, 392 p. ; D. L. HUDSON, *The Rehnquist Court: understanding its impact and legacy*, Praeger Publishers, 2007, 181 p.

¹⁰² L'hypothèse heuristique se définit comme une hypothèse adoptée provisoirement comme idée directrice indépendamment de sa vérité absolue.

questions de bien commun, plutôt que sur des questions d'intérêts particuliers ; l'idée de vertu civique, d'universalité plutôt que de particularité, l'insistance sur le concept de citoyenneté.

Cela rejoint par ailleurs les interrogations de Jean-Fabien Spitz sur la redécouverte du courant républicain en histoire des idées politiques qui, selon lui, a pu être le fruit d'une « insatisfaction politique »¹⁰³, laissant penser que les historiens écrivent l'histoire dont ils ont besoin au moment où ils l'écrivent¹⁰⁴. Cette approche est également décelable en philosophie politique où les travaux de Quentin Skinner, Philip Pettit, ou Jean-Fabien Spitz pour la France, réagissent face à un tropisme libéral important au sein de cette discipline. Dès lors, il ne nous semble pas possible de séparer l'utilisation d'arguments historiques des nécessités présentes de la doctrine, nécessités à la fois scientifiques et politiques. Dans ce cadre, l'invocation de l'histoire a deux effets. Elle permet à la fois d'avoir à disposition des arguments déjà éprouvés et de légitimer le propos du chercheur qui donne un poids plus important à sa pensée en l'inscrivant dans un héritage philosophique particulier¹⁰⁵. Le chercheur prétend alors que sa démarche théorique est anhistorique en établissant une paternité entre sa théorie, qui répond aux problèmes du présent, et des théories anciennes. Pourtant elle ne peut se comprendre qu'en étudiant le contexte, historique, social, linguistique dans lequel le chercheur l'établit, de sorte que sa théorisation est le fruit de l'histoire. Ainsi, lorsque Quentin Skinner se positionne non plus en historien mais en théoricien des idées politiques, il abandonne alors les présupposés de sa méthode contextualiste pour trouver une philosophie républicaine, avec des éléments de récurrences à travers les époques. Nous ne pouvons comprendre ce paradoxe qu'en contextualisant nous-même la démarche de Skinner, qui en tant que philosophe politique répond aux déficiences de cette science dans l'époque à laquelle il se trouve¹⁰⁶.

¹⁰³ J. G. POCOCK, *Le moment machiavélien*, 1 éd., PUF, 1997, 586 p. (voir p. XVI-XVII)

¹⁰⁴ « [...] tant il est vrai que les programmes historiographiques sont – dans le domaine des idées politiques du passé – liés aux questions politiques du présent. », *Ibid.* préface p. VII

¹⁰⁵ « nous recherchons nos ancêtres au gré de ce que nous voulons affirmer dans le présent, nous nous forçons des généalogies pour rendre nos discours respectables en montrant qu'ils sont les héritiers d'une tradition. En réalité, il ne s'agit pas seulement d'un souci de respectabilité : l'appel au passé vient tout simplement de ce qu'il nous offre des langages et des concepts pour dire ce que nous voulons dire ; dans l'appel au passé, nous resterions aphasiques, incapables de formuler ce qui nous préoccupe dans la réalité politique présente. », in J.-F. SPITZ, *La liberté politique*, PUF, 1995, 512 p. (voir p. 9)

¹⁰⁶ Sur la distinction entre Skinner historien et Skinner philosophe et les paradoxes de sa démarche contextualiste voir : S. MARCOTTE-CHÉNARD, «Le contextualisme de Quentin Skinner à l'épreuve du cas Machiavel», *Methodos*, Avril 2013, en ligne : <<http://methodos.revues.org/3168> ; DOI : 10.4000/methodos.3168>.

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

B. Un renouveau soumis à l'exigence de réflexivité

La réflexivité de la science du droit permet de palier les lacunes de la subjectivité de l'utilisation des arguments historiques à laquelle elle a recours. Cette réflexivité attire d'une part au métalangage de la science du droit (1.) et d'autre part à l'intersubjectivité de la science du droit. (2.)

