

Les fondements mythiques du droit constitutionnel français

À propos du mythe de la « volonté générale »

Benjamin Lecoq

Doctorant - Université Jean Moulin, Lyon 3

Centre de droit constitutionnel

À l'heure où la glorification du juge constitutionnel annonce la venue d'un nouveau « Royaume » démocratique, triomphe du gouvernement du droit sur le gouvernement des hommes, l'antique idole de la *volonté générale* n'est-elle pas devenue obsolète¹ ? Certes, désormais, « la loi (...) n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »². Mais à quoi bon exhumer cette vieille lune pour affirmer la suprématie de la norme constitutionnelle, que le Conseil ne se prive pas de faire primer sur la volonté du législateur depuis les années 1970 ? La question ne paraît pas nouvelle³. Et pourtant, on ne saurait se désintéresser de l'étrange destinée d'une fiction conçue, en 1789, pour formuler le caractère obligatoire de la loi. Sa réappropriation par le Conseil constitutionnel laisse songeur quant à l'aura symbolique émanant de la notion. Le problème pourrait être résolu en expliquant l'*obiter dictum* de 1985 au moyen de la théorie des contraintes⁴ : ayant reconnu, en 1971, la valeur constitutionnelle du texte de la Déclaration, le Conseil ne pouvait faire fi de son article 6 pour affirmer la suprématie de la norme constitutionnelle sur la loi. Mais l'explication théorique nous semble moins significative que la démarche en elle-même : prenant acte du changement de paradigme opéré par le développement de son contrôle, face à une tradition

¹ « C'est dire qu'elle ne désigne rien de précis en même temps qu'elle évoque spontanément cet âge prétendument d'or d'une Révolution pleine de grâces ou celui d'une République enfin débarrassée de la menace monarchique, confiant à son Parlement, devenu indissoluble, le pouvoir de faire la loi sans lui refuser celui de réviser la Constitution. Or, disons-le d'emblée : cet âge est révolu. La souveraine d'hier fut enterrée dans le cercueil de la Constitution de 1958 sur lequel le Conseil constitutionnel vint délicatement poser un *obiter dictum* : « la loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution » (...). Fin d'une époque » - P. Brunet, « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoirs*, Paris, Seuil, n° 114, 2005, pp. 5-6.

² Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. n° 27.

³ En particulier, voir sur ce point, P. Blachère, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », 2001.

⁴ Cette théorie entend démontrer l'existence d'un rapport de causalité entre la configuration d'un système juridique et le comportement de certains de ses acteurs, qu'aucun rapport de validité normative (c'est-à-dire d'imputation) ne saurait expliquer. En particulier, l'acteur – par exemple le juge constitutionnel – peut voir ses décisions orientées par un certain nombre de contraintes argumentatives liées aux textes juridiques qui lui servent de référence. Sur ce point, voir M. Troper, V. Champeil-Desplats, C. Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, L.G.D.J., coll. « La pensée juridique », 2005.

constitutionnelle profondément légicentriste, le Conseil a fait le *choix*, plutôt que d'éviter la confrontation, d'inscrire son office dans le prolongement d'un principe révolutionnaire situé au fondement du droit public français.

Cette démarche seule en dit long sur la nature de la notion. Par cette courte formule, le Conseil constitutionnel ne se contente pas de ressusciter à son avantage une antique fiction. Car en faisant sienne la *volonté générale*, il justifie son office⁵, mais également « le caractère obligatoire du droit »⁶ dans son ensemble : parce que l'institution du contrôle de constitutionnalité a pour but de garantir la suprématie de la norme constitutionnelle, située au sommet de l'ordre juridique étatique, c'est l'ensemble du système qui se trouve placé sous le signe de cette fiction. Ce faisant, le Conseil constitutionnel paraît résoudre l'aporie fondamentale causée par le développement de sa jurisprudence : il fait coïncider la hiérarchie normative et la hiérarchie des justifications. Or la valeur d'une fiction s'apprécie au regard de la réalité juridique qu'elle a pour objet de construire, indépendamment de la réalité factuelle⁷. Qu'importe donc, si l'acte législatif, même respectueux de la Constitution, n'exprime pas « dans son objet ainsi que dans son essence »⁸, les caractères d'une volonté arithmétiquement générale ou véritablement populaire, dès lors qu'aux yeux du droit l'onction de la formule lui confère *force de loi* ?

La technique de la fiction paraît cependant insuffisante pour décrire pareil processus de justification. Confronté à la question de son fondement, le droit ne saurait puiser en lui-même l'autorité nécessaire pour façonner sa réalité propre, sous peine d'apparaître comme un ordre auto-fondé, soumis à volonté contingente et arbitraire de ses auteurs. En ressuscitant la notion de *volonté générale*, le Conseil constitutionnel désigne aux citoyens ainsi qu'aux autres pouvoirs constitués, la figure utopique de l'autonomie collective, en faisant en sorte que la loi, même subordonnée à la Constitution, exprime toujours une volonté réputée démocratique. Plus proche du mythe que de la fiction, la notion paraît ainsi suggérer « l'invisible dans la figure du visible »⁹ : elle fonde le droit public français en servant « d'intermédiaire entre le monde d'en haut et le monde d'en bas »¹⁰, entre la figure contingente de la loi positive, et celle, idéale et sublime, d'une volonté souveraine empreinte de *raison*.

Dans un monde que l'on dit désenchanté, à l'heure où l'essor des sciences humaines prétend rationaliser la connaissance de l'homme, le droit semble bâti sur les vestiges d'une pensée mythique. Faut-il s'en étonner ? Fluide vital de la Cité, le droit en adopte ses croyances et s'en fait le propagateur. Plongeant ses racines dans le terreau du mythe, il en retire son aura sacrée : de l'âme aristotélicienne à

⁵ « En énonçant que "la loi (...) n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution", le Conseil fonde la nécessité du contrôle de constitutionnalité : ce dernier apparaît comme l'instrument de réalisation de la volonté générale puisque le respect de la Constitution est la condition de son expression » - P. Blachère, *op. cit.*, p. 19.

⁶ P. Brunet, *op. cit.*, p. 6.

⁷ « Artifice de technique juridique (...), "mensonge de la loi" (...) consistant à "faire comme si", à supposer un fait contraire à la réalité, en vue de produire un effet de droit » - G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 8^e éd., 2007, p. 408, entrée « Fiction ».

⁸ J.-J. Rousseau, *Du contrat social* (1762), t. II, ch. IV., Paris, Gallimard, col. « Folio Essais », présentation R. Derathé, 1964, p. 195.

⁹ J.-F. Mattéi, *Platon et le miroir du mythe. De l'Âge d'or à l'Atlantide*, Paris, PUF, coll. « Thémis Philosophie », 1996, p. 5.

¹⁰ J.-F. Mattéi, *op. cit.*, p. 5 : « (...) le mythe reflète en premier lieu, dans sa figuration sensible, ces réalités étrangères qui lui donnent sa forme spécifique et son statut d'intermédiaire entre le monde d'en haut et le monde d'en bas, à la jointure du visible et de l'invisible ».

l'actuel dogme des droits de l'homme, le droit fait figure de « médiateur entre le ciel et la terre »¹¹, fondant la nécessité des rapports sociaux sur une idée de ce qu'ils *doivent être*. Utopique par nature, il répond au dessein de rationaliser l'existence humaine, de bâtir la Cité des hommes selon l'image qu'ils se font de celle de Dieu – ou d'un Autre. Bref, nous extraire de la Caverne ou, du moins, porter la lumière prométhéenne qui muera notre aveuglement en croyance.

Au sein de cette cosmogonie, le droit constitutionnel fait figure d'interface entre l'ordre juridique et les limbes du droit. Acte de naissance d'un corps politique – *fiat lux!* –, la Constitution le fait advenir à l'existence juridique : elle lui fournit les moyens de s'autodéterminer et inscrit dans le marbre les valeurs et libertés jugées intangibles et dignes d'être protégées. En substituant un fondement juridique à fondement spirituel ou historique de l'institution étatique, elle en hérite la dimension mystique. « Réceptacle » des représentations idéologiques de la société¹², le droit constitutionnel est également générateur de mythes. Car le constitutionnalisme, en véhiculant une idéologie sociale et politique qu'il s'agit de mettre en œuvre par les canaux du droit¹³, maintient la croyance au cœur de l'institution¹⁴, en fondant la Constitution sur une représentation idéelle des rapports unissant droit, pouvoir et société¹⁵. Néanmoins, les mythes du droit constitutionnel ne sauraient se réduire à une simple reprise, par le droit, de croyances sociales : ce sont des mythes *juridiques*, identifiables par leur nature autant que par leur fonction.

Le mythe désigne, dans le langage courant, un « récit relatif à *des temps ou à des faits que l'histoire n'éclaire pas*, et contenant soit un fait réel transformé en notion religieuse, soit *l'invention d'un fait à l'aide d'une idée* »¹⁶. Plus précisément, il s'agit à la fois d'un type de discours et d'un type de pensée. Tout d'abord, le mythe a pour objet de *décrire*. Il désigne un type de langage consistant, à travers un énoncé descriptif, à transcender la signification empirique d'un objet par superposition d'une signification symbolique, aboutissant, en droit, à faire passer une *idée* dans l'ordre des réalités juridiques. C'est en ce sens qu'il consiste en « l'invention d'un fait à l'aide d'une idée ». Il doit alors être appréhendé en tant que *discours*, d'abord d'un point de vue formel – c'est-à-dire comme forme de langage dotée d'une structure

¹¹ B. Edelman, *Quand les juristes inventent le réel*, Paris, Ed. Hermann, coll. « Le Bel Aujourd'hui », 2007, p. 96.

¹² « Réceptacle de la transcendance politique, la loi fondamentale demeure le texte qui parvient à traduire le lien qui unit les citoyens, par-delà les particularismes sociaux, à des valeurs communes par lesquelles ils se reconnaissent et s'identifient (...) » - J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris, Michel Houdiard Editeur, 2010, p. 32.

¹³ J.-M. Denquin définit le constitutionnalisme comme « un mouvement qui vise à mettre en œuvre un idéal par les moyens propres du droit constitutionnel » - J.-M. Denquin, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum. Revue internationale de droit politique*, n° 1, 2008, [<http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP.Denquin.6.pdf>], p. 1.

¹⁴ Certaines tendances de la psychanalyse et de la science politique ont mis en valeur l'importance des représentations collectives et de la croyance qu'elles suscitent, dans le processus d'institutionnalisation du pouvoir. Nous pensons notamment à l'œuvre de P. Legendre, qui a entrepris d'identifier, sous l'angle de la psychanalyse, la portée dogmatique des représentations juridiques fondant la structure institutionnelle des sociétés occidentales. Héritées de représentations issues de la théologie médiévale et masquées par l'enchaînement logique des propositions normatives qu'elles génèrent, celles-ci auraient pour objet de susciter la « croyance d'amour des sujets » à l'égard de l'institution. Voir P. Legendre, *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, Seuil, coll. « Champ freudien », 1974. Voir également, à propos des rapports entre psychologie collective et droit, C. Pollmann et H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre individu et collectif », *Droit et société*, n° 50, 2002, pp. 121-153.

¹⁵ Aux yeux du constitutionnalisme des XVIII^e et XIX^e siècles, l'idée de constitution était conçue comme « la cristallisation d'un *vouloir-vivre ensemble* qui, tout en respectant les différences individuelles, préserve l'unité d'un monde commun (...) » - J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris, Michel Houdiard Editeur, coll. « Essais », p. 6.

¹⁶ P.-E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, t. 4, Chicago, Ed. Encyclopaedia Britannica Inc., 1987, p. 4072, entrée « Mythe », sens n° 2. Nous soulignons.

linguistique particulière¹⁷ – mais également d'un point de vue matériel – par identification des représentations idéelles qu'il véhicule.

Ensuite, le mythe *raconté*¹⁸, et c'est là sa principale fonction. Expression symbolique de représentations émotionnelles de la collectivité¹⁹, il a pour objet de fonder la nécessité des rapports sociaux – et en particulier des rapports de domination – à partir d'une conception fantasmatique des origines et du destin de la société. Fertile, là où l'institution ne saurait plonger ses racines dans le terreau aride de l'Histoire²⁰, le mythe a pour fonction d'en livrer un récit libre d'une temporalité historique perçue comme contingente et corruptrice de l'essence des choses, ne suffisant pas à fonder la nécessité du pouvoir et du droit. C'est dire s'il est susceptible de trouver un terrain d'élection dans un contexte et une culture où l'Histoire n'a jamais su fonder la nécessité des (r)évolutions constitutionnelles françaises.

L'hypothèse qu'il s'agit ici de vérifier, postule donc l'existence d'un discours et d'une pensée mythiques situés au fondement de l'ordre juridique et de l'institution étatique. Tels le Ouranos et Gaïa, avant que Chronos ne vienne les séparer, *nomos* et *mythos* semblent fusionner en une étreinte originelle, pour formuler la nécessité du droit.

Mais il convient, au préalable, de déterminer le statut épistémologique du mythe en droit constitutionnel. Autrement dit, dans quelle mesure cette notion peut-elle être employée dans le cadre d'une étude juridique ? Précisons donc en premier lieu que ce travail s'appuiera sur deux énoncés juridiques, cités plus haut : la formule consacrée à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et sa reformulation par l'*obiter dictum* de 1985. Quelle est la nature de ces énoncés, expressions textuelles du mythe de la *volonté générale* ? Il est devenu classique, à la suite de H. Kelsen, de distinguer deux types de propositions juridiques : les normes, dont l'objet est d'exprimer un *devoir-être*, et les énoncés, qui se limitent à décrire un *être*²¹. Tandis que les premières s'inscrivent dans un rapport de validité vis-à-vis d'autres normes, les seconds sont seulement susceptibles d'être dits vrais ou faux au

¹⁷ R. Barthes, *Mythologies*, Paris, Editions du Seuil, 1957.

¹⁸ « Le mythe *raconté* une *histoire* qui associe étroitement une présentation plausible de la réalité à une interprétation imagée, légendaire, des faits, par recours au merveilleux, à l'imaginaire et aux symboles. Il montre davantage que ce que les mots expriment » - C. Atias, *Philosophie du droit*, 3^e éd., Paris, PUF, coll. « Thémis Droit », 3^e édition, 2012, p. 330.

¹⁹ « À travers lui, c'est une tendance profonde de l'esprit humain qui refait surface, une tendance commune liée aux rites les plus primitifs comme aux mystiques les plus hautement spiritualisées. Il s'agit là du désir profond pour un individu de se libérer de toutes les entraves de son individualité afin de s'immerger dans le grand courant de la vie universelle, de perdre son identité et de se laisser absorber par la nature tout entière (...) » - E. Cassirer, *Le mythe de l'Etat* (1946), Paris, Ed. Gallimard, coll. « Bibliothèque de philosophie », trad. fr. B. Vergely, 1993, p. 64.

²⁰ Voir sur ce point, M. Eliade, *Le mythe de l'éternel retour*, Paris, Folio Essais, trad. fr. J. Gouillard et J. Soucasse, 1991. Face à l'échec de l'Histoire pour donner un sens à l'existence humaine, l'homme moderne, pourtant conscient de son existence historique, renouerait avec une pensée mythique le projetant dans une temporalité absolue, où passé, présent et avenir se confondent en un seul et même instant.

²¹ « La fonction d'un énoncé est de faire connaître quelque chose à quelqu'un (...). La fonction de la norme est de faire vouloir quelque chose à autrui, de déterminer sa volonté de sorte que son comportement extérieur résultant de sa volonté soit conforme à la norme. (...) La pensée, dont un énoncé est la signification, et le vouloir, dont une norme est la signification, sont deux fonctions psychiques différentes l'une de l'autre » - H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, PUF, coll. « Léviathan », trad. française O. Beaud, F. Malkani, 1996, p. 218.

regard de l'objet qu'ils décrivent²². Or, si nos deux énoncés paraissent dénués de valeur pratique, en ce qu'ils n'expriment pas un devoir-être mais plutôt un état du droit positif, leurs propositions ne semblent pas pour autant susceptibles d'être dites vraies ou fausses au regard de l'objet décrit. Ce paradoxe ne semble s'expliquer qu'à travers leur fonction : leur valeur ne résulte pas d'un rapport de véracité vis-à-vis de ce qu'elles décrivent, mais de la justification qu'elles apportent à l'ordre juridique²³. Ainsi, ce n'est pas tant au regard des faits que du point de vue du droit, que « la loi exprime la volonté générale ». Contester pareil énoncé sur le fondement d'une observation empirique conduirait à en ruiner la fonction, qui consiste à fonder le caractère obligatoire du droit indépendamment de toute réalité extérieure.

Autrement dit, ces énoncés mythiques paraissent constituer la clé d'un système prétendant construire sa propre réalité indépendamment de la réalité sensible, et postulant la nécessité de l'existence juridique face à la contingence de l'existence sociale. Ils en formulent la justification, à la fois interne, puisqu'à travers le discours mythique, le droit se prend pour objet²⁴, et externe dans la mesure où cette démarche d'auto-fondation postule l'existence d'une valeur transcendante, extérieure à la réalité juridique²⁵ – la *volonté générale*. On est alors forcé de reconnaître que le droit est à la fois « doctrine et pouvoir »²⁶, c'est-à-dire qu'il enseigne autant qu'il prescrit. L'étude des mythes fondateurs du droit constitutionnel français relèvera donc du domaine de la théorie du droit, dont l'objet consiste, d'après P. Brunet, à décrire non pas « le système de normes mais le système de justification de ces normes »²⁷.

Enfin, une dernière précision semble nécessaire à la compréhension des rapports du droit constitutionnel et de l'Histoire, envisagés à travers le mythe. Si, du point de vue de l'histoire du droit, le mythe consiste en un mensonge sur l'origine d'une institution²⁸, c'est-à-dire une déformation de la réalité historique, pareille déformation ne saurait être l'œuvre du droit lui-même mais de la doctrine ayant pour objet d'en décrire les évolutions. Ainsi faut-il distinguer les mythes *de l'histoire* constitutionnelle, qui sont le fait de la doctrine, des mythes *du droit* constitutionnel, qui émanent du droit lui-même. Cette précision est importante, puisque le présent travail ne saurait contribuer à une quelconque démarche de justification du

²² « La proposition, dont un énoncé est le sens, décrit quelque chose. Elle est vraie ou fausse, c'est-à-dire qu'elle est ou non conforme à ce qu'elle décrit. La proposition, dont une norme est le sens, prescrit quelque chose. Elle n'est ni vraie ni fausse » - H. Kelsen, *op. cit.*, pp. 217-218.

²³ P. Brunet rappelle que « le système juridique peut être défini comme un système de justification, un système produisant ses propres modes de justification voire ses propres idéologies » - P. Brunet, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'Etat*, Paris, Bruylant – L.G.D.J., préface de M. Troper, 2004, p. 14.

²⁴ D'après B. Edelman, l'imaginaire juridique serait le fruit d'un discours *du* droit sur le droit lui-même : « c'est-à-dire ce que le droit dit du droit, comment il se rêve, se raconte, et construit sa propre réalité » - B. Edelman, *Quand les juristes inventent le réel*, Paris, Ed. Hermann, coll. « Le Bel Aujourd'hui », 2007, p. 123.

