

L'aveu théorique comme préalable au travail juridique savant
Communication au VI^e congrès français de droit constitutionnel, Montpellier,
Atelier 4 : Théorie
10 juin 2005

Eric Millard
Professeur de droit public
Centre Théorie et analyse du droit (CNRS-UMR 7074)

1 - Il me faut sans doute commencer par fournir quelques précision terminologiques sur le titre retenu, afin d'éclairer mon propos.

J'entends le terme *aveu* dans son sens classique et neutre de toute évaluation : l'action de reconnaître quelque chose pour sien ; ici de reconnaître à la fois que ce que nous disons du droit constitutionnel découle de présupposés théoriques, que ce soit sur l'objet de notre discours, sur la méthode que nous employons ou sur les fins que nous recherchons par exemple, et de reconnaître quels sont nos présupposés. L'aveu n'est pas toujours celui d'une faute, il peut aussi être par exemple celui de sentiments sans que ceux-ci soient perçus comme fautifs, ou de bien d'autres choses encore. Et comme on le verra par la suite, si l'on tient absolument à introduire ici une dimension de faute, ce qui n'est pas mon objet, il faudrait la rechercher dans le fait de ne pas (s') avouer sa posture théorique, et non dans le fait de la mettre au jour.

J'utilise l'expression *travail juridique savant* pour désigner ce que l'on nomme habituellement la doctrine : une forme de discours sur le droit, ou un travail de présentation du droit, par opposition à une activité pratique avec le droit. Je préfère, pour les besoins de mon propos ici, me référer à ce terme moins précis pour englober une pluralité de démarches effectivement adoptées, donc à une activité humaine ; et non à une activité intellectuelle plus rigoureusement définie, telle qu'elle devrait être pratiquée selon certaines théories, et notamment selon les théories positivistes. Toutes les postures savantes ne sont évidemment pas équivalentes, mais mon intention n'est pas ici de les départager, puisque aussi bien leur évaluation ne peut se faire qu'au regard d'une méta doctrine, à proprement parler, une théorie de la doctrine. Une de celles dont l'aveu par les juristes savants me paraîtrait nécessaire.

J'entends donc enfin par *théorie* toute forme de théorie : une épistémologie (une théorie de la doctrine ou de la science du droit), une philosophie spéculative, une théorie de la justice, une théorie constitutionnelle, etc. Peu importe : tout ensemble d'éléments qui sous tendent notre vision savante du droit et qui conditionne notre présentation savante du droit. Il est là encore évident que pour le projet positiviste, qui est un projet explicitement théorisé, le lien entre théorie et travail juridique savant est construit : la doctrine a pour objet le droit constitutionnel qu'elle décrit ; la théorie a un autre objet, le langage doctrinal, auquel elle fournit méthodes et concepts.

2 - L'appel à contributions soulève une multitudes de questions qui, dans une formulation sciemment provocatrice, amènent à discuter la construction réelle ou fantasmée d'une séparation entre un travail théorique (supposé mené de l'extérieur de la sphère des juristes savants, par ceux-ci ou par d'autres) et un travail juridique (mené par les juristes savants à l'intérieur de cette sphère).

Je voudrais partir de l'hypothèse que cette séparation ne correspond à rien d'évident, mais est construite et confortée par une partie des juristes savants eux-mêmes du fait de leur occultation, volontaire ou non, de la dimension théorique de leur travail, et des présupposés qu'ils adoptent. Si l'on peut distinguer, comme le suggère l'appel à contributions, d'une part une théorie générale du droit d'une théorie du droit constitutionnel, d'autre part un savoir juridique sur le droit constitutionnel et des travaux relevant d'autres postures (science politique, économie du droit, etc.), ces distinctions n'ont pas la même portée : pour l'activité que je comprend être le savoir juridique sur le droit constitutionnel, la distinction relève en partie d'une exigence méthodologique, mais ne désigne pas des savoirs toujours séparables en ce sens au moins que le savoir juridique sur le droit constitutionnel impose nécessairement une prise de position préalable relevant de la théorie générale du droit.