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

Le problème qui se pose est celui de l'objectivité des arguments historiques au sein de la science du droit. Nous avons vu que l'invocation de l'histoire par la science du droit constitutionnel était essentiellement argumentative cela pose le problème de l'objectivité de ces arguments, objectivité recherchée par la science. Cela pose plus généralement le problème de l'épistémologie du droit. Il est évident que dans une perspective positiviste inspirée du modèle des sciences de la nature l'invocation d'arguments historiques est proprement fallacieuse. Tenant à la distinction être et devoir être le juriste positiviste ne peut, sous peine de violer la loi de Hume, effectuer son travail d'historien qu'en décrivant ce que le droit a été, sans pouvoir en tirer de conclusion pour décrire le droit contemporain. Toutefois il nous semble nécessaire d'adopter une autre perspective. Celle selon laquelle en réalité l'objet de la science n'est pas de décrire mais de construire des lois permettant de comprendre, de rationaliser et de « se repérer »¹⁰⁷ dans le chaos observable. Cette perspective subjectiviste et

¹⁰⁷ P. AMSELEK, «La part de la science dans les activités des juristes», *Dalloz*, 1997, p. 337. : « Les outils mentaux ainsi construits ont pour fonction de permettre de se repérer dans les flux événementiels que la réalité déploie sous nos yeux, de les *expliquer*, c'est-à-dire littéralement de les *dé-plier*, de les démêler, d'y introduire mentalement de l'ordre, des ratios, de la rationalité ; par là nous est donné le pouvoir de contrôler les séquences du réel, d'anticiper ou d'interférer sur leur déroulement, de déclencher artificiellement la production de tel phénomène en réunissant les conditions de sa survenance etc... »

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

Cette démarche constructiviste se retrouve dans l'artificialisme et l'autonomie des théories du droit par rapport à l'objet qu'elles observent¹⁰⁸. Le scientifique part d'un chaos observable et reconstruit ce chaos à partir de théories. Ces théories sont construites artificiellement. Ainsi les théories du droit sont construites, elles n'ont pas pour objet de décrire l'étant mais de proposer une grille de lecture qui permet de se repérer dans le chaos observable. Dès lors, le métalangage de la science du droit crée un monde au-delà du monde sensible, permettant non pas de décrire, des faits, des textes, ou des comportements mais de proposer une grille de compréhension de ces faits, textes et comportements. Dans ce cadre, les théories sont des représentations subjectives du monde réel, observables par le juriste. Nous pouvons qualifier cette approche de réalisme critique. Cette dernière, contrairement à une approche relativiste, ne remet pas en cause l'existence d'une réalité. Elle affirme cependant que la connaissance de cette réalité est multiple¹⁰⁹. Ainsi les théories du droit sont avant tout des représentations et des mises en ordres subjectives du monde sensible¹¹⁰.

Dans ce cadre, l'argument historique tiens de cet effort de théorisation. La limite de l'utilisation de ces arguments historiques est la théorie elle-même. Il y a donc un mouvement réciproque entre histoire et théorie, l'histoire n'est acceptée dans la science du droit que par le prisme théorique et l'histoire peut avoir pour objet des théories, comme le républicanisme par exemple. Cette réciprocité est mise en exergue par Pietro Costa notamment : « [...] la nécessité de recourir à la théorie juridique du présent pour narrer l'histoire juridique du passé [...] »¹¹¹. Ainsi, la théorie sera un instrument que le juriste adopte « pour interroger les textes du passé »¹¹². Or, les théories sont écrites à l'aide du métalangage du présent. C'est ce métalangage qui fait le pont entre l'objet étudié passé, son auteur et le sujet présent qui interprète. Le pari herméneutique réside dans l'idée selon laquelle l'historien peut rendre compte des spécificités du langage du passé à l'aide du métalangage du présent.

¹⁰⁸ A. VIALA, *Philosophie du droit*, 1e éd., Ellipses, 2010, 240 p. (voir p. 200)

¹⁰⁹ P. BASES, «Le réalisme critique», en ligne : <<http://www3.unil.ch/wpmu/bases/2013/08/realisme-critique/#.U12EhFdTDgk>>.

¹¹⁰ A. VIALA, *Philosophie du droit*, 1e éd., Ellipses, 2010, 240 p.

¹¹¹ P. COSTA, «Histoire, Théorie et Histoire des théories», in *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle?*, sous la dir. de C. M. HERRERA et A. LE PILLOUER, Kimé, 2012, p. 19 (voir p. 40).