²⁵ Cette capacité du discours à postuler l'existence de ce qu'il énonce, du simple fait de l'énoncer, est caractéristique du mythe. À ce titre, Schelling note : « La mythologie n'est pas *allégorique*, elle est *tautégorique* : pour elle, les dieux sont des êtres qui existent réellement, qui ne *sont* rien d'autre, qui ne *signifient* rien d'autre, mais signifient seulement ce qu'ils sont » - F. W. J. von Schelling, *Introduction à la philosophie de la mythologie*, t. 1, 1^è Leçon, trad. française S. Jankélévitch, Paris, Aubier, 1945, p. 238, cité in J.-F. Mattéi, *Platon et le miroir du mythe. De l'Âge d'or à l'Atlantide*, Paris, PUF, coll. « Thémis Philosophie », 1996, p. 5.

²⁶ Formule d'A. Merkl, *Encyclopédie juridique* (Juristischen Encyclopädie), 5^e éd., Berlin, 1913, p. 2, citée in H. Kelsen, *ibid.*, p. 167.

²⁷ P. Brunet, *op. cit.*, p. 16.

²⁸ Voir, par exemple, J.-L. Halpérin, « Est-il temps de déconstruire les mythes de l'histoire du droit français ? », *Clio@Themis. Revue électronique d'histoire du droit*, n°5, 2012, [http://www.cliothemis.com/IMG/pdf/TPHalpe_rin.pdf], à propos d'interprétations téléologiques de l'histoire du droit français par les auteurs classiques. Voir également, s'agissant de l'histoire du droit administratif, G. Bigot, « Les mythes fondateurs du droit administratif », *RFDA*, 2000, pp. 527-536.

droit²⁹. Au contraire, il s'agit notamment de constater le décalage profond opposant le discours *du* droit et son refus de l'Histoire, au discours *sur* le droit, lequel semble à tout prix s'efforcer de rétablir la continuité historique des évolutions constitutionnelles.

Cette étude a donc pour objet d'analyser le discours à travers lequel le droit constitutionnel français formule la justification du pouvoir et de l'ordre juridique. Il s'agit notamment de vérifier si la notion de mythe, en tant que langage énonçant la nécessité de son objet en référence à une *idée* extérieure, est susceptible de traduire la manière dont le droit constitutionnel envisage la question de son propre fondement³⁰. Celui-ci semble en effet produire un discours à travers lequel la signification positive d'une institution (la loi, la constitution), se trouve transcendée par une dogmatique énonçant le récit de ses origines et de ses fins (I). La notion de *volonté générale*, pour justifier le caractère obligatoire du droit, fonde ce dernier sur une *idée* extérieure à la réalité juridique : c'est en ce sens que le droit constitutionnel, en suggérant la nécessité métaphysique du pouvoir et de l'ordre juridique, extrait du temps historique la question de leur fondement, pour la projeter dans un univers mythique (II). À travers le mythe, le droit se prend pour objet et s'extériorise. Loin de réaliser la clôture de l'ordre juridique, le droit constitutionnel fait au contraire figure d'interface entre le temps historique, relatif et contingent, et le temps mythique, absolu et empreint de nécessité³¹.

²⁹ Tenant compte de la relativité des méthodes d'investigation en histoire constitutionnelle, il semble que, de ce point de vue, le mythe ne désigne rien d'autre que ce que son détracteur dénonce comme contraire à sa propre vision de l'histoire, théoriquement orientée. Qu'il s'agisse de donner un sens à l'évolution d'une institution à travers l'étude de ses origines historiques, ou de donner un sens à l'histoire à partir de l'étude d'une institution positive, il semble que l'interprétation que l'on entend donner de l'histoire constitutionnelle rétroagit sur le récit que l'on en fait. Sur ce point, voir F. Saint-Bonnet, « Regards critiques sur la méthodologie en histoire constitutionnelle. Les destinations téléologiques des options épistémologiques », *Jus Politicum. Revue internationale de droit politique*, n°2, 2009, [http://juspoliticum.com/IMG/pdf/JP2_Saint-Bonnet_regards_critiques.pdf].

³⁰ Autrement dit, ce qui *fonde* le caractère obligatoire du droit. Afin d'appréhender notre objet – le mythe – dans toute son ampleur, nous aurons notamment recours, à l'appui des éléments issus du droit positif et de la théorie du droit, à certaines références non juridiques, mais linguistiques, anthropologiques, voire psychanalytiques, que nous manierons avec beaucoup de précaution, étant étranger à ces disciplines. Cette étude n'a par ailleurs aucune prétention philosophique : d'abord parce que son format ne le permet pas ; ensuite, et surtout, parce que nos maigres connaissances en la matière ne s'y prêtent pas. Pour un arrière-plan philosophique dépassant de loin la question du mythe, voir notamment, S. Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, PUF, coll. « L'interrogation philosophique », 1992.

³¹ Il ne s'agit donc pas de prétendre que la notion de volonté générale, énonciation classique, en droit constitutionnel français, de l'idée démocratique, n'appelle aucune mise en œuvre effective dans les faits. Simplement, l'objet de cette étude étant le mythe, autrement dit comment le droit envisage lui-même la question de son fondement, il convient d'en étudier la fonction *en droit*. Plus encore, puisque le mythe se caractérise par un irréductible écart mettant aux prises le discours juridique et la réalité empirique, cette notion nous paraît utile en ce qu'elle permet d'envisager autrement les rapports du droit et du fait et, en particulier, de relativiser le constat d'une clôture et d'une autonomie des choses juridiques vis-à-vis de la réalité sensible. En définitive, si la volonté générale constitue un mythe, essentiel en droit constitutionnel français, c'est en ce qu'elle superpose au formalisme du discours juridique un horizon de légitimité postulant la réalisation effective d'un idéal politique.

I – L'EXISTENCE D'UN DISCOURS MYTHIQUE DU DROIT CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS

D'un point de vue formel, le mythe désigne d'abord un type de langage, susceptible d'être identifié au sein de tout système d'expression. Au regard du droit constitutionnel, c'est donc en tant que forme de signification qu'il peut être appréhendé : par un jeu de *miroirs*³², celui-ci superpose à la signification juridique et positive d'une institution, une signification extérieure et symbolique qui la transcende. (A).

D'un point de vue matériel, en revanche, le discours mythique véhicule un certain nombre de représentations fantasmatiques, c'est-à-dire étrangères tant à la matière juridique qu'à la réalité factuelle. Celles-ci, en puisant dans le registre des figures symboliques du pouvoir et du droit, constituent ainsi un véritable *discours dogmatique*, dont le contenu fournit au mythe sa matière et au droit son fondement idéologique (B).

Si le discours relatif à la *volonté générale* a conservé sa structure spéculaire, caractéristique du mythe, les représentations qu'il véhicule ont cependant subi une profonde transformation depuis le dernier quart du XXe siècle : au mythe de la Loi, hérité de la Révolution française, succède le mythe de la Constitution.

A. IDENTIFICATION FORMELLE : LE MYTHE COMME DISCOURS SPECULAIRE

À l'instar de la mythologie platonicienne, les mythes fondateurs du droit constitutionnel se caractérisent par la nature spéculaire du discours qui les formule. À travers un jeu de miroirs, le discours mythique suggère en effet l'existence d'un univers d'*idées* invisibles situées au-delà des choses sensibles. De la même manière, les mythes du droit constitutionnel consistent à *signifier*, à travers la positivité d'une institution, une valeur symbolique extérieure à laquelle celle-ci se rattache.

C'est ce que révèle une approche sémiologique de ce discours. Appliquant la méthode du structuralisme linguistique³³, R. Barthes livre du mythe une analyse formelle lui permettant notamment de l'identifier d'après sa structure, c'est-à-dire en tant que système de significations, observable indépendamment de son contenu. En tant que forme de langage, celui-ci peut par conséquent être détaché de sa fonction sociale mais également de ses multiples connotations (religieuses, politiques, idéologiques), et son existence être révélée au sein de toute forme de communication. Dans le cadre de cette étude, appréhender le discours mythique en tant que système sémiologique nous permettra d'en révéler l'existence au sein du langage du droit constitutionnel français (2°). Mais avant d'appliquer l'outil théorique

³² Nous devons la métaphore du miroir, inspirée de la nature « spéculaire » du mythe, à J.-F. Mattéi, *Platon et le miroir du mythe*, Paris, PUF, coll. « Thémis Philosophie », 1996, notamment p. 5 et s.

³³ Voir R. Barthes, *Mythologies*, Paris, Editions du Seuil, 1957. Le structuralisme, développé en linguistique par F. de Saussure, consiste à appréhender le langage en tant que phénomène formel, identifiable par sa structure, c'est-à-dire en tant que système d'oppositions et d'équivalences entre signifiants et signifiés.

livré par R. Barthes, il convient au préalable d'opérer un bref rappel de la structure linguistique d'un énoncé juridique (1°).

1°) Le droit comme objet linguistique

Le droit constitue un « fait linguistique »³⁴, qu'il est donc possible de décrire sous l'angle de la sémiologie – c'est-à-dire, la branche de la linguistique ayant pour objet d'étudier la structure du langage, à travers les relations significatives formées par la combinaison d'un signifiant et d'un signifié³⁵. Il s'agit donc d'une approche exclusivement formelle, indépendante du contenu des significations étudiées.

La structure théorique d'un système sémiologique peut être décrite comme suit : elle consiste en la mise en relation d'un *signifiant* – c'est-à-dire un support langagier vide de sens, la « partie sensible du signe »³⁶ (un mot, par exemple) – et d'un *signifié* – c'est-à-dire l'image ou le concept attribuant un sens au signifiant. Or, si en exprimant le signifiant x , j'entends signifier y , décrire le résultat de cette association nécessite d'ajouter un troisième terme à ce schéma théorique : le *signe* ou *signification*, c'est-à-dire « le total associatif »³⁷ d'un signifiant et d'un signifié déterminés. En tant que concept scientifique, le système sémiologique résulte de l'association de ces trois éléments. Le droit, objet linguistique, peut donc se voir appliquer cet outil théorique en vue d'analyser la structure du discours qu'il emploie³⁸.

Prenons un exemple tiré du droit constitutionnel français : la notion de « loi » *au sens*³⁹ de la Constitution du 3 septembre 1791. Aux termes de l'article 6, Section III, Chapitre III du Titre III : « Les décrets sanctionnés par le roi (...), ont force de *loi*, et portent le nom et l'intitulé de *lois* ». Le texte constitutionnel procède ainsi à l'association d'un signifiant – le mot « loi » – et d'un signifié – l'accord concurrent du Corps législatif, chargé de voter les décrets, et du monarque, chargé de les sanctionner. La signification qui en résulte, c'est-à-dire l'association significative du mot « loi » et de sa définition procédurale, produit la notion de loi *au sens* de la Constitution de 1791. Le contenu de cette signification peut donc varier sans que la structure du système sémiologique ne diffère. Ainsi la notion de loi pourrait-

³⁴ G. Cornu, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 3^e édition, 2005, p. 11. Nul ne saurait contester, en effet, que le droit se manifeste, en tant que phénomène observable, à travers le langage. La spécificité du langage du droit ne fait aucun doute : tant le vocabulaire employé que la forme des énoncés juridiques participent de cette particularité (voir G. Cornu, *op. cit.*, pp. 11-21). Faut-il pour autant en conclure à la spécificité du droit *en tant que phénomène linguistique*, c'est-à-dire répondant à ses propres règles ? Selon G. Teubner (*Droit et réflexivité*, Paris, L.G.D.J., Story Scientia, 1994, cité in E. Serverin, « Points de vue sur le droit et processus de production des connaissances », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2007/2, vol. 59, p. 78), le droit saisit la réalité sociale à travers un langage qui lui est propre, se constituant en phénomène social à part entière vis-à-vis duquel la réalité sociale est absolument extérieure. D'autres considèrent cependant que l'intérêt heuristique de la linguistique vis-à-vis du droit n'excède pas celui des autres disciplines : en tant que langage particulier au sein d'une langue commune, le droit semble répondre au fonctionnement classique d'un système linguistique. Voir sur ce point, G. Mounin, « La linguistique comme science auxiliaire dans les disciplines juridiques », *Archives de philosophie du droit*, t. 19, Paris, Sirey, 1974, pp. 7-16.

³⁵ La sémiologie est définie par F. de Saussure comme « la science qui étudie la vie des signes au sein de la vie sociale » (*Cours de linguistique générale*, 1915) – J. Rey-Debove, *Lexique sémiotique*, Paris, P.U.F., 1979, pp. 129-130, entrée « Sémiologie ».

³⁶ J. Rey-Debove, *op. cit.*, p. 135, entrée « Signifiant ».

³⁷ R. Barthes, *op. cit.*, p. 221.

³⁸ G. Cornu, appliquant au droit les schémas théoriques de la linguistique générale, définit le signe juridique comme l'association d'un signifiant, c'est-à-dire une « forme phonique », et d'un signifié, c'est-à-dire « un sens » - G. Cornu, *ibid.*, pp. 26-27.

³⁹ L'expression « au sens de », très prisée des juristes, témoigne du fait qu'un signifiant x (par exemple, la loi), ne porte pas en lui-même la signification qu'on entend lui attribuer : celle-ci résulte de la mise en relation du mot « loi » avec un ou plusieurs signifiés possibles, que cette mise en relation soit opérée par le constituant, le législateur ou leur interprète. La sémiologie juridique cultive cet art de jouer sur le sens des mots afin d'en déterminer et d'en varier la signification normative.

elle s'entendre d'un acte voté par le corps électoral (la loi *au sens* de l'article 11 de la Constitution de 1958) ou au terme d'une procédure parlementaire bicamérale (la loi *au sens* de l'article 24 de la Constitution de 1958). Bien que le signifiant demeure inchangé, les variations du *signifié* produisent, pour chacun de ces exemples, une *signification* différente⁴⁰.

Le mythe, en tant que forme de discours, relève lui aussi d'une certaine structure sémiologique, susceptible de se superposer au langage ordinaire comme au langage du droit.

2°) La structure formelle du discours mythique

Défini sous l'angle de la linguistique structurale, le discours mythique est susceptible d'être observé au sein de toute forme d'expression. Il se distingue cependant des autres formes de discours, dans la mesure où il constitue, d'après R. Barthes, un « système sémiologique second »⁴¹, c'est-à-dire un langage dont le *signifiant* – le support linguistique – consiste en la reprise d'une *signification* préexistante. La structure sémiologique du mythe peut donc être décrite comme suit : il s'agit de l'association d'un « système sémiologique premier » - un « langage-objet »⁴² - et d'un nouveau *signifié*. La particularité du discours mythique réside donc dans l'ambiguïté de ces deux sens, associés au sein du même énoncé : une signification propre, issue du premier système sémiologique, et une signification superposée, renvoyant à une référence extérieure.

Ainsi procède, d'un point de vue formel, la notion juridique de *volonté générale*. Reprenons la formule consacrée à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « La loi est l'expression de la volonté générale ». En voici la structure sémiologique :

- a) *signifiant* : le mot « loi », lui-même issu d'un système sémiologique premier désignant la loi en tant qu'*institution positive* (par exemple au sens de la Constitution de 1791) ;
- b) *signifié* : la loi en tant que *valeur*, figurée par l'expression « volonté générale », et renvoyant à une *idée* transcendante – l'expression d'une volonté à la fois souveraine et œuvre de *raison* ;
- c) *signification* : « La loi [c'est-à-dire l'acte adopté au terme de la procédure définie par la Constitution] exprime la volonté générale [c'est-à-dire une volonté à la fois rationnelle et souveraine] ».

⁴⁰ Or l'association d'un signifiant et d'un signifié en vue de produire une certaine signification, dépend de l'usage que l'on fait du mot employé. Ainsi la loi, au sens de la Constitution de 1958, ne désigne-t-elle pas tout acte voté par la représentation parlementaire, mais bien tout acte voté selon l'une des procédures législatives définies par le texte constitutionnel. Les résolutions prévues à l'article 34-1 de la Constitution, parce qu'elles sont votées par l'une des assemblées législatives, n'ont pas pour autant valeur de loi, de même que la loi au sens de ce texte peut s'entendre d'une loi référendaire comme d'une loi parlementaire. C'est dire que le droit constitutionnel, en variant l'association d'un signifiant et d'un signifié, peut aboutir à des significations multiples, parfois même superposées. L'importance de ces associations sémiologiques – l'opération de qualification – se traduit, sur le plan juridique, par la détermination d'un régime propre attaché à une signification particulière.

⁴¹ R. Barthes, *ibid.*, p. 221.

⁴² R. Barthes, *ibid.*, p. 222.

L'association de la loi positive et de la loi-valeur produit ainsi une ambiguïté sémiologique au sein du discours juridique. En effet, deux significations se trouvent associées : la notion de loi, au-delà de sa signification procédurale, suggère également la loi en tant qu'*idée*⁴³. Autrement dit, le mythe ne substitue pas une signification à une autre, mais les superpose⁴⁴. S'établit alors un jeu de masques, d'ombres et de lumières. D'un côté, la signification positive du mot « loi » se trouve assimilée à sa signification symbolique : elle la suggère. De l'autre, la loi au sens procédural, par sa positivité, sert de garantie à *l'idée* qu'elle évoque : elle la cautionne et en neutralise l'extranéité en l'intégrant au discours du droit positif. Au terme de cette mascarade, la signification mythique de la loi se trouve formalisée par le discours juridique, et apparaît comme déduite d'un raisonnement logique⁴⁵ : parce que l'association d'un décret du Corps législatif et de la sanction royale produit la loi, et que la loi désigne idéalement la *volonté générale*, alors les représentants – c'est-à-dire, aux termes de la Constitution de 1791, le Corps législatif et le roi⁴⁶ – sont réputés exprimer la *volonté générale*. Cela ne signifie pas que *l'idée* de loi se trouve effectivement réalisée dans les faits. Cette association d'une signification positive et d'une signification idéale ne vaut en réalité que pour le droit : ce n'est qu'au regard du droit que l'on peut assimiler l'acte voté par la représentation parlementaire à *l'idée* qui lui sert de référence.

C'est donc au terme de cette double opération de suggestion et de formalisation d'une valeur – ou d'une *idée* – qu'apparaît la nature spéculaire du discours mythique : à travers l'énoncé d'une signification positive, le langage suggère, en négatif, une signification allégorique à la fois positivée par le discours qui la porte, et extérieure à la réalité qu'il produit. Le mythe, au sens sémiologique du terme, n'est autre chose qu'un jeu de miroirs entre deux ordres de significations.

De la même manière, la formule selon laquelle « la loi votée (...), n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution », présente elle aussi les caractères formels du discours mythique, à ceci près que ce dernier résulte ici d'une double mythification. En effet, le langage premier servant de support au métalangage mythique, n'est autre que l'assimilation de la loi positive à la *volonté générale*. La structure sémiologique de ce nouveau mythe pourrait donc être ainsi décrite :

- a) *signifiant* : la signification du premier mythe, c'est-à-dire « la loi positive exprime la loi-valeur » ;
- b) *signifié* : la subordination de cette expression au respect de la Constitution entendue comme institution positive ;
- c) *signification* : l'incarnation de la *volonté générale* par la Constitution.

⁴³ D'après G. Burdeau, la notion de loi doit être entendue, en droit français, « à la fois comme idée et comme institution, comme procédure et comme élément de la conscience politique des citoyens » - G. Burdeau, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *Archives de philosophie du droit*, 1939, p. 8.

⁴⁴ En ce sens, « *le mythe ne cache rien* : sa fonction est de déformer, non de faire disparaître » - R. Barthes, *ibid.*, p. 229.