Pourtant, je doute fort que nous puissions répondre aux questions soulevées par les organisateurs, car je crains que nous ne les comprenions pas de la même manière. Plusieurs termes me posent problème dans ce texte :

Implicitement, et parfois très explicitement, il est souvent entendu que les outils du droit, et par conséquent ceux qui les utilisent, c'est-à-dire, les juristes, ne sont pas

qualifiés, ou les mieux qualifiés, pour opérer ce travail de réflexion sur le droit. Il conviendrait sans doute de discuter ce présupposé. En quoi la posture de juriste interdirait-elle à un juriste de produire une réflexion « intelligente » sur l'objet « droit » ? Qu'engage l'idée selon laquelle une réflexion « intelligente » ne peut être produite et conduite que « de l'extérieur », avec d'autres outils et par d'autres acteurs que les juristes ? Toute auto-réflexion est-elle, quel que soit le savoir en cause, disqualifiée ? Dans l'hypothèse où la posture de juriste ne serait pas complètement disqualifiante, quelle part de la contribution des juristes à la réflexion sur l'objet « droit » est-elle utile ? L'idée même d'un gain d'intérêt pour l'objet « droit » n'est-elle pas une « idée de juriste » ou de certains juristes ?

C'est d'abord le cas du terme *juristes* (et parallèlement du terme *droit*) pris comme unité constituée. Que désigne ici un juriste : un juriste d'entreprise, un juriste savant, un praticien de l'activité juridictionnelle ? Tous peuvent légitimement se dire juristes, tous ne font pas la même chose. Et il faut sans doute déterminer quel type d'activité juridique fournirait ici une réflexion sur le droit, menée par qui et selon quelle méthode. La question n'est pas neutre. Quand existent des regards externes sur le droit (et il y en a, et il y en a de remarquables), leur objet tient compte d'une pratique qui n'est sans doute pas celle de tous les juristes, et qui ne distinguent pas les différentes activités, les différentes postures, qui se construisent autour du droit, ou avec le droit, ou par le droit ; un *droit* dont la définition n'est jamais donnée, ni *a priori* (parce qu'elle ne peut sans doute qu'être construite dans une démarche déterminée) ; ni, ce qui est plus discutable, par nombre de ces regards externes (j'y reviendrai).

Parler des *outils du droit* est assez égard aussi très confus : si le droit est l'objet du discours savant, ses outils ne servent à rien pour parler ni du droit, ni du discours savant ; et si le droit est conçu comme un ensemble de normes spécifié, ou d'énoncés, quels que soient les sens que l'on donne à ces termes, il n'est pas sûr qu'il y ait d'autres discours disponibles ayant cet objet.

J'avoue enfin pour ce qui me concerne avoir quelques difficultés à bien me représenter ce que peut être une *réflexion intelligente sur le droit* (et notamment à quoi elle s'opposerait) : il conviendrait sans doute d'indiquer les standards permettant

d'évaluer et de qualifier ainsi une réflexion – d'avouer donc ce que l'on entend ainsi et sur la base de quels présupposés.

3 – Voilà une des raisons pour lesquelles je plaide pour un aveu théorique préalable.

Le droit constitutionnel comme activité savante s'est considérablement développé en France depuis un peu plus d'un quart de siècle. Il a acquis une autonomie et revendique une légitimité autour de la juridicité. Il a su passer d'une étude des institutions publiques faisant le droit à une étude juridique des normes constituant le droit.

Ce développement est d'abord quantitatif : le nombre de thèses ayant le droit constitutionnel pour objet, de revues directement ou largement consacrées à la matière, d'ouvrages, est sans commune mesure avec ce qu'il était jusqu'aux années soixante-dix.

Il n'est pas sûr qu'il soit toujours qualitatif et il ne s'est pas produit sans être accompagné d'un certain nombre d'effets secondaires, sans doute inévitables, parfois gênants : la constitution d'écoles qui ne sont pas toujours simplement liées à des désaccords méthodologiques ; la multiplication de controverses doctrinales qui n'indiquent pas toujours en quoi il y a lieu à controverse ; la concurrence d'objets et d'épistémologies présentées également comme valables.