¹¹² *Ibid*

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

La subjectivité de l'utilisation des arguments historiques et des constructions théoriques dans lesquelles ils s'inscrivent est également réduite par l'intersubjectivité de la science du droit.

Il nous semble en réalité que l'épistémologie historique se rapproche de l'épistémologie juridique en cela qu'elles sont des épistémologies dialogiques. Le tournant herméneutique, issu de l'Ecole de Cambridge, en faisant de l'histoire un ensemble de textes rapproche les problématiques de l'épistémologie historique des problèmes herméneutiques, c'est-à-dire des problèmes d'interprétation et en cela rapproche l'épistémologie historique de l'épistémologie juridique. Ces deux disciplines ne peuvent prétendre à une connaissance empirique comme les sciences de la nature car l'histoire comme le droit sont des sciences fondées sur l'interprétation¹¹³. C'est ainsi que nous comprenons l'expression de François Saint-Bonnet selon laquelle : « il n'y a pas de bonnes méthodes, il y a de bons travaux »¹¹⁴, cela signifie à notre sens qu'on ne peut réduire l'entreprise historique, comme on ne peut réduire l'entreprise juridique à la stricte recherche d'une hypothétique méthode objective. Le problème se situe dans le fait que nous ne pouvons pas non plus tomber dans l'écueil inverse de la subjectivité absolue de la démarche scientifique, sans quoi il ne serait pas possible de déceler des arguments recevables et des arguments fallacieux.

Ce n'est que par une méthode dialogique, intersubjective¹¹⁵ que l'écueil de la subjectivité de la reconstruction historique peut être évité. Cette méthodologie dialogique va permettre d'écarter les interprétations historiques fantaisistes. Le critère de scientificité en droit comme en histoire sera le contrôle de la communauté scientifique sur elle-même. L'objectivité de la science naîtra de la confrontation d'opinions argumentées au sein de la communauté scientifique, car le juriste ne peut faire de la science du droit tout seul. Ce contrôle influera sur la forme du travail du juriste, qui devra défendre un point de vue argumenté, fondé sur des décisions de justice, des textes juridiques, des auteurs pour donner plus de gage à sa construction¹¹⁶. Dans ce cadre l'argument historique fait partie intégrante de

¹¹³ P. RICOEUR, *Histoire et Vérité*, Seuil, 1955, 361 p. ; P. COSTA, « Histoire, Théorie et Histoire des théories », in *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle?*, sous la dir. de C. M. HERRERA et A. LE PILLOUER, Kimé, 2012, p. 19.

¹¹⁴ F. SAINT-BONNET, « Regards critiques sur la méthodologie en histoire constitutionnelle. Les destinations téléologiques des options épistémologiques », *Jus Politicum*, mars 2009, n° 2.

¹¹⁵ P. RICOEUR, *Histoire et Vérité*, Seuil, 1955, 361 p.

¹¹⁶ Ainsi François Saint-Bonnet parle de souci scientifique des historiens du XVIIIe en ces termes : « Souci scientifique au sens où l'on renvoie aux textes pertinents dans des notes infrapaginales désormais nombreuses ou des citations identifiées et non au sens où l'on aurait la volonté d'être objectif. », F. SAINT-BONNET, « Regards critiques sur la méthodologie en histoire constitutionnelle. Les destinations téléologiques des options épistémologiques », *Jus Politicum*, mars 2009, n° 2.

cette construction, faire de l'histoire constitutionnelle revient donc à faire de la théorie du droit d'une façon différente. Il s'agit de produire une construction, de créer l'ordre à partir du désordre, tout en argumentant suffisamment cette construction pour lui donner un gage de scientificité. Il ne s'agit donc pas pour celui qui veut utiliser un argument historique de prétendre à l'objectivité de sa démarche, il s'agit pour lui de faire apparaître ses choix méthodologiques qui détermineront l'histoire qu'il veut écrire¹¹⁷, et de produire cette histoire sous forme d'argumentation afin que cette argumentation soit réfutable. Dès lors, l'histoire ne peut être invoquée par la doctrine que sous la forme d'arguments au service d'une théorie qui demeure, chemin faisant, soumise à l'intersubjectivité de la démarche scientifique.

¹¹⁷ *Ibid.*