⁴⁵ « Et c'est encore cette duplicité du signifiant qui va déterminer les caractères de la signification (...). Cette ambiguïté constitutive de la parole mythique va avoir pour signification deux conséquences : elle va se présenter à la fois comme une notification et comme un *constat* » - R. Barthes, *ibid.*, pp. 231-232. Nous soulignons.

⁴⁶ Constitution du 3 septembre 1791, article 2 du Titre 3.

À l'issue de cette double mythification, le Conseil constitutionnel ne s'est donc pas contenté de modifier la signification de la volonté générale en la détachant de son expression positive traditionnelle par la loi. Au terme de cette seconde association, la Constitution positive se trouve à son tour érigée en *valeur*. À travers le langage spéculaire du mythe, cette notion oscille donc entre sa signification positive – la norme suprême de l'ordre juridique étatique, réglant la dévolution des compétences constitutionnelles – et une signification idéelle – la Constitution comme incarnation d'une *volonté générale* première, exprimée par le pouvoir constituant.

Tirant ainsi parti de ce qu'un mot n'obtient de signification qu'à travers l'usage qui en est fait, c'est-à-dire par l'intention de son auteur plutôt que par un quelconque rapport ontologique le liant à l'objet qu'il désigne⁴⁷, le droit constitutionnel est porteur d'un discours symbolique dont le sens varie selon son besoin de justification. Car le mythe de la Loi, en fournissant à celle-ci une signification transcendant l'objet positif et sensible qu'elle désigne, introduit en droit constitutionnel une *dogmatique* du pouvoir. Cette dernière, en véhiculant à partir du mythe un ensemble de représentations symboliques liées à l'*idée* de loi, fournit au droit une autorité qu'il ne tient d'aucune norme d'habilitation ni d'aucun mécanisme de validité⁴⁸. C'est là qu'apparaît le rôle fondateur du mythe : jusqu'à son déclin à la fin du XXe siècle, le mythe de la Loi a fourni au droit constitutionnel français son fondement symbolique ; sa remise en cause par le contrôle de constitutionnalité n'a laissé d'autre choix à ses artisans que de lui substituer un nouveau mythe, celui de la Constitution.

B. IDENTIFICATION MATERIELLE : LE MYTHE COMME DISCOURS DOGMATIQUE

Le mythe tend à son destinataire un miroir. En réalisant la symbiose formelle d'une institution positive – la loi, la constitution – et de sa signification allégorique, le droit constitutionnel offre à la société le reflet éthéré d'un être collectif parfait et atemporel, principe de toute existence juridique. Le mythe constitutionnel est ainsi semblable à cet « ordre dogmatique » décrit par P. Legendre⁴⁹ à propos du modèle institutionnel de l'Occident médiéval : une « doctrine énonçant la soumission »⁵⁰ et détournant le désir des sujets au profit de l'institution. Les vieilles icônes ont perdu leur lustre d'antan et se sont estompées, mais le droit a conservé sa symbolique sacrée. Si les idoles ont changé, les colonnes du temple, quant à elles, demeurent solides. À travers le discours mythique du droit constitutionnel se dessine une cosmogonie, au

⁴⁷ En effet, « le mythe est une parole définie par son intention (...) beaucoup plus que par sa lettre (...) », R. Barthes, *ibid.*, p. 231. Dans le même ordre d'idées, mais à propos de l'emploi du terme « démocratie », voir J.-M. Denquin, « Que veut-on dire par « démocratie » ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 2, 2009, [<http://www.juspoliticum.com/Que-veut-on-dire-par-democratie.html>].

⁴⁸ Voir sur ce point, C. Atias, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, coll. « Thémis Droit », 3^e édition, 2012, pp. 317 et s.

⁴⁹ P. Legendre, *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, Seuil, coll. « Champ freudien », 1974. Legendre entreprend de décrire, sous l'angle de la psychanalyse, comment le droit, en tant que langage du pouvoir, produit sa propre légitimation à travers un discours dogmatique issu de la tradition théologique médiévale. « Il s'agit d'observer comment se propage la soumission, devenue désir de la soumission, quand le grand œuvre du Pouvoir consiste à se faire aimer », p. 5.

⁵⁰ P. Legendre, *op. cit.*, p. 6.

sein de laquelle l'existence juridique du corps politique prend les atours d'une véritable liturgie. L'âge constitutionnel produit ainsi son propre culte. En France, celui-ci est voué à la *volonté générale*.

Cette dernière est à l'origine de deux mythes, tous deux fondateurs du droit constitutionnel français. Au mythe révolutionnaire de la Loi, apothéose d'une volonté désincarnée mais souveraine (1°), succède le mythe contemporain de la Constitution, annonçant règne d'une *raison* universelle et démocratique (2°).

1°) Le mythe de la Loi : apothéose de la *volonté* souveraine

L'œuvre constitutionnelle des révolutionnaires français consacre leur foi dans les vertus du légalisme. *Nomophilie*, ou « amour des lois »⁵¹, tel est le nom attribué à cet étrange syndrome qui les conduira à ne voir de meilleure garantie du droit naturel que dans le positivisme législatif.

Ce culte de la Loi, dont le droit constitutionnel français ne commencera à se remettre qu'à compter de la fin du XIXe siècle, peut être rattaché à deux courants de pensée dont la notion de *volonté générale* opère la catalyse. Durant la période révolutionnaire, *l'idée* de loi se caractérise en effet par l'ambivalence de ses significations. Générale par sa source, la loi s'apparente organiquement à l'acte voté par les représentants du souverain. Générale dans son objet, elle est également réputée énoncer une *raison* universelle que son auteur ainsi que ses exécutants ne peuvent que constater et appliquer : matériellement, elle désigne la « règle de droit »⁵², principale garantie des citoyens contre l'arbitraire des gouvernants. Sans qu'il soit besoin de retracer ici la genèse de cette notion⁵³, il suffira de rappeler qu'au moment de la Révolution française, deux conceptions de la loi paraissent obtenir les faveurs des constituants. La première, principalement issue de la doctrine libérale des publicistes britanniques, mais doublée du rationalisme des Lumières allemandes et françaises, met l'accent sur la dimension matérielle de la loi conçue comme oeuvre de *raison*⁵⁴. La seconde, essentiellement exprimée par Rousseau, double cette conception rationaliste d'une dimension volontariste : acte de commandement, la loi exprime la *volonté générale* parce qu'elle est réputée émaner du souverain lui-même⁵⁵.

Loin d'être antagonistes, ces deux doctrines favorisent, dès 1789, l'instauration d'un gouvernement représentatif fondé sur une logique d'imputation : la volonté politique énoncée par le corps des représentants – c'est-à-dire la loi positive – est réputée exprimer cette *volonté générale*, à la fois rationnelle et

⁵¹ L'expression, attribuée au doyen Carbonnier, est notamment employée par S. Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, coll. « Pluriel », p. 376.

⁵² Voir sur ce point G. Burdeau, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *Archives de philosophie du droit*, 1939, pp. 7-55, p. 9.

⁵³ Pour plus de détails sur ce point, nous renvoyons à l'étude réalisée par M. Bastit, *Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas à Suarez*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1990.

⁵⁴ G. Burdeau évoque l'influence du courant « individualiste », plaçant la doctrine des droits de l'homme au fondement de l'organisation sociale. « La nouvelle notion de loi se trouve dès lors tout entière fondée sur la raison, à la fois mesure des droits inhérents à la personnalité humaine et source unique d'inspiration du législateur : la primauté de la loi que proclame la constitution de 1791, c'est la primauté de la raison » - G. Burdeau, *ibid.*, p. 10.

⁵⁵ G. Burdeau évoque, à cet égard, une conception « étatiste », favorisée par l'accélération du processus révolutionnaire et faisant prévaloir les moyens (l'Etat, le pouvoir) sur les fins (l'individu et ses droits naturels et inaliénables). Voir G. Burdeau, *ibid.*, p. 10.

volontaire⁵⁶. Ainsi naît le mythe. Opérant la symbiose de ces deux notions – l’une positive, l’autre idéale, la volonté générale fournit à la Révolution (et plus tard, au droit constitutionnel républicain), le moyen d’exalter la puissance de l’organe législatif au nom d’un souverain et d’une *raison* figurant la transcendance du pouvoir⁵⁷.

Il est surprenant de remarquer à quel point le mythe de la Loi reprend à s’y méprendre la logique d’imputation élaborée au Moyen-Âge par la théologie catholique⁵⁸. Tandis que le droit canon met en scène le verbe incarné, c’est-à-dire l’énonciation de la parole divine par le pontife, le droit constitutionnel révolutionnaire transfigure la loi positive, expression d’une *volonté générale* imputée au souverain collectif. À travers une même logique d’imputation en vertu de laquelle une volonté tangible et contingente est réputée exprimer la Parole d’une entité extérieure, chacune de ces deux dogmatiques se fonde sur « une mythologie de l’Absent »⁵⁹.

En effet, de la même manière que le pontife, « *tenant-lieu du Père* »⁶⁰, exprime une parole dont il ne dispose pas puisqu’elle est censée exprimer celle d’un *autre*, le représentant énonce la volonté du souverain tout en demeurant subordonné à la *raison* que ce dernier est censé incarner. Le *vicarius christi* devient *vicarius natio*. Mais à une différence près. Tandis que l’Église catholique présente à ses fidèles l’image du Père, chef d’une *ecclesia* séparant les clercs des laïcs selon un rapport hiérarchique, le droit constitutionnel français tend au corps politique son propre reflet mystique, l’image narcissique d’un souverain collectif composé non plus d’individus, mais de citoyens interchangeable et égaux. Le mythe d’un corps divin hiérarchisé disparaît face à celui d’une collectivité indivisible.

Les deux conceptions de la *volonté générale* se complètent donc dans l’élaboration du mythe. D’un côté, la conception volontariste fait de l’organe législatif l’incarnation du souverain⁶¹. De l’autre, sa dimension rationaliste engendre cette fiction d’après laquelle le nouveau pontife ne dispose pas de la parole qu’il énonce. L’imputation de la volonté législative au souverain collectif, accentuée au gré du processus révolutionnaire, produit ainsi l’exaltation d’une représentation parlementaire réputée tenir sa puissance du souverain lui-même⁶². En ce sens, le concept de représentation – entendu, d’après l’expression de Barnave,

⁵⁶ Cette dualité se retrouve, en 1789, au stade de la *délibération* comme expression par les représentants de la volonté générale. Voir P. Brunet, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l’Etat*, Paris, Bruylant – L.G.D.J., préface de M. Troper, 2004, p. 94 et s.

⁵⁷ On ne saurait cependant douter de l’honnêteté des constituants révolutionnaires dans leur tentative de fournir au souverain les moyens constitutionnels d’exprimer une volonté effective. Sur la tension entre l’interprétation de la volonté générale par la doctrine publiciste des XIXe et XXe siècles, et sa portée pratique durant la Révolution française, voir la thèse de G. Bacot, *Carré de malberg et l’origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, CNRS, 2001.

⁵⁸ Sur ce point, nous nous permettons une mise en perspective avec les travaux de P. Legendre. Voir, P. Legendre, *L’amour du censeur. Essai sur l’ordre dogmatique*, Paris, Seuil, coll. « Champ freudien », 1974.

⁵⁹ P. Legendre, *op. cit.*, p. 29.

⁶⁰ P. Legendre, *ibid.*, p. 27.

⁶¹ Paradoxalement, cette logique d’incarnation doit beaucoup à la doctrine de J.-J. Rousseau. Afin de résoudre la contradiction qu’il y avait à concevoir une souveraineté collective sur la base d’un jusnaturalisme caractérisé par le primat de l’individu, Rousseau réalise l’exploit de concevoir le souverain comme un *sujet collectif* : tandis que l’essence de l’homme en tant qu’individu réside dans sa liberté entendue comme faculté d’autodétermination, l’essence du souverain comme sujet collectif résulte de sa faculté de vouloir comme le ferait un seul homme. C’est de cette transformation que résultent les caractères indivisible et inaliénable de la souveraineté populaire. Voir sur ce point, A. Renaut, P. Savidan, « Les Lumières critiques : Rousseau, Kant et Fichte », in A. Renaut (dir.), *Histoire de la philosophie politique*, t. 3 : *Lumières et romantisme*, Paris, Calmann-Lévy, 1999, p. 162 et s.

⁶² « Or par la force des choses, plus les circonstances appelaient des commandements impérieux, plus le législateur était conduit à s’affirmer comme trouvant en lui-même sa propre raison d’être : les éléments qui reléguèrent au second plan l’idée de loi plaçaient

comme le fait de « vouloir pour la Nation »⁶³ – paraît exprimer le mythe en langage juridique : parce que l'organe législatif exerce la puissance de la nation ou du peuple, celui-ci est réputé représenter celui-là⁶⁴. La qualité de représentant, déterminée par la fonction qui s'y attache, désigne donc à la fois cette incarnation du souverain mythique et cette réserve liée à l'indisponibilité de son pouvoir - le représentant, *verbus incarnatus*, demeure simple vicair. Cette fonction sacerdotale⁶⁵ sert ainsi de caution à la puissance qu'il tient de son *alter ego* mythique.

L'effritement du mythe de la Loi à partir de la fin du XIXe siècle proviendra précisément de la perte de cette aura sacerdotale. L'accumulation de textes législatifs devenus instruments de gouvernement plutôt qu'actes de souveraineté, ainsi que la remise en question des excès du volontarisme parlementaire face à l'essor d'une idéologie libérale réclamant la garantie des droits subjectifs de l'individu, achèveront de désacraliser une volonté législative dont l'idole tombera définitivement sous le couperet du contrôle de constitutionnalité des lois.

2°) Le mythe de la Constitution : apothéose de la *raison* normative

L'avènement du mythe de la Constitution est le fruit de plusieurs doctrines, qu'il s'agit de rappeler brièvement. Ce récit est avant tout celui de la *notion* de constitution, que le mécanisme du contrôle de constitutionnalité paraît avoir portée au zénith de sa signification juridique⁶⁶.

R. Carré de Malberg a relevé la filiation étroite unissant l'idée constituante aux doctrines du contrat social⁶⁷. Il semble cependant que le courant contractualiste n'ait inspiré l'apparition de la Constitution comme notion juridique, qu'au prix d'une déformation de ses théories. Parce que l'acte constituant

au contraire son auteur en vedette » - G. Burdeau, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *Archives de philosophie du droit*, 1939, pp. 9-10.

⁶³ Intervention d'A. Barnave à la Constituante, le 10 août 1791, in J. Mavidal, E. Laurent, *Archives parlementaires*, 1^e Série (1787-1799), t. XXIX, Paris, Librairie Administrative Paul Dupont, 1875-1879, p. 331.

⁶⁴ Dans sa thèse, P. Brunet définit le concept juridique de représentation comme un concept produit par le système juridique dans le but de justifier la dévolution des compétences normatives dans l'Etat. Voir P. Brunet, *op. cit.*

⁶⁵ « Les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un *sacerdoce* » - J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, 1^{er} pluviôse an IX.

⁶⁶ Il est devenu courant, en doctrine, de distinguer deux notions de constitution, chacune marquant une étape dans le cours de l'histoire constitutionnelle française : d'un côté, la constitution désigne l'organisation du corps politique et, de l'autre, la règle juridique réalisant cette organisation. De la fusion de ces deux significations serait née l'idée moderne de constitution : l'organisation politique de l'Etat se trouve saisie par le droit, en ce qu'elle ne résulte plus d'un constat relatif à la situation des institutions, mais d'un acte de volonté imputé au souverain. Voir sur ce point, O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994, pp. 204-207. Du point de vue de l'histoire des concepts, la question divise les auteurs sur le point de savoir à quel moment est apparu le concept *juridique*. Certains retiennent une approche organique – la notion de constitution acquiert une portée juridique dès lors qu'elle est associée à l'expression d'une volonté souveraine – pour en dater l'apparition à compter des révolutions française et américaine – voir en ce sens G. Burdeau, *Traité de science politique*, t. IV, « Le statut du pouvoir dans l'Etat », 3^e éd., Paris, LGDJ, 1984, p. 42. D'autres, prolongeant cette approche formelle dans le cadre d'une théorie positiviste, en déduisent la nécessité de distinguer la valeur juridique de la constitution vis-à-vis d'autres normes – c'est le cas, en France, de R. Carré de Malberg, lequel retient une conception à la fois organique et procédurale de la constitution (*Contribution à la théorie générale de l'Etat* (1922), t. II, Paris, Dalloz, préf. Eric Maulin, 2003, p. 576 et s) –, jusqu'à ériger l'institution du contrôle de constitutionnalité des lois en critère de sa normativité et donc de sa qualité de règle juridique – voir notamment, F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 34^e édition, 2013, p. 61. Sans entrer dans ce débat, il convient seulement de rappeler que l'évolution du concept de constitution n'est pas univoque : en témoignent, d'un côté, le caractère précurseur des doctrines d'un Sieyès ou d'un John Marshall et, de l'autre, le fait que la supériorité formelle de la constitution sur les normes inférieures ne soit devenue une préoccupation majeure des démocraties européennes qu'à compter de l'entre-deux guerres. Le dialogue à deux temps du discours théorique et du droit positif permet ainsi de relativiser cette question.

⁶⁷ R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. II, pp. 485 et s.

s'analyse, en droit public français, comme un commandement unilatéral⁶⁸, la Constitution ne saurait être assimilée à une convention passée entre les citoyens ou même entre les gouvernés et les gouvernants⁶⁹. Si la théorie contractualiste, associée par J.-J. Rousseau à l'identification du souverain au corps des citoyens, a contribué à l'apparition des constitutions modernes, c'est donc en accréditant l'idée selon laquelle le pouvoir de se constituer en corps politique et de se doter d'une forme de gouvernement appartient au souverain populaire, donnant ainsi naissance à la notion de pouvoir constituant⁷⁰, figure moderne du Créateur.

Dans un second temps, la notion de hiérarchie des normes, théorisée par H. Kelsen, va fournir à la notion de constitution le moyen théorique de développer sa portée normative. En effet, la description du droit en tant que système au sein duquel les normes s'agencent selon une structure hiérarchisée, suppose l'existence d'un principe suprême garantissant l'unité de cet ensemble de normes. Il en résulte que la normativité de la Constitution, doit être avérée, à la fois pour constater l'existence d'un ordre juridique et pour en assurer la cohérence. C'est en ce sens que Kelsen fait du contrôle de constitutionnalité un élément de définition de la notion juridique de constitution⁷¹. Combinée à la doctrine libérale française, l'idée constitutionnelle bénéficie d'un second souffle, favorisé par l'avènement d'un nouveau constitutionnalisme privilégiant la garantie des droits sur l'institutionnalisation du souverain collectif. On le sait, il faudra attendre les années 1970 pour que la France connaisse l'avènement d'un contrôle de constitutionnalité garantissant, formellement et matériellement, l'autorité supérieure de la Constitution⁷².

Or, comment justifier l'introduction du contrôle de constitutionnalité en droit positif français, dans le cadre d'une culture juridique caractérisée par l'identification de la loi à l'expression de la souveraineté ? Le Conseil constitutionnel réalise ce tour de force en dissociant la notion juridique de *volonté générale* de son expression législative traditionnelle. Désormais, « la loi (...) n'exprime [plus] la volonté générale que dans le respect de la Constitution »⁷³, ce qui signifie deux choses aux termes de la jurisprudence du Conseil. D'une part, le siège de la *volonté générale* se trouve désormais déplacé. Comme le relève P. Blachère, « la Constitution est devenue, sous l'influence de la jurisprudence constitutionnelle, la règle de droit la plus proche de la volonté générale »⁷⁴. Cela l'autorise à prendre part à ce que l'auteur nomme un « régime *constitutionnaliste* d'expression de la volonté générale »⁷⁵. D'autre part, si la loi n'est plus réputée suffire à exprimer une volonté souveraine, cela signifie que la suprématie normative de la Constitution nécessite de penser cette dernière comme l'unique expression de la souveraineté. Désincarnée, la figure du souverain

⁶⁸ Voir sur ce point, O. Beaud, *op. cit.*, pp. 237 et s. et pp. 245 et s.