Ce qui peut être sain du point de vue du débat d'arguments tend parfois à se pervertir si le débat n'est pas possible ou effectif, c'est-à-dire si les choses en débats ne sont pas clarifiées. Les mots, les concepts ici ne sont rien moins qu'évidents : ils sont théoriquement construits, et pourtant l'évidence et l'implicite sont souvent les clés de leur emploi. La question par exemple de la soi disant constitutionnalisation des branches du droit, l'argument sur les principes supra constitutionnels, la méthode même de compréhension et d'interprétation des textes constitutionnels, l'opposition entre souverainisme et européanisme autour du débat sur la constitution pour l'Europe, comme dans la représentation des rapports entre les deux ordres juridiques (et particulièrement sur la suprématie de l'un sur l'autre, et sur la suprématie d'une norme dans chacun), pour n'évoquer que quelques questions contemporaines discutées, procèdent de conceptions théoriques lourdes, qui ne vont pas toutes seules.

Parfois de l'extérieur, il n'est pas impossible que les débats qui passionnent les constitutionnalistes soient perçus comme inutiles, fondés sur des malentendus, et que finalement ils n'offrent qu'un brouhaha.

4 - Depuis plusieurs congrès, l'Association française de droit constitutionnel organise un atelier de théorie du droit, à l'intitulé de plus en plus précis. Nous étions partis d'une interrogation sur l'utilité de la théorie du droit pour les constitutionnalistes. Je crois qu'on peut renverser la question et se demander désormais : à quoi peut bien servir un travail juridique savant sur le droit constitutionnel ; sous entendu : sans réflexion préalable sur les théories qui le sous-tendent et dont il procède ; et donc sans l'aveu préalable de ces théories?

A quoi peut servir l'échange d'arguments d'autorité, que l'on se place sur le terrain de la connaissance (le savoir) ou sur le terrain politique et social/sociétal (notre utilité) ? Est-il utile que les juristes, lorsqu'ils discutent d'arguments d'autres juristes sur une question en débat, consacrent autant de temps et d'énergie à essayer de reconstituer les postures théoriques à partir desquelles l'argument discuté a été élaboré ? Est-il si difficile pour le juriste d'assumer ses propres choix théoriques vis-à-vis de lui-même (en s'astreignant à la cohérence) et vis-à-vis des autres (en s'interdisant certaines stratégies) ?

L'aveu en tant qu'élucidation par les juristes eux-mêmes de leurs postures théoriques est une condition de l'évaluation de leurs discours savants se donnant le droit constitutionnel pour objet (dogmatique constitutionnelle, doctrine constitutionnelle, etc.), et par conséquent du débat entre juristes. En ce sens, ne pas élucider sa propre posture théorique revient pour le constitutionnaliste à se mentir d'une part à soi-même sur son objet et ses méthodes de travail (le droit constitutionnel au sens large), ce qui pose question en terme de cohérence et de signification des propositions dogmatico-doctrinales concernées ; d'autre part à ne pas inciter à l'évaluation de sa production savante dans le débat, ce qui pose problème tant en terme d'autorité des propositions dogmatico-doctrinales concernées, que d'identité du droit constitutionnel comme discipline savante.

5 - Le débat doctrinal ne peut s'établir que sur des questions fortes et clairement énoncées, et non pas occultées. La discipline du droit constitutionnel a besoin, comme toute discipline, d'un certain nombre de prescriptions constitutives : constitutives de son champ (qu'entend-elle par droit constitutionnel ?), constitutives de ses finalités (qu'entend-elle faire de son savoir, et notamment prescrire ou décrire ?), constitutive de ses processus de validation (qu'entend-elle par savoir ?), constitutive de ses débats (l'accord sur les désaccords). Ce n'est qu'à condition d'élaborer ces règles qu'elle pourra surmonter la crise de croissance que tout le monde constate sans toujours en mesurer toutes les raisons et toutes les conséquences.

Parler d'aveu pour servir cet objectif peut cependant être légitimement interrogé.

L'aveu est la reconnaissance de quelque chose : s'il est sincère, il est (dans une certaine mesure) descriptif. Or une épistémologie descriptive ne paraît avoir de sens que dans un champ disciplinaire déjà constitué, c'est-à-dire dans lesquelles les prescriptions constitutives sont communément acceptées au point que chacun puisse simplement dire comment il se situe par rapport à elles. Ce qui n'est évidemment pas le cas du droit constitutionnel. Il pourrait apparaître que celui-ci ait davantage besoin de prescriptions constitutives que d'aveu. Pourtant des prescriptions constitutives existent, elles sont plurielles (en concurrence), elles sont disponibles dans des corpus théoriques et elles sont finalement assez largement connues.