⁶⁹ D'après G. Burdeau, l'idée de constitution ne saurait être assimilée à l'idée de contrat : la première, émanant d'un corps souverain un et indivisible, désigne l'expression d'une volonté unilatérale, tandis que la seconde suppose un accord entre au moins deux parties. Voir G. Burdeau, *Traité de science politique, op. cit.*, p. 49 et s.

⁷⁰ Voir sur ce point, C.-M. Pimentel, « Du contrat social à la norme suprême : l'invention du pouvoir constituant », *Jus Politicum. Revue internationale de droit politique*, n° 3, 2009, [http://juspoliticum.com/IMG/pdf/JP3_pimentel.pdf].

⁷¹ H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution », *RDP*, 1928, p. 197 et s.

⁷² Depuis sa décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi relative à la liberté d'association*, le Conseil constitutionnel assume l'exercice d'un contrôle matériel de la constitutionnalité des lois vis-à-vis des dispositions substantielles d'un « bloc de constitutionnalité » construit à partir du préambule de la Constitution de 1958.

⁷³ Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. n° 27.

⁷⁴ P. Blachère, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », 2001, p. 25.

⁷⁵ P. Blachère, *op. cit.*, p. 27.

est désormais seulement *supposée* à travers la notion hypothétique et évanescence du pouvoir constituant, reléguée hors de l'ordre juridique. À l'instar de la cosmogonie antique, l'adaptation par le Conseil constitutionnel du mythe de la *volonté générale* démontre la « capacité du système à produire son propre imaginaire »⁷⁶.

Dans le cadre de cette démarche de justification, la jurisprudence du Conseil commence donc par tendre au législateur un premier miroir⁷⁷, celui d'une *volonté générale* originaire ne résidant plus dans l'identification de sa volonté à celle du souverain mais dans le respect par la loi des dispositions de la Constitution. Mais afin de neutraliser le caractère autrefois souverain de la volonté législative, le juge constitutionnel se doit d'écarter tout soupçon relatif à son propre pouvoir d'interprétation⁷⁸. Il s'agit alors pour celui-ci de faire en sorte que son office n'apparaisse pas comme une entrave à l'expression de la démocratie. C'est ce qu'exprime la fameuse formule selon laquelle « l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen »⁷⁹. Ce faisant, le juge constitutionnel « manifeste le soin de présenter sa mission comme étant d'une nature juridictionnelle »⁸⁰, et non d'une nature politique, équivalente à la compétence du Parlement. En ce sens, les décisions du Conseil n'expriment donc pas une volonté de nature politique mais se contentent d'énoncer ce qui, au regard de la norme constitutionnelle, constitue la *volonté générale*⁸¹.

⁷⁶ B. Edelman, *Quand les juristes inventent le réel*, Paris, Ed. Hermann, coll. « Le Bel Aujourd'hui », 2007, p. 30.

⁷⁷ C'est ce qu'explique E. Desmons en parlant de « démocratie spéculaire » : à travers le développement du contrôle de constitutionnalité, le renouvellement de l'idée démocratique s'exprime par la pratique du juge constitutionnel consistant à « montrer » au législateur ainsi qu'aux citoyens le nouvel horizon démocratique, c'est-à-dire le respect des principes constitutionnels consacrés par le constituant. Voir, E. Desmons, « Le normativisme est une scolastique (brèves considérations sur l'avènement de la démocratie spéculaire présentée comme un progrès) », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, n° 32, 2001, p. 21 et s. Voir également, S. Rials, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur les hésitations du constitutionnalisme », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 163 et s.

⁷⁸ Voir sur ce point, M. Troper, « Le juge constitutionnel et la volonté générale », *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2001, p. 215 et s.

⁷⁹ Formule énoncée par la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, cons. n° 1, et désormais devenue classique dans la jurisprudence du Conseil.

⁸⁰ P. Blachère, *ibid.*, p. 70. « Le Conseil constitutionnel exprime la volonté générale sur un mode juridictionnel. Sa contribution au régime constitutionnaliste d'expression de la volonté générale ne ressemble pas à celle d'une instance politique. Sa fonction de contrôleur des lois votées ne l'habilite pas à décider de l'opportunité des orientations politico-sociales contenues dans les textes législatifs. Dire que le juge constitutionnel exprime la volonté générale ne signifie donc pas que cette instance se substitue au législateur » (p. 131).

⁸¹ C'est ce qu'exprime, au sein de la doctrine cette fois-ci, la théorie dite de « l'aiguilleur », reformulation par le doyen Favoreu de la théorie de la justice constitutionnelle développée par H. Kelsen. D'après cette dernière, « le Conseil constitutionnel, placé au carrefour crucial, est en quelque sorte un aiguilleur ou un régulateur indiquant quelle voie (...) doit suivre la réforme pour être adoptée » - L. Favoreu, « Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », *RDP*, 1982, pp. 419-420. Selon cette interprétation du contrôle de constitutionnalité, le juge constitutionnel serait bien en peine de concurrencer l'office du législateur puisque, ne se prononçant pas sur le fond de la loi, se contenterait d'« indiquer qu'une certaine mesure ne [peut] être adoptée en forme législative mais en forme constitutionnelle », procédure définie par Kelsen comme plus démocratique car nécessitant une majorité qualifiée et donc plus importante - M. Troper, « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 28, juillet 2010, [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-52714.pdf>], p. 5. Pareille théorie a de quoi surprendre lorsqu'on sait que le Conseil a pour habitude de se prononcer sur le contenu de la loi pour en motiver la censure, et même d'émettre des réserves d'interprétation s'apparentant à de véritables modifications du texte voté par le Parlement. Et pourtant, ces arguments s'estompent face au caractère formel de la justification, puisque rien n'oblige le législateur à s'arrêter à la censure du juge : la Constitution lui donne les moyens d'engager une révision permettant de contrebalancer cette dernière. Cette interprétation

Dans un second temps, la justification de son office par le Conseil constitutionnel le conduit à tendre un deuxième miroir : la *volonté générale* qu'il contribue à exprimer n'est pas la sienne, mais celle d'un *autre*. En effet, le juge s'efforce, à travers sa jurisprudence, de rattacher ses décisions et, en particulier la consécration de nouveaux principes, à une volonté exprimée originellement par le constituant⁸². De ce point de vue, tout se passe comme si l'interprétation du texte ne procédait pas d'un acte de volonté mais d'un acte de connaissance⁸³. Autrement dit, le Conseil procède à l'abolition de sa propre volonté. Les principes qu'il énonce et le sens qu'il leur confère paraissent déduits de la norme constitutionnelle, nouvelle *raison* pratique située au-dessus de la volonté contingente du pouvoir politique. Véritable Oracle républicain, le juge apparaît comme l'interprète, au sens étymologique du terme – « *interpres* », c'est-à-dire l'agent entre deux parties, le traducteur – des volontés d'un *autre*.

C'est en ce sens que l'institution du contrôle de constitutionnalité, loin d'opposer une limite à la démocratie, contribuerait à son accomplissement. En garantissant la suprématie de la volonté constituante sur celle des pouvoirs constitués, le Conseil jouerait en faveur d'une autonomie démocratique reléguée au stade constituant. Cette figure du constituant souverain n'est autre que celle du Créateur, transposée du législateur à l'auteur supposé de la Constitution, le peuple ante-constitutionnel. Pareille interprétation est par ailleurs confortée par la fameuse théorie du « lit de justice », énoncée par le doyen Vedel et d'après laquelle la possibilité d'une révision constitutionnelle venant contrebalancer une censure, sert de caution à l'existence d'un contrôle de constitutionnalité des lois : c'est l'invocation du souverain « en majesté »⁸⁴, venu corriger une mésinterprétation de son Oracle – le Créateur fait homme, venu reprendre son ministère.

De cette légitimation en deux temps, deux conclusions peuvent être tirées. D'une part, il en résulte un décalage entre le discours de justification émis par le juge constitutionnel et celui élaboré par la doctrine. En effet, l'avènement en droit positif français d'un véritable contrôle de constitutionnalité des lois a suscité un décalage sur l'échelle des justifications du droit : comment situer le juge constitutionnel vis-à-vis

formelle du pouvoir de révision sert ainsi de caution à la théorie de « l'aiguilleur » et, de la même manière, à la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

⁸² C'est ce que démontre P. Blachère en détaillant les contraintes argumentatives que rencontre le Conseil dans son œuvre d'interprétation : qu'il s'agisse d'étendre le bloc de constitutionnalité à d'autres textes que la Constitution de 1958 – comme c'est le cas dans la décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi relative à la liberté d'association* – ou de reconnaître la constitutionnalité d'un principe consacré par le législateur et témoignant d'une tradition républicaine – à travers la technique des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » -, le Conseil s'efforce de rattacher, même *ex post*, son interprétation des textes, à un raisonnement déductif dont la prémisse serait formulée par la volonté du souverain. Voir sur ce point, P. Blachère, *ibid.*, p. 133 et s.

⁸³ C'est donc « la théorie de l'interprétation-connaissance qui fonde la pratique des juges, car celle-ci repose nécessairement sur le mythe du syllogisme (...). On ne doit pas en conclure que la théorie du syllogisme est vraie – une théorie, même fautive, peut néanmoins fonder une pratique sociale – mais seulement que dans la pratique française, le juge ne tire sa légitimité que de quelques idées simples : qu'il applique le texte constitutionnel, que celui-ci possède un sens objectif et que ce sens est connaissable » - M. Troper, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *Le droit et la nécessité*, PUF, coll. « Léviathan », 2011, p. 189.

⁸⁴ « C'est cette plénitude du pouvoir de révision constitutionnelle qui légitime le contrôle de la constitutionnalité des lois. À celui qui se plaint que la loi votée par les représentants de la Nation ne soit pas souveraine comme la Nation elle-même, on répond que "la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution". Cette formule justifie le contrôle de constitutionnalité, mais elle n'a cette vertu que parce qu'elle sous-entend que l'obstacle que la loi rencontre dans la Constitution peut être levé par le peuple souverain ou ses représentants s'ils recourent au mode d'expression suprême : la révision constitutionnelle. Si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts » - G. Vedel, « Schengen et Maastricht. À propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991 », *RFDA*, 1992, p. 173.

du principe représentatif⁸⁵ ? À ce sujet, deux thèses bien connues, sont avancées par la doctrine. La première, formulée par M. Troper, voit dans le juge constitutionnel un « colégislateur »⁸⁶, c'est-à-dire que sa participation à la fonction législative lui conférerait, en vertu d'une lecture historique du concept de représentation, la qualité de représentant⁸⁷. La seconde, dont D. Rousseau apparaît comme le plus ardent défenseur, consiste à voir dans le juge constitutionnel, non pas un représentant du peuple-législateur, mais un représentant du peuple-constituant⁸⁸ : en vertu de son pouvoir d'interprétation, le Conseil participerait en effet à l'élaboration d'un « droit constitutionnel jurisprudentiel »⁸⁹. Or, aucune de ces thèses ne paraît recevoir la préférence du Conseil constitutionnel, lequel, comme on vient de le voir, semble démentir par son propre discours, tant sa participation au processus législatif que sa contribution à l'énonciation du nouveau droit constitutionnel. Comment expliquer ce décalage entre le discours de justification du droit et celui de la théorie constitutionnelle ? C'est sans doute que l'autorité du mythe, au-delà du concept juridique de représentation, ne se laisse approcher qu'à travers une reformulation du paradigme de la souveraineté démocratique.

D'autre part, la notion de *volonté générale* paraît en effet transformée, à travers la jurisprudence du juge constitutionnel. La figure du Souverain, bien que préservée par le discours juridique du Conseil, semble ne plus avoir sa place au sein de l'ordre juridique. Désormais, si le législateur se trouve désormais déchu de sa position souveraine, cette dernière paraît donc échoir au pouvoir constituant⁹⁰. Or, l'hypothèse d'un

⁸⁵ « Dès lors qu'on place la Constitution au sommet d'une hiérarchie des normes qui se donne comme immuable, on est contraint de revoir les modes de justification de certaines fonctions » - P. Brunet, « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoirs*, Paris, Seuil, n° 114, 2005, p. 12.

⁸⁶ Cette thèse fut notamment formulée dans M. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 329.

⁸⁷ Cette théorie fut notamment discutée par F. Furet et P. Blachère sur le fondement de la méthode employée par M. Troper : déduire la qualité de représentant du juge constitutionnel d'un raisonnement attribué aux constituants de 1791 à propos de la qualité de représentant du roi serait non seulement anachronique, mais également erroné compte tenu du caractère juridictionnel qu'affiche le Conseil constitutionnel. Voir sur ce point, F. Furet, « Concepts juridiques et conjecture révolutionnaire », *Annales ESC*, 47^e année, n° 6, 1992, p. 1185 et s., ainsi que P. Blachère, *ibid.*, p. 179 et s.

⁸⁸ L'avènement du contrôle de constitutionnalité des lois ayant brisé le monopole législatif d'expression de la volonté générale, D. Rousseau propose d'y voir l'apparition d'un « régime d'énonciation concurrentielle de la volonté normative ou de la parole constituante » - D. Rousseau, « L'émergence d'un concept ? », in S. Brondel, N. Foulquier, L. Heuschling (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 332. En ce sens, le juge constitutionnel opposerait aux gouvernés – en particulier à la représentation législative – la volonté initiale des gouvernants, matérialisée par la norme constitutionnelle et interprétée par lui. Voir sur ce point, D. Rousseau, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle "nécessité démocratique" ? », in G. Drago, B. François, N. Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence constitutionnelle*, Paris, Economica, 1999, p. 363 et s.

⁸⁹ D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de constitution », *RDP*, 1990, p. 6.

⁹⁰ R. Carré de Malberg distingue en effet trois significations possibles du terme « souveraineté » : « le mot souveraineté a acquis dans le passé trois significations principales, bien distinctes. Dans son sens originaire, il désigne le caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante, et en particulier de la puissance étatique. Dans une seconde acception, il désigne l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'Etat, et il est par suite synonyme de cette dernière. Enfin, il sert à caractériser la position qu'occupe dans l'Etat le titulaire suprême de la puissance étatique, et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe » - R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat* (1922), t. I, Paris, Dalloz, préf. Eric Maulin, 2003, p. 79. À ces trois premières significations, M. Troper en ajoute une quatrième : « c'est la qualité de l'être au nom duquel est exercée la souveraineté dans les trois premiers sens », c'est-à-dire un principe d'imputation – M. Troper, « La souveraineté, inaliénable et imprescriptible », *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2007, p. 81. À l'époque où la *volonté générale* formulait l'apothéose de la loi comme volonté souveraine, le principe de la souveraineté – la souveraineté-imputation – et son exercice au sein de l'Etat – la souveraineté-suprématie de l'organe – se confondaient. À l'ère du mythe de la Constitution, si le législateur et le juge constitutionnel paraissent désormais se partager la suprématie, cette dernière ne coïncide cependant plus avec le principe de la souveraineté, c'est-à-dire l'imputation d'une volonté politique au peuple souverain : cette dernière est désormais le bénéfice du seul pouvoir constituant. C'est notamment ce qui ressort du discours des membres du Conseil constitutionnel, en tout cas de l'un des plus éminents, auteur du fameux *obiter dictum* de 1985, le doyen Vedel : « C'est la base même du constitutionnalisme que cette distinction entre le pouvoir constituant – originaire ou dérivé – identifié à la substance de la souveraineté nationale et les pouvoirs constitués (...). En réalité le juge constitutionnel, loin de porter atteinte à la souveraineté nationale, loin de censurer la volonté

pouvoir constituant n'a de valeur qu'en tant que justification de l'existence d'une norme constitutionnelle et donc du système juridique dans son ensemble⁹¹. Parce qu'il institue ce dernier et figure ainsi le passage du néant à l'existence juridique, le constituant ne peut donc participer à cette dernière : il demeure supposé, à l'orée de l'ordre juridique. Le génie créateur, titulaire effectif de la souveraineté, se trouve par conséquent désincarné et relégué dans les limbes du droit – du moins jusqu'à sa réincarnation occasionnelle, au moment d'une révision constitutionnelle. Le résultat est curieux. Parce que le juge constitutionnel est réputé exprimer la volonté d'un *autre*, et que cet *autre* n'existe que dans les limbes du droit, le mythe en ressort transformé. Si la loi exprime la *volonté générale* lorsque ses dispositions respectent la Constitution, et donc la jurisprudence de son interprète, l'onction ne provient plus de son imputation à une volonté souveraine, mais bien de sa conformité à une *raison* constitutionnelle. La figure du Pontife a donc laissé place à celle de l'Oracle.

Au terme de ce récit mythique, le discours dogmatique du droit paraît changer d'objet. Alors que la figure du Législateur avait pour fonction de placer le pouvoir politique au-delà de la figure contingente des gouvernants, celle du Constituant semble clore le temps juridique sur lui-même. Au Génie aristotélicien, c'est-à-dire à l'idée du sublime incarnée dans l'âme des hommes, succède une nouvelle séparation du sensible et de l'intelligible que consacrerait la clôture de l'ordre juridique par la norme constitutionnelle.

II – LA FONCTION FONDATRICE DE LA PENSÉE MYTHIQUE EN DROIT CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS

Au-delà du discours qui le formule, le mythe désigne un type de pensée qui, à l'instar de la science, prétend donner un aperçu unitaire et systématique de son objet. Sa portée fondatrice la distingue cependant de la science moderne. En exprimant « le désir qu'à la nature humaine de s'accorder avec la réalité, de vivre dans un univers ordonné et de surmonter l'état chaotique où choses et pensées n'ont pas encore revêtu une forme et une structure définies »⁹², le mythe a pour objet d'arracher l'homme à sa condition historique et contingente en le projetant dans un univers situé au-delà du sensible, une temporalité pure, imperméable aux assauts corrosifs de l'Histoire et empreinte de nécessité, un âge poétique clos sur lui-même où passé, présent et avenir constituent un seul et même moment, à la fois fondateur et final⁹³.

générale, assure le respect de l'une et de l'autre en assurant celui de la Constitution qui est leur expression suprême et totale » - G. Vedel, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, Paris, Seuil, n° 45, 1988, p. 151.

⁹¹ « Du point de vue du droit public, la notion de pouvoir constituant constitue d'abord une notion de légitimation, qui – au-delà de la seule explication de son élaboration – fonde la validité normative de la constitution (...) » - E.-W. Böckenforde, *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2000, p. 207.

⁹² E. Cassirer, *Le mythe de l'Etat* (1946), Paris, Ed. Gallimard, coll. « Bibliothèque de philosophie », trad. fr. B. Vergely, 1993, p. 33.

⁹³ M. Eliade caractérise la pensée mythique des civilisations archaïques, ainsi que les réminiscences de cette pensée à l'époque contemporaine, comme une réaction vis-à-vis du temps historique dont l'emprise corruptrice serait insusceptible de fournir un

À travers la pensée mythique, le droit constitutionnel français semble réaliser une double opération de fondation. Dans un premier temps, ayant pour objet d'institutionnaliser un pouvoir légitime, le droit constitutionnel en fonde la nécessité en lui attribuant une origine transcendante : expression d'une volonté collective, la Loi représente la puissance d'auto-normation de la société (A). Mais dans un second temps, lorsque la mythification du pouvoir ne suffit plus à fonder à elle seule la légitimité des rapports de domination, la Constitution, érigée en matrice de l'ordre juridique, postule sa propre nécessité à travers celle du droit : la norme constitutionnelle représente à la fois l'origine et l'achèvement d'une existence juridique prétendant rationaliser l'ensemble de la vie sociale (B).

À travers la pensée mythique, le droit semble donc s'extérioriser et se prendre pour objet : en fondant sa propre nécessité sur un principe qui lui est extérieur, il témoigne de l'insuffisance d'une approche exclusivement empirique pour rendre compte d'une réalité juridique située à la fois à l'intérieur et hors du droit. L'intérêt théorique de la notion de mythe appliquée au droit constitutionnel résiderait donc dans la confrontation de ces deux aspects de la réalité juridique : il semble en effet que l'œuvre instituante du droit constitutionnel ne puisse se concevoir que par un équilibre entre l'existence historique qu'il subit et la nécessité anhistorique qu'il produit.

A. LA PENSÉE MYTHIQUE COMME OBJECTIVATION DU POUVOIR

À la fin du XVIII^e siècle, la force instituante du mythe produit une nouvelle forme de pouvoir dont la puissance symbolique imprégnera le droit constitutionnel français jusqu'à la seconde moitié du XX^e siècle. Face à l'emprise corruptrice d'un temps historique jugé contingent (1^o), le mythe de la Loi entreprend d'ériger la puissance institutionnalisée du souverain collectif en nécessité objective (2^o).

1^o) L'avènement de l'âge constitutionnel comme *sortie* de l'Histoire

Les hommes de 1789 héritent des Lumières une double croyance. Une croyance, d'une part, en un progrès conçu comme l'« affranchissement (...) des servitudes du passé et la conquête d'un bonheur croissant »⁹⁴. Et une croyance, d'autre part, en l'existence de principes formulant à la fois les droits dont dispose chaque homme en tant qu'individu ainsi que « le but de toute institution politique »⁹⁵. Bien qu'il soit difficile, voire impossible, de savoir à quel point et dans quelle mesure le kaléidoscope philosophique

sens à l'existence humaine. Voir, M. Eliade, *Le mythe de l'éternel retour*, Paris, Folio Essais, trad. fr. J. Gouillard et J. Soucasse, 1991. Schelling, quant à lui, définit le temps mythique comme une temporalité absolue, « par sa nature indivisible, absolument identique, et, en conséquence, quelle que soit la durée qu'on lui attribue [devant] être considérée seulement comme un moment, c'est-à-dire comme une époque en laquelle la fin est comme le commencement et le commencement comme la fin, une sorte d'éternité puisque celle-ci n'est pas une succession d'époques, mais un temps unique, lequel n'est pas en soi un temps effectif, mais ne devient du temps (c'est-à-dire du passé) que par rapport au temps qui la suit » - F. W. J. von Schelling, *Introduction à la philosophie de la mythologie*, Gallimard, 1998, trad. fr. J.-F. Courtine et al., p. 184, cité par D. Baranger, « Temps et constitution », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, n° 30, 2000, p. 47.

⁹⁴ F. Ost, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 179.

⁹⁵ Préambule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

des Lumières inspira l'œuvre des révolutionnaires français⁹⁶, il n'en demeure pas moins que les débats tenus au sein de l'Assemblée constituante durant les premiers mois de la Révolution, révèlent une tension entre ce que l'on pourrait analyser comme une philosophie de la liberté *dans* l'Histoire, et une philosophie de la légitimité située *hors de* l'Histoire.

Car l'idée de progrès revêt une dimension profondément historique. Parce que la liberté de l'homme moderne s'exprime *dans* l'Histoire⁹⁷, sa conquête du bonheur ne saurait être que progressive. La valeur de ses actes ne résulte plus de la perpétuation d'un passé traditionnel, mais de sa marche vers l'accomplissement continu de sa nature : le progrès érigé en loi de l'Histoire confère à cette dernière un sens, et à l'homme la capacité de s'en saisir pour en modeler le cours⁹⁸. Dans cette optique, l'idée de révolution s'analyse donc moins comme une rupture qu'en une accélération d'un temps historique fini, tourné vers la réalisation progressive d'un destin de l'humanité⁹⁹. À rebours de ce progressisme, l'idéologie des droits de l'homme, imprimant au constitutionnalisme révolutionnaire son caractère rationaliste et constructiviste, paraît en revanche consacrer une vision pessimiste du temps historique, jugé corrupteur et oublieux des principes du droit naturel.

En premier lieu, si l'idée de progrès se caractérise, au XVIIIe siècle, par sa portée *évolutionniste* – Bentham, par exemple, le conçoit comme une dynamique continue et par conséquent un processus profondément historique¹⁰⁰ –, le rationalisme et le volontarisme révolutionnaires paraissent valoriser l'instrument du changement plutôt que le changement lui-même¹⁰¹. En effet, en consacrant une conception positiviste des droits de l'homme – manifestée par le monopole législatif de leur concrétisation sociale¹⁰² – et en accordant une priorité à l'identification du souverain au détriment de la garantie d'un pouvoir tempéré, le constitutionalisme français ne semble concevoir le progrès qu'à travers la mise en

⁹⁶ Voir sur ce point, S. Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, coll. « Pluriel », 1988, p. 331 et s.

⁹⁷ M. Eliade, *op. cit.*, p. 174 : « Pour le moderne, l'homme ne saurait être *créateur* que dans la mesure où il est *historique*, en d'autres termes, toute création lui est interdite, sauf celle qui prend sa source dans sa propre liberté ; et par conséquent tout lui est refusé, sauf la *liberté de faire l'histoire en se faisant lui-même* ».

⁹⁸ Ainsi, « l'histoire politique et l'histoire des révolutions, c'est l'histoire du progrès » - Condorcet, *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, in *Œuvres*, éd. de l'an XIII, t. VI, p. 13, cité par G. Burdeau, *Traité de science politique*, t. IV, *Le statut du pouvoir dans l'Etat*, p. 539.

⁹⁹ « En effet, le fondement profond de toute révolution, ce qui fait, non pas qu'on s'y jette, mais que, dans la quiétude d'une vie supportable, on la conçoive, c'est la croyance que l'humanité ne vit que de changements et que ces changements correspondent à des étapes dans la voie de la perfection » - G. Burdeau, *op. cit.*, p. 538.

¹⁰⁰ Dans la conception benthamienne du progrès, la loi est « moins le reflet de ce qui est (conception rationaliste) que l'instrument du changement souhaité » et le temps apparaît comme un « processus de rationalisation progressive de la société » - F. Ost, *op. cit.*, p. 182.

¹⁰¹ Georges Burdeau a souligné le décalage, au XVIIIe siècle, opposant *l'idée* de révolution, conçue comme le moment historique d'accélération d'un changement continu, et le caractère syncopé du *fait* révolutionnaire. Notamment, *l'idée* de révolution résulterait à la fois d'une « croyance aux infinies possibilités de la raison », et de la « foi en la perfectibilité des sociétés humaines » - G. Burdeau, *op. cit.*, pp. 538-539. « En effet, le fondement profond de toute révolution, ce qui fait, non pas qu'on s'y jette, mais que, dans la quiétude d'une vie supportable, on la conçoive, c'est la croyance que l'humanité ne vit que de changements et que ces changements correspondent à des étapes dans la voie de la perfection » (p. 538).

¹⁰² En août 1789, l'élaboration puis l'adoption des articles de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen paraît révéler un ralliement général des constituants à ce que S. Rials nomme la « formule lockienne », c'est-à-dire à une conception positiviste de la garantie des principes du droit naturel : dans la philosophie de J. Locke, l'inaccessibilité de la Loi naturelle à l'entendement humain – à l'exception de certains principes fondamentaux – justifie le monopole du législateur dans la garantie des droits de l'homme. Voir sur ce point, S. Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, Coll. « Pluriel », 1988, p. 395 et s. Cette position est également celle de Rousseau, pour qui les hommes n'ont pas de droits en dehors de la société, c'est-à-dire en dehors de ceux consacrés par le droit positif. Le légicentrisme des révolutionnaires, additionné au positivisme de la Déclaration, laisse donc au législateur le soin de leur concrétisation sociale.

œuvre d'une volonté politique réputée exprimer, de manière réflexive, le pouvoir qu'a la société de se régénérer elle-même. Le temps juridique du progrès révolutionnaire n'est donc pas celui du progrès des philosophes : loin d'être lent et continu, il se radicalise au gré de l'emballement de la machine révolutionnaire et préfère la rupture historique à la réforme progressive. La loi n'est d'ailleurs pas tant conçue comme énonçant ce qui *doit être* mais plutôt comme l'expression de ce qui *est*¹⁰³. De ce point de vue, le rationalisme révolutionnaire tranche avec la prudence des constituants d'Outre Atlantique : le constitutionnalisme français ne manifeste pas une méfiance vis-à-vis d'un pouvoir incarné par la loi, mais au contraire un « optimisme rationaliste », témoignant d'une « confiance [en] la raison du législateur pour concrétiser les impératifs de la Loi naturelle pour le pays »¹⁰⁴.

En second lieu, l'interprétation révolutionnaire de l'idée de *progrès* semble aboutir à un véritable paradoxe temporel. Tandis que la foi des hommes de 1789 en l'existence d'un droit naturel dont il s'agit de garantir le respect, se traduit par une vision eschatologique de l'avenir – la réalisation de l'idéologie des droits de l'homme par la loi – leur pessimisme à l'égard d'un passé historique corrompateur des principes confère à leur œuvre les allures d'un renouement vis-à-vis des origines mythiques de la société¹⁰⁵. C'est d'ailleurs ce qui ressort de l'œuvre déclaratoire de l'Assemblée constituante¹⁰⁶ : en plaçant le nouveau droit constitutionnel sous le signe de la concrétisation des principes proclamés par la Déclaration, il s'agit de renouveler les termes du pacte social¹⁰⁷. La figure du *contrat*, simple hypothèse philosophique permettant d'envisager les conditions d'un gouvernement légitime, paraît désormais s'incarner dans la Déclaration et la Constitution, véritables matérialisations de l'acte à travers lequel l'homme, à l'aube mythique des temps, aurait abandonné son existence individuelle et contingente au profit d'une existence collective et

¹⁰³ S. Rials, *op. cit.*, p. 370.

¹⁰⁴ S. Rials, *ibid.*, pp. 370-371. « De gros bataillons parmi les membres de l'Assemblée nationale sont beaucoup plus "constructivistes" (...) que leurs homologues américains : ils veulent bâtir rationnellement un pouvoir parfait à partir des droits de l'homme plus qu'ils ne se contentent de prémunir autant que possible les droits de l'homme contre un pouvoir nécessairement imparfait. Au sein d'une telle dynamique, la problématique de la garantie prudentielle des droits de l'homme face à la loi imparfaite est remplacée par celle de leur accomplissement, sous forme de droits du citoyen, par la loi parfaite » (p. 371).

¹⁰⁵ Toujours à propos de la conception révolutionnaire de la loi, telle qu'elle ressort du texte de la Déclaration de 1789, S. Rials parle d'une « re-naturation de la société par la raison » - S. Rials, *ibid.*, p. 372 : « Au sein d'une telle dynamique, la loi, enfin orientée, au terme du travail de l'esprit humain, vers sa vraie fin, est appelée à permettre une forme de sortie ou de fin de l'histoire ».

¹⁰⁶ C'est ce que révèle le débat, tenu au sein de l'Assemblée constituante, autour de la « régénération » de l'Etat, opposant les partisans d'une organisation politique conçue comme un état de fait sanctifié par l'histoire, et ceux d'une conception rationnelle et volontariste de la constitution, libre de tout déterminisme historique. La victoire de cette seconde conception est consommée par l'adoption, durant le mois de septembre, des premiers articles de la Constitution. Le débat se déporte, en juillet 1789, à propos de l'opportunité de consacrer ou non les droits naturels de l'homme et du citoyen au sein d'une déclaration solennelle. Cette étape marque cependant un instant de doute dans l'esprit des constituants : faut-il courir le risque d'accélérer le cours de la Révolution en proclamant, au-dessus de l'édifice historique de la monarchie capétienne, les principes naturels gouvernant toute organisation politique ? En témoigne l'intervention du comte de Lally-Tollendal, le 11 juillet : « Ainsi, Messieurs, adoptons le projet précieux qui vient de nous être offert : remontons sans doute au droit naturel, puisqu'il est le principe de tous les autres, mais parcourons rapidement la chaîne des intermédiaires, et hâtons-nous de redescendre au droit positif qui nous attache au gouvernement monarchique » - J. Mavidal, E. Laurent, *Archives parlementaires*, 1^e Série (1787-1799), t. XXIX, Paris, Librairie Administrative Paul Dupont, 1875-1879, p. 219 et s.

¹⁰⁷ Sur l'utilisation de la symbolique contractualiste par les constituants américains et français à la fin du XVIII^e siècle, voir J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris, Michel Houdiard Editeur, 2010, pp. 34-50. En effet, une autre différence du constitutionnalisme français vis-à-vis du constitutionnalisme américain « concerne le rappel, par les constituants français, des principes premiers de l'appartenance commune à une société afin de fonder sur leur autorité le nouvel ordre politique et social » (p. 46). C'est ce dont témoigne la subordination du constituant aux principes du droit naturel : « En effet, ses rédacteurs, pénétrés de l'idée que les principes d'un contrat social renouvelé ne sont pas séparables des dispositions destinées à en organiser l'application, sont soucieux de le faire précéder d'une Déclaration des droits afin que chacune de ses dispositions puisse être la conséquence d'un principe abstrait de droit politique (...) » (p. 47).

nécessaire. À travers l'acte constituant, l'Assemblée institue la puissance d'auto-normation du souverain collectif, figure atemporelle de la société, appartenant à un âge situé hors du temps, où la pureté des principes demeure insensible à l'emprise corruptrice de l'Histoire. Dès lors, la Constitution paraît ouvrir un temps nouveau, où avenir et progrès de la société se confondent avec un retour aux origines supposées de la vie sociale, une sorte de paradis avant la faute, berceau d'un homme libre de toute entrave historique¹⁰⁸.

La révolution politico-juridique s'apparente donc à celle des astres : à l'instar des corps célestes, le corps politique réalise sur lui-même un tour complet au terme duquel l'avenir n'est autre chose qu'un recommencement. À travers l'œuvre constituante, le peuple historique renoue avec la figure mythique du souverain. Mais le processus de mythification ne s'arrête pas là. Le constitutionnalisme révolutionnaire ayant pour but de « donner forme normative à la nation »¹⁰⁹, le droit constitutionnel superpose au temps profane de l'existence sociale, un temps sacré de l'existence juridique auquel se rapporte chaque acte qualifié de « loi » par la Constitution. Parce que la volonté des représentants est réputée exprimer celle du souverain, toute loi renoue avec le temps mythique de la Création. Cette métamorphose se manifeste notamment, au sein de l'ordre constitutionnel, par l'onction de la forme et de la procédure, dont la fonction consiste à *objectiver* le pouvoir.

2°) Le droit constitutionnel comme instrument d'*objectivation* du pouvoir

L'avènement du mythe de la Loi a sans doute plus contribué à la pérennisation du projet révolutionnaire que n'ont su le faire les différents textes constitutionnels qui se succèdent de 1789 à 1799. Comment expliquer, malgré l'inconstance caractéristique de l'histoire constitutionnelle française jusqu'à la fin du XIXe siècle, la persistance de cette nouvelle forme de pouvoir, la *volonté générale* conçue comme puissance instituée du souverain collectif ? C'est sans doute que la nature du pouvoir en France, du moins jusqu'en 1958, tenait moins à sa définition constitutionnelle qu'aux représentations mythiques sur lesquelles il se fonde.

Dans un contexte où le mythe de la Constitution normative n'a pas encore remplacé celui de la volonté législative, quelle peut être la fonction du droit constitutionnel ? À en croire R. Carré de Malberg, il existerait une identité constitutionnelle française, dépassant la contingence des textes¹¹⁰ : la souveraineté de l'organe parlementaire, dénominateur commun aux constitutions de 1791 et de 1875, manifesterait à l'époque, l'« âme » politique du pays¹¹¹. Est-ce à dire que le droit positif se contenterait de constater les

¹⁰⁸ « Si elle [la Révolution] se nourrit du 'mythe du Royaume' qu'exprime l'eschatologie annonciatrice de temps nouveaux, elle renoue aussi, plus ou moins secrètement, avec la nostalgie des origines et le 'mythe du retour' » - F. Ost, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, pp. 179-180.

¹⁰⁹ J. Hummel, *op. cit.*, p. 47.

¹¹⁰ R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale* (1931), Paris, Sirey, coll. « Classiques », 1984.

¹¹¹ L'expression est de E. Maulin, *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2003.

termes d'une constitution politique préexistante¹¹² ? Bien que ce débat dépasse de loin l'ambition de la présente contribution, la notion de mythe peut apporter quelques éléments de réflexion s'agissant de la fonction du droit constitutionnel français antérieurement à la consécration juridictionnelle de sa normativité.

Etape décisive d'un long processus d'institutionnalisation, l'âge constitutionnel se caractérise par une entreprise d'objectivation du pouvoir par le biais du droit, substituant aux anciennes idoles de la tradition et de la religion, une représentation rationnelle du destin collectif de la société. C'est ce qu'exprime la notion d'« idée de droit », développée par G. Burdeau, définie comme « l'idée d'œuvre de l'institution étatique »¹¹³ : le droit constitutionnel fonderait le pouvoir en subordonnant son exercice à la réalisation d'une idée directrice exprimant son ancrage dans la société. Ce faisant, il apparaît comme le réceptacle des représentations idéologiques fondant l'existence juridique d'un corps politique. Identifié à l'idée de droit, le pouvoir politique ne désigne plus le seul pouvoir de gouvernement mais quelque chose qui le dépasse : la puissance des gouvernants, conditionnée par leur compétence juridique, s'efface à l'ombre d'une souveraineté impersonnelle et transcendante, imputée à l'être collectif¹¹⁴. Si l'on admet que le pouvoir demeure « un fait qui ne se soutient que par des croyances »¹¹⁵, le constitutionnalisme semble donc avoir pour objet d'entretenir la croyance en sa rationalité¹¹⁶. Cette explication institutionnaliste de la notion de

¹¹² P. Avril, à la recherche du statut juridique de cette souveraineté parlementaire identifiée par Carré de Malberg, propose d'y voir l'exemple d'une « convention de la constitution », adaptation en France de la théorie anglaise des « *convention of the Constitution* » développée par A. V. Dicey : il s'agirait d'une norme de droit politique, indépendante du cadre juridique énoncé par le texte constitutionnel. Voir, P. Avril, *Les conventions de la constitution*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1997. On peut également citer la distinction formulée par C. Schmitt entre « la notion positive de constitution » et les « lois constitutionnelles » : la première, en tant que « choix global du genre et de la forme de l'unité politique », désignerait un acte de volonté originaire, préexistant à toute norme positive et par conséquent s'imposant aux lois constitutionnelles en fondant leur validité et leur contenu. Voir, C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. fr. O. Beaud, PUF, coll. « Léviathan », 1993, p. 151 et s.