Je tiens que, à ce stade, ce n'est pas de prescriptions supplémentaires dont le droit constitutionnel a besoin, mais d'une discussion sur ces prescriptions disponibles, et d'une discussion qui ne soit pas réservée à une frange minoritaire des constitutionnalistes (les spécialistes de la théorie), ou à un savoir extérieur (une sociologie critique des pratiques des juristes savants). Et je tiens que le préalable à cette discussion dans la discipline passe par la mise au jour (voire la recherche) par chacun dans sa pratique savante des postures théoriques qu'il adopte effectivement (ce que j'appelle l'aveu), et par la confrontation des diverses postures effectives : par l'adoption d'une pratique de l'auto-réflexion sur notre travail comme condition de notre réflexion commune sur notre discipline

6 - Sans doute pour y parvenir devons nous élargir aussi notre interrogation. L'enseignement du droit constitutionnel (et plus largement de la pédagogie dans les facultés de droit) ne favorise pas l'évidence de la démarche. Les contenus laissent trop peu de place aux questionnements théoriques et à l'initiation aux méthodes indispensables à ces démarches (linguistique, logique formelle, philosophie contemporaine, sociologie critique, histoire, etc...) : les réformes universitaires successives ont fractionné les savoirs en « spécialités techniques » au détriment de l'unité, et abusivement opposé savoir technique et savoir fondamental, formation à une profession technique et formation d'une personne critique. Nos méthodes, encore largement fondées sur l'unilatéralité magistrale, quelque peu mandarinale, ne contribuent pas à disqualifier toujours l'argument d'autorité, qui est naturellement reproduit.

Mais nous devons sans doute aussi avoir conscience d'autre chose, et c'est finalement me semble-t-il la question qui sous-tend la formalisation de cet atelier : dans ce que nous faisons, dans notre élaboration d'un discours savant, nous sommes devenus (très normalement) à notre tour l'objet d'un savoir (évidemment externe).

La sociologie par exemple, tient un discours à la fois critique et fondé sur *quelque chose* qu'elle appelle droit. Mais elle est en outre (notamment) une sociologie de la *pratique des juristes*.

J'ai beaucoup de sympathie pour la sociologie critique, comme celle proposée ici par Bernard Lacroix, qui déconstruit des évidences affirmées par des juristes et qui en dévoile certains présupposés. Elle est utile et nécessaire, y compris pour les juristes, et j'admets volontiers tout cela (je n'ai d'ailleurs pas à l'admettre : elle se recommande d'elle-même par sa démarche constitutive).

Je regrette néanmoins que, par facilité ou ignorance, cette sociologie néglige le plus souvent les discours critiques des juristes eux-mêmes sur leur propre pratique (et particulièrement sur la constitution tant d'une discipline scientifique que d'un objet pertinent pour cette discipline) ; qu'elle ne s'informe qu'auprès des doctrines les plus traditionnelles et qu'elle ne prend pour objet que celles-ci (et les pratiques, lorsqu'elle parle des pratiques savantes, de celles-ci). Elle construit, abusivement à mon sens, une sphère des juristes très généralisée, un objet droit protéiforme et une pratique juridique

indéterminée, qui ne tiennent pas compte des multiples distinctions sur toutes ces questions. Si elle était capable de s'ouvrir à d'autres regards des juristes, elle s'apercevrait que nombre des critiques qu'elle adresse aux juristes dans leur ensemble ne sont ni neuves, ni rejetées par tous les juristes.

Je crois que ce n'est qu'en raison de cette sélection, consciente ou non, que la sociologie critique peut se présenter comme monopolisant le regard pertinent sur le droit, nécessairement externe, à l'exclusion des juristes ainsi disqualifiés. Je considère qu'en n'avouant pas nos postures théoriques et en ne nous autorisant pas à nous constituer en discipline au sens scientifique, nous renforçons cette prétention qui me paraît tout à fait infondée en théorie, mais compréhensible en pratique (par nos pratiques).