¹¹³ G. Burdeau, *Traité de science politique*, t. IV, « Le statut du pouvoir dans l'État », 3^e éd., Paris, LGDJ, 1984, p. 48. « En définitive il apparaît bien que la constitution au sens institutionnel et juridique du mot élabore, dans l'État, l'autorité d'un Pouvoir de droit en ce qu'elle le qualifie par rapport à une idée de droit, origine intégrale et exclusive de sa puissance » (p. 49).

¹¹⁴ « Plutôt que de voir en eux [les chefs], les agents d'une puissance surnaturelle, d'admettre qu'ils doivent leur titre à une épreuve victorieusement surmontée ou d'en faire les dépositaires de la volonté des dieux, on rattachera leur autorité à un Pouvoir rationnellement conçu pour recevoir en eux figure humaine, sans cesser cependant d'être supérieur aux hommes » - G. Burdeau, *L'État*, Paris, Seuil, préf. P. Braud, 2009, pp. 80-81. « Au terme de cette évolution, le pouvoir (...) s'est progressivement affranchi de sa liaison avec la volonté subjective des gouvernants, tandis que son principe paraissait maintenant relever d'une sphère à la fois plus permanente et moins empirique » - F. Ost, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, pp. 204-205.

¹¹⁵ G. Burdeau, *L'État*, op. cit., p. 82.

¹¹⁶ Il semble en effet que le constitutionnalisme ne marque qu'une étape supplémentaire dans le processus d'institutionnalisation d'un pouvoir qui ne se mue en souveraineté qu'à partir de croyances. C.-M. Pimentel, à la recherche des origines du pouvoir constituant, souligne l'incompatibilité congénitale opposant le constitutionnalisme, d'une part, et la doctrine juridique du pouvoir sous l'Ancien Régime, d'autre part : la simple idée de formuler au sein d'un texte juridique la manière dont doit être – ou même dont est – organisé le pouvoir politique se heurte, à l'époque, à ce que l'auteur nomme « les mystères de l'État », c'est-à-dire le « tabou » en vertu duquel le pouvoir d'un homme revêt le masque du droit de souveraineté : « Au fondement du pouvoir politique, il n'y a pas une règle, une décision fondatrice, un partage des rôles entre le roi et le peuple, un titre quelconque à gouverner : il y a ce que la doctrine classique appelle les *mystères de l'État*, un abîme inconnaissable, aussi insondable que les mystères de la théologie (...). L'investigation rationnelle (et donc aussi l'interrogation juridique) laissent nécessairement place à la foi » - C.-M. Pimentel, « Du contrat social à la norme suprême : l'invention du pouvoir constituant », *Jus Politicum. Revue internationale de droit politique*, n° 3, 2009, [http://juspoliticum.com/IMG/pdf/JP3_pimentel.pdf], p. 11. Or, le constitutionnalisme français du XVIII^e siècle ne consiste-t-il pas à troquer la croyance en l'investiture divine du monarque au bénéfice du culte de la nation souveraine ? Ainsi O. Camy identifie-t-il les notions du droit constitutionnel occidental (la Constitution, la souveraineté), « non comme des notions ou des concepts relevant d'une science juridique mais comme des thèmes théologiques révélateurs d'une transcendance » - O. Camy, *Droit constitutionnel critique. Essai de théologie juridique*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 20, cité in S. Caporal, « De la contribution des sciences religieuses au droit constitutionnel », Association française de droit constitutionnel, Actes du Congrès de Nancy, 16, 17 et 18 juin 2011, p. 11. [http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN3/caporalTD3.pdf].

constitution, aujourd'hui distancée par l'influence de la doctrine positiviste, n'en demeure pas moins porteuse d'enseignements concernant l'orientation du premier constitutionnalisme français.

Le constitutionalisme, défini comme idéologie visant à la réalisation juridique d'une certaine conception du pouvoir politique, désigne en effet « des idéaux et des techniques de limitations juridiques du pouvoir »¹¹⁷. Il ne s'agit cependant que de la signification positive du terme au moment de sa première formulation : la mise en place d'un gouvernement limité. En négatif cependant, cette doctrine a également pour but d'exprimer les conditions de légitimité du pouvoir à l'ère constitutionnelle. Si la chose paraît évidente, elle l'était moins au XVIII^e siècle. Le constitutionnalisme français des origines, à la différence des constitutionnalismes britannique et américain, se caractérise en effet moins par la limitation juridique du pouvoir que par le souci d'instituer celui-ci en le plaçant sous le signe de principes justificateurs dépourvus de portée normative¹¹⁸, et en organisant son exercice d'après une conception essentiellement mécaniste du droit constitutionnel¹¹⁹. C'est ce que manifeste le caractère longtemps revendicateur des constitutions françaises : à chaque inflexion de régime sa constitution, énonçant les principes rationnels sur lesquels se fonde l'exercice du pouvoir politique. Jusqu'à l'avènement de la Ve République, les textes constitutionnels républicains se contentent de fonder en droit l'exercice d'une souveraineté parlementaire débridée sur le principe de la séparation de la souveraineté et de son exercice effectif, entérinant ainsi le mythe selon lequel les actes votés par la représentation nationale n'expriment pas le vœu de ses membres mais celui du souverain.

Par ailleurs, le processus d'institutionnalisation juridique du pouvoir, c'est-à-dire l'objectivation de son exercice par l'intermédiaire de son fondement constitutionnel, paraît puiser dans la logique formelle du droit le moyen de cette métamorphose. Le droit produit alors sa propre réalité – juridique – au croisement du factuel et de l'ineffable. Une volonté politique, contingente et historique, une fois énoncée selon les formes établies par un texte constitutionnel, est réputée exprimer le vœu collectif. La logique formelle du droit contribue donc à véhiculer l'autorité du mythe, du stade de l'acte constituant à l'expression de la volonté législative. Au terme de cette alchimie, la forme mythifiante fait figure d'onction sacrée : elle absorbe tout ce que l'action politique peut avoir de subjectif pour la métamorphoser en droit et lui donner

¹¹⁷ D'après la signification originelle du terme anglais *constitutionalism*. M. Barberis, « Idéologies de la constitution. Histoire du constitutionnalisme », in M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, Dalloz, coll. « Traités », 2012, trad. I. Boucobza, p. 115.

¹¹⁸ Voir sur ce point, J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris, Michel Houdiard Editeur, 2010, p. 46 : « Au contraire, les membres de la Constituante, empreints d'une idéologie révolutionnaire qui les empêche de voir que tout contrôle du pouvoir commande que le souverain puisse exprimer son pouvoir dans plusieurs corps distincts, refusent à la fois le principe des *checks & balances* et la subordination de la loi aux droits individuels (...). Désireux de consacrer la toute-puissance d'une nation devenue souveraine et, partant, de rédiger un texte qui ne se borne pas à instaurer une mécanique des pouvoirs, ces derniers sont en effet persuadés que "le pouvoir et la loi jaillissent de la même source" ».

¹¹⁹ Influencé par l'essor des sciences exactes et en particulier par la physique de Newton, le constitutionnalisme de la fin XVIII^e siècle, particulièrement en Europe, conçoit le corps politique comme un organisme, fonctionnant selon un certain nombre de rouages et de ressorts, d'équilibres et de contrepoids, qu'il appartient à la constitution de déterminer. Cette conception mécaniste de la constitution, principalement importée en France par les écrits de Montesquieu et de Lolme, sera en revanche complétée, Outre-Atlantique, par l'instauration du *judicial review*, inspiré d'une conception normative. Voir, sur ce point, M. Troper, « La machine et la norme. Deux modèles de constitution », in M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », pp. 147 et s ; M. Barberis, « Idéologies de la constitution. Histoire du constitutionnalisme », in M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, Dalloz, coll. « Traités », 2012, trad. I. Boucobza, pp. 113 et s. ; A. Papatolias, *Conception mécaniste et conception normative de la constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

une signification transcendant la réalité factuelle et historique dont elle émane. Le processus d'expression de la volonté générale fait ainsi figure de véritable transsubstantiation¹²⁰ : procédure et compétence apparaissent comme les formules rituelles en vertu desquelles la volonté d'un *organe* politique incarne celle d'un être atemporel¹²¹. Loin d'être antinomiques, logique et mythe se complètent pour fonder l'édifice institutionnel : leur action conjointe « transforme l'histoire en nature »¹²².

Instrument d'*objectivation* du pouvoir, le droit constitutionnel fait ainsi figure de passeur, d'intermédiaire entre deux mondes, répondant à deux temporalités différentes : le temps absolu du mythe – la *volonté générale* comme volonté du souverain perpétuel – et le temps relatif de l'action politique – la *volonté générale* comme volonté historique exprimée sous forme législative. L'âge constitutionnel semble ainsi ouvrir ce que F. Ost nomme un « temps métamorphique »¹²³. Cette dialectique du temps historique de la décision et du temps mythique de l'institution¹²⁴, peut contribuer à expliquer la persistance du culte de la volonté législative malgré la succession des régimes et des constitutions. Avec l'avènement du mythe de la Constitution, le droit constitutionnel entre dans une nouvelle ère : la pensée mythique n'est plus mobilisée pour fonder le seul pouvoir, mais également l'existence du droit lui-même, l'ordre juridique dans son ensemble et postuler sa propre nécessité.

¹²⁰ « On dira que ce pouvoir n'est pas confié à l'individu en tant que tel mais à l'individu en tant qu'il est lui-même l'organe d'une entité qui le dépasse et l'incorpore (...) » - P. Brunet, *Volonté pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'Etat*, Paris, Bruylant – L.G.D.J., préface de M. Troper, 2004, p. 17. Ainsi cette transsubstantiation du droit subjectif en droit objectif est-elle à l'origine des concepts d'*organe* et de *représentation*.

¹²¹ Latente au XVIII^e siècle, cette logique d'incarnation se perfectionne en droit constitutionnel républicain : tandis que, dans la conception révolutionnaire, la loi exprime la souveraineté en vertu de son identification pure et simple au droit, la conception républicaine paraît justifier la suprématie normative de la fonction par la souveraineté de l'organe réputé exprimer la volonté du souverain. La loi n'exprime plus la volonté générale en tant qu'unique source du droit mais en vertu de la puissance de son auteur. Voir sur ce point R. Carré de Malberg, *La loi expression de la volonté générale* (1931), Paris, Sirey, coll. « Classiques », 1984, p. 51 : « il apparaît clairement que la Constitution de 1875 a consacré, à la base de sa conception du pouvoir législatif, l'assimilation établie par les fondateurs du droit public français entre la volonté législative du Parlement et la volonté générale de la nation ». De même, sur la distinction des légicentrismes révolutionnaire et républicain, voir P. Blachère, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », 2001, pp. 33-34.

¹²² R. Barthes, *Mythologies*, Paris, Editions du Seuil, 1957, p. 237. « En passant de l'histoire à la nature, le mythe fait une économie : il abolit la complexité des actes humains, leur donne la simplicité des essences, il supprime toute dialectique, toute remontée au-delà du visible immédiat, il organise un monde sans contradictions parce que sans profondeur, un monde étalé dans l'évidence, il fonde une clarté heureuse : les choses ont l'air de signifier toutes seules » (p. 252).

¹²³ F. Ost, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 163. L'auteur caractérise cet équilibre de la volonté et de la durée comme le temps propre à l'institution juridique, un « temps hybride avec lequel le droit a appris à ruser : à la fois mobile et stabilisé, désinstitutionnant et institutionnant, instituant et institué, il est le temps de l'institution » (p. 164). Il compare notamment ce « temps dédoublé » à l'*aeon*, concept inventé par les canonistes du Moyen-Âge aux fins de concevoir l'institution de l'Eglise : une « sorte d'éternité créée, temps infini mais mobile, qui était divin par son infinité, mais humain par sa mobilité ». D'après C. Castoriadis, la « temporalité social-historique » de l'institution inscrit d'elle-même sa propre origine dans une « temporalité pré-sociale ou naturelle », autrement dit hors du temps - C. Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société*, Paris, Seuil, 1976, p. 283.

¹²⁴ On retrouve ici la problématique du temps, essentielle à la théorie de l'institution développée par M. Hauriou. Voir notamment, M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation », *La Cité moderne et les transformations du droit. Les Cahiers de la nouvelle journée*, n° 4, 1925, p. 1 et s. De la même manière, G. Burdeau reprend cette thématique en décrivant l'équilibre des forces politiques au sein de l'Etat : voir G. Burdeau, « La dialectique de l'ordre et du mouvement », *Revue française de science politique*, 1968, vol. 18, n° 1, p. 5 et s.

B. LA PENSÉE MYTHIQUE COMME RATIONALISATION DU DROIT

L'avènement du mythe de la Constitution marque une étape supplémentaire dans l'entreprise d'objectivation de la société par la norme. Érigée en matrice de l'ordre juridique, la norme constitutionnelle est réputée exprimer une *raison* universelle, transcendant la volonté contingente de ses auteurs comme celle de ses interprètes : à la fois origine et fin du droit, elle fonde et imprègne une existence juridique dotée d'une temporalité propre, à mi-chemin entre l'éternité du temps mythique et la relativité du temps historique.

À cet égard, l'influence croisée de la théorie normativiste du droit (1°) et de la doctrine constitutionnaliste (2°) aboutit à une radicalisation du mythe se traduisant par l'intériorisation, au sein de l'ordre juridique, de sa propre justification : le droit trouverait sa nécessité dans la réalisation d'un projet démocratique entendu comme emprise croissante de la norme constitutionnelle sur l'existence sociale, tandis que la Constitution serait elle-même justifiée par l'existence d'un ordre juridique dont elle permet de concevoir l'unité et le fonctionnement. À bien y regarder, il semble cependant que la pensée mythique persiste à se traduire, en droit constitutionnel français, par une recherche d'extériorité du droit vis-à-vis de ses questions ultimes : l'intérêt théorique de la notion de mythe résulterait donc du fait que la Constitution, tout en postulant elle-même ses propres fondements, apparaît moins comme la « clôture » de l'ordre juridique que comme son ouverture sur un monde de représentations sans lesquelles le droit ne serait qu'un *étant* sans nécessité (3°).

1°) La clôture normativiste : la Constitution comme nécessité ontologique

L'apport du normativisme à la pensée mythique ne saurait étonner. À l'origine de la notion contemporaine de constitution, entendue comme norme suprême de l'ordre juridique, à l'origine également du contrôle de constitutionnalité comme concept de la science du droit et par conséquent de ses principaux arguments de justification¹²⁵, à l'origine enfin d'une conception positiviste de la démocratie et de l'État de droit¹²⁶, se trouve la *Théorie pure du droit* de H. Kelsen. Plus fondamentalement encore, le projet d'une *théorie pure* se réapproprie, sur le plan scientifique, le projet du droit lui-même : tandis que « la fonction première, essentielle du droit, est de lutter contre le chaos, d'imposer l'ordre dans le désordre ou, plutôt, de dégager du désordre ce qui peut participer de l'ordre »¹²⁷, le but de la science du droit semble être d'attribuer à réalité juridique – désordonnée et dépendante de la volonté de ses auteurs – une

¹²⁵ Voir notamment, H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution », *RDP*, 1928, pp. 197-258 ; mais également la thèse de C. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche* (1928), Paris, Economica – PUAM, préf. H. Kelsen, 1986 ; plus particulièrement, à propos des modes de légitimation de l'institution au sein de la doctrine française, voir O. Jouanjan, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum. Revue internationale de droit politique*, n° 2, 2009, [http://www.juspoliticum.com/Modeles-et-representations-de-la.html].

¹²⁶ H. Kelsen, *La démocratie : sa nature, sa valeur* (1929), Paris, Dalloz, trad. C. Eisenmann, 2^e édition, 2004 ; O. Pfersmann, « Prolegomènes pour une théorie normativiste de l'État de droit », in O. Jouanjan (dir.), *Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 53-78.

¹²⁷ B. Edelman, *Quand les juristes inventent le réel*, Paris, Hermann, coll. « Le Bel Aujourd'hui », p. 286.

signification logique, rationnelle, cohérente... bref, une vision idéale que certains n'hésitent pas à qualifier d'« ésotérique »¹²⁸.

De manière générale, la théorie et l'épistémologie d'inspiration normativiste sont motivées par une volonté d'objectivation du droit en tant qu'objet scientifique. La conception kelsenienne de l'ordre juridique, se fonde avant tout sur un pari épistémologique : construire une science du droit qui soit à la fois proprement juridique – c'est-à-dire indépendante des disciplines prenant elles aussi le droit pour objet – et pure de toute subjectivité – aussi bien de la part du discours scientifique que du droit lui-même. Il s'agit donc de déterminer la nature de l'objet « droit » de manière à ce que sa signification objective soit toujours la même, quel que soit le pays considéré et indépendamment de la volonté des acteurs du système¹²⁹. De là, l'élaboration d'un modèle d'ordre juridique, observable et identifiable à partir de critères formels : sa structure hiérarchique¹³⁰, les rapports de validité organisant l'enchaînement des normes juridiques – selon une logique dynamique – ainsi qu'un principe d'unité, rapportant l'ensemble des normes à un même fondement et permettant de postuler à la fois l'existence et la cohérence du système – la notion de norme fondamentale¹³¹.

Ce faisant, la science du droit se fonde sur une approche exclusivement formelle de son objet. Cette entreprise d'objectivation scientifique se manifeste notamment de deux manières. L'ordre juridique apparaît d'abord comme un phénomène auto-généré. La *Stufentheorie* – ou théorie de la formation du droit par degrés –, formulée par A. Merkl puis reprise par H. Kelsen, souligne en effet « cette particularité que présente le droit de régler lui-même sa propre création »¹³² : l'ordre juridique se caractérise par le fait que chaque échelon normatif constitue un degré supplémentaire de concrétisation du droit. Autrement dit, si l'existence de la norme nécessite un acte de volonté, sa justification, exclusivement réglée par un mécanisme formel de validité, ne doit rien à la volonté de son auteur : la *Théorie pure* abolit donc la fonction de la volonté dans la formation du droit¹³³.

¹²⁸ P. Amssek, « Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique », *Revue du droit public*, 1978, p. 6.

¹²⁹ Voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Bruylant L.G.D.J., trad. C. Eisenmann à partir de la 2^e édition allemande de la *Reine Rechtslehre* (1960), 2^e édition française, 1999, p. 39 et s.

¹³⁰ Notons au passage que la métaphore hiérarchique employée par Kelsen n'est pas sans évoquer la théorie scolastique de la hiérarchie des corps célestes et terrestres, issue des théories néo-platoniciennes de Plotin et du pseudo-Denys : la compréhension de chaque chose nécessite invariablement un retour au premier principe dont cette chose est issue – Dieu, l'Un, la norme fondamentale – un « moteur de l'univers », toujours en repos mais imprégnant à toute chose son mouvement. À partir de ce principe unique, chaque chose s'inscrit dans la mise en œuvre de ce mouvement, selon une dynamique de dégradation progressive. Voir sur ce point, E. Cassirer, *Le mythe de l'Etat* (1946), Paris, Ed. Gallimard, coll. « Bibliothèque de philosophie », trad. fr. B. Vergely, 1993, p. 183 et s. Ce modèle hiérarchique se trouve à l'origine, non seulement de la dogmatique institutionnelle de l'Eglise médiévale, mais également de tout système postulant la supériorité du droit naturel sur le droit positif (à travers la distinction des choses célestes et des choses terrestres). Mais il ne s'agit pas du seul emprunt que fait la *Théorie pure* à la pensée médiévale : la notion de système, elle aussi, est d'origine théologique (voir O. Camy, *Droit constitutionnel critique. Essai de théologie juridique*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2007, p. 32).

¹³¹ « Un 'ordre' est un système de normes dont l'unité repose sur le fait que leur validité à toutes a le même fondement : et le fondement de la validité d'un ordre normatif est, comme nous le verrons, une norme fondamentale de laquelle se déduit la validité de toutes les normes appartenant à cet ordre » - H. Kelsen, *ibid.*, p. 39.

¹³² H. Kelsen, *ibid.*, p. 224.

¹³³ C'est d'ailleurs la raison pour laquelle H. Kelsen rencontre moins de difficultés que le juge constitutionnel français à fonder la légitimité du contrôle de constitutionnalité des lois, n'ayant pas à composer avec une tradition juridique volontariste qu'il entend au contraire neutraliser. « C'est ainsi que la loi est loi non pas parce qu'elle émane de la volonté du Parlement, mais seulement

En second lieu, l'ordre juridique apparaît donc comme un phénomène auto-justifié. Outre le fait que, d'un point de vue épistémologique, la légitimité d'une règle de droit – c'est-à-dire le fondement de son caractère obligatoire – ne puisse être envisagée que sous l'angle formel de sa validité¹³⁴, cette auto-justification résulte surtout de sa complétude formelle : le système pourvoit lui-même – en interne, pourrait-on dire – à la justification de toute création normative. Autrement dit, en l'absence de norme explicite, c'est l'ordre juridique qui s'applique (l'absence d'interdiction ou de réglementation d'un comportement, signifie son autorisation)¹³⁵. Plus encore, la création d'une norme nouvelle, quel qu'en soit le contenu, sera toujours réputée émaner du système en vertu de l'habilitation de son auteur à l'édicter¹³⁶. Les seuls fondements envisagés par le positivisme à la création et à l'interprétation de normes sont donc produits par le droit lui-même.

Mais qu'advient-il lorsque l'on remonte au sommet de la hiérarchie des normes positives, c'est-à-dire à la Constitution ? La doctrine normativiste formule la clôture – sinon ontologique, du moins épistémologique – de l'ordre juridique. Celui-ci ne trouve donc le principe de sa formation et de sa fondation qu'en lui-même. Par conséquent, c'est au niveau de la norme constitutionnelle que se cristallisent l'auto-génération et l'auto-justification du système : l'unité et la nécessité de l'ordre juridique paraissent donc résulter de l'application de la Constitution.

Par conséquent, d'où la Constitution tire-t-elle, à son tour, son propre fondement ? La réponse est connue. Seule une norme supérieure, pourvue d'une valeur éthique intrinsèque, c'est-à-dire obligatoire en soi, pourrait justifier l'obligatorité du système dans son ensemble. Or, ce sont là les qualités d'une norme morale¹³⁷. Sous peine de tomber dans les travers du jusnaturalisme, Kelsen doit donc se contenter de supposer cette valeur obligatoire à travers l'hypothèse d'une norme fondamentale¹³⁸ : puisqu'il n'est pas

parce que la constitution fait de la volonté du Parlement la condition pour qu'une loi entre en vigueur » - M. Troper, « Le juge constitutionnel et la volonté générale », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2001, p. 216.

¹³⁴ Voir sur ce point, C. Eisenmann, « Sur la légitimité juridique des gouvernements », *Annales de Philosophie politique*, n°7, « L'idée de légitimité », Paris, PUF, 1967, pp. 97-127, reproduit in C. Eisenmann, *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2002, pp. 307-325 ; voir également M. Troper, « Droit ou légitimité », in *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2011, pp. 47-58.

¹³⁵ Voir sur ce point, H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, PUF, coll. « Léviathan », trad. française O. Beaud, F. Malkani, 1996, p. 171 et s.

¹³⁶ La théorie de la complétude – « théorie de la norme générale exclusive » chez Kelsen – répond au souci du maître autrichien de contrer la théorie des lacunes, développée par les auteurs classiques, selon laquelle le juge, en cas de silence du droit concernant un cas particulier, fonde son pouvoir de création sur des considérations d'équité – soit des considérations extra-juridiques. La réponse de Kelsen consiste donc à neutraliser le pouvoir de création du juge en considérant que, d'un point de vue formel, la solution envisagée par celui-ci, quel qu'en soit le contenu, est déjà contenue dans l'ordre juridique, puisque ce dernier fournit au juge la compétence pour décider de la solution à adopter. Dire que l'ordre juridique est complet, du point de vue du positivisme kelsenien, c'est donc considérer qu'il prévoit lui-même la justification des normes créées par ses acteurs en cas de silence du droit. Voir, sur ce point : M. Troper, « Le dogme de la complétude », in *Droit et nécessité*, *op. cit.*, pp. 19 et s ; P. Brunet, « Perelman, le positivisme juridique et l'interprétation », in M. Meyre, B. Frydman (dir.), *Perelman (1912-2012). De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris, PUF, 2012, p. 189 et s.

¹³⁷ Comme le souligne P. Brunet, « l'idée d'une norme immédiatement évidente présuppose le concept d'une raison pratique » - P. Brunet, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'Etat*, Paris, Bruylant – L.G.D.J., préface de M. Troper, 2004, p. 13.

¹³⁸ Paul Amselek a démontré que la notion de norme fondamentale résulte en réalité d'une confusion entre la justification du droit – c'est-à-dire le fondement de son caractère obligatoire – et sa validité – c'est-à-dire, d'après la *Théorie pure*, ce qui constitue à la fois « le mode d'existence spécifique de la norme » (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 13) et leur critère d'identification. En effet, une règle de droit n'est identifiée comme telle (c'est-à-dire, selon Kelsen, en tant que norme contraignante et obligatoire) qu'en vertu de son appartenance à un ordre juridique, c'est-à-dire de sa validité vis-à-vis d'une norme juridique supérieure (H. Kelsen, *ibid.*, pp. 41 et s.). « Une norme donnée est une norme juridique en tant qu'elle appartient à un ordre juridique, et elle fait

possible de connaître avec précision ce qui fonde l'ensemble de l'ordre juridique, la seule solution consiste à supposer cette justification. La *Théorie pure* neutralise donc la question de l'obligatorité du droit en la faisant dépendre d'une théorie de la connaissance et non d'un questionnement éthique.

La signification de la notion de norme fondamentale résulte par conséquent de son utilité épistémologique : en supposant la validité de la norme constitutionnelle et donc de l'ordre juridique en général, Kelsen se donne les moyens d'envisager l'existence d'un système cohérent et fonctionnel où chaque norme se trouve ramenée à un principe unique de validité. Dès lors, si la Constitution ne saurait trouver le fondement de sa nécessité dans une norme supérieure hypothétique, elle la trouve dans le fonctionnement du système lui-même. En tant que norme suprême, elle constitue le principe d'unité nécessaire à la conception d'un ordre juridique, à la fois d'un point de vue à la fois théorique – penser l'ordre juridique comme objet scientifique – et d'un point de vue pratique – concevoir le fonctionnement de cet ordre.

La norme constitutionnelle formule donc sa propre nécessité : à la fois principe justificateur *du* système et norme justifiée *par* le système, elle s'apparente à une nécessité auto-fondée qui n'est pas sans rappeler la doctrine de l'argument ontologique. Anselme de Canterbury considérait au XI^e siècle, que penser Dieu – c'est-à-dire la perfection – implique nécessairement de le penser comme existant (sans quoi Dieu ne serait plus parfait). Inversement, penser l'existence de l'ordre juridique implique, aux yeux des théoriciens normativistes, de le penser comme un système parfait¹³⁹. Aux yeux de la théorie normativiste, le droit constitutionnel – et par conséquent le droit en général – paraît ainsi ne trouver son fondement qu'en lui-même. C'est ce que confirme le discours de la doctrine constitutionnaliste.

2°) L'eschatologie constitutionnaliste : la Constitution comme *alpha* et *oméga* de l'existence juridique

En énonçant que « la loi (...) n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution », le Conseil constitutionnel a consacré l'avènement du nouveau droit constitutionnel français. La Constitution ne se contente plus de formuler les principes fondateurs du pouvoir politique et de fonder la nécessité de son exercice. Transfigurée, la norme suprême de l'ordre juridique s'impose, par l'intermédiaire de son interprète, à toute volonté politique exprimée sous forme législative. À la critique libérale du légicentrisme

partie d'un ordre juridique déterminé si sa validité repose sur la norme fondamentale de cet ordre » - H. Kelsen, *ibid.*, p. 39. Pour une critique de cette confusion, voir P. Amselek, « Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique », *RDP*, 1978, p. 5 et s. et P. Amselek, « Kelsen et les contradictions du positivisme juridique », *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1983, t. 28, p. 271 et s.. Voir également, C. Atias, « Fonder le droit ? (Simples propos *extra petita* et *obiter dictum* sur les contradictions du positivisme juridique) », G. Cohen-Jonathan, Y. Gaudemet et R. Hertzog (dir.), *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 25-38.

¹³⁹ À ce sujet, il peut être intéressant de rappeler que, aux yeux de Kelsen, l'hypothèse d'une norme fondamentale n'est elle-même valide qu'à condition d'avoir constaté au préalable l'existence d'un ordre juridique, c'est-à-dire d'un ensemble de normes juridiques positive « en gros et de façon générale appliquées et observées » - H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *ibid.*, p. 287). Autrement dit, la nature de l'ordre juridique – son caractère obligatoire, figuré par l'hypothèse d'une norme fondamentale – est déduite de son efficacité, comme si l'essence du phénomène dépendait de son existence effective.

français, dénonçant la soumission de la loi à la défense d'intérêts oligarchiques contingents¹⁴⁰, s'est ajouté le constat de son instrumentalisation dans le cadre d'une démocratie d'opinion favorisée par « l'électoratisation » de son expression¹⁴¹. La victoire d'un constitutionnalisme *positif*, postulant la normativité de la Constitution et sa sanction par un juge¹⁴², consomme le déclin d'une volonté législative réputée ne plus suffire à la formation d'une volonté véritablement générale.

Cette transformation s'exprime notamment à travers le discours du constitutionnalisme contemporain et sa formulation par la doctrine française. La nouvelle *volonté générale* se manifeste moins par l'expression de l'autonomie collective que par le respect d'une *raison* constitutionnelle, inspirée de l'idéologie des droits de l'homme. Dans ce contexte, le développement d'un contrôle de constitutionnalité des lois apparaît comme une étape supplémentaire dans l'accomplissement de cette nouvelle philosophie du progrès.

Cette lecture téléologique de l'Histoire trouve un appui de choix dans le renouvellement de l'idée de démocratie. Prenant acte de l'essoufflement du projet démocratique classique – entendu comme auto-normation du souverain collectif –, la doctrine constitutionnaliste tente de pallier les insuffisances du principe représentatif, notamment à travers l'idée de « démocratie constitutionnelle »¹⁴³. Cette dernière voit dans la suprématie juridictionnellement consacrée de la Constitution, la primauté effective du peuple constituant sur le peuple législateur¹⁴⁴. Or, en assimilant le progrès démocratique à la garantie des droits, le constitutionnalisme contemporain annonce un nouvel âge d'or, conçu comme la concrétisation continue des droits et libertés constitutionnellement protégées¹⁴⁵. Dans cette dynamique, le développement du

¹⁴⁰ À propos du déclin de la loi, voir notamment G. Burdeau, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », pp. 7-55 ainsi que « Le déclin de la loi », *Archives de philosophie du droit*, 1963, pp. 35-41. Voir également R. de Lacharrière, « Opinion dissidente », *Pouvoirs*, n°13, Paris, Seuil, 1991, pp. 141-159.

¹⁴¹ Voir notamment, B. Daugeron, « De la volonté générale à l'opinion électorale : réflexions sur l'électoratisation de la volonté collective », *Jus Politicum. Revue internationale de droit politique*, n° 10, 2013, [<http://juspoliticum.com/04-De-la-volonte-generale-a-l.html>].

¹⁴² L'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois n'est pas une idée neuve en 1958. Elle résulte, en France, de la conjonction de deux doctrines. Tout d'abord, la doctrine libérale du XIXe siècle : B. Constant formule une théorie des droits individuels opposables à la loi positive, objectant notamment à la conception mécaniste de la balance des pouvoirs une théorie de la Règle postulant la limitation des compétences du législateur – Voir notamment B. Constant, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements*, contenant *De la liberté chez les modernes* (1810), Paris, 1980, p. 275. À cela vient s'ajouter, à la fin du siècle, la critique du parlementarisme provenant de la doctrine publiciste, en particulier d'inspiration positiviste – voir notamment la conclusion de R. Carré de Malberg à *La loi, expression de la volonté générale* (1931), Paris, Sirey, coll. « Classiques », 1984, p. 221 : « (...) une fois écartée l'identification de la loi avec la volonté générale, il n'existe plus de raison qui mette obstacle à l'établissement d'un contrôle juridictionnel s'exerçant sur les lois en vue de vérifier leur conformité à la Constitution ; mais il y a, au contraire, de fortes raisons qui appellent la consécration par la Constitution de ce contrôle destiné à empêcher la toute puissance législative du Parlement ».

¹⁴³ L'expression est de D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, 19 septembre 2008, [<http://www.laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html>]. L'auteur propose une nouvelle conception de la démocratie : la jurisprudence du Conseil constitutionnel consacrerait le passage d'une « constitution-séparation des pouvoirs » à une « constitution-garantie des droits » (pp. 6-7).

¹⁴⁴ D. Rousseau, *op. cit.*, pp. 7-8. En effet, le contrôle de constitutionnalité mettrait fin à la « fusion du corps des représentants et du corps des représentés », caractéristique de la démocratie entendue comme imputation d'une volonté politique au souverain, au profit d'un dialogue argumenté entre les représentants et le peuple constituant. Cette conception « dialogique » de l'expression de la volonté générale – selon le terme employé par P. Blachère, *op. cit.*, p. 62 et s.) est fortement inspirée de la philosophie de J. Habermas, laquelle reformule les termes de la légitimité démocratique autour du dialogue organisé entre les instances traditionnelles d'énonciation d'une volonté normative et la société. Voir notamment, J. Habermas, *De l'éthique à la discussion*, Paris, Flammarion, 1992.

¹⁴⁵ J.-M. Denquin a brillamment démontré que l'assimilation, par le constitutionnalisme contemporain, de l'idée démocratique à la garantie juridictionnelle de la Constitution revient à assimiler le progrès démocratique à la concrétisation continue du droit par le biais de la norme constitutionnelle : autrement dit, à la rationalisation de l'ordre juridique sous l'influence de la norme suprême. La question qui se pose est donc la suivante : si le droit puise sa justification dans la réalisation d'un idéal démocratique et que celui-ci s'apparente à la concrétisation continue du droit, comment expliquer cette justification du droit par le droit ? Voir sur ce point, J.-

contentieux constitutionnel traduit ainsi l'emprise croissante de la Constitution sur l'ensemble de l'ordre juridique¹⁴⁶. En accédant à la dignité normative, celle-ci se trouve érigée en matrice de tout droit, une *raison* pratique¹⁴⁷, réalisant à elle seule la cohérence et la démocratisation d'un système juridique désormais complet du fait que chaque norme est supposée déduite d'une prémisse constitutionnelle. En ce sens, le Conseil constitutionnel apparaît comme l'instrument d'un progrès démocratique entendu comme réalisation du règne du droit¹⁴⁸.

Mais cette nouvelle eschatologie constitutionnaliste fonde également son discours de légitimation sur l'exaltation d'une continuité de l'histoire constitutionnelle française¹⁴⁹. À travers la résurrection de textes et de principes jusqu'alors dépourvus de portée normative, la figure du constituant se trouve érigée en héros des temps modernes, dont la volonté paraît transcender le cours de l'Histoire¹⁵⁰. Le contrôle de constitutionnalité entend ainsi renouer avec les origines mythiques du droit constitutionnel. Par sa garantie juridictionnelle, ce dernier semble atteindre la perfection architecturale d'une cathédrale, dont la pose des fondations annonce déjà l'élévation du plus haut pinacle. En garantissant la suprématie de la Constitution,

M. Denquin, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum. Revue internationale de droit politique*, n° 1, 2008, [<http://juspoliticum.com/Jean-Marie-Denquin-Situation.html>]. Voir également, J.-M. Denquin, « Que veut-on dire par « démocratie » ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus Politicum. Revue internationale de droit politique*, n° 2, 2009, [<http://juspoliticum.com/Que-veut-on-dire-par-democratie.html>]

¹⁴⁶ À propos du processus de « constitutionnalisation des branches du droit », voir notamment L. Favoreu, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, Paris, Seuil, n° 13, 1991, p. 17 et s ; G. Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1954 ; B. Mathieu, M. Verpeaux, T. Di Manno, *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris, Economica, coll. « Droit public positif », 1998.

¹⁴⁷ Sur ce point, tant la pratique que la doctrine donnent tort à la théorie de la hiérarchie des normes formulée par H. Kelsen. Si, d'après le maître autrichien, l'ordre juridique se distingue de tout autre type de système normatif, en vertu de sa structure dynamique – la validité des normes n'est pas déterminée par leur contenu mais par l'habilitation de leur auteur –, tout se passe cependant comme si l'interprétation opérée par le juge constitutionnel consistait à déduire la signification de la Constitution au terme d'un acte de connaissance, ce qui, d'après Kelsen, est le propre des normes morales. Autrement dit, « c'est plutôt la "hiérarchie statique" qu'évoquerait, dans une certaine mesure, le droit positif français », autrement dit, le propre - P. Amselek, « Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique », *RDP*, 1978, p. 14. O. Camy relève, à ce titre, que l'herméneutique juridique, c'est-à-dire la méthode d'interprétation déployée, au sein des démocraties occidentales, par les cours constitutionnelles aux fins d'appliquer les dispositions de la constitution, en postulant la plénitude de sens de cette dernière, reflètent une conception théologique du droit conçu comme une « totalité juridique infinie » - O. Camy, *Droit constitutionnel critique. Essai de théologie juridique*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2007, p. 97 et s. Ces références théologiques sécularisées permettraient ainsi « l'infinisisation herméneutique du droit positif » (p. 32).

¹⁴⁸ J.-M. Denquin : « Réflexions sur la situation actuelle du constitutionnalisme », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, n° 32, 2000, p. 31 et s.

¹⁴⁹ Il s'agit là d'un thème très en vogue au moment du bicentenaire de la Révolution. Voir notamment, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Actes des Journées d'étude de l'AFDC des 16-17 mars 1989, Paris, Economica, coll. « Droit public positif », 1990.

¹⁵⁰ Comme nous l'avons souligné plus haut (p. 18), la stratégie interprétative du Conseil constitutionnel consiste à rattacher ses créations jurisprudentielles à la volonté du constituant originaire. Cette démarche de justification passe notamment, comme l'a montré P. Blachère, par une reformulation de la signification originelle des principes concernés – comme ce fut le cas du droit de propriété consacré à l'article 17 de la Déclaration de 1789 (voir sur ce point P. Blachère, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », p. 145 et s). Or, si la recherche de l'intention de l'intention des auteurs des textes par le Conseil, témoigne d'un souci de cohérence, il n'en demeure pas moins que la compilation d'un « bloc de constitutionnalité » composé de textes issus d'époques et d'inspirations différentes se fait sous l'autorité de la Constitution de 1958 : « Si, historiquement, la Déclaration de 1789 est évidemment antérieure au préambule de 1946, juridiquement, leur édicton en règles faisant partie intrinsèque de la Constitution de 1958 s'est faite simultanément et son effet dans le temps ne joue pas plus au profit de l'une que de l'autre » - G. Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Actes du colloque des 25-26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, Paris, PUF, 1989, p. 53. À travers cette confusion des époques réalisée par l'interprétation actuelle du juge constitutionnel, la figure historique du constituant semble disparaître pour laisser place au seul constituant originaire, être mythique transcendant les périodes constitutionnelles et dont la volonté s'affirme et se concrétise en un ensemble cohérent, depuis le préambule de la Déclaration de 1789 jusqu'à l'adoption de la Constitution de 1958. Cela n'est pas sans évoquer le processus de mythification de la mémoire collective décrit par M. Eliade : après un certain temps, la figure historique de l'homme laisse place à celle, mythique, du héros. Voir, M. Eliade, *Le mythe de l'éternel retour*, Paris, Folio Essais, trad. fr. J. Gouillard et J. Soucasse, 1991, p. 52 et s.

le Conseil constitutionnel rétablit la connexion entre la base et le sommet : la Constitution n'est plus seulement fondement, elle est également norme suprême. Et la beauté de l'édifice est d'autant plus éclatante que la suprématie de la norme constitutionnelle se trouve immédiatement rattachée aux principes consacrés en 1789 : séparation des pouvoirs et garantie des droits, suprématie du pouvoir constituant, subordination du droit positif aux principes de la Déclaration, tous sont réputés annoncer l'élévation hiérarchique de la Constitution¹⁵¹. Leur résurrection suggère, en filigrane, l'histoire fantastique d'un droit constitutionnel renouant avec ses origines.

L'apport de la doctrine constitutionnaliste au mythe de la Constitution fait donc apparaître celle-ci, à la fois comme l'origine et la fin du droit, *l'alpha et l'oméga* d'une existence juridique dont le moment du commencement se confond avec celui de sa réalisation : l'idée démocratique fait ainsi figure de « prophétie autoréalisatrice »¹⁵² annonçant la clôture non plus théorique, mais également temporelle d'un ordre juridique auto-fondé.

3°) La dialectique du nécessaire et du contingent : le mythe comme extériorisation du droit

Au terme de ce dialogue doctrinal, la Constitution passe pour « la condition de possibilité du système et sa clôture dans la mesure où elle renferme et referme le droit sur lui-même »¹⁵³. Tout se passe en effet comme si le droit trouvait en lui-même sa propre nécessité. La norme constitutionnelle apparaît comme un *donné* postulant sa propre fin du seul fait d'exister, une incarnation de la norme fondamentale, dotée d'une valeur éthique intrinsèque, formulant à la fois le principe et l'achèvement de l'existence juridique. La nécessité du droit se trouve donc intériorisée par positivation des concepts qui la formulent, c'est-à-dire par l'identification, en tant qu'objets juridiques observables, de concepts tirant leur utilité du fait de postuler l'extériorité du droit vis-à-vis de ses fins ultimes¹⁵⁴.

¹⁵¹ La doctrine contemporaine, récupérant la thématique de l'oubli des principes, chère aux révolutionnaires français, présente la jurisprudence du Conseil constitutionnel comme une redécouverte de principes « endormis », complétant un édifice « inachevé ». C'est le cas de J. Rivero : « Les pères de la Déclaration de 1789 avaient entendu placer les droits de l'homme au sommet des normes qui régissent la Cité (...). La pyramide est restée inachevée durant cent cinquante ans : la loi souveraine, comme le monarque absolu, pouvait impunément s'affranchir du respect de la norme supérieure (...). Le Conseil constitutionnel a mis fin à cet absolutisme. La pyramide institutionnelle coïncide désormais avec la pyramide des normes » - J. Rivero, « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, Paris, Seuil, n° 13, 1991, p. 15. Cette lecture téléologique de l'histoire constitutionnelle, au prix d'anachronismes juridiques consistant à lire l'œuvre révolutionnaire à travers les concepts contemporains, contribue à ce discours de la continuité.

¹⁵² E. Desmons, « Le normativisme est une scolastique (brèves considérations sur l'avènement de la démocratie spéculaire présentée comme un progrès) », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, n° 32, 2001, p. 27.

¹⁵³ D. Rousseau, « Questions de Constitution », in *Le Nouveau Constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de G. Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 5.

¹⁵⁴ O. Camy a mis en exergue ce qu'il nomme « la structure onto-théologique » du droit constitutionnel, c'est-à-dire la manière dont celui-ci postule l'existence, à l'extérieur du droit positif, d'une figure sécularisée de l'*absolu*, une image philosophique du *divin*. Voir, O. Camy, *Droit constitutionnel critique. Essai de théologie juridique*, Paris, L'Harmattan, 2007. Cette référence vis-à-vis d'une nécessité extra-juridique serait indispensable, d'un point de vue pratique comme d'un point de vue théorique, en fournissant au droit une justification ultime qu'il ne saurait trouver en lui-même : en « renvoyant à une transcendance humaine, non objectivable » (p. 32), l'ordre juridique imputerait le principe de sa fondation à un sujet transcendant le droit lui-même. L'auteur entend notamment démontrer l'incapacité d'une épistémologie exclusivement empiriste à saisir de quelle manière le droit envisage lui-même la question de son fondement.

Or, cette positivisation nous paraît constituer la négation même de la pensée mythique. Parce qu'il fait office « d'intermédiaire entre le monde d'en haut et le monde d'en bas »¹⁵⁵, le mythe consiste moins en l'intériorisation d'une *idée* par le droit qu'en l'extériorisation du droit à l'aide d'une *idée*. La pensée mythique du droit constitutionnel suppose par conséquent une dualité des références, une dialectique permanente entre le nécessaire et le contingent. Certes, la Constitution doit être placée hors de portée des volontés humaines pour figurer la nécessité de l'édifice juridique¹⁵⁶. Mais c'est précisément parce que la norme constitutionnelle est avant tout une *construction* humaine qu'elle ne peut se fonder qu'en référence à un principe qui lui est extérieur¹⁵⁷. À l'instar de tout discours instituant, le droit constitutionnel ne tient son autorité que d'une référence située en-dehors de l'ordre juridique : en tant que *construit*, le droit persiste à laisser entrevoir sa nécessité à travers l'image, extérieure et transcendante, de son Créateur.

Dans les limbes du droit, la figure du Souverain demeure donc vivace : le Conseil constitutionnel, qui lui doit sa légitimité, ne saurait l'évincer totalement, et la doctrine persiste à justifier la suprématie normative de la Constitution par une dissociation du principe et de l'exercice du pouvoir¹⁵⁸. En tant que concept visant à exprimer l'origine du pouvoir politique, la souveraineté, à l'instar de la norme fondamentale, ne saurait s'incarner en droit positif, mais demeure une hypothèse, un horizon du droit permettant de formuler, en dernier ressort, une nécessité qu'il ne peut finalement contenir lui-même¹⁵⁹.

En particulier, l'équivoque maintenue en droit positif comme en doctrine à propos de la nature du pouvoir de révision constitutionnelle, révèle ce besoin d'une référence constante à une autorité transcendante, susceptible de placer les pouvoirs constitués – et notamment le juge constitutionnel – face à la figure incarnée de leur Créateur¹⁶⁰. Plus précisément, le monopole dont disposent ces mêmes pouvoirs

¹⁵⁵ J.-F. Mattéi, *Platon et le miroir du mythe. De l'Âge d'or à l'Atlantide*, Paris, PUF, coll. « Thémis Philosophie », 1996, p. 5 : « (...) le mythe reflète en premier lieu, dans sa figuration sensible, ces réalités étrangères qui lui donnent sa forme spécifique et son statut d'intermédiaire entre le monde d'en haut et le monde d'en bas, à la jointure du visible et de l'invisible ».

¹⁵⁶ Cette idée est notamment formulée par Hegel : « D'une manière générale, il est absolument essentiel que la Constitution, quoiqu'elle soit venue à l'existence dans le temps, ne soit pas considérée comme quelque chose de fabriqué, car elle est vraiment ce qui est absolument en soi et pour soi et qui, pour cette raison, doit être considéré comme le divin et le durable, comme quelque chose qui est au-dessus de la sphère des choses fabriquées » - G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit ou Droit naturel et science de l'Etat en abrégé* (1820), § 273, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, trad. fr. R. Derathé, 2^e édition, 1989, p. 286.

¹⁵⁷ Kelsen, ayant perçu ce besoin d'extériorité – c'est-à-dire le fait que l'ordre juridique ne peut trouver son fondement en lui-même – en a déduit l'hypothèse d'une norme fondamentale, à la fois juridique et extérieure au droit positif. Néanmoins, son épistémologie ne lui permettant pas d'envisager le droit autrement qu'à travers la notion de norme – c'est-à-dire à travers l'identification de propositions prescriptives exprimant un *devoir-être* –, le maître autrichien ne pouvait concevoir ce discours d'extériorisation comme objet de la science du droit.

¹⁵⁸ Tel est le sens de la distinction qu'opère M. Gauchet entre un « peuple actuel » et un « peuple perpétuel » : en garantissant la suprématie de la norme constitutionnelle sur les lois, l'institution du contrôle de constitutionnalité exprimerait, en France, la primauté du peuple constituant sur le peuple législateur. Voir, M. Gauchet, *La révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation (1789-1799)*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des histoires », 1995. Il s'agit de la nation de Sieyès, dont la puissance inconditionnée s'épuise dans l'acte constituant pour ne laisser la place qu'à un peuple institué et à la puissance limitée. Ainsi se met en place une dialectique entre l'expression de volontés politiques contingentes et la suprématie d'une volonté juridique nécessaire. Le caractère démocratique de l'institution résulterait donc de la supériorité d'une volonté démocratique nécessaire vis-à-vis d'une volonté démocratique contingente.

¹⁵⁹ « L'équilibre démocratique repose sur une répartition des compétences se limitant les unes les autres et dont l'efficacité est assurée par les juridictions de nature diverse. Mais il faut bien qu'au-delà de ce réseau de compétences distribuées, il existe un lieu où la souveraineté démocratique s'exerce sans partage » - G. Vedel, « Schengen et Maastricht. À propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991 », *RFDA*, 1992, p. 173.

¹⁶⁰ Plusieurs indices en témoignent, au premier rang desquels se trouve l'attitude du Conseil constitutionnel vis-à-vis des lois constitutionnelles. En refusant d'en contrôler la constitutionnalité, le Conseil paraît ne pas aller jusqu'au bout de sa logique, consistant à neutraliser l'expression de toute volonté politique instituée en contrôlant sa conformité vis-à-vis d'une norme constitutionnelle conçue comme une raison vivante. Cela ne saurait d'ailleurs étonner puisque la légitimité du contrôle de

constitués pour engager une procédure de révision, confère à la notion antithétique de « pouvoir constituant institué »¹⁶¹, une portée incantatoire, indépendante de la question pratique de sa mise en œuvre démocratique¹⁶². Cette référence demeure cependant nécessaire au système pour concevoir sa propre évolution : en imputant toute révision constitutionnelle au peuple souverain, la notion de pouvoir constituant permet d'appivoiser juridiquement le droit reconnu à tout peuple de se doter d'un gouvernement et, le cas échéant, d'en modifier l'ordonnance voire de le renverser. Cette notion constitue donc un nouveau « masque », appliqué à une procédure constituée pour figurer la souveraineté démocratique¹⁶³. Autrement dit, lorsque le système ne se suffit plus à lui-même pour justifier les orientations du droit, la *Raison* se mue de nouveau en *Volonté*, et l'homme démocratique quitte la Caverne pour de nouveau revêtir l'apparence du Génie aristotélicien : le moment constituant ressuscite ce temps mythique où la beauté des choses célestes paraît accessible aux sens.

Il s'agit néanmoins d'éviter toute méprise idéaliste. Les doctrines essentialistes se sont vues reprocher, dans certains cas à juste titre, de concevoir une dualité des mondes juridiques en postulant l'existence et la transcendance d'un ordre normatif non positif. Bien que la notion de mythe, appliquée au droit constitutionnel, permette d'envisager comment le droit extériorise la question de son fondement, il ne s'agit pas de reconnaître l'existence d'un monde des *idées* juridiques, par opposition à l'univers sensible du droit positif. La pensée mythique constitue en quelque sorte une métaphysique inversée, c'est-à-dire que sa logique n'est pas descendante mais ascendante. Autrement dit, il ne s'agit pas de déduire le droit positif d'une quelconque transcendance : ce n'est pas l'*idée* suggérée par le mythe qui postule sa concrétisation à travers le droit, mais le droit qui postule sa propre fondation à travers une *idée*. Cette dernière ne préexiste pas à sa formulation par le discours juridique et n'a donc d'existence qu'à travers lui. Elle ne saurait dès lors être envisagée indépendamment de la réalité positive qu'elle a pour fonction de fonder en nécessité.

constitutionnalité dépend précisément de la possibilité d'une révision constitutionnelle venant contrebalancer la jurisprudence du Conseil. Autrement dit, la neutralisation de tout soupçon d'usurpation du pouvoir constituant par l'interprète authentique, nécessite de concevoir la souveraineté du pouvoir de révision. Or, si le ce dernier est souverain – au sens où il dispose du pouvoir de dernier mot –, il ne saurait par conséquent souffrir aucune limite matérielle - décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992 – ni faire l'objet d'un contrôle juridictionnel – décision n° 03-469 DC du 26 mars 2003. L'argumentation du Conseil constitutionnel se trouve donc contrainte par l'évanescence d'un souverain dont l'extériorité vis-à-vis du droit positif lui confère une autorité symbolique difficilement surmontable de la part d'une autorité instituée. En effet, comment expliquer le fait qu'une institution disposant d'un pouvoir d'interprétation auquel nulle norme supérieure ne semble pouvoir faire échec, ne cède pas à la tentation de l'arbitraire ? Qu'est-ce qui empêche le Conseil, si ce n'est une contrainte d'argumentation juridique, de consacrer la subordination du pouvoir de révision vis-à-vis du pouvoir constituant originaire ? L'autorité du mythe pourrait donc trouver un terrain d'expression à travers la théorie des contraintes juridiques, laquelle entreprend de démontrer l'existence d'un rapport de causalité entre la configuration d'un système juridique et le comportement de certains de ses acteurs, qu'aucun rapport de validité normative (c'est-à-dire d'imputation) ne saurait expliquer. Sur ce point, voir M. Troper, V. Champeil-Desplats, C. Grzegorzczuk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, L.G.D.J., coll. « La pensée juridique », 2005.

¹⁶¹ Sur l'impossible conciliation entre un pouvoir constituant originaire, perçu comme permanent et autonome, et la justification du pouvoir de révision constitutionnelle à travers la notion de pouvoir constituant institué, voir. G. Burdeau, *Traité de science politique*, t. IV, « Le statut du pouvoir dans l'Etat », 3^e éd., Paris, LGDJ, 1984, p. 171 et s.

¹⁶² Voir sur ce point, S. Caporal, « Le peuple : un souverain sous contrôle », *Politeia Les Cahiers de l'Association française des Auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel*, n° 16, décembre 2009, p. 529 et s.

¹⁶³ Voir sur ce point, C. Colliot-Thélène, « Les masques de la souveraineté », *Jus Politicum. Revue internationale de droit politique*, n° 8, 2012, [<http://juspoliticum.com/Les-masques-de-la-souverainete.html>]. L'auteur relève l'impossibilité pratique d'instituer le peuple « en grandeur capable d'action », compte tenu de l'univocité de la notion de souveraineté et de l'exigence d'unanimité, tout simplement utopique. L'utilité de la notion résulte donc de sa fonction de justification, plus que de sa portée pratique.

Ce n'est qu'à cette condition que le mythe peut contribuer à une meilleure compréhension des rapports qu'entretient le droit avec les faits. Parce qu'il a pour fonction d'extraire l'édifice juridique de la contingence du temps historique, le discours mythique établit un équilibre entre deux temporalités : d'un côté, le temps relatif de l'action et de la création, qui insuffle au droit sa dynamique ; de l'autre, le temps absolu du mythe, qui formule la pérennité de l'institution. Dès lors, s'il paraît difficile d'envisager le droit indépendamment du sens et de la permanence que lui insuffle le mythe, il paraît en revanche impossible d'envisager le mythe indépendamment du caractère profondément historique de l'existence juridique. Sans le mythe comme principe de fondation, le droit apparaît comme un ensemble de *faits* constituant leur propre cause, soumis à « une mutabilité sans frein » et sans cohérence¹⁶⁴, et déconnectés de « la question fondamentale », celle de l'obligatorité du droit¹⁶⁵. De la même manière, sans le droit comme principe d'action, le mythe condamnerait l'institution à n'être qu'une *idée* dépourvue d'énergie pour la mettre en œuvre dans le temps. La pensée mythique n'a donc d'intérêt théorique qu'en ce qu'elle révèle cette « dialectique de l'instituant et de l'institué »¹⁶⁶.

C'est en ce sens que la notion de mythe nous paraît militer contre toute tentation de nombrilisme juridique : le droit n'est pas une fin en soi mais un intermédiaire, un passeur entre l'existence sociale et la diversité des idéaux qu'elle poursuit. Dès lors, si la *volonté générale* constitue un mythe, c'est en raison de cette connexion entre l'*idée* qu'elle désigne et sa réalisation sociale par le droit : elle ne constitue pas une pure fiction, mais place l'espace constitutionnel sous le signe d'une promesse démocratique cherchant les moyens de sa concrétisation¹⁶⁷. Au-delà de sa portée fondatrice, consistant à situer le fondement du droit hors du temps historique, la fonction pratique de la notion témoigne du souci constant d'aménager les canaux d'expression d'une volonté politique véritablement générale. C'est également la raison pour laquelle la dimension protéiforme de la notion, permet de superposer au mouvement constitutionnel une apparence de stabilité. À l'heure où le droit paraît entré dans l'âge de la postmodernité¹⁶⁸, marqué par l'affaiblissement des formes classiques de normativité et leur caractère de plus en plus technique, l'horizon mythique pointé par le droit constitutionnel laisse entrevoir, à travers une véritable esthétique juridique, une certaine image du sublime.

¹⁶⁴ F. Ost, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 189.

¹⁶⁵ S. Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, PUF, coll. « L'interrogation philosophique », 1992, p. 371 et s. En effet, « l'univers du droit se révèle au philosophe travaillé de l'intérieur par un problème dont la répétition en des figures diversifiées touche toujours (...) à ce qui fait le *fond* du droit, à l'interrogation *fondamentale* : pourquoi les règles juridiques sont-elles obligatoires ? ».

¹⁶⁶ F. Ost, *op. cit.*, p. 180.

¹⁶⁷ G. Bacot contredit en ce sens Carré de Malberg, dans la mesure où, durant la Révolution française, la notion de volonté générale consiste, à travers le principe représentatif, à envisager les moyens d'assujettir les représentants à la volonté d'un souverain conçu comme une « entité susceptible d'avoir une volonté tangible et directement constatable, et non pas comme une simple abstraction dont la volonté ne serait qu'une fiction juridique » - G. Bacot, *Carré de malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, CNRS, 2001, p. 66.

¹⁶⁸ J. Chevallier, « Vers un droit postmoderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDJ*, 1998, p. 659 et s.